UNO STRUMENTO (DI DUBBIA EFFICACIA) DI RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE: LA DIFFIDA AD ADEMPIERE

di Carlo Granelli

SOMMARIO: 1. Risoluzione giudiziale e risoluzione stragiudiziale del contratto: fra codice civile italiano del 1865 e codice civile del '42. - 2. Segue: fra code Napoléon e sua novella introdotta con Ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016. - 3. Il meccanismo risolutorio stragiudiziale della diffida ad adempiere e sue applicazioni pretorie. - 4. Il discutibile fondamento normativo di molte soluzioni pretorie. - 5. La sostanziale frustrazione (giurisprudenziale) degli obiettivi perseguiti con l'introduzione dello strumento risolutorio della diffida ad adempiere: un'esperienza che rischia di riprodursi anche nel sistema introdotto con la recente novella del code Napoléon.

ABSTRACT. In questo commento alla riforma francese del Code Civil, l'autore esamina l'introduzione della nuova disciplina della risoluzione stragiudiziale mediante diffida ad adempiere (art. 1225 – 1226 code civil). La disposizione è messa a confronto con l'analogo istituto nel diritto italiano e con i problemi della sua applicazione. Il timore sollevato nel saggio è quello che uno strumento rapido, non oneroso e sicuro come la notification du créancier au débiteur sia soggetto a controlli penetranti della giurisprudenza, che ne svalutino l'operatività.

In this comment to the Franch reform of the Code Civil, the Author investigates the introduction of a rule on out-of-the-court termination of the contract through notice to comply (art. 1225 – 1226 code civil). The provision is compared with the similar Italian legal arrangement and the problems of its application. The Author suspects difficulties in application, that can be produced by the court's limitations and controls, which allow a devaluation of a fast, inexpensive and safe instrument, such as the "notification du créancier au débiteur"

1. Risoluzione giudiziale e risoluzione stragiudiziale del contratto: fra codice civile italiano del 1865 e codice civile del '42.

L'art. 1165 cod. civ. 1865 – che, sul punto, riproduceva esattamente, tradotta in lingua italiana, la formulazione dell'art. 1184 *code Napoléon* – recitava testualmente: "il contratto non è sciolto di diritto. (…) La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente". Nessuna indicazione, poi, era dato rinvenire in ordine alle caratteristiche che l'inadempienza del contraente infedele avrebbe dovuto rivestire per legittimare la prevista risoluzione giudiziale.

Dal rilievo che troppe e troppo varie sono le circostanze concrete che nella vita del commercio giuridico caratterizzano, differenziandole, le singole situazioni conflittuali che possono, volta a volta, determinarsi a seguito dell'inesecuzione del contratto, la dottrina italiana operante nella seconda metà dell'800 traeva motivo per plaudire al sistema introdotto dal nostro primo codice postunitario, il quale – stando almeno all'opinione dominate in quegli anni[1] – non distingueva, ai fini dell'operatività del rimedio risolutorio, fra inadempimento imputabile ed inadempimento non imputabile, fra inadempimento di prestazioni principali ed inadempimento di prestazioni accessorie o secondarie; ma, in compenso, demandava – "e molto opportunamente" – "il compito di valutare le circostanze, di distinguere fra i diversi casi, all'Autorità giudiziaria, la quale pertanto – si sottolineava con soddisfazione – come non si troverà costretta a pronunciare la risoluzione di un contratto ogniqualvolta si provi che esso non venne adempiuto, così potrà, ove lo ravvisi conveniente, pronunciare la risoluzione medesima, sebbene l'inadempimento non sia che parziale, o proceda da semplice caso fortuito o da causa maggiore"; ed avrà altresì la facoltà di "accordare al convenuto una dilazione secondo le circostanze"[2], come peraltro espressamente previsto dall'ultimo comma del menzionato art. 1165: al Giudice – questa la conclusione – competerà di operare, caso per caso, quale "*ministro di equità*"[3].

Agli occhi dei suoi primi interpreti, dunque, il codice civile italiano del 1865 sembrava evocare l'idea, da un lato, che la risoluzione del contratto dovesse *in ogni caso* "domandarsi giudizialmente", non potendosi mai realizzare "di diritto"; e, da altro lato, che il carattere necessariamente giudiziale del meccanismo risolutorio fosse da ricondurre alla scelta codicistica di demandare al Giudice la ricerca della soluzione volta a volta più acconcia al caso concreto, magari sfruttando quel potere di concedere – salvo che in materia commerciale (art. 42 cod. comm. 1882) – "al convenuto una dilazione secondo le circostanze", espressamente riconosciutogli dall'art. 1165, comma 3, cod. civ. 1865.

Peraltro, la storia insegna come l'esigenza – viva soprattutto con riferimento alle obbligazioni commerciali – di una soluzione rapida e prevedibile ("calcolabile", si direbbe oggi) della situazione di incertezza che inevitabilmente si determina in caso di inesecuzione del contratto abbia, specie a partire dal terzo decennio del secolo scorso, indotto la giurisprudenza sia teorica che pratica ad operare un non marginale ridimensionamento del "sistema giudiziale" della risoluzione, quale tradizionalmente si riteneva delineato dal nostro primo codice civile postunitario.

Ridimensionamento realizzato in due distinte direzioni.

Prima direzione: l'area della risoluzione giudiziale è stata progressivamente erosa attraverso l'emergere dell'idea secondo cui – accanto a quella "*giudiziale*": l'unica espressamente contemplata nell'art. 1165 cod. civ. 1865 e nell'art. 42 cod. comm. 1882 – nel nostro ordinamento trovassero cittadinanza anche due ipotesi di risoluzione (questa

---

[1] V., per tutti, J. MATTEI, *Il codice civile italiano nei singoli articoli*, IV, Venezia, 1874, *sub* art. 1165, pp. 167 s.; L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, Padova, 1875, pp. 29 s.; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, Torino, 1877, *sub* art. 1165, pp. 389 e 391; L. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottointesa nei contratti bilaterali*, 2ª ed., Milano, 1878, p. 55.

[2] Così, testualmente, L. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottointesa nei contratti bilaterali*, cit., p. 56, il quale significativamente aggiungeva: «a noi sembra che il sistema a tale riguardo seguíto dal legislatore sia veramente quello che la giustizia e l'equità volevano si adottasse; sia il solo atto a conservare alla condizione risolutiva tacita il suo vero carattere, ad impedire che essa diventi un'arme nelle mani del cavillo e della malafede. Non sempre infatti la giustizia e l'equità consigliano la risoluzione di un contratto nel caso in cui una delle parti non abbia puntualmente adempiuta la propria obbligazione. Circostanze speciali possono scusare il ritardo, e nel medesimo tempo danno alcuno può non essere da questo derivato; può darsi che il termine fissato per l'adempimento non costituisca un elemento essenziale della convenzione, che le parti stesse non abbiano inteso, addivenendo al contratto, di considerare detto termine come perentorio. Una disposizione che avesse resa impossibile ogni distinzione tra i molti e diversissimi casi, che presentare si possono, non avrebbe risposto che in modo assai incompleto allo scopo pel quale l'istituto fu introdotto: troppo sovente l'equità sarebbe stata offesa in forza appunto di quella disposizione, dettando la quale la legge aveva voluto rendere all'equità uno speciale omaggio. Fu quindi savio consiglio quello di riservare all'Autorità giudiziaria la facoltà di pronunciare la risoluzione, di permettere che al convenuto venisse accordata una dilazione; e nessuno vorrà accusare il legislatore di soverchia temperanza e prudenza» (così pp. 39 s.).
Sul punto v. anche i rilievi svolti da L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., p. 31.

[3] Così L. FRANCHI e C. PAGANI, *Del commercio in generale*, in *Commentario al codice di commercio*, I, Milano, s.d., *sub* art. 42, p. 433.

volta però) "*stragiudiziale*": (*i*) quella connessa al verificarsi di un'inadempienza dalle parti contemplata in una c.d. "condizione risolutiva espressa"[4] [locuzione, quest'ultima, impiegata in contrapposizione a quella di "condizione risolutiva" tacita, che il più volte menzionato art. 1165 voleva "sempre sottintesa nei contratti bilaterali"]; (*ii*) quella – di cui un'esemplificazione veniva sovente rintracciata nel disposto dell'art 69 cod. comm. 1882 – connessa all'infruttuoso decorso del c.d. "termine essenziale"[5]. In tali ipotesi – questa la tesi che si venne progressivamente affermando sia in dottrina che in giurisprudenza – la risoluzione opera "*di diritto*"[6], senza necessità di un intervento giudiziale (e, conseguentemente, senza possibilità di concessione del c.d. "termine di grazia", cui all'ultimo comma dell'art. 1165 cod. civ. 1865[7]), al semplice verificarsi dell'inadempienza contemplata nella clausola[8] ovvero allo scadere del termine perentorio[9].

Seconda direzione: in relazione all'ipotesi di risoluzione "giudiziale", è stato progressivamente eroso quell'ampio potere discrezionale di adottare la soluzione più acconcia al caso concreto tradizionalmente riconosciuta al Giudice. In particolare, si è passati dall'affermazione secondo cui, nel decidere se accordare o meno la richiesta risoluzione, se concedere o meno il c.d. termine di grazia, il Giudice avrebbe dovuto, caso per caso, operare una *valutazione discrezionale* dell'incidenza dell'inadempimento sull'economia dell'operazione formalizzata con l'intesa negoziale, nonché dell'imputabilità di esso al debitore, all'idea – ben diversa – secondo cui "importanza" dell'inadempimento[10], da un lato, e "colpa"

[4] Sull'emergere, nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza, della figura della "condizione risolutiva espressa", prime essenziali informazioni si possono rinvenire in A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, pp. 109 ss.

[5] Anche sull'affermarsi, presso la dottrina e la giurisprudenza italiana, dell'istituto della risoluzione per decorrenza del termine "essenziale" utili informazioni si ritrovano in A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 7 ss.

[6] La pronuncia giudiziale, che si fosse resa eventualmente necessaria a seguito della contestazione sollevata da una delle parti, avrebbe in ogni caso avuto – si rilevava – natura dichiarativa, dovendosi essa limitare all'accertamento dell'esistenza dell'inadempimento e del conseguente automatico verificarsi dell'effetto risolutivo (in tal senso v., in dottrina, A. ASSISI, *Il patto commissiorio*, in *Giur. it*., 1933, IV, c. 193; N. STOLFI, *Diritto civile*. III, *Le obbligazioni in generale*, Torino, 1932, p. 88; C. ZAPPULLI, voce *Condizione nei negozi giuridici*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 736; F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, II, Napoli, 1940, p. 319; e, in giurisprudenza, Cass. 19 febbraio 1935, n. 615, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce «Obbligazioni e contratti», n. 283; App. Catanzaro 18 febbraio 1936, *ivi*, 1937, voce cit., n. 349; App. Bologna 15 febbraio 1940, *ivi,* 1940, voce cit., n. 194-196).

[7] In tal senso, con riferimento alla clausola risolutiva espressa, v., in giurisprudenza, Trib. Milano 17 agosto 1911, in *Mon. Trib*., 1912, p. 295; Cass. Torino 25 gennaio 1913, in *La giurisprud.,* 1913, c. 1473; Cass. Roma 28 febbraio 1914, in *Giur. it.,*1914, I, 1, c. 399; App. Trani 14 luglio 1919, in *Rep. Foro it.,* 1920, voce «Obbligazione», n. 36; App. Milano 8 giugno 1926, in *Temi lomb*., 1926, c. 632; App. Venezia 16 febbraio 1928, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce «Obbligazioni e contratti», n. 335; Cass. 20 gennaio 1932, in *Giur. it*., 1932, I, 1, c. 346; Trib. Caltagirone 10 dicembre 1932, in *Rep. Foro it.,* 1933, voce ult. cit., n. 243; App. Bari 18 giugno 1934, *ivi,* 1935, voce ult. cit., n. 289; App. Palermo 26 dicembre 1934, in *Dir. comm.,* 1935, II, p. 210; App. Milano 27 aprile 1937, in *Rep. Foro it*., 1937, voce ult. cit., n. 326; App. Milano 30 giugno 1937, *ivi*, 1937, voce ult. cit., n. 328; Cass. 12 luglio 1939, n. 2489, *ivi,* 1939, voce ult. cit., n. 288; Cass. 9 agosto 1940, n. 2929, *ivi*, 1940, voce ult. cit., n. 191; e, in dottrina, L. FRANCHI e C. PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., *sub* art. 67-70, p. 733; L. ABELLO, *Trattato della locazione*, in *Il diritto civile itali*ano a cura di P. Fiore, XII, 1, 2ª ed., Napoli-Torino, 1915, pp. 725 s.; R. MAZZONE, *Il termine essenziale e la clausola risolutiva espressa*, in *Riv. dir. comm*., 1922, II, p. 546; F. MAROI, voce *Obbligazione*, in *Dizionario prat. del diritto privato,* IV, Milano, s.d., p. 298; G.E. GUERRERA, *Della cosidetta condizione risolutiva tacita nel diritto civile e commerciale italiano*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1927, p. 247; C. ZAPPULLI, voce *Condizione nei negozi giuridici*, cit., p. 736.
Con riferimento al termine essenziale v., in giurisprudenza, Cass. Roma 30 ottobre 1923, in *Rep. Foro it*., 1924, voce «Obbligazione», n. 178; App. Catanzaro 27 febbraio 1931, *ivi,*1931, voce «Obbligazioni e contratti», n. 211; Cass. 15 luglio 1933, n. 2791, *ivi*, 1933, voce ult. cit., n. 194; Cass. 17 luglio 1934, n. 2652, *ivi*, 1934, voce ult. cit., n. 317; Cass. 3 gennaio 1936, in *Temi lomb*., 1936, p. 8; e, in dottrina, E. SOPRANO, *Termine e patto commissorio tacito nelle obbligazioni commerciali*, in *Dir. comm.,* 1921, I, p. 152; R. MAZZONE, *op. loc. ult. cit.*; F. MAROI, voce *Obbligazione*, cit., p. 298.

[8] V., in tal senso, già J. MATTEI, *Il codice civile italiano nei singoli articoli*, IV, cit., *sub* art. 1165, p. 167; L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., p. 32; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, cit. *sub* art. 1165, p. 396; D. CAPORALI, voce *Condizione risolutiva tacita*, in *Dizionario prat. del diritto privato,* II, Milano, s.d., p. 327; G. GRAZIOLI, voce *Condizione*, *ivi,* p. 308; F. RICCI., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, Torino, 1907, p. 165; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 7ª ed., 1908, p. 238.

[9] V., per tutti, C. VIVANTE, *La risoluzione della vendita commerciale e il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm*., 1919, I, p. 652; C. ZAPPULLI, voce *Termine*, in *Nuovo dig. it.,* XII, 2, Torino, 1940, p. 60.

[10] V., in dottrina, G.E. GUERRERA, *Della cosidetta condizione risolutiva tacita nel diritto civile e commerciale italiano*, cit., pp. 293 s.; A. ASSISI, *Il patto commissorio*, cit., c. 175 s.; G. BRUNELLI, voce *Azione risolutoria*, in *Nuovo dig. it*., II, Torino, 1937, p. 157; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pp. 416 ss.; e, in giurisprudenza, Cass. 2 giugno 1940, in *La giurisprud*., 1940, c. 897.; Cass. 4 giugno 1940, n. 1807, in *Rep. Foro it*., 1940, voce «Obbligazioni e contratti», nn. 207-208; Cass. 21 marzo 1941, n. 830, *ivi,* 1941, voce cit., n. 216; Cass. 28 aprile 1941, *ivi*, 1941, voce cit., nn. 217-218; Cass. 19 dicembre 1941, n. 2953, in *Mon. Trib.,* 1942, p. 27; Cass. 8 aprile 1942, n. 915, in *Rep. Foro it*., 1942, voce cit., nn. 228-229; Cass. 10 aprile 1942, n. 932, *ivi*, 1942, voce cit., n. 230; Cass. 10 agosto 1942, n. 2543, *ivi,* 1942, voce cit., nn. 233-234.

dell'inadempiente[11], da altro lato, avrebbero dovuto ritenersi *presupposto necessario* della risoluzione.

Siffatte regole, affermatesi in sede giurisprudenziale nell'ultimo arco di vita del codice civile 1865 e del codice di commercio del 1882, transitarono – come noto – nel codice civile del 1942, anche per effetto della c.d. "commercializzazione" del codice di diritto privato[12].

Invero, nel codice vigente, da un lato, si ritrovano espressamente disciplinate le due ipotesi di risoluzione "di diritto", già consacrate nel diritto pretorio, costituite dalla "clausola risolutiva espressa" (art. 1456 cod. civ.) e dal "termine essenziale per una delle parti" (art. 1457 cod. civ.); e, da altro lato, viene espressamente richiesto, quale presupposto perché un inadempimento possa legittimare la risoluzione del contratto, quello della sua non "scarsa importanza" (art. 1455 cod. civ.).

Sostanzialmente innovativa – non solo rispetto alla precedente disciplina codicistica, ma anche rispetto alle sue applicazioni giurisprudenziali – era invece l'espressa previsione, nel nuovo codice, di un ulteriore meccanismo risolutorio non giudiziale: quello che fa perno sulla "diffida ad adempiere" (art. 1454 cod. civ.)[13]. La cui introduzione – si noti – veniva ad arrecare al tradizionale carattere "giudiziale" del rimedio risolutorio un *vulnus* ben più grave di quello conseguente alla codificazione degli altri due meccanismi di risoluzione stragiudiziale – clausola risolutiva espressa e termine essenziale – che presuppongono, l'una, un previo accordo fra le parti in ordine all'adozione di detta clausola; l'altro, una rilevanza del tutto peculiare del termine di adempimento.

2. *Segue*: fra *code Napoléon* e sua novella introdotta con *Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016.

Ora, a distanza di tre quarti di secolo, l'esperienza giuridica francese sembra ripercorrere un cammino per molti versi analogo a quello che, a suo tempo, ha portato all'elaborazione dei nostri artt. 1454, 1456, 1457 cod. civ.

Invero – a prescindere dal "declassamento", forse più simbolico che di sostanza[14], della risoluzione per *décision de justice* al "terzo posto" fra i meccanismi risolutori contemplati dal nuovo art. 1224 *code Nap.*, quando nella pagina originaria del codice esso assumeva un ruolo non tanto di preminenza, quanto di esclusiva – la novità più rilevante introdotta, in materia, dall'*Ordonnance* del 10 febbraio 2016 è costituita dalla "codificazione", per la prima volta, di due meccanismi risolutori stragiudiziali: quello della "*clause résolutoire*" (art. 1225 *code Nap.*) e quello della "*notification du créancier au débiteur*" (art. 1226 *code Nap.*).

Peraltro, la prassi della "*clause résolutoire*" – non diversamente da quanto avvenuto in Italia nell'ultimo arco di vita del codice civile del 1865 con riferimento alla clausola risolutiva espressa – era stata già da tempo legittimata dalla giurisprudenza d'Oltralpe: la novella si limita a dare risposta – o, almeno, tenta di dare risposta – a talune delle incertezze ancora rintracciabili nel diritto applicato (in particolare, in punto di *précisation* degli inadempimenti che legittimano l'operatività della "*clause résolutoire*"; di esclusione di qualsiasi apprezzamento giudiziale sulla *gravité* dell'inadempimento dalla stessa presidiato; di modalità e tempi di operatività della clausola medesima), peraltro lasciandone senza risposta altre (in particolare, in punto di necessità, fin qui affermata dalle Corti, della *bonne foi* del contraente insoddisfatto nell'avvalersi della "*clause résolutoire*"; dell'idoneità, fin qui negata dalle Corti, della *bonne foi* dell'inadempiente a paralizzare l'operatività della clausola stessa).

Anche l'espressa previsione del meccanismo risolutorio della "*notification du créancier au débiteur*" (art. 1226 *code Nap.*)[15] ha alle spalle una giu-

[11] V., in dottrina, G.E. GUERRERA, *Della cosidetta condizione risolutiva tacita nel diritto civile e commerciale italiano*, cit., pp. 296 ss.; G. BRUNELLI, voce *Azione risolutoria*, cit., p. 157; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., specie pp. 412 ss.; e, in giurisprudenza, Cass. 8 marzo 1940, in *Rep. Foro it.*, 1940, voce «Obbligazioni e contratti», n. 205; Cass. 15 maggio 1940, n. 1573, *ivi,* 1940, voce cit., n. 206; Cass. 28 aprile 1941, cit; Cass. 19 dicembre 1941, n. 2953, cit.; Cass. 4 febbraio 1942, n. 332, in *Rep. Foro it.*, voce cit., n. 223; Cass. 17 marzo 1942, n. 753, *ivi,* 1942, voce cit., n. 206; Cass. 20 aprile 1942, n. 1045, *ivi,* 1942, voce cit., n. 224; Cass. 25 luglio 1942, n. 2192, *ivi,* 1942, voce cit., n. 208.

[12] V., in proposito, ancora A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., rispettivamente pp. 109 ss. e 7 ss.

[13] V., in proposito, A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 75 ss., il quale ipotizza che le origini dell'istituto della diffida possano rinvenirsi nella normativa della risoluzione di diritto della vendita commerciale di cose mobili, prevista dall'art. 67 cod. comm. 1882.

[14] Peraltro, taluni interpreti ipotizzano già che il "declassamento" della risoluzione giudiziale possa legittimare operazioni ermeneutiche volte ad ampliare l'ambito di operatività dei meccanismi stragiudiziali di risoluzione.

[15] L'istituto della *résolution du contrat par voie de notification,* oggi disciplinato dall'art. 1226 *code Nap.,* molto si avvicina a quello della risoluzione in forza di diffida ad adempiere contemplato nel nostro art. 1454 cod. civ. vigente: sia quanto a presupposti ("*inexécution suffisamment grave*": art. 1224 *code Nap.*; o, detto altrimenti, "*gravité de l'inexécution*": art. 1226, comma 4, *code Nap.*), sia quanto ad effetti (risoluzione automatica, senza necessità di intervento preventivo del giudice, in forza di una semplice dichiarazione del "*créancier*" che "*notifie au débiteur la résolution du contrat*"), sia quanto a procedimento ("*mise en demeure du débiteur défaillant de satisfaire à son*

risprudenza che – nonostante il preciso disposto (in senso contrario) dell'art. 1184, comma 2, *code Nap.* nella versione originaria – aveva, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, preso ad ammettere, prima, che il contraente insoddisfatto fosse legittimato a risolvere stragiudizialmente il contratto in caso di urgenza o di pericolo imminente, ove il suo mantenimento risultasse suscettibile di arrecargli un pregiudizio irreparabile; poi, che "*la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls*"[16].

"*À ses risques et périls*": espressione, quest'ultima, significativamente transitata, pari pari, nel testo del modificato art. 1126, comma 1, *code Nap.*, proprio nel momento in cui lo stesso attribuisce al contraente deluso il potere di "*résoudre le contrat par voie de notification*".

3. Il meccanismo risolutorio stragiudiziale della diffida ad adempiere e sue applicazioni pretorie.

Il successo di un meccanismo risolutorio stragiudiziale dipende, in larga misura, proprio dall'entità dei "rischi e pericoli", cui va incontro il contraente deluso che intenda avvalersene.

Ora, da questo punto di vista, l'esperienza italiana della diffida ad adempiere – con la quale la nuova figura francese della "*résolution par voie de notification*" presenta significativi punti di coincidenza[17] – risulta tutt'altro che confortante.

Invero – a fronte di un istituto dichiaratamente voluto per realizzare l'interesse del contraente insoddisfatto ad "evitare le lungaggini di un'ordinaria azione giudiziale"[18] – la nostra giurisprudenza si è venuta progressivamente ritagliando tutta una serie di "spazi" per un controllo così articolato e penetrante del suo esercizio da renderne l'utilizzo tutt'altro che privo di *risques et périls* per il contraente fedele.

Si pensi: una controparte riottosa, che volesse contestare l'avvenuta risoluzione di un contratto relativamente al quale le è stata inutilmente intimata una diffida ad adempiere, potrebbe mettere in discussione[19]: (*i*) la stessa validità ed efficacia della diffida, per la quale la legge – proprio a sua tutela – prescrive rigorosi requisiti sia formali che sostanziali: da un lato, la forma scritta[20]; da altro lato, un contenuto rigidamente predeterminato [= l'intimazione ad adempiere, la fissazione di un termine specifico, l'espressa comminatoria della risoluzione][21]; (*ii*) la sussistenza dell'inadempienza con-

engagement dans un délai raisonnable" + espressa indicazione "*qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat*") con, però, un ulteriore passaggio: la risoluzione si verifica non già – come in Italia – con il semplice decorso del "*délai raisonnable*" indicato in sede di "*mise en demeure*", bensì in forza di un'ulteriore dichiarazione del contraente insoddisfatto, successiva all'inutile decorso di detto termine, con la quale quest'ultimo, se crede, "*notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent*".

Da segnalare che – diversamente dall'art. 1454 cod. civ. it. – l'art. 1226, comma 1, *code Nap.* prevede espressamente che la "*mise en demeure*" non è necessaria in caso di "*urgence*".

[16] Cass. 1re 13 ottobre 1998, n. 96-21.485 (c.d. arrêt *Tocqueville*).

[17] V. *supra,* nota 15.

[18] Così si legge, testualmente, nella *Relazione al cod. civ.*, § 661.

Si sottolinea in dottrina che "la diffida costituisce (…) una via comoda e rapida per giungere allo scioglimento del vincolo contrattuale senza sottostare ai tempi e agli oneri di un giudizio diretto a conseguire una pronuncia costitutiva" (così testualmente, per tutti, M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. VIII-2, *La risoluzione*, Torino, 2011, p. 130).

[19] La circostanza è da ultimo segnalata, tra gli altri, da G. SICCHIERO, in G. SICCHIERO-M. D'AURIA-F. GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 69; D. CARUSI, *Diffida ad adempiere*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* a cura di E. Navarretta e A. Orestano, IV, Torino, 2011, pp. 424 s.; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 131.

[20] La più recente giurisprudenza ritiene che anche la procura per l'intimazione della diffida ad adempiere debba essere rilasciata per iscritto, indipendentemente dalla forma richiesta per il contratto da risolvere: v. Cass., sez. un., 15 giugno 2010, n. 14292. In senso contrario si era invece pronunciata Cass. 26 giugno 1987, n. 5641.

L'orientamento delle sezioni unite trova generalizzato consenso anche in dottrina (v., per tutti, G. SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti,* cit., p. 74; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2ª ed., 2012, p. 333; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2012, pp. 367 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 128; D. CARUSI, *Diffida ad adempiere*, cit., p. 422; M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, V, *Rimedi - 2* a cura di V. Roppo, Milano, 2006, pp. 278 s.). In senso contrario v., però, M. COSTANZA, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI e M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, I, 1, Bologna-Roma, 1990, p. 442.

[21] Sul contenuto necessario della diffida ad adempiere v. da ultimo, in giurisprudenza, Cass. 30 dicembre 2016, n. 27530; Cass. 6 marzo 2012, n. 3477; Cass. 21 febbraio 2006, n. 3742; Cass. 26 marzo 2002, n. 4310; Cass. 28 giugno 2001, n. 8844; e, in dottrina, R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano-Torino, 4ª ed., 2016, pp. 1625 s.; G. SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, cit., pp. 76 s.; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 362 ss.; R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012, pp. 77 ss.; D. CARUSI, *Diffida ad adempiere*, cit., pp. 421 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2° ed., 2011, p. 903; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti in generale*, II, Torino, 2° ed., 2006, p. 1753; M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i*

testata[22]; (*iii*) l'essersi l'inadempienza contestata già verificata al momento dell'intimazione della diffida[23]; (*iv*) l'imputabilità dell'inadempienza contestata[24]; (*v*) la "gravità" di detta inadempienza[25]; (*vi*) la

rimedi, cit., pp. 280 s.; M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 441.

[22] In dottrina sottolineano il punto, da ultimo, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1625; G. SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, cit., p. 69.

[23] Nel senso che la diffida ad adempiere possa essere intimata solo dopo la scadenza del termine contrattuale di adempimento – o, quantomeno, solo dopo che l'obbligato, pur in pendenza del termine, possa ritenersi inadempiente – v. Cass. 13 marzo 2006, n. 5407; Cass. 5 aprile 1982, n. 2089, in *Rep. Foro it*., 1982, voce «Contratto in genere», n. 256; Cass. 27 luglio 1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1769; Cass. 10 settembre 1953, n. 3017, in *Rep. Foro it*., 1953, voce «Obbligazioni e contratti», nn. 259-260; Cass. 1 agosto 1950, n. 2298, *ivi*, 1950, voce ult. cit., n. 319. In senso contrario v., però, Cass. 5 febbraio 2001, n. 1597.

Nel senso accolto dalla giurisprudenza maggioritaria è anche la dottrina prevalente (v., per tutti, C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., pp. 337 e 338; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., pp. 131 s. e 136; IDEM, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1752; G. IUDICA, *Il contratto di appalto*, in *Diritto civile* diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III, 3, Milano, 2009, p. 315). In senso contrario v., però, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1625; e G. SICCHIERO, voce *Diffida ad adempiere*, in *Digesto Discipline privatistiche-sez. civ.*, *Aggiornamento*, VI, Torino, 2011, p. 333.

[24] Nel senso che l'inadempienza, atta a giustificare la risoluzione del contratto a seguito dell'inutile decorso del termine intimato in sede di diffida ad adempiere, debba rivestire – al pari di quella che legittima la risoluzione giudiziale – il carattere della sua imputabilità al contraente infedele, si pronuncia giurisprudenza costante (v. Cass. 13 marzo 2006, n. 5407; Cass. 19 novembre 2002, n. 16291; Cass. 30 marzo 1981, n. 1812).

La dottrina condivide compatta l'orientamento giurisprudenziale (v., per tutti, R. SACCO, *Il contratto,* cit., p. 1625; G. SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, cit., p. 70; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., pp. 332 e 336; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 359 e 362; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., pp. 137 ss.; IDEM, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1752). Precisazioni in senso restrittivo in G. SICCHIERO, voce *Diffida ad adempiere*, cit., p. 329.

Osserva però – molto opportunamente – M. DELLACASA (in *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., pp. 273 s.) che "il requisito dell'imputabilità ostacola la risoluzione stragiudiziale del contratto: esso determina, infatti, una asimmetria informativa che complica la gestione stragiudiziale del conflitto determinato dall'inadempimento, stimolando il ricorso al giudice. Il debitore può contestare la fondatezza della pretesa risolutoria adducendo circostanze che la controparte non ha la possibilità di conoscere, in quanto si realizzano al di fuori della sua sfera di controllo: di regola, infatti, il creditore non è in grado di verificare se l'inadempimento è imputabile o non imputabile al debitore. (…) Quando invece – come avviene in tutti gli altri sistemi che ammettono la risoluzione stragiudiziale – il requisito dell'imputabilità non incide sul regime del rimedio, è più semplice gestire la controversia senza ricorrere al giudice" (pp. 273 s.): non a caso – osserva ancora l'Autore – nei Paesi in cui "la risoluzione del contratto avviene in sede stragiudiziale, per effetto di una dichiarazione del contraente fedele, l'imputabilità dell'inadempimento non incide sul regime della risoluzione: essa rileva solo ai fini del risarcimento del danno. In questo senso sono orientati i sistemi anglosassoni, e, in seguito alla recente riforma del diritto delle obbligazioni, anche l'ordinamento tedesco; la stessa soluzione è accolta dalla Convenzione di Vienna (art. 79, c. 5) e dai progetti di unificazione internazionale del diritto dei contratti elaborati sul finire del '900 (art. 8: 101, c. 2, Principi Lando; art. 7.3.1 Principi Unidroit" (p. 273).

[25] La giurisprudenza è fermissima nel ritenere che l'inadempienza, atta a giustificare la risoluzione del contratto in forza dell'inutile intimazione di una diffida ad adempiere, debba rivestire – al pari di quella che legittima la risoluzione giudiziale – il carattere della non scarsa importanza di cui all'art. 1455 cod. civ. (v. Cass. 4 settembre 2014, n. 18696; Cass. 29 novembre 2012, n. 21237; Cass. 28 febbraio 2012, n. 2999; Cass. 18 aprile 2007, n. 9314; Cass. 13 marzo 2006, n. 5407; Cass. 4 maggio 1994, n. 4275; Cass. 20 marzo 1991, n. 2979; Cass. 26 febbraio 1986, n. 1203; Cass. 13 agosto 1985, n. 4436; Cass. 20 ottobre 1984, n. 5311; Cass. 30 marzo 1981, n. 1812; Cass. 14 febbraio 1981, n. 918; Cass. 13 gennaio 1981, n. 276; in senso contrario v., però, Cass. 17 agosto 2011, n. 17337; e Cass. 2 settembre 1978, n. 4014, di cui dà notizia M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 360).

La tesi è condivisa dalla dottrina pressoché unanime (v., per tutti, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1625; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, pp. 66 ss.; G. SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, cit., p. 69; ID., voce *Diffida ad adempiere*, cit., p. 329; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., pp. 332 e 334; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 359; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., pp. 135 ss.; IDEM, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1752; R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, cit., pp. 110 ss.; D. CARUSI, *Diffida ad adempiere*, cit., p. 420; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 71; L. NANNI, in L. NANNI, M. COSTANZA e U. CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, I, 2, Bologna-Roma, 2007, pp. 37 s.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, già p. 6, e soprattutto pp. 150 ss.; C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, pp. 157 ss.; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, pp. 297 ss.; R. VERDERA SERVER, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, 1994, pp. 258 ss.; M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 434 ss.

Isolata l'opposta posizione di G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, pp. 112 ss., sulla scorta della considerazione che, con la formulazione dell'art. 1454 cod. civ., "il legislatore si sarebbe (…) proposto (…) di offrire ai contraenti un rimedio attraverso il quale fuoriuscire dall'incertezza di una situazione in cui non si sa ancora se il contratto avrà esecuzione o rimarrà definitivamente ineseguito": "l'introduzione della gravità dell'inadempimento come requisito per il ricorso al rimedio dell'art. 1454 c.c. – conclude l'Autore – ne minerebbe alla radice l'efficacia e quindi la funzionalità" (pp. 118 s.).

Peraltro già G. AULETTA (*Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 664 ss.; ora ripubblicato in G. AULETTA, *Scritti giuridici,* VI, Milano, 2001, pp. 525 ss., cui si farà riferimento nella successiva citazione) aveva sostenuto che – mentre in ipotesi di "inesatto adempimento di obbligazioni (principali o accessorie)", ovvero di "inadempimento di obbligazioni accessorie", "se l'inadempimento non è importante, non vi è diritto a risoluzione" – in "ipotesi, invece, di ritardo, (…) decorso il termine congruo fissato dall'adempiente all'inadempiente per l'adempimento, la risoluzione si verifichi in ogni caso, anche se il ritardo non abbia offeso un interesse rilevante

congruità del termine fissato, in sede di diffida, per porvi rimedio[26].

Ora, è evidente che – mentre relativamente a taluni profili [in particolare, relativamente a quelli appena ricordati *sub* (*i*) e (*ii*)], trattandosi in buona sostanza della verifica di circostanze di fatto, il margine di valutazione discrezionale del Giudice risulta, tutto sommato, sufficientemente circoscritto – non altrettanto può dirsi con riferimento ad altri.

Prendiamo due profili soltanto: quelli appena ricordati *sub* (*v*) e (*vi*).

Così, per quanto riguarda la "non scarsa importanza" dell'inadempienza, dibattuto è, innanzitutto, il momento in riferimento al quale una simile valutazione deve essere effettuata: se a quello dell'intimazione della diffida[27] ovvero a quello della scadenza del termine con la stessa concesso al debitore[28].

In secondo luogo, la giurisprudenza ritiene che la valutazione della "non scarsa importanza" dell'inadempienza debba essere condotta "ten[endo] conto sia dell'elemento oggettivo della mancata prestazione nel quadro dell'economia generale del contratto, sia degli aspetti soggettivi rilevabili tramite un'indagine unitaria sul comportamento del debitore e sull'interesse del creditore all'esatto e tempestivo adempimento"[29]. I vasti margini di discrezionalità evidentemente insiti in un giudizio di tal fatta rendono, nella più parte dei casi, assolutamente chimerico l'obiettivo di dare alla parte vittima dell'inesecuzione una ragionevole sicurezza di poter, decorso il lasso di tempo concesso al diffidato, considerare senz'altro risolto il vincolo negoziale e, quindi, respingere l'esecuzione che le fosse per avventura offerta successivamente, senza il rischio di sentire, a distanza di anni, in esito ad un'azione intentatagli dal contraente infedele, dichiarare l'illegittimità della propria condotta, con relativa condanna al risarcimento dei danni conseguentemente sofferti dall'inadempiente, nonché all'accettazione di una prestazione che, con ogni probabilità, sarà nel frattempo divenuta per lui del tutto inutile.

Del pari, non minori "rischi e pericoli" discendono, per il contraente fedele, dall'ormai consolidata affermazione giurisprudenziale, secondo cui la previsione codicistica, in forza della quale il termine assegnato al diffidato non può, di massima, essere inferiore a quindici giorni, non implica però che "il termine di quindici giorni debba ritenersi sempre congruo, e non possa dimostrarsi congruo un termine maggiore, ma semplicemente che la dimostrazione della congruità di un termine superiore (e quindi dell'incongruità del termine di quindici gior-

dell'adempiente" (p. 526). V. anche A. GUARINO, La *diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, in *Studi giuridici per Vassalli*, II, Torino, 1960, pp. 965 ss.
M. DELLACASA (in *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., pp. 284 ss.) sostiene – del tutto condivisibilmente – che "il diffidante possa conseguire la risoluzione anche se l'inadempimento non ha ancora leso gravemente l'interesse economico che lo ha indotto a contrarre", essendo sufficiente che la gravità dell'inadempimento, ancorché non attuale, sia "solo potenziale" (pp. 285 s.): "d'altra parte – prosegue l'Autore – è evidente che la gravità dell'inadempimento – intesa come condizione attuale e non solo potenziale – è scarsamente compatibile con la struttura della diffida, e in particolare con l'intimazione ad adempiere. Non è realistico pretendere che il creditore solleciti l'esecuzione della prestazione, rimettendo in termini il debitore, quando l'inadempimento ha pregiudicato gravemente le aspettative che lo hanno indotto a contrarre" (p. 286). Tant'è – conclude l'Autore – che "lo stesso legislatore italiano utilizza la struttura giuridica della diffida per consentire al contraente fedele di risolvere il contratto tempestivamente, prima che l'inadempimento divenga grave. E' quanto risulta dall'art. 1662, c. 2, che consente al committente, nel corso dell'opera, di assegnare all'appaltatore un congruo termine entro il quale conformarsi alle condizioni stabilite dal contratto; termine trascorso il quale il contratto si risolve di diritto, è pacifico che l'inadempimento dell'appaltatore non possa interessare prestazione di rilevanza marginale nell'economia del contratto; fermo questo presupposto, peraltro, il committente può conseguire la risoluzione prima che il suo interesse risulti gravemente pregiudicato dall'inadempimento della controparte" (p. 287, ove anche opportuni richiami al diritto uniforme).

[26] Sulla congruità del termine che il diffidante deve assegnare al diffidato v., in giurisprudenza, Cass. 23 maggio 2014, n. 11493; Cass. 6 novembre 2012, n. 19105; Cass. 6 aprile 2009, n. 8250; Cass. 22 giugno 1994, n. 5979; Cass. 1 settembre 1990, n. 9085; Cass. 18 maggio 1987, n. 4535; Cass. 30 gennaio 1985, n. 542; Cass. 25 novembre 1983, n. 7079; Cass. 30 ottobre 1980, n. 5842; e, in dottrina, C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 334; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., pp. 133 s.

[27] In tal senso v. per tutti, in giurisprudenza, Cass. 13 marzo 2006, n. 5407; e, in dottrina, C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., pp. 165 s.; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, cit., p. 300, nota 67; M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento,* cit., p. 437.

[28] In tal senso v. per tutti, in giurisprudenza, Cass. 4 settembre 2014, n. 18696; Cass. 18 aprile 2007, n. 9314; Cass. 20 marzo 1981, 2979; Cass. 13 agosto 1985, n. 4436; Cass. 20 ottobre 1984, n. 5311; Cass. 12 dicembre 1983, n. 7335; Cass. 9 giugno 1983, n. 3980; Cass. 13 gennaio 1981, n. 276; e, in dottrina, M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., p. 68; G. SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, cit., p. 69; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 337; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 361; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., pp. 135 ss.; IDEM, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1752; R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, cit., pp. 113 ss.; D. CARUSI, *Diffida ad adempiere*, cit., p. 421; G.F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento e la diffida ad adempiere*, in *Contratti*, 1995, pp. 549 ss. Aperta, invece, la posizione di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 904.

[29] Così Cass. 18 aprile 2007, n. 9314.

ni) spetta al diffidato, a cui favore è posto il termine"[30].

È evidente – ebbe ad osservare autorevole dottrina[31] – che, così facendo, "il giudizio su tale congruità è affidato in concreto alla valutazione discrezionale del giudice". Il quale gode di spazi tanto maggiori di "mediazione" fra gli opposti interessi delle parti quanto più generica è la formulazione codicistica, che – come è stato fin dall'origine lucidamente denunciato – non chiarisce "a quale fine il termine deve essere adeguato"[32]: (*i*) se a quello di concedere all'inadempiente il tempo necessario per poter, volendo, effettuare l'adempimento tardivo[33]; (*ii*) se a quello di evitare al creditore il rischio di essere costretto ad accettare una prestazione, quando sia venuto ormai meno il suo interesse a riceverla; (*iii*) se all'esigenza – come ritengono giurisprudenza e dottrina prevalenti[34] – di addivenire ad un (tutt'altro che agevole) contemperamento far le due distinte finalità.

Invero: qualora si dovesse optare per la prima delle alternative sopraindicate, si porrebbe la questione se la "congruità" del termine assegnato al diffidato debba essere valutata alla stregua del tempo normalmente necessario per far luogo all'intera preparazione dell'adempimento, come se essa non fosse mai neppure iniziata, ovvero – tenuto conto che la prestazione avrebbe dovuto, per contratto, essere effettuata (e, quindi, integralmente approntata) già prima della stessa intimazione della diffida[35] – se detta "congruità" non debba piuttosto essere apprezzata alla luce del tempo strettamente necessario per il "completamento di quella preparazione che si presuppone in gran parte compiuta"[36]. Ove dovesse accogliersi tale ultima (maggiormente attendibile) ipotesi interpretativa[37], si finirebbe però, in pratica, con il rimettere il giudizio di "congruità" in discussione alla più assoluta discrezionalità del Giudice chiamato a dirimere la disputa che, sul punto, dovesse insorgere fra le parti: riesce infatti arduo ipotizzare l'esistenza di parametri oggettivi, in forza dei quali enucleare – all'interno della fase preparatoria di una prestazione che avrebbe dovuto essere già ultimata anteriormente alla "remissione in termini" dell'intimato – una frazione di essa cui commisurare la "congruità" del "nuovo termine" fissato in sede di diffida, per contrapporla all'altra, di cui non tenere invece conto alcuno a tal fine[38].

Qualora si dovesse, invece, optare per la seconda delle alternative sopra prospettate – quella, cioè, secondo cui la "congruità" del termine assegnato all'intimato andrebbe valutata alla luce del permanere dell'interesse dell'intimante a ricevere l'adempimento (seppur) tardivo[39] e, comunque, alla luce "dell'interesse del creditore ad ottenere la prestazione nel più breve tempo possibile"[40], ovvero del "sacrificio che il creditore sopporta per l'attesa

[30] V. Cass. 30 ottobre 1980, n. 5842, in *Giur. it*, 1981, I, 1, c. 1474. In senso contrario, v. Cass. 7 maggio 1949, n. 1220, in *Rep. Foro it*., 1949, voce «Obbligazioni e contratti», n. 315. L'orientamento giurisprudenziale più recente è condiviso dalla dottrina dominante (v. per tutti, da ultimo, C.M. Bianca, *La responsabilità*, cit., p. 335; M. Rossetti, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 369 ss.; R. Mongillo, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, cit., p. 77; D. Carusi, *Diffida ad adempiere*, cit., p. 425; V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 903; M. Tamponi, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 133; Idem, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1751; M. Dellacasa, in *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., pp. 280 s.), sebbene contrastato da G. Sicchiero, voce *Diffida ad adempiere*, cit., pp. 335 s.; e O.T. Scozzafava, *Risoluzione del contratto e diffida ad adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, pp. 35 ss.

[31] Così U. Natoli, voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir*., XII, Milano, 1964, p. 510.

[32] Così, testualmente, G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 410.

[33] In tal senso, v. G. Collura, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, cit., p. 121.

[34] In tal senso v., in giurisprudenza, Cass. 23 maggio 2014, n. 11493; Cass. 6 aprile 2009, n. 8250; e, in dottrina, M. Rossetti, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 369 ss.; C. Rossello, *Diffida ad adempiere e congruità del termine*, in *Corriere giur.*, 1991, p.196; Idem, *La valutazione di congruità del termine previsto per la diffida ad adempiere*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1991, I, p. 356; M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 445; P. Malfatti Letta, *In tema di diffida ad adempiere*, in *Giust. civ.,* 1984, I, p. 3144; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile UTET*, IV, 2, Torino, 3ª ed., 1980, p. 618; U. Natoli, voce *Diffida ad adempiere*, cit., p. 510; L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 152 ss.; G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 410.

[35] V. *supra*, nota 23.

[36] Così L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pp. 153 s., il quale coerentemente chiarisce che "il debitore che fosse rimasto inattivo sino al momento della diffida non potrebbe pretendere che questa gli lasciasse tutto il tempo necessario per iniziare e completare la preparazione della prestazione". Alla posizione di Mosco si richiama M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 445.

[37] In tal senso v. Cass. 23 maggio 2014, n. 11493; Cass. 6 aprile 2009, n. 8250.

[38] Oltre alla mancanza di criteri oggettivi per la determinazione della "congruità" del termine fissato in sede di diffida, un ulteriore elemento di incertezza, per il contraente insoddisfatto che intenda far ricorso allo strumento di autotutela contemplato nell'art. 1454 cod. civ., è costituito dal fatto che, nell'ambito del citato giudizio di "congruità", potrebbero influire circostanze normalmente non conoscibili a chi intima una diffida ad adempiere (si pensi, in particolare, alle circostanze inerenti la sfera del debitore: ad es., quelle relative al processo produttivo in atto presso l'azienda di quest'ultimo; quelle relative allo stato di avanzamento nella preparazione della prestazione; ecc.).

[39] Le espressioni utilizzate nel testo sono mutuate da G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 410; L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 153; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, cit., p. 618.

[40] Sono parole di U. Natoli, voce *Diffida ad adempiere*, cit., p. 510; riprese da P. Malfatti Letta, *In tema di diffida ad adempiere*, cit., p. 3144.

dell'adempimento della controparte"[41] – il dato che interessa in questa sede non muterebbe sostanzialmente: invero, difettando anche in un'ottica siffatta criteri oggettivi di giudizio, l'apprezzamento della "congruità" o meno del termine, in ipotesi di contestazione fra le parti, risulterebbe comunque rimesso ad una valutazione ampiamente discrezionale del Giudice adito.

Qualora, infine, si dovesse optare, in conformità con l'opinione più diffusa[42], per la terza delle alternative sopraindicate – quella, cioè, che vuole il termine assegnato in sede di diffida "tale che l'inadempiente possa, volendo, effettuare l'adempimento tardivo e, contemporaneamente, non far venire meno l'interesse della controparte all'adempimento stesso"[43] – ulteriori ed ancóra più ampi spazi si aprirebbero per un intervento giudiziale tendente ad adottare la soluzione concreta maggiormente rispondente alle caratteristiche del caso singolo. E ciò per il fatto che il Giudicante – in aggiunta ai margini di apprezzamento discrezionale evidenziati con riferimento a ciascuna delle due alternative ermeneutiche appena esaminate – potrebbe altresì sfruttare le possibilità combinatorie che discendono dalla necessità di fare contestuale applicazione di una coppia di criteri diversi e, per di più, del tutto eterogenei fra loro: l'uno (quello relativo al tempo necessario per l'approntamento della prestazione) che ha come referente esclusivo la situazione del contraente intimato; l'altro (quello relativo all'interesse del creditore a ricevere la prestazione quanto più tempestivamente possibile) che ha invece come referente esclusivo la situazione del contraente intimante[44].

4. Il discutibile fondamento normativo di molte soluzioni pretorie.

Da notare che la più parte delle "strettoie" e dei "rischi e pericoli", di cui – nel diritto vivente – è oggi lastricata la strada del contraente che, vittima dell'altrui inadempienza, intenda avvalersi del meccanismo risolutorio della diffida ad adempiere, derivano non già dalla legge, ma dall'interpretazione ed applicazione che di essa fanno le Corti.

Tre esempi soltanto.

Primo esempio: a far dubitare che l'inadempienza, cui il debitore viene intimato di porre rimedio, debba essersi necessariamente verificata – come sostengono le Corti[45] – *già prima* del momento in cui la diffida viene effettuata, potrebbero indurre le convergenti previsioni dettate – seppur con esclusivo riferimento, rispettivamente, al contratto d'appalto ed al contratto d'opera – dagli artt. 1662, comma 2, e 2224, comma 1, cod. civ., che ben si prestano ad essere intese come espressione di un principio, se non di portata generale, quanto meno estensibile a tutti i contratti la cui esecuzione richieda significative e prolungate condotte preparatorie (ovvero non marginali attività di protezione) da parte del contraente obbligato[46].

Secondo esempio: al fine di ridimensionare molte delle incertezze che, per il contraente insoddisfatto, discendono dall'interpretazione che, anche con riferimento all'ipotesi di diffida ad adempiere, viene correntemente data dell'art. 1455 cod. civ., si potrebbe muovere dalla constatazione (invero assai banale) che tale ultima previsione codicistica richiede non già – come freudianamente spesso si esprime la nostra giurisprudenza – la "gravità" dell'inadempienza fatta registrare dall'intimato[47], bensì solo la sua "*non scarsa importanza*": formula, quest'ultima, che ben si presta ad essere letta come richiamo a quel generale principio di "buona fede", cui, in ogni fase del rapporto, deve ispirarsi la condotta dei contraenti (artt. 1337, 1366 e 1375 cod. civ.) ed al cui rispetto, proprio con riferimento alla posizione del contraente rimasto vittima dell'altrui inadempimento, il codice espressamente condiziona – condizione necessaria, ma anche *sufficiente* – la legittimità dell'esercizio di quello strumento di autotutela costituito dall'eccezione di inadempimento (art. 1460, comma 2, cod. civ.)[48] e la più recente

[41] Sono parole di M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 445.

[42] V. *supra*, nota 34.

[43] Così G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 410.

[44] Peraltro, la dottrina che propugna la tesi, secondo cui la "congruità" del termine fissato al diffidato andrebbe valutata alla luce sia della situazione del debitore che a quella del creditore, non si cura di indicare i termini in cui detti criteri sarebbero destinati a giustapporsi. Solo M. COSTANZA (in *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 445, nota 4) precisa che "la congruità non è in funzione di contrapposti interessi, costituendo il sacrificio del creditore solo in limite all'esigenza del debitore".

[45] V. *supra*, nota 23.

[46] Il tema dell'applicabilità al meccanismo risolutorio di cui all'art. 1622, comma 2, cod. civ. anche delle regole di "parte generale" del contratto dettate dall'art. 1454 cod. civ. è approfondito, da ultimo, da E. LUCCHINI GUASTALLA (in *La risoluzione di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., pp. 150 ss.), il quale non affronta però quello – qui in discussione – dell'applicabilità dei principi di "parte speciale" emergenti dal disposto dell'art. 1622, comma 2, cod. civ. anche *oltre* il contratto d'appalto.

[47] Da ultimo, parlano di necessaria "gravità" dell'inadempimento atto a legittimare la risoluzione *ex* art. 1454 cod. civ. Cass. 4 settembre 2014, n. 18696; e Cass. 18 aprile 2007, n. 9314.

[48] Riconducono l'"eccezione di inadempimento" fra gli strumenti di autotutela Cass. 15 dicembre 2016, n. 25894; Cass. 17 giugno 2014, n. 13775; Cass. 5 dicembre 2013, n. 27298; Cass.

giurisprudenza[49] condiziona altresì la legittimità dell'esercizio di quell'altro strumento di autotutela costituito dalla clausola risolutiva espressa[50]. Detto in altri termini: (quanto meno) con riferimento alla diffida ad adempiere, l'art. 1455 cod. civ. potrebbe essere interpretato nel senso di ostare alla legittimità di quelle *sole* intimazioni che, per il fatto di essere effettuate a fronte di inadempienze marginali e non suscettibili di ulteriori aggravamenti (inadempienze, appunto, di "scarsa importanza"), risultano oggettivamente espressione della volontà, di certo contraria a "buona fede", di sciogliersi, evidentemente per ragioni diverse dal suo inadempimento, da un contratto che ha sostanzialmente realizzato l'operazione economica con lo stesso divisata.

Terzo esempio: per neutralizzare qualsiasi discussione in punto di "congruità" del termine assegnato al contraente destinatario della diffida per porre rimedio alla propria inadempienza, si potrebbe far utilmente leva – come aveva fatto la prima decisione di legittimità intervenuta sul punto dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice civile[51] – sul fatto che, nel momento in cui statuisce che "il termine non può essere inferiore a quindici giorni, (…) salvo che risulti congruo un termine inferiore" ["un termine *inferiore*", dice la legge; non un "termine diverso"], il codice parrebbe indicare che un termine di quindici giorni debba ritenersi *sempre e comunque* "congruo"; peraltro potendo l'intimante indicare – questa volta sì: a proprio "rischio e pericolo" – un termine inferiore[52].

5. La sostanziale frustrazione (giurisprudenziale) degli obiettivi perseguiti con l'introduzione dello strumento risolutorio della diffida ad adempiere: un'esperienza che rischia di riprodursi anche nel sistema introdotto con la recente novella del code Napoléon.

In sintesi: di fronte ad un istituto di nuova introduzione, quale quello della diffida ad adempiere, la nostra giurisprudenza ha rapidamente ritenuto di doversi ritagliare tutta una serie di *momenti di controllo* del suo utilizzo che, sommandosi fra loro, finiscono con il rendere sostanzialmente chimerico l'obiettivo – dichiaratamente perseguito dal vigente codice civile (che sul punto, è bene non dimenticarlo, risulta significativamente mutuatario della disciplina allora in corso di gestazione in sede di riforma del codice del commercio) – di porre a disposizione del contraente vittima dell'altrui inadempienza uno strumento di autotutela[53] *rapido*, *non oneroso* e *sicuro* per liberarsi da un contratto di cui controparte ha frustrato le finalità e così riconquistare la possibilità di rivolgersi al più presto e senza rischi al mercato al fine di acquisire quelle utilità che l'altrui condotta inadempiente gli ha negato. Tutto ciò, in un primo tempo, in ossequio a quel principio di "conservazione"/"recupero" del rapporto contrattuale inadempiuto che, al pari di quello proposto dal modello napoleonico, informava il sistema risolutorio delineato dal codice civile del 1865 e che la nostra giurisprudenza (sia teorica che pratica) ha tardato a rendersi conto essere stato abbandonato dalla codificazione del '42 in favore di una più ampia possibilità, per il contraente deluso, di liberarsi da un contratto che abbia mancato gli obiettivi in funzione dei quali era stato stipulato e, correlativamente, riappropriarsi di quella libertà negoziale che gli consenta di accedere, nuovamente e senza timori, al mercato[54]; oggi – in linea con l'italico costume (di cui il nostro processo esecutivo costituisce l'esempio più emblematico!) secondo cui, non appena un debitore diviene inadempiente, è tutta una corsa ad apprestargli le più ampie tutele a scapito della sua vittima – nel timore che l'esercizio del diritto potestativo alla risoluzione stragiudiziale possa tradursi, nel caso concreto, in un sacrificio eccessivo ed ingiustificato per la parte inadempiente.

In ogni caso, sta di fatto che l'interpretazione che le Corti hanno maturato in ordine ai presupposti che legittimano il ricorso al meccanismo risolutorio della diffida ad adempiere si è concretamente tradotta, nella prassi, in un utilizzo di esso molto più ridotto di quanto sarebbe stato lecito attendersi: ciò a dimostrazione – se mai ve ne fosse stato bisogno –

16 gennaio 2013, n. 890; Cass. 5 luglio 2012, n. 11304; Cass. 21 maggio 2012, n. 8002; Cass. 4 novembre 2009, n. 23345; Cass. 16 giugno 2008, n. 16216.

[49] V. Cass. 23 novembre 2015, n. 23868.

[50] Riconduce la "clausola risolutiva espressa" fra gli strumenti di autotutela Cass. 31 agosto 2009, n. 18920.

[51] V. Cass. 17 maggio 1949, n. 1220, cit.

[52] Un ulteriore esempio di interpretazione giurisprudenziale – discutibile per le ragioni lucidamente addotte da M. DELLACASA (in *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., pp. 273 s.) e riportate *supra*, nota 24 – è quello secondo cui presupposto necessario per l'operatività della diffida ad adempiere sarebbe anche l'"imputabilità" al contraente infedele dell'inadempienza contestatagli (v. *supra*, nota 24).

[53] Riconducono espressamente quello della diffida ad adempiere fra gli strumenti di autotutela, in giurisprudenza, Cass. 12 gennaio 2017, n. 65; e, in dottrina, R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, cit., p. 73; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 332; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 355; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 136; IDEM, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1751; R. VERDERA SERVER, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., p. 258.

[54] Sul punto v., per tutti, M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 63 ss.

del fatto che uno strumento di autotutela, per riuscire effettivamente *efficiente* ed *appetibile*, non deve comportare, per chi vi fa ricorso, eccessivi *risques et périls.*

Ora – anche alla luce dell'esperienza italiana della diffida ad adempiere – il fatto che il nuovo art. 1226 *cod. Nap.*, nel momento stesso in cui attribuisce al *créancier*, "*en cas d'inexécution suffisamment grave*", il potere di "*résoudre le contrat par voie de notification*", senta il bisogno di specificare testualmente che il relativo esercizio avviene, però, "*à ses risques et périls*" costituisce, già di per sé solo, motivo di scetticismo in ordine all'accoglienza che ad esso potrà essere riservata dagli operatori economici.