

AVANGUARDIA GIURIDICA collana a cura di Marco Antoniol

diritto civile MA5

PATRIZIA BARCHI

LA DIFFIDA AD ADEMPIERE

sciogliersi dal contratto
senza ricorrere
al giudice

EXEO edizioni 

ISBN: 978-88-95578-47-7

STUDI APPLICATI

professionisti

pubblica amministrazione

AVANGUARDIA GIURIDICA collana a cura di MARCO ANTONIOL

diritto civile

MA5

Patrizia Barchi

LA DIFFIDA AD ADEMPIERE

SCIUGLIERSI DAL CONTRATTO SENZA RICORRERE AL GIUDICE

EXEO edizioni 

ISBN formato pdf : 978-88-95578-47-7

STUDI APPLICATI professionisti
pubblica amministrazione



fax: 049 9711446 – tel: 049 9711446 martedì e giovedì 12:30 > 14:00
e-mail: amministrazione@territorio.it

L'opera fornisce un quadro aggiornato dei risultati raggiunti da dottrina e giurisprudenza in tema di diffida ad adempiere. Fondamento di tale tipica forma di risoluzione di diritto è l'esigenza di tutelare l'interesse della parte adempiente a non essere più vincolata da un contratto la cui attuazione sia stata compromessa dal grave inadempimento della controparte. Con quest'opera si intende dunque dimostrare come la diffida ad adempiere permetta di evitare un oneroso ricorso alla tutela giurisdizionale, con evidente risparmio di risorse sia per l'impresa che per il consumatore.

Copyright © 2011 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo senza l'autorizzazione scritta dell'editore. È consentita la stampa ad esclusivo uso personale del soggetto abbonato, e comunque mai a scopo commerciale. Il pdf può essere utilizzato esclusivamente dall'acquirente nei propri dispositivi di lettura. Ogni diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque, totale o parziale di contenuti è vietata senza il consenso scritto dell'editore.

edizione: luglio 2011 - collana: AVANGUARDIA GIURIDICA, a cura di Marco Antoniol

materia: diritto civile - tipologia: studi applicati - formato: digitale, pdf

codice prodotto: MA5 - ISBN: 978-88-95578-47-7- prezzo: € 20,00

autore: Patrizia Barchi, laureata in giurisprudenza

editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200/2007 c.s.i.v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova – sede operativa: via Dante Alighieri 6 int. 1 35028 Piove di Sacco PD casella postale 76/A 35028 Piove di Sacco PD info@exeoedizioni.it. Luogo di elaborazione presso la sede operativa.

L'editore ringrazia per ogni segnalazione o suggerimento inviato a direzione@exeoedizioni.it.



professionisti

pubblica amministrazione

www.territorio.it - www.exeoedizioni.it

SOMMARIO

CAPITOLO I	7
INTRODUZIONE	7
1. <i>Profili generali</i>	7
2. <i>L'istituto della diffida ad adempiere</i>	8
3. <i>Origine storica della diffida ad adempiere</i>	10
4. <i>La funzione dell'istituto</i>	13
CAPITOLO II	16
IL CAMPO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 1454 c.c.	16
SEZIONE I	16
LE TIPOLOGIE CONTRATTUALI	16
1. <i>I contratti sinallagmatici</i>	16
2. <i>I contratti a titolo gratuito e la donazione</i>	20
3. <i>I contratti con comunione di scopo e i contratti collegati</i>	23
SEZIONE II	27
I PRESUPPOSTI DELLA DIFFIDA AD ADEMPIERE	27
1. <i>Generalità</i>	27
2. <i>L'importanza dell'inadempimento</i>	28
2.1. Il momento e i criteri di accertamento della non scarsa importanza	29
2.2. L'inadempimento definitivo e la possibilità dell'adempimento da parte del diffidato.....	37
2.3. L'adempimento inesatto e il rapporto tra l'esecuzione, la difformità, i vizi dell'opera e la diffida <i>ex art. 1454 c.c.</i>	43
2.4. Rapporto con la costituzione in mora: il contegno della parte inadempiente	49
3. <i>Imputabilità e colpevolezza nell'inadempimento</i>	52
4. <i>La non reciprocità dell'inadempimento</i>	53
4.1. Valutazione comparativa delle reciproche condotte.....	55
CAPITOLO III	57
L'ATTO DI DIFFIDA	57
SEZIONE I	57
LA MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ.....	57
1. <i>Natura giuridica dell'atto di diffida</i>	57
2. <i>Legittimazione attiva e passiva</i>	58
2.1. Diffida emessa dal rappresentante	60

SEZIONE II.....	64
LA FORMA DELLA DIFFIDA	64
1. <i>Requisiti formali e pubblicità dell'atto di diffida</i>	64
2. <i>Il carattere recettizio dell'intimazione</i>	67
SEZIONE III.....	70
IL CONTENUTO DELL'ATTO.....	70
1. <i>L'intimazione ad adempiere</i>	70
2. <i>La monizione</i>	72
SEZIONE IV.....	75
IL TERMINE EX ART. 1454 c.c.	75
1. <i>Analisi della disposizione di cui all'art. 1454 c.c.</i>	75
2. <i>Il giudizio sulla congruità del termine assegnato</i>	76
2.1. <i>I criteri di valutazione</i>	78
2.2. <i>Il dies a quo</i>	80
3. <i>La mancata indicazione del termine</i>	80
4. <i>La proroga del termine fissato nella diffida</i>	82
5. <i>Il difetto dei requisiti</i>	84
CAPITOLO IV.....	85
GLI EFFETTI EX ART. 1454 C.C.....	85
SEZIONE I	85
LA RISOLUZIONE DI DIRITTO DEL CONTRATTO.....	85
1. <i>Il terzo comma dell'art. 1454 c.c.</i>	85
2. <i>Rapporto tra la risoluzione giudiziale ex art. 1453 c.c. e la risoluzione per diffida</i>	86
3. <i>Il giudizio di accertamento</i>	88
4. <i>Il risarcimento del danno a favore della parte adempiente</i>	89
SEZIONE II.....	92
LA POSIZIONE DELL'INTIMANTE.....	92
1. <i>La disponibilità degli effetti della diffida da parte dell'intimante</i>	92
2. <i>Revoca della diffida</i>	93
3. <i>La rinuncia agli effetti della diffida</i>	95
SEZIONE III.....	101
LA POSIZIONE DEL DESTINATARIO	101
1. <i>Il rifiuto di adempiere</i>	101
2. <i>La c.d. contro diffida</i>	101

CAPITOLO V	103
CONCLUSIONI.....	103
BIBLIOGRAFIA.....	104

CAPITOLO I INTRODUZIONE

1. Profili generali

Oggetto della trattazione è la diffida ad adempiere, istituto che si colloca nell'ambito di un rimedio generale di difesa per i contraenti, qual è la risoluzione del contratto.

La risolubilità del contratto, come modalità di scioglimento dello stesso, ricorre quando il programma contrattuale non è più in grado di assicurare il soddisfacimento degli interessi dei contraenti o a causa del comportamento delle parti o a causa di eventi a loro non imputabili e non prevedibili.

Viene turbato il sinallagma, cioè l'equilibrio delle prestazioni, poiché si incide sul rapporto, e quindi sulla situazione giuridica che consegue alla stipula del contratto.

Risulta ormai accolta l'idea della risoluzione come rimedio contrattuale¹; anzi, essa rappresenta il paradigma di riferimento della categoria di matrice dottrinale dei "rimedi sinallagmatici"; emerge infatti l'idea che la risoluzione costituisca non solo un rimedio al mancato adempimento della prestazione, quanto piuttosto una forma di reazione al "malfunzionamento" del contratto².

Il codice civile, nel capo XIV del titolo II del libro IV, regola separatamente tre casi di risoluzione del contratto accomunati sia sotto il profilo funzionale della eliminazione degli effetti a seguito della risoluzione sia sotto il profilo della tutela della interdipendenza delle attribuzioni corrispettive nella fase di esecuzione del contratto, ma con diversi presupposti e modalità: la risoluzione per inadempimento (artt. 1453 e ss., sezione I), la risoluzione per impossibilità sopravvenuta (artt. 1463 e ss., sezione II), la risoluzione per eccessiva onerosità (artt. 1467 e ss., sezione III)³.

L'istituto oggetto di trattazione, la diffida ad adempiere, si colloca nell'ambito della prima delle tre risoluzioni che il codice civile disciplina: la risoluzione per inadempimento. La risoluzione per inadempimento è il rimedio che consente alla parte non inadempiente di sciogliersi dal rapporto contrattuale, a fronte di un inadempimento di non scarsa importanza imputabile alla controparte. Fondamento di tale risoluzione è l'esigenza di tutelare l'interesse della parte

¹ La risoluzione, a differenza delle altre forme di invalidazione del contratto, è rimedio che si può far valere soltanto prima che il contratto stesso sia compiutamente eseguito.

² DELLA CASA M., *Rimedi*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, V, 2, Milano, Giuffrè, 2006, 5.

³ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2007, 1021. L'inadempimento della controparte, l'impossibilità sopravvenuta di una prestazione e l'eccessiva onerosità rompono quel vincolo di corrispettività, che unisce la prestazione alla controprestazione.

adempiente a non essere più vincolata da un contratto la cui attuazione sia stata compromessa dal grave inadempimento della controparte (ad esempio, se il compratore non paga la merce venduta, al venditore conviene recuperare la merce e richiedere il risarcimento del danno costituito dal mancato guadagno anziché insistere per ottenere il pagamento del prezzo)⁴.

Sul piano procedimentale, due sono i modi con cui nella pratica i contraenti attuano la risoluzione per inadempimento della controparte, a seconda che sia necessaria o meno una sentenza: si perviene alla risoluzione o tramite la pronuncia del giudice adito o per atto di parte. Si parla così rispettivamente di risoluzione giudiziale e risoluzione di diritto (o stragiudiziale): il sistema del nostro ordinamento si caratterizza per l'alternativa offerta in generale al creditore tra questi due differenti rimedi.

Di regola la risoluzione per inadempimento ha luogo mediante l'azione dell'art. 1453 c.c., ma il suo esercizio richiede tempo notevole, in quanto rimedio giudiziale e in quanto le sorti della controversia dipenderanno dal convincimento che il giudice si formerà sulla gravità dell'inadempimento. Così, la legge consente che le lungaggini del processo di risoluzione possano essere evitate conferendo alla parte insoddisfatta un diritto potestativo di risoluzione, che si esplica utilizzando il mezzo della risoluzione stragiudiziale, senza che ci sia bisogno della pronuncia giudiziale, la quale, quindi, se successivamente richiesta, potrà servire solo ai fini dell'accertamento della risoluzione⁵.

2. *L'istituto della diffida ad adempiere*

Proprio quest'ultima considerazione permette di pervenire ad esaminare in modo particolare la risoluzione del contratto tramite diffida.

In termini generali una diffida (qualsiasi genere di diffida) è l'intimazione rivolta ad un soggetto di astenersi da un determinato comportamento o di esplicare una determinata attività, con l'avvertimento delle possibili conseguenze dell'inosservanza dell'intimazione⁶. Di regola essa trova la propria giustificazione nell'obbligo giuridico dell'intimato, il quale viene così formalmente chiamato alla

⁴ BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5, in *La responsabilità*, Milano, 1994, 259. Ormai sono abbandonate le teorie soggettive che ravvisano il fondamento del rimedio in una tacita condizione risolutiva, ed è allora stata accolta in dottrina la teoria del turbamento del sinallagma come fondamento della risoluzione (v., tra gli altri, SCOGNAMIGLIO R. *Contratti in generale*, in *Trattato Grosso - Santoro - Passarelli*, 1961, 269). Secondo un'altra teoria la risoluzione costituirebbe una sanzione contro il debitore (AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 147).

⁵ MOSCO L., *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, Jovene, 145; BIANCA C.M., *op. cit.*, 261. Questo sistema binario si distacca sia dal sistema esclusivo della risoluzione giudiziale adottato nel diritto francese, e che vigeva nel nostro diritto sotto il vecchio codice all'art. 1165, sia dal sistema esclusivo della risoluzione volontaria che si riscontra in Germania e nei paesi di *Common Law*.

⁶ CIACCIO E., voce *Diffida (in generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 507.

sua osservanza.

Talvolta la diffida è l'espressione stessa di un comando concreto, emanato in base al potere giuridico inerente ad un diritto soggettivo o ad una potestà pubblica o privata.

In base al disposto dell'art. 1454 c.c., quando parliamo di diffida in senso civilistico, ci riferiamo al fatto che «alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto». Al secondo comma dell'art. 1454 c.c. è precisato che «il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore». Infine, il terzo comma mette in luce l'effetto che ne consegue: «decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto». La diffida, quindi, si identifica con la manifestazione unilaterale di volontà diretta a realizzare un determinato assetto di interessi, che riguarda il diffidante e il diffidato. L'avvertimento e la modifica automatica del rapporto, per inosservanza della diffida, permettono ai protagonisti della vicenda, diffidante e diffidato, di decidere il da farsi, di assumere le proprie responsabilità⁷.

Mediante la diffida il contraente più diligente (*rectius* “non inadempiente”) può conseguire la prestazione dovuta ed ottenere la conservazione del vincolo contrattuale se il debitore si adegua agli impegni pattuiti, oppure, trascorso invano il termine assegnato al debitore, ottenere la risoluzione *ipso iure* del vincolo.

La diffida rappresenta lo strumento che l'ordinamento mette a disposizione della parte non inadempiente tutte le volte in cui il contratto stesso non contenga alcuna pattuizione in proposito (quale la clausola risolutiva espressa), affinché questa possa ottenere una rapida risoluzione automatica del contratto, a fronte dell'inadempimento di non scarsa importanza dell'altro contraente che si protragga oltre il congruo termine stabilito nella monizione: si attribuisce in sostanza alla parte non inadempiente il potere, anzi un diritto potestativo *ex lege*, di provocare unilateralmente lo scioglimento del rapporto, senza ricorrere al giudice. In questo senso la risoluzione mediante diffida ad adempiere può essere considerata un rimedio generale e comunque alternativo alla domanda giudiziale⁸.

Il fondamento economico delle reciproche attribuzioni patrimoniali previste dal contratto non è viziato *ab origine*, ma si altera a seguito di un fatto, l'inesatta o mancata esecuzione della prestazione, che priva di causa giustificatrice l'attribuzione stessa⁹.

⁷ PALEOLOGO G., voce *Diffida*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1.

⁸ NATOLI U., voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 508; CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXI, 2, Milano, 1987, 917; PALMIERI D., *La risoluzione per inadempimento nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1994, 260; Cass., 16 giugno 1976, n. 2275, in *Giur. It. Mass.*, 1976, 590.

⁹ BIGLIAZZI GERI L., *Della risoluzione per inadempimento*, artt. 1460-1462, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, libro IV Delle Obbligazioni, II, Bologna - Roma, Zanichelli, 1988, 92.

La diffida ad adempiere è dunque una dichiarazione unilaterale a carattere recettizio e di natura negoziale, il cui contenuto deve necessariamente prevedere: l'intimazione all'adempimento, la determinazione del termine congruo entro il quale l'esecuzione della prestazione deve avvenire, l'avvertenza dell'effetto risolutivo per il caso di protratto inadempimento dopo il periodo di tempo concesso (c.d. monizione)¹⁰: con la diffida, il contraente introduce una nuova possibilità di sbocco nel rapporto, la risoluzione del contratto, che si profila come una possibile vicenda di quel rapporto.

L'altra prospettiva è quella di salvare il rapporto contrattuale per l'ipotesi che il debitore, cedendo allo stimolo della diffida, si decida ad adempiere¹¹.

L'istituto in esame apparentemente di semplice e sicura applicazione, rivela in realtà alcune problematiche sia a livello pratico sia a livello sistematico di non poco interesse nella quotidianità dei traffici commerciali.

L'attenzione dovrà rivolgersi proprio verso i profili strutturali o formali, al tipo di inadempienza necessaria per realizzare l'intimato effetto risolutivo, o ancora a quando un termine possa definirsi congruo.

Prima di procedere in tal senso, è opportuno dare conto dell'origine storica di tale strumento giuridico, risalendo nel tempo per vedere come era collocato prima che il codice civile intervenisse con la sua attuale sistemazione *ex art. 1454 c.c.*.

3. Origine storica della diffida ad adempiere

L'introduzione nell'ordinamento italiano dell'istituto in esame risale all'adozione del codice civile del 1942, che ha così reso disponibile un rimedio risolutivo automatico, apprestando uno strumento più rapido ed efficace dell'ordinaria risoluzione giudiziale per ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale, che lega i due contraenti¹².

I precedenti normativi dell'istituto sono controversi, anche se la discendenza dell'istituto dall'art. 67 cod. comm. del 1882 e dall'art. 307, secondo comma, del progetto D'Amelio del codice di commercio del 1925 appare per molti la conclusione più sicura, stante l'attuale configurazione della fattispecie¹³.

¹⁰ Cass., 27 dicembre 1957, n. 4767, in *Gius. civ.*, 1958, I, 461; Cass., 26 febbraio 1986, n. 1203, in *Arch. civ.*, 1986, 745.

¹¹ SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, cit., 270; VERDERA SERVER R., *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Pd, Cedam, 1994, 260.

¹² ARAGONA F., *In tema di diffida ad adempiere*, in *Dir. Giur.*, 1959, 441.

¹³ COSTANZA M., *La diffida ad adempiere*, in *Commentario Scialoja e Branca*, sub art. 1454, tomo I, Bologna - Roma, 1990, 434; PISCIOTTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 2000, 179. Inoltre il progetto D'Amelio prevedeva la risoluzione come conseguenza automatica dell'inutile decorso del termine stabilito dal creditore per l'adempimento senza che, fosse necessaria la minaccia dell'effetto risolutivo.

Infatti, se si vuole risalire più indietro nel tempo per individuare la precisa origine della disposizione in commento¹⁴, la dottrina dominante la ravvisa proprio nella disciplina del primo comma dell'art. 67 cod. comm. che prevedeva la risoluzione automatica della vendita commerciale di cose mobili mediante l'offerta, nei modi usati in commercio, della cosa venduta o del pagamento del prezzo antecedentemente alla scadenza del termine, nel caso in cui la controparte si rendesse inadempiente. L'accostamento tra la fattispecie disciplinata dall'art. 67 del Codice di Commercio del 1882 e lo strumento dell'attuale diffida *ex art.* 1454 c.c. risulta proprio da quello che era il nucleo centrale della fattispecie risolutiva: l'iniziativa dell'offerta a provare la possibilità dell'adempimento e lo stimolo a questo da parte della controparte.

Tramite l'offerta, in materia commerciale, il venditore - commerciante dava, anzitutto, la prova dell'esistenza della cosa presso di lui, per potersi poi avvalere della risoluzione: nel sistema dell'art. 67 la risoluzione di diritto era di fatto una misura in favore della parte che si dimostrava pronta ad adempiere di fronte all'inadempimento della controparte.

Il mezzo della diffida si ritiene di conseguenza ispirato dalle snelle modalità dell'offerta, ossia per la sufficienza di una semplice intimazione, scritta o orale, a ricevere o a ritirare la merce. E ancora a favore del legame tra il codice civile e il codice di commercio rileva proprio il dato che all'offerta era riconosciuto anche il significato di invito ad adempiere con la minaccia della risoluzione di diritto¹⁵.

L'introduzione della diffida ad adempiere va così a collocarsi nel quadro dell'ampliamento delle ipotesi di risoluzione di diritto, in un assetto in cui l'atto di scambio assume un'importanza più accentuata e le incertezze della risoluzione giudiziale ostacolano la mobilità delle risorse, e dove è di particolare interesse poter contare in ogni momento sulla disponibilità di una merce o di altro bene

¹⁴ Aspetto rilevante proprio per rendere evidente quanto sia più vasto il campo di operatività dell'attuale art. 1454 c.c., e ancor prima per cogliere come l'istituto costituisce il frutto del lento travaglio del sistema della risoluzione.

¹⁵ SMIROLDO A., *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 76. Ai fini dell'accostamento suddetto, l'art. 60 del progetto preliminare del Codice di commercio del 1872, che precede l'art. 67 cod. comm., prevedeva la risoluzione di diritto per il caso in cui una delle parti chiedesse l'adempimento, offrendo la prestazione prima della scadenza e la parte intimata non adempisse nel termine fissato. Quindi l'autore nega sia che le origini della diffida siano ricollegate all'influenza di legislazioni straniere sia la tesi che ricollega la diffida dell'art. 307, secondo comma, del progetto D'Amelio all'onere dell'avviso per la risoluzione giudiziale previsto dall'art. 437, secondo comma, del precedente progetto Vivante e cioè all'atto di costituzione in mora (tale comma prevedeva che «La parte che intende valersi del diritto di risoluzione deve farne giungere notizia all'altro contraente, almeno tre giorni prima di proporre la domanda giudiziale, salvo i termini maggiori introdotti dagli usi per speciali contrattazioni»). Molti (ENRIETI E., *Della risoluzione del contratto*, in *Commentario D'Amelio e Finzi*, Firenze, 1940, *sub art.* 1454, 818; MOSCO L., *op. cit.*, 149) ritenevano che l'introduzione dell'istituto della diffida nel codice civile derivasse dall'influenza del § 326 BGB e dall'art. 107 ZGB. Durante i lavori preparatori del codice del 1942, GIORGIANNI M. (*Osservazioni e proposte sulla seconda edizione del progetto del libro quarto*, Roma, 1941, 401) approvava la nuova norma sulla diffida ed evidenziava la svalutazione che ne sarebbe conseguita per la risoluzione del contratto *ope iudicis*.

che era oggetto della prestazione pattuita¹⁶.

La diffida ad adempiere, e in generale l'allargamento delle ipotesi di risoluzione di diritto, ha rappresentato uno dei punti di emersione del «processo di commercializzazione del diritto privato»¹⁷.

La finalità della diffida, quella cioè di ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale se l'interesse perseguito con esso viene meno in conseguenza del mancato adempimento, è delineata già nella relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale per il nuovo codice civile: «(..) il creditore, per ottenere l'effetto della risoluzione del contratto, non deve di necessità agire giudizialmente. Ho previsto nell'art. 253 una forma di risoluzione per autorità del creditore che, senza negare al debitore la tutela giudiziaria, mi è sembrato raggiunga speditamente l'effetto che sarebbe prodotto dalla pronuncia giudiziaria (..).

La diffida deve contenere la dichiarazione che, decorso infruttuosamente il termine assegnato, il contratto si intenderà senz'altro risolto. L'utilità di questa forma sta nel fatto che essa consente di determinare senza indugi la posizione delle parti in confronto del contratto non adempiuto. (...) L'unilateralità della dichiarazione non deve impressionare. Il controllo del giudice non mancherà; ma sarà soltanto eventuale e posteriore, come nel caso di clausola risolutiva. Il giudice, ove sorga contestazione, accerterà l'avvenuta risoluzione, e perciò non potrà più accordare alcuna dilazione per l'adempimento»¹⁸.

Gli artt. 253 e 254¹⁹ del progetto preliminare del Libro delle Obligazioni prevedevano che il contratto dovesse considerarsi risolto nel caso di mancato adempimento entro il termine non inferiore a trenta giorni, intimato con la previsione della risoluzione per mezzo di ufficiale giudiziario, ovvero entro il termine di dilazione concesso nei casi di ritardo dal giudice adito per la risoluzione. Le due norme vennero fuse nell'art. 293 del Libro delle Obligazioni, corrispondente all'attuale art. 1454 c.c., salvo modifiche formali (essendosi ridotto a metà il termine previsto per l'intimazione di adempimento ed essendosi soppressa la necessità di servirsi dell'ufficiale giudiziario). L'istituto da esse disciplinato derivava direttamente dall'art. 307, secondo comma²⁰, del progetto

¹⁶ VERDERA SERVER R., *op. cit.*, 260; MOSCO L., *op. cit.*, 146.

¹⁷ SMIROLDO A., *op. cit.*, 78.

¹⁸ LOZUPONE R., *La diffida ad adempiere*, Milano, Giuffrè, 2007, 10.

¹⁹ L'art. 253 disponeva: «Alla parte inadempiente l'altra può anche intimare con atto di ufficiale giudiziario l'adempimento in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto». Il secondo comma disponeva: «Il termine suddetto non può essere inferiore a trenta giorni, salva diversa determinazione risultante dalle pattuizioni delle parti o dalla natura del contratto». E l'art. 254: «Scaduto il termine indicato negli artt. 251, ultimo comma e 253 senza che sia stato adempiuto il contratto, questo s'intende senz'altro risolto». Il termine di cui all'art. 251, ultimo comma, riguardava la dilazione concessa dal giudice nei casi di ritardo.

²⁰ Dopo aver previsto al primo comma l'operatività di diritto della scadenza del termine essenziale, statuiva: «In ogni altro caso, se una delle parti non adempie la sua obbligazione, l'altra, che non sia inadempiente, può fissare un congruo termine per l'adempimento, alla scadenza del quale, il contratto s'intenderà risolto. In ambedue i casi è salvo il risarcimento dei danni».

D'Amelio del Codice di commercio del 1925, la cui normativa generale prevista per le obbligazioni commerciali veniva inserita nel Libro delle Obbligazioni.

4. La funzione dell'istituto

Una volta delineata la struttura e gli effetti in generale della diffida ad adempiere, occorre esaminarne la funzione.

Si è evidenziato che con la risoluzione per diffida si assiste allo scioglimento del vincolo obbligatorio in conseguenza di un'alterazione dell'originario equilibrio tra le reciproche attribuzioni patrimoniali previste dal contratto e che la reazione difensiva del diffidante risulta giustificata, dal punto di vista giuridico, dal venir meno del suo interesse sostanziale al mantenimento in vita del vincolo.

Può, tuttavia, essere svolta da tale istituto anche una funzione di coazione all'adempimento, sotto la minaccia dello scioglimento del rapporto²¹, che raggiungerebbe il suo scopo ove venisse accolto dal debitore l'invito ad adempiere²².

La giurisprudenza evidenzia come la *ratio* della norma in commento sia quella di fissare con chiarezza la posizione delle parti rispetto all'esecuzione del contratto, ma, nel contempo tende a trascurare la capacità della diffida di sollecitare il debitore ad adeguare il proprio contegno ai parametri contrattuali, limitandosi invece a sottolineare la maggiore rapidità del rimedio stragiudiziale rispetto a quello *ex art. 1453 c.c.*, affinché il contraente adempiente non resti vincolato all'altro fino alla pronuncia del giudice e possa provvedere con altri alla realizzazione del suo interesse negoziale.

La giurisprudenza esalta, infatti, anche il carattere probatorio di tale atto, nella prospettiva di un suo successivo utilizzo in sede giurisdizionale sia in ordine all'eventuale giudizio di accertamento sia in ordine alla richiesta di risarcimento del danno. Il silenzio della parte inadempiente viene visto come un fatto che può assurgere ad elemento di prova dell'illegittimo contegno della parte nei cui confronti si invoca, utilizzabile nell'eventuale successivo giudizio per riversare su di questa la responsabilità e le conseguenze dell'inadempimento²³.

²¹ BASINI G.F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, Giuffrè, 2001, 173; MOSCO L., *op. cit.*, 188. Per l'autore l'istituto della diffida ad adempiere contempla sia la possibilità, per il creditore, già insoddisfatto in conseguenza di un primo ritardo, di minacciare la risoluzione, quale conseguenza negativa che colpirà il debitore che restasse ancora inadempiente, sia conferma, che, nell'idea del legislatore, la prima forma di tutela offerta al creditore dalla disciplina della risoluzione per inadempimento, non è lo scioglimento del contratto, ma è la possibilità di minacciare tale scioglimento, allo scopo di ottenere l'adempimento.

²² LOZUPONE R., *op. cit.*, 17.

²³ Cass., 9 settembre 1998, n. 8910, in *Giur. It.*, 1999, 946; Cass., 8 agosto 1978, n. 3851, in *Rep. Foro It.*, voce *Contratto in genere*, 1978, 260; Cass., 3 giugno 1978, n. 2785, in *Rep. Foro It.*, voce *Prova civile in*

Secondo alcune visioni dottrinali la diffida ha lo scopo principale di rimettere in termini il debitore fino alla data assegnata dal diffidante, esprimendo in tal modo una forma di tutela verso il debitore, che da un lato viene avvertito dell'intenzione della controparte di volersi liberare dal vincolo contrattuale e dall'altro può mantenere in vita un rapporto, magari utile anche per lui, conformandosi ai vincoli posti dal programma contrattuale. In questo modo verrebbe ad attuarsi un compromesso tra l'esigenza di conservazione del rapporto ove questo mantenga un'utilità per le parti e quella di scioglimento dello stesso nell'ipotesi in cui tale utilità non sussista più²⁴.

Solo se il contegno negligente del diffidato persiste, viene meno la conservazione del contatto, ossia di tutti i suoi effetti caratteristici e qualificanti, e il diffidante, per non disperdere tempo e denaro in via giudiziale, otterrà la risoluzione *ipso iure*: ed è qui che la diffida ad adempiere evidenzia tutta la sua utilità pratica.

A termine di questa prima disamina dell'istituto si può concludere come esso sia un agile strumento offerto dal codice civile per liberarsi dal vincolo negoziale, come esso sia una forma di autotutela privata esplicante un effetto risolutivo.

Anche se a primo impatto la funzione della diffida sembrerebbe quella di rendere il creditore arbitro della sorte del rapporto²⁵, in grado di determinare con la sua "autorità" lo scioglimento del rapporto stesso, il potere del creditore risulta bilanciato dalla possibilità per la parte inadempiente di attivare sempre il controllo giurisdizionale sulla effettiva sussistenza dei presupposti per la risoluzione, e, dunque, sulla correttezza dei poteri esercitati dal diffidante, senza essere così privata delle garanzie e protezioni assicurate dal processo²⁶.

Si afferma che, da un'attenta analisi delle disposizioni dettate in tema di risoluzione per inadempimento, l'effetto risolutivo non rimane nella piena disponibilità dell'intimante - con la conseguente soggezione del diffidato - evidenziando, al contrario, che anche la posizione dell'inadempiente è oggetto di considerazione normativa. In tal modo si tutela sia l'interesse dell'inadempiente a non restare indefinitamente esposto all'arbitrio del suo creditore, sia quello generale a che le risorse, coinvolte nel rapporto contrattuale, siano reimmesse nella circolazione economica²⁷.

Il decorso del tempo fra la ricezione della dichiarazione da parte del debitore e il prodursi dell'effetto risolutivo non opera alcuna frattura del nesso causale

genere, 1978, 35.

²⁴ COSTANZA M., *La diffida ad adempiere*, in *Commentario Scialoja e Branca*, cit., 434; SCOGNAMIGLIO C., *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante* (nota a sent. Cass., 18 maggio 1987, n. 4535), in *Giur. It.*, 1988, I, 451, secondo l'autore sembra difficile, quindi, ravvisare nella diffida ad adempiere un'espressione del *favor* dell'ordinamento per la risoluzione piuttosto che per la conservazione del contratto.

²⁵ NATOLI U., *op. cit.*, 509.

²⁶ COSTANZA M., *La diffida ad adempiere*, in *Commentario Scialoja e Branca*, cit., 433; LOZUPONE R., *op. cit.*, 11.

²⁷ SCOGNAMIGLIO C., *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*, cit., 453.

intercorrente fra la dichiarazione e la risoluzione, ma accorda al debitore un'ulteriore *chance*, evitando che quest'ultimo rimanga sorpreso da effetti risolutivi immediati²⁸.

§§§

²⁸ MOSCO L., *op. cit.*, 149.

CAPITOLO II IL CAMPO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 1454 c.c.

SEZIONE I LE TIPOLOGIE CONTRATTUALI

1. I contratti sinallagmatici

La funzione svolta dalla diffida ad adempiere rende questo istituto applicabile ai contratti sinallagmatici, cioè ai contratti con prestazioni corrispettive, bilaterali (art. 1453 c.c. che espressamente si riferisce a tale tipologia di contratti), oppure plurilaterali (art. 1459 c.c., che richiama l'art. 1420 c.c.).

Nei contratti a prestazioni corrispettive sorgono contemporaneamente nell'una e nell'altra parte obblighi e diritti a prestazioni reciproche, collegate tra loro da un rapporto di interdipendenza (come ad esempio nel contratto di compravendita ove il venditore è contemporaneamente creditore e debitore, infatti ha diritto al prezzo, ma ha pure gli obblighi relativi alla consegna, o ancora nel contratto di locazione). Gli altri contratti (ad esempio la donazione, il deposito gratuito) sono detti unilaterali, o con prestazioni di una sola parte.

Gli eventi che giustificano l'esperimento del rimedio della risoluzione determinano un malfunzionamento del contratto, poiché perturbano il rapporto contrattuale, il "sinallagma", a danno di uno dei contraenti: viene così lesa la corrispettività fra prestazione e controprestazione²⁹.

Si distingue, correntemente, fra sinallagma genetico e funzionale. Con la prima espressione, si vuole esprimere l'interdipendenza iniziale delle prestazioni, nel senso che l'impossibilità iniziale dell'una rende non dovuta l'altra. Con la seconda si vuole contrassegnare, invece, l'interdipendenza delle prestazioni nello svolgimento del rapporto, che sta alla base, in particolare, degli istituti della risoluzione per inadempimento. Se si guardasse il solo sinallagma genetico, le due obbligazioni che sorgono dal contratto si priverebbero del reciproco legame, e ciascuna vivrebbe con le proprie vicende in modo indipendente dall'altra.

La letteratura sottolinea come la sfera di operatività dell'art. 1454 c.c. sia oggi molto più ampia di quanto non fosse quella dell'art. 67 cod. comm. dettata solo per la compravendita di cose mobili: non vi è perciò nell'ordinamento odierno alcuna limitazione dal punto di vista del bene oggetto del contratto, sia esso mobiliare o immobiliare o un *facere*. Di qui, allora, l'immediata riferibilità a ogni

²⁹ TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2007, 702; ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato Indica - Zatti*, 2001, 942.

contratto di scambio. Si può dunque ricorrere alla diffida anche per risolvere rapporti ove una delle prestazioni sia costituita dal trasferimento della proprietà ovvero di un diritto reale o personale su un bene immobile³⁰.

Proprio dalla logica traslativa che caratterizza i contratti a prestazioni corrispettive e da questa evoluzione che ha caratterizzato il campo di applicazione del rimedio stragiudiziale in esame, l'uso dell'espressione "diffida ad adempiere", richiede una breve osservazione a proposito del verbo "adempiere".

Nella prassi commerciale, ma, soprattutto, nella disamina delle decisioni giurisprudenziali, viene fatto riferimento al contratto di compravendita, ovvero sia a quel contratto che si caratterizza per essere il principale e più frequente strumento di scambio, tipicamente consensuale e ad efficacia reale: i suoi elementi essenziali sono, da un lato, il trasferimento di un diritto, dal venditore al compratore, dall'altro, l'obbligazione corrispettiva del compratore di pagare al venditore un prezzo. E con riferimento a tali caratteri della vendita si palesa sensato l'utilizzo del verbo "adempiere", che una parte può intimare all'altra inadempiente, all'esecuzione della prestazione. Invece, in altre tipologie contrattuali, magari meno citate della vendita, ma che inevitabilmente condizionano i traffici commerciali, si dovrebbe più che altro fare un'intimazione a "correggere" le inesattezze, le irregolarità che inficiano la prestazione, poiché si tratta di contratti che si caratterizzano al loro interno per tutta una serie di singole prestazioni (che non si esauriscono nel binomio consegna-pagamento), aventi ognuna una certa rilevanza. Ci si può riferire ad esempio alle obbligazioni di fare (che si distinguono al loro interno tra quelle di natura intellettuale - si pensi al contratto d'opera intellettuale (art. 2237 c.c.), qual è quello tipico dell'avvocato - e quelle di natura materiale - si pensi, per esempio, a un servizio di catering richiesto ad un convegno -), o ai contratti di durata (a esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita), in cui il tempo gioca un ruolo essenziale (si pensi al contratto di somministrazione). nel concreto può sorgere, di conseguenza, il dubbio se appaia più opportuno ricorrere alle previsioni speciali previste per ogni singola tipologia contrattuale (che spesso prevede il rimedio del recesso, magari qualificato dal requisito della giusta causa), o a quello della diffida ad adempiere, che risulta, invece, automaticamente applicabile al contratto di compravendita.

Nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive non va dimenticata quella situazione che spesso precede la conclusione del contratto: questa è, infatti, preceduta da una serie di trattative tra le future parti.

Tra le varie fattispecie, importante e frequente è la formazione di un vero contratto obbligatorio, che ha come oggetto l'obbligo di un futuro *contrahere*: il c.d. contratto preliminare.

Le parti ne fanno uso quando hanno interesse a vincolarsi l'una verso l'altra, e

³⁰ Nella legislazione abrogata, allorché si trattava di beni immobili, per la risoluzione era indispensabile o un nuovo accordo risolutivo o il ricorso al giudice, essendo altresì necessaria la trascrizione del contratto di risoluzione o della domanda (e della pronuncia) giudiziale, SMIROLDO A., *op. cit.*, 102.

intendono formare in modo vincolante i termini dell'affare, senza tuttavia arrivare alla conclusione del contratto: per esempio se le parti sono d'accordo su alcuni punti essenziali, ma non su aspetti secondari, o se si vuole accertare il diritto del dante causa o la libertà da vincoli o se non si è ancora precisato l'oggetto, ecc...

Le parti addiventano così alla conclusione del preliminare, con il quale assumono l'una verso l'altra l'obbligo di stipulare, entro un dato termine, il contratto definitivo.

Il codice commina la nullità per il caso di preliminare avente forma diversa da quella che la legge prescrive per il contratto definitivo (art. 1351 c.c.), dato che l'impegno a concludere l'affare nasce infatti con il preliminare. Inoltre, il legislatore non si è dimenticato di prevedere uno strumento di tutela nel caso di inosservanza dell'obbligo assunto nel contratto preliminare: per cui, se una delle parti non adempie all'obbligo e si rifiuta di stipulare il contratto definitivo, l'altra parte può rivolgersi al giudice e chiedere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso (art. 2932 c.c.).

Risulta consolidato che, proprio per effetto di una costante giurisprudenza, la diffida ad adempiere può essere giustamente esperita anche per chiedere l'adempimento di un contratto preliminare. Questi rimedi codicistici (artt. 2932 e 1454 c.c.) ben convivono tra di loro, infatti, «la diffida ad adempiere, costituente una facoltà e non già un onere della parte adempiente, ha la sola funzione di determinare lo scioglimento di diritto del rapporto, sicché in caso di contratto preliminare, non condiziona in alcun modo l'esercizio dell'azione prevista dall'art. 2932 c.c., intesa ad ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto promesso (e non stipulato)»³¹.

Il giudice di legittimità ha anche sottolineato la rilevanza che il comportamento secondo buona fede deve avere nell'esecuzione del preliminare, per cui la risoluzione *ipso iure* del preliminare non può conseguire all'infruttuoso decorso del termine fissato nella diffida per adempiere all'obbligo di stipulare il contratto definitivo se l'intimante non ha ottemperato ai doveri di collaborazione (nella specie è stata cassata con rinvio la sentenza d'appello, secondo cui la diffida avrebbe dovuto indicare non solo il termine perentorio per la conclusione del definitivo, ma anche il giorno, l'ora, il luogo della stipula del definitivo, laddove, secondo buona fede, tali determinazioni spettavano alla parte intimata - promissario acquirente -, quale corollario della facoltà di scelta del notaio rogante, già esercitata in sede di conclusione del contratto preliminare)³². La sentenza in esame ha il pregio di individuare, in modo puntuale, i requisiti di validità dell'atto di diffida ad adempiere, distinguendolo dagli oneri, intimamente connessi all'esecuzione del contratto, il cui assolvimento da parte del diffidante è presupposto necessario affinché possono validamente esplicarsi gli effetti

³¹ Cass., 6 giugno 1983, n. 3854, in *Rep. Foro It.*, 1983, voce *Contratto in genere*, n. 269.

³² Cass., sez. II, 9 settembre 1998, n. 8910, in *Foro It.*, 1998, I, 3136.

risolutivi ad essa collegati.

L'iter logico rinvenibile nella motivazione della pronuncia in oggetto conferma proprio quello che si è detto in precedenza circa la funzione della diffida: la sua esigenza di fissare con chiarezza la posizione delle parti rispetto all'esecuzione del contratto.

Da tale sentenza si deduce bene il carattere della reciprocità dell'adempimento delle prestazioni derivanti dall'accordo; l'indagine circa l'adempimento delle controprestazioni a carico del diffidante viene condotta in relazione agli effetti che scaturiscono dalla conclusione del contratto preliminare, individuabili da un lato nell'obbligo di prestare il proprio consenso alla stipula dell'atto pubblico, dall'altro nel dovere di collaborare alla sua esecuzione.

Va, inoltre, segnalata una recente decisione che sottolinea come, in tema di preliminare di vendita di cosa altrui, il rapporto giuridico rimane giustamente sempre tra gli originari promittenti, ovvero il promittente venditore ed il promittente acquirente, anche ove si fosse pattuito che il contratto definitivo sarebbe stato stipulato tra il soggetto proprietario ed il promittente acquirente; se il proprietario effettivo aderisce a tale preliminare di vendita del suo bene effettuato dal promittente alienante, egli non avrà obblighi diretti verso il promittente acquirente, ma solo verso il promittente alienante.

Il promittente acquirente non potrà effettuare una diffida ex art. 1454 c.c. o un'intimazione al terzo proprietario, ma sarà il promittente alienante che potrà esperire nei confronti dell'effettivo proprietario i rimedi di legge, se quest'ultimo non vuole prestare il suo consenso al trasferimento del bene³³.

La stessa estensione dell'istituto ex art. 1454 c.c. si ha verso il preliminare di preliminare considerato dalle più recenti decisioni un procedimento di formazione progressiva del contratto: il preliminare di preliminare indica infatti «i soli elementi strettamente essenziali alla *stipulanda* vendita», cui dovrebbe seguire il preliminare in senso proprio, che ne «puntualizzi dettagliatamente e con precisione tutti gli elementi»³⁴.

A conclusioni opposte pervenivano precedenti pronunce perché ravvisavano nel preliminare di preliminare l'assenza di una causa - di una funzione tipica economica meritevole di tutela secondo i principi dell'ordinamento giuridico³⁵.

Da queste ulteriori precisazioni non può che ritenersi indiscutibile il fatto che l'ambito operativo dell'istituto in esame includa tutti i contratti a prestazioni corrispettive, senza limitazioni, quando l'obbligazione inadempita sia rilevante nell'economia dell'affare (come risulta peraltro condiviso da parte della dottrina passata, anche se in via minoritaria³⁶, ma soprattutto da parte di posizioni più

³³ Cass., 27 novembre 2001, n. 15035, in *Nuova Giur. civ.*, 2002, I, 599; Cass., sez. II, 1 luglio 2004, n. 12004, in *Guida al diritto*, 2004, fasc. 29, 57.

³⁴ Trib. Napoli, 28 febbraio 1995, in *Dir. Giur.*, 1995, 463; SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Schlesinger*, sub art. 1454, Milano, Giuffrè, 2007, 504.

³⁵ Trib. Napoli, 21 febbraio 1985, in *Dir. Giur.*, 1985, 725; Trib. Napoli, 21 novembre 1982, in *Gius. civ.*, 1983, 283.

³⁶ SMIROLO A., *op. cit.*; MOSCO L., *op. cit.*, 145, che sosteneva come l'ambito elettivo di operatività della

recenti³⁷), proprio come avverrebbe se la parte inadempiente decidesse, invece, di domandare la risoluzione giudiziale.

2. I contratti a titolo gratuito e la donazione

Anzitutto viene da chiedersi se il contraente non inadempiente possa avvalersi della diffida ad adempiere anche nel caso dei contratti a titolo gratuito.

In tal senso si può analizzare la situazione caratterizzata da un contratto a titolo gratuito per inadempimento del beneficiario che non esegue gli obblighi a suo carico, che, pur a carattere accessorio o strumentale³⁸, assumono rilievo determinante per l'esecuzione della prestazione: ad esempio, se nel mandato gratuito il mandante non somministri al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto, così violando la previsione dell'art. 1719 c.c., può il mandatario utilizzare il rimedio *ex art.* 1454 c.c.?

Autorevole dottrina ritiene possibile l'utilizzo anche in tale caso del rimedio stragiudiziale in commento, motivando che, a fronte dell'inadempimento da parte del beneficiario di obblighi di carattere accessorio o strumentale aventi rilievo determinante, vada in ogni caso garantita la tutela dell'interesse dell'altra parte a liberarsi da un vincolo contrattuale violato³⁹.

La disciplina della risoluzione, sia essa giudiziale o stragiudiziale, postula come presupposto la violazione dell'interesse patrimoniale della parte non inadempiente (art. 1455 c.c.), che però nei contratti a titolo gratuito non sussiste negli stessi termini.

Tale interesse patrimoniale si giustifica sulla base di un reciproco impegno, della più volte menzionata logica dello scambio, ovvero sia di un sacrificio posto a carico di entrambi i contraenti, e che costituisce la ragione dell'obbligo di eseguire la propria prestazione. Non esiste invece qualcosa di simile in capo al soggetto tenuto alla prestazione gratuita, non avendo egli nulla da pretendere in cambio di ciò che offre gratuitamente, e non potendo obbligare il beneficiario a ricevere la prestazione contro la propria volontà.

I comportamenti che gravano sul contraente che voglia ricevere la prestazione

diffida era da individuarsi nei contratti commerciali, posto che in un contesto mercantile, ove lo scambio ha un'importanza accentuata, risulterebbe maggiore l'esigenza dei contraenti di recuperare la disponibilità delle proprie merci. Preso atto che l'istituto in esame ricorre spesso tra gli operatori professionali, non va tuttavia tracciato, secondo altri autori (vedi tra gli altri LOZUPONE R., *op. cit.*, 23), un rigido confine tra le categorie dei contraenti che possono avvalersi del rimedio dell'art. 1454 c.c.

³⁷ SICCHIERO G., *op. cit.*; LOZUPONE R., *op. cit.*; MAIORCA S., *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, Giappichelli, 1996.

³⁸ Nei contratti a prestazioni corrispettive è comunemente riconosciuto che anche la violazione di obblighi accessori può avere importanza determinante.

³⁹ BIANCA C.M., *op. cit.*, 264.

gratuita sono quelli propri di colui che li pone in essere se voglia ottenere un vantaggio, perciò se il mandante non somministra i mezzi, il mandatario non eseguirà la prestazione, o ancora se il cliente dell'albergo, che attende il bus per essere trasportato gratuitamente all'aeroporto, non si presenta alla partenza del bus, non verrà ovviamente trasportato a destinazione⁴⁰.

Inoltre, allorché in un contratto gratuito vi sia un termine per l'esecuzione, il beneficiario può attendere l'ultimo momento utile per dar seguito all'onere che è a suo carico, senza che prima di quel momento la controparte possa lamentarsi per una qualche lesione ad un suo interesse patrimoniale per ottenere lo scioglimento del contratto. Quindi, il mandante può somministrare i mezzi occorrenti entro il termine, ma il mandatario non potrà pretendere che ciò avvenga entro un determinato termine ove non sia stato concordato prima: il mandante potrà decidere di non somministrare i mezzi occorrenti e di rendere impossibile l'esecuzione del mandato, se nulla fu pattuito. Semmai, il soggetto obbligato vanta l'interesse a non rimanere vincolato in eterno, poiché la sopravvivenza di un contratto, in cui non è messo in condizione di adempiere, comporterebbe un suo sacrificio a mantenere la propria disponibilità alla sua esecuzione.

Alla luce di tutte queste premesse, deve ritenersi consentito il recesso a tutela dell'interesse della parte delusa, ma non perché vi sia un grave inadempimento di cui all'art. 1455 c.c., ma perché non si può rimanere obbligati senza limiti temporali ad un contratto a titolo gratuito in cui i mezzi di esecuzione non sono stati somministrati⁴¹. Quindi, se il mandatario non riceve i mezzi per l'adempimento del mandato gratuito sarà tutelato da altri mezzi di protezione, quali il diritto di recedere dal contratto (art. 1727 c.c. che consente al mandatario di esercitare il diritto di recesso dal mandato per giusta causa⁴²), diversi dal mezzo risolutivo, sia perché non siamo in presenza di un contratto di scambio, di un rapporto sinallagmatico, che vincoli il mandante all'adempimento, sia perché il requisito della gravità dell'inadempimento non può imporsi anche ai rapporti nei quali il sacrificio di un contraente non riceva alcun corrispettivo⁴³.

⁴⁰ MOSCO L., *op. cit.*, 136.

⁴¹ Cass., 30 luglio 1984, n. 4530, in *Gius. civ.*, 1985, I, p. 2014.

⁴² È un potere di risoluzione con effetto immediato attribuito al prestatore d'opera intellettuale, per giusta causa (art. 2237, secondo comma, c.c.). Eguale potere va riconosciuto al cliente e, nel contratto d'opera, al committente, dato il loro potere di recedere dal contratto anche senza giusta causa (art. 2237, primo comma, c.c., art. 2227 c.c.): l'immediatezza dell'effetto risolutorio trova ragione, in ciò, che il grave inadempimento rende intollerabile la prosecuzione di rapporti aventi carattere fiduciario e personale.

⁴³ Lo stesso può dirsi anche per il contratto gratuito di comodato, ove vi sono obbligazioni a carico del comodante, ma che nascono in modo indipendente dall'obbligo del comodatario di restituire il bene ricevuto, dagli altri obblighi accessori, e in definitiva, da uno schema sinallagmatico. Questo si spiega per la mancanza di un interesse del comodatario del quale egli può chiedere protezione; infatti l'art. 1809 c.c. consente al comodante di domandare la restituzione del bene prima del termine pattuito ove sopraggiunga un suo urgente bisogno, facendo conseguentemente prevalere l'interesse del proprietario ad utilizzare i suoi beni rispetto a quello del comodatario relativo alla possibilità di utilizzare il bene sino alla scadenza. Anche nel comodato, quindi, il mero utilizzo di un bene non risponde agli interessi del mercato, ma a quelli del singolo contraente, a cui l'altra parte si mostrò disposta a darvi seguito. Si