

LA COSTITUZIONE IN MORA DEL LOCATORE MEDIANTE OFFERTA DI ADEMPIMENTO «CONDIZIONATA»

Di Francesca Bertelli

| 11

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Inadempimento e ritardo nell'adempimento: mora accipiendi e mora debendi. – 3. Offerta «condizionata» di rilascio dell'immobile e pagamento dell'indennità di avviamento. – 4. Interdipendenza delle prestazioni e tutela dilatoria.

ABSTRACT. Con un'articolata serie di passaggi argomentativi, la Corte di Cassazione ha sostenuto che, nel caso di locazione di immobile ad uso non abitativo, l'offerta formale di riconsegna dell'immobile locato, seppur condizionata alla liquidazione dell'indennità di avviamento, può essere considerata idonea a costituire in mora il locatore che l'abbia ingiustificatamente rifiutata e può altresì servire a sollevare il conduttore non solo dal risarcimento del maggior danno, ma anche dal dovere di corrispondere i canoni successivi all'offerta stessa di riconsegna, in virtù del principio *inadimplenti non est adimplendum*.

Ponendo l'accento sull'interdipendenza sostanziale e funzionale che caratterizza gli adempimenti a cui locatore e conduttore sono reciprocamente tenuti, nella fase conclusiva del rapporto, il giudice di legittimità ha ribadito la necessità di tutelare l'esercizio dell'attività commerciale attraverso il riconoscimento dell'indennità di avviamento anche per un periodo in cui il pagamento del canone di locazione è stato considerato inesigibile in ragione di un utilizzo generalizzato dell'eccezione d'inadempimento che deve, tuttavia, essere sottoposto ad una più attenta verifica critica, anche alla luce del rapporto tra norme e principi che la Corte pone a fondamento della propria decisione.

*After a well-structured consideration, the Court affirms that in the case in point, concerning the rental of a commercial real estate, the effects of the mora accipiendi could be established if, after the notice of a formal offer, the renter groundless refuses to receive the restitution of his property, even if the offer of the tenant is conditional on his goodwill payment. After his formal offer, following the principle *inadimplenti non est adimplendum*, the tenant is primarily released from compensation for damages but may also be relieved from his duty to pay following rental fees.*

Focusing on the substantive and functional interdependence between parties' fulfillments in the eventual section of this contract, the Judge confirmed the need to protect the prosecution of commercial activities through the entitlement of a goodwill payment also for the period in which the fees have been considered uncollectable due to the general enforcement of the substantial "exception of breach", that must anyway be analyzed carefully, reflecting on the relation between rules and principle on which the Court builds its ratio decidendi.



1. Il fatto

Il caso esaminato dalla Cassazione nella sentenza che s'intende commentare trae origine da una complessa vicenda giudiziaria, avviata dalla presentazione della domanda con cui la società locatrice *Alfa*, lamentando l'inadempimento della società conduttrice *Beta*, consistente nell'aver arrecato gravi danni all'immobile locato ad uso non abitativo, chiedeva il risarcimento e la risoluzione del contratto. Regolarmente costituitasi in giudizio, la società *Beta* chiedeva il pagamento dell'indennità di avviamento ex art. 34 l. 27 luglio 1978, n. 392, e il Tribunale, accogliendo in parte entrambe le richieste, condannava *Alfa* a pagare la somma richiesta da *Beta* per la perdita dell'avviamento commerciale, imponendo però a *Beta* di corrispondere la somma stabilita per i canoni di locazione dalla cessazione del contratto all'effettivo rilascio dell'immobile, compensando le spese processuali per l'evidente reciproca soccombenza.

In secondo grado, a seguito del ricorso della conduttrice, in via principale, e della locatrice, in via incidentale, la Corte d'appello riformulava la decisione del Tribunale, ritenendo – in accoglimento delle istanze di *Beta* – che vizi processuali avessero fatto decadere *Alfa* dalla possibilità di proporre la propria domanda riconvenzionale per il pagamento dei canoni di locazione precedenti all'effettivo rilascio dell'immobile e sottolineando che la domanda sarebbe risultata infondata anche analizzandone il profilo sostanziale, dal momento che la locatrice aveva rifiutato illegittimamente e ingiustificatamente le offerte di riconsegna dell'immobile che la conduttrice aveva dapprima realizzato informalmente e successivamente confermato mediante intimazione formale a mezzo di ufficiale giudiziario, come previsto dagli artt. 1209 e 1216 cod. civ., a nulla rilevando che, in queste occasioni, essa avesse altresì subordinato l'effettivo rilascio dell'immobile alla corresponsione dell'indennità di avviamento. Il carattere ingiustificato del rifiuto della locatrice, in particolare, è stato individuato nel fatto che essa ha respinto l'offerta lamentando gravi danni al locale, poi non riscontrati in giudizio. Si rigettava, pertanto, la domanda di *Alfa* per il pagamento dei canoni di locazione successivi all'offerta di restituzione dell'immobile che, secondo la Corte, risultava idonea ad escludere la mora del debitore e lo sollevava, proprio a seguito dell'illegittimo rifiuto di ricevere l'adempimento da parte del locatore, dalle conseguenze previste dall'art. 1591 cod. civ. per il ritardo nella restituzione, ossia dall'obbligo di versare il corrispettivo convenuto come canone

successivamente all'offerta e di risarcire il maggior danno, a nulla rilevando che l'effettiva riconsegna fosse condizionata al pagamento dell'indennità di avviamento; si condannava quindi la ricorrente incidentale al pagamento delle spese di lite per entrambi i giudizi di merito.

Ricorre per Cassazione la società *Alfa*, soccombente in appello, con quattro motivi di gravame: deduceva vizio di motivazione sulla domanda di risoluzione del contratto per inadempimento della società conduttrice; violazione e falsa applicazione dell'art. 1460 cod. civ. e degli artt. 418 e 477 *bis* cod. proc. civ.; violazione e falsa applicazione degli artt. 1182, secondo comma, 1120 e 1590, ultimo comma, cod. civ.; ulteriore vizio di motivazione attinente alla precisazione delle conclusioni in appello.

Il ragionamento della Suprema Corte, che porta a rigettare interamente il ricorso, analizza nel dettaglio le questioni di diritto che coinvolgono la decisione e giunge ad affermare il principio secondo cui *l'offerta formale di consegna dell'immobile commerciale locato permette di costituire il mora il locatore e quindi escludere la mora del conduttore, che viene liberato dall'obbligo del pagamento dei canoni di locazione per il periodo successivo all'offerta, anche se questa risulta condizionata al pagamento dell'indennità di avviamento*¹.

¹ Cfr. Cass., 20.1.2016, n. 890, in *De Jure*, secondo la cui massima «nelle locazioni di immobili urbani adibiti ad attività commerciali, disciplinate dagli artt. 27 e 34 l. 27 luglio 1978, n. 392 (e, in regime transitorio, dagli artt. 68, 71 e 73 della stessa legge), il conduttore che, alla scadenza del contratto, rifiuti la restituzione dell'immobile, in attesa che il locatore gli corrisponda la dovuta indennità di avviamento, è esonerato solo dal risarcimento del maggior danno ex art. 1591 c.c., restando comunque obbligato al pagamento del corrispettivo convenuto per la locazione, salvo che offra al locatore, con le modalità dell'offerta reale formale ex artt. 1216, secondo comma, e 1209 cod. civ., la riconsegna del bene condizionandola al pagamento dell'indennità di avviamento medesima, atteso il forte legame strumentale che lega le due prestazioni». Limitatamente ai temi che s'intende affrontare nel commento, nella motivazione della pronuncia si legge: «con il terzo mezzo è dedotto vizio di motivazione ... La Corte di appello avrebbe errato a ritenere che l'offerta reale, non formale, formulata in modo condizionato da *Beta*, l'avesse preservata dalla responsabilità per il ritardo e dal conseguente obbligo di corrispondere il canone pattuito, là dove ciò avrebbe consentito la liberazione dall'obbligo di pagare il maggior danno e non già dalla corresponsione dei canoni, "cosa che avviene esclusivamente qualora si ricorra all'offerta formale (non condizionata) di cui all'art. 1216 cod. civ.". Il motivo è in parte inammissibile e in parte infondato. È inammissibile là dove deduce esservi stata ... soltanto "offerta non formale", in contrasto con quanto accertato dalla Corte di appello ... ossia trattarsi, dapprima, di offerta non formale ... e, poi, di ulteriore offerta formale ... tramite notifica ... a mezzo ufficiale giudiziario, dell'intimazione di ricevere l'immobile. È infondato là dove si sostiene che la liberazione del conduttore dal pagamento dei canoni potrebbe conseguire soltanto ove l'offerta formale sia



“non condizionata” dalla richiesta di pagamento dell’indennità di avviamento. A seguito della pronuncia delle Sezioni Unite civili n. 1177 del 15 novembre 2000, si è consolidato nella giurisprudenza di questa Corte il principio per cui, nelle locazioni di immobili urbani adibiti ad attività commerciali ... in ragione dell’interdipendenza tra l’obbligazione del locatore di corrispondere l’indennità di avviamento e quella del conduttore di restituire l’immobile locato alla cessazione del rapporto, ove persista la duplice inadempienza di dette obbligazioni, il conduttore è esonerato soltanto dal pagamento del maggior danno *ex art. 1591 cod. civ.*, mentre, in attesa del pagamento dell’indennità di avviamento, è comunque obbligato a corrispondere il canone convenuto per la locazione ... Tuttavia, ove non ci si limiti al “rifiuto”, seppur legittimo, della propria prestazione, ma s’intenda adempiere la propria e ottenere l’adempimento della controparte, il locatore, allora, “deve offrire al conduttore il pagamento dell’indennità che ritiene gli sia dovuta; correlativamente, il conduttore che intende ottenere il pagamento dell’indennità, nel domandarla deve offrire al locatore la riconsegna del bene ovvero può offrire la riconsegna a condizione che gli sia pagata l’indennità che domanda” ... A tale ultimo enunciato il Collegio intende dare continuità. Giova osservare, in un’ottica più ampia, che, sulla possibilità, o meno, di “condizionare” l’offerta formale all’adempimento di una controprestazione, la contraria opinione, che trova consensi soprattutto in dottrina, si sostanzia – in assenza di un divieto espresso posto dalla disciplina codicistica di riferimento (artt. 1206 e ss. cod. civ.) – nella tesi secondo cui, nel caso di contratti a prestazioni corrispettive, le esigenze di tutela del debitore/creditore troverebbero soddisfazione con l’eccezione di inadempimento di cui all’art. 1460 cod. civ., là dove, invece, nel consentire il “condizionamento dell’offerta reale formale all’adempimento della controprestazione, si verrebbe ad attribuire al creditore di quest’ultima un *quid pluris* rispetto agli effetti della *mora credendi*, ossia quella stessa controprestazione che, comunque, potrebbe essere adempiuta, anche se in ritardo”. In altri termini, il debitore conseguirebbe un risultato che va al di là del proprio adempimento. Occorre, però, osservare che, nell’ambito dello stesso orientamento propendente per la soluzione che esclude la facoltà del debitore di “condizionare” l’offerta reale formale, una siffatta opzione si ritiene, comunque, configurabile e giustificata (in riferimento, per l’appunto, a situazioni di corrispettività delle prestazioni, là dove, altrimenti, la giustificazione al “condizionamento” discenderebbe solo dalla necessità del debitore di salvaguardare la propria persona o i propri beni) nei casi in cui si possa apprezzare un legame strumentale forte tra le due prestazioni, sicchè le finalità alle quali esse si volgono non siano realizzabili indipendentemente l’una dall’altra e, dunque, una di esse abbia lo scopo di rendere possibile l’altra prestazione. In giurisprudenza ... si è invece affermato, in tempi risalenti, ma con enunciazione di principio non smentita successivamente, che “l’offerta reale collegata alla richiesta di adempimento della controparte non può essere considerata sottoposta a condizione, in quanto la pretesa di adempimento è ragione, non condizione dell’offerta” (Cass., 6 maggio 1966, n. 1159). Tale ultima affermazione ... esalta, quindi, il nesso di interdipendenza tra le due prestazioni che trovano la loro fonte nello stesso contratto, tale da rendere determinante per ciascuna parte la prestazione dell’altra e ciò ai fini della realizzazione della causa stessa del negozio. Nella specie, poi, l’interdipendenza strutturale e funzionale tra la prestazione del locatore di pagare l’indennità di avviamento commerciale e quella del conduttore di restituire l’immobile nel quale si è svolta l’attività imprenditoriale si attecchiscono secondo legame strumentale che, alla luce della *ratio legis* ispiratrice della disciplina recata dalla l. n. 392 del 1978 ... valorizza in

La mora del locatore, che si costituisce con l’illegittimo e ingiustificato rifiuto di ricevere l’adempimento e, nel nostro caso, di adempiere a propria volta, esclude che vi sia un danno da questi sofferto per il ritardo nel rilascio dell’immobile, essendosi la situazione in tal modo creata ad egli stesso imputabile.

Resta tuttavia da chiarire, vista l’affermata interdipendenza funzionale dei rispettivi obblighi, quali siano, in questo particolare ambito, le potenzialità e i limiti all’utilizzo dell’eccezione di inadempimento, invocata, forse senza fondamento, dalla società locatrice ma che avrebbe potuto essere sollevata, con più pertinenza, dalla conduttrice, almeno secondo quanto infine deciso dalla Cassazione.

2. Inadempimento e ritardo nell’adempimento: *mora accipiendi e mora debendi*

A prescindere dalle questioni puramente processuali, il primo nodo da sciogliere per arrivare a valutare l’attendibilità del principio di diritto appena sintetizzato è relativo al valore da attribuire alle offerte di riconsegna dell’immobile ai fini

modo peculiare la posizione del conduttore, in una prospettiva ... che privilegia il fattore dinamico dell’esercizio dell’impresa (*ex art. 41 Cost.*, nei limiti posti dal secondo comma della stessa disposizione), idoneo a funzionalizzare socialmente il diritto proprietario in capo al locatore (art. 42 Cost., secondo comma). Ottica, questa, che è coltivata dalla stessa sentenza n. 1177 del 2000 delle Sezioni Unite ... anche là dove viene messo in risalto che la funzione di detta indennità non si esaurisce nel ristoro del pregiudizio subito dal conduttore per la perdita dell’avviamento, ma è rivolta anche ad agevolare lo stesso conduttore “nella fase di impianto dell’azienda in nuovi locali, in una situazione in cui un avviamento va di nuovo suscitato”. Posto, dunque, che la posizione creditoria del conduttore non può trovare pieno soddisfacimento nell’esercizio dell’eccezione di cui all’art. 1460 cod. civ. (che ... è volta a legittimare il solo rifiuto di adempiere alla propria prestazione), la rilevanza del nesso di interdipendenza tra le due prestazioni in campo e la loro necessaria strumentalità, siccome orientata (dalla volontà del legislatore) a privilegiare il credito d’impresa, rende compatibile, alla luce del principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., informatore della buona fede e correttezza nell’attuazione del rapporto obbligatorio (artt. 1175 e 1375 c.c.), una cooperazione debitore/creditore tale da consentire allo stesso conduttore ... di “offrire la riconsegna a condizione che gli sia pagata l’indennità”. In tal senso, il complesso meccanismo dell’offerta formale reale, ai sensi dell’art. 1216 cod. civ. opererebbe in guisa tale da impedire la locatore di entrare nella disponibilità dell’immobile sino a che non adempia al pagamento dell’indennità, là dove, al contempo, il conduttore, ove intenda liberarsi della propria obbligazione, dovrà consegnare l’immobile al sequestratario nominato dal giudice. Con l’ulteriore precisazione che alla verifica della legittimità dei comportamenti negoziali delle parti, nell’ottica delle menzionate buona fede e correttezza, si provvederà tramite il procedimento della convalida giudiziale».



dell'esclusione della mora del debitore e della costituzione in mora dell'*accipiens*².

Nel caso concreto, dopo un'offerta formale condizionata, il rifiuto ingiustificato del locatore di rientrare in possesso dell'immobile locato, alla conclusione del rapporto, solleva il conduttore dalla responsabilità per ritardo e dal dovere di corrispondere i canoni fino all'effettivo rilascio dell'immobile: i passaggi argomentativi del giudizio di legittimità, superando le questioni processuali ed allargandosi fino ad abbracciare tematiche solo indirettamente collegate al *thema decidendum*, forniscono una personale interpretazione ed attuale applicazione della *voluntas legis* riscontrabile nella disciplina della mora e dell'indennità di avviamento, così da offrire una tutela contro il ritardo alla parte contrattuale a cui la situazione sfavorevole non sia imputabile, nonché uno strumento per arrivare ad estinguere il rapporto obbligatorio³.

Viene in questo modo stimolata una riflessione sugli istituti della mora del creditore e del debitore che operano per offrire tutela in situazioni fattuali specularmente opposte⁴.

² Sulle caratteristiche dell'offerta non formale di adempimento ex art. 1220 cod. civ., cfr. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 160 ss.; VISINTINI, in VISINTINI e CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, 1, Torino, 1999, p. 248 s.; ID., *Inadempimento e mora del debitore*², in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2006, p. 500 ss.; Con più ampio riferimento alla mora del creditore, cfr. invece FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, spec. p. 150 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scaloja e Branca, Bologna-Roma, 1973, p. 25 ss.; SICCHIERO, voce *Offerta reale e deposito delle cose dovute*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 28 ss.; ID., in *Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, II, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, p. 95 ss.; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, *Obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, p. 203 ss. (da cui la successiva citazione); e in ID., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 151 ss.; CURSI, *La mora del creditore*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da Garofalo e Talamanca, I, *La struttura dell'adempimento*, 5, *La liberazione del debitore*, a cura di Talamanca e Maggiolo, Padova, 2010, p. 814 ss.

³ GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 776 ss., rileva come, a prescindere dal complesso meccanismo procedimentale che si possa mettere in atto, tra quelli previsti dal codice, per i quali il tratto di unificazione è sicuramente l'istituto della mora del creditore, l'offerta reale ha senz'altro la finalità ultima di liberare il debitore e di estinguere l'obbligazione. Parlando di offerta reale, anticipa la finalità liberatoria per il debitore anche CATTANEO, *op. cit.*, p. 181, seppur in maniera meno diretta, ponendola come fase prodromica alla liberazione effettiva che, nel caso di un immobile, avviene con il sequestro liberatorio.

⁴ Come ricordano NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, p. 13 s., in

In termini generali, è noto che, anziché di semplice ritardo è possibile parlare di mora quando vengano posti in essere dei passaggi formali, conformi a quanto previsto dal legislatore ed idonei a qualificare giuridicamente la situazione fattuale, conferendole effetti che, ordinariamente, non la caratterizzano⁵: anche laddove si voglia attribuire al «mero» ritardo una rilevanza giuridica autonoma, riconoscendo, attraverso la sua riconduzione all'inadempimento, la sua idoneità a produrre taluni effetti giuridici, come, ad esempio, quelli concernenti la presentazione della domanda giudiziale di risoluzione del contratto⁶, è certo che

dottrina il pensiero sul rapporto tra i due istituti non è uniforme: a chi ravvisa nella mora del creditore una mera derivazione della mora del debitore si oppone chi, invece, ne rimarca la netta distinzione, ravvisando l'essenza della diversità proprio nell'esistenza di una serie di obblighi specifici, seppur accessori e complementari, che sorgono in capo al creditore, rappresentati in massima parte dal dovere di cooperare nell'adempimento.

⁵ BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 558; GIACOBBE, *op. cit.*, p. 782 ss., sottolineano come nelle tappe della formazione progressiva del procedimento, l'offerta sia momento di importanza fondamentale, anche se strumentale alla definizione del rapporto con il creditore, a cui fanno seguito immediate ricadute sul piano sostanziale.

⁶ Sul tema è recentemente tornato GRISI, *La mora debendi nel sistema della responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 69 ss., che ribadisce la necessità di distinguere mora e ritardo ponendo l'accento sul fatto che anche la soluzione adottata dal BGB nel 2002 permette al creditore di chiedere il risarcimento dei danni da ritardo solo in presenza dei requisiti necessari per la costituzione in mora. L'attenta riflessione di BENATTI, *op. cit.*, p. 15 ss., dimostra, tuttavia, che il problema non può essere affrontato in termini generali ed astratti, in quanto richiede di modulare la soluzione alla luce delle caratteristiche e delle funzioni perseguite dagli specifici rimedi invocabili contro l'inadempimento. A tal stregua, non stupisce evidenziare che la giurisprudenza abbia sempre mostrato diffidenza nei confronti della risarcibilità del danno da «mero» ritardo: cfr., a titolo esemplificativo, Cass., 4.5.1957, n. 1517, in *Rep. Foro it.*, 1957, *Obbligazioni e contratti*, n. 239; Cass., 28.1.1966, n. 324, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 876 ss.; Cass., 18.8.1966, n. 2250, in *Foro it.*, 1967, I, c. 2442 ss.; e in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 766 ss.; Cass., 10.11.1971, n. 3194, in *Rep. Giur. it.*, 1971, voce cit., n. 413; nonché, ma all'interno di una più articolata riflessione sull'inesattezza dell'adempimento, Cass., 6.2.1989, n. 728, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Obbligazioni in genere*, n. 36. E, di converso, non desta sorpresa rilevare che la stessa giurisprudenza abbia invece escluso la necessità di una previa costituzione in mora per risolvere il contratto ex art. 1453 c.c.: cfr. da ultimo Cass., 23.12.2011, n. 28647, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 747 ss., con nota di VENTURELLI, *Costituzione in mora e azione giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento*. Trattasi, infatti, di rimedi diversi, che, pur muovendo dalla comune affermazione dell'inadempimento, perseguono obiettivi distinti, soprattutto per quanto concerne il ruolo da attribuire all'eventuale offerta di adempimento tardivo, che la costituzione in mora tende a perseguire e che condiziona fortemente la pretesa risarcitoria, conservando invece un'importanza meno significativa a fronte di una pretesa perentoria, ove l'inadempimento lamentato assuma contorni di sufficiente gravità.

solo attraverso la costituzione in mora è possibile passare ad una situazione di ritardo qualificato, a cui viene data una ben precisa, specifica ed ulteriore connotazione positiva, finalizzata, in via generale ed astratta, a modificare gli estremi del rapporto obbligatorio in vista della sua estinzione e dotata, *ad interim*, di immediati riflessi sostanziali che coinvolgono sia il piano puramente economico, sia quello del rischio⁷.

La versatilità delle fattispecie in cui la mora del creditore e quella del debitore possono essere invocate permette di guardare agli istituti scorgendo immediatamente la loro funzione di duplice garanzia, che può operare a favore sia della parte interessata ad adempiere entro il termine stabilito ma che non trovi cooperazione nella controparte per eseguire l'adempimento, sia della parte che, scaduto il termine, voglia tutelarsi dagli eventi conseguenti al mancato tempestivo ottenimento della prestazione dovuta⁸.

⁷ Cfr. per tutti STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, p. 52 ss.; VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, Rimeidi, 2, Milano, 2006, p. 837 ss.; CAMARDI, in *Delle obbligazioni*, I, cit., p. 736 ss.; nonché, per una puntuale riflessione sulla storia dell'istituto, CANNATA, voce *Mora (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 921 ss.

⁸ Cfr. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 433, secondo il quale la mora del creditore proteggerebbe «l'interesse del debitore a liberarsi tempestivamente dall'obbligazione: mira cioè ad evitare che, a causa della condotta omissiva del soggetto attivo, il soggetto passivo resti obbligato più a lungo di quanto sarebbe altrimenti necessario, e che a causa di ciò aumenti per lui il costo dell'adempimento. Evidente è dunque la differenza rispetto all'interesse del creditore, che l'obbligazione ha la funzione di soddisfare (art. 1174 cod. civ.), e che è tutelato dalle norme in tema di inadempimento. Altro è infatti l'interesse, proprio del soggetto attivo, a che il rapporto obbligatorio gli arrechi un risultato utile; ed altro l'interesse, tipico del soggetto passivo, a che tale rapporto non divenga per lui più gravoso». Ma una puntuale dimostrazione del carattere spesso declamatorio di questo rilievo è offerta da CAMARDI, *op. cit.*, p. 737 ss., la quale sottolinea che l'interesse alla liberazione è tutelato attraverso un istituto che costringe il debitore «volenteroso» ad attivare – sotto il costante controllo giudiziale – una lunga e complessa procedura formale, senza avere alcuna reale certezza dell'effettivo ottenimento del rimborso delle relative spese e, soprattutto, senza poter davvero contare su una misura risarcitoria sufficientemente afflittiva: è infatti vero che l'art. 1207, secondo comma, cod. civ. riconosce tale risarcimento, ma, poiché è impossibile credere che esso dipenda dall'effettiva sussistenza di un inadempimento in capo al creditore, la determinazione della sua misura è slegata dal principio di integrale riparazione del danno e resta dunque affidata ad una valutazione equitativa imponderabile. A tal stregua, l'unico vantaggio certo ed immediatamente ottenibile rimane quello collegato alla sorte dell'eventuale perimento fortuito della *res*. È possibile tuttavia replicare – conformemente a quanto rilevato da GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2008, p. 212, che non vede alcuna difficoltà nel riconoscere tra gli effetti della mora anche l'obbligo di risarcire il danno da inadempimento o da

Due istituti apparentemente inconfondibili generano spesso, in realtà, incertezze applicative: oltre alle evidenti ricadute sul piano sostanziale, mora *debendi* e mora *accipiendi* possono concretamente confondersi e sovrapporsi, condizionando l'andamento della fase processuale della controversia⁹.

Compresa la *ratio* che ne sta alla base, è particolarmente importante chiarire che le due figure sono chiamate ad inserirsi all'interno di una fase del rapporto obbligatorio completamente diversa, se non antitetica.

Un primo elemento per sottolineare la diversità congenita della mora del creditore e quella del

ritardato adempimento in capo al creditore – che un'incondizionata equiparazione tra le due situazioni di ritardo non potrebbe essere realmente più efficace per il debitore: se infatti è evidente che, nella mora *debendi*, si deve tutelare solo l'interesse all'esatto adempimento della controparte, nella mora del creditore la preoccupazione del legislatore è quella di assicurare una corretta e completa indagine sulla legittimità o illegittimità del comportamento di rifiuto, fornendo dunque uno strumento che cristallizzi la situazione senza arrecare eccessivo disagio al debitore.

⁹ Una netta distinzione tra i due istituti è teorizzata da NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, IV, Milano, 1964, p. 1 ss.; nonché da BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*², in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 219 ss.; ID., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*², Milano, 2012, p. 80 ss., il quale, muovendo dalla identificazione di *mora debendi* e ritardo imputabile al debitore, aggiunge che la violazione dell'ordine cronologico di esecuzione della prestazione rappresenta il presupposto logico e necessario della mora, mentre è una conseguenza eventuale del comportamento non collaborativo del creditore su cui s'innesta la *mora accipiendi*. Non si deve però sottovalutare il fatto che entrambe le situazioni in esame potrebbero realizzarsi prima del momento in cui la prestazione diviene esigibile, ben potendo il debitore dichiarare anticipatamente di non voler adempiere e il creditore dichiarare di non essere intenzionato a ricevere la prestazione: in questi casi, è solo il diverso fondamento giustificativo dei due istituti – e non già la sussistenza del ritardo – a dar conto del divergente trattamento giuridico delle due dichiarazioni, posto che, se quella del debitore, ove resa per iscritto, consente la sua immediata caduta in mora *ex art.* 1219, secondo comma, n. 2, cod. civ., la dichiarazione del creditore, indipendentemente dalla sua forma, riesce solo a rendere inutile l'offerta non formale e ad esonerare la controparte dalla caduta in *mora debendi* alla scadenza del termine concordato, non escludendo la necessità di ricorrere all'offerta formale: cfr. FALZEA, *op. cit.*, p. 200 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 18, nota 9, 139, 253 e 265; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pp. 28 s. e 47 ss.; GIACOBBE, *op. cit.*, p. 967; ID., voce *Offerta reale (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 785; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 2 s. (da cui le successive citazioni); e in ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 993 s.; BRECCIA, *op. cit.*, p. 417 s.; D'AMICO, *op. cit.*, p. 225; CURSI, *op. cit.*, p. 831 s.; e, con più ampio riferimento all'incidenza che tali dichiarazioni possono avere sulla risoluzione anticipata del contratto, VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, pp. 113 ss. e 326 ss.



debitore sta proprio nella collocazione topografica all'interno del codice, che fa subito intuire in che rapporti l'una e l'altra si pongano con l'adempimento e con l'inadempimento: la collocazione della mora del creditore all'interno del Capo II del Libro IV del Codice, dedicato proprio all'adempimento delle obbligazioni, ha conseguenze interpretative non marginali se ci si chiede perché, invece, la mora del debitore sia stata inserita all'interno della disciplina dell'inadempimento¹⁰.

Se infatti è evidente che la mora *debendi* presuppone la mancata esatta esecuzione della prestazione dovuta e si traduce nella violazione, per fatto imputabile al debitore, delle modalità temporali dell'adempimento, così da assumere contorni di illiceità che legittimano l'applicazione delle misure sanzionatorie contro di essa previste, la disciplina della mora del creditore, invece, si limita a stabilire che il creditore stesso è tenuto ad un preciso comportamento collaborativo che il codice identifica nel non rifiutare illegittimamente il pagamento offertogli e nel procedere con i preparativi necessari per permettere al debitore l'adempimento¹¹. È piuttosto discussa la finalità puramente descrittiva dei comportamenti previsti dal codice che, fermo il dovere di agire secondo buona fede e correttezza, configurano, per l'opinione maggioritaria, un onere di collaborazione in capo al creditore¹², funzionale alla corretta conclusione del rapporto obbligatorio, che può anche realizzarsi con comportamenti positivi e partecipativi del creditore, strumentali all'adempimento, in assenza dei quali, e in presenza dei presupposti indicati dall'art. 1206 cod. civ., il creditore è in mora, ma che non può di per sé assumere i contorni del vero e proprio inadempimento ove non venga esattamente realizzato, posto che, altrimenti, ogni rapporto

obbligatorio assumerebbe perciò solo contorni di reciprocità ed interdipendenza tra le prestazioni che impedirebbero la stessa distinzione tra posizione debitoria e creditoria¹³.

In questa prospettiva, la disciplina della mora *accipiendi* trae legittimazione da un fondamento giustificativo tuttora poco chiaro, perché, se è evidente che il rifiuto ingiustificato del creditore integra un comportamento scorretto e in quanto tale non lecito, è altrettanto certo che esso, in sé e per sé considerato, non è reputato dal legislatore sufficiente ad integrare gli estremi dell'inattuazione imputabile, cioè a divenire a tutti gli effetti inadempimento e, in particolare, a legittimare la controparte che può essere danneggiata da tale condotta all'esercizio dei rimedi – dilatorio e perentorio – contro di esso previsti.

La costituzione in mora del creditore, piuttosto, mira esclusivamente ad assicurare al debitore la liberazione dal proprio obbligo e si configura come elemento procedimentale di una più ampia sequenza, finalizzata all'estinzione «coattiva» del rapporto obbligatorio.

A tal fine, è necessaria la concorrente presenza di tre elementi dei quali non sempre è lineare l'accertamento: prima di tutto, l'assenza della collaborazione del creditore o il rifiuto di ricevere l'adempimento; l'assenza di un motivo che legittimi il comportamento omissivo del creditore ed infine, ovviamente, i passaggi formali previsti dal codice per la sua costituzione, che si traducono nella predisposizione degli idonei meccanismi di offerta con cui si completa la formazione progressiva della fattispecie¹⁴.

Stabilito che le offerte di adempimento indicate dagli artt. 1208 e ss. cod. civ. si pongono come elemento decisivo per determinare le posizioni soggettive all'interno del rapporto obbligatorio, ed in particolare che l'offerta formale, calibrata secondo ciò che costituisce l'oggetto dell'offerta stessa, è momento fondamentale per dare un valore giuridico pieno al comportamento non collaborativo del creditore che rifiuti ingiustificatamente e illegittimamente anche l'offerta solenne di

¹⁰ Cfr. FALZEA, *op. cit.*, p. 23 ss.; GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 947 ss.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 15 ss.; GRISI, *op. cit.*, p. 72 s.

¹¹ Cfr. RAVAZZONI, voce *Mora del creditore*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 902, il quale considera il riferimento al «pagamento» operato dall'art. 1206 cod. civ. una svista terminologica, deformata forse dal prevalente utilizzo dell'istituto nell'ambito delle obbligazioni pecuniarie, potendosi benissimo e più correttamente intendere come «adempimento dell'obbligazione», in piena conformità a quanto indicato nel secondo comma della medesima prestazione.

¹² Sulla necessità di distinguere tra obbligo e onere insistono FALZEA, *op. cit.*, p. 53 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, p. 55 ss.; GIACOBBE, *op. ult. cit.*, p. 952 ss.; ma, in senso parzialmente critico, CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 433 ss.; BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 2.

¹³ GIACOBBE, *op. ult. cit.*, p. 958 ss.; D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 87 ss.; CAMARDI, *op. cit.*, p. 743 ss., in consapevole dissenso con la posizione di G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, pp. 1 ss. e 70 ss., il quale, muovendo dall'applicazione della regola di buona fede, ritiene possibile – sia pure attraverso un'attenta valutazione delle concrete circostanze del caso – considerare il creditore inadempiente per la mera omissione dell'attività di collaborazione.

¹⁴ Cfr. NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 35 ss.; CATTANEO, *op. ult. cit.*, p. 433 ss.; CURSI, *op. cit.*, p. 832 ss.; CAMARDI, *op. cit.*, p. 766 ss.





adempimento, restano da chiarire i profili problematici legati alla fase conclusiva di un rapporto obbligatorio in cui il rifiuto dell'offerta potrebbe essere ritenuto legittimo.

Nel nostro caso, è evidente che l'offerta non formale di riconsegna – ove isolatamente considerata – potrebbe essere sufficiente ad escludere la presenza di un ritardo nell'adempimento imputabile al conduttore e, quindi, a maggior ragione, ad escludere la mora *solvendi* ai sensi dell'art. 1220 cod. civ., posto che è incontestato il fatto che sia intervenuto il rifiuto del locatore a ricevere l'immobile e che, in ragione di questo stesso rifiuto, il conduttore è stato materialmente costretto a conservare il godimento della *res*, generando quella situazione fattuale che, secondo la controparte, avrebbe dovuto obbligarla a continuare a pagare il canone o a risarcire il danno *ex art.* 1591 cod. civ.¹⁵.

Resta tuttavia da chiarire prima di tutto come possa connotarsi l'illegittimità di detto rifiuto e, secondariamente, che valore possa avere sul riconoscimento dell'operatività dell'art. 1220 cod. civ. e sulla costituzione in mora del locatore

¹⁵ Tale rilievo esonera, limitatamente al profilo qui esaminato, dal prendere posizione in ordine all'efficacia impeditiva o eliminativa dell'offerta non formale *ex art.* 1220 cod. civ., il cui ambito di operatività continua ad essere oggetto di controversia dottrinale, ove si ricordi che solo alcuni interpreti attribuiscono decisiva importanza alla formulazione letterale della norma per concludere che l'offerta è possibile solo finché la costituzione in mora del debitore non si sia perfezionata, mentre numerosi altri autori preferiscono estendere l'istituto anche a tutti i casi in cui il debitore già in mora abbia offerto tempestivamente un adempimento tardivo. Nel caso in esame, infatti, il locatore non si è mai lamentato del ritardo nell'esecuzione dell'offerta da parte del conduttore e ciò lascia fondatamente presumere che l'offerta stessa sia intervenuta in assenza di una situazione di *mora debendi*. Cfr. comunque, per la tesi più restrittiva, FALZEA, *op. cit.*, p. 282; RAVAZZONI, *op. cit.*, pp. 903 e 910; GIACOBBE, voce *Offerta reale*, cit., pp. 777 s. e 782 s.; SICCHIERO, voce *Offerta reale e deposito delle cose dovute*, cit., p. 28; ID., in *Delle obbligazioni*, II, cit., p. 106 s.; e, per quella più estensiva, BRUSCUGLIA, *Sul motivo legittimo di rifiuto dell'offerta non formale della prestazione previsto dall'art. 1220 cod. civ.*, in *Foro pad.*, 1969, I, c. 21 s.; e in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 231 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 124 s. e 135 s.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 240 s.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 230 s., testo e nota 2; BRECCIA, *op. cit.*, pp. 421 e 602 s.; BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 3; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 507 s.; e, con più ampio riferimento alle caratteristiche dell'offerta non formale, sicuramente ravvisabili nel caso qui esaminato, MARSEGLIA, *A quali condizioni si ha offerta non formale di adempimento*, in *Contratti*, 2008, p. 630 ss; Cass., 1.12.1993, n. 11878, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1288; Cass., 2.2.1999, n. 857 e Cass., 1.4.1999, n. 3108, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Obbligazioni in genere*, nn. 45-46; Cass., 6.12.2000, n. 15505, in *Contratti*, 2001, p. 771 ss., con nota di COLAIACOMO, *L'offerta non formale di adempimento*; Cass., 21.6.2002, n. 9058, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2905.

l'offerta informale e quella per intimazione, fatta nella forma prescritta dall'art. 1209 cod. civ., ma subordinate ad un corrispettivo adempimento del locatore stesso, debitore dell'indennità di avviamento.

Il primo interrogativo a cui rispondere, dunque, ruota non solo attorno all'importanza da riconoscere all'offerta non formale, che, in quanto idonea ad escludere la mora del debitore, induce a chiedersi come possa legittimare il mantenimento in capo al conduttore dell'obbligo di corresponsione dei canoni di locazione, anche laddove ad essa abbia fatto seguito una nuova offerta, questa volta formale ed idonea a costituire in mora il creditore, ma sposta altresì l'attenzione sul preventivo e necessario accertamento dell'illegittimità del reiterato rifiuto del locatore di ricevere l'adempimento¹⁶.

¹⁶ Il fatto che il Tribunale, nel caso di specie, abbia condannato la conduttrice al pagamento dei canoni fino all'effettivo rilascio dell'immobile, e quindi anche dopo l'offerta non formale, ha concretamente perso ogni portata applicativa nel successivo corso del giudizio, non solo perché il rifiuto della società locatrice è stato reiterato fino al grado di legittimità, ma anche e soprattutto perché era stata comunque realizzata un'offerta formale e l'avvenuta costituzione in mora della locatrice stessa ha permesso alla Cassazione di concludere che i canoni non avrebbero più dovuto essere versati. Tale conclusione è conforme all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, il quale appunto ritiene che l'offerta non formale di restituzione esoneri il conduttore esclusivamente dal risarcimento del maggior danno, ma non lo liberi dal pagamento del canone per il tempo successivo all'offerta stessa e fino a quando il locatore non sia stato costituito formalmente in mora: cfr. Cass., 13.2.2002, n. 2086, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Obbligazioni in genere*, n. 64; Cass., 10.2.2003, n. 1941, in *Giur. it.*, 2003, p. 1574 ss., con nota di SORRENTINO; Cass., 23.4.2004, n. 7776, in *Arch. locazioni*, 2004, p. 563 ss.; Cass., 27.4.2004, n. 7982, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Locazione*, n. 123; Cass., 11.7.2006, n. 15721, in *Rass. locazioni*, 2006, p. 361 ss.; Cass., 20.1.2011, n. 1337, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce ult. cit., n. 119. Ma è sufficiente portare a coerente compimento la logica seguita dalla motivazione per collocare la sentenza in commento entro un orientamento diverso, che collega alla mera realizzazione dell'offerta non formale la liberazione dal pagamento del canone e che è ben evidenziato in Cass., 12.4.2006, n. 8616, *ivi*, 2006, voce ult. cit., n. 148; Cass., 3.9.2007, n. 18496, *ivi*, 2007, voce *Obbligazioni in genere*, n. 60; Cass., 27.11.2012, n. 21004, in *Arch. locazioni*, 2013, p. 163 ss.; e in *Giur. it.*, 2013, p. 1532; e, sia pure con riferimento ad una fattispecie concreta più articolata, Cass., 22.9.1993, n. 9662, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 499 ss., con nota di CIMBI, *Il riconoscimento da parte del creditore della fondatezza dell'intimazione non formale di ricevere la consegna di un immobile e gli equipollenti dell'offerta formale*. L'offerta non formale, infatti, anche se non può essere ritenuta sufficiente per costituire in mora il locatore, dimostra la volontà concreta di mettere l'immobile nella disponibilità del locatore e quindi di adempiere alla propria obbligazione conclusiva, senza focalizzarsi sull'interdipendenza della «controprestazione» rappresentata dal pagamento dell'indennità, sicché evita la mora del conduttore perché esclude che il ritardo sia a lui imputabile. Riesce dunque difficile comprendere perché, ciononostante, egli debba continuare a pagare per il godimento

Quanto al profilo problematico della valutazione sulla legittimità del rifiuto di ricevere la riconsegna dell'immobile, è significativo notare che, secondo quanto riferito dalla sentenza in esame, il locatore ha sempre ed esclusivamente lamentato la presenza di gravi danni al locale, così da fondare sul tale rilievo la sua richiesta di risoluzione per inadempimento del conduttore. Dal momento che, alla luce delle consulenze tecniche, detti danni sono risultati inesistenti, è palese che la motivazione fosse pretestuosa e infondata e conseguentemente il rifiuto, senza alcun dubbio, illegittimo e ciò ha probabilmente indotto il giudice a privilegiare un approccio di chiara matrice equitativa, volto a sanzionare la condotta di chi, in modo del tutto arbitrario, cercava di sottrarsi al pagamento dell'indennità di avviamento lamentando una situazione in realtà inesistente.

Qualora dalla c.t.u. fossero stati riscontrati reali gravi danni all'immobile, però, sarebbe stato comunque ingiustificato il comportamento non collaborativo del locatore nei confronti del conduttore che voleva liberarsi dal rapporto obbligatorio, dal momento che è pur vero che la cosa locata va restituita nello stato in cui è stata ricevuta, salvo il deterioramento che possa derivare dall'uso a cui è destinata (art. 1590 cod. civ.), ma la violazione di tale obbligo da parte del conduttore non legittimerebbe il locatore a rifiutarsi di ricevere la restituzione dell'immobile, proprio in ragione dell'impossibilità di collegare in un nesso sinallagmatico l'esatto adempimento della prestazione dovuta e l'esecuzione della prestazione collaborativa da parte del creditore.

Questi, al contrario, avrebbe dovuto invocare altri rimedi che, in maniera più calzante, potrebbero essere esperiti a seguito del danneggiamento della cosa locata, per ottenere in ogni caso il risarcimento dei danni ed eventualmente la risoluzione per inadempimento senza per questo limitarsi a non prendere in consegna la *res*¹⁷.

Conviene inoltre osservare che l'eventuale restituzione di una *res* danneggiata avrebbe assunto i contorni di un inesatto adempimento e, in quanto tale, avrebbe potuto giustificare il rifiuto del pagamento dell'indennità di avviamento solo in ragione di un'*exceptio non rite adimpleti contractus*, la quale, tuttavia, è integralmente

di una *res* verso la quale non ha più alcun interesse. Far gravare sul conduttore il peso di questo primo rifiuto illegittimo del locatore, protraendo *ex lege* un rapporto obbligatorio giunto alla propria conclusione, sarebbe una scelta poco compatibile con la volontà di tutelare il contraente *in bonis* che voglia adempiere e con la *ratio* complessiva che ha orientato la sentenza in commento.

¹⁷ Cfr. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 432 ss.; GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 964.

assoggettata al limite della buona fede *ex art.* 1460, comma secondo, cod. civ., sicché l'eventuale rifiuto di tale pagamento, per quanto correlato ad un effettivo inadempimento, avrebbe dovuto essere sottoposto ad un'attenta valutazione di proporzionalità, che, con tutta probabilità, avrebbe portato il giudice a concludere a favore della sua perdurante esigibilità, tutt'al più condizionata ad una decurtazione dell'indennità, a titolo di compensazione con il risarcimento dovuto dal conduttore.

In ogni caso, e in via puramente teorica, è evidente che l'intervento di un'offerta solenne, seguita dal perdurante rifiuto illegittimo del locatore, sbilanci la situazione definitivamente a favore del conduttore, sia in relazione alla riconsegna dell'immobile e alla problematica della corresponsione dei canoni di locazione, sia in relazione al pagamento dell'indennità di avviamento dovuta, ma possono queste considerazioni essere valide anche se l'offerta di restituzione sia stata sempre condizionata ad un ulteriore adempimento del creditore?

3. Offerta «condizionata» di rilascio dell'immobile e pagamento dell'indennità di avviamento.

L'orientamento giurisprudenziale che la Cassazione non esita a «forzare», attraverso l'estrapolazione di massime e passaggi argomentativi che, decontestualizzati, si spogliano spesso del loro significato originario, per giustificare la propria decisione di riconoscere pieno valore all'offerta reale «condizionata» ad un adempimento altrui¹⁸, dà rilievo essenziale al nesso

¹⁸ Stando alla motivazione di Cass., 20.1.2016, n. 890, cit., l'unica pronuncia diretta a negare l'idoneità di un'offerta «condizionata» alla costituzione in mora del locatore sarebbe rappresentata dalla risalente Cass., 6.5.1966, n. 1159, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 326 ss., che, in realtà, si era più semplicemente limitata ad osservare che, nei contratti sinallagmatici, l'offerta reale non avrebbe dovuto essere considerata come sottoposta a condizione quando in cambio dell'adempimento fosse richiesto l'adempimento reciproco dell'altrui obbligazione perché «la pretesa di adempimento è ragione, non condizione dell'offerta»: segno evidente di apertura concettuale all'interno di un dibattito ancora acceso in cui si sosteneva per lo più che l'offerta formale non potesse essere subordinata a riserve o condizioni che potessero ledere il diritto del creditore, costituendo detto «condizionamento» dell'offerta un motivo legittimo di rifiuto: conclusione – quest'ultima – alla quale è impossibile obiettare alcunché, ma che è scarsamente utile ai fini dell'analisi del caso qui affrontato, in cui il «condizionamento» riguardava, più esattamente, il pagamento di una prestazione pecuniaria esigibile – come si osserva nel testo – dopo la restituzione o comunque in un momento cronologico da essa slegato. Maggiore attenzione avrebbe forse meritato Cass. 17.7.1952, n.



2230, in *Mass. Foro it.*, 1952, 670: «l'offerta di restituzione del bene locato, a condizione che venga corrisposta l'indennità di avviamento, non esonera il conduttore dal pagamento del canone, ma rende solo inapplicabile l'art. 1591 cod. civ. e i rapporti tra le parti continuano a essere regolati puramente e semplicemente dal contratto»; nonché soprattutto Cass., 25.3.2010, n. 7179, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Locazione*, n. 249, che fa riferimento al «negativo apprezzamento dell'allegata mora *credendi*, in ragione della perdurante subordinazione dell'offerta di rilascio al pagamento dell'indennità di avviamento». La sentenza in commento, invece, dedica prevalente – se non esclusiva – attenzione a Cass., sez. un., 15.11.2000 n. 1177, in *Foro it.*, 2001, I, c. 928 ss.; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 347 ss.; in *Rass. locazioni*, 2000, p. 579 ss., con nota di GUIDA, *La tutela dell'avviamento commerciale ed il legittimo rifiuto del conduttore di restituire l'immobile*; in *Arch. locazioni*, 2001, p. 70; in *Gius.*, 2001, p. 554 ss., con nota di BERRUTI; e in *Corr. giur.*, 2001, p. 1324 ss., con nota di GIOVE, *Danni da ritardato rilascio e indennità di avviamento*, che, in realtà, ha dedicato attenzione al tema solo in un *obiter dictum* non direttamente collegato al *thema decidendum* e dove si leggono significative prese di posizione a favore della possibilità di condizionare l'offerta alla controprestazione a cui si ha diritto non già per sostenere che l'offerta in tal modo «condizionata» sia idonea a costituire in mora il locatore, bensì per legittimare – conformemente a quanto già fatto da Cass., 29.10.1993, n. 10784, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2451 ss.; e in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 3201 ss., con nota di IZZO, *Inesistenza del diritto al risarcimento del danno in caso di mancata corresponsione dell'indennità di avviamento* – il rifiuto del conduttore di consegnare l'immobile fino a quando il locatore non abbia materialmente corrisposto l'indennità di avviamento tramite l'art. 1460 cod. civ.: «tra le suddette obbligazioni, di natura contrattuale ..., ma nascenti entrambe al momento della cessazione del rapporto di locazione, è stata quindi instaurata una relazione di interdipendenza, prevedendosene la reciproca inesigibilità, in difetto di contemporaneo adempimento (od offerta di adempimento). Inesigibilità che le norme in esame ricollegano alla fase endoprocessuale (hanno invero riguardo all'esecuzione del provvedimento di rilascio), ma che deve ritenersi operante (mediante eccezione riconducibile nell'ambito della previsione dell'art. 1460 cod. civ., ovvero a questa assimilabile) anche nella fase precedente, che va dalla cessazione del rapporto alla formazione del provvedimento di rilascio, poiché la relazione di interdipendenza concerne le posizioni sostanziali, che maturano, appunto, all'atto della cessazione del rapporto locazio... In virtù della reciproca inesigibilità della pretesa del locatore al rilascio e del conduttore alla corresponsione dell'indennità, sancita *ex lege*, risulta, per un verso, esclusa la mora del conduttore a restituire la cosa locata, ai sensi dell'art. 1591 cod. civ., e quella del locatore a corrispondere l'indennità: entrambi i rifiuti ad adempiere, se non in presenza di un contestuale adempimento della controparte, trovano infatti giustificazione nella legge». Il che induce a concludere che – secondo le Sezioni unite – il conduttore potrebbe evitare di consegnare l'immobile finché non gli viene pagata l'indennità, senza per questo liberarsi dalla sua prestazione, il che è sensibilmente diverso da quanto deciso nella sentenza in esame. In ogni caso, stupisce che la Corte non abbia esitato a richiamare a sostegno della sua decisione Cass., 25.6.2013, n. 15876, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, I, p. 1028 ss., con nota di DE TILLA, *L'obbligo del conduttore di versare il canone in attesa del pagamento dell'indennità di avviamento*; e in *Arch. locazioni*, 2014, p. 68 ss., incurante del fatto che questa pronuncia chiarisce espressamente che «in materia di locazioni di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello abitativo,

di interdipendenza tra le prestazioni che, in questo caso, hanno origine indirettamente dal vincolo contrattuale originario, essendo sì – con le parole della Corte – «determinante per ciascuna parte la prestazione dell'altra» ma non così pacificamente «ai fini della realizzazione della causa stessa del negozio»¹⁹, che, invero, non può non assumersi come già ampiamente perseguita e realizzata, ove si consideri che le prestazioni in esame divengono esigibili nella fase finale del contratto e mirano ad assicurare una corretta estinzione di un rapporto obbligatorio già eseguito.

L'obbligo del conduttore, infatti, si concretizza in una prestazione restitutoria a cui si vorrebbe collegare l'obbligo del locatore di corrispondere l'indennità di avviamento: sicuramente esiste un legame tra le prestazioni, ma va indagata proprio la natura di questo rapporto di asserita interdipendenza tra i due obblighi per chiarire come caratterizzare la loro relazione e valutarne l'influenza sugli istituti su cui viene scelto di incardinare la formulazione della *ratio decidendi* della sentenza.

La pronuncia esamina l'offerta di riconsegna dell'immobile condizionata al pagamento dell'indennità di avviamento in una prospettiva che, consapevole delle incertezze dottrinali sull'ammissibilità dell'offerta sottoposta a condizione e di una produzione giurisprudenziale difficilmente comparabile²⁰, cerca di superare le

dal momento della cessazione del rapporto contrattuale sino a quello del pagamento dell'indennità di avviamento si viene ad instaurare tra le parti un rapporto *ex lege*, che risulta collegato geneticamente a quello precedente, ma nel quale le rispettive obbligazioni non si pongono in relazione di sinallagmaticità; ne consegue che il conduttore, rimasto nella detenzione dell'immobile, per sottrarsi all'obbligo di pagamento del canone non può invocare l'applicazione dell'art. 1460 cod. civ., bensì soltanto compiere l'offerta di restituzione del bene a norma dell'art. 1216 cod. civ.: negato il vincolo di sinallagmaticità e messo addirittura in forse il titolo negoziale delle obbligazioni assunte dalle parti, riesce impossibile capire come questa sentenza possa essere richiamata per legittimare un'offerta «condizionata» dal nesso di sinallagmaticità esistente tra le prestazioni di restituzione e di pagamento dell'indennità.

¹⁹ Così Cass., 20.1.2016, n. 890, cit.

²⁰ Oltre a Cass., 25.6.2013 n. 15876, cit., hanno offerto indicazioni sul tema in esame Cass. 27.09.2004, n. 19322, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Locazione*, n. 243, secondo cui «il conduttore di un immobile urbano adibito ad uso diverso da quello abitativo al quale, alla cessazione del rapporto, non sia stata corrisposta l'indennità di avviamento commerciale di cui all'art. 34 l. 27 luglio 1978, n. 392, non ha un mero diritto di ritenzione dell'immobile, ma può legittimamente proseguire ad esercitare nell'immobile l'attività economica per la quale lo aveva preso in locazione, dietro pagamento del solo corrispettivo convenuto per la locazione»; Cass. 20.4.2009, n. 9353, in *Giur. it.*, 2010, p. 829 ss., secondo cui «nella locazione di immobili urbani adibiti alle attività di cui all'art. 27, primo comma, nn. 1 e 2, l. 27 luglio 1978, n. 392, tra il diritto del locatore al risarcimento del maggior danno da ritardata riconsegna dell'immobile locato, ai sensi dell'art. 1591 cod.



difficoltà sottese al tema facendo leva su un legame strumentale forte tra le prestazioni, esaltato in una costruzione che lo inserisce in un disegno del legislatore ispirato a sua volta da principi costituzionali che orientano la scelta di privilegiare il ciclo dinamico dell'attività d'impresa e la figura del conduttore a scapito del ristabilimento dell'assetto proprietario privilegiato dal locatore.

Il rapporto tra indennità di avviamento e riconsegna dell'immobile, però, potrebbe essere letto in una prospettiva diversa e più realistica rispetto a quella da cui, non senza fatiche, muove la Corte per superare il limite dell'«incondizionabilità» dell'offerta sostenuto dalla dottrina: dall'art. 34 l. 27 luglio 1978, n. 392, infatti, emerge solo la funzione protettiva che sta alla base dell'indennità di avviamento e valorizza così la posizione del conduttore, ma resta impregiudicata la valutazione del reale profilo problematico della fattispecie in esame, perché è incerto se il nesso strumentale forte che la pronuncia rileva tra le prestazioni sia tale per cui «una di esse renda possibile l'altra»²¹ e se al contrario, il mancato pagamento dell'indennità assuma i contorni di un inadempimento in presenza del quale la controparte possa, in via di autotutela,

civ., e l'adempimento dell'obbligo su questi gravante di pagamento al conduttore dell'indennità per la perdita dell'avviamento, esiste un rapporto di reciproca interdipendenza; ne consegue che, chiesto dal locatore il risarcimento del suddetto maggior danno, il giudice deve verificare anche d'ufficio se l'attore abbia adempiuto od offerto di adempiere l'obbligo di pagamento della suddetta indennità, non occorrendo a tal fine una formale eccezione da parte del conduttore»; Cass., 9.3.2010, n. 5661, in *Arch. locazioni*, 2011, p. 47 ss., con nota di DE TILLA, *Indennità di avviamento, rifiuto di restituzione dell'immobile e pagamento del canone*, secondo cui «nelle locazioni di immobili urbani adibiti ad attività commerciali disciplinate dagli artt. 27 e 34 l. 27 luglio 1978, n. 392, il conduttore che, alla scadenza del contratto, rifiuti la restituzione dell'immobile, in attesa che il locatore gli corrisponda la dovuta indennità di avviamento, è obbligato al solo pagamento del corrispettivo convenuto per la locazione, e non anche al risarcimento del maggior danno, rimanendo irrilevante, al riguardo, che sia scaduto o meno il termine previsto dall'art. 56 suddetta legge»; Trib. Bergamo, 17.11.2011, in *Arch. locazioni*, 2012, p. 309 ss., con nota di GUIZZETTI, *Il rilascio dell'immobile quale presupposto per la condanna del locatore al pagamento dell'indennità*, secondo cui «è inammissibile, per inesigibilità del credito, la domanda di condanna del locatore al pagamento dell'indennità di avviamento, proposta dal conduttore in pendenza del termine di rilascio ex art. 56 l. 27 luglio 1978, n. 392». La consultazione di queste pronunce lascia facilmente intendere che, all'interno della giurisprudenza, è impossibile ravvisare dei filoni unitari per quanto riguarda il rapporto tra indennità di avviamento e restituzione dell'immobile locato, posto che si cerca comunque di appiattare tale questione sui problemi specificamente affrontati nella singola controversia al solo scopo di affermare un principio volto a risolvere quest'ultima.

²¹ Così Cass., 20.1.2016, n. 890, cit.

reagire rinunciando alla consegna, cioè facendo applicazione della tutela dilatoria offerta dall'art. 1460 cod. civ. al quale, più esattamente, la Corte avrebbe dovuto fare esclusivo riferimento²².

La prima considerazione da fare, proprio in ordine al ruolo del diritto all'indennità di avviamento in relazione alla riconsegna dell'immobile e, più in generale, al vincolo contrattuale, è proprio quella che più di tutte smussa e allenta la rigidità del rapporto di interdipendenza tra le prestazioni come prospettato dalla Corte e armonizza i reciproci obblighi con le regole generali del rapporto obbligatorio, riempiendo di significato la dinamica del rapporto stesso e differenziando il momento in cui sorge il diritto all'indennità di avviamento dal momento in cui questo diventa esigibile: il diritto a ricevere l'indennità di avviamento è una conseguenza automatica della cessazione del rapporto di locazione²³.

²² Attraverso la riproposizione di quanto osservato da Cass., sez. un., 15.11.2000 n. 1177, cit., nella sentenza in commento si rileva che «le norme sulla mora del creditore consentono a ciascuno dei due obbligati di liberarsi della propria obbligazione e di costituire in mora il creditore (artt. 1206, 1207 e 1208 cod. civ.), perché se il debitore di una prestazione la deve a condizione che l'altra esegua in suo favore una prestazione cui ha diritto, il debitore della prima può condizionare la propria offerta all'esecuzione di quella del proprio debitore», ma si omette – forse volutamente – di riportare la riflessione conclusiva della sentenza delle Sezioni unite, in cui appunto si aggiungeva che «sia il conduttore sia il locatore possono opporre che, in mancanza dell'offerta della prestazione loro dovuta non sono tenuti all'adempimento della propria, e da un lato, opponibile l'eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.), non può configurarsi né inadempimento né mora in chi legittimamente l'opponere, dall'altro il dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.) consente di sanzionare comportamenti delle parti non improntati a buona fede, ma al diverso intento di differire l'adempimento della propria obbligazione». L'analisi di quest'ultimo inciso evidenzia che sarebbe stato sufficiente richiamare il secondo comma dell'art. 1460 cod. civ. e il principio di buona fede al quale esso fa riferimento per individuare una clausola generale già di per sé idonea ad offrire tutela verso qualunque comportamento ad essa contrario, rendendo superfluo ed eccessivamente vago il richiamo di principi – anche di natura costituzionale – per giungere ad ammettere la costituzione in mora del locatore.

²³ Fa una coerente – ma forse eccessiva – applicazione di questo assunto Cass., 5.12.2014, n. 25736, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Locazione*, n. 123: «l'obbligazione del conduttore al rilascio dell'immobile e quella del locatore alla corresponsione dell'indennità di avviamento, pur dipendenti e reciprocamente esigibili, sorgono quando il rapporto è già cessato e si collocano dunque fuori dal sinallagma contrattuale». Cfr. anche Cass., 3.11.2009, n. 23198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 357 ss., con nota di BALLERINI, *Mancata corresponsione dell'indennità per la perdita dell'avviamento fra sospensione dei provvedimenti di rilascio e danni da ritardata restituzione dell'immobile*; in *Arch. locazioni*, 2010, p. 39 ss.; in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1401 ss.; e in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, p. 371 ss.; Cass., 27.4.2011, n. 9408, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1429 ss.; in *Corr. giur.*, 2011, p. 1434 ss., con nota di CARRATO,





Il diritto all'indennità di avviamento sorge, cioè, dopo che il rapporto è cessato ed è per questo indipendente dalle modalità con le quali l'immobile è stato restituito.

Ciò appare evidente nell'ipotesi regolata dall'art. 34, secondo comma, l. 27 luglio 1978, n. 392, la quale presuppone che l'immobile già adibito all'esercizio di un'attività d'impresa venga nuovamente locato per il medesimo scopo entro un arco temporale così ristretto dalla cessazione del precedente rapporto da rendere probabile uno sviamento della clientela: in questo caso, è la stessa identificazione del contratto quale fonte dell'obbligo alla corresponsione dell'indennità ad apparire criticabile, posto che il locatore assume questo impegno in virtù di un comportamento successivo alla definitiva estinzione del precedente rapporto locatizio, sicché non resta che ipotizzare che sia proprio e solo la legge ad imporgli il pagamento e ciò vale ad escludere ogni possibilità di collegamento sinallagmatico con la restituzione.

La conclusione è solo parzialmente diversa nel caso regolato dall'art. 34, primo comma, l. 27 luglio 1978, n. 392, che è peraltro quello qui esaminato: è infatti vero che, in questa ipotesi, il pagamento dell'indennità potrebbe astrattamente essere preteso in un momento storico in cui il rapporto locatizio non è definitivamente cessato, ma è importante segnalare che la doverosità dell'adempimento non è correlata dalla legge all'effettiva restituzione della *res*, visto che la norma menziona – senza alcuna differenza rispetto all'ipotesi già analizzata – la «cessazione» del rapporto, lasciando dunque intendere che il conduttore possa pretendere il pagamento anche dopo aver restituito l'immobile e in modo del tutto indipendente rispetto alle modalità con le quali ha adempiuto agli obblighi fissati dall'art. 1591 cod. civ.

Ad esiti non dissimili, infine, si perviene anche alla luce di quanto previsto dall'art. 34, terzo comma, l. 27 luglio 1978, n. 392, il quale istituisce un condizionamento tra «l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile» e il pagamento dell'indennità, lasciando dunque intendere che il locatore possa svolgere tutta la fase di merito volta all'accertamento dell'inadempimento della controparte senza pagare alcunché e limitandosi appunto a versare la somma dovuta nel solo momento in cui intende usufruire dell'apparato esecutivo statale per ottenere il rilascio, il quale diviene a tal stregua il momento

Alienazione dell'immobile locato e legittimazione passiva al pagamento dell'indennità di avviamento; e in Nuova giur. civ. comm., 2011, I, p. 1224 ss., con nota di RESETTI, Alienazione dell'immobile locato e indennità per la perdita d'avviamento: il debito grava sull'acquirente.

determinante per l'esigibilità della prestazione da parte del conduttore²⁴.

La valutazione della Suprema Corte, concretamente, muovendo dal nesso di interdipendenza delle prestazioni oggetto del rapporto obbligatorio, si va poi ad inserire nel contesto specifico del rapporto commerciale e analizza il ruolo attribuito dal legislatore all'indennità di avviamento, ma è facile accorgersi che si tratta di passaggi argomentativi scarsamente conferenti.

È innegabile che la posizione privilegiata dell'esercente l'attività commerciale sia stata una delle ragioni che ha fatto propendere la Corte per la soluzione più permissiva, dopo aver messo sul piatto della bilancia non solo l'affermato nesso funzionale di stretta interdipendenza tra le prestazioni, ma anche il ruolo dell'indennità come corollario di un disegno normativo che vuole incentivare la prosecuzione dell'attività d'impresa e concedere al conduttore la materiale possibilità di avviarla altrove al più presto, con il sostegno economico della controparte.

Ma poiché l'indennità è dovuta anche laddove il conduttore non inizi alcuna ulteriore attività d'impresa o dia avvio ad un'attività del tutto diversa, non vi sono ragioni per sostenere che solo il pagamento da parte del locatore riesca a «rendere possibile» la consegna dell'immobile, dovendosi invece concludere che le due prestazioni possono essere soddisfatte isolatamente e si limitano a concorrere – senza alcun legame sinallagmatico – all'estinzione definitiva del rapporto.

Portare fino in fondo l'approccio suggerito dalla Cassazione condurrebbe, del resto, a risultati applicativi difficilmente giustificabili, perché esaspererebbe il problema della detenzione dell'immobile da restituire: ogniqualvolta alla cessazione del rapporto non venisse contestualmente offerta l'indennità di avviamento, si darebbe avvio ad un eterno circolo vizioso di cavilli patologici sul tempo della prestazione o della sua offerta rispetto all'obbligo di rilasciare l'immobile che potrebbe essere «condizionato» all'adempimento altrui, generando situazioni di inadempimenti reciproci fatalmente destinate ad incrementare il contenzioso già sufficientemente considerevole.

²⁴ In questo senso, SINISI, *Le locazioni ad uso commerciale*, Padova, 2005, pp. 353 e 397, che richiama esplicitamente gli artt. 34 e 69 l. 24 luglio 1978, n. 392, per concludere che «è pur sempre necessario che vi sia il rilascio dell'immobile»; nonché Cass., 15.5.1997, n. 4272, in *Arch. locazioni*, 1997, p. 1020 ss.; Cass., 10.2.2003, n. 1930, in *Giur. it.*, 2003, p. 2023 ss.; e in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 1166 ss., con nota di DE TILLA, *Rilascio dell'immobile ed indennità di avviamento sono legate da un rapporto di reciproca dipendenza*.

Non si deve infatti sottovalutare il rischio che l'interpretazione della Cassazione, per quanto originata da una vicenda giudiziaria nella quale il rifiuto ingiustificato del locatore rende equitativamente condivisibile la sua condanna, produca i suoi più rilevanti effetti in sede stragiudiziale, agevolando la creazione di un rapporto di interdipendenza funzionale tra le prestazioni sufficiente ad integrare il primo e fondamentale requisito di esperibilità dell'eccezione di inadempimento²⁵.

Alla fattispecie concreta, già astrattamente rappresentata da più disposizioni normative, il cui disposto andrebbe letto e interpretato congiuntamente, la Corte sceglie di affiancare un'argomentazione deduttiva che ricava dai principi di diritto ispiratori della l. 27 luglio 1978, n. 392 la *ratio* decisoria della pronuncia e si sostituisce, di fatto delineando un rimedio puramente giurisprudenziale, al dato normativo che già disciplina l'istituto della mora del creditore e i requisiti delle offerte di adempimento, tutelando il rapporto creditore/debitore anche all'interno di questa dinamica contrattuale.

Mediante la pretesa interdipendenza strutturale delle prestazioni, basandosi su un argomento di fatto *praeter – se non contra – legem*, la Corte legittima la propria conclusione, poco convincente a livello generale ma adatta al caso concreto, e giustifica il superamento delle norme che avrebbero invece potuto trovare spazio per regolare la fattispecie²⁶.

²⁵ Cfr. SINISI, *op. cit.*, p. 398; V. RUSSO, *Locazioni di immobili ad uso non abitativo ed indennità per la perdita di avviamento*, in *Contratti*, 2009, p. 115 ss.; BALLERINI, *op. cit.*, p. 363.

²⁶ Non è difficile scorgere nella pronuncia in esame l'ennesima manifestazione di quell'«argomentare per principi» puntualmente rilevato da G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 67 ss.; e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1103 ss., il quale, riscontrata la difficoltà di configurare con sufficiente precisione i principi, «il cui solo nome provoca già disorientamento circa il senso da attribuire» in ragione della loro tipologia, delle loro fonti e della loro natura nel procedimento ermeneutico, pone l'accento sul fatto che, in un momento di crisi caratterizzato dalla costante presenza dell'errore umano e dall'auspicata – ma difficilmente raggiungibile – oggettività della previsione normativa, si tende ad esaltare la soggettività del giudice e la lettura delle fattispecie concrete in chiave personalistica, perché «sale la domanda della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, in qualche modo violate, e delle aspettative deluse, che attendono d'essere soddisfatte con prontezza ed effettività: l'attenzione si concentra sui rimedi, da rinvenire in modo agile e concreto nella totalità complessa transnazionale, che divengono perciò la risposta immancabile dell'ordine giuridico a quella domanda». Sul tema, cfr. anche PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 73 ss.; e in *Foro it.*, 2015, IV, c. 455 ss.; nonché VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le Corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p.

Sempre attraverso i principi, si svuota di contenuto precettivo la posizione meno permissiva della dottrina, richiamata nella stessa pronuncia, che apparentemente non lascia spazio all'ammissibilità di un'offerta formale condizionata alla controprestazione a cui si ha diritto e si ignora la ragione di fondo di questa netta opposizione, la quale, in realtà, non ha mai dubitato della possibilità materiale che il debitore di una relazione sinallagmatica ad esecuzione contestuale offra l'adempimento della propria prestazione al fine di ottenere quello della controprestazione, ma ha efficacemente rilevato che questa esigenza, anziché nella disciplina della *mora accipiendi*, incentrata sull'impossibilità di qualificare inadempiente il creditore che rifiuta l'offerta, avrebbe dovuto trovare soddisfacimento nel principio *inadimplenti non est adimplendum* e nell'art. 1460 cod. civ., che, attuando tale principio, offre sufficiente garanzia nel rapporto in cui ciascuno è, contemporaneamente, creditore della prestazione altrui e debitore della propria²⁷.

237 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 4 ss.; e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787 ss.; ID., *Regole e principi. Un decalogo*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 51 ss., che scrive, con estrema chiarezza: «l'argomento classico del positivismo giuridico per espellere i giudizi di valore da ogni riflessione teorica sul diritto è basata sulla convinzione, erronea, che i giudizi di valore sono sempre privi di fondamento razionale. Questa convinzione è errata perché l'intreccio fra fatti e valori è una delle costanti del nuovo sistema delle fonti composto di regole e principi. Centrale dunque è un modo di argomentare basato non solo sul metro della conformità a una regola, ma da criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, imposti dal nuovo ordine giuridico».

²⁷ Riesce, in particolare, difficile ricondurre la tipologia di offerta «condizionata» presa in esame dalla pronuncia in commento a quella analizzata da FALZEA, *op. cit.*, p. 257, il quale, rilevato che il termine «condizione» è usato – a fronte di un'offerta di adempimento – in modo improprio ed atecnico, perché non può indicare un elemento atto ad incidere sull'efficacia dell'offerta, stante la sua natura non negoziale, che le impedisce di supportare l'apposizione di elementi accidentali, conclude che la richiesta dell'adempimento altrui che si accompagna all'offerta stessa può tutt'al più valere come riserva o contribuire a rendere l'atto complesso, facendogli assumere anche la natura di un'intimazione per l'adempimento altrui: nel caso qui affrontato, infatti, è proprio la tipologia di interdipendenza riscontrabile tra le prestazioni ad apparire ambigua, perché non è pacifico che il legame tra indennità di avviamento e restituzione dell'immobile locato sia prima di tutto creato dalla legge stessa, e in secondo luogo così stretto da non permettere la soddisfazione di una in assenza dell'altra. Cfr. anche CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 158 ss., spec. 160 e 162 s., il quale, pur ammettendo che l'art. 1208, secondo comma, cod. civ., prevedendo che il debitore possa «subordinare l'offerta al consenso del creditore necessario per liberare i beni dalle garanzie reali o da altri vincoli», legittima un condizionamento in forza del quale la *mora accipiendi* potrebbe essere riscontrata anche solo per il rifiuto della liberazione del bene da parte del creditore, precisa che, fuori da



Proprio per capire quale sia la differenza di fondo tra offerta di adempimento «condizionata» all'adempimento altrui ed eccezione di inadempimento, sempre che questa possa trovare spazio all'interno di una fattispecie come quella in esame e che possa avere autonomo rilievo all'interno dell'istituto della mora o parallelamente ad esso, è dunque necessario approfondire la relazione tra tutela dilatoria, interdipendenza delle prestazioni e inadempimento.

4. Interdipendenza delle prestazioni e tutela dilatoria

Già a livello puramente teorico, l'art. 1460 cod. civ., assieme all'altro rimedio dilatorio previsto dall'art. 1461 cod. civ., ha stimolato e continua ad accendere un dibattito che attraversa questa particolare forma di autotutela sin dalle sue origini storiche, ne investe dapprima la natura, poi il significato sostanziale e infine l'importanza –

questo caso, l'offerta «condizionata» deve, piuttosto, intendersi come una manifestazione di volontà sottoposta ad una riserva nei confronti del creditore, sicché delle due l'una: «o la riserva è infondata, e quindi non può nuocergli; oppure è fondata, ma in tal caso egli subirà poi le conseguenze di una situazione che preesiste all'offerta e non è creata da questa». A fondamento di questa conclusione, secondo l'autore, si deve porre una netta distinzione tra l'istituto della mora e l'autotutela privata: «la costituzione in *mora accipiendi* è un mezzo per proteggere l'interesse del debitore a liberarsi ed evitare i rischi e i costi derivanti dall'ingiustificato persistere del vincolo, non già un generico strumento di autotutela idoneo a perseguire qualunque scopo. ... Per questi motivi sembra da negare che, quando sia stato concluso un contratto con prestazioni corrispettive, l'offerta solenne di un contraente possa essere subordinata all'esecuzione contemporanea della controprestazione da parte dell'altro, Anzitutto il nostro codice non prevede questa possibilità ... Per tutelare il proprio diritto alla controprestazione, il contraente ha naturalmente a disposizione l'eccezione d'inadempimento, quando ne ricorrano i presupposti (art. 1460); ma ciò non significa che, per il medesimo fine, egli possa provocare anche gli effetti della *mora accipiendi* a carico della controparte». Quest'ultima precisazione consente di attribuire valore puramente descrittivo alla generica conclusione di NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 104 ss., secondo i quali, proprio in forza del rapporto di corrispettività tra i reciproci adempimenti, riconoscere rilievo ad un'offerta formale condizionata risponderebbe alle esigenze proprie del rapporto sinallagmatico e permetterebbe di tutelare il rapporto tra creditore e debitore alla luce dei comportamenti di ciascuna delle parti. Si veda, infine, PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, pp. 191 ss., spec. 196 s., il quale distingue la libertà di forma dell'offerta (non formale) dal contenuto vincolato di questa che non può essere ulteriormente determinato dalla volontà del debitore, così da non potersi ammettere la subordinazione a condizioni o riserve di un atto dovuto quale quello in esame.

nonché talvolta la manipolazione di cui è oggetto – a livello processuale²⁸.

Nella sentenza in commento, l'eccezione di inadempimento è richiamata, impropriamente, tra i motivi di ricorso della società locatrice e, più correttamente, nell'enucleazione della *ratio decidendi*, per permettere all'offerta formale di adempimento «condizionata» di spiegare i propri effetti ai fini della costituzione in mora della società locatrice.

Il primo riferimento all'art. 1460 cod. civ., nonché al più generale principio secondo cui *inadimplenti non est adimplendum*, ha scarsa importanza all'interno della pronuncia, esaurendosi l'intero problema della *mala gestio* e della cattiva comprensione dell'istituto in una serie di errori e sviste processuali dell'*excipiens* – la società locatrice – su cui la Corte non si dilunga²⁹.

Diverso spessore assume, invece, la riflessione che accosta tutela dilatoria e offerta di adempimento «condizionata», all'interno della fase conclusiva del rapporto contrattuale per cui si è arrivati al giudizio di legittimità: un contratto sinallagmatico, senza dubbio caratterizzato da corrispettività per tutta la sua durata, nel quale si sostiene che le ultime prestazioni a cui le parti sono tenute continuerebbero ad essere collegate da una stretta interdipendenza.

²⁸ Offre una completa ricostruzione storica delle eccezioni dilatorie nonché della loro disciplina ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi*, 2, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 413 ss.; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 1 ss.; per un inquadramento generale su natura, funzioni e problematiche legate al rimedio dilatorio cfr. anche BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, p. 63 ss.; ID., voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 331 ss.; e in ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, cit., p. 389 ss.; REALMONTE, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 222 ss.; VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 378 ss. Per la dimostrazione dei rischi sottesi alla strumentalizzazione giurisprudenziale dei rimedi dilatori, è sufficiente rinviare al volume collettaneo *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, a cura di Addis, Milano, 2006.

²⁹ Il motivo di gravame, in effetti, focalizza la propria attenzione sul fatto che il richiamo dell'art. 1460 cod. civ. è impropriamente trasferito dal giudizio di risoluzione per inadempimento della conduttrice (dove, eventualmente, avrebbe potuto avere rilevanza, qualora però si fossero riscontrati effettivi danni all'immobile), al procedimento del rifiuto dell'offerta reale, in quanto serve al locatore per accertare la legittimità del rifiuto di ricevere l'immobile e come sottolinea la Corte questo trasferimento perde completamente di vista sia la *ratio* della sentenza impugnata, sia le funzioni dell'istituto, che vengono travisate e manipolate irragionevolmente.



Questo collegamento tra gli adempimenti, stabilito che il sinallagma genetico è stato correttamente formato e giustifica la corrispettività delle prestazioni per l'intera durata del vincolo obbligatorio, governandone indirettamente anche la fase conclusiva, induce ad un ragionamento preliminare sulla potenziale alterazione del sinallagma funzionale³⁰, che è sicuramente lo strumento con cui permettere un primo ingresso, all'interno del rapporto a prestazioni corrispettive, all'eccezione di inadempimento in funzione di autotutela: nonostante la diversità di opinioni riscontrabili in dottrina sull'interpretazione da dare al rimedio dilatorio previsto dall'art. 1460 cod. civ., è punto di partenza comune che l'eccezione si inserisca in un quadro in cui si cerca di preservare l'equilibrio del sinallagma funzionale all'interno del vincolo contrattuale, stabilendo che nel rapporto sinallagmatico, la corrispettività e l'interdipendenza delle prestazioni implicino che ciascuna sia al tempo stesso ragione e conseguenza dell'altra³¹.

³⁰ Del quale, tramite le eccezioni dilatorie, si cerca di garantire la corrispondenza con quello genetico: cfr. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 425.

³¹ È sufficiente rinviare ad ADDIS, *op. ult. cit.*, pp. 440 ss., spec. 442; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., p. 69, per la dimostrazione della necessità di allargare il più ampiamente possibile la nozione di «corrispettività» al fine di individuare l'ambito di operatività delle eccezioni dilatorie, perché se è evidente che apprezzare «la dinamica del sinallagma contrattuale ... costituisce il principale criterio di orientamento cui l'interprete meglio potrebbe volgersi per stabilire se la tutela dilatoria sia correttamente invocata nel caso concreto», è altrettanto certo che esse mirano ad «abbracciare quelle situazioni nelle quali si fatica a rintracciare una giustificazione plausibile da porre a fondamento dell'esclusione del potere di rifiutare legittimamente l'adempimento, specie se l'esecuzione della prestazione dovuta possa comportare uno squilibrio o un sacrificio a fronte del mancato, contestuale conseguimento di una prestazione che pure non possa qualificarsi come controprestazione della prima ma che con essa risulta originariamente o, ancor più spesso, successivamente collegata». A tal stregua, perde gran parte delle sue ricadute applicative il tentativo di distinguere il concetto di corrispettività dalla più ampia e generica interdipendenza operato, ad esempio, da A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2011, p. 30; BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 345 ss.; MORENO, *La «brutta», la «buona» e la «cattiva» eccezione di inadempimento. A proposito dei limiti dell'exceptio inadimpleti contractus*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 215 ss.; REALMONTE, *op. cit.*, p. 222 ss.: non ci si vuole qui soffermare sulla sfumatura che potrebbe differenziare i rapporti tra le prestazioni per ampliare l'operatività dei rimedi dilatori, visto che in discussione è il limite della tutela che i rimedi sinallagmatici offrono e l'eventuale *quid pluris* a cui si potrebbe giungere con l'offerta «condizionata». Riesce però evidente che, nella prospettiva in esame, è difficile accogliere una preventiva limitazione dell'ambito di operatività dell'*exceptio* incentrata sull'esigenza di distinguere tra la prestazione inadempita e l'obbligazione restitutoria, così da escludere che quest'ultima

Ma è facile accorgersi che il richiamo alla corrispettività si risolve nella legittimazione di un rimedio aventi effetti diametralmente opposti a quelli auspicati dal giudice.

Secondo la visione della Corte, se si assume che il nesso di interdipendenza sia assolutamente indissolubile e il rapporto tra le prestazioni sia sbilanciato da un orientamento normativo che predilige e favorisce la posizione di chi esercita un'attività imprenditoriale, la sospensione dell'adempimento di riconsegnare l'immobile finché la controparte non paghi l'indennità non farebbe altro che immobilizzare l'intera fase conclusiva del rapporto, compresa quindi la controprestazione a cui si ha diritto alla cessazione del rapporto stesso, introdotta dal legislatore proprio per incentivare una immediata prosecuzione dell'attività d'impresa.

Va considerato, quindi, che, in quest'ottica, ammettere l'esercizio del rimedio dilatorio non offrirebbe la concreta possibilità di addivenire all'adempimento altrui in ragione del proprio e quindi di ottenere, in via extragiudiziale, l'immediata corresponsione dell'indennità di avviamento commerciale.

La legittimazione di un'offerta restitutoria condizionata alla controprestazione a cui si ha diritto, in altri termini, attraverso un macchinoso e non agile inserimento all'interno della regolamentazione della mora *accipiendi*, fa assumere al rimedio connotati che lo allontanano dal perseguimento della finalità dilatoria caratterizzante l'eccezione di inadempimento e gli consentono di avviare il procedimento di liberazione del conduttore e costituire in mora il locatore.

Non è in questa prospettiva casuale che la parte interessata non abbia, in realtà, operato alcun riferimento all'art. 1460 cod. civ. nell'elaborazione della sua pretesa e che il giudice, stante la natura sostanziale dell'*exceptio*, non sia ordinariamente legittimato a rilevarne d'ufficio l'operatività³².

possa mai formare oggetto del rifiuto di adempiere del debitore, secondo quanto ipotizzato, meno recentemente, da DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, I, p. 839, a cui replica lo stesso REALMONTE, *op. cit.*, pp. 223-225. Conviene piuttosto interrogarsi sulla reale contestualità dell'obbligazione restitutoria e di quella relativa al pagamento dell'indennità, al fine di evidenziare se realmente l'adempimento immediato della prima possa incidere negativamente sulle probabilità di ottenimento della seconda da parte del conduttore.

³² Cfr., a titolo meramente esemplificativo, ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 419; Trib. Cagliari 25.10.1996, in *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 700 ss., con nota di LUMINOSO.



Infatti, visto che, principalmente, la volontà del conduttore era di adempiere e di liberarsi della propria obbligazione finale ed in questo passaggio non è ravvisabile l'intenzione di sollevare l'eccezione di inadempimento, né questa emerge all'interno dei vari gradi del giudizio, la Corte si è vista costretta ad aggirare l'ostacolo: stabilito che configurare tramite l'eccezione di inadempimento un diritto di ritenzione in capo al conduttore non sarebbe comunque stato possibile³³, né tantomeno il rimedio dilatorio avrebbe potuto offrire una forma di autotutela che andasse oltre a quanto ricavabile dall'interpretazione dell'eccezione stessa, intesa nel primo significato di rimedio che legittima il proprio inadempimento finché la controparte non adempia od offra di adempiere contemporaneamente, è stato ritenuto opportuno riconoscere rilevanza giuridica alla formulazione di un'offerta formale condizionata allo scopo di attribuirle, contestualmente, la possibilità di costituire in mora il locatore e, salvaguardando il conduttore dalle conseguenze sfavorevoli del ritardo, consentirgli

altresì di considerare in mora il locatore anche per la controprestazione relativa all'indennità.

In questa prospettiva, le critiche dottrinali all'idea di un'offerta di adempimento «condizionata» mantengono piena attualità.

Non si tratta solo di osservare che è l'idea stessa del condizionamento ad apparire criticabile, in ragione del fatto che l'atto in esame assume, in realtà, contorni complessi, nei quali alla manifestazione dell'intenzione di adempiere la propria prestazione – in cui si sostanzia l'offerta vera e propria – si accompagna un'intimazione all'esecuzione della controprestazione, in quanto tale destinata ad assicurare gli effetti della *mora debendi* solo laddove la prestazione in tal modo richiesta risulti già esigibile, il che, nel caso in esame, non è affatto dimostrato.

Occorre, più incisivamente, rilevare che l'idea del «condizionamento» si traduce in una manipolazione di rimedi, in forza della quale un atto non negoziale quale l'offerta diviene espressione di autotutela volta a concedere al conduttore un diritto di ritenzione che non potrebbe avere.

Tale rilievo induce, più ampiamente, a porre l'accento sulla fragilità della qualificazione in termini di obblighi «principali» dei comportamenti concretamente pretesi dalle parti contraenti: la loro accessorietà dipende proprio dal momento cronologico in cui debbono essere eseguiti e dalla conseguente necessità di ricondurre la loro esatta attuazione alla fase finale del contratto, che si assume per il resto già esattamente adempiuto ed è appena il caso di ricordare che tale conclusione ha dirette ricadute applicative nella determinazione dell'ambito di operatività dell'*exceptio*, perlomeno laddove la necessità di subordinare il suo esercizio ad una valutazione secondo buona fede sia ricondotta ad un giudizio sulla gravità dell'inadempimento lamentato³⁴.

Nonostante il malgoverno del caso da parte di attore e convenuto, fermo che il rapporto che sussiste tra riconsegna dell'immobile locato e corresponsione dell'indennità di avviamento è un rapporto in cui il binomio delle prestazioni non può

³³ Cfr., per tutti, A. BARBA, voce *Ritenzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1373 ss.; BELLI, *Indennità di avviamento commerciale, diritto di ritenzione e utilizzazione abusiva dell'immobile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 108 ss.; MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, p. 168 ss.; PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, p. 14 ss.; Cass., 14.10.1988, n. 5579, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1874 ss., con nota di PIOMBO; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 514 ss., con nota di IZZO, *Restituzione dell'immobile locato per uso non abitativo: limitazioni al risarcimento danni per il ritardo e diritto di ritenzione per mancato pagamento dell'indennità di avviamento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 265 ss., con nota di GIOVE; in *Arch. locazioni*, 1989, p. 44 ss., con nota di BARBIERI; in *Rass. equo canone*, 1988, p. 256 ss., con nota dello stesso BARBIERI; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1690 ss., con nota di GRIECO, *Indennità di avviamento e diritto di ritenzione*; in *Riv. giur. edilizia*, 1989, I, p. 294 ss.; in *Vita not.*, 1988, p. 1190 ss.; e in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1907 ss., con nota di A. BARBA, *Sul «diritto» di ritenzione riconosciuto al conduttore di immobile adibito ad uso non abitativo*; Cass., 1.6.1995, n. 6132, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 743 ss., con nota di IZZO, *L'inesistenza del diritto di ritenzione per il mancato pagamento dell'indennità di avviamento*; Cass., 29.8.1995, n. 9108, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, p. 316 ss.; nonché Cass., 8.11.1996 n. 9747, in *Arch. locazioni*, 1997, p. 68 ss.; e in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1234 ss., secondo cui l'art. 34, terzo comma, l. 27 luglio 1978, n. 392 «non si limita a provvedere un mero diritto di ritenzione a favore del conduttore, ma regola un effetto del rapporto di interdipendenza fra le reciproche obbligazioni di riconsegna dell'immobile e quella di pagamento dell'indennità, che rende la prima inesigibile per difetto di contemporaneo adempimento o di offerta di adempimento dell'obbligazione dell'altra parte». Per una più ampia valutazione delle ragioni che inducono ad escludere ogni automatica riconduzione della ritenzione nell'ambito di operatività dell'*exceptio inadimplenti contractus*, cfr. ADDIS, *op. ult. cit.*, p. 437 ss.; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., p. 65 ss.

³⁴ Sul tema, che è strettamente correlato anche a quello riguardante i limiti di esperibilità dell'*exceptio* a fronte di obblighi di natura accessoria derivanti dalla stessa applicazione del principio di buona fede, cfr. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 428 ss.; G. AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 655 ss.; A.M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio cripto-risolutorio?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 753 ss.; BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 362 ss.; MORENO, *op. cit.*, p. 215; REALMONTE, *op. cit.*, p. 225; Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 968.

essere disgiunto in fase processuale³⁵, ma per cui, in una fase precedente, l'interdipendenza delle reciproche attribuzioni è più agevolmente collegabile all'adempimento puntuale degli obblighi per tutta la durata del contratto, nonché al rispetto delle prestazioni accessorie nascenti dal vincolo contrattuale e collegate all'esecuzione secondo buona fede, la valutazione della Corte, probabilmente, tenta di rispondere alla concreta esigenza di tutelare il conduttore che ha adempiuto puntualmente corrispondendo i canoni, non è risultato inadempiente relativamente all'obbligo di conservazione dell'immobile e ha manifestato la concreta volontà di riconsegnarlo anche mediante un'offerta solenne.

In questo senso, ritenere che l'offerta formale «condizionata» dia avvio al procedimento di liberazione del debitore-conduttore e costituisca in mora il creditore-locatore relativamente alla ricezione dell'immobile, coinvolgendo anche il profilo del locatore-debitore in relazione al pagamento dell'indennità di avviamento, è una soluzione attraente che s'inserisce in un quadro confuso e frastagliato e può apparire, limitatamente al caso affrontato dalla pronuncia, adatta ad ispirare una decisione effettivamente «giusta», anche se non letteralmente *secundum ius*.

Non è chiaro se l'intenzione primaria della società conduttrice fosse solo adempiere effettivamente ed ottenere la controprestazione a cui aveva diritto o, almeno in via provvisoria, tutelarsi da un inadempimento reso probabile dal contegno della controparte, sollecitandola al rispetto delle sue prestazioni attraverso il «condizionamento» dell'offerta, ma, anche in tal caso, la scelta rimediabile compiuta solleva perplessità, perché l'*exceptio* presuppone la contestualità degli adempimenti ed è proprio questo requisito

cronologico a non trovare univoci riscontri nella disciplina normativa dell'indennità³⁶.

Arrivare ad estendere, *de plano*, alla fattispecie in esame l'eccezione di inadempimento, creando un sillogismo automatico per cui dalla considerazione in forza della quale «io non adempio se tu non adempi o non offri di adempiere» si può incondizionatamente sostenere anche che «io voglio adempiere ma solo se tu adempi», facendo entrare in giudizio un'eccezione in concreto ineccepita, potrebbe avere effetti fortemente destabilizzanti, sovvertendo la natura stessa della tutela offerta dall'art. 1460 cod. civ., che a questo punto non potrebbe più essere classificata come un'eccezione dilatoria sostanziale, rimessa alla disponibilità dell'*excipiens*, ma diventerebbe, piuttosto, un *remedium* per ottenere l'adempimento altrui in ragione del proprio, ad azione automatica.

L'operare multifasico dell'eccezione, che prima rende l'inadempimento legittimo, poi, in giudizio, apre una valutazione sugli inadempimenti e permette di azionare altri meccanismi giudiziali per avere una tutela contro la perdurante inattuazione del rapporto, evidenzia la versatilità e il potenziale racchiuso nell'art. 1460 cod. civ.: strumento rimediabile di natura sostanziale prima che processuale, chiaramente con effetto «sospensivo» e paralizzante dell'altrui pretesa all'adempimento, l'*exceptio* non risponde sicuramente ad una logica che ha come obiettivo primario quello di portare la controparte contrattuale ad adempiere in forza del proprio preventivo adempimento³⁷, ma ha potenzialità che si dilatano in fase endoprocessuale, nella quale l'eccezione fa da apripista per gli istituti che operano come rimedi per queste sfaccettature della patologia del rapporto obbligatorio³⁸.

³⁵ Cfr. BELLI, *op. cit.*, p. 108 ss., il quale, muovendo dalla pura esegesi degli artt. 34, terzo comma, e 69 l. 27 luglio 1978, n. 392, dubita della reale corrispettività tra l'obbligo di riconsegnare l'immobile e quello di pagare l'indennità di avviamento, rilevando che «è vero che il diritto del locatore di ottenere la restituzione dell'immobile in via esecutiva dipende dalla corresponsione dell'indennità di avviamento, nel senso che solo una volta effettuato tale pagamento il locatore potrà ottenere la restituzione dell'immobile; ma non è vero il contrario, e cioè che l'adempimento dell'obbligazione di corrispondere l'indennità dipende dalla restituzione dell'immobile. La dipendenza, pertanto, non è reciproca, ma unilaterale». Ragionando in questo senso, tuttavia, si rischia di allontanarsi dal *thema* offrendo elementi di valutazione in ordine ad una cavillosa differenza tra corrispettività ed interdipendenza, incapace di offrire una soluzione realmente applicabile in via giurisprudenziale.

³⁶ Sulla funzione meramente dilatoria dell'*exceptio* e sui limiti di esperibilità di siffatta tutela – quale prodomo ad una successiva richiesta di natura perentoria – a fronte di una situazione di «anticipato» inadempimento, cfr. CARNEVALI, *Le eccezioni dilatorie*, in CARNEVALI, TAMPONI ed E. GABRIELLI, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2011, p. 246 ss.

³⁷ Ma cfr. anche A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 30; MORENO, *op. cit.*, p. 215 ss., secondo i quali l'eccezione può servire, a livello stragiudiziale, per stimolare la controparte ad adempiere, pur non imponendole l'adempimento; nonché REALMONTE, *op. cit.*, p. 239, il quale definisce addirittura l'eccezione come mezzo di coazione psicologica indiretta.

³⁸ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 300 ss.; BETTI, *op. cit.*, p. 529; A.M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 625; DELLACASA, *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 261 ss.;



Trarre la conclusione che l'ammissibilità di un'offerta «condizionata» alla controprestazione a cui si ha diritto sia un *escamotage* per snellire gli accertamenti in fase processuale e permettere una pronuncia conforme ad un'idea di giustizia sostanziale, orientata dai principi e non ricavabile dai meccanismi direttamente previsti dal codice, viene piuttosto semplice: la complicata costruzione della motivazione e la tensione nell'affermare un principio di diritto *ad hoc*, potrebbero far pensare ad una pura svista organizzativa delle parti nella gestione della fattispecie, a cui la Corte ha cercato di rimediare con una soluzione adatta al caso specifico, richiamandosi ai principi che hanno prevalso sulle norme, originando una pronuncia forse giusta, ma dalla dubbia portata generalizzante.

Sorge però spontaneo chiedersi se sdoganare pacificamente l'esercizio di un'offerta formale, condizionata al reciproco e corrispettivo adempimento, non porti altrettanto semplicisticamente a creare un fattispecie di autotutela, ulteriore e diversa da quella sospensiva, senza cogliere a pieno le potenzialità dell'art. 1460 cod. civ. ed anzi minacciando il funzionamento del già complicato ingranaggio della tutela dilatoria al solo scopo di consentire che il giudizio venga arbitrariamente determinato dal giudice.

GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, p. 52 ss.