

LA DIFFIDA AD ADEMPIERE

**sciogliersi dal contratto
senza ricorrere
al giudice**

seconda edizione 2018

STUDIO APPLICATO diritto civile

pubblicazioni professionali

FC14

Patrizia Barchi

LA DIFFIDA AD ADEMPIERE

**SCIOGLIERSI DAL CONTRATTO
SENZA RICORRERE AL GIUDICE**

seconda edizione 2018

EXEO edizioni 

ISBN formato pdf : 978-88-6907-249-9

professionisti

pubblica amministrazione

La seconda edizione dell'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.

© 2018 Exeo S.r.l.: tutti i diritti riservati. È consentita la stampa e l'utilizzo in più dispositivi ad esclusivo uso personale della persona fisica acquirente, o del destinatario del prodotto in caso di soggetto acquirente diverso da persona fisica, e comunque mai ad uso commerciale: ogni diversa utilizzazione e diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque altro, è vietata senza il consenso scritto dell'editore. Quanto alla riproduzione dei contenuti, sono consentite esclusivamente citazioni di brevi brani in virgolettato a titolo di cronaca, studio, recensione, attività della pubblica amministrazione o professionale, accompagnate dal nome dell'autore, dell'editore, e dal titolo e anno della pubblicazione. Sarà perseguita nelle sedi opportune ogni violazione dei diritti d'autore e di editore. Alle violazioni si applicano le sanzioni previste dagli art. 171, 171-*bis*, 171-*ter*, 174-*bis* e 174-*ter* della legge 633/1941.

edizione: maggio 2018

autore: Patrizia Barchi, avvocato

materia: diritto civile

tipologia: studi applicati - formato: digitale, pdf

codice prodotto: FC14 - ISBN: 978-88-6907-249-9

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



professionisti

pubblica amministrazione

www.territorio.it - www.exeedizioni.it

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 ecc. ...) 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 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

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

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, SMIRALDO A., *op. cit.*, 102.

proposito del verbo “adempiere”.

Nella prassi commerciale ma, soprattutto, nella disamina delle decisioni giurisprudenziali, viene fatto riferimento al contratto di compravendita, ovverosia 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 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 solo 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 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.

Rilevante nell'analisi del preliminare è anche l'ipotesi del contratto preliminare di cosa altrui.

Il contratto preliminare di vendita di cosa altrui è quel contratto con il quale il promittente venditore si obbliga a procurare al promissario acquirente, mediante la stipulazione del definitivo, l'acquisto della proprietà della cosa.

Per quanto concerne le modalità di trasferimento della proprietà del bene oggetto del preliminare la prestazione può essere eseguita, indifferentemente, acquistando il promittente il bene dall'effettivo proprietario per poi ritrasferirlo, una volta acquisita la proprietà, al promissario, oppure attraverso un trasferimento diretto tra l'effettivo proprietario e l'acquirente.

L'art. 1478 c.c. relativo al contratto di vendita di cosa altrui è applicabile per analogia anche al contratto preliminare di vendita e, pertanto, il promittente venditore è tenuto a procurare l'acquisto del bene al compratore.

Il contratto preliminare di vendita di cosa altrui resta un contratto bilaterale che lega il promittente venditore con il promissario acquirente, anche nell'ipotesi in cui venga

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.

pattuito che la stipula del definitivo debba essere concluso tra l'effettivo proprietario e l'acquirente.

Si ha l'applicazione analogica anche dell'art. 1479 c.c., che non consente al promittente acquirente in buona fede, che abbia ignorato sin dall'inizio che il bene appartenga in tutto o in parte ad altri, di chiedere la risoluzione del contratto prima della stipula del definitivo, poiché il promittente venditore fino a tale momento può fargli acquistare la proprietà del bene o acquistandola egli stesso dal terzo, o facendola trasferire direttamente dal proprietario.

Va segnalata a tal proposito una 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.

Va dato conto di un recente arresto giurisprudenziale in tema di preliminare di preliminare.

In particolare, il riferimento va alla sentenza della Cassazione Civile, Sezioni Unite, del 6 marzo 2015 n. 4628³⁶.

L'evoluzione della contrattazione immobiliare implica che spesso il contratto definitivo sia preceduto non da uno soltanto ma da più di un incontro di volontà tra i soggetti interessati alla stipula.

A tal proposito si parla di preliminare di preliminare o contratto preliminare "aperto", avente contenuto diverso rispetto al successivo contratto preliminare c.d. "chiuso", alla cui stipulazione il primo vincola giuridicamente le parti ad addivenire.

L'orientamento contrario all'ammissibilità di un preliminare di preliminare fa leva sulla scarsa utilità di un tale regolamento in quanto l'obbligo di contrarre darebbe luogo non alla creazione di un'obbligazione finale ma a un nuovo rapporto

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 Cass., sez. unite, 6 marzo 2015, n.4628, in *www.neldiritto.it*, voce *Contratti –singoli contratti*.

strumentale, uguale al precedente³⁷. Pertanto, secondo tale impostazione il preliminare di preliminare, quale mera intesa precontrattuale sarebbe nullo per difetto di causa.

Altro indirizzo giunge alla medesima conclusione asserendo, però, la mancanza in siffatta fattispecie di un interesse meritevole di tutela sul piano sociale³⁸.

Un primo filone di pensiero favorevole³⁹ alla validità del preliminare di preliminare, facendo perno sull'autonomia negoziale, ammette che le parti possano scindere le varie fasi contrattuali allorquando abbiano un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. e, quindi, l'ordinamento non potrebbe colpirlo con la sanzione della nullità.

Secondo la giurisprudenza di legittimità tradizionale, il contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori sarebbe nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela "l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi".⁴⁰

La Suprema Corte a Sezioni Unite del 2015 nell'affermare invece l'ammissibilità del preliminare di preliminare, pone l'accento sull'autonomia negoziale nel procedimento di formazione del consenso.

La ricostruzione operata dalle Sezioni Unite impone di ricostruire la fase di formazione progressiva del consenso che risulta caratterizzata da possibili diversi momenti scanditi dalla sempre maggiore intensità del vincolo assunto dalle parti. La prima fase è quella delle "mere punteggiature" o "punteggiature deboli".

La giurisprudenza di legittimità, a tal proposito, ha sempre distinto tra "semplice punteggiatura di clausole", a cui corrisponde un'intesa solo parziale e "punteggiatura completa di clausole", in cui l'intesa è completa nei suoi contenuti ma sempre in funzione preparatoria e non vincolante rispetto al contratto finale.

³⁷De Martini, A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, 78; Rascio, R., *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 174, nt. 11.

³⁸Gazzoni, *Contratto preliminare*, in *Il contratto in generale*, tomo II, in Tratt. dir. priv., diretto da Bessone, vol. XIII, Torino, 2000, p. 672

³⁹Sacco, R., *I fatti e le situazioni strumentali*, in Sacco, R. De Nova, G., *Il contratto*, II, III ed., in Tratt. dir. civ. Sacco, Torino, 2004, 275; Di Marzio, F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 108; Roppo, V., *Il contratto*, Milano, 2011, 616

⁴⁰Cass. 2 aprile 2009, n. 8038 in <http://dirittocivilecontemporaneo.com> così argomentava: "L'art. 2932 c.c. instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti. Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi ... ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito. Né sono pertinenti i contrari argomenti esposti dai ricorrenti: in parte non attengono al reciproco rapporto tra le parti del futuro contratto definitivo, ma a quelli tra ognuna di loro e l'intermediario che le ha messe in relazione, sicché non riguardano il tema di discussione; per il resto prospettano l'ipotesi di un preliminare già riferentesi al definitivo e da rinnovare poi con un altro analogo negozio "formale", il che rappresenta una fattispecie diversa da quella del "preliminare", di cui si è ritenuta in sede di merito l'avvenuta realizzazione nella specie. Correttamente, quindi, nella sentenza impugnata, esclusa la validità dell'accordo raggiunto dalle parti, ha ritenuto che esse di trovassero, in relazione al futuro contratto preliminare, nella fase delle trattative, sia pure nello stato avanzato della "punteggiatura", destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio".

SEZIONE II I PRESUPPOSTI DELLA DIFFIDA AD ADEMPIERE

1. Generalità

I presupposti fondamentali richiesti dal diritto sostanziale per rendere applicabile il meccanismo della risoluzione stragiudiziale previsto dall'art. 1454 c.c. sono due: lo stato di inadempienza - di non scarsa importanza - di un contraente, il diffidato, e la non inadempienza dell'altro contraente, il diffidante⁶².

Il primo presupposto è menzionato esplicitamente nella suddetta disposizione, che si riferisce infatti alla "parte inadempiente"; il secondo presupposto non trova invece espresso riscontro a livello legislativo, ma discende direttamente dai principi che reggono la disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento, come la giurisprudenza ha costantemente rilevato: «Dalla diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.) rimasta infruttuosa non scaturisce la risoluzione del contratto quando anche il diffidante sia inadempiente perché, per il principio *inadimplenti non est adimplendum* sancito dall'art. 1460 c.c., l'inadempimento del diffidante priva di giuridica rilevanza quello del diffidato»⁶³, quindi a parere della Corte di Cassazione non può che ritenersi legittimo un rifiuto di eseguire la prestazione dovuta. La diffida ha lo scopo di fissare con chiarezza la posizione delle parti nell'esecuzione del contratto e di mettere sull'avviso l'inadempiente che l'altra parte non è più disposta a tollerare un ritardo nella prestazione dovutale, e che, nel caso di inutile decorso del termine fissato, sarà scelta la via della risoluzione: avviso che può rivolgere solo chi si trova in regola con la sua prestazione e che non è quindi a sua volta inadempiente.

Da questi presupposti accennati succintamente conseguono tutta una serie di interessanti problematiche, (su cui concentrerò la mia attenzione in questa parte della trattazione, e su cui sia la giurisprudenza sia la dottrina molto hanno dibattuto), che si possono sostanzialmente riassumere nelle seguenti⁶⁴: a) anzitutto, se in caso di diffida ad adempiere seguita dall'inutile decorso del termine si possa ottenere da parte del giudice una valutazione circa la non scarsa importanza dell'inadempimento; b) se tale valutazione

⁶² ALOISIO R., voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, 2; Cass., 5 febbraio 2001, n. 1597, in *Giur. It.*, 2002, 1402 (con nota di ZUCCARO R.), precisa che la diffida ad adempiere non presuppone sempre un preesistente inadempimento del contraente diffidato, potendo l'effetto risolutorio collegarsi esclusivamente all'operare della diffida.

⁶³ Cass., 4 maggio 1994, n. 4275, in *Corriere Giuridico*, 1994, 838; Cass., 10 aprile 1970, n. 966, in *Giur. It.*, 1972, I, 1, 242. Non sono mancati nemmeno gli interventi da parte dei giudici di merito, che hanno sottolineato che l'effetto risolutivo, nel caso di diffida, per prodursi, richiede un'inadempienza capace di giustificare la risoluzione del contratto secondo la norma del successivo art. 1455 c.c., si veda in proposito, Trib. Forlì, 9 dicembre 1982, in *Foro Padano*, 1986, fasc. 3, 25. Le decisioni più recenti affermano, inoltre, che ai fini dell'operatività dell'art. 1454 c.c. serve non solo la valutazione circa l'importanza dell'inadempimento, ma anche quella circa l'imputabilità dello stesso al debitore, a tal proposito si esprime PUTORTI R. (*Diffida ad adempiere e gravità dell'inadempimento* in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 979, nota a sent. Cass., Sez. II, 13 marzo 2006, n. 5407). Vanno però ricordate alcune pronunce che hanno subordinato il prodursi dell'effetto risolutivo all'esclusiva presenza di un inadempimento di non scarsa importanza, oppure al verificarsi di un inadempimento colpevole (art. 1218 c.c.): per le prime si veda Cass., 27 gennaio 1996, n. 639, in *Vita notarile*, 1996, 853, o meno recente Cass., 8 aprile 1987, n. 3446, in *Gius. civ.*, Mass., 1987, 546, per le seconde si veda Cass., 2 settembre 1978, n. 4014, in *Gius. civ.*, Mass., 1978, 876.

⁶⁴ SPIRITO A., *Diffida ad adempiere e risoluzione del contratto* (nota a Cass., 4 maggio 1994, n. 4275), in *Corriere Giuridico*, 1994, 840.

debba riguardare sia l'elemento oggettivo della mancata prestazione, sia quello soggettivo relativo al comportamento del debitore, e all'interesse del creditore all'esatto adempimento; c) se il contratto possa risolversi *ex art.* 1454 c.c. anche in ipotesi ove, oltre alla controparte intimata, risulti inadempiente lo stesso diffidante.

2. *L'importanza dell'inadempimento*

La produzione dell'effetto risolutivo derivante dalla diffida presuppone un inadempimento qualificato dalla gravità, dalla non scarsa importanza, a fronte dell'interesse del diffidante, secondo la regola generale enunciata all'art. 1455 c.c.: «Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra»⁶⁵.

L'applicabilità del requisito della gravità, anche nel caso della risoluzione stragiudiziale, viene giustificata facendo riferimento, anzitutto, alla collocazione sistematica dell'art. 1455 c.c.: esso è posto infatti nella sezione dedicata alla risoluzione per inadempimento, è privo di un riferimento, esplicito o implicito, alla sola risoluzione giudiziale o a limitate fattispecie di inadempimento ma è immediatamente successivo all'istituto oggetto di trattazione (art. 1454 c.c. che a sua volta è caratterizzato da una dizione generica, non distingue, cioè, tra un inadempimento importante e uno non importante)⁶⁶.

Va precisato che la collocazione di una disposizione nel contesto normativo non ha carattere vincolante, ma solo indicativo; di conseguenza, il requisito della gravità è giustificato anche da ragioni sostanziali e, precisamente, dall'esigenza di impedire che il principio di conservazione degli effetti negoziali sia posto nel nulla dalla volontà di uno dei contraenti, che potrebbe utilizzare lo strumento in esame al solo fine di liberarsi da un vincolo obbligatorio per lui non più vantaggioso, per poi ritornare nel mercato a concludere meglio lo stesso affare: la giustificazione giuridica dell'applicabilità dell'istituto va dunque ravvisata nella tutela del sinallagma contrattuale.

L'orientamento dominante sia in dottrina sia in giurisprudenza sostiene che il requisito della "non scarsa importanza" *ex art.* 1455 c.c. vada applicato in quanto implicito nella logica della risoluzione di diritto, che non sarebbe diversa da quella della risoluzione giudiziale, poiché entrambe sono accomunate da uno scioglimento contrattuale per grave inadempimento.

L'unica differenza, limitata alla clausola risolutiva espressa ed in parte al termine essenziale, si ravviserebbe nel fatto che la gravità dell'inadempimento è stabilita in via convenzionale dai contraenti⁶⁷.

⁶⁵ ENRIETTI E., *op. cit.* 821; MOSCO L., *op. cit.*, 165; TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2003, 317; SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, cit., 270; NATOLI U., *op. cit.*, 511; Cass., 17 gennaio 1969, n. 101, in *Gius. civ.*, 1969, I, 1176; Cass., 26 febbraio 1986, n. 1203, in *Gius. civ., Mass.*, 1986, 361; Cass., 20 marzo 1991, n. 2979, in *Gius. civ., Mass.*, 1991, 390.

⁶⁶ VERDERA SERVER R., *op. cit.*, 263, afferma anche che la genericità dell'art. 1454 c.c. non permette di ricavare una conclusione definitiva e che l'interpretazione letterale della norma sulla diffida non offre argomenti concludenti, per cui occorre analizzare il problema da una prospettiva più ampia; DALMARTELLO A., voce *Risoluzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, 1969, 142; NATOLI U., *op. cit.*, 510; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet*, 1980, 617.

⁶⁷ COSTANZA M., *La diffida ad adempiere*, in *Commentario Scialoja e Branca*, cit., 432; BORRIONE M., *La risoluzione per inadempimento*, Padova, Cedam, 2004, 260; VERDERA SERVER R., *op. cit.*, 259; NATOLI U., *op. cit.*, 511; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, cit., 617. In giurisprudenza Cass., 4 maggio 1994, n. 4275, in *Foro It.*, 1995, I, 2537; Cass., 13

Pertanto, è principio consolidato che l'intimazione della diffida e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano di per sé la necessità dell'accertamento giudiziale relativo alla gravità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c., ove il diffidato contesti l'efficacia della risoluzione di diritto invocando un controllo giurisdizionale, al fine di far accertare l'eventuale inesistenza dei presupposti per la risoluzione stessa⁶⁸.

L'esigenza di celerità dei traffici giuridici non può giustificare la mancata valutazione del requisito dell'importanza dell'inadempimento (di un inadempimento che non deve essere cioè di poco conto) da parte del giudice, perché se si ragionasse in modo differente, non si terrebbero in considerazione i possibili abusi che il contraente economicamente più forte potrebbe porre in essere.

Con la sentenza n. 3477 la seconda sezione civile della Cassazione si è occupata nel 2012⁶⁹ anche di fornire talune precisazioni sulla modalità con cui deve essere effettuata la valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive. Il giudice è tenuto a procedere ad una attenta disamina sia degli elementi oggettivi sia di quelli soggettivi che vengono in rilievo nella vertenza e *“la non scarsa importanza dell'inadempimento, che, nel giudizio di risoluzione del contratto con prestazioni corrispettive, deve essere verificata anche d'ufficio dal giudice, trattandosi di elemento che attiene al fondamento stesso della domanda, deve essere accertata non solo in relazione alla entità oggettiva dell'inadempimento, ma anche con riguardo all'interesse che l'altra parte intende realizzare e sulla base di un criterio, quindi, che consenta di coordinare il giudizio sull'elemento oggettivo della mancata prestazione, nel quadro dell'economia generale del contratto, con gli elementi soggettivi e che, conseguentemente, investe, specie nei casi di inadempimento parziale, anche le modalità e le circostanze de concreto sviluppo del rapporto”*.

La Cassazione nella sentenza predetta ha accolto il ricorso avanzato da un uomo che era stato parte venditrice in un contratto preliminare di compravendita avverso la decisione con cui la Corte d'appello aveva ritenuto non essenziale il termine per la stipula contenuto nel preliminare medesimo e, pertanto, non legittima la diffida ad adempiere dallo stesso avanzata, ritenuta inidonea, come tale a risolvere il preliminare stesso. I giudici di legittimità hanno aderito alle doglianze del ricorrente sottolineando come la diffida ad adempiere fosse stata pienamente legittima atteso che *“l'unico onere che, ai sensi dell'articolo 1454 Codice civile, grava sulla parte intimante è quello di fissare un termine entro il quale l'altra parte dovrà adempiere alla propria prestazione, pena la risoluzione ope legis del contratto”*.

In tema di contratti a prestazioni corrispettive, secondo la Corte, la diffida ad adempiere ha lo scopo di realizzare, pur in mancanza di una clausola risolutiva espressa, la rapida risoluzione del rapporto mediante la fissazione di un termine essenziale nell'interesse della parte adempiente, cui è rimessa la valutazione di farne valere la decorrenza e che può rinunciare ad avvalersi della risoluzione già verificatasi. E, in tale contesto, la non scarsa importanza dell'inadempimento, va appunto verificata non solo in relazione alla entità oggettiva dell'inadempimento, ma anche con riguardo all'interesse che l'altra parte intende realizzare e sulla base di un criterio, quindi, che consenta di coordinare il giudizio sull'elemento oggettivo della mancata prestazione, nel quadro

agosto 1985, n. 4436, in *Rep. Foro It.*, 1985, voce *Contratto in genere*, 253; Cass., 26 febbraio 1986, n. 1203, in *Archivio civ.* 1986, 745; Cass., 14 febbraio 1981, n. 910, in *Rep. Foro It.*, voce *Contratto in genere*, n. 292.

⁶⁸ Cass., 4 maggio 1994, n. 4275, in *Corriere Giur.*, 1994, 840; SPIRITO A., *op. cit.*, 840; DALMARTELLO A., *op. cit.*, 142; LOZUPONE R. *op. cit.*, 122.

⁶⁹ Cass., 6 marzo 2012, n. 3477, in *www.ildirittoamministrativo.it*, Osservatorio sulla giurisprudenza civile al 31 marzo 2012

dell'economia generale del contratto.

Rilevante in ordine alla valutazione dell'inadempimento è altresì la sentenza del 2015 n. 11748⁷⁰ relativa al rapporto tra l'istituto dell'ipoteca iscritta su un immobile e quello oggetto del presente elaborato.

Si è visto come l'intimazione, da parte del creditore, della diffida ex art. 1454 c.c., e il decorso del termine previsto dalla legge per l'adempimento non eliminano la necessità ai sensi dell'art. 1455 c.c. dell'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento da svolgersi secondo un criterio che tenga conto sia dell'elemento oggettivo della mancata prestazione sia degli elementi soggettivi tramite un'indagine unitaria sul comportamento del debitore e sull'interesse del creditore all'esatto adempimento.

Ebbene, con la sentenza da ultimo citata, viene stabilito che la mancata cancellazione di ipoteche iscritte su un immobile, oggetto di preliminare di vendita, determina l'impossibilità per il promittente venditore di invocare l'automatica risoluzione del contratto come effetto della diffida ad adempiere presentata al promissario acquirente.

Nel caso di specie, a seguito di preliminare di vendita di un immobile, il promissario acquirente si rifiutava di addivenire alla stipula del definitivo in quanto persisteva sull'immobile un'ipoteca.

I promittenti venditori adivano il Tribunale chiedendo di dichiararsi la risoluzione del contratto per inadempimento del promissario acquirente. Il Giudice adito in primo e in secondo grado rigettava la domanda e rilevava che l'immobile non era libero da pregiudizievoli contrariamente a quanto promesso.

Nel corso del giudizio di legittimità, i venditori sostenevano che il contratto doveva ritenersi automaticamente risolto in forza della diffida regolarmente inviata al promissario acquirente, a seguito della quale lo stesso si era rifiutato di stipulare il contratto definitivo.

Presupposto per l'operatività della diffida è l'esatto adempimento del diffidante, altrimenti l'inadempimento del diffidato resta giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c.; pertanto, la mancata cancellazione delle ipoteche sull'immobile oggetto del preliminare costituisce inadempimento contrattuale dei promittenti venditori e, conseguentemente, non può operare la risoluzione automatica per effetto della diffida ad adempiere.

Ancora, in senso conforme alla necessità della valutazione dell'inadempimento è stata qualche anno prima la giurisprudenza del 2014 e del 2013⁷¹.

Nel dettaglio, la Cassazione (sent. n. 18696 del 2014) ha statuito che *“l'intimazione da parte del creditore della diffida ad adempiere, di cui all'art. 1454 c.c., e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano la necessità, ai sensi dell'art. 1455 c.c., dell'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine ed al permanere dell'interesse della parte all'esatto e tempestivo adempimento”*.

“L'inadempimento richiesto dall'art. 1454 c.c. deve essere grave rispetto al sinallagma contrattuale. Al fine di individuare l'inadempimento rilevante, occorre verificare che la fattispecie contrattuale corrisponda a quella effettivamente verificatasi nella realtà (nella specie, relativa alla risoluzione di un contratto preliminare di compravendita di alloggio destinato a civile abitazione che prevedeva il pagamento del prezzo in forza dello stato di avanzamento dei lavori ed accollo del mutuo a carico del promissario acquirente).

Ai fini della risoluzione del contratto l'art. 1453 c.c. richiede che la responsabilità del

⁷⁰ Cass., 8 settembre 2015, n. 11748, in www.dirittoegius.it, Voce *Obbligazioni e contratti*, conformi Cassazione Civile 1994 n. 4275, Cassazione Civile 1976, n. 466.

⁷¹ Cass., 4 settembre 2014, n. 18696, Cass., 21 marzo 2014, n. 6786, Cass., 14 marzo 2013, n. 6551, in www.laleggepertutti.it, Voce *Obbligazioni e contratti*.

debitore per il ritardo nell'adempimento sia imputabile a dolo o a colpa non essendo sufficiente che lo stesso sia stato diffidato ad adempiere ai sensi dell'art. 1454 c.c. mediante richiesta fatta per iscritto dal creditore.

In tal senso si è espressa la Cassazione nel 2013 con la sentenza n. 6551.

Pertanto, quando riscono delle circostanze apprezzabili, idonee a fare escludere l'elemento psicologico, l'inadempimento va ritenuto incolpevole e non si può addivenire alla risoluzione del contratto.

Il principio di diritto fatto proprio dalle sentenze annotate costituisce un dato pacifico in giurisprudenza: con esso viene ribadito il costante orientamento, secondo il quale la diffida ad adempiere può condurre alla risoluzione, solo se l'inadempimento denunciato dall'intimante presenta i requisiti della gravità ai sensi dell'art. 1455 c.c.⁷².

La dottrina dominante concorda con tale impostazione, argomentando, da una parte, la collocazione sistematica dell'art. 1454 c.c., che precede la disposizione dell'art. 1455, e osservando, dall'altra, che sarebbe illogico concedere la risoluzione per diffida, laddove la legge impedisce che si possa ottenere la risoluzione in via contenziosa⁷³.

Non sono però mancati dei tentativi volti a slegare la diffida ad adempiere dal giudizio sull'importanza dell'inadempimento; essi non hanno però trovato accoglienza.

Non ha avuto seguito la tesi⁷⁴ che desumeva l'inapplicabilità dell'art. 1455 c.c. dall'operare automatico della risoluzione per diffida: ad essa è stato obiettato che non è tanto in discussione l'effetto della diffida, quanto l'individuazione dei suoi presupposti di operatività.

Neppure è stata accolta una ricostruzione⁷⁵ che negava la necessità di indagare sulla gravità dell'inadempimento nel caso in cui la diffida fosse stata intimata al debitore in ritardo, fondando tale conclusione su una asserita variabilità della *ratio* in base alla quale il codice civile richiede che l'inadempimento sia grave: secondo tale prospettazione di solito tale ragione consisterebbe nella tutela della buona fede, così da evitare che violazioni insignificanti vengano utilizzate per travolgere il contratto.

A tale impostazione è stato obiettato come non sia ravvisabile una duplicità di *ratio* in un singolo istituto⁷⁶ e che non si può affermare che il preavviso possa mettere al riparo il debitore in mora da un uso strumentale e di mala fede della diffida, qualora effettivamente, anche decorso il termine concesso nell'intimazione, il ritardo appaia di scarsa rilevanza nell'economia complessiva del contratto.

Dall'esame giurisprudenziale emerge che fronte ad una contrapposizione dottrinale che vedeva da un lato chi sosteneva la necessità di ricostruire il concetto di inadempimento grave sulla scorta della presumibile volontà delle parti e dall'altro chi invece proponeva una valutazione oggettiva, attenta alla interdipendenza tra le prestazioni ed allo squilibrio creato dall'inadempimento, ha da tempo assunto una posizione di una certa elasticità, accogliendo una tecnica di giudizio che contempera sia l'apprezzamento dell'elemento oggettivo sia un ampio riguardo all'aspetto soggettivo e cioè all'interesse del creditore all'adempimento, non disgiunto da una valutazione dei comportamenti tenuti dalle parti⁷⁷.

⁷² Cass. n. 2979/1991, in Mass. Giust. Civ., 1991.

⁷³ A. Dalmartello, *Risoluzione del contratto*, in Noviss. Digesto, XVI, Torino, 1969, 142; L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, 165.

⁷⁴ C. Casa, *In tema di applicabilità dell'art. 1455 c.c., nonostante la diffida prevista dal precedente art. 1544 c.c.*, in Foro It., 1947, I, 262.

⁷⁵ G.G. Auletta, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in Studi in memoria di F. Vassalli, I, Torino, 1960, 135.

⁷⁶ A. Guarino, *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento* in Studi in memoria di F. Vassalli, I, Torino, 1960, 965.

⁷⁷ E' questa la conclusione a cui perviene l'indagine sui casi giurisprudenziali condotta da M.R. Spallarossa, *Importanza*

Dall'analisi sinora condotta si desume altresì che la valutazione dell'inadempimento si lega inevitabilmente all'istituto civilistico della buona fede nell'esecuzione del contratto.

Come è noto, la buona fede rappresenta l'impegno o obbligo di solidarietà che impone ai contraenti di tenere quei comportamenti idonei a preservare gli interessi degli stessi.

L'osservanza del dovere di correttezza si pone come limite di ogni situazione giuridica contrattuale volta ad evitare che il rispetto delle regole si trasformi in un sacrificio o addirittura in un abuso del diritto.

La buona fede si inserisce nel più ampio tema dell'esecuzione del contratto, delle prestazioni: ciò in quanto nei contratti a prestazioni corrispettive il nesso d'interdipendenza che lega le contrapposte obbligazioni e prestazioni nell'ambito d'un rapporto sinallagmatico determina l'estensione dei doveri di correttezza e di diligenza stabiliti dagli artt. 1337 e 1338 c.c. per la fase precontrattuale e, per quella successiva dagli artt. 1374 e 1375 c.c. concernenti la fase dell'esecuzione, in armonia con quanto prescritto per le obbligazioni in generale dall'art. 1175 c.c. .

2.1. *Il momento e i criteri di accertamento della non scarsa importanza*

Circa la questione relativa alla determinazione del momento relativamente al quale la gravità dell'inadempimento debba essere presa in considerazione, la giurisprudenza ha ripetutamente sostenuto che la sussistenza del suddetto requisito va valutata con riferimento alla data di scadenza del termine assegnato con la diffida.

In tal modo la giurisprudenza si mostra in continuità con quell'indirizzo dottrinale per il quale, nel caso di ritardo, la valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento veniva effettuata in quella data, poiché le conseguenze derivanti dal mancato adempimento nel termine pattuito si sarebbero potute aggravare in seguito, integrando il carattere della gravità e legittimandone la risoluzione⁷⁸.

Se l'inadempimento deve sussistere al momento della diffida, la valutazione circa la sua "gravità" va invece operata nel momento della scadenza del termine di diffida, poiché codesta scadenza, non accompagnata dall'adempimento da parte del debitore, aggiunge un nuovo inadempimento all'inadempimento pregresso, esigendone una valutazione complessiva⁷⁹.

Tale tesi deve essere condivisa, per il fatto che in ipotesi di diffida ad adempiere, all'atto dell'intimazione, il debitore può ancora eseguire la prestazione, fino a quando il termine non scadrà: solo allo scadere del termine intimato si verifica l'effetto risolutorio e vanno riscontrati tutti i requisiti necessari, tra cui l'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c.⁸⁰.

dell'inadempimento e risoluzione del contratto, in Riv. Dir. Civ., 1972, II, 452, alla quale si rinvia per i ricchi riferimenti dottrinali e di giurisprudenza. Sul tema, cfr. inoltre P. Schimperna, *Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto*, in Giust. Civ., 1985, II, 507 ss. L'estensione dell'indagine relativa al requisito dell'art. 1455 agli aspetti soggettivi pare accolta anche dalla dottrina recente: cfr. G.G. Scalfi, voce *Risoluzione del contratto*, in Enc. Giur. Treccani, XXVII, Roma, 1991, 6.

⁷⁸ In giurisprudenza, Cass., 7 luglio 1986, n. 4425, in *Juris data on line*; Cass., 9 giugno 1983, n. 3980, in *Mass. Giur. It.*, 1983, 1052. In dottrina, GUARINO A., *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, in *Studi in memoria di Vassalli*, II, Torino, 1960, 971.

⁷⁹ BIANCA C.M., *op. cit.*, 310; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale, op. cit.*, 617; MOSCO L., *op. cit.*, 166-67.

⁸⁰ BORRIONE M., *op. cit.*, 262; Cass., 22 marzo 1960, n. 584, in *Gius. civ., Mass.*, 1960, 224, la quale precisa che il

CAPITOLO III L'ATTO DI DIFFIDA

SEZIONE I LA MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ

1. *Natura giuridica dell'atto di diffida*

Risulta dominante la qualificazione della manifestazione di volontà contenuta nella diffida ad adempiere come negozio unilaterale recettizio, che produce cioè effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della controparte, il debitore o chi lo rappresenta (art. 1334 c.c.)¹⁷²: la sua disciplina positiva, gli interessi che essa tende a soddisfare, l'effetto a essa ricollegato, sembrano togliere ogni dubbio circa la correttezza di questa affermazione¹⁷³.

La diffida costituisce l'esercizio di una facoltà o di un potere, che la legge attribuisce alla parte adempiente di un contratto a prestazioni corrispettive, la quale, dichiarando di avere ancora interesse all'adempimento fino al termine fissato nella diffida, si impegna a non richiedere né l'adempimento né la risoluzione prima di tale termine¹⁷⁴, tutelando in tal modo anche l'interesse del debitore ad avere un tempo sufficiente per adempiere. In pari tempo, essa modifica il contenuto del contratto, in quanto sostituisce, quale termine di adempimento, un termine nuovo a quello previsto, esplicitamente o implicitamente, nel contratto¹⁷⁵.

Mentre la semplice richiesta di adempiere non sarebbe vincolante, perché la volontà del creditore potrebbe mutare in ogni momento utile, nella diffida ad adempiere si reputa necessario che il diffidante rimanga legato alla sua dichiarazione, che ha un carattere impegnativo, perché da essa discende l'effetto risolutivo del rapporto¹⁷⁶.

La natura negoziale della diffida trova peraltro conferma nel confronto tra essa e due istituti, la costituzione in mora e la clausola risolutiva espressa.

Come la costituzione in mora¹⁷⁷ (si rimanda a quanto anche sopra anticipato) la diffida consiste in una intimazione ad adempiere, fatta per iscritto dal creditore al debitore ma, mentre nel primo caso la volontà del creditore sarebbe del tutto irrilevante ai fini del verificarsi degli effetti propri dell'istituto, che scaturiscono direttamente dalla legge, nella

¹⁷² Art. 1334 c.c. (Efficacia degli atti unilaterali): «Gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati».

¹⁷³ SICCHIERO G., *op. cit.*, 507; NATOLI U., *op. cit.*, 509; AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, cit., 431; MOSCO L., *op. cit.*, 149; DALMARTELLO A., *op. cit.*, 141; BIANCA C.M., *op. cit.*, 306. In giurisprudenza, Cass., 7 giugno 1952, n. 1638, in *Giur. Cass. Civ.*, 1952, II, 2, 115. Va tuttavia sottolineata la scarsa attenzione che la giurisprudenza dedica al tema della natura giuridica della diffida, ad esempio la sent. Cass., 25 marzo 1978, n. 1447, in *Gius. Civ.*, 1978, I, 1038, riconosce il carattere negoziale della diffida, solo nell'ambito di un discorso molto più ampio relativo alla problematica della forma della procura conferita al rappresentante del creditore. Altre pronunce, Cass., 6 aprile 1973, n. 953, in *Rep. Foro It.*, 1973, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 346, partendo dalla premessa della natura negoziale della diffida ad adempiere, in realtà facendo leva sull'unilateralità dell'atto, concludono per la risoluzione di diritto (escludendo la necessità dell'accettazione dell'intimato perché è richiesta la sola ricezione).

¹⁷⁴ Cass., 12 giugno 1952, n.1681, in *Rep. Foro It.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 273.

¹⁷⁵ MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, cit., 619.

¹⁷⁶ LOZUPONE R., *op. cit.*, 40.

¹⁷⁷ Circa il confronto con la costituzione in mora ho già succintamente detto nel capitolo secondo.

diffida l'effetto risolutivo è diretta conseguenza della manifestazione di volontà del soggetto¹⁷⁸.

Invece, la clausola risolutiva espressa presenta un meccanismo simile alla diffida, quanto al rapporto causa ed effetto: dichiarazione della parte, risoluzione del contratto. Perciò, stante la sicura natura negoziale della manifestazione volitiva dell'art. 1456, secondo comma, c.c., sarebbe contraddittorio negare tale natura anche alla diffida ad adempiere¹⁷⁹.

Trattandosi di un negozio unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale, valgono, inoltre, anche per essa le norme generali che regolano la formazione e la validità dei contratti, in quanto applicabili (art. 1324 c.c.).

Secondo un diverso orientamento la dichiarazione del diffidante, contenente l'intimazione ad adempiere non avrebbe natura negoziale, ma sarebbe un atto giuridico in senso stretto. Questa argomentazione resta tuttavia minoritaria, perché le si confuta che la natura negoziale della dichiarazione non è incompatibile con gli ulteriori requisiti, quali la gravità, e, per chi lo considera presupposto essenziale, l'imputabilità dell'inadempimento, anche se estranei ad una espressa pattuizione tra le parti¹⁸⁰.

Pertanto, la tematica della riconduzione della diffida entro la categoria del negozio piuttosto che dell'atto giuridico in senso stretto è un discorso che rimanda all'analisi dei margini di governabilità degli effetti lasciati all'intimante: anzitutto per quanto concerne la questione della revocabilità della diffida o della prorogabilità del termine (aspetti su cui ritornerò in seguito)¹⁸¹.

2. Legittimazione attiva e passiva

Legittimata a proporre la diffida è la parte non inadempiente, secondo quanto si ricava dalla disposizione dell'art. 1454 c.c., in quanto titolare esclusiva della facoltà volta a tutelare uno specifico interesse, titolare di un diritto potestativo ad ottenere la prestazione¹⁸².

Il soggetto in questione deve essere capace al momento della spedizione dell'atto cosicché una incapacità sopraggiunta potrebbe avere rilievo solo provando che l'intimante l'avrebbe ritirata¹⁸³. Tuttavia, risulta pacifico che, oltre al creditore personalmente, la legittimazione spetti anche al suo rappresentante (volontario o legale). In questo caso si rende necessaria una procura speciale¹⁸⁴.

¹⁷⁸ COSTANZA M., *Commentario al codice civile*, cit., 835.

¹⁷⁹ MOSCO L., *op. cit.*, 149, riferisce anche che nella dottrina germanica è nettamente prevalente l'opinione che la diffida abbia natura negoziale, e che taluno ha affermato che essa ha il potere di mutare il debito in un debito a termine fisso, cioè la diffida toglie al debitore la possibilità di purgare la mora oltre il termine fissato.

¹⁸⁰ LOZUPONE R., *op. cit.*, 41; PISCIOTTA G., *op. cit.*, 183.

¹⁸¹ Orientati nel senso della natura giuridica di negozio unilaterale, recettizio, ed irrevocabile sono: ARAGONA F., *op. cit.*, 441; MALFATTI LETTA P., *In tema di diffida ad adempiere* (nota a sent. Cass., 25 novembre 1983, n. 7079), in *Giur. Civ.*, 3144; NATOLI U., *op. cit.*, 509. PALMIERI D., *op. cit.*, 310, dal canto suo ritiene che l'impossibilità di rinunciare o modificare l'effetto risolutivo e atto negoziale siano termini irriducibili, essendo l'irrevocabilità e l'automaticità del prodursi degli effetti, caratteristiche della diffida ad adempiere.

¹⁸² BIANCA C.M., *op. cit.*, 307.

¹⁸³ SICCHIERO G., *op. cit.*, 515. L'Autore (pag. 521) precisa inoltre che la diffida ad adempiere non può essere notificata dal creditore di una delle parti che intenda surrogarsi alla medesima, perché l'art. 2900 c.c. consente solo l'esercizio giudiziale in via surrogatoria dei diritti, che il debitore ha trascurato e non quello stragiudiziale.

¹⁸⁴ BORRIONE M., *op. cit.*, 268; COSTANZA M., *La diffida ad adempiere*, in *Commentario Scialoja e Branca*, cit., 442; Cass.,

Quando il soggetto, legittimato attivo, è un ente, di qualsiasi tipo, si possono profilare due diverse visioni: o ritenere che, trattandosi di contratti associativi, la diffida possa essere esercitata dal gruppo su delibera della maggioranza¹⁸⁵, o ritenere, invece, che la diffida debba provenire da chi ne ha l'amministrazione, connettendosi così il potere di notificare la diffida con quelli di rappresentanza organica inerente la carica¹⁸⁶.

Per quanto riguarda la legittimazione passiva, si è già detto che l'atto ha carattere recettizio e che suo destinatario è il debitore o chi lo rappresenta.

Se il debitore è un incapace legale, l'atto deve essere comunicato al suo rappresentante legale. Inoltre, la presenza di una incapacità naturale del debitore non rende di per sé l'atto inefficace, ma il creditore è tenuto a fare in modo che la diffida sia ricevuta dal debitore consapevolmente o da chi ne cura gli affari, e questo per un dovere di correttezza che deve sussistere tra le parti¹⁸⁷.

Se, come per il lato attivo, si è in presenza di enti collettivi, la comunicazione della diffida deve essere opportunamente fatta al soggetto munito di rappresentanza legale dell'ente¹⁸⁸.

Se il debitore riceve la diffida mediante il rappresentante del creditore, l'unico interesse dell'intimato è sapere che l'atto risponde esattamente alle intenzioni dell'avente diritto e che non è il frutto di un'arbitraria iniziativa del terzo.

A tal fine, non occorre che il rappresentante esibisca la procura ma è sufficiente che il debitore sappia che il creditore conferì un incarico ad un terzo, munito dei poteri *ex art.* 1393 c.c., per spendere il nome della controparte in relazione agli effetti che la diffida è diretta a produrre¹⁸⁹. Ma, nel caso si sia in presenza di un contratto di patrocinio con un avvocato, non va richiesta un'espressa manifestazione della volontà dell'assistito, perché è un contratto d'opera professionale che ricomprende ogni assistenza verso il cliente ed un eventuale superamento dei limiti dell'incarico troverebbe una sanzione nei rapporti interni tra legale e cliente¹⁹⁰.

È interessante valutare come individuare il legittimato attivo ed il legittimato passivo in alcuni particolari rapporti che le parti instaurano tra di loro.

Nella vendita di cosa altrui la diffida andrà notificata non al vero proprietario ma al cedente, perché il primo non è parte del contratto, posto che comunque il venditore deve procurare l'acquisto della cosa per il compratore, al quale la proprietà si trasmetterà automaticamente quando il venditore diverrà titolare del diritto alienato (art. 1478 c.c.).

Le medesime osservazioni valgono anche per il preliminare di vendita di cosa altrui, come a suo tempo ho già avuto modo di chiarire¹⁹¹.

Circa la legittimazione attiva nel caso di un contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.)¹⁹², il terzo, detto beneficiario, non diventa parte del contratto ma acquista un diritto

25 marzo 1978, n. 1447, in *Giust. Civ.*, 1978, I, 1039.

¹⁸⁵ BIANCA C.M., *op. cit.*, 307; nel caso del condominio la diffida dovrà invece provenire dall'amministratore e la Cass., 27 dicembre 2004, n. 23994, in *Giur. It.*, 2005, 1823, ha affermato che «Il condominio non ha una soggettività giuridica diversa da quella dei semplici condomini».

¹⁸⁶ SICCHIERO G., *op. cit.*, 516.

¹⁸⁷ BIANCA C.M. *op. cit.*, 307.

¹⁸⁸ SICCHIERO G., *op. cit.*, 518.

¹⁸⁹ COSTANZA M., *La diffida ad adempiere*, in *Commentario Scialoja e Branca*, cit., 442; SICCHIERO G., *op. cit.*, 516, che precisa che se la procura non è stata allegata alla diffida, deve ritenersi che il termine assegnato non decorra fino alla consegna di copia della procura.

¹⁹⁰ SICCHIERO G., *op. cit.*, 517.

¹⁹¹ SICCHIERO G., *op. cit.*, 521.

¹⁹² Ad esempio il contratto di trasporto di cose a favore del destinatario che sia persona diversa dal mittente o il contratto di assicurazione sulla vita, in cui viene stipulata dall'assicurato la prestazione di una somma, per il caso di

di credito nei confronti del promittente, in virtù del contratto concluso tra lo stipulante (che vuole procurare il vantaggio al terzo) ed il promittente (che è colui che dovrà eseguire la prestazione nei confronti del terzo); per cui il terzo non può notificare la diffida perché egli è solo il destinatario dell'adempimento, ma estraneo all'accordo.

Discorso differente va fatto nel contratto per persona da nominare (art. 1401 ss. c.c.), in quanto il nominato, che accetti, diverrà parte e rivestirà la qualifica o di diffidante o di diffidato. Infatti, questo schema prevede che una parte, nella conclusione dell'accordo, si riservi la facoltà di nominare successivamente la persona destinata ad acquistare i dritti e gli obblighi nascenti dal contratto: una volta fatta validamente l'*electio amici*, la persona nominata assume *ex tunc* la posizione di contraente.

2.1. Diffida emessa dal rappresentante

Anche se la diffida normalmente proviene direttamente dal creditore, quale titolare esclusivo dell'interesse da gestire, già una risalente giurisprudenza ammetteva l'efficacia della diffida intimata dal rappresentante fornito di procura del creditore allegata o comunque portata a conoscenza del debitore con mezzi idonei¹⁹³, come quella emessa dal difensore che dichiara di agire in nome e per conto del creditore-assistito¹⁹⁴.

In tale eventualità, sorse il problema se la procura dovesse o meno essere conferita per iscritto: accanto ad una opinione affermativa, fondata sull'operatività anche per la diffida ad adempiere dell'art. 1392 c.c., si oppose che al debitore interessa solo conoscere con chiarezza che l'intimazione, pur provenendo da un soggetto diverso dal creditore, è fatta in nome e per conto di quest'ultimo, esigenza realizzabile indipendentemente dalla forma adottata per il conferimento della procura¹⁹⁵.

La giurisprudenza ha ritenuto che, in base al combinato disposto degli artt. 1324 e 1392 c.c., la procura per la diffida deve essere rilasciata per iscritto solo nei casi previsti dalla legge, e quindi se il contratto cui essa accede richiede la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*; viceversa, quando riguarda beni mobili, può anche essere conferita tacitamente, sempre che promani dall'interessato e sia manifestata con atti o fatti univoci e

sua morte, a favore di un familiare.

¹⁹³ COSTANZA M., *Diffida ad adempiere intimata dal mandatario del contraente e forma della procura* (nota a sent. Cass., 25 marzo 1978, n. 1447), in *Giust. Civ.*, 1978, I, 104; PESCE A., *Diffida ad adempiere a mezzo di procuratore e necessità di forma scritta della procura*, in *Il Foro pad.*, 1978, I, 107.

¹⁹⁴ Cass., 29 giugno 1979, n. 3679, in *Rep. Foro It.*, voce *Contratto in genere*, 1979, 315.

¹⁹⁵ COSTANZA M., *La diffida ad adempiere*, in *Commentario Scialoja e Branca*, cit., 442; COSTANZA M., *Diffida ad adempiere intimata dal mandatario del contraente e forma della procura*, cit., 1041, precisa la sua posizione partendo dalla disposizione ex art. 1392 c.c. secondo cui la procura non ha effetto «se non è conferita nella medesima forma richiesta per il contratto, che il rappresentante deve concludere», trovando la sua giustificazione sia nella natura integrativa del negozio di procura rispetto al contratto sia nella necessità di vincolare il *dominus* al contratto come se fosse lui a concluderlo personalmente: queste circostanze, a parere dell'Autrice, sono estranee alla diffida, che è una prerogativa concessa al creditore e a cui corrisponde una soggezione del debitore, per cui, se si applicasse anche qui l'art. 1392 c.c., si darebbe luogo «ad una divaricazione fra la funzione che sottende l'imposizione della forma scritta alla procura e l'applicazione pratica della disposizione legislativa». Di conseguenza se la procura, agli effetti di cui ex art. 1454 c.c., fosse conferita verbalmente non sarebbe inefficace; PISCIOTTA G., *op. cit.*, 191, osserva che l'identità della forma della procura e dell'atto cui essa si riferisce si fonda sulla natura integrativa della procura rispetto a quest'ultimo, e sulla necessità di vincolare il *dominus* a una dichiarazione che riflette nella sua sfera ogni conseguenza. Pertanto l'onere formale per la procura non dovrebbe osservarsi se gli effetti dell'atto compiuto dal rappresentante non creano diritti ed obblighi in capo al rappresentato.

concludenti, restando in facoltà dell'intimato di esigere a norma dell'art. 1393 c.c. che il rappresentante, o chi si dichiara tale, giustifichi, nelle forme di legge, i suoi poteri¹⁹⁶.

Nel caso in cui difetti la procura, trattandosi di diffida emessa da un rappresentante privo di poteri (c.d. *falsus procurator*) si possono seguire le norme dettate in materia di rappresentanza?

La giurisprudenza ammette la possibilità di ratifica da parte del legittimato ai sensi dell'art. 1399 c.c., cioè ammette l'uso di un negozio unilaterale con cui il rappresentato si "appropria" degli effetti risolutivi derivanti dalla diffida emessa dal *falsus procurator* anche dopo la scadenza del termine di adempimento, sempre che il falso rappresentante non abbia precedentemente revocato tale intimazione.

Si dice, pertanto, che la legittimazione del rappresentante è recuperabile.

La Suprema Corte ha precisato che il negozio ratificato viene recepito dal rappresentato così come il falso rappresentante lo pose in essere e quindi con tutte le clausole, condizioni, i termini previsti al momento in cui l'atto venne compiuto¹⁹⁷.

La Corte attribuisce inoltre un'efficacia retroattiva alla ratifica¹⁹⁸ (efficacia che infatti l'art. 1399 c.c. prevede, facendo salvi i diritti dei terzi) ma la dottrina rifiuta la soluzione della retroattività, rilevando che essa vanifica la possibilità per il debitore di rendere la prestazione non adempiuta. Infatti, quando interviene la ratifica, il termine può essere già scaduto e non più congruo¹⁹⁹.

L'isolata tesi dottrinale contraria alla ratifica degli atti unilaterali evidenzia la situazione di soggezione ed incertezza in cui il destinatario della dichiarazione viene a trovarsi, rispetto alla decisione del creditore di esercitare il potere di ratifica, peraltro senza che egli abbia contribuito a determinarla.

Tale Autore sottolinea anche che le due situazioni, atto unilaterale e contratto, su cui la ratifica incide, presentano differenze strutturali, che precludono una loro assimilazione dal punto di vista operativo²⁰⁰.

¹⁹⁶ ROSSELLO C., *La valutazione di congruità del termine previsto per la diffida ad adempiere* (nota a sent. Cass. 1° settembre 1990, n. 9085), in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 1991, 353; BORRIONE M., *op. cit.*, 272, critica tale orientamento giurisprudenziale per la confusione che opera tra contratto da risolvere e negozio di diffida. Infatti, l'art. 1392 c.c., nell'ambito della diffida, va riferito non al contratto da risolvere, ma all'intimazione. Se la procura deve avere la stessa forma del negozio (qui in luogo di contratto ex art. 1324 c.c.), cioè della diffida, deve essere redatta per scrittura privata o per atto pubblico; pertanto l'esclusione dei contratti aventi ad oggetto beni mobili dall'ambito di applicazione del requisito della forma scritta per la procura, viene rifiutata. Già la sent. Cass., 25 marzo 1978, n. 1447, in *Giur. civ.*, 1978, I, 1039, pose dei punti fermi: la natura negoziale della diffida, la certezza della volontà del diffidante, la necessità della forma scritta per la procura a diffidare, in base agli artt. 1392. e 1324 c.c.. Tuttavia la sent. Cass., 27 giugno 1987, n. 5641, in *Rep. Foro It.*, voce *Contratto in genere*, n. 294, ritenne comunque sufficiente anche la forma verbale per conferire il mandato.

¹⁹⁷ Se il dominus non ratifica, il contratto è definitivamente inefficace.

¹⁹⁸ DEPRETIS D., *Sulla ratifica della diffida ad adempiere intimata dal falsus procurator* (nota a sent. Cass., 23 febbraio 1981, n. 1091), in *Foro It.*, 1981, I, 1993, ed in *Vita not.*, 1981, 1014 «(...) Peraltro, il verificarsi della condizione sospensiva della ratifica, che rende efficace il negozio posto in essere dal rappresentante senza poteri, è solo possibile se la ratifica intervenga prima che il negozio concluso tra falso rappresentante e terzo contraente sia dagli stessi risolto (art. 1399, terzo comma, c.c.), se trattasi di contratto o, trattandosi di manifestazione di volontà unilaterale recettizia del falso rappresentante, fino a che non venga da lui revocata con atto comunicato all'altra parte. Nel caso di diffida ad adempiere effettuata da un *falsus procurator*, la diffida è suscettibile di ratifica da parte del *dominus* fino a quando il *falsus procurator* non ha fatto conoscere al diffidato di avere revocato la diffida ed il diffidato non ha adempiuto, con la conseguenza che, intervenuta la ratifica, il contratto al quale questa si riferiva deve intendersi risolto di diritto, essendo inutilmente decorso il termine assegnato per l'adempimento».

¹⁹⁹ BIANCA C.M., *op. cit.*, 306, precisa anche che l'atto compiuto dal non legittimato è inefficace.

²⁰⁰ DEPRETIS D., *op. cit.* 1989, nel caso di atto unilaterale non risulterebbe applicabile il rimedio dell'art. 1399, terzo comma, c.c., per il quale «il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica».

Questa dottrina reputa nondimeno necessario individuare una preclusione temporale al potere di ratifica del *dominus*, per salvaguardare la posizione del diffidato dalla dichiarazione emessa dal falso rappresentante; e dunque sembrerebbe corretto consentire al creditore di ratificare quanto compiuto dal *falsus procurator*, solo se egli stesso possa avere ancora la possibilità di compiere personalmente (o tramite un rappresentante idoneamente legittimato) lo stesso atto, ed escludendo tale potere ove esso incida su situazioni già esaurite²⁰¹.

Le osservazioni con cui si esclude la ratifica, ove l'interessato possa invece porre in essere da sé un'autonoma diffida, sempreché la risoluzione non sia già verificata, al fine di dare una maggiore tutela alla determinazione del diffidato, non vengono accolte invece dalla giurisprudenza suddetta che onera il diffidato delle conseguenze dell'efficacia retroattiva della ratifica, se e nella misura in cui l'inadempimento permane, e rileva che il negozio posto in essere dal falso rappresentante diviene efficace *ex art. 1399 c.c.* se ratificato dal creditore, e quindi recepito dal rappresentato così come venne posto in essere dal falso rappresentante (a fronte dell'effetto retroattivo della ratifica): al contrario, l'impossibilità per il creditore di appropriarsi del già avvenuto effetto risolutivo si tradurrebbe nella concessione al debitore di un ulteriore tempo per adempiere e nella sopravvenienza forzata del contratto, proprio quando il diffidato aveva invece magari manifestato la chiara volontà di non effettuare un adempimento tardivo.

²⁰¹ DEPRETIS D., *op. cit.*, 1992.

OGGETTO: (nome delle parti)- diffida ad adempiere ex. art. 1454 c.c.

Io/la sottoscritto/anato/a il....., ae residente in (...), alla via....., formulo/a la presente per significare quanto segue.

Premesso che:

1)in data veniva con Voi stipulato/eseguito il contratto/ordine/commissione relativo a (*breve descrizione dell'oggetto del contratto*);

2) in data il sottoscritto effettuava quanto stabilito per permetterVi l'adempimento (*breve descrizione facoltativa dell'adempimento effettuato, come ad esempio il pagamento anticipato*);

3) a tutt'oggi non risulta ancora da Voi adempiuto il contratto con la Vostra prestazione (*indicare eventualmente la prestazione richiesta/non ricevuta e le caratteristiche dell'inadempimento di controparte*) per Vostra esclusiva colpa essendo già trascorso un congruo termine per l'adempimento che era stato stabilito il (*se è possibile inserire eventualmente la data di adempimento concordata*) e già sollecitato in altre occasioni (*inserire indicazioni sugli eventuali solleciti precedentemente inviati*).

Tutto ciò premesso e considerato, con la presente vi intimo e diffido ad adempiere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1454 del Codice Civile entro e non oltre il termine di 15 giorni dal ricevimento della presente, avvertendovi che decorso inutilmente tale termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto con ogni conseguenza di legge e il/la sottoscritto/a agirò/à nelle sedi competenti per il risarcimento di tutti i danni subiti e subendi con aggravio di spese a Vostro carico.

Si ricorda che per l'esatto adempimento pattuito (*indicare eventuali modalità previste dal contratto per permettere a controparte l'adempimento entro il termine suddetto*).

Con ogni più ampia riserva di diritti, ragioni e azioni, valga la presente ad interrompere ogni prescrizione e decadenza (*frase di rito facoltativa*).

Distinti saluti

Luogo e data

Firma.....

SEZIONE II

DIFFIDA AD ADEMPIERE E NEGOZIAZIONE ASSISTITA

Nell'ambito delle modalità di redazione della lettera di diffida ad adempiere, rileva analizzare l'istituto di nuovo conio denominato negoziazione assistita.

Il nuovo istituto della negoziazione assistita ha trovato ingresso nell'ordinamento giuridico italiano con il c.d. "decreto giustizia" (d.l. n. 132/2014, convertito nella l. n. 162/2014), finalizzato a dettare *"misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"*.

Unitamente al trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti pendenti, la procedura di negoziazione assistita mira a portare fuori i contenziosi dalle aule dei tribunali.

Il d.l. n. 132/2014 dedica alla disciplina della negoziazione assistita l'intero capo secondo rubricato *"Procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati"*.

La negoziazione assistita consiste nell'accordo tramite il quale le parti in lite convengono di cooperare per risolvere in via amichevole una controversia, tramite l'assistenza di avvocati, regolarmente iscritti all'albo ovvero facenti parte dell'avvocatura per le pubbliche amministrazioni.

La convenzione deve contenere, a norma dell'art. 2 del d.l. n. 132/2014, sia il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, che non può essere inferiore a un mese e superiore a tre (salvo proroga di 30 giorni su richiesta concorde delle parti) sia l'oggetto della controversia, che non può riguardare né i diritti indisponibili né materie di lavoro.

La convenzione deve essere redatta, a pena di nullità, in forma scritta e deve essere conclusa con l'assistenza di uno o più avvocati, i quali certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo sotto la propria responsabilità professionale.

La parte che sceglie di affidarsi alla nuova procedura invia alla controparte, tramite il proprio legale, un invito a stipulare la convenzione di negoziazione, sottoscritto e con indicato l'oggetto della controversia e l'avvertimento che in caso di mancata risposta entro trenta giorni o di rifiuto ciò costituirà motivo di valutazione da parte del giudice ai fini dell'addebito delle spese di giudizio, della condanna al risarcimento per lite temeraria ai sensi dell'art. 96 c.p.c. e di esecuzione provvisoria ai sensi dell'art. 642 c.p.c. .

Altro effetto principale, decorrente dalla comunicazione dell'invito, è quello di interrompere il decorso della prescrizione e la decadenza; quest'ultima però è impedita per una sola volta e, in caso di rifiuto, mancata accettazione dell'invito o mancato accordo, da questo momento ricomincia a decorrere il termine per la proposizione della domanda giudiziale.

Se l'invito è accettato, si perviene allo svolgimento della negoziazione, che può avere esito positivo o negativo. In quest'ultimo caso, gli avvocati designati dovranno redigere la dichiarazione di mancato accordo.

Quando l'accordo è raggiunto, lo stesso deve essere sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono che certificano sia l'autografia delle firme che la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

L'accordo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'art. 480, 2° comma, c.p.c.

Il legislatore ha previsto delle ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria per le azioni riguardanti il risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme, purché non eccedenti 50.000 euro e non riguardanti controversie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria: in tali casi, l'art. 3 del d.l. n. 132/2014 dispone che *"l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale"*.

L'improcedibilità deve essere eccepita, non oltre la prima udienza, dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice.

Qualora, la negoziazione assistita sia già iniziata ma non conclusa, il giudice provvederà a fissare l'udienza successiva dopo la scadenza del termine fissato dalle parti per la durata della procedura di negoziazione e indicato nella convenzione stessa.

Qualora, invece, la negoziazione non sia ancora stata esperita, il giudice, oltre a provvedere alla fissazione dell'udienza successiva assegna contestualmente alle parti un termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito; se l'invito è seguito da un rifiuto o da una mancata risposta entro trenta giorni dalla ricezione, ovvero quando è decorso il termine per la durata della negoziazione concordato dalle parti, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata.

Questi i tratti essenziali della negoziazione assistita.

Nel momento in cui un soggetto voglia pertanto far valere il proprio diritto al pagamento di una somma che va fino a un massimo 50.000 euro deve recarsi da un avvocato, che invierà una raccomandata a.r. alla controparte in cui la invita a un percorso di negoziazione assistita al fine di trovare una soluzione pacifica alla controversia.

Delineati nei capitoli precedenti i tratti essenziali e la funzione dell'istituto della diffida ad adempiere e comparandoli con quelli dell'istituto in esame, si esclude che la richiesta di un invito alla negoziazione assistita possa essere contenuta già nella lettera di diffida al pagamento, avendo le due comunicazioni una finalità completamente diversa.

SEZIONE III

LE CONSEGUENZE DEL MANCATO ADEMPIMENTO A SEGUITO DELLA RICEZIONE DELLA DIFFIDA AD ADEMPIERE

Trascorso il tempo concesso, nel caso della diffida ad adempiere il contratto è automaticamente risolto. Ci si potrà poi rivolgere all'autorità competente per ottenere la restituzione del prezzo pagato per l'oggetto del contratto e l'eventuale risarcimento del danno dovuto all'inadempimento.

Nel caso della messa in mora e diffida generica, invece, il contratto o i rapporti con la controparte rimangono intatti, ma il consumatore è autorizzato a rivolgersi all'autorità competente, che varia a seconda dei casi o degli importi: Giudice di pace fino o il Tribunale civile.

Prima di fare causa, si possono attivare tentativi di conciliazione o reclami presso le competenti autorità garanti o organismi di mediazione: presso la camera di commercio, presso l'Arbitro bancario finanziario in ambito bancario, presso un organismo privato di mediazione registrato presso il Ministero della Giustizia.

§§§

CAPITOLO IX

PARTE GIURISPRUDENZIALE

Corte di Cassazione – Sezione sesta penale – sentenza n. 17536 del 29 marzo 2018, Presidente dott. Rotundo, Relatore dott. Costantini

Massima: "Ne deriva che il reato non è configurabile quando la richiesta non è qualificabile quale diffida ad adempiere, diretta alla messa in mora del destinatario e da quest'ultimo in tali termini valutabile, per il suo tenore letterale e per il suo contenuto. Seppure, quindi, non siano necessarie frasi che riproducano pedissequamente la formulazione della legge in termini di «diffida» e «messa in mora», il contenuto della richiesta deve essere tesa a rappresentare quantomeno la cogenza delle richieste e la sua necessità di un adempimento direttamente ricondotto alla disciplina del procedimento amministrativo, circa le conseguenze in ipotesi di non evasione o mancata risposta nei termini. Solo a tali condizioni può ritenersi immediatamente e chiaramente percepibile, quale diffida; atto che già a livello lessicale implica la necessità di rappresentare le conseguenze cui si incorre in caso di inadempimento, secondo la conformazione del reato, introdotto dall'art. 16 L. 26 aprile 1990, n. 86, che ha inteso rafforzare la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, con la previsione di un paradigma legale che, attraverso la attivazione del diritto potestativo della istanza, conseguisse una più significativa tutela delle posizioni soggettive, la cui salvaguardia era in precedenza demandata ai soli strumenti procedurali o giurisdizionali dinanzi al giudice amministrativo."

Estratto: " Si contesta la qualifica di diffida dell'atto ricevuto non perché non ne contenga i requisiti, quanto, piuttosto, poiché si reputa il primo atto quale meramente amministrativo utile ai soli fini della proposizione del ricorso in sede giurisdizionale per mezzo dell'impugnazione del silenzio inadempimento, demandando al secondo atto, in tal caso qualificabile diffida, il successivo compito, al decorso degli infruttuosi 30 giorni, di integrare la fattispecie di cui all'art. 328, secondo comma, cod. pen. in caso di omessa risposta. Da quanto sopra accennato circa i principi di diritto a cui questa Corte si riporta, in uno a quanto emerge dal provvedimento impugnato, se ne deduce la erronea applicazione della fattispecie dell'art. 328, secondo comma, cod. pen. Il ricorrente aveva presentato in data 29 ottobre 2013 la diffida ad adempiere con cui aveva richiesto all'amministrazione comunale di porre in essere quanto necessario al fine di realizzare le opere di urbanizzazione utili all'immobile dell'istante. Tale atto deve qualificarsi quale diffida in quanto contenente tutti gli elementi per ritenere cogente la richiesta sia perché si indicano le norme di legge che imponevano all'amministrazione di provvedere, sia poiché si fa riferimento al termine di trenta giorni entro il quale si sarebbe dovuta attivare la procedura, con specifica enunciazione delle conseguenze cui l'amministrazione ed i funzionari preposti sarebbero andati incontro in caso di inadempimento. Allo scadere del termine di trenta giorni assegnato, l'amministrazione avrebbe dovuto quantomeno rispondere specificando le ragioni del ritardo, risposta mai fornita neppure a seguito di impugnazione del silenzio inadempimento in tal modo formatosi, con conseguente astratta integrazione della fattispecie prevista dall'art. 328, secondo comma, cod. pen., sotto il profilo meramente oggettivo."

Corte di Cassazione – Sezione sesta penale – sentenza n. 10595 del 18 marzo 2018, Presidente dott. Rotundo, Relatore dott. Costantini

Massima: "La richiesta scritta di cui all'art. 328, comma secondo, cod. pen., rilevante ai fini della integrazione della fattispecie, deve assumere la natura e la funzione tipica della diffida ad adempiere, dovendo la stessa essere rivolta a sollecitare il compimento dell'atto o l'esposizione delle ragioni che lo impediscono (Sez. 6, n. 40008 del 27/10/2010, brio, Rv. 248531; Sez. 6, n. 10002 del 08/06/2000, Spanò B, Rv. 218339; Sez. 6, n. 8263 del 17/05/2000, Visco, Rv. 216717). Ciò implica che la richiesta rivolta nei confronti della pubblica amministrazione deve atteggiarsi, seppure senza la osservanza di particolari formalità circa la sua formulazione, comunque come una diffida o intimazione tale da costituire una messa in mora nei confronti della P.A. e del soggetto preposto al relativo procedimento in quanto responsabile. Ne deriva che il reato non è configurabile quando la richiesta non è qualificabile quale diffida ad adempiere, diretta alla messa in mora del destinatario e da quest'ultimo in tali termini valutabile, per il suo tenore letterale e per il suo contenuto. Seppure, quindi, non siano necessarie frasi che riproducano pedissequamente la formulazione della legge in termini di «diffida» e «messa in mora», il contenuto della richiesta deve essere tesa a rappresentare quantomeno la cogenza delle richieste e la sua necessità di un adempimento direttamente ricondotto alla disciplina del procedimento amministrativo e, se nel caso, circa le conseguenze in termini di responsabilità (incluse quelle penali) di una mancata risposta nei termini."

Estratto: "Non appare pregevole l'affermazione contenuta nel ricorso secondo cui il riferimento agli «adempimenti conseguenti» era idonea a far ritenere la valenza in termini di diffida delle richieste inviate al comune, essendo la richiesta agli adempimenti formulata in termini assolutamente generici, tra l'altro senza che si possa apprezzare alcuna diffida ad adempiere, non risultando certamente sufficiente a tali fini il termine «adempimenti» contenuto nelle richieste trasmesse. Un'interpretazione corretta dell'art. 328, comma 2, cod. pen. necessita che la richiesta, con percepibile immediatezza, sia rivolta a sollecitare il compimento dell'atto o l'esposizione delle ragioni che lo impediscono; il reato si configura solo in presenza di tale presupposto, con il decorso del termine di trenta giorni senza che l'atto richiesto sia stato compiuto o senza che il mancato compimento sia stato giustificato."

Consiglio di Stato - Sezione Sesta - sentenza n. 2099 dell'8 maggio 2017, Presidente dott. Santoro Relatore dott. Spisani

Massima: "L'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere sull'istanza di un privato non è stabilito in via generale, ma va ravvisato solo quando si possa desumere da una norma di legge puntuale, ovvero anche da una norma di principio, che sia però, all'evidenza, chiaramente interpretabile in tal senso. La regola, si osserva, è espressione dello stesso principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost poiché un obbligo generale come quello che si esclude costringerebbe, in ultima analisi, l'amministrazione ad un impegno sproporzionato di risorse di fronte a qualsivoglia istanza, per assurdo anche manifestamente infondata o soltanto emulativa. Ciò posto, nel caso di specie una norma di tal tipo non esiste."

Estratto: "Il motivo di appello proposto è fondato nel merito. Il ricorrente appellato ha provato, con la produzione della relativa tessera, che non è stata contestata, la