

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

LA COOPERAZIONE ALL'ADEMPIMENTO TRA OBBLIGAZIONE E CONTRATTO

1. Il difetto di cooperazione e gli scenari che ne conseguono: il protrarsi del vincolo...	1
2. ...e la liberazione del debitore	4
3. Mora del creditore e deposito liberatorio nella codificazione del '42: il modello francese e le istanze di riforma	11
4. <i>Segue</i> . L'ambiguità della soluzione adottata e l'area tematica prescelta dal legislatore: il diritto delle obbligazioni	20
5. L'evoluzione del diritto romano...	25
6. ...e la sua influenza sul BGB: un confronto con la legislazione italiana	32
7. Dove la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione e il suo difetto violazione del contratto: le "scelte di fondo" dei sistemi di <i>common law</i>	36
8. I rimedi: la tutela contro la dilatazione del vincolo e la risoluzione del contratto	39
9. Ancora sulla cooperazione quale oggetto di obbligazione: una prospettiva non del tutto estranea ai sistemi dell'Europa continentale	51
10. L'approccio integrato dei principi internazionali: la tutela del debitore tra rimedi specifici e rimedi per equivalente	60
11. La qualificazione della cooperazione nella dottrina tedesca...	70
12. ...ed e in quella italiana: onere <i>vs.</i> obbligo	73
13. Per una relazione diretta tra interessi e rimedi: il regime del difetto di cooperazione tra protezione dell'affidamento e favore per le contrattazioni	82
14. Onere ed obbligo di cooperazione nel diritto applicato: un uso eccentrico e strumentale	88
15. La posizione della legislazione italiana nel panorama dei sistemi giuridici occidentali. A favore della compatibilità tra <i>mora accipiendi</i> e risoluzione per inadempimento	93
16. <i>Segue</i> . Quando il debitore è parte di un contratto di scambio: l'alternativa tra risoluzione e deposito	100

CAPITOLO II

LA MORA DEL CREDITORE: I PRESUPPOSTI

1. L'istituto: funzione e definizione	109
---------------------------------------	-----

2. I presupposti della mora: l'esistenza di una obbligazione in stato di eseguibilità	112
3. L'offerta della prestazione e la prontezza ad adempiere	120
4. La mancanza della cooperazione necessaria per l'adempimento	125
5. L'identificazione del difetto di cooperazione: insufficienza di una valutazione empirica	128
6. Quando la mancata cooperazione del creditore non determina la <i>mora accipiendi</i>	135
7. La cooperazione del creditore e l'oggetto dell'obbligazione: prestazioni di dare...	142
8. ...e prestazioni di fare	146
9. Irrilevanza della colpa del creditore (rinvio); quando la cooperazione è prestata da terzi	155
10. La nozione di «motivo legittimo» e il precetto di buona fede: una relazione non esclusiva	159
11. Il «motivo legittimo» tra <i>mora debendi</i> e <i>mora accipiendi</i> : concetto variabile o uniforme ?	166
12. La nozione di «motivo legittimo»: offerta maliziosa e gravemente tardiva; offerta formale non preceduta da offerta ordinaria	170
13. <i>Segue</i> . Quando l'offerta prefigura un'attribuzione patrimoniale precaria: pagamento effettuato con cose altrui; rischio di revocatoria; offerta effettuata sulla base di delegazione di pagamento; credito assoggettato a pignoramento o sequestro; opposizione di terzi al pagamento	174
14. Ancora sulla nozione di «motivo legittimo»: probabilità di pregiudizi alla persona o agli interessi patrimoniali del creditore; offerta di assegno circolare o bancario; incompletezza dell'offerta dovuta al difetto di cooperazione del creditore. Un'applicazione analogica nel campo delle procedure concorsuali	179
15. La comunicazione del motivo legittimo	183

CAPITOLO III

LA MORA DEL CREDITORE: IL PROCEDIMENTO

1. L'offerta della prestazione: requisito ineludibile della <i>mora accipiendi</i> . . .	187
2. La formalità dell'offerta: uno sguardo d'insieme	195
3. Il destinatario dell'offerta: capacità di ricevere, legittimazione a ricevere, pluralità di creditori. Quando il destinatario è indeterminato	199
4. L'autore dell'offerta: capacità di offrire, legittimazione ad offrire, pluralità di debitori	213
5. Il <i>quantum</i> dell'offerta	219
6. Quando l'oggetto della prestazione non è (ancora) determinato	232
7. Offerta qualitativamente inesatta e «motivo legittimo» di rifiuto	235
8. La scadenza del termine pattuito a favore del creditore (o di entrambe le parti del rapporto)	238
9. Il verificarsi della condizione sospensiva	242
10. Il luogo dell'offerta	242
11. L'intervento del pubblico ufficiale	253

12. L'offerta subordinata al consenso alla liberazione del bene...	254
13. ...e a condizioni o riserve non espressamente previste dalla legge	256
14. Le varianti dell'offerta formale e il loro ambito di applicazione	262
15. Quando il debitore non segue il procedimento previsto dalla legge: l'offerta irrituale	265
16. L'offerta reale	270
17. L'offerta per intimazione	280
18. L'offerta nelle forme d'uso: ambito di applicazione e struttura	283
19. <i>Segue.</i> I presupposti e la comunicazione	291
20. <i>Segue.</i> Contenuto e forma	294
21. L'accertamento giudiziale della validità dell'offerta	301
22. L'accettazione del creditore	311

CAPITOLO IV

LA MORA DEL CREDITORE: GLI EFFETTI

1. Uno sguardo d'insieme	315
--------------------------	-----

Sezione prima

Gli effetti legali della mora del creditore

2. L'imputazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta	317
3. <i>Segue.</i> L'obbligazione del creditore costituito in mora: corrispettiva o risarcitoria ?	322
4. Mora del creditore ed impossibilità sopravvenuta della prestazione nei contratti ad effetti reali	327
5. Il regime dei frutti e degli interessi	331
6. La tutela dell'affidamento nell'estinzione del vincolo: il risarcimento del danno e il rimborso delle spese	339
7. La qualificazione della responsabilità e l'esercizio del credito risarcitorio	346
8. Gli altri effetti dell'offerta: rapporti con la mora del debitore; diritto di conseguire la liberazione dal vincolo; rimborso delle spese relative all'offerta	351
9. Cessazione degli effetti della mora	357

Sezione seconda

Alterazioni e adattamenti dell'istituto. L'offerta formale di restituzione dell'immobile nelle locazioni commerciali

10. Premessa. Offerta della prestazione e <i>mora accipiendi</i> in due contratti di scambio; obbligazione <i>vs.</i> sinallagma	359
11. Al termine della locazione commerciale: la facoltà del conduttore di subordinare la restituzione dell'immobile al pagamento dell'indennità di avviamento	359

12. *Segue*. Il pagamento del canone e l'onere di effettuare l'offerta formale: analisi critica della giurisprudenza 362
13. Per una più stretta aderenza al dato normativo: una ricostruzione alternativa a quella adottata dalla giurisprudenza 367

Sezione terza

*Offerta della prestazione e mora del creditore
nel rapporto di lavoro subordinato*

14. Rapporto di lavoro e mora del creditore: fortuna (apparente) dell'istituto . 374
15. *Segue*. Attraverso lo specchio: *mora accipiendi* del datore di lavoro e rimedi sinallagmatici 376
16. La traiettoria della mora del creditore nella dottrina di settore... 381
17. ...tra razionalità e tradizione 386
18. L'offerta della prestazione lavorativa nel diritto applicato: costituzione in mora del datore di lavoro o manifestazione di interesse per l'attuazione dello scambio? Risoluzione automatica del rapporto di lavoro, termine illegittimamente apposto al contratto, dimissioni rassegnate nel periodo successivo al matrimonio 392
19. Licenziamento e trasferimento illegittimo del lavoratore subordinato . . . 402
20. *Segue*. Le fattispecie (impropriamente dette) di «sospensione del rapporto di lavoro»: trattamento di cassa integrazione guadagni non accordato, cessato, non prorogato; “sospensione” del rapporto per fatto del lavoratore . 405
21. Sopravvenienze non imputabili al datore di lavoro e risoluzione (parziale) per impossibilità sopravvenuta della prestazione 410
22. Una sintesi: applicazione solo apparente della *mora accipiendi* e responsabilità oggettiva del datore di lavoro 413
23. Sul credito del lavoratore che subisce l'interruzione del rapporto: retribuzione o risarcimento ? 416
24. *Segue*. L'intervento della Consulta: nel segno dell'armonia tra giurisprudenza ordinaria e costituzionale 423

CAPITOLO V

LA LIBERAZIONE COATTIVA DEL DEBITORE

Sezione prima

Il deposito liberatorio

1. Dalla tutela contro la dilatazione del rapporto alla liberazione del debitore. Il presupposto dell'offerta 427
2. Il deposito liberatorio e il suo fondamento negoziale: come gli effetti del contratto si integrano con quelli del procedimento di liberazione 434
3. Il contratto di deposito: soggetti, oggetto, effetti. L'eccezione di deposito . 443
4. Dal deposito come contratto al deposito come procedimento: la sequenza che conduce alla liberazione del debitore 449

5. <i>Segue</i> . La redazione del verbale di deposito e la sua notificazione al creditore assente	457
6. I debiti pecuniari non estinguibili mediante pagamento in contanti e la liberazione del debitore	460
7. L'accertamento giudiziale della validità del deposito	463
8. L'accettazione del deposito	471
9. Gli effetti del deposito: decorrenza e ritiro	475
10. Deposito effettuato a seguito di offerta nelle forme d'uso; imputazione delle spese; altri eventuali effetti	483
11. Una variante del deposito: la vendita coattiva (e il deposito del prezzo) .	490
12. I presupposti sostanziali e il procedimento	497
13. Ancora sulla vendita coattiva: gli effetti	504

Sezione seconda

La "sfera" del deposito e quella dell'offerta

14. Sui rapporti tra offerta e deposito: nella prospettiva monofocale propria del diritto del diritto delle obbligazioni...	506
15. ...ed in quella multifocale dei contratti a prestazioni corrispettive: scambio <i>vs.</i> condizionamento	510
16. Quando il rapporto nasce dall'accordo delle parti. Esecuzione in forma specifica del contratto preliminare e offerta del prezzo	513
17. Quando il rapporto non è voluto, ma imposto dalla legge: il deposito funzionale all'esercizio dei diritti di prelazione e riscatto riconosciuti al coltivatore diretto	519

Sezione terza

Oltre il titolo "delle obbligazioni":

il deposito e il sequestro liberatori nei contratti tipici e nel codice di rito

18. Il deposito liberatorio semplificato: vendita di beni mobili, trasporto, cambiale	524
19. Il deposito funzionale, o complementare, all'estromissione del debitore dal processo (artt. 1777 c.c.; 109 c.p.c.)	534
20. Il sequestro liberatorio "ordinato dal giudice" in rapporto ai procedimenti di liberazione previsti dal codice civile: ragione e funzione dell'istituto (art. 687 c.p.c.)	543
21. La legittimazione a domandare il sequestro e i presupposti del provvedimento	551
22. Il procedimento	562

Sezione quarta

Il sequestro liberatorio immobiliare

23. Il sequestro liberatorio immobiliare tra codice civile (art. 1216) e codice di rito (art. 687)	571
--	-----

24. Fisionomia ed ambito di applicazione dell'istituto. Offerta e sequestro nella locazione commerciale: rinvio	577
25. Il procedimento: la nomina del sequestratario	580
26. L'attuazione del sequestro	584
27. L'accertamento giudiziale della validità del sequestro	587

Sezione quinta

La liberazione del debitore di prestazioni di fare

28. La liberazione del debitore di prestazioni di fare: rilevanza della questione e analisi critica di alcune soluzioni	590
29. Il difetto di cooperazione quale causa di impossibilità della prestazione	597

CAPITOLO VI

L'IMPOSSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE E
LA SFERA DELLA COOPERAZIONE

1. L'impossibilità della prestazione e i rimedi contro il difetto di cooperazione: una breve panoramica	601
2. Impossibilità della prestazione e impossibilità di ricevere la prestazione: occorre distinguere ?	606
3. L'impossibilità temporanea della prestazione e la mora del creditore	615
4. Quando l'impossibilità della prestazione è imputabile al creditore: gli interessi protetti	620
5. La nozione di «causa imputabile al creditore» nell'elaborazione dottrinale: dalla colpa alla responsabilità (quasi) assoluta	623
6. <i>Segue</i> . Una soluzione intermedia	628
7. Come tutelare l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere: itinerari diversi per una stessa destinazione	635
8. In particolare, la risoluzione per inadempimento e il risarcimento del danno	639
9. Riscontri giurisprudenziali; la risoluzione dell'appalto pubblico per l'inadempimento del committente (con particolare riferimento alla sospensione dei lavori)	642
10. L'impossibilità temporanea della prestazione derivante da causa imputabile al creditore. Ancora sull'appalto pubblico: sospensione e ritardata consegna dei lavori	651
11. L'impossibilità di ricevere la prestazione non imputabile al creditore. Una prospettiva teorica di più ampio respiro...	659
12. ...quale chiave di lettura del dato normativo e di alcune soluzioni giurisprudenziali	667
<i>Indice analitico</i>	679

CAPITOLO I
LA COOPERAZIONE ALL'ADEMPIMENTO
TRA OBBLIGAZIONE E CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il difetto di cooperazione e gli scenari che ne conseguono: il protrarsi del vincolo... — 2. ...e la liberazione del debitore. — 3. Mora del creditore e deposito liberatorio nella codificazione del '42: il modello francese e le istanze di riforma. — 4. *Segue*. L'ambiguità della soluzione adottata e l'area tematica prescelta dal legislatore: il diritto delle obbligazioni. — 5. L'evoluzione del diritto romano... — 6. ...e la sua influenza sul BGB: un confronto con la legislazione italiana. — 7. Dove la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione e il suo difetto violazione del contratto: le "scelte di fondo" dei sistemi di *common law*. — 8. I rimedi: la tutela contro la dilatazione del vincolo e la risoluzione del contratto. — 9. Ancora sulla cooperazione quale oggetto di obbligazione: una prospettiva non del tutto estranea ai sistemi dell'Europa continentale. — 10. L'approccio integrato dei principi internazionali: la tutela del debitore tra rimedi specifici e rimedi per equivalente. — 11. La qualificazione della cooperazione nella dottrina tedesca... — 12 ...ed e in quella italiana: onere *vs.* obbligo. — 13. Per una relazione diretta tra interessi e rimedi: il regime del difetto di cooperazione tra protezione dell'affidamento e favore per le contrattazioni. — 14. Onere ed obbligo di cooperazione nel diritto applicato: un uso eccentrico e strumentale. — 15. La posizione della legislazione italiana nel panorama dei sistemi giuridici occidentali. A favore della compatibilità tra *mora accipiendi* e risoluzione per inadempimento. — 16. *Segue*. Quando il debitore è parte di un contratto di scambio: l'alternativa tra risoluzione e deposito.

1. *Il difetto di cooperazione e gli scenari che ne conseguono: il protrarsi del vincolo...* — Talvolta il rapporto obbligatorio può essere attuato senza la cooperazione del creditore, che non risulta necessaria per l'esecuzione della prestazione. La banca adempie l'obbligazione assunta con la conclusione del contratto di apertura di credito tenendo a disposizione del cliente la somma pattuita, la società di gestione del risparmio presta il servizio offerto ai sottoscrittori di un fondo comune amministrando il relativo patrimonio, l'agenzia obbligata a pubblicizzare i prodotti del committente ne promuove la diffusione tramite mezzi di comunicazione di massa.

Più spesso, tuttavia, l'esecuzione della prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione richiede la cooperazione del creditore: il

venditore non può consegnare il bene quando il compratore non è disposto a riceverlo, l'appaltatore non è in grado di costruire l'edificio se gli è precluso l'accesso al fondo del committente, il conduttore non riesce a restituire l'immobile quando il locatore ne rifiuta la riconsegna.

In relazione a tale seconda, e più consistente, serie di rapporti, occorre valutare quali interessi vengano pregiudicati dal difetto di cooperazione e quali rimedi possano efficacemente tutelarli. In queste prime pagine la questione verrà analizzata nella sua dimensione empirica e fattuale, senza considerare la soluzione adottata dal legislatore italiano: ci limiteremo a tracciare una mappa degli interessi che il difetto di cooperazione può ledere e delle soluzioni che sono astrattamente ipotizzabili per risolvere il conflitto insorto tra le parti. Successivamente verranno invece considerate le scelte di fondo del codificatore del 1942, e confrontate con quelle adottate nel contesto di altri sistemi normativi. Nel corso del presente capitolo, infatti, si vuole identificare la posizione della mora del creditore e del deposito liberatorio nel contesto dei rimedi che reagiscono alla mancanza della necessaria cooperazione, riservando al seguito della trattazione l'analisi delle questioni interpretative e applicative che si configurano in relazione ai due istituti.

Quando il debitore è pronto ad adempiere, ma non riesce a farlo perché non ottiene la necessaria cooperazione, il suo interesse a liberarsi tempestivamente dal vincolo risulta compromesso. A causa del protrarsi dell'obbligazione, il debitore subisce pregiudizi e risulta esposto a rischi che non si sarebbero configurati se il creditore gli avesse consentito di adempiere.

A seguito del rifiuto dell'offerta esattamente effettuata, il debitore resta obbligato ad eseguire la prestazione: deve, dunque, custodire il bene di cui per ipotesi sia stata rigettata la consegna e tenere impegnati mezzi e risorse per mantenersi in condizione di adempiere. L'impegno economico e organizzativo imposto dal protrarsi del vincolo può anche comportare la necessità di rinunciare ad affari alternativi, che richiederebbero la libera disponibilità dell'apparato produttivo.

A ben vedere, il danno subito dal debitore consegue alla delusione del suo legittimo affidamento nell'estinzione dell'obbligazione: le sue componenti si identificano con le spese sostenute a causa del protrarsi del rapporto (es., spese di custodia e amministrazione del bene) e con le occasioni di guadagno perse a causa dell'impegno del proprio apparato (es., mancata conclusione di un contratto di trasporto, essendo i mezzi del vettore impegnati a seguito del rifiuto di ricevere la

merce opposto dal destinatario). Non stupisce che le due voci di danno si identifichino con quelle tradizionalmente ricondotte alla categoria dell'interesse negativo: ad essere compensata è, infatti, la delusione dell'affidamento risposto dal debitore nella liberazione dal vincolo. Il presupposto logico della responsabilità del creditore per la delusione di tale affidamento è rappresentato dall'offerta della prestazione: siccome denota che il debitore è pronto ad adempiere, essa dimostra che il protrarsi del rapporto obbligatorio è esclusivamente ascrivibile al difetto di cooperazione.

Con il protrarsi del vincolo, d'altra parte, si dilata il rischio che la prestazione dovuta divenga impossibile per causa non imputabile al debitore (la merce rifiutata dal compratore perisce fortuitamente; il servizio rifiutato dal committente diviene impossibile a causa della requisizione dei locali nel contesto dei quali avrebbe dovuto essere prestato). È razionale che il rischio venga sopportato dal creditore, in quanto si è esteso nel tempo a causa del difetto di cooperazione: se l'offerta fosse stata accettata, l'obbligazione sarebbe stata regolarmente adempiuta e la prestazione sarebbe divenuta parte integrante del patrimonio del creditore.

Certamente l'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore lo libera dall'obbligazione. D'altra parte, quando quest'ultima scaturisce da un contratto a prestazioni corrispettive l'impossibilità della prestazione causalmente riconducibile al difetto di cooperazione — in quanto conseguente al protrarsi del vincolo — lede l'interesse positivo del debitore, precludendogli di ottenere l'attuazione dello scambio. Siccome, a causa del comportamento non cooperativo del creditore, il debitore non può ottenere l'attuazione del sinallagma, è ragionevole che venga collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato se lo scambio fosse stato attuato. Egli potrà dunque pretendere una somma di denaro corrispondente al corrispettivo atteso, detratti i costi risparmiati e i guadagni conseguiti a causa dell'estinzione dell'obbligazione: un criterio di determinazione che non differisce da quello comunemente usato per quantificare il danno conseguente alla risoluzione del contratto per inadempimento.

In alcuni sistemi dell'Europa continentale, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione viene protetto contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dal protrarsi del rapporto obbligatorio sulla base di un istituto di origine romanistica denominato «mora del creditore»: alla Germania, all'Italia e all'Olanda si è recentemente aggiunta la Francia. Se il debitore offre esattamente la prestazione — dimostrandosi, così,

pronto ad adempiere — il creditore è tenuto a compensarlo, in maggiore o minor misura, dei pregiudizi derivanti dalla dilatazione del rapporto ed assume il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione ⁽¹⁾. Concorrono a tutelare il debitore regole che lo autorizzano a non effettuare investimenti altrimenti necessari per valorizzare la prestazione e a sostenere i relativi costi: è dunque esonerato dal pagamento degli interessi sui debiti pecuniari, mentre è tenuto a corrispondere al creditore i soli frutti effettivamente percepiti, e non quelli che avrebbe potuto ricavare gestendo il bene in modo più produttivo ⁽²⁾. È evidente, in entrambi i casi, la finalità di sollevare il debitore dall'onere di sostenere spese delle quali — stante la possibile insolvenza del creditore — non ha la garanzia di ottenere il rimborso; il debitore non deve vedersi costretto ad assumere rischi che in assenza del difetto di cooperazione non avrebbe sopportato.

I sistemi anglosassoni non conoscono l'istituto della mora del creditore. In questo ambito, l'accettazione della prestazione correttamente offerta e il concorso all'adempimento costituiscono oggetto di obbligazioni, sicché il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione può avvalersi dei rimedi contro l'inadempimento. A risultati almeno in parte coincidenti si perviene, tuttavia, mediante l'elaborazione di regole che da un lato pongono a carico del creditore l'obbligo di risarcire il danno subito dal debitore a causa del protrarsi del rapporto obbligatorio (*incidental damages*); dall'altro, imputano al creditore il rischio del perimento fortuito del bene illegittimamente rifiutato. Anche in tale contesto, in definitiva, il debitore viene protetto contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto obbligatorio ⁽³⁾.

2. ...e la liberazione del debitore. — La mora del creditore e le regole dei sistemi di *common law* alle quali si è appena fatto riferimento tutelano il debitore pregiudicato dal protrarsi del rapporto obbligato-

(1) Cfr. § 304 BGB; artt. 6:63, 6:64 Codice civile olandese (NBW); art. 1207, commi 2°, 3° c.c. it.; artt. 1345, al. 2 *Code civil*, come novellato dalla *Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant «réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations»*.

(2) Cfr. §§ 301, 302 BGB; art. 1207, comma 1° c.c.; art. 1345, al. 2 *Code civil*, come novellato dalla legge di riforma citata alla nt. prec. In base al NBW, invece, il debitore è esonerato dalla corresponsione degli interessi sulle somme di denaro rifiutate dal creditore solo dal momento del deposito: v. art. 6:68.

(3) Per una sintetica ricognizione dei rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione nei sistemi di *common law* v., *infra*, §§ 7, 8.

rio: esse presuppongono che il debitore permanga obbligato a eseguire la prestazione, mentre non sono applicabili a seguito della sua liberazione dal vincolo. La tutela accordata al debitore che offre esattamente la prestazione è, dunque, provvisoria; se infatti il difetto di cooperazione perdura, è ragionevole e opportuno che il debitore si liberi dell'obbligazione riacquistando la piena disponibilità delle risorse destinate all'adempimento e orientandole verso altre direzioni. Con la liberazione del debitore, la *mora accipiendi* viene meno: una volta estinto il rapporto obbligatorio, infatti, cessa l'esigenza di proteggere il debitore dai pregiudizi derivanti dal protrarsi del vincolo e dal rischio dell'impossibilità della prestazione.

Passando a considerare, ora, questo secondo livello di tutela, occorre chiedersi come il debitore possa liberarsi del rapporto inattuato. Le soluzioni adottate nei sistemi giuridici occidentali appaiono sensibilmente diverse, e risultano influenzate dalla "forza di attrazione" esercitata dai rimedi contro l'inadempimento: la tutela del debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione, in altri termini, è condizionata dalla propensione del sistema ad assecondare l'attuazione coattiva del rapporto contrattuale o, invece, la sua risoluzione.

Nel diritto vigente in Francia anteriormente alla recente riforma delle obbligazioni, nel codice civile italiano del 1865 e nel codice delle obbligazioni svizzero, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione viene tutelato solo tramite il meccanismo del deposito: la legge gli consente di liberarsi ponendo la prestazione a disposizione del creditore, ma non lo tutela contro i pregiudizi e i rischi derivanti dal protrarsi del rapporto obbligatorio⁽⁴⁾. Non è contemplata la mora del creditore, sicché la semplice offerta della prestazione illegittimamente rifiutata non comporta l'applicazione di rimedi a tutela del debitore⁽⁵⁾: la protezione accordata a quest'ultimo si identifica con la legittimazione a depositare la prestazione illegittimamente rifiutata — che viene posta a disposizione del creditore — e a liberarsi così dell'obbligazione. Gli interessi corrispettivi dovuti sui debiti pecuniari, coerentemente, ces-

(4) Cfr. artt. 1257 ss. *Code civil*; artt. 1259 ss. c.c. abr.; artt. 91 ss. *Codice delle obbligazioni svizzero*.

(5) Nel *Codice delle obbligazioni svizzero*, per la precisione, si rinviene un espresso riferimento alla mora del creditore (art. 91), ma il debitore pregiudicato contro il difetto di cooperazione viene tutelato solo in conseguenza del deposito. Benché espressamente prevista dalla legge, la *mora accipiendi* non ha dunque rilevanza autonoma, ma concorre alla tutela del debitore solo in quanto costituisce il presupposto necessario della sua liberazione (art. 92, comma 1°).

sano di decorrere dal momento in cui il denaro viene (non semplicemente offerto, ma) depositato a beneficio del creditore, e il rischio dell'impossibilità della prestazione grava su quest'ultimo in conseguenza della liberazione dell'obbligato (6).

La scelta di proteggere il debitore solo a condizione che depositi la prestazione a favore del creditore è coerente con la preferenza del sistema francese per l'adempimento coattivo e il correlativo sfavore per la risoluzione del contratto. Le regole relative all'offerta e al deposito — che si rinvergono tuttora nel capo del *Code civil* destinato all'estinzione delle obbligazioni — inducono il debitore a privarsi della disponibilità della prestazione e a metterla a disposizione del creditore: la tutela accordata al debitore presuppone che egli non valichi i confini del rapporto obbligatorio interessato dal difetto di cooperazione.

Si trascura di considerare che quando l'obbligazione nasce da un contratto a prestazioni corrispettive è praticabile una soluzione alternativa del conflitto insorto tra le parti: alludiamo all'eventualità che il debitore, ottenuta la risoluzione, torni sul mercato e concluda un contratto sostitutivo con un interlocutore realmente interessato a ricevere la prestazione. Il deposito e la conseguente liberazione del debitore comportano invece, con ogni probabilità, l'esercizio di un'azione finalizzata ad ottenere l'esecuzione della prestazione corrispettiva, per ipotesi ancora esigibile: il bene depositato a favore del creditore non può essere ricollocato sul mercato, sicché al debitore, ormai liberato dal vincolo, non resta che esigere il pagamento del corrispettivo. In definitiva, subordinando al deposito la tutela offerta al debitore il sistema lo induce ad orientarsi verso l'attuazione coattiva del rapporto contrattuale piuttosto che verso la sua risoluzione.

Non è casuale che nello stesso contesto siano riscontrabili regole orientate a favorire l'attuazione del rapporto e a scongiurare la prospettiva della sua risoluzione. È sufficiente ricordare che il debitore convenuto in giudizio con l'azione di risoluzione può evitarla eseguendo la prestazione nel corso del processo (7): è tuttora

(6) Cfr. art. 1257, comma 2° *Code civil*; art. 1259, comma 2° c.c. abr.

(7) Cfr. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, p. 255, a cui si rinvia per i riferimenti alla giurisprudenza «costantemente orientata in questo senso» (nt. 86); JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique?*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, sous la direction de Fontaine et Viney, Bruxelles-Paris, 2001, p. 461, il quale ricorda l'orientamento della Cassazione francese che assegna all'atto di citazione il valore di costituzione in mora:

seguita (8), infatti, l'opinione tradizionale secondo cui la risoluzione ha la funzione di stimolare l'adempimento del debitore, indotto a eseguire la prestazione dalla prospettiva di perdere il corrispettivo (9). Il giudice può assegnare al debitore convenuto in giudizio un termine di grazia entro il quale eseguire la prestazione ed evitare così la risoluzione (10). Il creditore è legittimato a mutare la domanda di risoluzione in quella di adempimento, benché la variazione rischi di pregiudicare l'affidamento del debitore nello scioglimento del rapporto (11). Sebbene il

sicché mentre la domanda di risoluzione non deve essere preceduta da una sollecitazione ad adempiere, essa non preclude l'esecuzione della prestazione nel corso del giudizio.

(8) In particolare, da GENICON, *Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution: un revirement de jurisprudence regrettable*, RDC 2010, 829; ID., *Choix entre exécution forcée et résolution: souplesse dans l'exercice de l'option...mais jusqu'à quand?*, RDC 2009, 1008; ID., *La résolution du contrat*, cit., 258.

(9) Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*³, II, Paris, 1907, n. 918, p. 111 s.; LAURENT, *Principes de droit civil français*³, XVII, Bruxelles-Paris, 1878, n. 138, p. 154; HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, VII, *Contrats et obligations*, Paris, 1894, n. 270, p. 364; DÉMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*², II, Paris, 1871, n. 531, p. 506 s. Sulla stessa linea PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*⁵, revu et complété par Ripert, Paris, 1946, II, n. 431, p. 189. Secondo l'autore, se si ammette che il debitore convenuto in giudizio possa evitare la risoluzione adempiendo nel corso del processo è necessario accordare al creditore la legittimazione a mutare la domanda di risoluzione in quella di adempimento: «en droit moderne, on ne voit aucune bonne raison pour empêcher la partie, qui est d'abord prononcée pour la résolution du contrat, de changer ensuite ses conclusions et de poursuivre l'exécution, alors qu'on laisse au débiteur en faute le droit d'empêcher la résolution par une offre d'exécuter».

(10) La previsione — prima rinvenibile nell'art. 1184, al. 3° *Code civil* — viene riproposta anche a seguito della riforma del 2016: ai termini dell'art. 1228 del *Code civil* riformato, infatti, «le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts». Anche tale disposizione conferma il favore del legislatore francese per l'attuazione del rapporto e la funzione di stimolo all'adempimento attribuita alla risoluzione: sul punto v. JAMIN, *Les conditions de la résolution*, cit., p. 482. Per un commento del testo risultante dalla riforma, cfr. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*², Paris, 2018, p. 583, i quali ravvisano un rapporto di sostanziale continuità con la legislazione precedente: «dans le silence du texte, il est vraisemblable que la souplesse avec laquelle le juge mettait en œuvre le délai prévu par l'ancien article 1184, alinéa 3 du Code civil sera conservée».

(11) Cfr. Cass. civ. 25 mars 2009, *Bull. civ.* 2009, III, n. 67, RDC 2009, 1004, con nota di GENICON, *Choix entre exécution forcée et résolution*, cit.; Cass. civ. 23 mars 1971, *Bull. civ.* 1971, I, n. 97; Cass. com. 27 octobre 1953, D. 1954, 201; Cass. civ. 6 janvier

creditore abbia optato per la risoluzione del contratto, il regime processuale del rimedio è chiaramente indirizzato a favorire l'adempimento nel corso del giudizio ⁽¹²⁾.

1932, *DH* 1932, I, 114. Per un riscontro in dottrina, cfr. JAMIN, *Les conditions de la résolution*, cit., p. 459. Il mutamento della domanda di risoluzione in quella di adempimento riscuote il consenso della dottrina, che lo ritiene coerente con l'assunto per cui il contratto si scioglie solo a seguito della sentenza giudiziale: cfr. GENICON, *Retour sur l'option*, cit., p. 829; ID., *Choix entre exécution forcée et résolution*, cit., p. 1004 ss.; WELLER, *La liberté procédurale du contractant*, Aix-Marseille, 2004, p. 39, la quale osserva che se il giudice può rigettare le domande di risoluzione proposte da entrambe le parti condannandole ad adempiere — come la giurisprudenza francese ritiene — a maggior ragione l'attore è legittimato a mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione: «De fait, si la Cour de cassation a pu admettre que le juge puisse, sans modifier l'objet du litige, prononcer l'exécution alors que la résolution était de part et d'autre demandée, comment prétendre alors nier leur identité de finalité pour refuser au plaideur une substitution qu'il est possible au magistrat d'opérer ?».

(12) I criteri che governano i rapporti tra l'adempimento e la risoluzione sono coerenti con il favore degli interpreti verso il primo rimedio, ritenuto preferibile al secondo perché rispondente al principio secondo cui il contratto ha valore di legge (v. art. 1103 *Code civil* riformato, corrispondente all'art. 1134 del testo anteriore). La relazione gerarchica istituita tra i due rimedi si riflette sulla definizione dei poteri del giudice chiamato ad applicarli. Il creditore ha diritto a conseguire l'adempimento dell'obbligazione, sicché il giudice è tenuto ad accogliere la domanda: un'eventuale sentenza di rigetto può risultare giustificata solo qualora non sussistano i presupposti dell'azione, o il creditore abbia abusato del diritto fatto valere in giudizio. Per contro, non può affermarsi l'esistenza di un suo diritto ad ottenere la risoluzione del contratto: il giudice è libero di rigettare la domanda, indirizzando le parti verso l'attuazione dello scambio, se non ritiene opportuno lo scioglimento del rapporto (in questo senso v., nitidamente, GENICON, *La résolution du contrat*, cit., p. 255 ss.; P. ANCEL, *Le juge et l'inexécution du contrat*, in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, sous la direction de Collart Dutilleul e Coulon, Paris, 2007, p. 111 s.; LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, Paris, 2007, n. 711, p. 818; MALINVAUD, *Droit des obligations*¹⁰, Paris, 2007, n. 497, p. 358; DELEBECQUE et PANSIER, *Droit des obligations*⁴, Paris, 2006, p. 238; J. CARBONNIER, *Droit civil*, II, *Les biens. Les obligations*, Paris, 2004, p. 2233). La conclusione, senz'altro sorprendente per il giurista italiano, appare coerente con l'assunto secondo cui è la sentenza del giudice, e solo essa, a risolvere il contratto con effetto costitutivo: prima che sia pronunciata, il creditore non è titolare di un autonomo "diritto alla risoluzione", mentre può vantare il diritto di esigere la prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione violata. Sul punto v. anche LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2004, n. 219 ss., pp. 304 ss., il quale evidenzia che la discrezionalità del giudice competente a decidere sulla domanda di risoluzione si afferma a partire dalla seconda metà dell'800, mentre la giurisprudenza anteriore — applicando letteralmente l'art. 1184 *Code civil* — riteneva che il creditore fosse legittimato ad ottenere la risoluzione al verificarsi di un inadempimento non qualificato dal requisito della gravità.

Diversamente orientati i sistemi di *common law*, che nel disciplinare il difetto di cooperazione non assumono la prospettiva unilaterale dell'obbligazione, ma quella bilaterale dei contratti di scambio. Come si è ricordato, in questo ambito si rinvengono regole che proteggono il debitore contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto e sono per questo confrontabili con la mora del creditore. Ora si aggiunge che nei sistemi anglosassoni e nei testi normativi internazionali modellati su di essi la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione, sicché il debitore la cui offerta sia stata ingiustamente rifiutata è legittimato ad avvalersi dei rimedi contro l'inadempimento⁽¹³⁾.

Tra di essi, assumono speciale rilevanza la risoluzione e il risarcimento del danno: il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione, infatti, può sciogliere il rapporto inattuato e ricollocare sul mercato la prestazione rifiutata dal creditore mediante la conclusione di un contratto sostitutivo. Se il corrispettivo ottenuto a fronte della prestazione è inferiore a quello originariamente pattuito, o se il valore di mercato della medesima prestazione risulta inferiore ad esso, il debitore (parte fedele) può ottenere dal creditore (parte inadempiente) il risarcimento del danno differenziale. Oltre alla risoluzione del contratto, dunque, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione può conseguire il risarcimento dell'interesse positivo, che tende a collocarlo nella situazione in cui si sarebbe trovato se il sinallagma fosse stato attuato.

Coerentemente, la legittimazione del venditore ad esigere il pagamento del corrispettivo risulta incisivamente limitata. Se è possibile ricollocare sul mercato il bene rifiutato dal compratore, il sistema manifesta una netta preferenza per la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, circoscrivendo correlativamente l'azione per il pagamento del prezzo. La soluzione del conflitto conseguente al difetto di cooperazione viene indirizzata verso il ritorno al mercato e la destinazione della prestazione a soggetti interessati a riceverla: esito ritenuto preferibile rispetto a quello di stampo francese, che si identifica con l'attribuzione della prestazione al creditore disinteressato (deposito) e la conseguente pretesa del corrispettivo pattuito. D'altra parte, quando è legittimato a esigere il pagamento del prezzo, il debitore (venditore) ha l'onere di tenere la prestazione a disposizione del creditore (compratore) o di depositarla nel corso del processo: nei

(13) Per una ricognizione delle soluzioni adottate v., *infra*, §§ 7-10.

limiti in cui è ammessa, la scelta di esigere il pagamento del corrispettivo deve essere avvalorata dalla conservazione della capacità di adempiere⁽¹⁴⁾.

In posizione intermedia rispetto ai due modelli qui delineati si collocano i sistemi che, come quello italiano, da un lato non considerano la cooperazione quale oggetto di un'obbligazione suscettibile di giustificare l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento; dall'altro adottano la mora del creditore, e per mezzo di essa tutelano il debitore che avendo effettuato una valida offerta e non essendosi ancora liberato mediante il deposito resta obbligato ad adempiere. Se il debitore viene protetto contro il difetto di cooperazione anche a seguito di una semplice offerta, non (ancora) seguita dal deposito, l'opzione tra le due soluzioni resta teoricamente aperta: il debitore conserva la disponibilità della prestazione, e — protetto dagli effetti della mora — può valutare l'opportunità di sciogliere il rapporto e concludere un contratto sostitutivo avente ad oggetto la prestazione rifiutata o, in alternativa, effettuare il deposito ed esigere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva. Occorre allora considerare se, e al verificarsi di quali presupposti, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione e protetto dalla *mora accipiendi* possa liberarsi mediante la risoluzione del contratto; se, in altri termini, anche laddove la cooperazione non costituisca oggetto di una obbligazione la risoluzione rappresenti un'alternativa praticabile alla scelta di effettuare il deposito ed esigere il pagamento del corrispettivo⁽¹⁵⁾.

Fino a questo momento abbiamo ragionato sul presupposto che il debitore abbia effettuato una valida offerta, dimostrando così di essere pronto ad adempiere. Il difetto di cooperazione può tuttavia interferire con l'attuazione del rapporto obbligatorio in una fase logicamente anteriore, determinando l'impossibilità della prestazione e precludendo così la stessa formulazione dell'offerta. La situazione differisce da quella, considerata poc'anzi, in cui la prestazione diviene impossibile per causa non imputabile al debitore dopo che il creditore ha rifiutato l'offerta: qui un fatto ascrivibile al creditore incide direttamente sulla prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione rendendone impossibile l'esecuzione. In questa ipotesi si può presumere che il comportamento del creditore, in quanto anteriore all'offerta, abbia precluso l'esecuzione della prestazione prima che il debitore abbia

(14) V., *infra*, § 7.

(15) V., *infra*, §§ 15, 16.

integralmente sostenuto i costi e gli investimenti necessari per mettersi in condizione di adempiere.

Se le due fattispecie sono sensibilmente diverse, esse comportano la lesione di interessi coincidenti. Come il debitore che dopo aver effettuato la costituzione in mora si trova impossibilitato ad adempiere per causa a lui non imputabile, così il debitore che non può eseguire la prestazione per fatto del creditore si vede preclusa l'attuazione dello scambio: divenuta la prestazione impossibile il debitore non può eseguirla, né esigere il pagamento del corrispettivo. L'impossibilità della prestazione imputabile al creditore — come quella sopravvenuta durante la sua mora — lede, dunque, l'interesse positivo del debitore; essendo la prestazione divenuta impossibile per causa imputabile alla controparte, il debitore merita di essere collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato se lo scambio fosse stato attuato. In definitiva, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa imputabile al creditore giustifica, oltre alla risoluzione del contratto, l'attribuzione di un risarcimento commisurato all'interesse positivo.

3. *Mora del creditore e deposito liberatorio nella codificazione del '42: il modello francese e le istanze di riforma.* — Il codificatore del 1942 introduce nella legislazione italiana la mora del creditore: già adottato dal BGB, l'istituto non era invece contemplato dal codice civile del 1865, aderente anche sotto questo profilo al paradigma francese.

Perché il debitore consegua una prima forma di tutela contro il difetto di cooperazione è sufficiente che effettui una valida offerta, non essendo invece necessario che si privi della disponibilità della prestazione affidandone la detenzione a un terzo e destinandola irrevocabilmente al creditore. Mentre il deposito o il sequestro liberano il debitore estinguendo l'obbligazione, la *mora accipiendi* presuppone che egli permanga obbligato: a seguito dell'offerta validamente effettuata — ed illegittimamente rifiutata dal creditore — il rapporto obbligatorio persiste, e il suo regime si adatta a proteggere il debitore contro i danni e i rischi conseguenti al protrarsi del vincolo. La mora del creditore, dunque, si risolve in una serie di rimedi che reagiscono alla dilatazione del rapporto obbligatorio determinata dal difetto di cooperazione.

Se con l'adozione dell'istituto si intende offrire al debitore una tutela più agile e immediata, in quanto anticipata al momento dell'offerta, il dettato del codice (artt. 1206 ss.), come integrato dalle disposizioni di attuazione (artt. 73 ss.), ne subordina l'applicazione al

rispetto di un procedimento alquanto impegnativo. Il debitore deve effettuare l'offerta tramite un pubblico ufficiale, che redige un processo verbale attestante, oltre al contenuto e alle modalità dell'atto, il comportamento tenuto dal creditore in conseguenza di esso (artt. 1208 n. 7 c.c.; 73 ss. disp. att.). Se il creditore non l'accetta, l'offerta deve essere convalidata dal giudice: gli effetti della mora si producono solo a condizione che essa sia stata «dichiarata valida con sentenza passata in giudicato» o sia stata «accettata dal creditore» (art. 1207, comma 3° c.c.). Aniché rimettere alle parti interessate o controinteressate agli effetti della mora l'iniziativa di avvalorare o contestare la regolarità dell'offerta, il dettato del codice la assoggetta al controllo necessario e preventivo del giudice, la cui sentenza di convalida assume carattere costitutivo. Nel relativo giudizio il contenuto e le modalità dell'offerta, come il comportamento tenuto dal creditore, non richiedono alcuna attività di istruzione probatoria, in quanto documentati dal verbale redatto dal pubblico ufficiale.

Le formalità richieste dalla legge per il perfezionamento dell'offerta sono, dunque, (cronologicamente anteriori, ma) logicamente conseguenti alla previsione del giudizio di convalida. Se l'offerta non accettata dal creditore è necessariamente assoggettata al controllo del giudice, quest'ultimo è esonerato dall'attività istruttoria altrimenti necessaria per accertare il presupposto della mora: con la conseguenza che il giudizio di convalida risulta incentrato sul confronto tra l'offerta documentata dal verbale e la prestazione dovuta.

Se poi il rifiuto del creditore perdura, il debitore può liberarsi effettuando il deposito o il sequestro: anch'essi sono documentati da un verbale redatto da un pubblico ufficiale e in assenza dell'accettazione del creditore comportano l'estinzione dell'obbligazione solo se convalidati con sentenza passata in giudicato (artt. 1210, comma 2°; 1212, comma 1°, nn. 3, 4 c.c.; artt. 78, 79 comma 2° disp. att.).

Le differenze rispetto alla normativa previgente sono molto rilevanti⁽¹⁶⁾. In relazione alle obbligazioni aventi ad oggetto la consegna di un immobile, non disciplinate dal codice civile abrogato, risulta oggi espressamente prevista la costituzione in mora del creditore (art. 1216,

(16) Per un puntuale confronto, cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, Artt. 1206-1217, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 1 ss.; ID., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 4 s., nt. 3; Più di recente, v. CURSI, *La mora del creditore*, nel *Tratt. obbligazioni Garofalo-Talamanca*, Padova, 2010, p. 805 ss.

comma 1° c.c.) e la liberazione del debitore mediante sequestro (art. 1216, comma 2° c.c.). Sanando una carenza della legislazione anteriore, viene poi tutelato contro il difetto di cooperazione anche il debitore di prestazioni di fare (art. 1217 c.c.): sebbene la legge si limiti a prevedere la *mora accipiendi*, senza regolamentare la liberazione del debitore, l'integrazione è molto rilevante, perché le più frequenti applicazioni dell'istituto interessano proprio prestazioni di fare (lavoro subordinato, appalto).

Nel codice civile del 1865, del resto, la mora del creditore non era prevista, in quanto il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione era tutelato solo se all'offerta rifiutata dal creditore faceva seguito il deposito liberatorio (artt. 1259 ss.). Il debitore non era protetto contro la dilatazione del rapporto perché la legge lo tutelava solo riconoscendogli la legittimazione a liberarsi da esso; l'offerta non era sufficiente perché anche a seguito di essa il debitore permaneva obbligato.

La scelta di adottare la mora del creditore operata dal legislatore del '42 riavvicina la legislazione attuale alla tradizione romanistica; la allontana, invece, dal paradigma del *Code Napoléon*, fedelmente recepito dal codice civile del 1865. Nella giurisprudenza romana dell'età classica e in quella del diritto comune europeo, la categoria della *mora accipiendi* designa una serie di rimedi che tutelano il debitore contro il protrarsi del rapporto obbligatorio⁽¹⁷⁾. Il presupposto è rappresentato

(17) Con riferimento al diritto romano, cfr. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2005, p. 74 ss.; VIGNERON, *Offerre aut deponere: de l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*, Liège, 1979; BOVE, voce *Offerta reale (storia)*, in *EdD*, XXIX, Milano, 1979, p. 772 ss.; CANNATA, voce *Mora (storia)*, in *EdD*, XXVI, Milano, 1976, p. 928; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 6; RICCOBONO jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, *Ann. Sem. Palermo*, XXIX, Palermo, 1962, pp. 105 ss., 295 ss.; GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, *Ann. Sem. Palermo*, XI, Cortona, 1923, p. 163 ss.; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, 1, tr. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino, 1904, p. 333 ss. In relazione al diritto intermedio, cfr. CURSI, *La mora del creditore*, cit., p. 805 ss.; VAQUER, *Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common ?) Principles of European Contract Law*, in *17 Tul. Eur. & Civ. L. F.*, 83, 85 s.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1992, p. 817 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 6, testo e nt. 9; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 163, testo e nt. 138; SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, pp. 6, 34 s.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, II, Firenze, 1907, p. 121, il quale, peraltro, sottolinea la divergenza tra le soluzioni proposte nel diritto comune: a fronte di opinioni che ritengono sufficiente la semplice offerta, si riscontrano massime che,

dall'offerta della prestazione: se validamente effettuata, essa dimostra che la dilatazione del vincolo è ascrivibile al rifiuto ingiustificato opposto dal creditore. Nel diritto comune, la propensione ad attribuire effetti alla semplice offerta si coniuga con l'affermata convergenza tra *mora accipiendi* e *mora debendi*, considerate quali varianti di una figura unitaria incentrata sul concetto di «ritardo imputabile» alle parti del rapporto obbligatorio; se nella variante riferibile al creditore la mora non è altro che il ritardo a lui imputabile, a giustificare i suoi effetti non occorre il deposito, che comporta l'estinzione dell'obbligazione, ma è sufficiente una valida offerta.

L'indirizzo riscontrabile nel diritto comune in sintonia con la giurisprudenza romana dell'età classica viene tuttavia disatteso, nel contesto francese, dai due autori che offrono il contributo più rilevante alla futura codificazione civile. Entrambi ritengono necessario che a seguito del rifiuto della prestazione il debitore proceda al deposito del bene promesso, ottenendo così la liberazione dal vincolo; la sola offerta non è sufficiente a giustificare una tutela contro il difetto di cooperazione. Il fondamento di tale soluzione sembra doversi riscontrare da un lato nel diritto romano postclassico, in cui, come vedremo, la protezione del debitore pregiudicato dal rifiuto della prestazione era subordinata al deposito o alla dimostrazione della capacità di adempiere; dall'altro, in fonti di carattere consuetudinario.

Così, alla fine del XVII secolo Domat afferma che a seguito del rifiuto della prestazione il debitore può procedere al deposito: quest'ultimo — che richiede, in base agli usi, l'autorizzazione del giudice e deve essere intimato alla controparte — determina l'estinzione dell'obbligazione, facendo cessare l'obbligo di corrispondere frutti e interessi ⁽¹⁸⁾. Nessun rimedio viene invece ricondotto alla semplice offerta.

Più completa la trattazione condotta da Pothier alcuni decenni dopo. L'autore affronta l'argomento nel contesto delle cause di estinzione delle obbligazioni, ed esordisce identificando il rimedio accordato al debitore con il deposito presso terzi della cosa o della somma

invece, richiedono il ricorso al deposito. Con ogni probabilità, l'instabilità rilevata dall'autore è dovuta all'incoerenza terminologica delle fonti romane, alcune delle quali sembrano ritenere il debitore liberato per effetto della semplice offerta, mentre altre subordinano la liberazione al deposito: sul punto v. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, cit., p. 163 ss.

(18) Cfr. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*², II, 1697, liv. IV., tit. I, sect. II, p. 486, VIII.

dovuta eseguito dal debitore sulla base di un provvedimento giurisdizionale (*consignation*): benché non sia sovrapponibile all'adempimento, in quanto il bene o la somma non entrano a far parte del patrimonio del creditore, il rimedio tutela il debitore liberandolo dall'obbligazione e dai suoi accessori (frutti ed interessi) (19). Il deposito presuppone la formulazione di una valida offerta effettuata con atto di ufficiale giudiziario o di altro funzionario, rivestita delle formalità richieste per le notifiche degli atti giudiziari e asseverata, secondo gli usi, dalla presenza di testimoni (20).

Nel procedimento delineato dall'autore, l'offerta risulta inscindibilmente connessa al deposito. L'intimazione a ricevere la prestazione notificata al creditore, infatti, include la citazione a comparire davanti al giudice, al quale si domanda di accordare l'autorizzazione al deposito; nel giudizio che ne consegue, il creditore può contestare la validità dell'offerta ed impedire così che il deposito venga accordato. Si ammette tuttavia — sulla base di una pronuncia giurisprudenziale dei primi del '700 — che il debitore possa procedere al deposito in assenza di una preventiva autorizzazione giudiziale indicandone la data e il luogo contestualmente all'offerta notificata al creditore. In questa ipotesi, la *consignation* deve essere convalidata dal giudice, con effetti che retroagiscono alla data in cui il bene è stato depositato (21).

La trattazione dei due autori trova riscontro nel *Code civil*, che non prevede la mora del creditore; l'istituto viene infatti adottato dall'ordinamento francese più di due secoli dopo, nel contesto della riforma delle obbligazioni e dei contratti recentemente realizzata (22). Nel testo originario del *Code*, la formulazione di una valida offerta non è sufficiente a tutelare il debitore, che a seguito del rifiuto opposto dal creditore è tenuto a liberarsi mediante il deposito (art. 1257, al. 1): solo a seguito di esso il creditore assume il rischio dell'impossibilità della prestazione e si arresta la decorrenza degli interessi sui debiti pecuniari

(19) Cfr. POTHIER, *Traité des obligations*², II, 1764, part. III, chap. I, art. VIII, n. 536 s., p. 91 s.

(20) Cfr. POTHIER, *Traité des obligations*², II, cit., n. 543, p. 94.

(21) Cfr. POTHIER, *Traité des obligations*², II, cit., n. 543, p. 94 s.

(22) Si vedano, oggi, gli artt. 1345-1345-3 *Code civil*, recanti la disciplina della «*Mise en demeure du créancier*»; essi sono stati introdotti dall'*Ordonnance* n. 2016-131 del 20 febbraio 2016, intitolata «*réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*».

(art. 1257, al. 2) ⁽²³⁾. Ugualmente evidente è l'influenza esercitata dalla trattazione di Pothier sui requisiti formali e sostanziali che condizionano la validità dell'offerta e del conseguente deposito: si allude, in particolare, alla notificazione ad opera di un pubblico ufficiale (art. 1258, n. 7).

Esaminando i lavori preparatori, tuttavia, si nota una significativa divergenza rispetto all'elaborazione dottrinale precedente. In più occasioni viene espressa l'opinione che l'autorizzazione o la convalida del deposito non siano imprescindibili, dovendo essere il controllo giudiziale attivato su iniziativa del creditore ⁽²⁴⁾; il sindacato giudiziale sulla validità dell'offerta e del conseguente deposito sarebbe stato solo eventuale, in quanto promosso dalle parti rispettivamente interessate ad avvalorare (il debitore) e a contestare (il creditore) l'estinzione dell'obbligazione.

Chiaramente espressa nei lavori preparatori, l'opinione non si

(23) Mentre il primo effetto è previsto dalla legge, che lo riconduce espressamente alla *consignation*, il secondo è stato individuato dalla giurisprudenza sulla base di un dato normativo chiaramente orientato a subordinare la tutela del debitore al perfezionamento deposito: cfr. Cass. civ. 1^{re} 11 juin 2002, n. 99-10.044, in *Bull civ.*, I, n. 162, *D.* 2002, *IR* 2172, *RTD civ.* 2002, 813, con osservazioni di MESTRE e FAGES; Cass. civ. 1^{re} 3 février 1998, n. 96-12.098, per esteso in *Juris Classeur*; Cass. civ. 1^{re} 31 mars 1993, n. 90-19.607, in *Bull civ.*, I, n. 134 e in *Juris Classeur*; Cass. civ. 2^{ème} 4 janvier 1989, n. 87-18.728, per esteso in *Juris Classeur*.

A seguito della riforma del febbraio 2016, entrambi gli effetti discendono dalla costituzione in mora del creditore: e siccome la legge non ne definisce le modalità, è ipotizzabile che a realizzarla sia sufficiente un'offerta della prestazione seria e attendibile. Cfr. art. 1345 del *Code civil* riformato: «1. Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution. 2. La mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur et met les risques de la chose à la charge du créancier, s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur».

(24) Cfr. BIGOT-PRÉAMENEU, *Présentation au corps législatif et exposé des motifs*, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, XIII, p. 273: «Suivant un usage presque général, la consignation devait être autorisée par le juge: cette procédure n'a point été regardée comme nécessaire. Le débiteur ne doit pas souffrir des délais qu'elle entraînerait, et le créancier, averti par les offres réelles, et ensuite par une sommation qui lui indiquera le jour, l'heure et le lieu où la chose offerte sera déposée, est mis à l'abri des surprises. Il peut prévenir la consignation en demandant la nullité des offres réelles. C'est alors seulement qu'un jugement est nécessaire pour autoriser la consignation, s'il est décidé que les offres sont valables». Dello stesso tenore le parole di JAUBERT, *Rapport sur le Chapitre V, De l'estinction des obligations*, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires*, cit., p. 352.

traduce in modo limpido nella formulazione dell'articolato: se infatti, su richiesta della sezione legislativa del Tribunato, viene espunto dal testo dell'art. 1257 l'aggettivo «jugées» — che riferito alle offerte seguite dalla *consignation* sembrava imporre il necessario controllo del giudice ⁽²⁵⁾ — le disposizioni seguenti subordinano l'irrevocabilità del deposito, sintomatica della liberazione del debitore, all'accettazione del creditore o alla pronuncia di una sentenza passata in giudicato (artt. 1261, 1262).

Non sorprende, allora, che la giurisprudenza francese, focalizzata sull'esigenza di tutelare gli interessi del creditore, abbia avvalorato una ricostruzione del dato normativo corrispondente alle opinioni di Domat e Pothier. Si è infatti ritenuto che quando il creditore non accetta il deposito il debitore si libera solo se ne ottiene la convalida con sentenza passata in giudicato, restando altrimenti obbligato ⁽²⁶⁾. Il controllo giudiziale sulla validità del binomio offerta-deposito — concepito dai redattori del *Code* come eventuale — costituisce, nell'interpretazione giurisprudenziale, requisito necessario della liberazione del debitore.

La scelta di non recepire la mora del creditore e di limitare al deposito liberatorio la tutela accordata al debitore viene recepita dal codice civile italiano del 1865, che riproduce fedelmente i lineamenti del modello francese. Così, solo dal giorno del deposito, e non da quello dell'offerta, cessa la decorrenza degli interessi e il creditore assume il rischio del perimento fortuito del bene (art. 1259, comma 2°); d'altra parte, l'offerta che prelude al deposito è valida solo se effettuata tramite un notaio o un altro pubblico ufficiale legittimato a notificarla (art. 1260, n. 7). Esplicitando nell'articolato normativo l'opinione

(25) Cfr. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires*, cit., p. 159. La sezione legislativa del Tribunato ritiene «incontestable que toutes les fois qu'il y aura difficulté sur la validité des offres il faudra qu'il y ait un jugement». Tuttavia, «pour que des offres soient valables et qu'elles tiennent lieu de paiement, il n'est pas nécessaire qu'un jugement soit rendu». Il suggerimento viene recepito nella redazione definitiva del testo approvato al Consiglio di Stato: l'art. 157 del titolo dedicato ai contratti e alle obbligazioni in generale, corrispondente all'art. 1257 del *Code civil*, non contiene più l'aggettivo «jugées», in quanto il controllo giudiziale sulla validità dell'offerta è solo eventuale (FENET, *Recueil complet*, cit., p. 195).

(26) Cfr. Cass. civ. 3^{ème} 10 décembre 2003, n. 02-12.894 (*obiter*), reperibile per esteso nella banca dati *Juris Classeur*; Cass. civ. 3^{ème} 2 février 2000, n. 97-22.665, *Bull. civ.* III, n. 24, *RTD civ.* 2000, 333, con osservazioni di MESTRE e FAGES; Cass. civ. 1^{re} 6 mars 1973, *Bull. civ.* I, n. 83; CA Rennes 12 décembre 1977, reperibile nella banca dati *Juris Classeur*.

appena riscontrata nei lavori preparatori del *Code civil*, si prevede che il deposito non debba essere necessariamente autorizzato dal giudice (art. 1261). Tuttavia, siccome in assenza dell'accettazione del creditore esso diviene irrevocabile solo se convalidato con sentenza passata in giudicato (art. 1263, 1264), anche nel contesto italiano si ritiene che il provvedimento del giudice sia necessario ai fini della liberazione del debitore: la revoca del deposito appare incompatibile con la liberazione, sicché la sentenza di convalida — che la preclude — viene ritenuta necessaria per l'estinzione del vincolo (27). Come avviene nel diritto francese, l'applicazione dei rimedi accordati al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione è necessariamente assoggettata al controllo del giudice.

Nella dottrina italiana attiva tra la fine dell'ottocento e i primi del novecento, l'adesione al modello francese non riscuote consenso (28). Si ritiene preferibile tutelare il debitore a partire dal momento dell'offerta, antepoendo al deposito liberatorio la mora del creditore: soluzione avvalorata dalla tradizione romanistica e dalla pandettistica tedesca, che nel corso dell'ottocento, sulla base delle fonti romane, elabora il retroterra giuridico e culturale della futura codificazione civile. A seguito della promulgazione del BGB, che recepisce la *mora accipiendi* (§§ 293 ss.), le suggestioni provenienti dalla dottrina tedesca trovano puntuale riscontro sul piano normativo. Il graduale distacco dall'approccio esegetico e la corrispondente adesione al metodo sistematico promosso dai giuristi tedeschi legittima, sul piano del metodo, il dissenso rispetto alla scelta effettuata dal legislatore e la ricerca di soluzioni volte a tutelare il debitore fin dal momento dell'offerta (29).

(27) V., sul punto, CURSI, *La mora del creditore*, cit., p. 804; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 95; PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*², Padova, 1935, p. 369 s.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, VII, cit., p. 358 ss.; FERRINI, voce *Obbligazione*, in *Enc. giur. it.*, XII, 1, Milano, 1900, p. 629.

(28) In termini critici nei confronti del modello francese e dei codici che si ispirano ad esso v., in particolare, POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², Roma, 1915, n. 123, pp. 545, 548; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, II, cit., p. 124; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., pp. 9, 44 s. Nella dottrina francese, peraltro, si riscontra una voce che propone di anticipare al momento dell'offerta la tutela accordata al debitore: quella di TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 4^{ème} ed., VII, Paris, 1824, n. 221 ss., pp. 284 ss. Sulla stessa linea, nella sua esposizione del diritto francese, CROME, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts*, Manheim, 1894, II, p. 191 s. Tali opinioni restano, tuttavia, affatto minoritarie nella dottrina francese: sul punto si rinvia a SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 37 ss.

(29) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 10.

Se la tensione verso tale risultato è evidente, è anche vero che, in presenza di un dato normativo chiaramente orientato in senso contrario, le opinioni indirizzate in questo senso sono nettamente minoritarie⁽³⁰⁾.

Così, secondo una voce autorevole il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore graverebbe sul creditore già al momento dell'offerta⁽³¹⁾, essendo sufficiente a giustificare tale risultato la circostanza che a causa del difetto di cooperazione il bene (la prestazione) sia stato esposto a un rischio che altrimenti non si sarebbe configurato⁽³²⁾. La dottrina maggioritaria, tuttavia, ritiene che anche a seguito dell'offerta illegittimamente rifiutata, e fino al momento del deposito, il rischio continui a gravare sul debitore⁽³³⁾.

Stante la chiarezza del dato normativo (art. 1259, comma 2°), è

(30) Anche in giurisprudenza si afferma un orientamento che, in sintonia con il dato normativo, subordina al deposito l'applicazione dei rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione: cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 12, testo e nt. 13.

Nel panorama dottrinale, si colloca in posizione interlocutoria SCUTO, *La mora del creditore*, cit., pp. 34-58, spec. 37-39 e 46 s., che perviene a conclusioni differenziate in dipendenza delle modalità dell'offerta. Secondo l'autore, quando il codice civile previgente prescriveva l'offerta reale (art. 1259 c.c. abr.) il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione avrebbe potuto tutelarsi solo effettuando il deposito: per quanto tale conclusione venga ritenuta oltremodo rigorosa per il debitore, in base al dato normativo la tutela accordatagli non può essere anticipata al momento dell'offerta. Quando invece era ammessa l'offerta per intimazione (c.d. offerta verbale: art. 1266 c.c. abr.), la stessa sarebbe stata sufficiente a costituire a costituire in mora il creditore, proteggendo il debitore contro la dilatazione del rapporto obbligatorio conseguente alla condotta non cooperativa della controparte.

(31) Cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, II, cit., p. 123 s. Per un'analisi critica della posizione di Giorgi, cfr. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 36 ss.

(32) Cfr. BELLINI, *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1921, p. 45.

(33) Cfr. D'ONOFRIO, voce *Offerta reale*, in *N.D.I.*, XVII, Torino, 1939, p. 20 s.; SAMPERI, voce *Mora*, in *Dizionario pratico del diritto privato* fondato da Scialoja e diretto da Bonfante, de Ruggiero, Maroi, III, Milano, s.d., p. 1247; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*², Fratelli Bocca, Milano, 1925, ristampato da Esi, Napoli, 2012, p. 556; LORIZIO, voce *Offerta reale*, in *Dizionario pratico del diritto privato* fondato da Scialoja e diretto da Bonfante, de Ruggiero, Maroi, IV, Milano, s.d., p. 358; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², cit., pp. 548, 553 (sia pure in termini critici verso la soluzione adottata dal legislatore); SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 123 ss.; BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Arch. giur.*, 1899, p. 72 s.; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, Napoli, 1890, p. 175; BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, Torino, 1877, p. 708.

ancor più netto l'orientamento relativo agli interessi sui debiti pecuniari, che si ritengono non dovuti solo a decorrere dal momento del deposito ⁽³⁴⁾.

Quanto alla limitazione della responsabilità del debitore al dolo e alla colpa grave — attestata dalle fonti romane e recepita dalla legislazione tedesca — si riscontrano alcune opinioni favorevoli ⁽³⁵⁾, a fronte di diverse indirizzate in senso contrario ⁽³⁶⁾. Si ritiene, infatti, che in assenza di un puntuale fondamento normativo il debitore resti pienamente responsabile anche a seguito dell'offerta, essendogli concesso solo di liberarsi effettuando il deposito.

Si riscontra, invece, una posizione favorevole ad ammettere il risarcimento del danno derivante dall'illegittimo rifiuto dell'offerta e dal conseguente protrarsi del rapporto obbligatorio ⁽³⁷⁾; occorre tuttavia osservare che in assenza di un puntuale fondamento normativo la dottrina del tempo è meno interessata al rimedio risarcitorio, dedicando maggiore attenzione all'imputazione del rischio e alla decorrenza degli interessi.

4. Segue. *L'ambiguità della soluzione adottata e l'area tematica prescelta dal legislatore: il diritto delle obbligazioni.* — Come risulta dalla ricostruzione appena svolta, il codificatore del '42 si confronta da un lato con la legislazione anteriore, che seguendo il modello francese subordina al deposito la tutela accordata al debitore e gli impone il rispetto di un procedimento assai impegnativo; dall'altro, con le suggestioni della dottrina italiana e di esperienze straniere, che sulla base della tradizione romanistica promuovono l'anticipazione della tutela al momento dell'offerta e la conseguente adozione della mora del creditore.

(34) Cfr. D'ONOFRIO, voce *Offerta reale*, cit., p. 20 s.; BELLINI, *Sull'obbligo del creditore*, cit., p. 49; SAMPERI, voce *Mora*, cit., p. 1247; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², cit., pp. 548, 553; LORIZIO, voce *Offerta reale*, cit., p. 358; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 142 ss.; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 175; BORSARI, *Commentario del codice civile*, cit., p. 708.

(35) Cfr. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*², cit., p. 556; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, II, cit., p. 118; FERRINI, voce *Obbligazione*, cit., p. 626 s.

(36) Cfr. MONTEL, voce *Mora (diritto civile)*, in *N. D. I.*, XVII, Torino, 1939, p. 748; SAMPERI, voce *Mora*, cit., p. 1247; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 120 ss.; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², cit., p. 553 ss.

(37) Ci si riferisce a BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento*, cit., p. 72 s.

Nel tentativo di coniugare continuità e innovazione si adotta una soluzione ambigua, nel contesto della quale gli aspetti sostanziali della disciplina non sembrano integrarsi armonicamente con quelli procedurali (38). Con l'elaborazione della mora del creditore si sceglie di tutelare fin dal momento dell'offerta il debitore pregiudicato dal protrarsi del vincolo: il nuovo istituto, che presuppone la permanenza del rapporto obbligatorio, si differenzia nettamente dal deposito (39). D'altra parte, l'applicazione dei corrispondenti rimedi richiede un procedimento complesso, che prevede la verbalizzazione dell'offerta da parte di un pubblico ufficiale e, in assenza dell'accettazione del creditore, la pronuncia di una sentenza di convalida (40): benché la mora non determini l'estinzione dell'obbligazione né giustifichi un mutamento della posizione del debitore rispetto alla prestazione dovuta, la legge ne subordina gli effetti al controllo del giudice.

Una tutela necessariamente provvisoria, in quanto presuppone la permanenza del rapporto obbligatorio, risulta così condizionata al verificarsi di un requisito che può richiedere tempi lunghi, oltre al rispetto di formalità piuttosto onerose (41). È comprensibile, dunque, che nella prassi il debitore decida di impegnarsi in modo così rilevante quando il rifiuto del creditore perdura, e la conseguente situazione di stallo può essere superata solo mediante il deposito liberatorio: il procedimento necessario ai fini della costituzione in mora si integra, così, con quello che porta all'estinzione dell'obbligazione. Se invece l'impedimento rappresentato dal difetto di cooperazione viene meno o

(38) Per un'analogia valutazione v., incisivamente, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 13 s. Più di recente v., nello stesso senso, ADDANTE, *Della mora del creditore*, Artt. 1206-1217, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2017, p. 20.

(39) La consapevolezza delle differenze funzionali tra mora del creditore e deposito liberatorio risulta chiaramente dalla *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni*, n. 90. Il relatore Grandi osserva che gli effetti della mora devono necessariamente «verificarsi dal giorno dell'offerta, se questa successivamente sia dichiarata valida con sentenza passata in giudicato o sia accettata dal creditore. Il rimandare al giorno del deposito la produzione degli effetti medesimi dà luogo a vere incongruenze, perché il deposito è liberatorio e, dopo di esso, non si può parlare di *mora accipiendi*, come non sarebbe possibile parlarne dopo l'adempimento. L'anticipazione della *mora creditoris* al giorno dell'offerta diviene, così, coerente alla funzione esclusivamente liberatoria attribuita al deposito...».

(40) Cfr. artt. 1207, comma 3°, 1208 n. 7 c.c.; artt. 73-75 disp. att.

(41) Sul punto v., incisivamente, CAMARDI, *Della mora del creditore*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, sub art. 1206, pp. 737 ss., 750.

si prospetta una soluzione del conflitto alternativa al deposito — si allude, in particolare, alla risoluzione del contratto — è probabile che il debitore rinunci ad avvalersi degli effetti della mora.

Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza conferma questa ricostruzione. Nella pratica giudiziaria, la mora del creditore ricorre con frequenza in relazione alle prestazioni di fare, l'offerta delle quali può essere fatta nelle forme d'uso e non richiede la convalida giudiziale (art. 1217 c.c.). Al di fuori di questo ambito la figura ha raramente rilevanza autonoma, in quanto i suoi effetti vengono invocati nelle situazioni, non proprio frequenti, in cui il deposito costituisce l'unica soluzione possibile del conflitto determinato dal difetto di cooperazione.

Se dunque la fisionomia della *mora accipiendi* si differenzia nettamente da quella del deposito, i requisiti procedurali previsti dalla legge favoriscono, nella prassi, la contiguità tra i due istituti ⁽⁴²⁾.

Non solo. Essendo il difetto di cooperazione regolato nel titolo delle obbligazioni, anziché in quello dedicato al contratto, il deposito sembra costituire l'unico strumento che consente al debitore di liberarsi dal vincolo; nella prospettiva unilaterale propria del diritto delle obbligazioni, la risoluzione non trova posto. Come avremo occasione di vedere, la tendenza ad identificare la liberazione del debitore con il deposito viene avvallata dalla dottrina contemporanea, che non si cura di raccordare gli artt. 1206 ss. c.c. con la disciplina del contratto, ma rinviene in essi un sistema tendenzialmente chiuso ed autosufficiente. La risoluzione viene presa in considerazione solo quando il deposito risulta impraticabile, cioè in relazione alle prestazioni di fare ⁽⁴³⁾.

Nella disciplina della vendita di cose mobili, tuttavia, si prospetta una soluzione alternativa, già adottata dal codice civile del 1865 (art. 1512) e dal *Code civil* francese (art. 1657). Se il compratore, la cui obbligazione di pagare il prezzo non sia scaduta, non riceve il bene preventivamente offertogli dal venditore, quest'ultimo può risolvere il contratto e tornare sul mercato per reperire un nuovo acquirente (art. 1517, comma 2° c.c.).

La soluzione è antitetica a quella incentrata sul deposito liberatorio, che destinando definitivamente il bene al creditore impedisce la risoluzione e la conclusione di un contratto sostitutivo e prelude all'esercizio di un'azione finalizzata ad ottenere il pagamento del cor-

(42) Per un'analogia notazione cfr. SICCHIERO, voce *Offerta reale*, in *D. disc. priv.*, sez. *civ.*, Agg.*****, Torino, 2012, p. 726.

(43) V., *infra*, § 9, ntt. 111-113.

rispettivo. Si comprende, dunque, che gli interpreti del *Code civil* e del codice civile abrogato abbiano “letto” in modo settoriale la disciplina della vendita mobiliare, senza tentare di raccorderla con quella del deposito (44).

La risoluzione sembra poter essere integrata più facilmente nel contesto dei sistemi che contemplano la mora del creditore. A differenza del deposito, quest'ultima non è incompatibile con il rimedio risolutorio, in quanto il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione è tutelato a seguito di una semplice offerta, mentre è ancora obbligato e conserva la disponibilità della prestazione; se ne sussistono le condizioni, può valutare l'opportunità di risolvere il contratto e ricollocare la prestazione sul mercato restando protetto dagli effetti della mora fino al momento in cui il rapporto si scioglie. Anche la dottrina contemporanea, tuttavia, non ricava dalla disciplina della vendita alcuna indicazione che consenta di avvalorare la risoluzione come alternativa al deposito (45).

Del resto, la mora del creditore e il deposito liberatorio non vengono coordinati con la disciplina del contratto, ed in particolare con il rimedio risolutorio, nemmeno nel contesto di un atto normativo recente e assai meditato come quello che ha appena realizzato, in Francia, la riforma del diritto delle obbligazioni (46). Il provvedimento introduce anche nel diritto francese la mora del creditore, regolamentandola insieme al deposito nel contesto del capo dedicato all'estinzione delle obbligazioni. Quando il creditore rifiuta di ricevere il pagamento o non coopera all'adempimento dell'obbligazione, il debitore può costituirlo in mora sollecitandolo ad accettare la prestazione o

(44) V. a titolo esemplificativo, GASCA, *Trattato della compra-vendita*, II, Roma, s.d., p. 517 ss.; LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, Napoli, 1884, p. 111. Opera invece un interessante collegamento tra il deposito e la risoluzione del contratto STOLFI, *Diritto civile*, IV, *I contratti speciali*, Torino, 1934, p. 234, il quale assume che, essendo il compratore obbligato a ricevere la consegna del bene, il venditore sia legittimato a conseguire la risoluzione del contratto anche laddove l'art. 1512 c.c. abr. non sia direttamente applicabile: «Altro obbligo del compratore è di ricevere la tradizione della cosa venduta. Qualora egli si rifiuti di ricevere la cosa, viene ad essere costituito in *mora accipiendi*. In questo caso il venditore potrà chiedere le spese di conservazione e di deposito della cosa venduta, e anche la risoluzione del contratto, se si tratta di immobili. Se si tratta di mobili, tale risoluzione avviene di diritto a favore del venditore (art. 1512)...» (corsivo aggiunto).

(45) V., *infra*, § 9.

(46) Ci si riferisce alla già citata *Ordonnance* no. 2016-131 du 10 février 2016 portant réformes du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

a consentirne l'esecuzione; da questo momento cessa la decorrenza degli interessi sui debiti pecuniari, il creditore assume il rischio dell'impossibilità della prestazione e la responsabilità del debitore è limitata al dolo e alla colpa grave (art. 1345). Il debitore, pertanto, ottiene una prima tutela contro il difetto di cooperazione senza dover effettuare il deposito; è sufficiente che dopo aver offerto la prestazione abbia costituito in mora il creditore intimandogli senza particolari formalità di accettare la prestazione o di prestare la necessaria cooperazione.

Riproponendo una soluzione già ipotizzata nei lavori preparatori del *Code Napoléon* ⁽⁴⁷⁾ e adottata nel progetto *Català* ⁽⁴⁸⁾, si interpone un intervallo di tempo tra la costituzione in mora e il deposito: il debitore, infatti, può effettuare il deposito (di somme di denaro) o il sequestro (di altri beni) solo a condizione che siano decorsi almeno due mesi dalla data della costituzione in mora senza che l'impedimento rappresentato dal difetto di cooperazione sia venuto meno (art. 1345-1, al. 1°). Al creditore viene così accordato un termine, durante il quale può dimostrare l'insussistenza dei presupposti della mora e del conseguente deposito. Nel procedimento delineato dalla legge di riforma, il controllo giudiziale sui presupposti dei due rimedi non è necessario ma

(47) Si allude alla proposta effettuata in seno al Consiglio di Stato da M. Regnaud de Saint-Jean-D'Angely, il quale «demande qu'il soit fixé un terme entre la sommation et le dépôt, afin de prévenir toutes fraudes en assurant au créancier le temps nécessaire pour se présenter». Come risulta dalla prosecuzione del dibattito, il consigliere M. Treilhard condivide l'opportunità di interporre tra l'intimazione e il deposito un tempo sufficiente per consentire al creditore di contestare la validità dell'offerta, ma non ritiene possibile individuare un termine fisso ed osserva che il giudice può annullare il deposito in presenza di una condotta abusiva del debitore: «il serait difficile et inutile d'établir à cet égard une règle générale et de fixer un délai uniforme. Dans ces cas tout dépend des circonstances; et lorsqu'elles indiquent de la fraude, le juge tient du droit commun le pouvoir d'annuler la consignation» (Cfr. FENET, *Recueil complet*, cit., XIII, p. 79 s.). La proposta di Regnaud, disattesa all'atto della redazione del *Code civil*, viene invece accolta nel contesto della recente legge di riforma.

(48) Cfr. *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, artt. 1234-1, 1235. Nel contesto del progetto *Català*, peraltro, la tutela offerta al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione si identifica ancora con il deposito: se è vero che nel testo e nel titolo del paragrafo si fa riferimento alla costituzione in mora del creditore (*mise en demeure*), è anche vero che — come avviene nel testo originario del *Code civil* — il debitore viene protetto non in quanto resta obbligato, ma in quanto è legittimato a liberarsi dell'obbligazione. L'offerta della prestazione illegittimamente rifiutata dal creditore non ha, dunque, effetti autonomi, ma costituisce il presupposto necessario del deposito.

eventuale, in quanto rimesso all'iniziativa del creditore; se quest'ultimo non contesta la regolarità della costituzione in mora il debitore può effettuare il sequestro o il deposito, che lo liberano a decorrere dalla data in cui vengono notificati alla controparte (art. 1345-1, al. 3°). Il procedimento così articolato, del resto, appare coerente con l'opinione espressa dai redattori del *Code civil*: come si è anticipato, questi ultimi avevano ritenuto che il deposito non dovesse essere necessariamente autorizzato dal giudice, essendo onere del creditore contestare la validità dell'offerta (49).

Decorso il medesimo termine di due mesi dalla costituzione in mora senza che sia stata fornita la necessaria cooperazione, il debitore è automaticamente liberato quando la prestazione dovuta non ha ad oggetto un bene suscettibile di essere depositato o assoggettato a sequestro (art. 1345-2). La disposizione, evidentemente riferibile alle prestazioni di fare, si limita a prevedere quale conseguenza del protrarsi del difetto di cooperazione la liberazione del debitore, confermando che la prospettiva del legislatore francese contempla solo l'orizzonte dell'obbligazione. È tuttavia evidente che se la prestazione è dovuta nel contesto di un contratto di scambio l'estinzione dell'obbligazione conseguente alla scadenza del termine ne comporta la risoluzione: in assenza del deposito — che surroga l'esecuzione della prestazione rifiutata dal creditore — il debitore non può esigere il pagamento del corrispettivo, sicché il rapporto, definitivamente inattuato, è destinato a sciogliersi.

Il legislatore francese ha rimodellato la fisionomia dei rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione, semplificandone notevolmente l'applicazione rispetto alla disciplina previgente ed alla stessa legislazione italiana. La prospettiva resta tuttavia incentrata sull'obbligazione, mentre nei sistemi di *common law* la dimensione prescelta è quella dello scambio. In un momento storico caratterizzato da una forte tensione verso l'adozione di soluzioni uniformi, il punto di vista continentale e quello anglosassone permangono nettamente differenziati.

5. *L'evoluzione del diritto romano...* — Le origini della mora del creditore vengono generalmente rintracciate nell'esperienza giuridica romana. Effettivamente, nel diritto romano classico e nel diritto comune il debitore era tutelato a seguito della semplice offerta: ecco

(49) V., *supra*, nt. 24 e testo corrispondente.

perché nella vigenza del codice civile del 1865 alcuni autori evocavano la tradizione romanistica per sostenere l'opportunità di adottare la mora del creditore a tutela del debitore pregiudicato dal protrarsi del rapporto obbligatorio ⁽⁵⁰⁾.

Ugualmente diffusa è la consapevolezza dell'importante opera di sistemazione delle fonti romane svolta dalla pandettistica tedesca, alla cui elaborazione gli autori italiani che promuovono la recezione dell'istituto appaiono interessati ⁽⁵¹⁾. Se dunque il diritto romano e la sua razionalizzazione operata dalla pandettistica hanno esercitato sul codificatore del '42 una sensibile influenza, è anche vero che in relazione ad aspetti assai rilevanti la legislazione italiana si distacca, a nostro avviso opportunamente, dagli approdi della giurisprudenza romana, mentre quella tedesca vi rimane aderente.

Come è stato osservato, non sempre le indicazioni ricavabili dal diritto romano sono univoche, tanto è vero che esso è stato parimenti evocato dai sostenitori di tesi contrastanti ⁽⁵²⁾; la constatazione non desta stupore, considerata anche l'estensione del periodo in cui le fonti pertinenti al nostro tema sono state prodotte. Con le cautele imposte da questa precisazione, meritano di essere segnalati due aspetti che caratterizzano l'esperienza romanistica.

Si riscontra, in primo luogo, un'evoluzione da rimedi rudimentali verso forme di tutela del debitore maggiormente strutturate. Se da un lato tale sviluppo riflette la maturazione dell'esperienza giuridica romana, dall'altro rivela una crescente sensibilità per l'esigenza di contemperare la tutela del debitore con la previsione di adeguate garanzie per gli interessi del creditore.

Nelle diverse fasi che interessano la sua evoluzione, secondariamente, il diritto romano sembra vedere solo nel rapporto tra le parti, e non nel sistema degli scambi, la soluzione del conflitto determinato dal

(50) Cfr. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 12; BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 70 ss. Sul punto v. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 4-6, 9-11 e più di recente ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 12 s., testo e nt. 13.

(51) Ci si riferisce in particolare a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, 1, tr. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino, 1904, p. 333 ss.

(52) Cfr. ZIMMERMANN, *Roman Law and European Culture*, 2007 *N.Z. L. Rev.* 341, 351; ID., *The Civil Law in European Codes*, in MACQUEEN, VAQUER, ESPIAU ESPIAU (eds.), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge, 2003, p. 39 s.; ID., *The Law of Obligations. Roman Foundations*, cit., p. 819. Nel contesto italiano, cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, II, cit., p. 120 s.

difetto di cooperazione: i rimedi accordati al debitore pregiudicato dal rifiuto dell'offerta non lo inducono, infatti, a valorizzare la prestazione individuando un interlocutore maggiormente interessato a riceverla. La soluzione del conflitto insorto tra le parti viene ricercata all'interno del perimetro del rapporto obbligatorio, o al limite nell'ambiente fisico in cui la prestazione rifiutata dal creditore può essere abbandonata o dispersa: non, invece, nel contesto economico in cui il rapporto alterato dal comportamento del creditore si trova inserito.

Nel *periodo classico* (27 a.c.-235 d.c.), il debitore viene tutelato a decorrere dal momento dell'offerta, rifiutata la quale il creditore in *mora accipiendi* assume il rischio del perimento fortuito del bene⁽⁵³⁾, mentre il debitore è responsabile solo in caso di dolo⁽⁵⁴⁾. Sebbene le fonti facciano esclusivo riferimento ad esso, sulla base di un principio di carattere generale — che vuole equiparata al dolo la negligenza inescusabile — si ritiene che il debitore fosse responsabile anche qualora avesse determinato il perimento del bene agendo con colpa grave⁽⁵⁵⁾. Se a seguito del rifiuto illegittimo dell'offerta il debitore non può dirsi liberato, la sua responsabilità appare fortemente limitata: il rapporto obbligatorio persiste, ma la sua cogenza viene significativamente ridotta.

In sintonia con questa linea di tendenza, si ammette che quando il protrarsi del vincolo e la conseguente necessità di mantenersi pronto ad adempiere rischiano di pregiudicare irrimediabilmente i suoi interessi il debitore possa liberarsi abbandonando la prestazione. Così, stante il rifiuto del compratore di ricevere il vino protrattosi fino all'inizio dell'autunno, il venditore può versarlo al suolo e liberare le botti che gli sono necessarie per affrontare la nuova vendemmia⁽⁵⁶⁾; sebbene nelle fonti tale conseguenza non venga esplicitata, è da ritenere che dopo aver versato il vino il venditore fosse legittimato a pretendere il pagamento del prezzo pattuito. Con tutta probabilità, l'applicazione del rimedio deve ritenersi limitata a circostanze eccezionali, al verificarsi delle quali il protrarsi del vincolo avrebbe cagionato un pregiu-

(53) D. 18, 6, 13; D. 30, 84, 3.

(54) Cfr. D. 18, 6, 5; D 18, 6, 18.

(55) Cfr. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora*, cit., p. 368; MONTEL, voce *Mora (diritto romano)*, in *N. D. I.*, XVII, Torino, 1939, p. 743; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 338, testo e nt. 2.

(56) Cfr. D. 18, 6, I, 4 (Ulp. 28 *ad Sab.*). A commento del passo, in cui Ulpiano riferisce un principio formulato dai giuristi di età repubblicana, cfr. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora*, cit., p. 126-129.

dizio irrimediabile agli interessi del debitore⁽⁵⁷⁾: pregiudizio rispetto al quale, come vedremo subito, è quanto meno dubbio che il risarcimento per equivalente fornisca garanzie di adeguata compensazione. Ciononostante, la previsione del rimedio nel contesto di diverse fonti conferma l'impressione che a seguito del rifiuto dell'offerta la coerenza dell'obbligazione — anticamente presidiata da rimedi tanto incisivi da comprimere la libertà del debitore — risultasse assai affievolita.

In un responso di estremo interesse, è vero, Ulpiano prospetta come preferibili all'abbandono soluzioni alternative, che si rivolgono al contesto economico in cui il rapporto inattuato si trova inserito. Anziché versare il vino al suolo, il venditore potrebbe più utilmente prendere in locazione altre botti con cui affrontare la nuova vendemmia o, ancora, vendere la preziosa bevanda al miglior acquirente: nella prima ipotesi, il venditore sarebbe legittimato a rifiutare la consegna del vino fino al momento in cui il compratore — divenuto in un secondo momento interessato a riceverlo — non gli rimborsi le spese sostenute per la locazione delle botti⁽⁵⁸⁾. Non sembra, tuttavia, che le soluzioni indicate abbiano avuto seguito e lo stesso autore si limita a prospetterle come astrattamente preferibili, senza subordinare alla loro impraticabilità la legittimazione del venditore ad abbandonare il bene.

(57) Si ritiene, così, che l'abbandono della prestazione — nel caso specifico, il versamento del vino — costituisca, «nella larghezza dei poteri del *dominus*, solo il rimedio ultimo, da adottare, presumibilmente, in mancanza d'altro»: così RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora*, cit., p. 141. L'autore documenta, in seguito, la progressiva limitazione del ricorso al rimedio nella giurisprudenza romana dell'età classica (cfr. pp. 219, 291, 306, 369, 371).

(58) D. 18, 6, I, 3 (Ulp. 28 *ad Sab.*), di cui riportiamo qui la traduzione realizzata in attuazione del *Progetto Digesto* e reperibile sul sito http://dbtvm1.ilc.cnr.it/digesto/Digesto_Home.html: «il venditore è autorizzato, del resto, a versare il vino fuori dai recipienti spargendolo, se ha fissato un termine per la misurazione e non si è proceduto alla stessa entro il termine: egli non potrà però procedere immediatamente a versare il vino, prima di averlo comunicato al compratore con attestazione della comunicazione stessa, affinché quest'ultimo ritiri il vino o sappia che il vino verrà versato. Se, però, pur pretendendo versare, non lo abbia fatto il venditore è degno di lode, ed è perciò che può pretendere anche un canone per le giare occupate; ma, soltanto se egli ebbe interesse ad avere vuoti quei recipienti in cui si trovava il vino (ad es. perché li avrebbe dati in locazione) o se considerò necessario prendere in locazione altre giare. Più adeguato alla situazione, poi, è che il venditore prenda in locazione i recipienti e non consegni il vino, se dal compratore non gli venga restituito il relativo canone di locazione; o rivenda il vino con le modalità richieste dalla buona fede, e cioè, nei limiti in cui ciò non torni di ostacolo <alla sua normale attività>, faccia in modo che la cosa si svolga con il minor danno possibile per il compratore».

Al debitore che a causa del rifiuto della prestazione non ha potuto liberarsi spetta il rimborso delle spese sostenute per la custodia e la conservazione del bene: è il caso del vitto dello schiavo rifiutato dal compratore ⁽⁵⁹⁾.

Secondo un'opinione assai autorevole, il diritto di ottenere il rimborso delle spese sostenute avrebbe potuto essere esercitato solo per via di eccezione ⁽⁶⁰⁾. Il debitore avrebbe potuto rifiutare la consegna del bene (o dello schiavo) al creditore qualora quest'ultimo non avesse compensato le spese di conservazione e custodia, ma non sarebbe stato legittimato ad ottenere nei suoi confronti una sentenza di condanna. Il rimborso, di conseguenza, avrebbe potuto essere ottenuto solo a condizione che dopo il rifiuto dell'offerta il creditore avesse mutato avviso e preteso la consegna del bene; e certamente le spese sostenute non sarebbero state compensate se seguendo l'indicazione di Ulpiano il debitore avesse alienato a terzi il bene rifiutato ⁽⁶¹⁾. In base a una seconda opinione, il debitore sarebbe stato legittimato ad agire nei confronti del creditore, ottenendo la sua condanna a compensare le spese sostenute; con la conseguenza che il relativo diritto avrebbe potuto essere esercitato anche qualora il creditore avesse confermato il suo disinteresse per la prestazione ⁽⁶²⁾.

Nella giurisprudenza romana del periodo classico, il deposito non comporta la liberazione del debitore, il quale lo effettua con modalità analoghe a quelle ordinarie e resta legittimato a revocarlo. In questa fase il deposito — sperimentato in un primo tempo nelle provincie dell'Asia minore ⁽⁶³⁾ — protegge essenzialmente il debitore di presta-

(59) Cfr. D. 19, I, 38, I.

(60) Cfr. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, Die Lehre von der Mora*, Braunschweig, 1855, p. 297. A supporto di tale opinione vengono citati i frammenti D. 18, 6, I, 3 e D. 33, 6, 8 (legittimazione dell'erede ad opporre un'eccezione di dolo al legatario il quale, dopo aver rifiutato in un primo momento di ricevere il vino, ne esiga nuovamente la consegna senza pagare il risarcimento del danno conseguente alla propria mora): a commento del passo v. RICCOBONO jr., *Profilo storico della dottrina della mora*, cit., pp. 369, 371. Nella trattatistica italiana, l'opinione di Mommsen trova riscontro in CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 5, testo e nt. 4.

(61) V., *supra*, nt. 58 e testo corrispondente.

(62) Cfr. KOHLER, *Annahme und Annahmeverzug*, *Jherings Jahrbücher*, XVII, 1879, p. 377, alla posizione del quale aderisce, nella dottrina italiana, SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 151 s.

(63) Cfr. VIGNERON, *Offerte aut deponere*, cit., pp. 19 ss., 199.

zioni pecuniarie, in quanto blocca la decorrenza degli interessi (64). La fisionomia del rimedio sembra mutare profondamente nel *periodo postclassico* (235 d.c.-565 d.c.): in base a un'ipotesi che riscuote consenso in letteratura, nella compilazione giustiniana e probabilmente già con Diocleziano (65) il deposito libera il debitore dall'obbligazione non adempiuta a causa del rifiuto del creditore, mentre le formalità necessarie per il suo perfezionamento lo differenziano da quello ordinario.

Con la transizione dall'età classica al diritto postclassico e giustiniano si avverte una maggiore sensibilità per l'esigenza di preservare (anche) gli interessi del creditore, e il baricentro dei rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione si sposta gradualmente dall'offerta al deposito. Mentre la facoltà del debitore di abbandonare il bene, già alquanto deperita (66), tramonta definitivamente, il deposito diventa il necessario complemento dell'offerta. Come in età classica, quest'ultima non è sufficiente a liberare il debitore — per ipotesi convenuto in giudizio dal creditore, che ne chiede la condanna ad adempiere — ma deve essere supportata secondo alcune fonti dalla dimostrazione della perdurante capacità di adempiere, mantenuta nel corso del processo; secondo altre, dal deposito del bene offerto (67). La previsione di formalità che differenziano il deposito liberatorio da quello ordinario si giustifica proprio in considerazione del fatto che esso comporta la definitiva estinzione del vincolo, giustificando il rigetto dell'azione di adempimento promossa dal creditore (68).

La traiettoria seguita dal diritto romano trova riscontro nella

(64) Cfr. BOVE, voce *Offerta reale*, in *EdD*, XXIX, Milano, 1979, p. 774; Id., *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, in *Labeo*, 1955, p. 174 ss. Nello stesso senso v. RICCOBONO jr., *Profilo storico della dottrina della mora*, cit., pp. 244 s., 457 s.

(65) Cfr. BOVE, voce *Offerta reale*, cit., p. 774; Id., *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, cit., p. 176 ss.; CATALANO, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, in *Ann. Catania*, III, Napoli, 1949, pp. 512 ss. Anche ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 821, fa risalire a Diocleziano l'effetto liberatorio del deposito. Più di recente v., nello stesso senso, LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, *Evolución histórica de la depositio in aedem en Roma como precedente de la consignación actual (en torno a uno de los actos considerados de jurisdicción voluntaria)*, in *Rev. de derecho UNED*, 2011, p. 280.

(66) Cfr. RICCOBONO jr., *Profilo storico della dottrina della mora*, cit., pp. 219, 291, 306, 369, 371.

(67) Delineano tale traiettoria VIGNERON, *Offerre aut deponere*, cit., *passim*, spec. pp. 13-18, 202 s.; GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, cit., p. 207 ss.

(68) Cfr. BOVE, voce *Offerta reale*, cit., p. 774.

diversa impostazione dei due più influenti codici civili europei. Sembra ispirarsi alla giurisprudenza romana del periodo classico il BGB, che, adottando la mora del creditore, tutela il debitore pregiudicato dal protrarsi del rapporto fin dal momento dell'offerta (§§ 293-304); appare invece modellata sul diritto postclassico e giustiniano la scelta operata dai redattori del *Code civil*, nel contesto del quale — fino alla riforma recentemente realizzata — la protezione accordata al debitore si risolveva nella sua legittimazione ad effettuare il deposito ⁽⁶⁹⁾.

La sintesi appena effettuata conferma che se il diritto romano si evolve verso forme di tutela più strutturate e maggiormente garantiste nei confronti del creditore, il conflitto determinato dal difetto di cooperazione tende ad essere risolto entro il perimetro del rapporto alterato. Non viene invece assecondata la scelta di sciogliere il rapporto inattuato e disporre della prestazione rifiutata dal creditore a favore di un soggetto più motivato a riceverla. Sebbene l'indicazione rinvenibile nel responso di Ulpiano ⁽⁷⁰⁾ dimostri che la soluzione era praticata e raccomandata nel contesto romano, i rimedi accordati al debitore non favoriscono — ed anzi, disincentivano — la risoluzione del rapporto e la conclusione di un contratto sostitutivo.

Come si è appena constatato, nel periodo classico il debitore che rischiava di essere irrimediabilmente pregiudicato dal protrarsi del vincolo era legittimato ad abbandonare il bene rifiutato, il quale, anziché essere destinato ad un terzo interessato a riceverlo, si disperdeva nell'ambiente. Coerentemente, il debitore era responsabile solo per dolo o colpa grave: anziché essere incentivato a custodire e gestire diligentemente il bene per poi alienarlo a terzi, era legittimato a ridurre le precauzioni necessarie per preservarne il valore.

La tendenza a limitare la tutela del debitore entro i confini del rapporto alterato risulta confermata se si ritiene che il diritto ad ottenere il rimborso delle spese sostenute potesse essere esercitato solo per via di eccezione. Se la tesi è fondata, il rimborso avrebbe potuto essere ottenuto solo a condizione che il creditore, tornando sui suoi passi, esigesse in un secondo momento la consegna del bene inizialmente rifiutato e tenuto a sua disposizione dal debitore; qualora, invece, il creditore avesse confermato il rifiuto o il bene fosse stato alienato a terzi, il debitore non avrebbe potuto essere indennizzato delle spese sostenute per la sua custodia e gestione.

(69) Cfr. VIGNERON, *Offerre aut deponere*, cit., pp. 13 ss., 203.

(70) Si allude nuovamente a D. 18, 6, I, 3 (Ulp. 28 *ad Sab.*).

L'indirizzo si consolida nel diritto postclassico e giustiniano, pure caratterizzati dall'adozione di forme di tutela più strutturate e garantiste nei confronti del creditore. La tutela accordata al debitore si identifica con la sua liberazione dal vincolo (anziché, come nel periodo anteriore, con l'adattamento del regime del rapporto obbligatorio protrattosi a causa del difetto di cooperazione) e l'offerta della prestazione rifiutata dal creditore deve essere supportata dalla dimostrazione della conservazione della capacità di adempiere o dal deposito. Entrambi i requisiti sono evidentemente incompatibili con lo scioglimento del rapporto e la conclusione di un contratto sostitutivo, in quanto implicano che la prestazione resti destinata al creditore. Se la prestazione è dovuta nel contesto di un contratto di scambio, il debitore che ha conservato la capacità di adempiere nel corso del giudizio o ha effettuato il deposito è portato ad esigere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva.

6. *...e la sua influenza sul BGB: un confronto con la legislazione italiana.* — La pandettistica tedesca e il BGB — che ne costituisce, su questo terreno, il condensato normativo ⁽⁷¹⁾ — sono modellati sulla giurisprudenza romana del periodo classico. A differenza di quanto è dato riscontrare nel testo originario del *Code civil*, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione non è tenuto ad effettuare il deposito; grazie alla *mora accipiendi* egli fruisce di un primo livello di tutela a seguito della semplice offerta (§§ 293 ss.). Quest'ultima non richiede particolari formalità, né è assoggettata a un giudizio di convalida: il sindacato giudiziale sulla regolarità dell'offerta non viene previsto come necessario, ma può essere attivato su iniziativa delle parti interessate (il debitore) o controinteressate (il creditore) agli effetti della mora.

Con la *mora accipiendi* e la conseguente protezione del debitore fin dal momento dell'offerta, la disciplina del BGB recepisce dal diritto romano anche l'opzione di fondo in base alla quale il debitore non è incentivato a salvaguardare il valore della prestazione per poi ricollocarla sul mercato, essendo anzi legittimato a ridurre le precauzioni necessarie per approdare a tale soluzione.

La considerazione si fonda su tre aspetti della disciplina tedesca.

Viene sorprendentemente riproposto il rimedio dell'abbandono della prestazione riscontrabile nella giurisprudenza romana dell'età

(71) Molto evidenti, in particolare, le analogie tra il dettato del BGB e la trattazione di WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 333 ss.

classica: stante il rifiuto illegittimo opposto dal creditore e la conseguente costituzione in mora, il debitore obbligato alla consegna di un immobile o di una nave — eventualmente, anche in costruzione — può abbandonarne il possesso previa intimazione comunicata al creditore (§ 303) (72).

Si prevede, poi, che a seguito della costituzione in mora il debitore risponda solo per dolo o colpa grave (§ 300) (73): soluzione successivamente adottata dal codice civile olandese (art. 6:64) e dalla recente legge di riforma francese (art. 1345, al. 2°).

Ancora, al debitore pregiudicato dalla dilatazione del rapporto obbligatorio non spetta il risarcimento integrale del danno, ma solo l'indennizzo delle spese sostenute per compiere l'offerta e dei costi relativi alla conservazione e alla custodia del bene dovuto (§ 304) (74). Se da un lato il debitore può adottare precauzioni inferiori a quelle ordinarie per salvaguardare il valore del bene, dall'altro non è compensato per il pregiudizio conseguente al prolungato impegno delle proprie risorse, che avrebbe potuto impiegare più utilmente nell'attuazione di altri rapporti. Il debitore che non si libera tempestivamente dell'obbligazione non viene, dunque, integralmente compensato dei pregiudizi che derivano dal protrarsi del vincolo: questo può indurlo a trascurare la prospettiva della risoluzione — che comporta la ricerca di un altro soggetto interessato a ricevere la prestazione — e ad affrettarsi a conseguire la liberazione mediante il deposito o l'abbandono del bene (75).

Ebbene, si osserva che in relazione a tali aspetti la disciplina della

(72) Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 339, testo e nt. 6.

(73) Anche tale disposizione trova riscontro nella trattazione di WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 338, a sua volta modellata sulla giurisprudenza romana.

(74) Un aspetto, questo, evidenziato da CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 5, nt. 4 e da BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 74.

(75) Lo stesso WINDSCHEID, del resto, esclude espressamente la compatibilità con il «diritto comune» della regola rinvenibile nel codice di commercio tedesco (art. 343) in base alla quale il venditore del bene rifiutato dal compratore è legittimato a risolvere il contratto e a rivendere lo stesso bene sul mercato: cfr. *Diritto delle Pandette*, cit., p. 339, nt. 6. Se poi il contratto ha ad oggetto beni determinati solo nel genere e il compratore non concorre all'individuazione delle merci, si esclude che il venditore possa tornare sul mercato e rivenderle a terzi; egli è esclusivamente legittimato ad esigere il pagamento del prezzo, «previa dichiarazione di essere pronto alla consegna giusta la determinazione da prendersi dal compratore»: così WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 340, nt. 10.

mora del creditore contenuta nel codice civile italiano (art. 1206 ss.) si differenzia nettamente da quella tedesca, modellata sulla giurisprudenza romana dell'età classica. Il debitore che a seguito del rifiuto illegittimo o del difetto di cooperazione costituisce in mora il creditore non può liberarsi abbandonando il bene ⁽⁷⁶⁾, né fruisce di alcuna limitazione di responsabilità. La mora del creditore non incide in alcun modo sulla responsabilità del debitore, che è tenuto a risarcire il danno anche quando l'inadempimento è dovuto a colpa lieve o è stato determinato da una circostanza a lui imputabile su basi oggettive ⁽⁷⁷⁾. Il debitore, per converso, può non solo essere compensato delle spese sostenute per la conservazione e la custodia della cosa, ma anche ottenere il risarcimento degli altri pregiudizi derivanti dalla mora (art. 1207, comma 2° c.c.) ⁽⁷⁸⁾: si allude, in particolare, alle occasioni guadagno perse a causa del protrarsi del rapporto obbligatorio e della conseguente necessità di tenere impegnate le risorse destinate alla sua attuazione.

Nell'ottica del legislatore italiano, la prestazione rifiutata dal creditore conserva un valore che merita di essere pienamente salvaguardato, sicché la diligenza esigibile dal debitore che ha effettuato la costituzione in mora non si differenzia da quella ordinaria. D'altra parte, il debitore che a seguito del rifiuto illegittimo opposto dalla

(76) Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Trib. Salerno 17 febbraio 2011, per esteso in *Pluris*: «in tema di locazione, qualora l'obbligato alla riconsegna dell'immobile locato non possa adempiere a causa della mancata cooperazione del creditore, può liberarsi solo attraverso la procedura prevista dall'art. 1216 c.c., con l'intimazione al creditore e la consegna dell'immobile al sequestratario nominato dal giudice, e non anche con l'abbandono dell'immobile».

(77) Sul punto la dottrina concorda: v., tra i molti, STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 398 s.; CURSI, *La mora del creditore*, cit., p. 842; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 143; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 104 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 274. Nella dottrina anteriore alla codificazione vigente, cfr. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., pp. 120-122; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², cit., p. 554 ss. Per un chiaro riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 6 maggio 2010, n. 10956, in *Foro it.*, 2010, I, 2697. Nel senso che la costituzione in mora non comporta la liberazione del debitore, che permane obbligato negli stessi termini, v. anche Cass. 13 gennaio 1995, n. 367, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1856 ed in *Contratti*, 1995, 388, con nota di FEOLA, *Nullità della rendita vitalizia per difetto di alea*.

(78) Nella dottrina anteriore alla promulgazione del codice civile vigente, la risarcibilità di tutti i pregiudizi che conseguono alla *mora accipiendi* è stata diffusamente sostenuta da BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento*, cit., pp. 69 ss.

controparte non ricorre immediatamente al deposito fruisce di una tutela risarcitoria piena, non limitata alle spese di conservazione e custodia.

Se in relazione a tali aspetti la legislazione italiana si differenzia nettamente da quella tedesca, essa presenta significative analogie con la disciplina della vendita rinvenibile negli *statutes* anglosassoni (79). Anche nel contesto di questi ultimi il debitore che subisce il rifiuto ingiustificato della prestazione non è sottoposto a una responsabilità attenuata, restando invece obbligato ad adottare le precauzioni ordinariamente necessarie per conservare la possibilità di adempiere. In tale contesto la soluzione del conflitto causato dal difetto di cooperazione si identifica primariamente con la risoluzione, che prelude alla conclusione di un contratto sostitutivo avente ad oggetto la prestazione rifiutata dal creditore. L'adozione di un regime di responsabilità invariato rispetto a quello ordinario è coerente con tale orientamento: siccome non è ineludibilmente destinata al creditore, ma può essere ricollocata sul mercato, la prestazione è dotata di un valore di scambio che il debitore è tenuto a preservare adottando precauzioni non inferiori a quelle esigibili anteriormente al rifiuto.

Ora, scegliendo di non accordare al debitore un regime di responsabilità attenuato e di prevedere (non solo il rimborso delle spese di conservazione e custodia, ma) il risarcimento di tutti i pregiudizi derivanti dal protrarsi del rapporto, il legislatore italiano sembra essere parimenti sensibile all'esigenza di salvaguardare il valore di scambio della prestazione rifiutata dal creditore. Il debitore è tenuto a preservarla adottando precauzioni non inferiori a quelle che si impongono anteriormente alla costituzione in mora; d'altra parte, può impegnarsi per un tempo ragionevole nella ricerca di un interlocutore interessato alla prestazione confidando nel risarcimento di tutti i pregiudizi subiti a causa del protrarsi del rapporto.

L'analisi appena svolta conferma l'ambivalenza della disciplina italiana.

Sul versante sostanziale, gli effetti della *mora accipiendi* tutelano incisivamente il debitore fin dal momento dell'offerta, agevolando la ricerca di una soluzione alternativa al deposito. Il debitore è indotto a preservare la prestazione — proteggendo, così, il suo valore di scambio — in quanto non fruisce di alcuna attenuazione di responsabilità. Sotto questo profilo

(79) Per una sintetica ricognizione v., *infra*, §§ 7, 8.

il diritto italiano appare più evoluto di quello tedesco, in quanto la tutela offerta al debitore non sacrifica l'esigenza di salvaguardare il valore di scambio della prestazione, ma ne promuove la realizzazione ⁽⁸⁰⁾.

Per contro, il procedimento che governa la costituzione in mora è talmente impegnativo e complesso da rendere improbabile l'applicazione dell'istituto quando il conflitto intercorrente tra le parti può essere risolto, in modo più semplice e immediato, tramite lo scioglimento del rapporto inattuato e la conclusione di un contratto sostitutivo avente ad oggetto la prestazione rifiutata dal creditore. Si comprende, allora, perché nella pratica *mora accipiendi* e deposito liberatorio tendano ad essere consequenziali; i requisiti previsti dalla legge per la costituzione in mora vengono soddisfatti solo quando non sussistendo una soluzione alternativa al deposito il debitore sostiene il procedimento necessario per effettuarlo. In relazione a questo aspetto la disciplina tedesca è preferibile a quella italiana, in quanto la costituzione in mora del debitore è subordinata a requisiti procedurali assai meno onerosi: l'offerta non richiede formalità particolari né è assoggettata al necessario controllo del giudice (§§ 293-296 BGB).

7. *Dove la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione e il suo difetto violazione del contratto: le "scelte di fondo" dei sistemi di common law.* — Nelle pagine precedenti sono state delineate le soluzioni accolte dai due più influenti codici civili europei.

La mora del creditore resta estranea al *Code Napoléon*, sul quale è modellato il codice civile italiano del 1865: se il debitore è legittimato a liberarsi dell'obbligazione mediante il deposito, non è invece tutelato contro la dilatazione del rapporto obbligatorio conseguente al rifiuto della prestazione.

Nel BGB — che recepisce, invece, l'istituto della *mora accipiendi* — la protezione accordata al debitore viene anticipata al momento dell'offerta, fermo restando il suo diritto di svincolarsi in un secondo momento mediante il deposito. La soluzione viene condivisa dal codificatore italiano del 1942, il quale, pure, adotta soluzioni alquanto diverse da quelle del legislatore tedesco.

(80) Per un'analogia valutazione, effettuata assumendo a termine di confronto il DCFR, cfr. ACKERMANN, *Beyond Expectation ? An Assessment of the DCFR Rules on Contractual Damages*, in *The Common Frame of Reference: a View from Law & Economics*, Munich, 2009, p. 45.

In entrambi i codici, come nella legislazione italiana, i rimedi accordati al debitore integrano la disciplina delle obbligazioni anziché quella del contratto.

Molto diverse le coordinate sulla base delle quali il tema della cooperazione all'adempimento viene affrontato nei sistemi di *common law*. Si è constatato che le soluzioni elaborate nel contesto francese e in quello tedesco riflettono una prospettiva limitata al rapporto obbligatorio interessato dal difetto di cooperazione e appaiono focalizzate non tanto sull'obiettivo di salvaguardare il valore di scambio della prestazione — e di promuovere, così, l'efficienza del sistema economico — quanto sulla finalità di proteggere la sfera patrimoniale del debitore. Nei sistemi anglosassoni, invece, si propongono soluzioni volte a valorizzare la prestazione rifiutata dal creditore e a favorire la sua destinazione a soggetti interessati a riceverla: dunque, orientate verso un obiettivo di efficienza e coerenti con la logica dell'economia di mercato in cui il rapporto inattuato si trova inserito.

Cambia anch'è l'area tematica alla quale afferiscono i rimedi accordati al debitore: non il diritto delle obbligazioni — come accade, invece, nei codici civili continentali — ma il diritto dei contratti di scambio, ed in particolare della vendita. Ne consegue che mentre le regole dettate dai codici continentali sono distinte e autonome dalla disciplina del contratto, le tutele accordate al debitore nei sistemi anglosassoni ne costituiscono parte integrante: in particolare, esse appaiono fortemente condizionate dal regime dei rimedi contro l'inadempimento.

Benché non perfettamente coincidenti, il diritto inglese e quello statunitense adottano un punto di vista comune. Prima di considerare le soluzioni accolte, segnaliamo qui i tre aspetti che appaiono maggiormente caratterizzanti.

In primo luogo, la cooperazione necessaria per l'esecuzione della prestazione costituisce oggetto di obbligazione, sicché la sua mancanza giustifica l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento⁽⁸¹⁾. Quando il creditore manifesta disinteresse per la prestazione, il debitore può sospendere le attività propedeutiche alla sua esecuzione,

(81) Cfr. artt. 27, 37(2), 50 *Sale of Goods Act* 1979 (di seguito, SGA); §§ 2-301, 2-703(1) *Uniform Commercial Code* (di seguito, UCC). Per un confronto tra le soluzioni rispettivamente adottate nei sistemi anglosassoni e in quelli continentali, cfr. VAQUER, *Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common ?) Principles of European Contract Law*, 17 *Tul. Eur. & Civ. L. F.*, 83 (2002); TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, 1988, p. 40 ss.

evitando di sostenere i costi necessari per effettuare un'offerta destinata ad essere rifiutata ⁽⁸²⁾. Se poi il difetto di cooperazione pregiudica gravemente l'interesse sotteso alla conclusione del contratto, il debitore può risolvere il rapporto ed ottenere dal creditore a titolo di risarcimento del danno la differenza tra il prezzo pattuito e quello di mercato. Il criterio indicato è quello comunemente adottato nei sistemi giuridici occidentali per quantificare il danno da risoluzione: in questo ambito, tuttavia, lo scioglimento del contratto non consegue alla mancata esecuzione di una delle prestazioni che integrano il sinallagma, ma al difetto della necessaria cooperazione.

A favore del debitore, secondariamente, non vengono espressamente previsti procedimenti di deposito o sequestro assimilabili a quelli rinvenibili nei codici civili continentali. È significativo, in particolare, che la figura non trovi riscontro nella vendita mobiliare, il cui regime è più facilmente confrontabile con quello degli ordinamenti di *civil law* in quanto non governato da regole di fonte giurisprudenziale, ma disciplinato da norme di carattere legislativo (SGA; UCC). Risulta allora evidente la differenza che esiste sul punto specifico tra gli *statutes* anglosassoni e il codice civile italiano, il quale agevola il deposito riconoscendo al venditore di beni mobili il diritto di effettuarlo con modalità semplificate (art. 1514 c.c.).

Ebbene, in assenza di una procedura codificata di deposito il debitore interessato ad ottenere l'attuazione coattiva dello scambio e a non incorrere in *mora debendi* deve offrire la prestazione al creditore e tenerla a sua disposizione, dimostrando, così, di aver conservato nel corso del giudizio la capacità di adempiere; una volta convenuto in giudizio dal creditore, egli può andare esente da ogni responsabilità per danni e interessi depositando in sede giudiziale il bene o la somma dovuta ⁽⁸³⁾. Come si ricorderà, nel diritto romano postclassico il

(82) Cfr. art. 28 SGA; §§ 2-609, 2-703 a-b, 2-705 UCC. Cfr. CARTER, *Suspending Contract Performance for Breach*, in *Good Faith and Fault in Contract Law*, ed. by Beatson and Friedmann, Oxford, 1995, 455, 495, testo e nt. 41.

(83) Cfr. VAQUER, *Tender of Performance*, *Mora Creditoris*, cit., 106-108; *Chitty On Contracts*³², I, London, 2015, §§ 21.085-21.098, pp. 1634-1640, di cui v., con particolare riferimento all'offerta di somme di denaro, § 21-086, p. 1635: «where a debtor is obliged to pay a specific sum of money to a creditor a successful plea of tender does not discharge the debt, but if the creditor subsequently sues for the debt, the debtor may, by paying money into court and by proving the tender and its continued willingness to pay the debt since the tender, bar any claim for interest or damages after the tender».

debitore che aveva offerto inutilmente la prestazione poteva ritenersi liberato — ed ottenere, così, il rigetto dell'azione di adempimento successivamente proposta dal creditore — solo dimostrando di essersi mantenuto pronto ad adempiere nel corso del processo o, in alternativa, depositando il bene dovuto in conformità alle disposizioni impartite dal giudice⁽⁸⁴⁾. Non molto diversa la prova richiesta, nei sistemi di *common law*, al contraente interessato ad ottenere l'attuazione dello scambio; in questo ambito, il deposito non è un procedimento finalizzato all'estinzione dell'obbligazione — e corrispondente ad un "diritto perfetto" del debitore — ma un fatto che dimostra la destinazione della prestazione alla soddisfazione degli interessi del creditore, disattendendo la sua pretesa di ottenere il pagamento danni e interessi.

Del resto — ed è questo il terzo aspetto saliente che merita di essere segnalato — quando la prestazione "in natura" rifiutata dal creditore può essere agevolmente ricollocata sul mercato la soluzione della controversia viene indirizzata verso la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, risultando correlativamente circoscritto l'esercizio dell'azione di adempimento avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo pecuniario. In un contesto in cui la cooperazione costituisce oggetto di obbligazione, non stupisce che tale risultato venga conseguito tramite la formulazione di regole che modellano il regime dei rimedi contro l'inadempimento, quali sono quelle che disciplinano l'azione per il corrispettivo pecuniario (*action for the price*)⁽⁸⁵⁾.

8. I rimedi: la tutela contro la dilatazione del vincolo e la risoluzione del contratto. — Sulla base delle coordinate delineate nel paragrafo precedente, è possibile considerare le soluzioni adottate dai sistemi di *common law* partendo dai rimedi corrispondenti alla mora

Sul punto v. anche NUSSBAUM, *Basic Monetary Conceptions in Law*, 35 *Mich L. Rev.*, 865, 893 s. (1936-1937), il quale osserva che la formalizzazione della procedura di deposito realizzata nei sistemi di *civil law* esonera il giudice dal non facile accertamento della conservazione della capacità di adempiere: «the somewhat cumbersome requirements developed by the common law as to tender are unknown to civil law. In particular, there is nothing corresponding to the common law rule which requires the debtor to "keep tender good," that is, to keep the sum ready, after tender is made, for the creditor and not to profit from it, "continuance of the offer" being a necessary part of the plea of a debtor who wants to avail himself of the tender defence».

(84) V., *supra*, § 5.

(85) V., *infra*, § 8.

del creditore (artt. 1206 ss. c.c.): quelli che tutelano il debitore contro il prolungamento del vincolo dovuto al difetto di cooperazione. In quest'ottica, faremo prevalentemente riferimento alla disciplina della vendita mobiliare, la quale, peraltro, assume valore paradigmatico rispetto all'intera categoria dei contratti di scambio ⁽⁸⁶⁾.

Quando la consegna viene differita a causa del comportamento non cooperativo del compratore, quest'ultimo assume il rischio del perimento del bene: resta dunque obbligato a pagare il prezzo, detratte le sole spese risparmiate dal venditore e i guadagni alternativi da lui eventualmente ottenuti a causa dell'estinzione dell'obbligazione avente ad oggetto la consegna del bene. Se il legislatore inglese adotta una medesima regola di imputazione del rischio accomunando la mora del venditore e quella del compratore ⁽⁸⁷⁾, quello statunitense considera distintamente l'ipotesi che la consegna sia ritardata a causa del rifiuto opposto dal compratore, limitando nel tempo l'imputazione del rischio. A seguito del rifiuto o della mancata cooperazione, il venditore non può restare inerte confidando nel fatto che qualora il bene perisca o si deteriori fortuitamente il rischio sarà sopportato dal compratore senza limiti di tempo. L'imputazione del rischio e la conseguente legittimazione a esigere il pagamento del corrispettivo sono subordinati alla circostanza che il perimento o il deterioramento fortuito del bene si siano verificati entro un periodo di tempo ragionevole a decorrere dal momento in cui il compratore ha opposto il rifiuto o non ha prestato la necessaria cooperazione ⁽⁸⁸⁾.

Nell'ottica del legislatore statunitense, se il rifiuto di ricevere il bene opposto dal compratore perdura il venditore ha l'onere di operare in modo tale da liberarsi dell'obbligazione tramite la risoluzione e la

(86) Per un chiaro riscontro è sufficiente consultare una delle trattazioni più diffuse e accurate dei rimedi contro l'inadempimento: cfr. FARNSWORTH, *Contracts*⁴, New York, 2004, *passim*, spec. p. 764 ss.

(87) Cfr. art. 20(2) SGA.

(88) Cfr. §§ 2-510(3), 2-709(1) UCC. Sulle regole di imputazione del rischio rinvenibili nello UCC, cfr. STOCKS, *Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510*, 87 *Nw. U.L. Rev.* 1415 (1993). La regola desumibile dal combinato disposto dei §§ 2-510(3) e § 2-709(1) riflette l'opinione che vuole la disciplina del contratto modellata sulle prassi ragionevolmente seguite dagli operatori economici: una direttiva attribuita a Karl Llewellyn, che dello UCC fu il principale promotore. Sul punto ABYAD, *Commercial Reasonableness in Karl Llewellyn's Uniform Commercial Code Jurisprudence*, 83 *Va L. Rev.* 429 (1997).

successiva rivendita. Quando non agisce in questo senso — restando obbligato a consegnare il bene rifiutato dal compratore oltre un periodo di tempo commercialmente ragionevole (*id est*, ragionevole sulla base delle condizioni del mercato su cui il bene può essere scambiato) — non può esigere dal compratore il pagamento del corrispettivo. Come la mora del creditore, anche la regola che imputa al compratore responsabile del rifiuto illegittimo il rischio del perimento fortuito offre una tutela provvisoria alle ragioni del debitore: quest'ultimo non può restare inerte, essendo tenuto a perseguire una soluzione definitiva del conflitto determinato dal difetto di cooperazione.

Se il venditore offre il bene dimostrandosi pronto ad adempiere può ottenere il risarcimento del danno subito a causa del protrarsi del vincolo dal momento dell'offerta a quello della sua liberazione (*incidental damages*)⁽⁸⁹⁾. Il presupposto della responsabilità del compratore è un'offerta seria e attendibile, ma non assoggettata a requisiti formali né a convalida giudiziale⁽⁹⁰⁾. D'altra parte, il risarcimento che compensa i danni subiti dal momento del rifiuto a quello della liberazione dal vincolo (che coincide con la risoluzione) offre al venditore una tutela piena, non limitata alle spese di conservazione e custodia, ma tale da includere i pregiudizi conseguenti all'impegno dell'apparato produttivo e i costi sostenuti per la rivendita del bene (costi di transazione)⁽⁹¹⁾. In relazione a tale aspetto la disciplina anglosassone della vendita mobiliare si differenzia nettamente da quella rinvenibile nel BGB (§ 304), mentre appare in linea con il dettato del codice civile italiano, che non limita la responsabilità del creditore alle spese di custodia e conservazione del bene, obbligandolo invece a risarcire tutti i danni derivanti dalla mora (art. 1207, comma 2° c.c.).

A seguito del rifiuto ingiustificato opposto dal compratore, il venditore non fruisce di alcuna attenuazione di responsabilità, sicché è tenuto a custodire il bene adottando le precauzioni da lui normalmente esigibili [art. 20(3) SGA]. In sintonia con la preferenza accordata alla risoluzione (e alla conseguente conclusione di un contratto sostitutivo),

(89) Sull'estensione della categoria, cfr. BARNES and ZALESNE, *A Unifying Theory of Contract Damage Rules*, 55 *Syracuse L. Rev.* 495 (2005); BARNES and ZALESNE, *The Shadow Code*, 56 *S.C. L. Rev.* 93 (2004); ANDERSON, *Incidental and Consequential Damages*, 7 *J. L. & Com.* 327 (1987).

(90) Cfr. art. 37 SGA; §§ 2-503, 2-507, 2-710(1) UCC.

(91) V., in particolare, il § 2-710(1) UCC.

si ritiene evidentemente opportuno preservare il valore di scambio del bene. Nuovamente, la soluzione coincide con quella adottata dal legislatore italiano, mentre contrasta con il dettato del BGB [§ 300(1)].

Passando a considerare, ora, la liberazione del debitore, gli *statutes* che disciplinano la vendita mobiliare non prevedono il deposito del bene rifiutato dal compratore e indirizzano la definitiva soluzione del conflitto insorto tra le parti verso la risoluzione del contratto. Il risultato si ottiene mediante l'elaborazione di regole che — stante il rifiuto del bene opposto o preannunciato dal compratore — limitano l'esercizio dell'azione per il corrispettivo pecuniario, precludendo così al venditore di ottenere l'attuazione coattiva dello scambio: non potendo conseguire il prezzo, il venditore è portato a risolvere il contratto e a rivendere il bene non più gradito alla controparte.

L'accettazione o il rifiuto del bene assumono, in quest'ottica, rilevanza decisiva. Nel diritto statunitense, se il compratore ha accettato il bene offertogli il venditore è pienamente legittimato ad ottenere il pagamento del corrispettivo ⁽⁹²⁾; se invece lo ha rifiutato, il venditore può conseguire il prezzo solo quando pur essendosi impegnato ragionevolmente in questo senso non sia riuscito a rivenderlo a condizioni

(92) Cfr. CALAMARI and PERILLO, *On contracts*⁵, St. Paul, 2003, p. 603 s.; BENFIELD JR. and GREENFILED, *Sales*, St. Paul, 2007, p. 456, i quali osservano conclusivamente che «the seller has only a very limited right to recover the price from a reluctant buyer *who does not have the goods*» (corsivo aggiunto). In giurisprudenza, peraltro, si precisa che il venditore può esigere il pagamento del prezzo se i beni sono stati offerti al compratore, che pur non avendoli accettati non li ha rifiutati entro un periodo di tempo ragionevole. Ai sensi del § 2:602(1) UCC, infatti, i beni si considerano accettati se il compratore non li rifiuta entro un ragionevole periodo di tempo dal momento in cui sono stati consegnati od offerti pur avendo avuto la possibilità di esaminarli. Così, il venditore che ha consegnato un grosso quantitativo di fermagli (5 milioni) può esigere il pagamento del prezzo se il compratore presso cui la merce è stata depositata non li ha rifiutati per un periodo di 10 mesi: cfr. *Industrial Molded Plastic Products Inc. v. J. Gross & Sons, Inc.*, 263 Pa Super 515, 398 A 2d 695 (Superior Court of Pennsylvania, 1979). Nello stesso modo, può esigere il pagamento del prezzo un venditore inglese che abbia cercato più volte di consegnare due candelabri pregiati ad un cliente statunitense, sempre irreperibile e insensibile alle sollecitazioni del corriere; essendo stati i beni ripetutamente offerti ed il compratore posto in condizione di esaminarli, il mancato rifiuto della merce equivale alla sua accettazione: cfr. *N. Bloom & Son (Antiques) Limited v. Skelly*, 673 F. Supp. 1260 (U. S. District Court for the Southern Distr. of New York, 1987).

adequate, o le circostanze indicano che ogni ragionevole tentativo in tale direzione sarebbe stato destinato all'insuccesso (§ 2-709 UCC) ⁽⁹³⁾.

(93) I redattori dello *Uniform Commercial Code* si preoccupano di precisare che la disciplina dettata dal § 2-709 è esaustiva: l'azione per il pagamento del prezzo, dunque, può essere esercitata solo al verificarsi delle condizioni previste dalla disposizione, mentre nelle altre ipotesi il venditore può esigere solo il risarcimento del danno (UCC, *Official Comment*, nn. 6, 7). I limiti che circoscrivono l'azione per il corrispettivo pecuniario vengono ricondotti al principio che impone alla parte fedele l'onere di limitare le conseguenze dannose dell'inadempimento: v., tra i molti, FORTIN, *Why There Should Be a Duty to Mitigate Liquidated Damages Clauses*, 38 *Hofstra L. Rev.* 285, 308 (2009); MARTIN, *Opportunistic Resales and the Uniform Commercial Code*, *U. Ill. L. Rev. Online*, 2016, 487, 502 s., testo e nt. 86. Una regola analoga si trova enunciata nel *Restatement 2nd of Contracts*, in relazione al principio che impone al contraente fedele l'onere di limitare il danno derivante dall'inadempimento: v. § 350, *Comment, sub c.*

Siccome nel dettato dell'art. 2-709 il ragionevole tentativo di concludere un contratto sostitutivo si configura quale elemento costitutivo dell'azione per il pagamento del prezzo, l'onere di provarlo ricade sul venditore. La casistica è davvero molto ampia, sicché qualsiasi citazione implica una selezione inevitabilmente arbitraria: risulta evidente, peraltro, che la giurisprudenza statunitense adotta nei confronti dell'azione per il pagamento del prezzo un approccio piuttosto selettivo, in quanto esige dal venditore la prova di aver cercato un nuovo acquirente anche quando ha prodotto il bene su ordinazione del compratore, esonerandolo solo quando alla luce delle caratteristiche della merce la conclusione di un contratto sostitutivo appare davvero impraticabile. Così, il costruttore di un macchinario fabbricato sulla base delle specifiche indicazioni del committente può esigere il pagamento del prezzo in quanto abbia tentato senza successo di rivendere il bene sul mercato (*Taft-Pierce Mfg. Co. v. Seagate Technology, Inc.*, 789 F. Supp. 1220); d'altra parte, il venditore di un tappeto tagliato su ordinazione del compratore non è legittimato ad esigere il pagamento del prezzo se non dopo aver operato un serio tentativo finalizzato a rivenderlo (*Karen v. Cane*, Civil Court of New York, 1991, 578 N.Y.S. 2d 85, 152 Misc. 2d 639); il venditore di un certo quantitativo di bottiglie non può esigere il pagamento del prezzo se non risulta dimostrato che la rivendita del bene si è rivelata impraticabile (*Publicker Industries, Inc. v. Roman Ceramics Corp.*, U.S. Court of Appeals, 3rd Circ., 1979, 603 F. 2d 1065); negli stessi termini, il rivenditore di arredamenti e impianti destinati ad un negozio e prodotti su misura non è legittimato ad esigere il pagamento del prezzo se non dimostra che a seguito del rifiuto opposto dal compratore ha compiuto uno sforzo ragionevole per tentare di rivenderli, né che tale tentativo sarebbe stato inutile in quanto destinato inevitabilmente all'insuccesso (*Narragansett clothing Co.*, U. S. Bankruptcy Court for the Distr. of Rhode Island, 1990, 119 B.R. 388); viene invece accolta l'azione del venditore di un'apparecchiatura industriale, che dimostra di aver inviato proposte a diversi potenziali acquirenti, instaurando una trattativa con due di essi senza tuttavia riuscire a rivendere la merce (*W.I. Snyder Corp. v. Caracciolo*, Superior Court of Pennsylvania, 1988, 373 Pa. Super. 486; 541 A.2d 775); il produttore di cisterne di acciaio costruite su ordinazione del compratore, e da questi rifiutate, può esigere il pagamento del prezzo anche se non dimostra di aver tentato di concludere un contratto

Anche nel diritto inglese, il venditore può certamente ottenere il pagamento del prezzo quando il bene offerto è stato accettato dal compratore. L'*action for the price* sembra essere, anzi, il solo rimedio esperibile quando l'unica obbligazione inadempita sia quella avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro⁽⁹⁴⁾. La legittimazione del venditore all'esercizio dell'azione risulta invece limitata nel caso in cui il compratore rifiuti di ricevere il bene, rendendosi inadempiente anche rispetto alla corrispondente obbligazione.

Su questo terreno, si riscontra uno iato tra l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo e la relativa azione o, se vogliamo, tra la dimensione sostanziale del rapporto e quella rimediabile. Il compratore è obbligato a pagare il prezzo, in mancanza di un patto contrario, quando il venditore offre la consegna dei beni in conformità al contratto o è comunque pronto ad adempiere (artt. 27, 28 SGA). Se tuttavia l'offerta è stata rifiutata, l'inadempimento del compratore non è sufficiente perché il venditore sia legittimato ad agire per ottenere il pagamento del prezzo. Devono infatti ricorrere due ulteriori circostanze, che la legge inglese prevede in alternativa: la proprietà del bene è già stata trasferita; il contratto prevede che prezzo debba essere pagato in una certa data, a prescindere dal fatto che il bene sia stato consegnato (art. 49 SGA).

Date queste condizioni, il venditore può ottenere il pagamento del

sostitutivo: alla luce delle caratteristiche della merce, infatti, il tentativo di rivenderla sarebbe stato destinato all'insuccesso (*Plateq Corp. of North Haven v. Machlett Laboratories, Inc.*, Supreme Court of Connecticut, 1983, 456 A 2d 786, 189 Conn. 433; in senso conforme, sempre in relazione ad una vendita di cisterne, *Royal Jones & Associates, Inc v. First Thermal Systems, Inc.*, Court of Appeal of Florida, 1st Distr., 1990, 566 So. 2d 853). Negli stessi termini, il produttore di un impianto di alluminio da collocare in un soffitto, e costruito sulla base delle specifiche richieste del compratore, non è tenuto a cercare di rivendere il prefabbricato perché alla luce delle sue caratteristiche individuare un nuovo acquirente appare estremamente difficile: può quindi vendere il materiale sul mercato dei rottami ed esigere dal compratore inadempiente il pagamento della differenza rispetto al prezzo (*Alumax Aluminium Corp., Magnolia Div., v. Armstrong Ceiling Systems, Inc.*, Court of Appeals of Tennessee, Middle Section, 1987, 744 S.W. 2d 907). Per una puntuale analisi del requisito, e per ulteriori riferimenti, si rinvia a WHITE and SUMMERS, *Uniform Commercial Code*³, St. Paul, 1988, p. 339 ss.

(94) L'*action for the price* è, dunque, l'unico rimedio esperibile se il compratore ha accettato la consegna dei beni, mentre se li ha rifiutati il venditore può scegliere tra l'adempimento e il risarcimento del danno: cfr. ATIYAH, *The Sale of Goods*¹⁰, ed. by Adams and MacQueen, Harlow, 2001, p. 482.

prezzo sebbene sia in condizione di ricollocare agevolmente il bene sul mercato concludendo un contratto sostitutivo ⁽⁹⁵⁾. La soluzione differisce, dunque, da quella appena riscontrata nel diritto statunitense. Il diritto inglese attribuisce rilevanza a circostanze formali — sia pure *interne* al contratto — come l'avvenuto trasferimento della proprietà o la previsione di una data certa per il pagamento; negli Stati Uniti, la legittimazione ad ottenere il pagamento del prezzo è governata da un criterio sostanziale, che valorizza il *contesto* economico del contratto e le caratteristiche delle parti ⁽⁹⁶⁾.

Si registra, invece, una chiara convergenza in merito alla rilevanza della cooperazione fornita dal creditore. In entrambi i sistemi, se l'offerta viene accettata il venditore può senz'altro ottenere il pagamento del corrispettivo pecuniario, mentre quando il bene viene rifiutato — risultandone così preclusa la consegna — l'esercizio della relativa azione viene incisivamente limitato: la soluzione del conflitto

(95) Perspicio, sul punto, TREITEL, *The Law of Contract*¹², London, 2007, p. 1098: «a seller of goods who claims damages for non-acceptance may be under a duty to mitigate by reselling the goods; but once he has acquired the right to sue for the price there seems, in English law, to be no suggestion that he must mitigate even though he can easily resell and even though he is in a much better position than the buyer to do so».

(96) Nel contesto statunitense, dunque, il trasferimento della proprietà del bene non condiziona il regime dei rimedi esperibili dal contraente deluso, ed in particolare la legittimazione del venditore ad esigere il pagamento del prezzo (UCC *Official Comment*, n. 1; *Anderson's Uniform Commercial Code*, Rochester, New York, 1961, p. 435 s.). L'art. 2-709 UCC modifica radicalmente il regime del rimedio: in precedenza lo *Uniform Sales Act*, in sintonia con il modello inglese, subordinava l'azione per il corrispettivo pecuniario alla previsione di una data certa per il pagamento o al trasferimento della proprietà del bene (§ 63). Allo stato attuale, invece, *anche se il compratore ha acquisito la proprietà* il venditore può ottenere il pagamento del prezzo solo se il bene è stato accettato o la rivendita risulta impraticabile (*Official Comment*, n. 2). Si tratta di una conclusione coerente con una regola di carattere generale, espressa dal § 2-401 UCC: «each provision of this article [quello relativo alla vendita] with regard to the rights, obligations and remedies of the seller, the buyer, purchasers or other third parties applies irrespective of title to the goods except where the provision refers to such title».

Gli interpreti inglesi più sensibili alle istanze di efficienza economica esprimono la loro preferenza per la soluzione adottata nel diritto statunitense: di regola, il venditore può collocare il bene sul mercato più agevolmente del compratore, sicché in mancanza di prova contraria la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno sono da preferire all'adempimento coattivo. In questo senso sono orientati HARRIS, CAMPBELL, HALSON, *Remedies in Contract and Tort*, Oxford, 2002, p. 160; ATIYAH, *The Sale of Goods*¹⁰, cit., p. 486; BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, London, 1980, p. 146.

determinato dal rifiuto del compratore viene allora individuata nella risoluzione e nella conseguente rivendita.

Nella valutazione “tipica” compiuta dal legislatore anglosassone, a seguito della consegna il venditore incontra maggiori difficoltà del compratore ad individuare un nuovo acquirente: di qui la sua piena legittimazione ad ottenere il pagamento del corrispettivo, e con esso l'attuazione dello scambio. Quando invece l'offerta è stata rifiutata, il venditore può individuare un nuovo acquirente più agevolmente del compratore. Se da un lato la detenzione del bene agevola il compito, dall'altro accade spesso che il venditore abbia concluso il contratto nel contesto di un'attività imprenditoriale grazie alla quale ha potuto acquisire una conoscenza approfondita del mercato e qualificarsi quale affidabile interlocutore nei confronti dei potenziali acquirenti. Per rivendere a terzi il bene rifiutato, in altri termini, il venditore sostiene costi transattivi normalmente inferiori rispetto a quelli che graverebbero sul compratore, ormai disinteressato a ricevere il bene. Sulla base di tale valutazione presuntiva dei costi di transazione si riconosce al venditore piena legittimazione ad ottenere il pagamento del prezzo quando il bene è stato accettato, limitandola invece quando il compratore rifiuta di riceverlo (97).

Dato il rifiuto del bene opposto dal compratore, quando il venditore può agevolmente ricollocarlo sul mercato il contratto è inevitabilmente destinato a risolversi (98). La risoluzione si impone, a maggior ragione, se anteriormente all'offerta il compratore manifesta in modo non equivoco il suo disinteresse per l'attuazione dello scambio (*reputation*): in questa ipotesi, infatti, il venditore può evitare di sostenere i costi necessari per effettuare l'offerta ed intraprendere senz'altro la ricerca di un nuovo acquirente.

Al venditore spetta, inoltre, il risarcimento del danno conseguente alla risoluzione. Assumendo che il bene sia normalmente destinato ad

(97) Per un'analisi approfondita delle ragioni che giustificano la legittimazione del venditore ad esigere il pagamento del prezzo a seguito della consegna del bene, e dei problemi applicativi che si configurano in relazione ad essa, cfr. KRAUS, *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, 104 *Yale L.J.* 129, 172 ss. (1994).

(98) L'affermazione svolta nel testo si riferisce al diritto statunitense. Come risulta dal testo, nel diritto inglese la risoluzione si impone quando — stante il rifiuto del bene opposto dal compratore — il venditore non può ottenere il pagamento del prezzo in quanto la proprietà non è passata e il contratto non ne prevede il pagamento in una data certa, determinata a prescindere dalla consegna (artt. 49, 50 SGA).

essere rivenduto a terzi, il risarcimento viene quantificato nella misura della differenza tra il prezzo contrattuale e il prezzo di mercato ⁽⁹⁹⁾.

Nel diritto statunitense, in particolare, quest'ultimo viene determinato in relazione a momenti diversi in dipendenza delle modalità con cui si manifesta l'inadempimento del compratore. Se egli rifiuta l'offerta, il prezzo di mercato si determina con riferimento al momento in cui la stessa è stata rigettata ⁽¹⁰⁰⁾. Il rifiuto dell'offerta esattamente effettuata costituisce una manifestazione talmente evidente della volontà di non attuare lo scambio da porre a carico del venditore l'onere di tornare immediatamente sul mercato; se per ipotesi a seguito dell'offerta il prezzo di mercato diminuisce il venditore non può ottenere a titolo di risarcimento del danno tale ulteriore decremento di valore. Quando invece il compratore previene l'offerta manifestando in modo univoco il suo disinteresse per il bene (*repudiation*), il prezzo di mercato viene determinato decorso un termine ragionevole dal momento in cui la volontà di non attuare il contratto è stata espressa. Il venditore ha l'onere di tornare sul mercato anteriormente alla scadenza del termine di adempimento dell'obbligazione, ma può attendere per un limitato periodo di tempo prima di rivendere il bene senza assumere il rischio di un suo ipotetico decremento di valore, in quanto sussiste la possibilità che il compratore muti opinione e si dichiari interessato a riceverlo ⁽¹⁰¹⁾.

Quando poi risulta provato che il venditore ha effettivamente

(99) Cfr. art. 50(3) SGA; § 2-708 UCC.

(100) Cfr. § 2-708(1), lett. a UCC.

(101) Cfr. § 2-708(1) lett. b UCC; *Restatement 2nd of Contracts*, § 350, *Comment, sub f*. La soluzione incontra il consenso della dottrina: cfr. FARNSWORTH, *Contracts*⁴, cit., p. 782 s.; CALAMARI & PERILLO, *On contracts*⁵, cit., p. 594 s.; ROSSETT, *Partial, Qualified, and Equivocal Repudiation of Contract*, 81 *Colum. L. Rev.*, 93, 97 ss. (1981); JACKSON, "Anticipatory Repudiation" and the Temporal Element of Contract Law: an Economic Inquiry in Contract Damages in Cases of Prospective Non-Performance, 31 *Stan L. Rev.*, 69, 75 ss. (1978).

Diversa la soluzione adottata dal diritto inglese. Quando l'inadempimento non è attuale, ma viene preannunciato dal debitore prima che la prestazione divenga esigibile, al contraente deluso si prospetta una scelta. Può decidere di accettare la dichiarazione di non voler adempiere (*anticipatory repudiation*) e convenire, così, sulla risoluzione del contratto: in questo caso non è tenuto a mantenersi in condizione di adempiere, ma deve adoperarsi per limitare il danno derivante dallo scioglimento anticipato del rapporto, eventualmente concludendo un contratto sostitutivo. In alternativa, può scegliere di non accettare il rifiuto di adempiere, e tenere in vita il contratto: deve allora mantenersi in condizione di eseguire la prestazione dovuta, ma non è tenuto ad

rivenduto il bene a terzi in buona fede e a condizioni ragionevoli — come suggerito dal già ricordato passo di Ulpiano ⁽¹⁰²⁾— il risarcimento del danno conseguente alla risoluzione si determina sulla base della differenza tra il prezzo contrattuale e il corrispettivo in considerazione del quale il bene è stato alienato. Il venditore che ha ricollocato il bene sul mercato sulla base di una condotta improntata a buona fede e concordando con la controparte condizioni ragionevoli può dunque ottenere il risarcimento dell'intero pregiudizio subito sebbene, per ipotesi, il prezzo pattuito nel contesto del contratto sostitutivo si riveli inferiore a quello medio di mercato ⁽¹⁰³⁾.

Come è evidente, alla base delle regole qui delineate sussiste la medesima idea di fondo. Il bene che il compratore rifiuta (o del quale preannuncia il rifiuto anteriormente all'offerta) conserva intatto il suo valore di scambio; anziché essere forzosamente attribuito al compratore — evidentemente, non più interessato a riceverlo — esso può essere convenientemente rivenduto a terzi, di certo più motivati ad utilizzarlo in modo economicamente produttivo. Ecco perché quando il bene è stato rifiutato, e la rivendita è praticabile, si esclude che il venditore sia legittimato ad esigere il pagamento del prezzo e non si prevede a suo favore il diritto di liberarsi effettuando il deposito: il conflitto determinato dal rifiuto del compratore sfocia nella risoluzione, che prelude alla rivendita del bene.

In sintonia con tale orientamento, si prevede che il risarcimento del danno subito dal venditore a causa del protrarsi del vincolo (*incidental damages*) sia compatibile con il risarcimento del danno conseguente allo scioglimento del contratto ⁽¹⁰⁴⁾. Se a seguito del rifiuto opposto dal compratore il venditore è tenuto a cercare un nuovo acquirente, può intraprendere tale attività confidando nel fatto che sarà compensato dei pregiudizi subiti fino al momento della successiva rivendita: come si è anticipato, il risarcimento non comprende le sole spese di custodia e conservazione del bene, ma anche i costi sostenuti per concludere, o

assumere iniziative volte a limitare il danno fino al momento in cui l'inadempimento della controparte diviene attuale. Cfr. TREITEL, *The Law of Contract*¹², cit., p. 846 ss.

(102) V., *supra*, nt. 58.

(103) Cfr. §§ 2-706, 2-712 UCC. Sui criteri che governano la risarcibilità dei *cover damages* v. EISENBERG, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 *Calif. L. Rev.* 975, 1041 ss. (2005).

(104) Cfr. art. 37(2) SGA; § 2-708 UCC.

tentare di concludere, un contratto sostitutivo ⁽¹⁰⁵⁾. In definitiva, la dilatazione del rapporto obbligatorio e la risoluzione del contratto ledono interessi distinti, quali sono quelli rispettivamente incentrati sulla tempestiva liberazione dal vincolo e sull'attuazione dello scambio: i pregiudizi che ne conseguono meritano, dunque, di essere parimenti compensati senza che si configuri il rischio di una duplicazione di risarcimenti.

Diverso il regime della vendita immobiliare, governato da regole di fonte giurisprudenziale; su questo terreno, infatti, non si riscontra quella chiara propensione a risolvere il conflitto tramite il ricorso al mercato che abbiamo appena riscontrato in relazione alla vendita mobiliare.

In alternativa alla risoluzione e al risarcimento del danno, il venditore può esigere l'attuazione coattiva dello scambio ottenendo la condanna del compratore a pagare il prezzo e trasferendogli, correlativamente, la proprietà dell'immobile ⁽¹⁰⁶⁾. La soluzione viene tradizionalmente motivata in considerazione dell'opportunità di offrire al venditore una tutela simmetrica rispetto a quella accordata dalla stessa giurisprudenza al compratore: come il secondo può ottenere il trasferimento dell'immobile senza dover dimostrare l'inadeguatezza del rimedio risarcitorio, così il primo è legittimato a conseguire l'attuazione coattiva dello scambio senza dover provare la difficoltà di concludere un contratto sostitutivo ⁽¹⁰⁷⁾.

(105) «Incidental losses include costs incurred in a reasonable effort, whether successful or not, to avoid loss, as where a party pays brokerage fees in arranging or attempting to arrange a substitute transaction»: così il *Restatement 2nd of Contracts*, § 347, *Comment, sub c*.

(106) Per il diritto statunitense v., a titolo esemplificativo, CALAMARI & PERILLO, *On contracts*⁵, cit., p. 636 s.; SHOBEN, TABB, JANUTIS, *Remedies*³, St. Paul, 2002, p. 86; CORBIN, *On contracts*, V, St. Paul, 1964, 5A, § 1143, p. 126 ss.

Per il diritto inglese, cfr. *Chitty on Contracts*³², I, London, 2015, § 27-007, p. 1964 s.; HANBURY & MARTIN, *Modern Equity*¹⁷, ed. by Martin, London, 2005, p. 730; *Snell's Equity*²¹, ed. by J. MCGHEE, London, 2005, p. 352 s.; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S *Law of Contract*¹⁵, Oxford, 2007, p. 799 s.; R. HALSON, *Contract Law*, Harlow, 2001, p. 445.

(107) Non solo. Si osserva che spesso il valore di mercato dell'immobile rifiutato dal compratore non può essere adeguatamente determinato, in quanto non è possibile fare riferimento al prezzo usualmente pagato per beni equivalenti: in virtù delle peculiarità che li contraddistinguono, gli immobili hanno per gli aspiranti acquirenti un differente valore soggettivo, e questo rende difficile individuare con certezza il loro valore di mercato. Talvolta, inoltre, l'esistenza stessa del contratto inadempito osta-

L'assetto che ne deriva non riscuote un consenso unanime: lo dimostrano opinioni dottrinali e soluzioni giurisprudenziali non sempre allineate all'orientamento prevalente ⁽¹⁰⁸⁾. A conferma della centralità che i costi transattivi assumono in questa materia, si è infatti ritenuto che il venditore (nella specie, un costruttore) non possa ottenere l'adempimento, ma solo la risoluzione e il risarcimento del danno, quando è in condizione di rivendere il bene più agevolmente del compratore (nella specie un acquirente non professionale, interessato a risiedere nell'immobile) ⁽¹⁰⁹⁾.

Su questo terreno, in definitiva, il regime dei rimedi appare neutrale, in quanto la scelta tra l'attuazione del contratto e la sua risoluzione è rimessa al venditore. Se è vero che non si riscontra un chiaro favore per una soluzione del conflitto incentrata sul ricorso al mercato,

cola la rivendita del bene, dissuadendo i potenziali acquirenti dall'instaurare una trattativa con il proprietario. Questo può impedirgli di effettuare gli investimenti che aveva programmato, precludendo la realizzazione degli interessi che lo avevano indotto a disporre del bene: come è evidente, tuttavia, la prova di tale pregiudizio ulteriore e la sua quantificazione possono risultare difficili. Cfr. FARNSWORTH, *Contracts*⁴, cit., p. 749; FULLER & EISENBERG, *Basic Contract Law*⁶, St. Paul, 1996, p. 322.

(108) Su posizioni critiche, nella letteratura statunitense, KIRWAN, *Appraising a Presumption: a Modern Look at the Doctrine of Specific Performance in Real Estate Contracts*, 47 WM L. R., 697 (2005).

(109) Cfr. *Centex Homes Corp. v. Boag*, 128 N.J. Super. 385, 320 A. 2d 194 (Superior Court of New Jersey, 1974). Nella fattispecie, il costruttore di un grande complesso residenziale destinato a sorgere nel New Jersey vende un appartamento ad una coppia di coniugi. Poco dopo la conclusione del contratto, il marito apprende che il suo datore di lavoro ha deciso di trasferirlo nell'Illinois, e precisamente a Chicago: avendo perso interesse per l'acquisto dell'appartamento, impartisce alla sua banca l'ordine di non pagare l'assegno emesso a favore del costruttore a titolo di caparra (*deposit*). Il costruttore, allora, agisce in giudizio chiedendo il pagamento del prezzo. La domanda viene rigettata, in quanto l'appartamento venduto era identico ad altre unità dello stesso complesso residenziale, progettate e costruite con tecnica standardizzata; il prezzo, inoltre, era stato fissato dal costruttore contestualmente alla formulazione dell'offerta. Date queste condizioni, dunque, il risarcimento del danno appare idoneo a tutelare adeguatamente gli interessi del costruttore: la sua posizione non risulta differente da quella in cui si trova un venditore di cose mobili, che — come si è constatato — nel diritto statunitense è legittimato ad esigere il pagamento del prezzo solo qualora abbia consegnato la merce, o non sia possibile trovare un nuovo acquirente senza sostenere spese o compiere sforzi irragionevoli. La ragione sostanziale che giustifica la decisione, peraltro, chiama in causa i costi transattivi che le parti devono sostenere per disporre del bene: individuare un nuovo acquirente è certamente più agevole per il costruttore che per il cliente, il quale probabilmente sarebbe costretto a rivolgersi ad un intermediario.

l'assetto è tuttavia ben lontano da quello adottato dal legislatore tedesco, e caratterizzato dalla radicale svalutazione dell'esigenza di salvaguardare il valore di scambio del bene. Come si ricorderà, infatti, nel sistema del BGB il debitore è responsabile solo per dolo o colpa grave [§ 300(1)], e può tuttora abbandonare l'immobile o la nave di cui il creditore ha rifiutato la consegna (§ 303): la difficoltà di rivendere tali beni e l'onerosità delle spese di custodia — che rischierebbero di gravare definitivamente sul debitore, qualora il creditore divenisse insolvente — giustificano, in quest'ottica, la facoltà di abbandonarli.

9. *Ancora sulla cooperazione quale oggetto di obbligazione: una prospettiva non del tutto estranea ai sistemi dell'Europa continentale.* — Nelle dottrine civilistiche dell'Europa continentale si tende ad escludere che la cooperazione costituisca oggetto di obbligazione e che il debitore pregiudicato dalla sua mancanza sia legittimato ad avvalersi dei comuni rimedi contro l'inadempimento.

In Germania e in Italia il dibattito sulla qualificazione della cooperazione è focalizzato sulla contrapposizione tra onere ed obbligo, che tuttavia assume rilevanza solo nella definizione del regime di responsabilità a cui è assoggettato il creditore: si allude in particolare al requisito della colpa, ritenuto necessario dai sostenitori della teoria dell'obbligo e superfluo da chi qualifica la cooperazione come oggetto di un onere ⁽¹¹⁰⁾.

Anche i fautori della cooperazione come obbligo escludono che il debitore sia legittimato ad avvalersi dei rimedi contro l'inadempimento, ed in particolare della risoluzione. Essi ritengono, infatti, che la cooperazione sia caratterizzata da una relazione di accessorialità rispetto alla prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione ⁽¹¹¹⁾ e sulla base di essa promuovono una ricostruzione del dato normativo che avvalora la centralità del deposito e del sequestro quali procedimenti di liberazione del debitore ⁽¹¹²⁾.

(110) V., *infra*, §§ 11, 12.

(111) Cfr. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 89 ss., testo e ntt. 34, 40; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 58 s., 79-82, 84.

(112) È quanto risulta chiaramente dalle parole di FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 97: «la legge accorda al creditore insoddisfatto, nelle obbligazioni con prestazioni corrispettive, la scelta tra due mezzi giuridici: l'esecuzione coattiva e la risoluzione del rapporto (art. 1453 c.c.). Nel caso di colpevole inadempimento dell'obligato, il creditore può, a suo arbitrio, insistere perché la sua aspettativa venga realizzata mercé

Nell'ambito di questi ultimi, effettivamente, la relazione di accessorieta' a cui si è fatto riferimento viene rispettata, in quanto il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione si libera grazie all'interposizione di un terzo (depositario o sequestratario) che si obbliga nei confronti del creditore ad eseguire una prestazione analoga (custodia e consegna del bene). Per contro, siccome non vincola la prestazione alla soddisfazione dell'interesse del creditore — rendendo anzi possibile la sua destinazione a terzi — la risoluzione si vede assegnare un ruolo suppletivo e marginale; il rimedio viene ritenuto applicabile solo a prestazioni incompatibili con il deposito quali sono quelle di fare ⁽¹¹³⁾. Anche in relazione ad esse, la variante che viene presa in considerazione per integrare la disciplina del deposito è quella della risoluzione per impossibilita' sopravvenuta ⁽¹¹⁴⁾, laddove nei sistemi anglosassoni allo scioglimento del contratto consegue il risarcimento del danno, in sintonia con la disciplina italiana della risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.).

il ricorso ad un mezzo soddisfattivo supplementare, ovvero provocare la risoluzione del rapporto e quindi il venir meno, in uno col diritto alla controprestazione, dell'obbligo relativo alla propria prestazione. Quanto si è detto di sopra sull'ufficio dell'offerta reale e sulla posizione che, in seno all'obbligazione, spetta all'interesse del debitore, persuade senz'altro a non adottare, in caso di *mora accipiendi*, un sistema di tutela parallelo a quello disposto nell'art. 1453 c.c. Il debitore può conseguire la liberazione dal vincolo soltanto a condizione che assicuri, con la predisposizione di appositi atti (deposito o sequestro della *res debita*), il soddisfacimento dell'interesse del creditore».

(113) L'orientamento è risalente e consolidato: v., sia pure con accenti diversi, STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore*, cit., p. 399 s., testo e nt. 75; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, III, 1, Milano, 2009, p. 239 s.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 90; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 431, il quale, peraltro, ricorda «la possibilita' di procedere alla risoluzione del contratto per inadempimento, ove la prestazione sia compresa in un rapporto contrattuale con prestazioni corrispettive»; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 269 ss.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 213 ss. Nella vigenza del codice civile del 1865, cfr. LORIZIO, voce *Offerta reale*, cit., p. 367; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 238 ss.; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 181 s.

(114) V. tuttavia SICCHIERO, voce *Offerta reale*, cit., p. 727, il quale ipotizza che il debitore impossibilitato ad eseguire una prestazione di fare a causa del difetto di cooperazione sia legittimato ad intimare al creditore diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), «intendendosi per adempimento del creditore l'attivita' necessaria alla ricezione della prestazione, in relazione all'obbligo di buona fede che grava nella fase esecutiva del contratto» (art. 1175 c.c.). A seguito della scadenza del termine intimato al creditore, e qualora il difetto di cooperazione alterasse gravemente l'equilibrio del rapporto (art. 1455), sussisterebbero i presupposti della risoluzione per inadempimento.

Certo, anche nei sistemi giuridici dell'Europa continentale si ammette che il contratto o la legge possano configurare la cooperazione all'adempimento quale oggetto di un'obbligazione, quando l'interesse del debitore ad eseguire la prestazione non si risolve in quello a liberarsi dal vincolo, ma sussiste indipendentemente da esso ⁽¹¹⁵⁾. È questo il caso del contratto di apprendistato; del contratto atipico in cui l'alienazione di determinati beni a fronte di un corrispettivo pecuniario e la loro conseguente consegna si combinano con l'obbligazione di sgomberare l'immobile dove essi sono custoditi; del contratto d'opera intellettuale avente ad oggetto la realizzazione e la conseguente consegna di un'opera artistica recante la clausola che obbliga il committente ad esporla nei suoi locali. Al verificarsi di questi presupposti, l'omissione della cooperazione necessaria per l'esecuzione della prestazione costituisce anche inadempimento di una obbligazione, giustificando l'applicazione dei corrispondenti rimedi; il debitore, di conseguenza, potrà liberarsi ottenendo la risoluzione del contratto ed esigendo il risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo.

Sul terreno dell'appalto, inoltre, la giurisprudenza ravvisa in capo al committente un'obbligazione avente ad oggetto la cooperazione necessaria per la realizzazione dell'opera o la prestazione del servizio. Come accade spesso, nella dinamica processuale le manchevolezze del creditore non comportano l'applicazione della *mora accipiendi* e del deposito, ma assumono rilevanza nell'ottica dei rimedi contro l'inadempimento. Si ritiene che sia onere del committente dimostrare di aver fornito all'appaltatore la cooperazione pattuita; qualora la prova non venga fornita, o risulti altrimenti evidente che l'appaltatore non è stato adeguatamente assistito, egli non è responsabile del ritardo con cui ha compiuto l'opera o prestato il servizio ⁽¹¹⁶⁾ e può conseguire il pagamento del corrispettivo benché non abbia adempiuto l'obbligazione nei termini convenuti ⁽¹¹⁷⁾.

(115) Nella dottrina italiana v., in particolare, D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 78; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 56 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 205 s. Nella manualistica, cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*²², Milano, 2018, p. 321.

(116) Cfr. Cass. 9 ottobre 1979, n. 5239, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1135 ed in *Riv. giur. ed.*, 1980, I, 529.

(117) Cfr. Cass. 17 maggio 2016, n. 10083, per esteso in *De Jure*; Cass. 15 maggio 2014, n. 10702, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «obbligazioni in genere», n. 54; Cass. 22 novembre 2013, n. 26260, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «appalto», n. 28; Cass. 4 agosto 2000,

Neppure si nega che il debitore della prestazione rifiutata possa ottenere la risoluzione del contratto (non per l'inadempimento di un'ipotetica obbligazione di cooperazione, ma) per l'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva. Spesso, infatti, il comportamento non cooperativo del creditore prelude all'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva o si manifesta contestualmente ad esso ⁽¹¹⁸⁾.

La concorrenza della risoluzione fondata sull'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva contribuisce a spiegare perché *mora accipiendi* e deposito liberatorio siano scarsamente rilevanti sul piano applicativo. Nonostante l'evidente contiguità tematica, tuttavia, l'opportunità di un raccordo tra rimedi contro il difetto di cooperazione e rimedi contro l'inadempimento non sembra intensamente avvertita. Nella percezione della dottrina, il diritto delle obbligazioni (al quale appartengono *mora* e deposito) e il diritto dei contratti (a cui afferiscono i rimedi contro l'inadempimento) sono tuttora separati da una linea di demarcazione piuttosto netta, sicché difetto di cooperazione e inadempimento restano aree tematiche nettamente distinte ⁽¹¹⁹⁾.

L'assunto in base al quale la cooperazione non costituisce oggetto di una obbligazione è coerente con la scelta di fondo compiuta dai codificatori continentali: quella di tutelare il debitore che non fruisce della necessaria collaborazione nel contesto del diritto delle obbligazioni. La prospettiva unilaterale propria di quest'ultimo non tollera la costruzione di un'ulteriore obbligazione in capo al creditore, ma, al più, l'elaborazione di obblighi accessori rispetto a quello principale.

La cooperazione, per contro, può essere più facilmente considerata quale oggetto di obbligazione se il debitore viene tutelato in quanto parte di un contratto di scambio: è questa la prospettiva che abbiamo visto essere adottata nei sistemi anglosassoni. Il rifiuto della prestazione e la mancanza della necessaria collaborazione costituiscono «violazione del contratto» (*breach of contract*), e siccome precludono l'esecuzione della prestazione, che permane nella disponibilità del debitore, il

n. 10261, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. «obbligazioni in genere», n. 30. Nella giurisprudenza di merito, cfr. P. Taranto-Manduria 21 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 971.

(118) «Si ha una certa ripugnanza a ricevere un pagamento dietro al quale stanno delle obbligazioni gravi, e questo sarà il campo ordinario delle offerte reali; all'incontro, chi non fa che riscuotere il suo credito si presterà volentieri a ricevere il pagamento»: sono parole di BORSARI, *Commentario del codice civile*, cit., p. 707.

(119) Cfr. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 53, il quale rileva la divaricazione tra l'area tematica dell'obbligazione e quella del contratto ed auspica il recupero di una più stretta connessione tra di esse.

rapporto contrattuale è destinato a risolversi. Così, nella disciplina della vendita mobiliare il rifiuto del bene opposto dal compratore (inadempimento dell'obbligazione di cooperazione) limita in modo significativo la legittimazione del venditore ad ottenere il pagamento del prezzo, indirizzandolo verso la risoluzione e il risarcimento del danno⁽¹²⁰⁾.

D'altra parte, non sarebbe corretto affermare che la qualificazione della cooperazione quale oggetto di obbligazione sia del tutto estranea all'ottica dei codificatori continentali. Sebbene in modo discontinuo, essi condividono tale punto di vista quando dismettono la prospettiva dell'obbligazione e disciplinano la compravendita, che costituisce il paradigma dei contratti di scambio.

La distonia tra l'ottica propria del diritto delle obbligazioni e quella adottata per i contratti sinallagmatici ha radici antiche. Si è ricordato che nel *Traité des obligations* Pothier esaurisce nel deposito (*consignation*) la tutela accordata al debitore pregiudicato dal rifiuto dell'offerta: soluzione che appare parimenti onerosa nei confronti del debitore e "garantista" per gli interessi del creditore⁽¹²¹⁾. Trattando della compravendita, invece, lo stesso autore afferma che l'acquirente è obbligato non solo a pagare il prezzo, ma anche a ricevere la merce⁽¹²²⁾. Se rendendosi inadempiente egli ne rifiuta la consegna, il venditore può costituirlo in *mora debendi* mediante atto di citazione (*sommation judiciaire*) ed ottenere, così, il risarcimento del danno subito a seguito dell'intimazione a causa del perdurante impegno del proprio apparato produttivo (magazzini, granai, cantine). Il venditore può inoltre ottenere dal giudice la fissazione di un breve termine, scaduto il quale è legittimato ad esporre fuori dai magazzini la merce rifiutata dal compratore: quest'ultimo sosterrà le spese dell'operazione e dovrà essere avvertito del giorno e dell'ora in cui avverrà l'esposizione⁽¹²³⁾.

Se dunque l'obbligazione del compratore giustifica la sua responsabilità per il ritardo con cui la merce viene consegnata, e per il conseguente impegno dell'apparato produttivo del venditore, quest'ultimo non sembra essere legittimato a risolvere il contratto. A suo favore si profila invece una variante "riveduta e corretta" dell'abbandono della prestazione, rimedio elaborato dalla giurisprudenza romana del pe-

(120) Cfr. art. 49 SGA; § 2-709 UCC.

(121) V., *supra*, § 3.

(122) Cfr. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, in *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, nouv. éd. a cura di M. Dupin, II, Paris, 1923, § 278, p. 128.

(123) POTHIER, *Traité du contrat de vente*, cit., § 291, p. 132.

riodo classico ⁽¹²⁴⁾. In antitesi al deposito, l'esposizione delle merci al di fuori dei magazzini del venditore (debitore) è agevolmente praticabile, mentre rischia di pregiudicare irrimediabilmente gli interessi del compratore (creditore), che può trovarsi obbligato a pagare il prezzo di beni ormai periti o deteriorati. Nel passaggio tra i due estremi si pretermette la risoluzione, che pure sarebbe conseguente alla premessa in base alla quale il compratore è obbligato a ricevere le merci.

Il dettato del *Code civil* denota, in questo senso, da un lato l'influenza dell'autore; dall'altro, una netta evoluzione rispetto al suo pensiero.

Riproducendo quasi letteralmente le parole di Pothier, l'art. 1650 prevede che l'obbligazione *principale* del compratore sia quella di pagare il prezzo, sicché l'interprete è portato a ritenere, in sintonia con la trattazione dell'autore, che il medesimo compratore sia parimenti obbligato a ricevere il bene.

La conclusione trova riscontro nel testo dell'art. 1657, relativo alla vendita mobiliare, ai termini del quale il contratto si risolve di diritto e senza la necessità di intimazione, a favore del venditore, alla scadenza del termine convenuto per il ritiro della merce. Come si precisa in giurisprudenza, la risoluzione presuppone che anteriormente alla scadenza del termine il venditore abbia validamente offerto la consegna ⁽¹²⁵⁾. La disposizione si distacca in modo molto evidente dal regime ordinario della risoluzione — quale risultava regolato, anteriormente alla recente riforma, dall'art. 1184 — perché prevede che il contratto si risolva in sede stragiudiziale per effetto della semplice scadenza del termine, senza che il venditore sia tenuto ad intimare al compratore di ricevere il bene ⁽¹²⁶⁾. Semplificando notevolmente il procedimento che conduce alla risoluzione del contratto, il legislatore intende favorire tanto la rivendita dei beni rifiutati dal compratore, quando il disimpegno dell'apparato produttivo del venditore ⁽¹²⁷⁾.

Sulla base di tali disposizioni si sostiene l'esistenza di un'obbliga-

(124) V., *supra*, § 5.

(125) Cfr. Cass. civ. 1^{re} 24 octobre 2000, *Bull. civ.* I, n. 272, *D.* 2002, *Somm.* 997, con osservazioni di PIGNARRE; Cass. Civ. 13 avr. 1929, *DH* 1929, 265.

(126) Cfr. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de Ghestin, Paris, 1996, p. 351.

(127) Cfr. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, Paris, 2008, p. 178; HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, cit., p. 350.

zione di ricevere il bene ⁽¹²⁸⁾ che il compratore può essere condannato ad adempiere con il supporto di misure di coercizione indiretta ⁽¹²⁹⁾: in questo senso si pronunciano sentenze di legittimità risalenti, che tuttavia non risultano smentite dalla giurisprudenza posteriore ⁽¹³⁰⁾.

Anche il codificatore tedesco prevede espressamente che il compratore sia obbligato a ricevere il bene [§ 433(2) BGB], sicché il venditore interessato ad effettuare la consegna può ottenere la sua condanna ad adempiere e l'esecuzione forzata della relativa sentenza ⁽¹³¹⁾. Il rimedio, tuttavia, è scarsamente rilevante sul piano applicativo, in quanto il venditore ha interesse non tanto a consegnare il bene, quanto ad ottenere il pagamento del prezzo ⁽¹³²⁾. È più probabile che egli domandi la condanna del compratore a pagare il corrispettivo — azione rispetto alla quale non sussistono i limiti riscontrati nel diritto anglosassone — procedendo contestualmente al deposito. Per quanto costituisca l'esito di un procedimento complesso, quest'ultimo consente al venditore di liberarsi in modo più agevole di quanto potrebbe accadere se chiedesse l'esecuzione in forma specifica della "presa in consegna". Il venditore si limita, infatti, a mettere il bene a disposizione del compratore, senza doversi impegnare in un'azione esecutiva che comporta tempi lunghi e ha esito incerto.

Essendo obbligato a ricevere il bene, il compratore che ritarda la

(128) Cfr. GENICON, *La résolution du contrat*, cit., p. 227; POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée*, cit., p. 177; HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, cit., p. 347 ss.

(129) Cfr. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée*, cit., p. 177; HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, cit., p. 349 s.

(130) Cfr. Cass. civ. 20 janvier 1908, DP 1908.125; Req. 17 février 1903, DP 1903.1.191. Nella giurisprudenza di merito l'orientamento è sostenuto da pronunce più recenti, nell'ambito delle quali il compratore di un bene mobile è condannato contestualmente a ricevere la consegna del bene e pagare il prezzo: cfr. A. Lyon 14 juin 2016, n. 15/02579, reperibile per esteso in *Juris Classeur* (n. *JurisData*: 2016-012302); A. Poitiers 18 Mars 2016, n. 14/03467, reperibile per esteso in *Juris Classeur* (n. *JurisData*: 2016-007922).

(131) Cfr. J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 433-480 (*Kaufrecht*), 15. Auflage, 2014, Sellier-de Gruyter, § 433, Rn. 225; DANNEMANN and VOGENAUER, *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013, p. 637; MAK, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, London, 2009, p. 191.

(132) Cfr. DANNEMANN and VOGENAUER, *The Common European Sales Law in Context*, cit., p. 637. Anche nello Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 433, Rn. 212, si osserva che l'obbligo di ricevere la consegna del bene sancito dal § 433(2) BGB ha una rilevanza limitata sul piano applicativo.

consegna cade in *mora debendi* [§§ 280(2), 286 BGB] ⁽¹³³⁾. Il venditore fruisce, allora, di una tutela risarcitoria più completa di quella che discenderebbe dall'applicazione delle norme in materia di mora del creditore. Il risarcimento dovuto dal compratore in mora non può ritenersi limitato alle sole spese di conservazione e custodia del bene (§ 304 BGB), ma si estende a comprendere tutti i pregiudizi conseguenti alla sua ritardata accettazione.

Sebbene incidentalmente, si afferma che l'inadempimento dell'obbligazione di ricevere il bene può giustificare il recesso e la conseguente risoluzione del rapporto. In quest'ottica, non è rilevante che la presa in consegna del bene costituisca oggetto di un'obbligazione accessoria (*Nebenflicht*) o principale (*Hauptpflicht*): a seguito della riforma realizzata nel 2001, infatti, la legittimazione a recedere può fondarsi anche sulla mancata o inesatta esecuzione di una prestazione "secondaria", che non trovandosi in rapporto di corrispettività con un'altra prestazione non integra il sinallagma ⁽¹³⁴⁾.

Nel diritto italiano, la disciplina della vendita mobiliare prevede una speciale ipotesi di risoluzione, conseguente al fatto che alla scadenza del termine pattuito per la consegna il compratore — la cui obbligazione di pagare il prezzo non sia scaduta — non si sia presentato a ricevere il bene preventivamente offertogli (art. 1517, comma 2° c.c.). Analoga legittimazione non viene accordata al compratore, il quale non può ottenere la risoluzione del contratto offrendo il pagamento del prezzo anteriormente alla scadenza del termine se il venditore non riceve la somma dovuta.

L'asimmetria tra la posizione del venditore e quella del compratore viene motivata in considerazione del fatto che il primo ha un interesse meritevole di tutela a liberarsi rapidamente della detenzione delle merci per disimpegnare il proprio apparato produttivo, mentre il secondo non è portatore di un'esigenza analoga ⁽¹³⁵⁾: per riprendere le parole di

(133) Cfr. MARKESINIS, UNBERATH, JOHNSTON, *The German Law of Contract: a Comparative Treatise*², London, 2006, p. 496.

(134) J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 433, Rn. 223; Münchener *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht - Besonderer Teil I*, §§ 433-534, 7. Auflage, 2016, C.H. Beck, § 433, Rn. 69 ss.

(135) Cfr. PAGLIANTINI, *Le obbligazioni del compratore*, in *Tratt. contratti Roppo-Benedetti*, Milano, 2014, p. 146, nt. 20; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*², in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 278; RUBINO, *La compravendita*², in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1962, p. 973 s.

Pothier ⁽¹³⁶⁾, il denaro non ingombra magazzini, granai, cantine e non comporta spese di custodia molto onerose.

Secondo una voce autorevole, la risoluzione conseguente alla mancata accettazione del bene reagisce all'inadempimento di una corrispondente obbligazione gravante sul compratore ⁽¹³⁷⁾. È tuttavia preferibile, a nostro avviso, una giustificazione alternativa: la circostanza che il compratore non si sia presentato a ricevere il bene alla scadenza del termine previsto per la consegna denota il suo disinteresse per l'attuazione dello scambio e prelude con ogni probabilità all'inadempimento dell'obbligazione avente ad oggetto il corrispettivo pecuniario. La risoluzione prevista dall'art. 1517, comma 2° c.c. reagisce dunque anticipatamente (non all'inadempimento di una ipotetica obbligazione di ricevere il bene, ma) all'inadempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo ⁽¹³⁸⁾. Se questo è vero, resta il fatto che la legge italiana ammette la risoluzione quale conseguenza del difetto di cooperazione; esso si identifica, nella fattispecie, con la circostanza che alla scadenza del termine di adempimento il compratore non si presenti a ricevere il bene preventivamente offertogli.

Gli spunti emersi dalla ricognizione appena svolta consentono di pervenire ad una prima conclusione. Nei sistemi di *common law* la cooperazione viene espressamente qualificata quale oggetto di una obbligazione, e quando non viene prestata il regime dei rimedi accordati alla parte fedele privilegia la risoluzione e il risarcimento del danno, che favoriscono la conclusione di un contratto sostitutivo. Una simile prospettiva non è del tutto estranea ai sistemi giuridici dell'Europa continentale, i quali, peraltro, non la adottano in modo altrettanto continuo e coerente. La risoluzione, che rende possibile recuperare il valore di scambio della prestazione, risulta ignorata finché domina la prospettiva unilaterale propria del diritto delle obbligazioni; entra invece nel campo visivo del legislatore quando il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione è parte di un contratto di scambio. Ecco perché una ricostruzione realistica dei rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione non può limitarsi a considerare la dimensione dell'obbligazione (mora e deposito), ma deve integrarla con quella dello scambio (risoluzione).

(136) Cfr. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, cit., § 291, p. 132.

(137) Cfr. RUBINO, *La compravendita*², cit., pp. 957, 973.

(138) Per un'argomentazione meno sommaria v., *infra*, § 16.

10. *L'approccio integrato dei principi internazionali: la tutela del debitore tra rimedi specifici e rimedi per equivalente.* — Nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili e nei principi elaborati allo scopo di promuovere l'unificazione del diritto dei contratti vengono adottate soluzioni che integrano la prospettiva dei sistemi anglosassoni con quella dei codici civili continentali.

In sintonia con i primi, si prevede espressamente che la cooperazione costituisca oggetto di una obbligazione, risultando così applicabili i rimedi contro l'inadempimento⁽¹³⁹⁾. Nei principi internazionali,

(139) Cfr. artt. 53, 60 *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (di seguito, CISG); artt. 1:202, 1:301 n. 4 *Principles of European Contract Law* (di seguito, PECL); art. 8:101 PECL, *Comment*, A; artt. III-1:104, IV.A- 3:101, 3:104, IV.B-3:106, IV.B-5:103, IV.C- 2:103, IV.C-3:102, IV.C-4:102 *Draft Common Frame of Reference* (di seguito, DCFR); artt. 3:001, 3:201 *Principles of European Law* (di seguito, PEL), *Sales*; artt. 3:107, 4:101 PEL, *Leases*; art. 1:104 PEL, *Service Contracts*; artt. 5.1.3, 7.1.1 *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (di seguito, PICC); artt. 123, 131 *Common European Sales Law* (di seguito, CESL). In letteratura, cfr. LANDO, *Non Performance (Breach) of Contracts*, in *Towards a European Civil Code*⁴, ed. by Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mak, du Perron, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 689; OLSEN, *The Choice of the Aggrieved Party. An Analysis of the Remedies in the Principles of European Contract Law*, 1 *Eur. Rev. Priv. L.*, 21, 40 (1999). Diversa la lettura di VAQUER, *Tender of Performance*, *Mora Creditoris*, cit., 86, il quale ritiene che nel contesto dei PECL la cooperazione non costituisca oggetto di una obbligazione in quanto il debitore non è legittimato ad ottenerla coattivamente mediante l'azione di adempimento: «it goes without saying that a creditor is not obliged to accept a performance tendered by the debtor. If the creditor were so obliged, the debtor could compel him to accept, for example, the delivery of the goods. But none of the European legal systems authorizes the specific performance of such an obligation. Neither does the PECL. According to a *communis opinio*, the creditor has no obligation to accept performance. As a corollary, the debtor has no right to fulfil his obligation by forcing his performance upon the creditor»; ID., *Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference*, *Eur. Rev. Priv. Law* 2009, 487, 506 s., dove si osserva che sebbene il DCFR preveda espressamente l'obbligazione del compratore di ricevere il bene «there is no express mention of the availability of specific performance; the availability must be presupposed once taking delivery is characterized as an *obligation*», per poi concludere, su questa base, che l'etichetta dell'obbligazione cela una posizione più correttamente qualificabile come onere (*Obliegenheit*). A nostro avviso, tuttavia, la circostanza che il debitore non possa ottenere la condanna del creditore a prestare la necessaria cooperazione non esclude che quest'ultima costituisca oggetto di obbligazione: la cogenza del vincolo — che, del resto, è espressamente previsto dalle norme appena citate — è infatti assicurata da altri rimedi generalmente attivabili dalla parte fedele al contratto, quali sono la risoluzione e il risarcimento del danno. L'istituzione di una relazione di corrispondenza biunivoca tra obbligazione e adempimento coattivo rischia di deter-

in particolare, lo “statuto” della cooperazione quale oggetto di obbligazione è ancora più evidente di quanto non sia nei sistemi di *common law*, perché risulta collocato nella disciplina generale del contratto anziché in quella della vendita.

D'altra parte, gli stessi testi prevedono che il debitore sia legittimato a liberarsi depositando il bene o la somma di denaro rifiutati dal creditore: soluzione chiaramente ispirata al dettato dei codici civili continentali. In alternativa al deposito o a seguito di esso il debitore può vendere il bene a terzi, con l'obbligo di corrispondere al creditore il prezzo ricavato al netto delle spese sostenute.

Per illustrare le soluzioni adottate, conviene partire nuovamente dai rimedi sovrapponibili alla mora del creditore: quelli che tutelano il debitore contro il protrarsi del rapporto obbligatorio.

Se la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione, il creditore è tenuto a risarcire i danni derivanti dalla dilatazione del vincolo. Il risarcimento — che consegue ad una responsabilità da inadempimento, assimilabile a quella contrattuale — compensa non solo le spese di conservazione e custodia, ma tutti i pregiudizi derivanti dal difetto di cooperazione, tra cui quelli conseguenti all'impegno dell'apparato produttivo del debitore e ai costi sostenuti per disporre del bene. Sul punto specifico, i principi internazionali non si differenziano di molto dal codice civile italiano (art. 1207, comma 2°). Se è vero che si fa espresso riferimento alle spese di conservazione e custodia del

minare distorsioni ed esiti paradossali se applicata al di fuori dei sistemi giuridici dell'Europa continentale: si dovrebbe concludere, su questa base, che di regola il contratto di *common law* non genera obbligazioni, perché la parte fedele può ottenere (la risoluzione e) il risarcimento del danno, ma non l'esecuzione in forma specifica. Negli stessi sistemi di *civil law*, d'altra parte, è diffusa la consapevolezza del fatto che la forza di legge del contratto, e la cogenza del vincolo obbligatorio, sussistono anche quando la parte fedele non è legittimata ad esigere l'adempimento, ma solo ad ottenere il risarcimento del danno: in questo senso v. GRIDEL et LAITHIER, *Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux*, JCP 2008, I, 143 ss., § 16; LAITHIER, *La prétendue primauté de l'exécution en nature*, RDC 2005, 161 ss.; ID., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2004, p. 58 ss.; BELLIVIER et SEFTON-GREEN, *Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais: bonnes et mauvaises surprises du comparatiste*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, pp. 96, 106 ss. Nel contesto italiano v., volendo, DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, *passim*, spec. p. 9 ss. Va segnalato, infine, che l'adempimento coattivo dell'obbligazione di cooperazione non viene escluso *a priori* dai redattori dei *Principi*, ma, piuttosto, ritenuto scarsamente rilevante sul piano applicativo: v., *infra*, nt. 162.

bene ⁽¹⁴⁰⁾ — alle quali la responsabilità del creditore in mora era circoscritta nel diritto romano, ed è tuttora limitata nella legislazione tedesca (§ 304 BGB) — è anche vero che lo “statuto” della cooperazione quale oggetto di obbligazione implica il risarcimento di tutti i danni subiti dal debitore e non solo l'indennizzo delle spese da lui sostenute ⁽¹⁴¹⁾.

Ancora in sintonia con l'esperienza giuridica romana ⁽¹⁴²⁾, si accorda al debitore il diritto di ritenere il bene in un primo tempo rifiutato e successivamente preteso dal creditore fino al momento in cui quest'ultimo non corrisponda il risarcimento ⁽¹⁴³⁾.

Sempre ad un'area sovrapponibile a quella presidiata dalla *mora accipiendi* sono riconducibili regole ulteriori, che pongono a carico del creditore il rischio del perimento fortuito del bene da lui rifiutato: esse non integrano la disciplina di parte generale, ma quella dedicata ai singoli contratti ⁽¹⁴⁴⁾. Perché il creditore assuma il rischio del perimento fortuito, è sufficiente che il bene sia stato messo a sua disposizione senza che egli l'abbia ricevuto. L'imputazione del rischio richiede, dunque, formalità assai meno impegnative di quelle previste dal codice civile italiano, influenzato a sua volta dalla legislazione francese. Maggiore l'affinità con il BGB e con gli *statutes* anglosassoni, nel contesto dei quali la semplice offerta della prestazione illegittimamente rifiutata è sufficiente a giustificare l'imputazione del rischio ⁽¹⁴⁵⁾.

Anche a seguito del rifiuto illegittimo della prestazione il debitore non fruito di alcuna limitazione di responsabilità, sicché resta obbligato a custodire il bene adottando le precauzioni da lui anteriormente esigibili ⁽¹⁴⁶⁾. I Principi internazionali disattendono la soluzione adottata dal BGB sulla base della tradizione romanistica [§ 300(1)] e si

(140) Cfr. art. 7:110(4) PECL; art. III.-2:111(4) DCFR.

(141) Cfr. art. 1:202 PECL, *Comment*, B; art. III-1:104 DCFR, *Comment*, F; art. III.-2:111 DCFR, *Comment*, F; art. 5.1.3 PICC, *Comment*, IV.

(142) V., *supra*, § 5.

(143) Cfr. art. 85 CISG; art. 7:110 PECL, *Comment*, F.

(144) Cfr. artt. 66, 69 CISG; artt. IV.A-5:101, IV.A-5:103, IV.A-5:201; IV.C-4:107 DCFR; artt. 5:101, 5:103, 5:201 PEL, *Sales*; art. 4:110 PEL, *Service Contracts*; art. 144 CESL.

(145) V., *supra*, §§ 6-8.

(146) Cfr. art. 85 CISG; art. 7:110(1) PECL; art. 2:111(1) DCFR; art. 97(1) CESL.

conformano tanto ai sistemi anglosassoni quanto al diritto italiano⁽¹⁴⁷⁾. La scelta è coerente con il favore per il rimedio risolutorio, che prelude alla conclusione di un contratto sostitutivo: occorre preservare il valore di scambio della prestazione rifiutata dal creditore per poterla ricollocare sul mercato.

Considerata la tutela offerta al debitore pregiudicato dal protrarsi del rapporto, è da vedere come egli possa liberarsi dal vincolo. Ebbene, se la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione non stupisce che la parte pregiudicata dalla sua mancanza possa ottenere lo scioglimento del contratto. La risoluzione è immediata se il difetto di cooperazione lede gravemente l'interesse della parte fedele, o è tale da pregiudicare la fiducia nel successivo adempimento; richiede invece l'intimazione di un termine se l'inadempimento non ha ancora pregiudicato gravemente l'interesse del creditore⁽¹⁴⁸⁾. Nella convenzione di Vienna si prevede, poi, che come il mancato pagamento del prezzo anche il rifiuto di ricevere il bene possa comportare la risoluzione del contratto sebbene non abbia gravemente pregiudicato l'interesse del venditore, essendo onere di quest'ultimo assegnare al compratore un congruo termine per rimuovere gli impedimenti che precludono la consegna⁽¹⁴⁹⁾.

Contestualmente alla risoluzione la parte fedele può ottenere il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio, che si quantifica nella misura della differenza tra il prezzo contrattuale e il corrispettivo pattuito nel contesto di un contratto sostitutivo ragionevolmente concluso o, in mancanza, nello scarto tra il prezzo contrattuale e quello di mercato⁽¹⁵⁰⁾. Il criterio, che si identifica con quello generalmente adottato per quantificare il danno da risoluzione, riflette la normale destinazione al mercato della prestazione rifiutata dal creditore.

(147) V., *supra*, §§ 7, 8. In letteratura, cfr. VAN ROSSUM, *The Principles of European Contract Law*, 3 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 69, 76 s. (1996).

(148) Cfr. artt. 8:103, 8:106(3), 9:301 PECL; artt. III.-3:502, III.-3:503 DCFR; art. 7.3.1 PICC; artt. 134, 135 CESL.

(149) Cfr. art. 64(1) lett. b CISG. A commento della disposizione cfr. MOHS, in Schlechtriem & Schwenzler (eds.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*³, Oxford, 2010, *sub art.* 53, p. 809, *sub art.* 61, p. 869, *sub art.* 64, pp. 894, 901 s.; HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*³, Alphen aan den Rijn, 1999, pp. 386 ss.

(150) Cfr. artt. 9:506, 9:507 PECL; artt. III.-3:706, III.-3:707 DCFR; artt. 7.4.5, 7.4.6 PICC; artt. 75, 76 CISG; artt. 164, 165 CESL.

Sono evidenti i vantaggi di tale soluzione tanto nella prospettiva del debitore (cioè della parte fedele al contratto), quanto nell'ottica di un'adeguata valorizzazione della prestazione. Ottenendo la risoluzione e concludendo un contratto sostitutivo, il debitore consegue il pagamento del prezzo senza l'onere di esercitare un'azione giudiziale, dunque entro un termine che possiamo ipotizzare come ragionevolmente breve; il rischio di insolvenza della controparte — particolarmente elevato quando la prestazione viene rifiutata — viene poi limitato, in quanto non incide sull'intero corrispettivo, ma sulla differenza tra lo stesso e il prezzo di mercato. Se invece depositasse il bene ed esigesse il corrispettivo promesso, la parte fedele ne conseguirebbe il pagamento mediante l'esercizio di un'azione di condanna che comporta tempi lunghi e ha esito incerto; il rischio inerente all'insolvenza della controparte risulterebbe inoltre accresciuto, perché graverebbe sull'intero importo del corrispettivo.

Se poi si assume un punto di vista oggettivo, e si considera l'efficienza della soluzione, risulta evidente che grazie alla risoluzione e alla conseguente conclusione di un contratto sostitutivo la prestazione viene destinata a un soggetto realmente interessato a riceverla: dunque, più motivato a valorizzarla del creditore che non ha prestato la necessaria collaborazione.

Si comprende, allora, la scelta di indirizzare l'esito del conflitto tra le parti verso la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno: scelta realizzata in primo luogo — sul modello offerto dai sistemi anglosassoni ⁽¹⁵¹⁾ — tramite l'elaborazione di regole che circoscrivono l'esercizio dell'azione per il corrispettivo pecuniario ⁽¹⁵²⁾. Anche in questo ambito, il rifiuto della prestazione opposto o preannunciato dal creditore limita l'esercizio dell'azione, e con essa la pretesa di ottenere l'attuazione dello scambio. Se il creditore manifesta chiaramente il proprio disinteresse per la prestazione, il debitore che sia in condizione di ricollocarla facilmente sul mercato concludendo un contratto sostitutivo non può ottenere il pagamento del prezzo. Mentre quando la prestazione viene accettata il debitore gode di una piena legittimazione ad ottenere il pagamento del corrispettivo, se il creditore rifiuta l'offerta o la previene manifestando il suo disinteresse per l'attuazione del

(151) V., *supra*, §§ 7, 8.

(152) Cfr. art. 9:101 PECL; artt. III.-3:301, IV.B-6:101 DCFR; art. 4:101 PEL, *Sales, Comment, D*; art. 6:103 PEL, *Lease*; art. 132(2) CESL.

rapporto l'esercizio della corrispondente azione incontra limiti molto incisivi.

In alcuni testi normativi internazionali, si ripropone una soluzione analoga nella situazione "speculare" in cui il creditore rifiuta di ricevere una somma di denaro a fronte della quale è obbligato a eseguire una prestazione non pecuniaria: l'esecuzione in forma specifica è preclusa quando l'attore può ragionevolmente conseguire da altra fonte una prestazione equivalente a quella attesa ⁽¹⁵³⁾.

Come è evidente, la scelta di limitare la legittimazione del debitore ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva ha l'effetto di ridurre il ricorso al deposito. Il debitore non ha interesse a depositare il bene se non può conseguire dalla controparte il pagamento del corrispettivo; non essendo in grado di ottenere l'attuazione dello scambio, egli è portato a risolvere il contratto e ad esigere il risarcimento del danno.

Non sempre, tuttavia, la risoluzione è idonea a tutelare efficacemente il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione. Talvolta la prestazione rifiutata dal creditore non può essere agevolmente ricollocata sul mercato, risultando difficile per il debitore realizzare il suo valore di scambio. In altre occasioni la risoluzione scioglie il sinallagma, ma non libera il debitore, che conserva la detenzione del bene e permane obbligato a custodirlo. Al verificarsi di tali condizioni, il debitore può liberarsi depositando il bene o la somma di denaro; in alternativa, egli può vendere il bene ed attribuire il ricavato al creditore al netto delle spese sostenute ⁽¹⁵⁴⁾.

Il deposito o la vendita per conto del creditore, in particolare, sembrano costituire l'unica soluzione praticabile quando l'obbligazione ha ad oggetto la restituzione di beni di proprietà di quest'ultimo: si allude alle obbligazioni del conduttore di restituire il bene locato; del depositario, di restituire il bene custodito; dell'appaltatore, di restituire il bene in relazione al quale ha prestato la propria opera. Su questo terreno, il deposito non è funzionale a favorire l'attuazione dello

(153) Cfr. art. 9:102(2) lett. d PECL; art. 7.2.2 lett. c PICC. Nel contesto del DCFR si riscontra un limite analogo, che tuttavia non incide sull'azione di adempimento, ma sul rimedio risarcitorio: l'attore, infatti, non può ottenere il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento nella misura in cui avrebbe potuto evitarlo non esigendo irragionevolmente l'esecuzione della prestazione, ma concludendo un contratto sostitutivo [art. III.-3:202(5)].

(154) Cfr. art. 88 CISG; artt. 7:110 (2-4), 7:111 PECL; artt. 2:111(2-4), 2:112 DCFR; art. 97(2-3) CESL.

scambio, in quanto le prestazioni che integrano il sinallagma sono (o dovrebbero essere) già state eseguite: esso tutela, invece, l'interesse del debitore a dismettere la detenzione del bene riconsegnandolo al suo legittimo titolare. Rispetto a tale interesse la risoluzione non offre evidentemente alcuna tutela, in quanto non libera il debitore dall'obbligazione di restituire il bene né lo esonera dalla sua detenzione.

La vendita prevista in alternativa al deposito può avvenire solo una volta decorso un congruo termine dal momento in cui l'intenzione di eseguirla è stata comunicata al creditore; il debitore è esonerato dall'osservanza del termine solo nel caso in cui i beni offerti e rifiutati dalla controparte siano esposti al rischio di perimento o deterioramento.

Sebbene comporti il ricorso al mercato, la vendita con conseguente devoluzione del prezzo al creditore è assimilabile al deposito, rispetto al quale assume una funzione suppletiva: il debitore, infatti, può avere interesse a ricorrere ad essa quando il deposito tende a prolungarsi nel tempo a causa del perdurante rifiuto del creditore, per evitare di sostenere spese di custodia senza garanzia di effettivo rimborso⁽¹⁵⁵⁾. Mentre a seguito della risoluzione e della conclusione di un contratto sostitutivo la parte fedele si appropria del corrispettivo pagato dal terzo — esigendo dalla controparte la differenza rispetto a quello contrattuale, per ipotesi superiore — nella vendita alternativa al deposito il debitore deve versare al creditore l'intero prezzo, detratte le spese sostenute. Liberatosi, così, dell'obbligazione, egli può ottenere la condanna del creditore all'adempimento dell'obbligazione corrispettiva; come il deposito, anche la vendita con devoluzione del prezzo al creditore prelude, sul versante dell'obbligazione corrispettiva, all'esercizio dell'azione di adempimento.

Anche nella Convenzione di Vienna si prevede che la parte obbligata a custodire il bene — quale può essere il venditore di beni rifiutati dal compratore — abbia facoltà di depositare presso terzi il bene a spese della controparte⁽¹⁵⁶⁾. Secondo l'opinione prevalente, tuttavia, il deposito così effettuato non ha effetto liberatorio⁽¹⁵⁷⁾: sembra trattarsi

(155) Cfr. art. 7:110 PECL, *Comment*, E; art. III.-2:111 DCFR, *Comment*, E.

(156) Cfr. art. 87 CISG.

(157) V., anche per ulteriori riferimenti ad opinioni conformi, BACHER, in Schlechtriem & Schwenzler (eds.), *Commentary*, cit., p. 1161: «Even in the case where the promisor complies with special formalities when depositing the goods and that has

di una misura organizzativa interna alla sfera del debitore, come del resto avveniva nel diritto romano classico ⁽¹⁵⁸⁾.

Talvolta il deposito non è possibile perché la prestazione interessata dal difetto di cooperazione ha ad oggetto servizi o beni la cui identificazione richiede il contributo del creditore. Si prevedono, così, a favore del debitore altri rimedi che tutelano in forma specifica l'interesse del debitore a liberarsi mediante l'adempimento e ad ottenere, correlativamente, il pagamento del corrispettivo. Così, se in violazione del contratto il compratore non indica le caratteristiche dei beni di cui attende la consegna, la determinazione può essere effettuata dal venditore sulla base delle esigenze del compratore delle quali è a conoscenza, con l'onere di accordare a quest'ultimo un congruo termine per consentirgli di effettuare una determinazione alternativa ⁽¹⁵⁹⁾. Negli appalti di servizi, se il committente non comunica all'appaltatore le informazioni e le istruzioni necessarie il secondo può ugualmente adempiere basandosi sui dati in suo possesso: anche in questo caso, tuttavia, ha l'onere di avvertire preventivamente la controparte ⁽¹⁶⁰⁾. Se poi a causa della carenza delle informazioni fornite la prestazione del servizio diviene maggiormente onerosa e richiede più tempo del previsto, l'appaltatore può ottenere il risarcimento delle spese sostenute e delle opportunità di guadagno perse, oltre a un periodo di tempo supplementare per portare a termine il lavoro ⁽¹⁶¹⁾.

In entrambi i casi, da un lato il deposito non è possibile (i beni non sono stati determinati; la prestazione ha ad oggetto un servizio); dall'altro, la risoluzione può non costituire un'alternativa praticabile, perché la mancata collaborazione del creditore non denota chiaramente una volontà contraria all'attuazione del contratto. Nelle fattispecie considerate, infatti, il difetto di cooperazione non si manifesta nella forma di un rifiuto attuale o futuro, ma si identifica con l'omissione delle informazioni necessarie per la migliore rispondenza della prestazione all'interesse del creditore. Al verificarsi di queste condizioni, il debitore (venditore di beni non ancora identificati; prestatore del servizio) non dispone di elementi sufficienti per concludere che la

the same effect under the relevant domestic law as performance of the contract, he gains no exemption from his obligation under the CISG».

(158) V., *supra*, § 5.

(159) Cfr. art. 65 CISG; art. IV.A-3:102 DCFR.

(160) Cfr. art. IV.C-2:104(2) DCFR; art. 1:104(2) PEL, *Service Contracts*.

(161) Cfr. art. IV.C-2:104(3) DCFR; art. 1:104(3) PEL, *Service Contracts*.

controparte è senz'altro disinteressata a ricevere la prestazione ed invocare, così, la risoluzione del contratto. Di qui la previsione di nuovi rimedi, che tutelano in forma specifica l'interesse a liberarsi mediante l'adempimento e di esigere correlativamente il pagamento del corrispettivo.

Dall'analisi appena svolta, risulta evidente che nei testi normativi internazionali si realizza una integrazione tra rimedi eterogenei, che tutelano ora per equivalente, ora in forma specifica il debitore interessato a liberarsi dell'obbligazione. Nel contesto di un contratto sinallagmatico, la soluzione prescelta trova riscontro nei rimedi che reagiscono all'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva. Il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione (e dal probabile inadempimento dell'obbligazione corrispettiva) viene tutelato per equivalente mediante la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno; in alternativa, può accedere alla tutela in forma specifica effettuando il deposito ed esigendo il pagamento del corrispettivo pecuniario. Come si è constatato, quando il deposito non è possibile si prevedono ulteriori rimedi, che tutelando il debitore in forma specifica gli consentono di eseguire ugualmente la prestazione dovuta ed esigere, così, il pagamento del corrispettivo ⁽¹⁶²⁾.

(162) Siccome nell'ambito dei testi normativi internazionali la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione, non si esclude neppure che il debitore possa ottenerla coattivamente esercitando un'azione di condanna: anche la cooperazione, dunque, è astrattamente compatibile con l'esecuzione in forma specifica. Il rimedio differisce dal deposito e dal sequestro, che pure tutelano in forma specifica il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione. Mentre questi ultimi si limitano a proteggere l'interesse del debitore a *liberarsi dal vincolo*, l'adempimento coattivo dell'obbligazione di cooperazione gli permette di eseguire la prestazione dovuta, risultando indicato nelle situazioni in cui il debitore ha un particolare interesse *ad adempiere*. Peraltro, benché astrattamente ipotizzabile — ed espressamente evocato dagli stessi redattori dei testi normativi internazionali — il rimedio incontra limiti rilevanti, che ne rendono improbabile l'applicazione (cfr. artt. 1:104 DCFR, *Comment*, F; art. IV.A-3:104, DCFR, *Comment*, D; art. IV.C-2:103 DCFR, *Comment*, D; art. 3:001 PEL, *Sales*, *Comment*, C; art. 4:101 PEL, *Leases*, *Comment*, B; artt. 131, 132 CESL. V. anche MOHS, in Schlechtriem & Schwenger (eds.), *Commentary*, cit., *sub* art. 53, p. 793; *sub* art. 61, pp. 869, 879).

Come è noto, nei sistemi di *common law* la condanna ad adempiere e la conseguente esecuzione in forma specifica possono essere ottenute dalla parte fedele al contratto solo quando il risarcimento non compensa adeguatamente il pregiudizio derivante dall'inadempimento (non mancano, tuttavia, ricostruzioni diverse del rapporto tra i due rimedi: v., volendo, DELLACASA, *Adempimento e risarcimento*, cit., 2013, p. 354 s., testo e nt. 3). Se dunque il debitore (nonché creditore dell'obbligazione di

La selezione delle più appropriate forme di tutela sembra allora rispondere a due criteri.

Sono rilevanti in primo luogo le modalità con cui si manifesta il difetto di cooperazione. Talvolta il creditore esprime chiaramente una volontà contraria all'attuazione del contratto, come accade quando rifiuta l'offerta regolarmente effettuata o la previene dichiarandosi disinteressato alla prestazione; il debitore può, allora, tornare immediatamente sul mercato e ricercare un interlocutore interessato alla prestazione. Date queste condizioni, il regime dei rimedi previsti dai testi normativi internazionali favorisce la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno.

Quando, invece, dal comportamento non cooperativo del creditore non si desume chiaramente il suo disinteresse per l'attuazione dello

cooperazione) è in condizione di concludere agevolmente un contratto sostitutivo e ricollocare la prestazione sul mercato — per poi essere compensato del danno subito — la cooperazione non può essere legalmente imposta. Il ricorso al rimedio è ipotizzabile nelle situazioni in cui da un lato la prestazione non può essere utilmente destinata al mercato; dall'altro, i pregiudizi subiti dal debitore non si prestano ad essere adeguatamente compensati tramite l'attribuzione di un equivalente pecuniario.

Come si è constatato, anche in alcuni sistemi dell'Europa continentale si ritiene che il debitore sia legittimato ad esigere la prestazione della necessaria cooperazione quando quest'ultima costituisce oggetto di una obbligazione: è quanto si riscontra nel diritto francese ed in quello tedesco con particolare riferimento all'obbligazione del compratore di ricevere il bene (v., *supra*, § 9). Se il venditore è astrattamente legittimato a esigerne l'adempimento, appare tuttavia improbabile che eserciti la relativa azione. Da un lato, egli è prevalentemente interessato non tanto ad effettuare la consegna del bene, quanto a conseguire il pagamento del prezzo. Dall'altro, la condanna del compratore a ricevere il bene e l'esecuzione forzata della relativa sentenza comportano spese elevate e tempi lunghi, mentre effettuando il deposito il venditore si libera immediatamente della detenzione del bene e può orientare la propria attività in altre direzioni. In definitiva, piuttosto che domandare la condanna della controparte a ricevere il bene il venditore opererà molto probabilmente per il deposito, esigendo nello stesso tempo il pagamento del prezzo.

Limiti ulteriori sono poi giustificati dall'esigenza di rispettare l'autonomia organizzativa del creditore. Infatti, mentre l'esecuzione della prestazione proietta beni e risorse *al di fuori* della sfera del debitore, la cooperazione all'adempimento richiede al creditore di organizzarsi in modo tale da rendere possibile l'*integrazione* della prestazione con l'attività svolta e con il patrimonio di cui è dotato. La cooperazione imposta per ordine del giudice si pone dunque in tensione con la tendenza ad evitare intromissioni troppo rilevanti nella sfera organizzativa delle parti riscontrabile in tutti i sistemi giuridici occidentali; per altro verso, la collaborazione del creditore non può essere concretamente ottenuta mediante il processo esecutivo, ma solo tramite il ricorso a misure di coercizione indiretta (*astreintes; contempt of court*).

scambio, il debitore non può orientarsi senz'altro verso la risoluzione; se infatti operasse nella prospettiva dello scioglimento del contratto — e il creditore esigesse in un secondo momento l'esecuzione della prestazione — il debitore rischierebbe di incorrere in responsabilità per inadempimento. Più facilmente egli opererà, allora, per la tutela in forma specifica, effettuando il deposito ed esigendo contestualmente il pagamento del corrispettivo. I principi internazionali assecondano questa scelta, in quanto limitano l'esercizio dell'azione per il corrispettivo pecuniario — e con essa il ricorso al deposito — nella sola ipotesi in cui risulti chiaro che il creditore è disinteressato a ricevere il bene o il servizio.

Nella selezione del rimedio applicabile, assume ancora rilievo la circostanza che il debitore possa agevolmente disporre della prestazione per cui il creditore ha perso interesse. Si ripropone qui il tema dei costi di transazione, già considerato in sede di analisi delle soluzioni adottate nei sistemi di *common law* ⁽¹⁶³⁾. Quando il debitore può disporre della prestazione sostenendo costi transattivi inferiori a quelli del creditore, il rimedio più efficiente è certamente la risoluzione: i costi così risparmiati si traducono in un incremento di valore dell'operazione che può essere distribuito tra le parti. Se invece per concludere un contratto sostitutivo il debitore deve sostenere costi di transazione non inferiori a quelli della controparte, la soluzione preferibile è l'attuazione dello scambio: di qui la legittimazione del debitore ad effettuare il deposito e ad esigere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva.

11. *La qualificazione della cooperazione nella dottrina tedesca...* — Dalla ricognizione svolta nelle pagine precedenti si ricava che nei sistemi di *common law* e nei testi normativi internazionali modellati su di essi la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione e la sua mancanza giustifica l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento. Ne consegue che quando è parte di un contratto a prestazioni corrispettive il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione può liberarsi mediante la risoluzione ed esigere dalla controparte il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio. In questo ambito, il difetto di cooperazione subisce la forza di attrazione dei rimedi contro l'inadempimento e interferisce con il loro regime. Come si è constatato, infatti, quando il creditore rifiuta la prestazione

(163) V., *supra*, §§ 7, 8.

o, anticipando l'offerta, manifesta altrimenti la volontà di non riceverla, la legittimazione del debitore ad esigere il pagamento del corrispettivo pecuniario incontra limiti molto incisivi.

Si è poi osservato che tale punto di vista non è del tutto estraneo ai sistemi giuridici dell'Europa continentale: sebbene in modo settoriale e discontinuo, i codificatori lo adottano quando, disciplinando il contratto di compravendita, imputano al compratore l'obbligazione di ricevere il bene.

Negli stessi sistemi, tuttavia, la dottrina civilistica riconduce al diritto delle obbligazioni la cooperazione del creditore e i rimedi che reagiscono alla sua mancanza, in sintonia con una scelta tematica effettuata dallo stesso legislatore. E siccome la prospettiva del diritto delle obbligazioni è essenzialmente unilaterale, essa non tollera un'inversione di ruoli tra le parti del rapporto: si esclude, dunque, che la cooperazione possa costituire oggetto di un'obbligazione imputabile al creditore e che la sua carenza valga a giustificare l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento. Se si guarda al sinallagma, la cooperazione può assumere i connotati dell'obbligazione: la sua mancanza denota, infatti, il disinteresse del creditore per l'attuazione dello scambio e prelude all'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva. Nella prospettiva dell'obbligazione, invece, la cooperazione accordata o rifiutata dal creditore non denota la sua attitudine verso l'attuazione dello scambio, ma solo il suo interesse a ricevere la prestazione che costituisce oggetto del suo diritto; per questo motivo, essa risulta caratterizzata da una relazione di accessorietà rispetto alla prestazione la cui esecuzione costituisce l'obiettivo primario dell'istituto.

Entro queste coordinate si colloca il dibattito sviluppatosi in Germania e in Italia in ordine alla qualificazione della cooperazione, che alcuni ritengono oggetto di un obbligo, mentre altri riconducono alla categoria dell'onere. I sostenitori delle due tesi condividono l'assunto che esclude la cooperazione dal novero delle obbligazioni in quanto pur sempre accessoria rispetto alla prestazione che costituisce oggetto del diritto di credito. Si concorda sul fatto che il debitore non possa avvalersi dei rimedi contro l'inadempimento, sicché la questione assume rilevanza in ordine ai criteri che governano la responsabilità del creditore.

Nel diritto comune europeo ⁽¹⁶⁴⁾ e nella dottrina tedesca della

(164) V., *supra*, § 3, nt. 17.

prima metà dell'ottocento ⁽¹⁶⁵⁾, la mora del creditore veniva modellata su quella del debitore, di cui subiva la "forza di attrazione": le due figure erano considerate quali varianti di un concetto unitario di mora, che designava il ritardo imputabile a una delle parti del rapporto obbligatorio. Il creditore veniva ritenuto responsabile al pari del debitore per la violazione di un obbligo di comportamento: e siccome la responsabilità presupponeva necessariamente la colpa, si riteneva che il difetto di cooperazione giustificasse gli effetti della *mora accipiendi* solo se imputabile a colpa del creditore.

A partire dalla seconda metà dell'Ottocento, con i contributi di Kohler ⁽¹⁶⁶⁾, viene disatteso il parallelismo tra *mora accipiendi* e *mora debendi* e si sostiene l'opportunità di ricondurre la cooperazione alla categoria dell'onere (*Obliegenheit*). Si osserva che il creditore è libero di (ricevere o) rifiutare la prestazione in quanto collabora all'adempimento nell'interesse proprio; se dunque non è obbligato a cooperare, egli non può dirsi responsabile in senso tecnico dei danni subiti dal debitore. D'altra parte, proprio in quanto non obbligato a cooperare il creditore è tenuto a indennizzare il debitore delle spese sostenute per l'offerta, come dei costi affrontati per la conservazione e la custodia del bene, anche se la mancanza di collaborazione non è ascrivibile a sua colpa. Venuto meno il presupposto dell'obbligo, in definitiva, perdono significato le categorie della responsabilità e della colpa che invece venivano valorizzate dai fautori del parallelismo tra *mora accipiendi* e *mora debendi*. Il creditore indennizza il debitore delle spese sostenute e assume il rischio dell'impossibilità della prestazione non in virtù di un

(165) Cfr. C.W. WOLFF, *Zur Lehre von der Mora*, Göttingen, 1841, p. 405; MADAI, *Lehre von der Mora, dargestellt nach Grundsätze des römischen Rechts*, Halle, 1837, pp. 6 ss., 227 ss., 450; GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ein Commentar*, IV, Erlangen, 1796, p. 402 ss. A commento di tale orientamento v. CURSI, *La mora del creditore*, cit., p. 833 s.; VAQUER, *Tender of Performance, mora creditoris*, cit., 85 s.; ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, cit., p. 817 s.; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 91 ss.

(166) Cfr. *Annahme und Annahmeverzug*, cit., p. 267; *Der Gläubigerverzug*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, 13 (1897), p. 147 ss. In precedenza, MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, Die Lehre von der Mora*, cit., p. 134 aveva già sostenuto che il creditore non fosse obbligato a ricevere la prestazione, risultando così la *mora accipiendi* autonoma dal requisito della colpa. Sulla posizione dei due autori cfr. VAQUER, *Farewell to Windscheid?*, cit., 505 s.; ID., *Tender of Performance, Mora Creditoris*, cit., 85 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 7 s.; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 92 ss.

addebito di responsabilità (che richiederebbe la sua colpa), ma su basi puramente oggettive ⁽¹⁶⁷⁾.

L'opinione — che trova riscontro, secondo i suoi sostenitori, nel diritto romano ⁽¹⁶⁸⁾ — influenza in modo significativo la redazione del BGB ⁽¹⁶⁹⁾. Nel contesto di esso gli effetti della mora non sono subordinati alla colpa del creditore; d'altra parte, quest'ultimo non è tenuto a risarcire integralmente il danno subito dal debitore, ma solo a indennizzarlo delle spese dell'offerta e di quelle relative alla conservazione e alla custodia del bene (§ 304).

12. ...ed e in quella italiana: onere vs. obbligo. — Favorita dal fascino esercitato sulla nostra dottrina dalla pandettistica tedesca, la tesi si diffonde nel contesto italiano, dove in breve tempo diviene prevalente ⁽¹⁷⁰⁾. Anche a seguito della codificazione del 1942, l'opinione che

(167) L'opinione è tuttora sostenuta nella dottrina tedesca: cfr. J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 255-304 (*Leistungsstörungenrecht* 1), 2014, Sellier-de Gruyter, Rn. 1, 2. In lingua inglese, cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 818 s.: «unlike the creditor in a case of *mora debitoris*, the debtor in the event of *mora creditoris* does not have a right to sue for damages. The reason is that *mora creditoris* under the BGB is not based on fault but merely on the fact that the creditor does not accept performance offered to him in the proper manner. Fault as a requirement for *mora creditoris*, in turn, had lost its basis when it came to be recognized in the second half of the 19th century that the creditor is not *obliged* to receive performance but merely *entitled* to do so. The debtor, in other words, does not have a claim against the creditor to make him accept performance, even where it has been duly tendered. The institution of *mora creditoris* is merely designed to relieve in certain respects the position of a debtor who has done whatever one could reasonably expect him to do». Negli stessi termini MARKESINIS, UNBERATH, JOHNSTON, *The German Law of Contract*, cit., p. 411 s.; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, cit., p. 40.

(168) Cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 819.

(169) Come documenta HÜFFER, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln*, Berlin, 1976, p. 14 ss.

(170) Cfr. BELLINI, *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento*, cit., p. 36; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., pp. 7, 92 ss.; BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento*, cit., pp. 40 ss., 278 ss.; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², cit., p. 51 s. Ritengono invece necessaria la colpa del creditore FERRINI, voce *Obbligazione*, cit., p. 625 ss., 916; MESSA, voce *Mora*, in *Enc. giur. it.*, X, 3, Milano, 1901, p. 408 e sebbene in modo sfumato SAMPERI, voce *Mora*, cit., p. 1247. Interlocutoria la posizione di GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, II, cit., p. 126, che sembra ritenere necessaria la colpa del creditore solo ai fini del risarcimento del danno subito dal debitore. La tesi che esclude la sussistenza di un obbligo di cooperazione, e con esso

riconde la cooperazione alla categoria dell'onere risulta predominante⁽¹⁷¹⁾.

Essa sarebbe avvalorata, secondo i suoi sostenitori, dal dettato del codice, che non prevede la colpa tra i presupposti della mora del creditore⁽¹⁷²⁾, né riconosce al debitore la legittimazione ad ottenere coattivamente la cooperazione necessaria per l'adempimento⁽¹⁷³⁾. Se con la mora e il deposito la legge protegge l'interesse del debitore a liberarsi tempestivamente dell'obbligazione, analoga tutela non riceve il suo interesse ad adempiere: il debitore è legittimato a liberarsi contro la volontà della controparte, ma non ad ottenere coattivamente la cooperazione necessaria per l'adempimento. Argomenti a favore di

la rilevanza della colpa del creditore, riscuote consensi anche in Spagna: per i riferimenti si rinvia a VAQUER, *Tender of Performance*, *Mora Creditoris*, cit., 86, nt. 11.

(171) Cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2015, p. 258 s.; PICARO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto del creditore*, Napoli, 2012, p. 206 s.; CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., p. 761 ss.; STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore*, cit., p. 401 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 88 ss.; VENTURELLI, voce *Mora del creditore*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica* diretta da S. Patti, 9, Milano, 2007, p. 679; MARASCO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, I, Torino, 2004, p. 658 ss.; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 433; ID., *Della mora del creditore*, cit., p. 41 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, pp. 374 ss., 393 s.; SALVESTRONI, *Sulla mancata «cooperazione» all'adempimento nel rapporto tra debitore e creditore divenuto incapace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 309 ss. Anche nella dottrina più recente non manca, poi, chi ritiene necessaria una valutazione differenziata in considerazione del rimedio applicabile: tra gli effetti della mora, ricondotta alla mancata ottemperanza di un onere, solo il risarcimento del danno richiederebbe la colpa del creditore. In questo senso QUARANTINO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Fava, I, Milano, 2008, p. 627.

(172) Cfr. CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., p. 761; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 399; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 65. Come osserva lo stesso autore, tuttavia, dai lavori preparatori del Codice civile non si traggono indicazioni conclusive. Mentre la *Relazione al Re sul libro delle obbligazioni* (n. 34) afferma l'irrilevanza della negligenza del creditore — suscettibile di essere costituito in mora «indipendentemente da ogni sua colpa» — nella *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni* (n. 87) si legge che «la questione della necessità della colpa come requisito della mora del creditore è rimasta impregiudicata». Sul punto v. anche, nella letteratura più recente, PICARO, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 203.

(173) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 46. Negli stessi termini C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 377 e più di recente PIRAINO, *L'adempimento dell'obbligazione*, relazione al convegno *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*, Bogotá, Universidad Externado, 3 e 4 aprile 2019, in via di pubblicazione negli atti, § 7.

questa conclusione si desumono dalla disciplina dell'adempimento del terzo — che consente al creditore di accettare la prestazione anche contro la volontà del debitore (art. 1180 c.c.) — e dai recessi discrezionali grazie ai quali il committente e il mandante possono precludere alle controparti l'esecuzione delle rispettive prestazioni corrispondendo loro un risarcimento commisurato all'interesse positivo ⁽¹⁷⁴⁾. Così dimostrato che la legge non tutela l'interesse del debitore a eseguire la prestazione, si neutralizza un argomento che altrimenti avrebbe avvalorato la sussistenza di un obbligo del creditore di prestare la cooperazione necessaria all'adempimento ⁽¹⁷⁵⁾.

D'altra parte, il risarcimento del danno espressamente previsto dalla legge a carico del creditore in mora (art. 1207 c.c.) non sarebbe sintomatico della violazione di un obbligo di comportamento a lui imputabile, in quanto la categoria della responsabilità senza colpa non è ignota all'ordinamento italiano ⁽¹⁷⁶⁾.

Si ribadisce, poi, che il creditore coopera all'adempimento nell'esclusivo interesse proprio, in quanto è libero di esercitare il diritto di cui è titolare; siccome la cooperazione è funzionale all'esercizio del diritto di credito — e costituisce una condotta tenuta dal creditore nel suo esclusivo interesse — essa non può costituire oggetto di un obbligo ⁽¹⁷⁷⁾. In quest'ottica, per inquadrare correttamente la cooperazione all'adempimento occorre rapportarla non tanto alla mora e al

(174) Cfr. artt. 1671, 1685, 1725, 2227 c.c.

(175) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 48 ss.; Id., voce *Mora del creditore*, cit., p. 433. L'autore ritiene che nessun argomento in senso contrario possa desumersi dall'art. 1236 c.c., che consente al debitore di rifiutare entro un congruo termine la remissione del debito comunicatagli dal creditore; anziché proteggere l'interesse ad adempiere, la disposizione assicura al debitore il diritto di non subire una modificazione della propria sfera giuridica — ancorché esclusivamente favorevole — contro la propria volontà (p. 51). Secondo un'altra, autorevole voce dottrinale la disposizione denota invece che l'interesse del debitore ad adempiere l'obbligazione è protetto dalla legge: il debitore a cui sia stata comunicata la remissione può infatti rifiutarla e liberarsi adempiendo l'obbligazione o — nel caso di rifiuto del creditore — effettuando l'offerta reale e il deposito. In questi termini si esprime FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 33 s. Sulla stessa linea di pensiero G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1303 ss.; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 115.

(176) In questi termini v., in particolare, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 376 s.

(177) Sul punto v., nitidamente, CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 433; Id., *Della mora del creditore*, cit., p. 48.

deposito, quanto all'intera disciplina dell'obbligazione, che è orientata a proteggere l'interesse del creditore a conseguire la prestazione piuttosto che l'interesse del debitore a liberarsi dal vincolo: considerata in questa prospettiva, la cooperazione è esclusivamente funzionale a favorire l'esercizio del diritto di credito⁽¹⁷⁸⁾. Di qui l'adesione alla tesi che riconduce il concorso del creditore alla categoria dell'onere: se la "vocazione" dell'obbligazione è solo quella di proteggere l'interesse del creditore, la cooperazione da lui prestata all'attuazione del rapporto obbligatorio è necessaria non tanto per permettere la liberazione del debitore, quanto per realizzare la posizione di vantaggio che corrisponde al diritto di credito.

In questa visione dominata dall'interesse del creditore, la funzione della *mora accipiendi* viene ricostruita in chiave rigorosamente oggettiva: l'istituto non tutela un diritto del debitore — quello corrispondente ad un ipotetico obbligo di cooperazione — ma si limita a porre a carico del creditore le conseguenze economiche derivanti dal comportamento con cui ha ostacolato l'esecuzione della prestazione⁽¹⁷⁹⁾. La responsabilità del creditore, correlativamente, non consegue ad un illecito: se è vero che egli pregiudica l'interesse del debitore a liberarsi tempestivamente dell'obbligazione, il suo comportamento non viola alcun obbligo di condotta [ma consegue, piuttosto, alla scelta di non compiere gli atti necessari all'esercizio del suo diritto] e non provoca un danno ingiusto [ma determina, piuttosto, una situazione prevista dalla legge qual è la dilatazione del rapporto obbligatorio]⁽¹⁸⁰⁾.

Dalla qualificazione della cooperazione quale oggetto di onere discende l'irrilevanza della colpa ai fini della costituzione in mora del creditore. Se infatti il debitore — che si obbliga a tenere una condotta rispondente all'interesse del creditore — va esente da responsabilità dimostrando l'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.), l'onerato — che agisce nell'interesse proprio — non consegue l'auspicata posizione di vantaggio per il semplice fatto di non aver tenuto il comportamento a cui la legge subordina l'attribuzione di una determinata utilità: la conclusione risponde al principio generale in base al quale chi opera nell'interesse

(178) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 55.

(179) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 51 s., 55 s.

(180) In questo senso v. ancora CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 54 s.

proprio assume il rischio di non conseguire il risultato sperato per il verificarsi di eventi fortuiti ⁽¹⁸¹⁾.

Una voce autorevole — che, pure, sostiene con forza la riconducibilità della cooperazione alla categoria dell'onere — ritiene che la responsabilità senza colpa del creditore costituito in mora possa essere giustificata sulla base di altri argomenti ⁽¹⁸²⁾.

In *negativo*, si osserva che il «motivo legittimo» in presenza del quale è giustificata la mancata cooperazione (art. 1206 c.c.) ricorre non quando il creditore è esente da colpa, ma piuttosto nelle situazioni in cui il rifiuto della prestazione ritualmente offerta risponde al canone della buona fede: con tale espressione, in altri termini, il legislatore non designa le cause che impediscono al creditore di collaborare all'adempimento, ma le fattispecie al verificarsi delle quali l'offerta della prestazione può essere rifiutata *ex fide bona* benché sia formalmente esatta ⁽¹⁸³⁾. Neppure l'art. 1227 c.c. offre argomenti a favore della rilevanza della colpa: la disposizione sanziona il comportamento negligente del creditore sul presupposto dell'inadempimento, mentre la costituzione in mora implica che il debitore, formulando l'offerta, abbia fatto quanto possibile per mettersi in condizione di eseguire la prestazione ⁽¹⁸⁴⁾. Né un argomento in senso contrario può ricavarsi dalla circostanza che durante la *mora solvendi* il creditore non risponda del caso fortuito, il relativo rischio essendo interamente sopportato dal debitore (art. 1221 c.c.) ⁽¹⁸⁵⁾: la regola è giustificata dal ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, mentre nella situazione considerata il debitore, pronto ad adempiere, non può liberarsi a causa del mancato concorso del creditore ⁽¹⁸⁶⁾.

In *positivo*, si rileva in primo luogo che, a differenza di quanto è dato riscontrare in relazione alla responsabilità del debitore, l'imputa-

(181) Per una chiara enunciazione di tale principio, con riferimento alla cooperazione del creditore all'adempimento, cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*²², cit., p. 323 s.

(182) Ci si riferisce a CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 60 ss.

(183) V., *infra*, cap. II, §§ 11-14 e sin d'ora CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., p. 767 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 62. Ritiene invece sussistente un motivo legittimo anche quando il creditore è impossibilitato a prestare la necessaria cooperazione per causa a lui non imputabile FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 184 s.

(184) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 63.

(185) L'argomento viene valorizzato da chi sostiene la rilevanza della colpa ai fini della costituzione in mora: cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 178 s.

(186) L'obiezione è di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 64.

bilità del difetto di cooperazione non è prevista dalla legge tra i requisiti necessari ai fini della costituzione in mora: all'assenza di riferimenti nel dato normativo si attribuisce un valore indiziario in ordine alla probabile irrilevanza del requisito ⁽¹⁸⁷⁾. Secondariamente, se è vero che il creditore coopera all'adempimento nell'esclusivo interesse proprio — secondo la tesi che riconduce la cooperazione alla categoria dell'onere — egli assume il rischio di non poter realizzare le condizioni necessarie per soddisfare tale suo interesse. La conclusione è in sintonia con il principio, già ricordato, in base al quale il titolare di un diritto assume il rischio di non poterlo esercitare a causa del verificarsi di eventi fortuiti ⁽¹⁸⁸⁾: così, il conduttore al quale è stato consegnato l'immobile preso in locazione per la stagione estiva assume il rischio di non potervi soggiornare a causa di una imprevedibile patologia, che rende necessario un ricovero ospedaliero.

All'obiezione in base alla quale il creditore costituito in mora — anziché limitarsi a non esercitare il diritto di cui è titolare — assume una responsabilità nei confronti del debitore, si replica che il risarcimento del danno previsto dall'art. 1207, comma 2° c.c. non costituisce la sanzione di un illecito, ma solo un rimedio volto a compensare il debitore che a causa del comportamento pur sempre lecito della controparte è indotto a sostenere sacrifici più rilevanti di quelli fisiologicamente necessari per mantenersi in condizione di adempiere ⁽¹⁸⁹⁾.

Un ulteriore argomento a favore della *mora accipiendi inculcata* si desume dalla circostanza che il debitore è legittimato ad effettuare il deposito (sequestro) liberatorio anche in assenza di colpa del creditore: se in tale evenienza il debitore può liberarsi definitivamente dell'obbligazione, a maggior ragione merita di essere provvisoriamente tutelato, in un momento anteriore, contro i pregiudizi e i rischi derivanti dal protrarsi del rapporto obbligatorio ⁽¹⁹⁰⁾.

(187) V., *supra*, nt. 172.

(188) Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*²², cit., p. 323 s. e più recente CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., p. 768.

(189) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 66.

(190) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 67 s., che sviluppa un argomento di KOHLER, *Annahme und Annahmeverzug*, cit., p. 416. Viene così disattesa la tesi dottrinale in base alla quale solo la *mora accipiendi*, e non il deposito, richiederebbe la colpa del creditore: in base a tale opinione, la diversa rilevanza dell'elemento soggettivo troverebbe giustificazione nel fatto che mentre la mora comporta una responsabilità del creditore, il deposito si risolve nell'estinzione dell'obbligazione il cui adempimento è precluso dal difetto di cooperazione (FALZEA, *L'offerta*

Peraltro, l'opinione che riconduce la cooperazione alla categoria dell'obbligo è stata sostenuta in un noto studio monografico pubblicato pochi anni dopo la promulgazione del codice ⁽¹⁹¹⁾, per poi essere più recentemente riproposta da una voce autorevole ⁽¹⁹²⁾.

Si osserva che la libertà di cui gode il creditore sussiste solo entro i limiti che circoscrivono l'esercizio del diritto del quale è titolare. Se il creditore è libero di non esigere l'esecuzione della prestazione che costituisce oggetto del suo diritto, non può invece dilatare il vincolo al quale è esposto il debitore oltre il momento (ed al di fuori del luogo) in cui esso si sarebbe estinto qualora la necessaria cooperazione fosse stata prestata. La titolarità di un diritto di credito non è, dunque, logicamente incompatibile con la sussistenza di un obbligo di collaborazione: il secondo sorge al di fuori dei confini del primo ⁽¹⁹³⁾. La cooperazione all'adempimento, inoltre, contribuisce a realizzare non solo l'interesse del creditore a conseguire la prestazione, ma anche l'interesse del debitore a liberarsi dell'obbligazione: e siccome l'onere contempla una condotta esclusivamente finalizzata ad appagare l'inte-

reale, cit., p. 186 ss.). Si risponde ribadendo che la responsabilità prevista a carico del creditore dalla disciplina della *mora accipiendi* non costituisce la sanzione di un illecito, ma un rimedio volto a tenere indenne il debitore delle conseguenze oggettivamente derivanti dalla dilatazione del rapporto obbligatorio. La funzione della mora, così concepita, si identifica con quella del deposito: l'unico elemento di differenziazione tra i due istituti consiste nel fatto che presupponendo la permanenza del vincolo il primo offre una tutela necessariamente provvisoria alle ragioni del creditore. Sulla base della riscontrata analogia funzionale, si conclude che come la colpa del creditore non condiziona il ricorso al deposito, così non è necessaria al fine della costituzione in mora (CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 68).

(191) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., *passim*, spec. 31-84 e 171-191. Hanno ritenuto la cooperazione oggetto di un obbligo anche GENTILE, *La cooperazione creditoria. Mora accipiendi e collaborazione del creditore*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 241 ss.; RAVAZZONI, voce *Mora del creditore*, in *Nss. D. I.*, X, Torino, 1964, p. 904. Sulla stessa linea anche G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, pp. 960 ss., 972 s., il quale, peraltro, afferma che il creditore può essere costituito in mora anche quando il difetto di cooperazione non gli è imputabile, solo il risarcimento del danno presupponendo la sua colpa.

(192) Cfr. D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, coordinato da Zoppini, III, 1, Milano, 2009, p. 207 ss.; Id., voce *Liberazione coattiva del debitore*, in *EdD, Agg.*, II, Milano, 1998, p. 500 ss.; Id., *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 77 ss.

(193) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 50 ss. L'argomentazione è condivisa da D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 83. Per un'analisi critica di tale posizione, cfr. CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., p. 755 ss., e più di recente PIRAINO, *L'adempimento dell'obbligazione*, cit., § 7.

resse di chi la tiene, mentre l'obbligo ha ad oggetto un comportamento orientato a realizzare un interesse altrui, la seconda qualificazione risulta più persuasiva ⁽¹⁹⁴⁾.

Del resto i rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione, quali sono la mora del creditore e il deposito, sono chiaramente orientati alla tutela del debitore. Se anziché adottare una prospettiva statica — incentrata sulla fisiologia del rapporto — si adotta un punto di vista dinamico — focalizzato sulle tutele accordate dalla legge — risulta evidente che la cooperazione di cui il debitore lamenta il difetto è funzionale a realizzare il suo interesse a liberarsi dal vincolo.

Tra i rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione, il risarcimento del danno dovuto dal creditore in mora appare difficilmente compatibile con la tesi che fa riferimento all'onere (art. 1207, comma 2° c.c.). Se quest'ultimo non viene soddisfatto il soggetto passivo non consegue l'auspicata posizione di vantaggio ma non può incorrere in responsabilità verso terzi, in quanto il comportamento omesso risponde ad un suo esclusivo interesse ⁽¹⁹⁵⁾.

Per contro, siccome denota che il difetto di cooperazione ha pregiudicato l'interesse di un soggetto diverso dal creditore — quello del debitore a liberarsi tempestivamente dell'obbligazione — il risarcimento del danno presuppone la sussistenza di un obbligo. Ne deriva quale conseguenza che gli effetti della mora del creditore si producono solo se il rifiuto della prestazione o il difetto della necessaria cooperazione sono imputabili al creditore. A differenza dei fautori della teoria dell'onere, chi qualifica la cooperazione quale oggetto di un obbligo sostiene che il creditore può evitare gli effetti della mora dimostrando che il mancato o insufficiente concorso all'adempimento non è ascrivibile a sua colpa né non può essergli addebitato sulla base di un diverso criterio di imputazione della responsabilità ⁽¹⁹⁶⁾.

(194) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 47.

(195) Cfr. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 82 s., testo e nt. 16; G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, p. 287. In senso contrario v. tuttavia CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., pp. 752, 767 s., 775, secondo la quale il risarcimento del danno che consegue alla mancata ottemperanza dell'onere di cooperazione trova giustificazione nel principio di autoresponsabilità. In quest'ottica, il debitore è libero di non prestare la cooperazione necessaria per l'adempimento dell'obbligazione, ma risponde delle conseguenze che il suo comportamento determina, oltre che nella propria sfera giuridica, anche in quella del debitore.

(196) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 177 ss., con particolare riferimento al risarcimento del danno derivante dalla *mora accipiendi*. Secondo l'autore, invece, il

Come si è anticipato, peraltro, anche in quest'ottica la cooperazione occupa una posizione subordinata e accessoria rispetto alla prestazione. Il debitore può liberarsi dell'obbligazione — e tutelarsi, così, contro il difetto di cooperazione — solo effettuando il deposito, che consente di soddisfare l'interesse primario del creditore. Istituito una relazione di accessorietà tra prestazione (interesse primario del creditore) e cooperazione (interesse secondario del debitore), si avvalorza una ricostruzione che assegna al deposito una posizione centrale, riservando alla risoluzione un ruolo suppletivo e marginale⁽¹⁹⁷⁾. L'approdo è coerente con la scelta di ricostruire i rimedi a favore del debitore in una prospettiva che, essendo incentrata sul diritto delle obbligazioni, lascia inevitabilmente sullo sfondo le tutele sinallagmatiche⁽¹⁹⁸⁾.

Benché quelle appena sintetizzate polarizzino il dibattito dottrinale, non mancano ricostruzioni ulteriori del dato normativo. La più rilevante individua in capo al debitore un interesse legittimo di diritto

deposito e il sequestro liberano il debitore anche se il rifiuto della prestazione o la mancanza della necessaria cooperazione non sono ascrivibili a colpa del creditore (p. 186 ss.). Sul punto v. anche D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, cit., p. 102 ss., il quale ritiene che il creditore possa rispondere delle conseguenze del difetto di cooperazione sulla base di criteri di imputazione alternativi alla colpa. In questa prospettiva, le circostanze che impediscono al creditore di prestare la necessaria cooperazione possono impegnare la sua responsabilità — con il limite del caso fortuito — anche se non sono dovute a un difetto diligenza, purché siano maturate nel suo ambito di organizzazione e controllo.

(197) V. *supra*, ntt. 111, 112.

(198) Nella dottrina contemporanea si distacca da questa impostazione — anticipando la prospettiva adottata nel testo — la voce di CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., p. 741 s., la quale osserva che «la disciplina della *mora credendi*, seppur appaia rivolta al singolo rapporto obbligatorio, ... è significativamente collocata nel capo dell'adempimento delle obbligazioni, da intendersi come insieme dei comportamenti dovuti o richiesti al debitore affinché possa conseguire la liberazione dal vincolo; tuttavia potrebbe esser chiamata ad operare assai spesso all'interno di un più complesso rapporto contrattuale, incontrando così una serie di complicazioni. Innanzitutto, nei contratti a prestazioni corrispettive la posizione del creditore non cooperante potrebbe risultare unita o assorbita nella posizione di debitore di quell'attività nell'ambito di un assetto sinallagmatico di prestazioni», per poi aggiungere che «le circostanze della mancata cooperazione potrebbero dar luogo ad una situazione rilevante dal punto di vista della permanenza del vincolo contrattuale ovvero della utilità del contratto per i contraenti, sicché il problema della liberazione del debitore da un'obbligazione per la quale il creditore non mostra più interesse potrebbe interferire con quello della risoluzione del contratto».

privato a liberarsi dal vincolo ⁽¹⁹⁹⁾. Tale interesse non può ritenersi pregiudicato quando alla base del comportamento non cooperativo del creditore sussiste un «motivo legittimo» (art. 1206 c.c.), vale a dire una ragione che giustifica il rifiuto di un'offerta in sé e per sé esatta: è quanto si verifica quando il debitore ha effettuato l'offerta con modalità contrarie a buona fede o quando la prestazione integra, dal punto di vista del creditore, un'attribuzione patrimoniale "precaria". L'interesse legittimo del debitore a liberarsi dal vincolo, per converso, risulta violato nell'ipotesi in cui l'offerta sia caratterizzata da inesattezze talmente lievi e trascurabili da rendere il rifiuto del creditore contrario a buona fede.

Si tornerà su questa posizione considerando i presupposti sostanziali della mora del creditore ⁽²⁰⁰⁾.

13. *Per una relazione diretta tra interessi e rimedi: il regime del difetto di cooperazione tra protezione dell'affidamento e favore per le contrattazioni.* — Il dibattito dottrinale appena ricostruito si presta ad un duplice ordine di considerazioni.

Nel *merito*, la tesi che qualifica la cooperazione quale oggetto di onere sembra mancare il suo obiettivo, che è quello di rappresentare correttamente la disciplina legislativa. Nella fisiologia del rapporto il creditore permane interessato a ricevere la prestazione, sicché collabora all'adempimento nell'interesse proprio. La *mora accipiendi* e il deposito liberatorio, tuttavia, assumono rilevanza nella situazione patologica in cui in assenza di un motivo legittimo il creditore non coopera all'adempimento e non fornisce la necessaria collaborazione (art. 1206 c.c.), pregiudicando l'interesse del debitore a liberarsi tempestivamente dell'obbligazione: interesse alla cui protezione la mora e il deposito sono orientati ⁽²⁰¹⁾.

In definitiva, una ricostruzione finalizzata a rappresentare il funzionamento di rimedi che reagiscono a una patologia del rapporto non può assumere a riferimento la situazione che vede il creditore collabo-

(199) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, *ad vocem*, p. 1 s.; ID., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 192 ss.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 124 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XVI, 1, Milano, 1974, p. 69 ss. La tesi viene condivisa da BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 413 ss.

(200) V., *infra*, cap. II, § 10.

(201) Nitidamente, sul punto, FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 49 s.

rare fisiologicamente all'adempimento in quanto interessato a ricevere la prestazione. Nella condizione patologica che giustifica il ricorso alla mora e al deposito, la cooperazione necessaria per l'adempimento viene a mancare, e il suo difetto pregiudica non tanto l'interesse dello stesso creditore (molto probabilmente, orientato in senso contrario), quanto l'interesse del debitore a liberarsi dell'obbligazione.

Sotto questo profilo, la tesi che configura la cooperazione quale oggetto di un obbligo offre alla mora e al deposito un inquadramento più convincente, essendo i due istituti orientati a proteggere l'interesse del debitore a liberarsi tempestivamente dell'obbligazione. Il limite di tale opinione è, piuttosto, quello di assumere a riferimento la sola disciplina delle obbligazioni, senza considerare il suo rapporto con quella dei contratti di scambio: ne deriva una ricostruzione che valorizza la centralità del deposito ⁽²⁰²⁾, mentre nella prassi quando il debitore è parte di un contratto sinallagmatico la liberazione consegue più frequentemente alla sua risoluzione ⁽²⁰³⁾.

Se poi si considera l'antitesi tra obbligo ed onere sotto il profilo del *metodo*, è quanto meno dubbio che qualificare la cooperazione in questi termini sia realmente utile e produttivo. Non si tratta, beninteso, di un'impostazione caduta in disuso: essa viene tuttora adottata da chi riconduce alla categoria dell'onere (*Obliegenheit; carga*) l'obbligazione di cooperazione prevista dai testi normativi internazionali ⁽²⁰⁴⁾. Benché ancora attuale, la tendenza a ricondurre la cooperazione del creditore a categorie precostituite, quali l'onere o l'obbligo, non favorisce a nostro avviso una ricostruzione corretta del dato normativo e delle soluzioni giurisprudenziali.

Va osservato, in primo luogo, che l'antitesi tra onere ed obbligo assume rilevanza prevalentemente sotto il profilo dogmatico e ricostruttivo. Si vuole non tanto avvalorare una data interpretazione della disciplina legislativa, quanto fornirne una rappresentazione sintetica, riconducendola a categorie consolidate del pensiero giuridico.

Le implicazioni del dibattito si esauriscono nella ritenuta rilevanza o irrilevanza della colpa, ovvero della imputabilità del difetto di

(202) È quanto si desume da vari passi del contributo di FALZEA, *L'offerta reale*, cit., di cui v. specialmente le pp. 2 s., 92 s., 95, 97 ss.

(203) V., *infra*, §§ 15, 16.

(204) Cfr. VAQUER, *Farewell to Windscheid?*, cit., 506 s.; Id., *Tender of Performance*, *Mora Creditoris*, cit., 86 ss.

cooperazione alla condotta del creditore ⁽²⁰⁵⁾. Mentre chi qualifica la cooperazione quale oggetto di un onere ritiene che la sua mancanza — purché non determinata da un motivo legittimo — sia sufficiente a giustificare la *mora accipiendi* e il deposito, per i sostenitori della tesi dell'obbligo è necessario che essa sia imputabile al creditore: ci si chiede, allora, se anche in relazione all'obbligo di cooperazione siano configurabili criteri di imputazione della responsabilità alternativi alla colpa.

Gli esiti a cui approda il dibattito hanno una connotazione paradossale ⁽²⁰⁶⁾. Chi, adottando la teoria dell'onere, ritiene il creditore tenuto a collaborare nell'esclusivo interesse proprio esclude che egli possa sottrarsi agli effetti della mora deducendo la non imputabilità del difetto di cooperazione. Coloro che, invece, reputano il creditore obbligato a collaborare nell'interesse del debitore ammettono che il primo possa andare esente da responsabilità quando non concorre all'adempimento per causa a lui non imputabile. Alla qualificazione più blanda consegue un regime più rigido, mentre da quella più impegnativa deriva una responsabilità meno rigorosa.

Non solo. Il dibattito polarizzato sulla contrapposizione tra onere ed obbligo non riesce a spiegare il diverso regime di responsabilità al quale è assoggettato il creditore quando in dipendenza di una circostanza afferente alla sua "sfera" l'adempimento già compiutamente predisposto dal debitore risulta temporaneamente precluso [con la conseguente dilatazione del rapporto obbligatorio] o, al contrario, la prestazione non ancora offerta diviene definitivamente impossibile [con la conseguente estinzione dell'obbligazione]. Se la cooperazione all'adempimento fosse senz'altro inquadrabile in una delle due categorie, il regime di responsabilità al quale è sottoposto il creditore dovrebbe essere uniforme: egli risponderebbe sempre a prescindere dalla sua colpa (nella prospettiva dell'onere) o, al contrario, solo a condizione che il difetto di cooperazione gli sia imputabile (nell'ottica dell'obbligo).

Dal dato normativo e giurisprudenziale si ricava, invece, un quadro più articolato.

(205) V. *supra*, §§ 11, 12.

(206) Cfr. CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., p. 739 s.; D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 102; più di recente PIRAINO, *L'adempimento dell'obbligazione*, cit., § 7.

Il creditore è assoggettato agli effetti della *mora accipiendi* anche se il difetto di cooperazione non gli è imputabile. La mora tutela il debitore che a causa del rifiuto della prestazione o della mancanza della necessaria collaborazione vede pregiudicato il suo affidamento nella liberazione dal vincolo. L'istituto presuppone che il debitore sia pronto ad adempiere ed abbia sostenuto gli investimenti necessari per eseguire la prestazione: solo in presenza di tali condizioni si può concludere che il protrarsi del rapporto obbligatorio è ascrivibile al comportamento del creditore. L'offerta della prestazione — che costituisce il presupposto indefettibile della mora e richiede, nella legislazione italiana, l'intervento di un pubblico ufficiale — dimostra che il debitore è pronto ad adempiere, sicché la dilatazione del vincolo è esclusivamente ascrivibile alla condotta non collaborativa del creditore.

In definitiva, la mora del creditore tutela l'affidamento del debitore nella tempestiva estinzione dell'obbligazione e ne presuppone la prova, che si ricava dall'offerta della prestazione. Siccome consegue alla lesione di tale affidamento (anziché alla mancata esecuzione di una determinata prestazione), la responsabilità del creditore in mora è commisurata all'interesse negativo ⁽²⁰⁷⁾: il risarcimento comprende, infatti, le spese sostenute e le occasioni di guadagno perse dal debitore a causa del protrarsi del vincolo. Ebbene, secondo un'opinione diffusa — e, del resto, pienamente condivisibile — il creditore risponde della delusione dell'affidamento del debitore anche se il difetto della necessaria collaborazione non è imputabile a sua colpa ⁽²⁰⁸⁾.

Talvolta, però, il debitore non riesce a formulare una valida offerta, né a sostenere gli investimenti necessari per effettuarla, perché anteriormente al termine di adempimento dell'obbligazione la prestazione diviene impossibile per il verificarsi di circostanze afferenti alla sfera del creditore. In questa ipotesi, l'impossibilità della prestazione non pregiudica l'affidamento del debitore nell'estinzione dell'obbligazione (interesse negativo), ma il suo interesse all'attuazione dello scambio (interesse positivo): non potendo eseguire la prestazione dovuta, egli

(207) In questo senso D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 94 s.

(208) Pervengono a tale conclusione gli autori che riconducono la cooperazione del creditore alla categoria dell'onere: v., *supra*, ntt. 166-171. In giurisprudenza, escludono che il difetto di cooperazione possa essere giustificato dal creditore dimostrando che esso è dovuto a una causa a lui non imputabile Cass. 8 febbraio 1986, n. 809, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1928 e *Vita not.*, 1986, 278; Coll. Arb. 8 agosto 1985, n. 59, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 1313.

perde la legittimazione a esigere il pagamento del corrispettivo. Il creditore è responsabile dell'impossibilità della prestazione — e della conseguente, mancata attuazione del rapporto — a condizione che la stessa sia stata determinata da una causa a lui imputabile: in assenza di tale presupposto, il contratto si risolve per impossibilità sopravvenuta e il creditore è liberato dall'obbligazione corrispettiva senza dover compensare il danno subito dal debitore (art. 1463 c.c.) ⁽²⁰⁹⁾.

Si può concludere che mentre *a seguito dell'offerta* della prestazione il creditore risponde anche se il rifiuto o il difetto di cooperazione non sono ascrivibili a sua colpa, quando la prestazione diviene impossibile *anteriamente alla formulazione dell'offerta* egli risponde solo se l'impedimento gli è imputabile. Tale articolazione è evidentemente incompatibile con una rigida contrapposizione tra onere ed obbligo. La prospettiva incentrata su di essa, infatti, non riesce a spiegare perché talvolta il difetto di cooperazione impegna la responsabilità del creditore sebbene non sia imputabile a sua colpa (*mora accipiendi*), mentre in altre ipotesi il requisito assume rilevanza decisiva (impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta al fatto del creditore).

Sembra allora opportuno adottare un'impostazione diversa, libera dalla mediazione di concetti che appaiono difficilmente adattabili al dato normativo e giurisprudenziale. È preferibile porre direttamente in relazione i rimedi previsti dalla legge con gli interessi protetti, evitando di interporre tra di essi il filtro di categorie che, in quanto elaborate *a priori*, non sembrano idonee a rappresentare efficacemente le conseguenze che derivano dal comportamento non cooperativo del creditore.

Ebbene, il difetto di cooperazione lede interessi diversi a seconda della conformazione delle fattispecie in relazione alle quali si manifesta. La *mora accipiendi* presuppone che il debitore abbia offerto la prestazione, dimostrando di aver fatto quanto necessario per essere pronto ad adempiere. Su questa base, il creditore risponde anche se il rifiuto della prestazione o il difetto della necessaria cooperazione non sono imputabili a sua colpa. Il rischio che un evento fortuito precluda l'accettazione della prestazione o la collaborazione necessaria per l'adempimento ricade sul creditore: mentre quest'ultimo si è limitato ad attendere la prestazione, il debitore ha sostenuto i costi necessari per mettersi in condizione di adempiere e formulare l'offerta.

(209) V., *infra*, cap. VI, §§ 4-9.

Il regime della mora del creditore risulta, così, orientato a favorire la realizzazione degli investimenti funzionali all'attuazione del rapporto: il debitore investe con fiducia per mettersi in condizione di adempiere in quanto anche se l'offerta della prestazione verrà rifiutata per una causa non imputabile alla controparte non resterà privo di tutela. Affrancando la *mora accipiendi* dalla colpa si promuove l'affidamento del debitore: quest'ultimo sarebbe meno intenso (con conseguente riduzione degli investimenti volti ad attuare il rapporto) se il debitore temesse di restare privo di tutela nel caso di rifiuto incolpevole dell'offerta.

Non a caso la teoria che identifica la cooperazione quale oggetto di onere — sganciando la *mora accipiendi* dal requisito della colpa — viene formulata per la prima volta nella seconda metà dell'Ottocento, quando il progresso tecnico e lo sviluppo economico richiedono l'adozione di regole volte a favorire gli investimenti funzionali all'esercizio delle attività imprenditoriali e industriali ⁽²¹⁰⁾.

Se invece la prestazione diviene impossibile prima che sia stata formulata l'offerta — quando il debitore non ha necessariamente investito per attuare il rapporto — il creditore risponde solo a condizione che l'evento impeditivo gli sia imputabile. Come l'inadempimento risolutorio, così l'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore pregiudica l'interesse della controparte all'attuazione dello scambio. La responsabilità che ne consegue non deriva dalla lesione dell'*affidamento* nella tempestiva estinzione del rapporto obbligatorio (interesse negativo), ma dalla mancata realizzazione dell'operazione economica *programmata* dalle parti (interesse positivo); la parte che ha vanificato l'attuazione dello scambio non deve reintegrare l'affidamento della controparte — compensandola per le spese sostenute e le occasioni di guadagno perse — ma collocarla nella situazione in cui si sarebbe trovata qualora il contratto fosse stato eseguito.

Come il creditore pregiudicato dall'inadempimento e dalla conseguente risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.), il debitore che subisce l'impossibilità sopravvenuta della prestazione viene tutelato anche se non ha investito allo scopo di attuare il rapporto. In entrambi i casi, subordinando la responsabilità del creditore (debitore) alla circostanza che l'impossibilità (inadempimento) sia a lui imputabile non si vanificano necessariamente investimenti rilevanti, né si riduce l'affidamento

(210) Ci si riferisce ai contributi di KOHLER, *Annahme und Annahmeverzug*, cit.; *Der Gläubigerverzug*, cit., e di MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, Die Lehre von der Mora*, cit.

nell'attuazione del rapporto. D'altra parte, la scelta di ritenere il creditore responsabile solo quando l'impossibilità della prestazione gli è imputabile ha la funzione di favorire la conclusione del contratto, che altrimenti dovrebbe superare la resistenza determinata dalla prospettiva di una responsabilità di carattere assoluto. Si ripropone nuovamente, a questo proposito, il parallelismo con la responsabilità del debitore (art. 1218 c.c.).

Il regime dei rimedi accordati al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione risponde, dunque, alla duplice esigenza di stimolare gli investimenti necessari per attuare il rapporto e favorire la conclusione dei contratti. Anziché essere governato da categorie elaborate in sede dottrinale, esso si modella sulla qualità degli interessi protetti e sulla fisionomia delle fattispecie da cui emerge il bisogno di tutela.

14. *Onere ed obbligo di cooperazione nel diritto applicato: un uso eccentrico e strumentale.* — L'opinione sostenuta nel paragrafo precedente trova riscontro nell'analisi del diritto applicato, in cui le categorie dell'onere e dell'obbligo, riferite alla cooperazione del creditore, vengono utilizzate in modo eccentrico e strumentale. Eccentrico, in quanto l'uso che ne viene fatto nel contesto delle motivazioni ha la funzione di giustificare soluzioni relative all'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento piuttosto che dei rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione (*mora accipiendi* e deposito liberatorio). Strumentale, nella misura in cui l'affermazione o la negazione di un obbligo di cooperazione imputabile al creditore risponde sovente ad esigenze di economia argomentativa, in quanto consente di giustificare soluzioni che avrebbero altrimenti richiesto motivazioni più elaborate.

Ora, nel diritto applicato l'affermazione o la negazione di un obbligo di cooperazione imputabile al creditore ha in primo luogo la funzione di ammettere o escludere che il debitore pregiudicato dalla mancata collaborazione possa conseguire la risoluzione del contratto. Alcune sentenze escludono che il committente sia obbligato a cooperare con l'appaltatore per giustificare il rigetto della domanda di risoluzione da lui proposta ⁽²¹¹⁾. Altre accordano la risoluzione del contratto dopo aver affermato che il committente ha il dovere di

(211) Cfr. App. Napoli 9 dicembre 2008, per esteso in *Pluris*; Coll. Arb. 11 luglio 1991, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1992, 1034; Coll. Arb. 23 dicembre 1983, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 1063.

cooperare all'adempimento dell'appaltatore ⁽²¹²⁾: sebbene nel contesto delle motivazioni l'asserito dovere di cooperazione venga ricondotto all'art. 1206 c.c., oltre che ai principi di correttezza e buona fede, la sua affermazione non prelude all'applicazione della disciplina della mora, ma alla risoluzione del contratto di appalto.

In altri casi, escludere che il creditore sia obbligato a cooperare vale a giustificare una determinata soluzione di una controversia che vede le parti reciprocamente inadempienti. Siccome anche in questa evenienza non vengono in considerazione gli effetti della *mora accipiendi*, il riferimento alla relativa disciplina rinvenibile in motivazione ha la funzione di motivare "economicamente" soluzioni che avrebbero richiesto un maggior impegno argomentativo.

In una prima fattispecie ⁽²¹³⁾, il creditore di una somma di denaro dovuta in virtù di un accordo intercorrente con un ente pubblico rende una dichiarazione che se da un lato sollecita un adeguamento del corrispettivo a una circostanza sopravvenuta, dall'altro può essere interpretata come rifiuto di ricevere l'importo contrattualmente previsto; a seguito di tale dichiarazione, l'ente pubblico si astiene dall'offrire tanto la somma dovuta in base al contratto, quanto quella pretesa dalla controparte. Tale condotta — ritenuta giustificata dalla sentenza impugnata, che aveva rigettato la domanda di risoluzione proposta dal creditore — viene invece considerata illecita dalla S.C. Il giudice di legittimità afferma, infatti, che *non essendo il creditore obbligato a cooperare all'adempimento* il rifiuto anticipato di ricevere la prestazione non vale a costituirlo automaticamente in *mora debendi* ai sensi dell'art. 1219 c.c.; ricorrendo, invece, un'ipotesi di *mora accipiendi*, l'offerta della prestazione è sempre necessaria, sicché la sua omissione non può ritenersi giustificata. La domanda di risoluzione proposta nei confronti dell'ente pubblico merita dunque di essere accolta. Come è evidente, la disciplina della *mora accipiendi* non ha alcuna attinenza alla controversia, quale risulta definita dalle domande delle parti. Il giudice la richiama per giustificare una conclusione controintuitiva e contrastante

(212) Cfr. Cass. 5 giugno 2014, n. 12698, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «contratti pubblici», n. 1080; Cass. 29 aprile 2006, n. 10052, in *Giur. it.*, 2006, 2259; App. Palermo 7 marzo 2016, n. 427, per esteso in *De Jure*.

(213) Quella considerata da Cass. 18 gennaio 1995 n. 522, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «obbligazioni in genere», n. 23.

con la sua stessa giurisprudenza ⁽²¹⁴⁾: quella in base alla quale a seguito del rifiuto di attuare il contratto opposto da una delle parti l'altra non sarebbe legittimata ad opporre eccezione di inadempimento, ma sarebbe ugualmente tenuta ad offrire la prestazione.

Una seconda pronuncia ⁽²¹⁵⁾ verte su un contratto avente ad oggetto la vendita di tutti gli ortaggi prodotti da un fondo, che il compratore non riesce a raccogliere — secondo quanto afferma e chiede di provare — a causa di uno sciopero dei braccianti agricoli della zona; riscontrata la mancata raccolta dei prodotti agricoli, e lamentando il mancato pagamento del corrispettivo dovuto, il venditore reagisce effettuandola con mezzi propri e rivendendo gli ortaggi sul mercato dei prodotti agricoli. Nel giudizio che ne consegue, entrambe le parti domandano la risoluzione. In primo e in secondo grado viene accolta la domanda riconvenzionale del venditore, ritenendosi che a seguito della mancata raccolta degli ortaggi egli sia legittimato a conseguire la risoluzione del contratto e a rivendere la merce a terzi; viene poi rigettata l'istanza con cui il compratore chiede di dimostrare che la mancata raccolta dei prodotti agricoli non gli è imputabile, in quanto causata da uno sciopero dei lavoratori del settore. La S.C. conferma la soluzione sulla base di un'argomentazione che riproduce i lineamenti della tesi prevalente in dottrina: *siccome la cooperazione non costituisce oggetto di un'obbligazione*, il creditore non può giustificare la sua omissione dimostrando che essa è dovuta al verificarsi di una causa a lui non imputabile.

Anche in questo caso la *mora accipiendi* risulta estranea al perimetro della controversia, che è delimitato dalle domande di risoluzione proposte da entrambe le parti. Per confermare la decisione dei giudici di merito, che avevano escluso l'ammissibilità della prova testimoniale, la S.C. avrebbe potuto limitarsi ad osservare che il venditore aveva eseguito la prestazione dovuta mettendo a disposizione del compratore i prodotti agricoli del fondo, la cui raccolta non era necessaria per

(214) V., infatti, Cass. 14 marzo 2003, n. 3787, in *Giust. civ.*, 2004, I, 458 ed in *Contratti*, 2004, 446, con nota critica di SARDO, *Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimpleti contractus*; Cass. 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, 2389, ed in *Giust. civ.*, 1997, I, 779, con nota di MANNA, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto di appalto*; Cass. 9 giugno 1993, n. 6441, in *Giur. it.*, Rep. 1993, v. «obbligazioni e contratti», n. 612; Cass. 28 novembre 1984, n. 6896, in *Giur. it.*, Rep. 1984, v. «obbligazioni e contratti», n. 394; Cass. 4 aprile 1979, n. 1950, in *Giur. it.*, Rep. 1979, v. «obbligazioni e contratti», n. 493.

(215) Cfr. Cass. 8 febbraio 1986, n. 809, cit.

l'adempimento dell'obbligazione costituendo essa, piuttosto, un fattore interno alla sfera patrimoniale e organizzativa del compratore. Siccome l'obbligazione del venditore era stata compiutamente adempiuta a prescindere dal comportamento del compratore, quest'ultimo era obbligato a pagare il corrispettivo senza che la raccolta e i motivi che ne avevano impedito la realizzazione assumessero una qualche rilevanza.

In altre occasioni, per converso, il giudice ravvisa in capo al creditore un'obbligazione di cooperare all'adempimento per giustificare una soluzione della controversia a lui sfavorevole, e favorevole alla controparte. Come si è ricordato, infatti, dopo aver ravvisato nel regolamento contrattuale l'obbligazione del committente di cooperare con la controparte si è ritenuto che l'onere di dimostrarne l'adempimento gravi su di lui, e che qualora la prova non venga fornita l'appaltatore sia legittimato ad ottenere il pagamento del corrispettivo benché non abbia compiuto l'opera o prestatato il servizio. Essendo l'inadempimento dell'appaltatore determinato dal difetto di cooperazione del committente, lo stesso non può rifiutare il pagamento del corrispettivo ⁽²¹⁶⁾.

È appena il caso di aggiungere che il comportamento non collaborativo del creditore può costituire una causa di esonero della responsabilità del debitore. In relazione a questo aspetto, la lettura delle motivazioni non offre indicazioni significative: onere ed obbligo vengono usati indifferentemente, a designare i comportamenti la cui omissione può giustificare l'inadempimento del debitore ed escludere, così, la sua responsabilità ⁽²¹⁷⁾.

(216) Cfr. Cass. 17 maggio 2016, n. 10083, per esteso in *De Jure*; Cass. 15 maggio 2014, n. 10702, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «obbligazioni in genere», n. 54; Cass. 22 novembre 2013, n. 26260, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «appalto», n. 28; Cass. 4 agosto 2000, n. 10261, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. «obbligazioni in genere», n. 30. Nella giurisprudenza di merito, cfr. P. Taranto-Manduria 21 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 971.

(217) Cfr. Cass. 4 dicembre 1997, n. 12328, in *Arch. loc.*, 1998, 198: dopo aver affermato che «il creditore si trova...in una situazione soggettiva che presenta tutte le caratteristiche dell'onere, dovendo tenere un comportamento secondo buona fede al fine di realizzare l'interesse proprio», la sentenza esclude l'inadempimento del debitore, un conduttore che a seguito del decesso di uno dei locatori non aveva offerto il prezzo per l'obiettivo incertezza in ordine all'identità dei suoi nuovi creditori. Tra le sentenze che invece — escludendo parimenti la responsabilità del debitore — qualificano la cooperazione all'adempimento come oggetto di un obbligo, cfr. Cass. 30 dicembre 2011, n. 30572, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «vendita», n. 38; Cass. 11 dicembre 1995, n. 12647, in *Foro it.*, 1996, I, 544, con nota di CASO, in *Corr. giur.*, 1996, 282, con

Infine, anche sul suo terreno di elezione — quello della responsabilità del creditore per il difetto di cooperazione e per la conseguente dilatazione del rapporto — l'antitesi tra onere ed obbligo appare neutra, priva di rilevanza sul piano applicativo. A fronte di sentenze in base alle quali il creditore non può dirsi obbligato a cooperare⁽²¹⁸⁾, si riscontrano pronunce che gli imputano un obbligo, o un dovere, di prestare la collaborazione necessaria all'adempimento dell'obbligazione⁽²¹⁹⁾. La scelta lessicale effettuata in motivazione, peraltro, non influisce in alcun modo sulla soluzione adottata.

nota di LUMINOSO, *Il «venerdì nero» della lira approda in cassazione: irreperibilità del mandante e buona fede contrattuale* ed in *Danno resp.*, 1996, 183, con nota di BRECCIA, *Il «venerdì nero» della lira e i conflitti fra banche e mandanti al vaglio della Cassazione*; Cass. 9 ottobre 1979, n. 5239, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1135 e *Riv. giur. edil.*, 1980, I, 529.

(218) Cfr. Cass. 16 marzo 2007, n. 6303, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «contratti pubblici», n. 1343: «... nel contratto di appalto di opere pubbliche l'effettuazione del collaudo non costituisce una obbligazione contrattuale posta a carico dell'Amministrazione, dal cui inadempimento possa scaturire una responsabilità negoziale ex art. 1218 c.c., ma si inserisce negli atti di cooperazione incombenti sul creditore (art. 1206 cod. civ.) nel quadro dell'esecuzione di buona fede del contratto (art. 1375 cod. civ.), dal cui inadempimento deriva il diritto dell'appaltatore al pagamento delle ritenute a titolo d'acconto e di garanzia ed alla restituzione della cauzione definitiva, con estinzione delle garanzie fideiussorie prestate, nonché al risarcimento dei danni per le maggiori spese di custodia e di manutenzione dell'opera, per il maggior costo di smobilitazione del cantiere e per ogni maggior aggravio cui egli non sarebbe stato esposto se il collaudo fosse stato tempestivo...». Esclude che la cooperazione costituisca oggetto di obbligazione anche Trib. Venezia 13 luglio 2000, in *Danno resp.*, 2001, 977, con nota di LAGHEZZA, *Rifiuto di sottoporsi a visita medico-legale e mora credendi*. Il danneggiato che disattende l'invito di sottoporsi alla visita medico legale formulato dall'assicuratore del danneggiante incorre in *mora accipiendi*, sicché non può conseguire il pagamento degli interessi che compensano il ritardo nella corresponsione dell'indennità assicurativa; siccome, tuttavia, la cooperazione non costituisce oggetto di una obbligazione, il danneggiato, creditore dell'indennizzo, non è tenuto a compensare il pregiudizio subito dall'assicuratore, condannato a rimborsare le spese processuali da lui sostenute nel giudizio penale nel contesto del quale si era costituito quale parte civile.

(219) Cfr. Cass. 1° settembre 2011, n. 18002, in *Foro it.*, 2012, I, 1857: «posto che il committente ha il suddetto dovere di cooperare alla realizzazione dell'opera e che, qualora questa non sia realizzabile per errori od omissioni progettuali, ha il dovere, al fine di porre l'appaltatore in condizione di eseguire i lavori in base al progetto, di eliminare dette carenze, fornendogli un progetto eseguibile, in mancanza di tale collaborazione non può fondatamente ritenersi che la impossibilità della prestazione derivi da un impedimento oggettivo ed insuperabile, di carattere giuridico o di fatto, inerente alla prestazione in sé e per sé considerata, essendo evidente che deriva, invece, da un impedimento tecnico, riconducibile al comportamento non collaborativo di una delle parti del rapporto, necessario per rendere possibile la prestazione, che ostacola in

L'analisi della giurisprudenza conferma che la qualificazione della cooperazione in termini di onere od obbligo non contribuisce a risolvere la questione che ha alimentato il dibattito dottrinale: se il creditore possa essere costituito in mora sebbene non abbia collaborato all'adempimento per causa a lui non imputabile. L'irrilevanza della colpa del creditore ai fini della costituzione in mora trova piuttosto giustificazione nell'affidamento del debitore, che offrendo la prestazione dimostra di aver compiuto gli investimenti necessari per adempiere l'obbligazione. Il rischio che un evento fortuito precluda la necessaria cooperazione grava sul creditore non solo perché esso incide sulla sua "sfera", ma anche e soprattutto perché il debitore ha dimostrato di aver compiuto gli investimenti necessari per adempiere: tra il creditore che ha atteso la prestazione e il debitore che ha operato per poterla eseguire viene protetto il secondo. Tutelando l'affidamento del debitore a prescindere dalla causa che ha precluso al creditore di fornire la necessaria cooperazione, la *mora accipiendi* favorisce gli investimenti finalizzati all'attuazione del rapporto.

15. *La posizione della legislazione italiana nel panorama dei sistemi giuridici occidentali. A favore della compatibilità tra mora accipiendi e risoluzione per inadempimento.* — Sulla base delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti, è possibile identificare la posizione del diritto italiano nel contesto dei sistemi giuridici occidentali.

Si è constatato che nel nostro ambito il tema della cooperazione all'adempimento viene affrontato nell'ottica, inevitabilmente unilaterale, propria del diritto delle obbligazioni; ne consegue che anche quando il debitore è parte di un contratto sinallagmatico il procedimento che conduce alla sua liberazione viene identificato con il deposito, mentre la risoluzione si vede assegnare un ruolo suppletivo e marginale. Secondo una tesi già sostenuta nella seconda metà dell'ot-

maniera non oggettivamente irrimediabile il risultato cui la prestazione è diretta. Pertanto, qualora la stazione appaltante non provveda ad eliminare dette carenze, le conseguenze non sono quelle di cui agli artt. 1346 e 1418 c.c., ma quelle di cui all'art. 1207 c.c., versandosi in una ipotesi di *mora credendi*. V. anche Coll. arb. 25 gennaio 1990, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 582: «in materia di appalti, il committente è obbligato a quella cooperazione, con tutti i mezzi a disposizione ed utilizzando tutte le sue competenze, cui è tenuto ogni creditore che deve compiere quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione, ai sensi dell'art. 1206 c.c., la cui inosservanza comporta una particolare forma di *mora accipiendi* (fattispecie relativa a ritardo dei lavori per indisponibilità delle aree, occupate da autoveicoli in sosta)».

toconto, il debitore può liberarsi tramite la risoluzione solo quando il deposito non è praticabile in quanto la prestazione ha ad oggetto un servizio. Nello stesso senso si esprime senza significative variazioni la maggior parte della dottrina civilistica contemporanea ⁽²²⁰⁾. Stante il carattere accessorio della cooperazione rispetto alla prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione, il debitore si libera effettuando il deposito, che svincola il bene dal suo patrimonio orientandolo definitivamente verso quello del creditore; in quest'ottica, la liberazione consegue alla risoluzione del contratto solo quando il deposito non è possibile, in quanto la prestazione non prevede la consegna di una *res*.

La prospettiva comparatistica permette di valutare la razionalità di tale impostazione. Il confronto con le scelte operate in altri sistemi, in particolare, consente di verificare l'attitudine del diritto italiano verso la risoluzione del contratto quale modalità di liberazione del debitore alternativa al deposito. La riflessione che si intende condurre in questa sede vuole ridurre lo iato tra il diritto scritto (e le sue ricostruzioni dottrinali) e il diritto in azione. Nella prassi, infatti, il debitore di una prestazione rifiutata dal creditore od ostacolata dal difetto di cooperazione sceglie di risolvere il rapporto e tornare sul mercato molto più spesso di quanto non proceda al deposito o al sequestro, esigendo contestualmente il pagamento del corrispettivo.

Ebbene, nel corso dell'indagine abbiamo riscontrato, in primo luogo, ordinamenti nel contesto dei quali il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione viene tutelato non a seguito dell'offerta della prestazione, ma solo per effetto del deposito e della conseguente estinzione dell'obbligazione ⁽²²¹⁾. È questo l'orientamento seguito nel corso dell'800 da alcuni legislatori di area neolatina: ci si riferisce al codice civile francese, nel testo anteriore all'adozione della recente legge di riforma (artt. 1257 ss.), al codice civile italiano del 1865 (artt. 1259 ss.) e al codice delle obbligazioni svizzero (artt. 91 ss.). In tali sistemi — che al di là della terminologia impiegata non contemplano l'istituto della mora del creditore — il debitore pregiudicato dal comportamento non collaborativo del creditore ha l'onere di effettuare il deposito ed è indotto, così, ad esigere il pagamento del corrispettivo. La scelta di limitare al deposito la tutela offerta al debitore trova riscontro, sul versante del contratto, nell'adozione di regole che favoriscono l'esercizio dell'azione di adempimento, riservando alla risolu-

(220) V., *supra*, § 9, ntt. 111-113.

(221) V., *supra*, § 3.

zione il ruolo di rimedio di ultima istanza. Come è evidente, infatti, il deposito, destinando irrevocabilmente la prestazione al creditore, è incompatibile con la risoluzione e la conclusione di un contratto sostitutivo: esso si coniuga invece, in relazione all'obbligazione corrispettiva, con l'esercizio dell'azione di adempimento.

All'estremo opposto si collocano i sistemi di *common law*, dove la cooperazione si configura quale oggetto di un'obbligazione il cui inadempimento può giustificare la risoluzione⁽²²²⁾. In questa prospettiva — incentrata sulla dimensione del contratto piuttosto che su quella dell'obbligazione — la mancata o insufficiente collaborazione non assume rilevanza autonoma, giustificando il ricorso ad appositi strumenti di tutela, ma comporta l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento. Il sistema, d'altra parte, è caratterizzato da un chiaro favore per la risoluzione: il debitore della prestazione per la quale il creditore ha perso interesse non può esigere il pagamento del corrispettivo pecuniario se è in condizione di concludere agevolmente un contratto sostitutivo, sicché è inevitabilmente portato a sciogliere il contratto e tornare sul mercato. Quando, invece, il bene ormai sgradito al creditore non può essere agevolmente alienato a terzi, il debitore è legittimato a esigere il pagamento del corrispettivo.

In definitiva, se il mercato rende possibile recuperare il valore di scambio della prestazione rifiutata dal creditore la soluzione del conflitto è indirizzata verso la risoluzione: il debitore può concludere un contratto sostitutivo ed ottenere dalla controparte il risarcimento del danno che consegue alla mancata attuazione del sinallagma. Qualora invece il valore di scambio della prestazione non possa essere recuperato se non sostenendo costi transattivi pari o superiori a quelli della controparte, il debitore (*id est*, contraente fedele) può esigere il pagamento del corrispettivo, con l'onere di tenere la prestazione a disposizione del creditore o di depositarla in sede giudiziale.

In posizione intermedia tra i due modelli appena delineati si collocano i sistemi continentali che contemplano la mora del creditore, anticipando la tutela del debitore al momento in cui ha formulato l'offerta illegittimamente rifiutata: si allude al BGB e ai codici civili italiano, olandese e francese, come risulta novellato dalla recente legge di riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Peraltro, se confrontato con gli altri codici appena menzionati quello italiano

(222) V., *supra*, §§ 7, 8.

denota una maggiore sensibilità verso l'esigenza di preservare il valore di scambio della prestazione e di favorire, così, la conclusione di un contratto sostitutivo ⁽²²³⁾. Il debitore della prestazione rifiutata od ostacolata dal difetto di cooperazione non fruisce di alcuna attenuazione di responsabilità, non è legittimato ad abbandonare il bene e gode, per contro, di una tutela risarcitoria piena, che compensando interamente i pregiudizi derivanti dal protrarsi del rapporto lo induce ad operare sul mercato per individuare un nuovo interlocutore. D'altra parte, il codice civile italiano subordina la costituzione in mora a requisiti di forma e procedimento assai impegnativi, che non trovano riscontro nelle legislazioni tedesca e olandese e neppure nella recente legge di riforma del diritto delle obbligazioni francese: è evidente l'influenza del codice civile abrogato, a sua volta modellato sul *Code Napoléon*.

Occorre allora valutare se la mora del creditore si limiti ad anticipare al momento dell'offerta la soglia della tutela legale comunque destinata a perfezionarsi mediante il deposito o se, invece, essa si presti a proteggere il debitore che abbia optato per la risoluzione allo scopo di concludere un contratto sostitutivo.

La questione è rilevante perché quando la prestazione può essere agevolmente destinata a terzi la risoluzione è preferibile al deposito sia dal punto di vista del debitore che nella prospettiva di un uso economicamente efficiente delle risorse.

Il debitore che dispone della prestazione offerta e illegittimamente rifiutata può realizzare il suo valore di scambio senza l'onere di esercitare un'azione di condanna che comporta tempi lunghi e ha esito incerto: ne deriva, con ogni probabilità, una riduzione del danno derivante dal ritardo con cui il debitore consegue il pagamento del prezzo.

La scelta di puntare sulla risoluzione e sulla conclusione di un contratto sostitutivo permette, inoltre, di ridurre il rischio inerente all'insolvenza del creditore: rischio molto rilevante, in quanto spesso il rifiuto della prestazione o il difetto della necessaria cooperazione sono dovuti alla mancanza della liquidità necessaria per pagare il prezzo. Ebbene, se il debitore dispone della prestazione a favore di terzi, ottenendo da questi ultimi il pagamento del corrispettivo, il rischio inerente all'insolvenza del creditore investe solo la differenza tra il prezzo originariamente concordato e quello pattuito nel contesto del

(223) V., *supra*, § 6.

contratto sostitutivo, alla quale è commisurato il danno “da risoluzione”. Qualora, invece, il debitore si fosse orientato verso il deposito e il contestuale esercizio dell'azione di adempimento, il rischio inerente all'insolvenza della controparte avrebbe investito l'intero importo del corrispettivo.

La scelta di ricollocare la prestazione sul mercato, d'altra parte, permette di valorizzarla più di quanto avverrebbe qualora il debitore effettuasse il deposito. Il rifiuto opposto dal creditore ad un'offerta formale come quella richiesta dalla legge italiana ai fini della costituzione in mora denota il suo totale disinteresse per la prestazione⁽²²⁴⁾: il deposito comporta, dunque, la definitiva attribuzione della prestazione ad un soggetto che non sembra essere motivato ad implementarne il valore d'uso e di scambio. Quando invece il debitore scioglie il rapporto e conclude un contratto sostitutivo, la prestazione viene attribuita a un soggetto presumibilmente interessato a riceverla e valorizzarla.

Se allora, in presenza di un mercato ove la prestazione può essere ricollocata, la risoluzione costituisce l'esito preferibile del conflitto determinato dal difetto di cooperazione, è da ritenere che la *mora accipiendi* tuteli il debitore non solo quando in un secondo momento effettua il deposito, ma anche se opta per lo scioglimento del rapporto. La mora del creditore, in altri termini, protegge il debitore contro i pregiudizi e i rischi derivanti dal protrarsi del rapporto qualunque sia l'itinerario che lo porta a liberarsi dal vincolo; fermo restando che una volta conseguita la liberazione gli effetti della mora vengono meno, perché l'istituto presuppone la permanenza del rapporto obbligatorio. Il debitore può tornare sul mercato e cercare un nuovo interlocutore interessato a ricevere la prestazione confidando negli effetti della mora: quest'ultima non si limita ad anticipare al momento dell'offerta la soglia

(224) Se il creditore agisce razionalmente, sceglierà di rifiutare la prestazione solo quando per custodire il bene, amministrarlo e ricollocarlo sul mercato deve sostenere costi complessivamente superiori alla misura delle responsabilità che derivano a suo carico dalla costituzione in mora. Perché la scelta sia correttamente orientata, è tuttavia necessario che gli sia imputata la responsabilità di tutti i pregiudizi subiti dal debitore a causa del difetto di cooperazione — ivi compresi quelli conseguenti al perdurante impegno del suo apparato produttivo — anziché delle sole spese di custodia e gestione del bene: il creditore altrimenti, rischierebbe di essere incentivato a rifiutare la cooperazione necessaria per adempimento. Sotto questo profilo, la soluzione adottata dal codice civile italiano (art. 1207) appare preferibile rispetto a quella riscontrabile nel BGB (§ 304).

della tutela legale — in precedenza, operante solo in conseguenza del deposito — ma asseconda la ricerca di un nuovo contraente proteggendo il debitore dai pregiudizi e dai rischi conseguenti alla dilatazione del vincolo ⁽²²⁵⁾.

L'opinione è sostenibile sulla base di diversi argomenti. È significativo, in primo luogo, che il codificatore del 1942 abbia scelto di innovare la legislazione previgente tutelando il debitore fin dal momento dell'offerta. Se gli effetti della mora fossero compatibili solo con l'opzione per il deposito, il nuovo istituto — al quale viene assegnata, nella sistematica del codice, una posizione preminente ⁽²²⁶⁾ — offrirebbe un contributo assai poco significativo: esso si limiterebbe ad anticipare la soglia della tutela legale al momento dell'offerta, ferma restando la necessità di approdare al deposito per ottenere la liberazione dal vincolo. Per evitare una lettura così riduttiva dell'istituto, non resta che ammetterne la compatibilità con la scelta di risolvere il rapporto effettuata dal debitore a seguito del rifiuto dell'offerta.

Il dettato legislativo, d'altra parte, conferma la tesi qui sostenuta. Se è vero che ordinariamente il deposito presuppone la costituzione in mora del creditore (art. 1210, comma 1° c.c.), non vale l'inverso: nessuna norma subordina gli effetti della *mora accipiendi* alla circostanza che in un secondo momento il debitore abbia scelto di liberarsi mediante il deposito.

Come si è osservato, inoltre, la disciplina italiana — posta a

(225) V. tuttavia, in senso contrario, Cass. 19 settembre 2013, n. 21438, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «danni civili», n. 120. In relazione ad una controversia derivante dall'inadempimento di un contratto preliminare il giudice di legittimità esclude che il promittente alienante possa ottenere, oltre al risarcimento del danno da risoluzione, la compensazione delle *spese sostenute a causa della conservazione della proprietà del bene*. Nella fattispecie, i promissari acquirenti rifiutano di concludere il contratto definitivo, sicché il promittente alienante conserva la proprietà dell'immobile promesso in vendita e deve sostenere le relative spese di gestione. Cassando la sentenza di secondo grado, che aveva incluso tale voce nel *quantum* risarcibile, la S.C. ritiene che il promittente alienante possa ottenere il risarcimento del danno da risoluzione — commisurato alla differenza tra il prezzo pattuito e il valore di mercato dell'immobile — ma non essere compensato delle spese di gestione sostenute fino al momento della domanda di risoluzione. Il rimborso di tali spese risulterebbe incompatibile con l'opzione per il rimedio risolutorio, che denota la volontà di conservare la proprietà del bene, mentre sarebbe stato dovuto qualora il promittente alienante avesse chiesto l'adempimento (art. 2932 c.c.), confermando, così, l'intenzione di trasferire la proprietà dell'immobile.

(226) Lo constata FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 3, sia pure in termini critici nei confronti della sistematica adottata dal codificatore del '42.

confronto con altre legislazioni europee — denota un'elevata sensibilità per l'esigenza di salvaguardare il valore di scambio della prestazione rifiutata dal creditore; ed è coerente con tale chiara attitudine che il debitore possa avvalersi degli effetti della mora anche quando decide di sciogliere il rapporto e concludere un contratto sostitutivo. In questa ipotesi, anzi, la *mora accipiendi* offre al debitore una tutela importante, ancorché provvisoria, che asseconda la scelta di tornare sul mercato per individuare un interlocutore interessato a ricevere la prestazione rifiutata dal creditore; laddove, altrimenti, il debitore sarebbe indotto ad effettuare senz'altro il deposito, per evitare di essere esposto troppo a lungo ai rischi e agli inconvenienti derivanti dal protrarsi del vincolo.

Non si può escludere, poi, che il debitore effettui il deposito non “in prima battuta”, ma a seguito della ricerca infruttuosa di un altro soggetto interessato a ricevere la prestazione rifiutata dal creditore. Anche in questa evenienza, in cui la liberazione consegue al deposito, risulta evidente che la compatibilità degli effetti della mora con la risoluzione del contratto asseconda il tentativo di ricollocare la prestazione sul mercato: il debitore è indotto a effettuarlo — sia pure entro ragionevoli limiti di tempo — in quanto è protetto contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del vincolo.

La tesi è avvalorata anche da un argomento di carattere comparatistico. Nei sistemi di *common law*, che privilegiano la risoluzione, il debitore della prestazione per cui il creditore ha perso interesse può ottenere il risarcimento del danno derivante dal protrarsi del rapporto (*incidental damages*) e, insieme, il risarcimento del danno conseguente alla mancata attuazione dello scambio, commisurato all'interesse positivo (227). La tutela contro la dilatazione del vincolo — corrispondente a quella fornita nel nostro ordinamento dalla mora del creditore — non è affatto incompatibile con i rimedi che reagiscono alla mancata attuazione dello scambio (risoluzione e risarcimento dell'interesse positivo). L'interesse alla tempestiva liberazione dal vincolo e l'interesse all'attuazione dello scambio sono differenti e autonomi: proprio perché distinti, possono essere compensati entrambi senza che si configuri il rischio di una duplicazione di tutele. Il debitore che a seguito del rifiuto dell'offerta scioglie il rapporto e conclude un contratto sostitutivo può dunque ottenere, oltre al risarcimento dell'interesse positivo, il risarcimento del danno derivante dalla dilatazione del vincolo, che si protrae

(227) V., *supra*, § 8, ntt. 104, 105.

dal momento del rifiuto illegittimo a quello della risoluzione. Ciò equivale a dire, con le categorie del diritto italiano, che il debitore della prestazione illegittimamente rifiutata o altrimenti preclusa dal difetto di cooperazione può invocare gli effetti della *mora accipiendi* anche se (non effettua il deposito, ma) si orienta verso la risoluzione e il risarcimento dell'interesse positivo.

16. Segue. *Quando il debitore è parte di un contratto di scambio: l'alternativa tra risoluzione e deposito.* — Diversi argomenti — lo si è appena constatato — avvalorano la piena compatibilità tra *mora accipiendi* e risoluzione del contratto per inadempimento. Resta tuttavia da vedere come la risoluzione possa essere giustificata quando il debitore, parte di un contratto sinallagmatico, si vede opporre il rifiuto illegittimo della prestazione offerta o viene altrimenti pregiudicato dal comportamento non collaborativo del creditore.

Il rimedio non sembra poter essere fondato sull'inadempimento di un'ipotetica obbligazione di cooperazione imputabile al creditore; per quanto attraente, l'impostazione adottata nei sistemi anglosassoni e nei principi internazionali non è compatibile con la legislazione italiana. La conclusione si fonda, in primo luogo, su un riscontro testuale: a differenza di quanto si è constatato analizzando i sistemi di *common law* e i principi internazionali, nella disciplina italiana non si rinven- gono norme che configurano la cooperazione all'adempimento quale oggetto di obbligazione. Certo, la collaborazione del creditore è riconducibile ai precetti di correttezza (1175 c.c.) e buona fede (1375 c.c.), che impongono di non aggravare la posizione della controparte rendendo più onerosa l'esecuzione della prestazione (228). Tuttavia, se i

(228) L'opinione è diffusa in dottrina: cfr. GENTILE, *La cooperazione creditoria*, cit., p. 249; CURSI, *La mora del creditore*, cit., p. 837 ss.; STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore*, cit., p. 392 ss.; QUARANTINO, *La mora del creditore*, cit., p. 624 s.; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 205; ID., *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 91 s.; G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., *passim*, spec. p. 87 ss.; VISINTINI, *Mora del creditore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 9², Torino, 1999, p. 173; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 126; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, cit., pp. 49 s., 72; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 56 ss. In giurisprudenza, riconducono la cooperazione del creditore al principio di buona fede Cass. 14 agosto 2014, n. 17975, in *Vita not.*, 2015, 316; Cass. 22 novembre 2013, n. 26260, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «appalto», n. 28; Cass. 1° settembre 2011, n. 18002, in *Foro it.*, 2012, I, 1857; Cass. 16 marzo 2007, n. 6303, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «contratti pubblici», n.

due principi possono offrire un contributo importante ai fini della definizione del *contenuto* della cooperazione esigibile dal creditore, da essi non sembrano potersi ricavare indicazioni utili in ordine al regime dei *rimedi* applicabili a favore del debitore pregiudicato dal rifiuto illegittimo dell'offerta (229).

D'altra parte, i rimedi che reagiscono alla mancata o insufficiente collaborazione sono oggettivamente diversi da quelli che sanzionano l'inadempimento di un'obbligazione (230). Il debitore interessato a liberarsi del vincolo viene tutelato in forma specifica mediante il deposito o il sequestro, che vengono preferiti ad un'ipotetica azione di adempimento volta ad ottenere coattivamente la prestazione della necessaria cooperazione perché da un lato più facilmente attuabili, in quanto esclusivamente incentrati sulla condotta del debitore; dall'altro,

1343; Cass. 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, 557; Arb. Genova 11 dicembre 2012, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2013, 122; Arb. Roma 13 dicembre 2012, *ibidem*, 151; Arb. Roma 27 dicembre 2011, *ivi*, 2012, 190. Diversamente orientati F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 249 s., che ritiene necessario distinguere la cooperazione all'adempimento dalla cooperazione all'attuazione del rapporto obbligatorio. La prima, alla quale si rapporta la mora del creditore, comprenderebbe i soli comportamenti strettamente necessari per rendere possibile l'esecuzione della prestazione e non sarebbe dunque governata dal principio di buona fede; la seconda richiederebbe invece ad entrambe le parti del rapporto l'adozione di condotte non strettamente riconducibili alle prestazioni dedotte ad oggetto dell'obbligazione, ma parimenti necessarie allo scopo di rendere l'attuazione del rapporto rispondente agli interessi della controparte: la definizione di tali comportamenti ulteriori è rimessa al principio di buona fede. Sulla stessa linea CATTANEO, *La cooperazione del creditore*, cit., p. 60 ss., il quale ritiene che la cooperazione del creditore non si fondi sul principio di buona fede, in quanto il comportamento dovuto si definisce alla luce delle stesse caratteristiche della prestazione o delle clausole contrattuali: è allora «lo *strictum ius*, e non la buona fede» a rendere necessario il concorso del creditore, e «la norma da invocare è l'art. 1206 c.c., non già l'art. 1175 o l'art. 1375».

(229) Come si vedrà in seguito, quando con il proprio comportamento il creditore non si limita ad omettere la cooperazione necessaria per l'adempimento, ma provoca l'impossibilità della prestazione — precludendo la formulazione dell'offerta necessaria per la costituzione in mora — si configura l'inadempimento di un'obbligazione, riconducibile al principio di buona fede (art. 1375 c.c.), che impone alle parti di non pregiudicare l'attuazione dello scambio: il debitore impossibilitato ad eseguire la prestazione può allora ottenere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno (v. *infra*, cap. VI, § 8). La fattispecie è tuttavia diversa da quella considerata nel testo, in quanto il comportamento del creditore rende la prestazione impossibile, sicché il debitore si trova impossibilitato a formulare l'offerta necessaria per la costituzione in mora.

(230) Condividiamo qui l'opinione di CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., p. 738 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 377.

maggiormente rispettosi dell'autonomia del creditore, che, qualora condannato a fornire la necessaria cooperazione, si troverebbe costretto a modificare l'organizzazione di cui dispone. Il deposito e il sequestro consentono, invece, di liquidare in denaro le conseguenze del difetto di cooperazione, imputando al creditore le spese di conservazione e custodia del bene (art. 1215 c.c.).

L'incompatibilità della cooperazione con lo "statuto" dell'obbligazione si configura anche in relazione alla tutela per equivalente. Il creditore in mora è tenuto a compensare i pregiudizi che conseguono alla dilatazione del vincolo anche se il rifiuto della prestazione o la mancanza della necessaria collaborazione non gli sono imputabili (art. 1207, comma 2° c.c.). Come si è osservato, scegliendo di non annoverare tra i presupposti della mora l'imputabilità del difetto di cooperazione il legislatore intende alimentare l'affidamento del debitore e favorire gli investimenti necessari per attuare il rapporto⁽²³¹⁾. È appena il caso di ricordare che, invece, il debitore non risponde delle conseguenze dell'inadempimento se dimostra che esso è dovuto al verificarsi di una impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.).

Se è da escludere che possa fondarsi sulla violazione di un'ipotetica obbligazione di cooperazione, la risoluzione può conseguire all'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva, che vede il creditore della prestazione offerta assumere la posizione di debitore. Si configurano, allora, ipotesi differenziate in dipendenza della scadenza del termine di adempimento.

Nulla quaestio se al momento dell'offerta illegittimamente rifiutata l'obbligazione corrispettiva è già scaduta, e il ritardo imputabile al creditore (nonché debitore dell'obbligazione corrispettiva) è di non scarsa importanza (art. 1455 c.c.). Il debitore della prestazione illegittimamente rifiutata può ottenere la risoluzione del contratto, che la controparte non può evitare sollevando eccezione di inadempimento. L'opponibilità di quest'ultima è preclusa, in primo luogo, in quanto l'obbligazione corrispettiva scade anteriormente all'obbligazione avente ad oggetto la prestazione rifiutata; essa è poi incompatibile con la formulazione di una valida offerta (art. 1460 c.c.).

Alla medesima conclusione si perviene quando l'obbligazione corrispettiva deve essere adempiuta contestualmente all'obbligazione

(231) V., *supra*, § 13.

avente ad oggetto la prestazione rifiutata dal creditore. Quest'ultimo non può giustificare il proprio inadempimento deducendo la mancata esecuzione della prestazione a lui dovuta, in quanto la stessa è stata validamente offerta: ciò che nell'ordinamento italiano risulta attestato dal verbale con cui il pubblico ufficiale documenta la costituzione in mora del creditore (artt. 1208, n. 7 c.c.; 73 ss. disp. att.). L'eccezione di inadempimento è preclusa dall'offerta della prestazione e risulta, inoltre, contraria a buona fede: il testo dell'articolo 1460 offre un duplice riscontro all'opinione qui sostenuta (art. 1460 c.c.).

Nello stesso senso sono orientati i principi internazionali, in base ai quali la parte che con il proprio comportamento abbia provocato l'inadempimento dell'altro contraente non può pretendere di essere tutelata nei confronti di esso ⁽²³²⁾. Il creditore che rifiutando la propria collaborazione abbia precluso l'esecuzione della prestazione a lui dovuta non può avvalersi delle eccezioni sospensive e degli altri rimedi contro l'inadempimento. Ne consegue che, stante l'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva, il debitore della prestazione illegittimamente rifiutata può ottenere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno.

Resta da considerare la situazione in cui al momento dell'offerta il termine di adempimento dell'obbligazione corrispettiva non sia ancora scaduto. Anche in questa evenienza, è ipotizzabile che il debitore sia legittimato ad ottenere la risoluzione del contratto, quando il rifiuto della prestazione e il comportamento non cooperativo del creditore denotano in modo univoco un disinteresse per l'attuazione dello scambio. Se invece il difetto di cooperazione sussiste, ma dal comportamento del creditore non si desume senza possibilità di equivoci che egli sia disinteressato ad attuare rapporto, il debitore può ottenere la risoluzione solo a seguito della scadenza dell'obbligazione corrispettiva: perché il contratto possa essere anticipatamente risolto, infatti, la prospettiva dell'inadempimento deve risultare ragionevolmente certa. Per quanto scarsamente opportuni in un'ottica di carattere generale, i requisiti di forma e procedimento previsti dalla legislazione italiana ai fini della costituzione in mora favoriscono tale conclusione: il rifiuto illegittimo di una prestazione offerta mediante un procedimento formale, che comporta l'intervento di un pubblico ufficiale, denota con ogni probabilità una volontà contraria all'attuazione dello scambio e

(232) Cfr. art. 8:101(3) PECL; art. III.- 3:101(3) DCFR; art. 7.1.2 PICC.

prelude con ragionevole certezza all'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva.

Del resto la risoluzione per inadempimento anticipato — ben nota ai sistemi di *common law* (233), e contemplata dai testi normativi internazionali (234) — è accreditata anche dalla giurisprudenza italiana: se la condotta di uno dei contraenti denota in modo evidente (235) il suo disinteresse per l'attuazione del contratto, precludendo con certezza all'inadempimento di un'obbligazione non ancora scaduta, la controparte può ottenere la risoluzione (236). Spesso lo scioglimento del

(233) Per una chiara sintesi v., in relazione al diritto statunitense, FARNSWORTH, *Contracts*⁴, cit., p. 581 ss.; con riferimento al diritto inglese, TREITEL, *The Law of Contract*¹², cit., p. 845 ss. Nella dottrina italiana, cfr. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, p. 57 ss.

(234) Cfr. art. 9:304 PECL; art. III. — 3:504 DCFR; art. 7.3.3 PICC; art. 72 CISG.

(235) Solo se il comportamento non collaborativo del creditore denota in modo non equivoco il suo disinteresse per l'attuazione dello scambio il debitore può confidare nella risoluzione e, in tale prospettiva, ricercare un altro interlocutore interessato alla prestazione; se invece il difetto di cooperazione non manifesta chiaramente un'attitudine contraria all'attuazione del rapporto, resta aperta la possibilità che il creditore esiga in un secondo momento l'esecuzione della prestazione senza ledere alcun affidamento meritevole di tutela. Il requisito trova riscontro nella comparazione. Nei sistemi anglosassoni, infatti, si ritiene che la parte fedele al contratto possa reagire contro l'inadempimento anticipato, ottenendo la risoluzione e il risarcimento del danno, solo a condizione che la controparte abbia manifestato in modo univoco un'attitudine contraria all'attuazione del rapporto. In relazione al diritto statunitense, cfr. FARNSWORTH, *Contracts*⁴, cit., p. 586 ss., e il *Restatement 2nd of Contracts*, § 250: «A repudiation is (a) a statement by the obligor to the obligee indicating that the obligor will commit a breach that would of itself give the obligee a claim for damages for total breach under § 243, or; (b) a voluntary affirmative act which renders the obligor unable or apparently unable to perform without such a breach». In relazione al diritto inglese, cfr. G. TREITEL, *The Law of Contract*¹², cit., p. 845 s.

(236) Cfr. Cass. 21 dicembre 2012, n. 23823, in *Contratti*, 2013, 553, con nota di DELLA CHIESA, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*; Cass. 9 gennaio 1997, n. 97, in *Danno resp.*, 1997, 727, con nota di PRINCIGALLI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*; Cass. 10 aprile 1986, n. 2500, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 501, ed in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 155, con nota di CONTE, *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto*; Cass. 17 marzo 1982, n. 1721, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1306, con nota di DE SANCTIS, *Inadempimento, prima della scadenza, del contratto di edizione*; Cass. 12 dicembre 1975, n. 4089, in *Foro it.*, 1976, I, 1613; Cass. 29 ottobre 1973, n. 2818, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 20 ss. (s.m.), con nota di TARTAGLIA, *Dichiarazione di risoluzione del contratto per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*; Cass. 27 luglio 1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, 1769; Cass. 20 luglio 1971, n. 2335, in *Foro it.*, 1971, I, 2485; Cass. 18 maggio 1965, n. 956, in *Foro it.*, 1965, I, 1934; Cass. 8 ottobre 1963, n. 2677,

contratto anticipato rispetto al termine di scadenza dell'obbligazione risponde allo stesso interesse dell'inadempiente. Affrancandosi dal rapporto contrattuale prima che l'inadempimento divenga attuale, la parte fedele può operare in modo tale da ridurre il pregiudizio conseguente alla mancata attuazione dello scambio e la misura del corrispondente risarcimento: è ipotizzabile che grazie alla tempestiva risoluzione del contratto il debitore riesca a ricavare un corrispettivo più elevato dal bene rifiutato dal creditore.

Anche per il legislatore il comportamento non collaborativo del creditore può giustificare la risoluzione in quanto prelude all'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva. Il riferimento è alla disciplina della vendita mobiliare, in base alla quale il venditore può conseguire la risoluzione se, avendo egli offerto la consegna anteriormente alla scadenza del termine, il compratore, la cui obbligazione di pagare il prezzo non sia ancora scaduta, non si presenta a ricevere la cosa o non l'accetta (art. 1517, comma 2° c.c.). Nella fattispecie legale i presupposti della risoluzione si perfezionano quando il prezzo dovuto dal compratore non è ancora esigibile, sicché certamente il rimedio non si fonda sull'inadempimento attuale di tale obbligazione. Una voce assai autorevole ritiene, allora, che lo scioglimento del contratto consegua all'inadempimento di una «obbligazione di ricevere il bene» ascrivibile al compratore ⁽²³⁷⁾. Aderendo a un'opinione generalmente condivisa ⁽²³⁸⁾, tuttavia, lo stesso autore esclude che il venditore sia legittimato a risolvere il contratto quando pur non ricevendo il bene il compratore abbia pagato anticipatamente il prezzo ⁽²³⁹⁾. Se questo è

in *Giust. civ.*, 1964, I, 651; Cass. 29 febbraio 1960, n. 364, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 35; Cass. 10 febbraio 1950, n. 271, in *Foro it.*, 1950, I, 1032. Sulla figura della risoluzione per inadempimento anticipato v., anche per ulteriori riferimenti, gli studi monografici di VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., e di PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008. Per una puntuale documentazione, ed un'analisi capillare, della giurisprudenza, cfr. VENTURELLI (a cura di), *La tutela sinallagmatica "anticipata" nei contratti a prestazioni corrispettive*, Torino, 2013.

(237) Cfr. RUBINO, *La compravendita*², cit., pp. 957, 973.

(238) Cfr. PAGLIANTINI, *Le obbligazioni del compratore*, cit., p. 146; FERRERI, in MUSY e FERRERI, *La vendita*, nel *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2006, p. 312; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*², cit., p. 277 s.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, VII, 1, Torino, 1993, p. 1106. L'opinione trova riscontro nella *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni*, n. 322, in PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori*, Milano, 1942, p. 313.

(239) Cfr. RUBINO, *La compravendita*², cit., p. 974.

vero, la risoluzione non può fondarsi sull'inadempimento attuale di una ipotetica «obbligazione di ricevere il bene» ma trova giustificazione, piuttosto, nell'inadempimento anticipato dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo⁽²⁴⁰⁾. Nella valutazione tipica compiuta dal legislatore tale evenienza appare altamente probabile, tanto da giustificare lo scioglimento del contratto, quando il compratore non accetta il bene preventivamente offertogli; ma se l'inferenza è smentita dai fatti, in quanto risulta che il compratore ha già pagato il prezzo, la risoluzione non può evidentemente verificarsi. Il venditore di beni mobili potrà comunque liberarsi con modalità più agili di quelle ordinarie effettuando il deposito ai sensi dell'articolo 1514 c.c.

In quest'ottica è possibile comprendere anche l'asimmetria che caratterizza la disciplina legislativa: se il venditore di beni mobili può sciogliere anticipatamente il contratto, analoga legittimazione non è riconosciuta al compratore che abbia offerto il pagamento del prezzo anteriormente alla scadenza del termine di adempimento dell'obbligazione (art. 1517, comma 2° c.c.). La scelta effettuata dal legislatore viene usualmente giustificata osservando che mentre la custodia del denaro è relativamente agevole, quella delle merci può comportare considerevoli disagi⁽²⁴¹⁾: anticipando il momento della risoluzione, il venditore viene liberato dai costi e dagli inconvenienti organizzativi inerenti alla detenzione dei beni non ricevuti dalla controparte. Resta il fatto, però, che qualora il compratore abbia pagato il prezzo, ma non ritirato la merce preventivamente offerta, il contratto non si risolve, e il venditore resta obbligato a sostenere gli stessi costi e assoggettato ai medesimi inconvenienti, dai quali può liberarsi solo effettuando il deposito ai sensi dell'articolo 1514 c.c.

La ragione dell'asimmetria risiede, piuttosto, nella maggiore o minore instabilità del valore delle prestazioni dovute dalle due parti: la risoluzione, del resto, è un rimedio funzionale al recupero del valore di scambio delle prestazioni dedotte in contratto. Ebbene, il valore commerciale delle merci può ridursi in modo rilevante in un arco di tempo relativamente esiguo: si pensi alle merci deperibili, ai capi di abbigliamento o all'elettronica di consumo. La legge anticipa, dunque, la soglia della risoluzione per consentire al venditore di ricollocare i beni sul

(240) Cfr. PAGLIANTINI, *Le obbligazioni del compratore*, cit., p. 148; LUMINOSO, *La compravendita*⁷, Torino, 2011, p. 400; FERRERI, in MUSY e FERRERI, *La vendita*, cit., p. 311 s.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², cit., p. 1106.

(241) V., *supra*, § 9, ntt. 135, 136.

mercato alle migliori condizioni possibili e limitare le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento. Il valore di scambio del denaro è invece caratterizzato da una maggiore stabilità in rapporto al fattore "tempo": a differenza di quanto può accadere per una partita di merce, il denaro resta suscettibile di essere scambiato con altri beni nonostante il decorso del tempo, sebbene il suo potere di acquisto possa risultare ridotto. Per questa ragione, a nostro avviso, solo il venditore è legittimato a risolvere il contratto a seguito del mancato ritiro della merce preventivamente offerta, mentre il compratore è tenuto ad attendere la scadenza del termine pattuito per la consegna.

Si è sostenuto da un lato che la mora del creditore è compatibile (non solo con il deposito, ma anche) con la risoluzione del contratto; dall'altro, che in presenza dei requisiti previsti dalla legge il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione può ottenere la risoluzione deducendo a fondamento di essa l'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva. Ci si può chiedere, ora, se la legislazione italiana favorisca uno dei due itinerari che conducono alla liberazione del debitore, orientandolo verso il deposito (e la contestuale azione per il pagamento del corrispettivo) o la risoluzione (con il risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo).

L'alternativa non si configura quando l'obbligazione inadempita a causa del difetto di cooperazione permane nonostante la risoluzione: è il caso delle obbligazioni aventi ad oggetto la restituzione di beni ai rispettivi titolari quali sono quelle del conduttore e dell'affittuario, del depositario, dell'appaltatore e del prestatore d'opera che eseguono servizi di manutenzione su beni di proprietà dei committenti. In tali ipotesi il debitore dovrà avvalersi del deposito, in quanto la risoluzione non lo libera dalla detenzione del bene né dall'obbligazione avente ad oggetto la sua restituzione.

Negli altri casi l'alternativa è invece attuale, e la scelta è rimessa al debitore della prestazione rifiutata, nonché creditore della prestazione corrispettiva ⁽²⁴²⁾. Per le ragioni indicate ⁽²⁴³⁾ quest'ultimo tenderà ad

(242) L'affermazione assume a riferimento il dato normativo, ed in particolare la disciplina "di parte generale" (art. 1453 c.c.): a differenza di quanto è dato riscontrare in altri sistemi giuridici, come quelli anglosassoni, il diritto italiano non limita espressamente l'esercizio dell'azione di adempimento, che la parte fedele al contratto può scegliere in alternativa alla risoluzione e al risarcimento del danno conseguente alla mancata attuazione dello scambio. Come si è osservato in altra occasione, tuttavia, l'azione di adempimento — che riflette, sul versante dell'obbligazione corrispettiva,

orientarsi verso la risoluzione, trascurando il deposito, quando può concludere agevolmente un contratto sostitutivo e ricollocare sul mercato la prestazione rifiutata dal creditore.

Se si considera la complessità del procedimento previsto dalla legge, questo spiega la scarsa rilevanza della mora del creditore sul piano applicativo. Quando il mercato offre una rapida soluzione al conflitto determinato dal difetto di cooperazione, il debitore la percorre senza impegnarsi in un procedimento che può comportare tempi e costi sproporzionati rispetto alla reale entità degli interessi in gioco. Al verificarsi di tali condizioni, è ragionevole che egli non proceda alla costituzione in mora, ma sciolga senz'altro il rapporto per poi concludere un contratto sostitutivo.

Più probabile, invece, che il debitore effettui la costituzione in mora quando il mercato non offre una pronta soluzione al conflitto determinato dal difetto di cooperazione, in quanto non sussistono interlocutori interessati alla prestazione. Ecco perché la costituzione in mora precede più facilmente il deposito: il debitore affronta un procedimento così impegnativo e complesso nella prospettiva della liberazione dal vincolo e dell'eventuale esercizio di un'azione di adempimento avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo promesso.

Nella stessa prospettiva, è possibile spiegare perché la mora del creditore sia più rilevante in relazione alle prestazioni di fare, quali sono quelle dovute dal lavoratore subordinato e dall'appaltatore. Da un lato, il procedimento di costituzione in mora è assai più agile, su questo terreno, in quanto è ammessa l'offerta nelle forme d'uso e non è previsto un giudizio di convalida (art. 1217 c.c.); dall'altro, la mancanza di un supporto materiale (*res*) e la rispondenza della prestazione alle specifiche esigenze del creditore rendono più difficile ricollocarla prontamente sul mercato.

l'opzione per il deposito — incontra limiti giuridici ed empirici desumibili da un lato dalla disciplina dei tipi contrattuali; dall'altro, dalla prassi dei contraenti e dalla produzione giurisprudenziale. V., volendo, DELLACASA, *Adempimento e risarcimento*, cit., pp. 338 ss., 353 ss.

(243) V., *supra*, § 10.

CAPITOLO II

LA MORA DEL CREDITORE: I PRESUPPOSTI

SOMMARIO: 1. L'istituto: funzione e definizione. — 2. I presupposti della mora: l'esistenza di una obbligazione in stato di eseguibilità. — 3. L'offerta della prestazione e la prontezza ad adempiere. — 4. La mancanza della cooperazione necessaria per l'adempimento. — 5. L'identificazione del difetto di cooperazione: insufficienza di una valutazione empirica. — 6. Quando la mancata cooperazione del creditore non determina la *mora accipiendi*. — 7. La cooperazione del creditore e l'oggetto dell'obbligazione: prestazioni di dare... — 8. ...e prestazioni di fare. — 9. Irrilevanza della colpa del creditore (rinvio); quando la cooperazione è prestata da terzi. — 10. La nozione di «motivo legittimo» e il precetto di buona fede: una relazione non esclusiva. — 11. Il «motivo legittimo» tra *mora debendi* e *mora accipiendi*: concetto variabile o uniforme? — 12. La nozione di «motivo legittimo»: offerta maliziosa e gravemente tardiva; offerta formale non preceduta da offerta ordinaria. — 13. *Segue*. Quando l'offerta prefigura un'attribuzione patrimoniale precaria: pagamento effettuato con cose altrui; rischio di revocatoria; offerta effettuata sulla base di delegazione di pagamento; credito assoggettato a pignoramento o sequestro; opposizione di terzi al pagamento. — 14. Ancora sulla nozione di «motivo legittimo»: probabilità di pregiudizi alla persona o agli interessi patrimoniali del creditore; offerta di assegno circolare o bancario; incompletezza dell'offerta dovuta al difetto di cooperazione del creditore. Un'applicazione analogica nel campo delle procedure concorsuali. — 15. La comunicazione del motivo legittimo.

1. *L'istituto: funzione e definizione.* — Nel codice civile del 1865 la tutela accordata al creditore pregiudicato dal difetto di cooperazione si esauriva nella legittimazione ad effettuare il deposito e a liberarsi così dell'obbligazione. Solo in virtù di un'interpretazione libera e apertamente creativa del dettato normativo alcuni autori sostenevano che il debitore potesse essere protetto fin dal momento dell'offerta contro i pregiudizi e i rischi determinati dal comportamento non cooperativo del creditore e dalla conseguente dilatazione del rapporto obbligatorio. L'orientamento dottrinale — influenzato dalla tradizione romanistica, e sensibile alle elaborazioni della pandettistica tedesca — viene recepito dal codificatore del 1942 con l'adozione della mora del creditore: un istituto autonomo rispetto al deposito liberatorio in quanto implica la

permanenza del vincolo, ma ad esso collegato, essendo la costituzione in mora il presupposto ordinario della liberazione del debitore (1).

Proprio perché permane obbligato, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione deve mantenersi pronto ad adempiere ed è esposto al rischio che la prestazione divenga impossibile per causa a lui non imputabile: viene allora compensato dei pregiudizi conseguenti al protrarsi del vincolo, protetto contro il rischio che la prestazione divenga impossibile e sollevato dall'onere di effettuare gli investimenti necessari per massimizzarne la redditività (art. 1207 c.c.).

Come è evidente, il debitore merita di essere tutelato contro la dilatazione del rapporto obbligatorio solo se sarebbe stato in grado di adempiere l'obbligazione — così liberandosi — qualora il creditore gli avesse fornito la necessaria collaborazione. È altrettanto evidente che la protezione offerta al debitore dalla *mora accipiendi* è per sua natura provvisoria, in quanto destinata a terminare con la liberazione del debitore. Può accadere che il creditore già costituito in mora accetti in un secondo momento la prestazione offertagli, permettendo così l'adempimento dell'obbligazione; che, stante il perdurante difetto di cooperazione, il debitore si liberi effettuando il deposito o conseguendo la risoluzione del contratto; che, ancora, la prestazione rifiutata dal creditore divenga impossibile per il verificarsi di un fatto sopravvenuto o sia decorso il termine entro il quale essa avrebbe dovuto essere necessariamente eseguita. Qualunque causa abbia determinato l'estinzione dell'obbligazione, e la conseguente liberazione del debitore, dal momento in cui si verifica gli effetti della mora vengono meno.

La *mora accipiendi* reagisce, dunque, alla delusione dell'affidamento del debitore, che pur essendo pronto ad eseguire la prestazione — e confidando, così, nella propria liberazione — non riesce ad adempiere a causa del comportamento non cooperativo del creditore. La responsabilità di quest'ultimo, in particolare, presuppone la prova del pregiudizio subito dal debitore a causa del protrarsi del rapporto, e della conseguente delusione del suo affidamento nella liberazione dal vincolo: il *quantum* risarcibile è commisurato all'interesse negativo, dovendo essere compensate le spese sostenute e le occasioni di guadagno perse dal debitore che permane obbligato.

Come vedremo, l'affidamento — che offre, a nostro avviso, la più convincente chiave di lettura dell'istituto — assume rilevanza anche in

(1) V., *supra*, cap. I, §§ 3-6.

relazione alla posizione del creditore. Lo stesso è legittimato a rifiutare la prestazione offerta dal debitore, benché esatta, se alla luce delle circostanze del caso concreto non può confidare nella sua sicura disponibilità. Quando l'offerta prefigura un'attribuzione patrimoniale precaria sussiste, infatti, un motivo legittimo di rifiuto, in quanto il creditore non può investire su di essa e sfruttarne tutte le potenzialità economiche: si pensi al pagamento di una somma di denaro suscettibile di essere revocato, in quanto offerto da un imprenditore commerciale prossimo all'insolvenza (2).

Anche sotto questo profilo, *mora accipiendi* e *mora debendi* risultano nettamente differenziate. Quando il debitore ritarda l'adempimento dell'obbligazione, il creditore ottiene un risarcimento che tende a collocarlo nella situazione in cui si sarebbe trovato se la prestazione fosse stata puntualmente eseguita. Come avviene in relazione alle altre varianti dell'inadempimento, il risarcimento del danno accordato al creditore che subisce il ritardo risulta commisurato all'interesse positivo; il creditore, d'altra parte, non è tenuto a dimostrare l'affidamento riposto nella regolare attuazione del rapporto. Quando invece non viene prestata la cooperazione per l'adempimento, il debitore che permane obbligato consegue un risarcimento commisurato ai costi sostenuti e alle occasioni di guadagno perse a causa del protrarsi del rapporto obbligatorio (interesse negativo), e fruisce della protezione accordata dalla legge solo se tramite la formulazione dell'offerta dimostra di essere pronto ad adempiere. L'affidamento del debitore nell'estinzione del vincolo costituisce presupposto e misura della responsabilità del creditore.

Della mora del creditore, l'art. 1206 c.c. fornisce una definizione contestuale (3): il legislatore, infatti, non definisce la locuzione («mora del creditore»), ma un enunciato che la contiene («il creditore è in mora») (4). La proposizione si trova poi riprodotta nella parte condi-

(2) V., *infra*, § 13.

(3) In questo senso v., volendo, DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, p. 223 s.

(4) Sulle definizioni contestuali, si rinvia ai contributi di BELVEDERE, *Il linguaggio del codice civile*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 1², Torino, 1999, p. 109 s.; ID., voce *Definizioni*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1990, p. 151; ID., *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, in BELVEDERE, IORI, LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979, p. 361; LANTELLA, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in BELVEDERE, IORI, LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, cit., p. 49.

zionante dell'articolo seguente (art. 1207), che identifica gli effetti della mora («quando il creditore è in mora...»). Come è stato autorevolmente osservato ⁽⁵⁾, grazie alle definizioni contestuali è possibile evitare il ricorso a termini dotati di un'esclusiva valenza sintattica e privi, invece, di referente semantico, quali situazione, condizione ecc.; ne consegue una formulazione più elegante e concisa del dettato legislativo.

«Mora del creditore» è, poi, un termine normativo, in quanto designa non solo fatti, ma anche norme giuridiche ⁽⁶⁾. Nella definizione delineata dall'articolo 1206 c.c., la componente normativa del concetto è rinvenibile nell'espressione «motivo legittimo» e nella previsione in base alla quale l'offerta necessaria per la costituzione in mora deve essere effettuata in osservanza dei «modi indicati dagli articoli seguenti». Perché il creditore sia validamente costituito in mora non è sufficiente che si verifichino determinati presupposti di fatto (offerta della prestazione; difetto di cooperazione), essendo invece necessario accertarne la conformità a norme giuridiche (l'offerta vale a costituire in mora il creditore se è effettuata con le modalità previste dalla legge; il difetto di cooperazione giustifica la mora solo se non determinato da un motivo legittimo, cioè non consentito da disposizioni di legge).

Come si vedrà, la consapevolezza della complessità del concetto e della sua componente normativa favorisce una ricostruzione lineare del dettato legislativo, alla luce della quale risulta evidente che alcune contraddizioni rilevate in dottrina sono solo apparenti ⁽⁷⁾.

2. I presupposti della mora: l'esistenza di una obbligazione in stato di eseguibilità. — I presupposti della mora del creditore discendono dalla funzione dell'istituto, qual è stata identificata nel paragrafo precedente.

(5) Ci si riferisce ai contributi di Andrea BELVEDERE citt. nt. prec.

(6) In questa sede adottiamo un significato ampio di «termine», includendo nella sua estensione anche le locuzioni. Sui termini «normativi» come contrapposti a «fattuali» si rinvia ai contributi di Uberto SCARPELLI (*Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nuova ed., a cura di Pintore, Milano, 1985, p. 123 ss.) e di Andrea BELVEDERE (*Il linguaggio del codice civile*, cit., p. 96 ss.; voce *Linguaggio giuridico*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, agg., Torino, 2000, p. 558 ss.; voce *Definition in Legal Language*, in ASHER, SIMPSON (eds.), *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, II, Oxford, New York, Seoul, Tokio, 1994, p. 846; *Aspetti ideologici delle definizioni*, cit., p. 383 ss.).

(7) V., sin d'ora, SICCHIERO, voce *Offerta reale*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Agg.*****, Torino, 2012, p. 728; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 148 s.

Occorre in primo luogo che sussista un'obbligazione in stato di eseguibilità: il debitore deve essere vincolato per poter essere protetto contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dal protrarsi del rapporto obbligatorio.

Il creditore non può essere costituito in mora quando non si è ancora verificato l'evento futuro e incerto dedotto ad oggetto di condizione sospensiva; se è vero che il contratto vincola le parti, è anche vero che l'obbligazione non è ancora sorta, sicché in pendenza della condizione il debitore non può pretendere di adempierla né di essere protetto contro il difetto di cooperazione ⁽⁸⁾.

Alla medesima conclusione si deve pervenire quando l'efficacia del contratto, o di altro atto negoziale idoneo a produrre obbligazioni, è subordinata al verificarsi di un requisito previsto dalla legge (c.d. *condicio iuris*). Siccome l'obbligazione non è ancora sorta, il comportamento del soggetto che impedisce o ritarda il verificarsi del requisito in dipendenza del quale è destinato ad acquisire la titolarità del diritto di credito non giustifica la *mora accipiendi*, ma l'applicazione di altri rimedi.

Diversamente orientata una pronuncia di legittimità relativa ad un legato effettuato a favore di una persona giuridica, ed avente ad oggetto la costruzione di un edificio e il suo successivo trasferimento ⁽⁹⁾. La legataria aveva tenuto un comportamento scarsamente collaborativo, esigendo in un primo tempo una prestazione diversa, richiedendo poi agli eredi modifiche del progetto già predisposto e ritardando infine la richiesta dell'autorizzazione amministrativa necessaria in base alla legislazione allora vigente perché l'immobile potesse essere acquistato ⁽¹⁰⁾. Dato che tali comportamenti, ritardando la costruzione dell'edificio, avevano contribuito ad aumentare i costi sostenuti dagli eredi — che erano lievitati anche a causa di fattori sopravvenuti — il giudice di legittimità ritiene che la legataria sia tenuta a risarcirli sulla base della disciplina della mora.

Nella fattispecie, tuttavia, l'istituto non risultava applicabile, in considerazione del fatto che l'autorizzazione amministrativa all'acqui-

(8) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 72; CATTANEO, *Della mora del creditore*, Artt. 1206-1217, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 154; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 131.

(9) Cfr. Cass. 5 giugno 1954, n. 1828, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1303.

(10) Cfr. art. 17 c.c., poi abrogato dall'art. 13 l. 15 maggio 1997, n. 127; art. 1 l. 21 giugno 1896, n. 218.

sto dell'immobile costituiva requisito di efficacia della disposizione testamentaria: solo a seguito del verificarsi di esso sarebbe sorta l'obbligazione dell'erede onerato⁽¹¹⁾. Più correttamente il giudice avrebbe potuto addebitare alla legataria i maggiori costi della costruzione in applicazione analogica dell'art. 1358 c.c., rilevando che la stessa aveva violato l'obbligo di comportarsi secondo buona fede in pendenza di un fattore condizionante l'efficacia della disposizione testamentaria.

Il creditore, invece, può essere costituito in mora in pendenza di una condizione risolutiva: in tal caso il contratto genera immediatamente un'obbligazione della quale il debitore ha interesse a liberarsi mediante l'adempimento.

In giurisprudenza, inoltre, si è ritenuto che l'erede o il legatario gravati da un onere testamentario possano costituire in mora il beneficiario e successivamente liberarsi⁽¹²⁾. L'affermazione richiede una valutazione articolata. Il rifiuto di ricevere la prestazione opposto dal beneficiario può denotare una volontà contraria all'attribuzione del diritto di credito corrispondente all'obbligazione dell'erede (o legatario) onerato. In tal caso, esso ha una valenza analoga a quella della rinuncia del legatario (art. 649) e del rifiuto del beneficiario di una stipulazione a

(11) Condividiamo qui l'opinione di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 33 s.

(12) Cfr. Cass. 16 maggio 2013, n. 11906, in *Foro it.*, 2014, I, 550 ed in *Fam. dir.*, 2014, 231. L'occasione per tale affermazione è offerta da un'istituzione di erede relativa alla quota disponibile con l'onere di prestare assistenza alla moglie del testatore per tutta la durata della sua vita. Stante il rifiuto di ricevere assistenza opposto dalla beneficiaria, la S.C. ritiene che la disposizione testamentaria resti valida, in quanto l'art. 647 c.c. si riferisce esclusivamente all'impossibilità originaria della prestazione dedotta ad oggetto dell'onere. Aggiunge poi che qualora il beneficiario rifiuti, rendendo così impossibile l'adempimento dell'onere, la fattispecie deve essere ricondotta ai «principi generali della risoluzione o dell'estinzione dell'obbligazione (ivi compresa l'eventuale liberazione del debitore della prestazione a seguito di costituzione in mora)». Nella fattispecie, il deposito non sarebbe stato possibile, trattandosi di un'obbligazione di fare: perdurando il rifiuto della beneficiaria, l'obbligazione dell'erede onerato si sarebbe allora estinta per impossibilità sopravvenuta (art. 1256 c.c.), con la conseguente risoluzione della disposizione testamentaria modale qualora essa fosse stata prevista dal testatore o l'adempimento dell'onere ne avesse costituito il solo motivo determinante (arg. ex art. 648 c.c.). Se dal comportamento del beneficiario si evince che egli ha acquisito il diritto di credito corrispondente all'obbligazione dell'onerato, la conclusione merita di essere condivisa. Come si osserva nel testo, tuttavia, è probabile che rifiutando la prestazione offerta dall'onerato il beneficiario abbia inteso rinunciare al corrispondente diritto di credito, in ottemperanza al principio di sovranità formale sulla propria sfera giuridica: questo esclude alla radice la costituzione in mora e la liberazione coattiva del debitore.

favore del terzo (art. 1411, comma 3° c.c.): la facoltà di rifiutare l'attribuzione del diritto di credito risponde al principio di sovranità formale, in base al quale nessuno può subire una modificazione della propria sfera giuridica, ancorché esclusivamente favorevole, contro la propria volontà. In questa ipotesi — che si riscontra, a nostro avviso, nella fattispecie considerata dalla sentenza di legittimità qui analizzata — il beneficiario dell'onere non può evidentemente essere costituito in mora; per la stessa ragione, l'onerato non può liberarsi mediante il deposito addebitando al beneficiario le spese sostenute (art. 1215 c.c.).

Il beneficiario, invece, può essere costituito in mora se ha acquisito la titolarità del credito corrispondente all'obbligazione dell'onerato, in quanto anteriormente al rifiuto ha tenuto un comportamento che denota la volontà di esercitare il diritto. È quanto accade se il beneficiario dell'onere — per ipotesi, determinato dal testatore — ha sollecitato l'erede o il legatario ad adempiere, o se non ha rinunciato alla prestazione che costituisce oggetto dell'onere entro il termine a lui assegnato ai sensi dell'art. 650 c.c. ⁽¹³⁾ In questa ipotesi, l'onerato potrà inoltre liberarsi mediante il deposito, e qualora il medesimo non sia possibile, perché oggetto dell'onere è una prestazione di fare, liberarsi

(13) La disposizione, espressamente riferita al legato, deve ritenersi applicabile per analogia all'onere quando il beneficiario è determinato. Secondo una diffusa opinione, anzi, quando il beneficiario è stato identificato dal testatore ricorrerebbe un legato, ravvisandosi una disposizione modale qualora la prestazione dovuta dall'onerato sia destinata ad una categoria di soggetti determinati soltanto genericamente. In questo senso v. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 895, il quale propone come esempio di onere testamentario le disposizioni a beneficio dei poveri di un certo quartiere o delle persone affette da una determinata malattia. Il criterio viene adottato da altre voci dottrinali, che lo ritengono il solo idoneo a distinguere l'onere testamentario dal legato obbligatorio: cfr. BONILINI, *Dei legati*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2006, p. 33; M. PROTO, *Il modo*, in *Tratt. successioni Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1227. Nella manualistica, cfr. ROPPO, *Diritto privato*⁴, Torino, 2014, p. 952. La giurisprudenza adotta un analogo criterio distintivo, che si sovrappone a quello incentrato sul carattere diretto o indiretto dell'attribuzione del diritto. Se il beneficiario è determinato, o quanto meno determinabile ai sensi dell'art. 631 c.c., egli acquisisce il diritto direttamente dal testatore, sicché ricorre un legato. Se invece la disposizione testamentaria ha quali beneficiari una categoria di soggetti determinati solo genericamente, gli stessi non ricevono dal testatore un diritto facente parte dell'asse ereditario, ma si configurano quali aventi causa dell'onerato: si ravvisa allora un onere testamentario. Cfr. Cass. 26 maggio 2015, n. 10803, in *Vita not.*, 2015, 1296; Cass. 5 agosto 1987, n. 6727, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1392; App. Napoli 5 luglio 1988, in *Dir. giur.*, 1989, 547 e Trib. Napoli 18 gennaio 1966, in *Dir. giur.*, 1966, 199.

della relativa obbligazione ai sensi dell'art. 1256 c.c. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione dedotta ad oggetto dell'onere comporterà la risoluzione della disposizione modale (istituzione di erede o legato) solo se la stessa è stata prevista dal testatore o se l'onere ne costituisce il motivo determinante (arg. ex art. 648, comma 2 c.c.).

Certamente la *mora accipiendi* è incompatibile con l'eventualità che si sia verificata una qualunque causa di estinzione dell'obbligazione. L'impossibilità della prestazione, da qualunque ragione provocata, libera il debitore, il quale, dunque, non può pretendere di essere tutelato contro il protrarsi del rapporto obbligatorio ed invocare gli effetti della mora.

Neppure l'istituto risulta applicabile quando la prestazione diviene impossibile anteriormente all'offerta⁽¹⁴⁾. Anche in questa ipotesi il debitore è liberato — sicché non si configura l'esigenza di proteggerlo dalle conseguenze della dilatazione del rapporto — e quando la prestazione divenuta impossibile costituisce parte integrante di un contratto di scambio lo stesso è inevitabilmente destinato a risolversi. L'impossibilità della prestazione, in altri termini, non lede l'affidamento del debitore nella tempestiva liberazione dal vincolo (interesse negativo, protetto dalla mora del creditore), ma, piuttosto, il suo interesse all'attuazione dell'operazione economica sottesa al contratto (interesse positivo, salvaguardato dal binomio risoluzione-risarcimento del danno). Se la causa che ha determinato l'impossibilità della prestazione è imputabile al creditore, la lesione di tale interesse giustifica, oltre alla risoluzione del contratto, l'obbligo di corrispondere al debitore un risarcimento idoneo a collocarlo nella situazione in cui si sarebbe trovato qualora lo scambio fosse stato attuato (art. 1453 c.c.).

L'istituto è parimenti inapplicabile quando l'obbligazione si estingue a seguito dell'esercizio di un diritto di recesso. Se è vero che il recesso del committente (art. 1671 c.c.) impedisce la realizzazione dell'opera o la prestazione del servizio, è anche vero che l'appaltatore è liberato della corrispondente obbligazione: il risarcimento dovuto dal recedente non tutela l'interesse della controparte a liberarsi tempestivamente dell'obbligazione (come, invece, il risarcimento del danno previsto a carico del creditore in mora dall'art. 1207 c.c.), ma il suo interesse a conseguire l'attuazione dell'operazione economica sottesa al contratto⁽¹⁵⁾.

(14) V., *infra*, cap. IV, sez. III; cap. VI.

(15) In altri termini, mentre il risarcimento dovuto dal creditore in mora compensa il danno conseguente alla lesione dell'affidamento del debitore, che avendo

La mora del creditore è parimenti incompatibile con la categoria delle obbligazioni naturali ⁽¹⁶⁾. Come è stato opportunamente osser-

offerto la prestazione confida nella liberazione dal vincolo (interesse negativo), il risarcimento dovuto dal committente a seguito dell'esercizio del diritto di recesso tende a collocare l'appaltatore nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato eseguito (interesse positivo). Tra il risarcimento dovuto dal creditore costituito in mora e quello previsto nel contesto dei recessi discrezionali accordati alla parte committente nei contratti di *locatio operis* non si ravvisa, dunque, alcuna analogia: la nostra opinione si discosta sul punto da quella di voci dottrinali autorevoli (CAMARDI, *Della mora del creditore*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2012, p. 777; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 35 s.). Nel senso che il risarcimento del danno dovuto dalla parte committente in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso sia commisurato all'interesse positivo, essendo esso determinato nella misura della differenza tra il corrispettivo pattuito e le spese risparmiate dall'appaltatore o dal prestatore d'opera, cfr. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, pp. 25, 28, 64 ss.; DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in Cendon (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 354; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 79 s., testo e nt. 156; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 125. Con particolare riferimento al diritto di contrordine, cfr. IANNUZZI, *Del trasporto*², in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Artt. 1678-1702, Bologna-Roma, 1970, p. 121 ss., e in relazione al contratto d'opera F. TOFFOLETTO, *Il recesso nel contratto d'opera e nel contratto di lavoro autonomo di durata*, in DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, p. 970.

Come si osserva in dottrina (CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 35 s.), la mora del creditore — o comunque una sua responsabilità per la dilatazione del vincolo conseguente al difetto di cooperazione — può configurarsi anche in relazione ai rapporti in cui il medesimo creditore è legittimato a recedere: alcune significative applicazioni dell'istituto interessano infatti l'appalto pubblico (v., *infra*, § 8, ove si documenta un regime speciale di responsabilità del committente, obbligato a risarcire il danno subito dall'appaltatore per la dilatazione del rapporto in assenza di una formale costituzione in mora). Tuttavia, siccome la mora presuppone la persistenza del rapporto obbligatorio la stessa non può configurarsi quando contestualmente al rifiuto della necessaria cooperazione il creditore recede. È quanto avviene quando insieme al rifiuto di consegnare i lavori il committente comunica all'appaltatore il recesso; per la stessa ragione, se anteriormente al recesso il creditore è stato costituito in mora, gli effetti di quest'ultima cessano con l'estinzione del rapporto.

La mora può coesistere con il recesso solo quando lo stesso è inefficace, sicché pur manifestando in modo univoco il disinteresse del creditore per l'attuazione del rapporto non comporta l'immediata estinzione del vincolo (sul punto v. ancora CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 36 s.). È quanto accade quando il recesso deve essere fondato su una giusta causa, in assenza della quale il rapporto non si scioglie; o quando la legge prevede che il recesso debba essere accompagnato da un termine di preavviso solo alla scadenza del quale il contratto è destinato a sciogliersi. In entrambi i casi l'obbligazione persiste e il recedente — che ha chiaramente manifestato la volontà di non ricevere la prestazione di cui è creditore — può essere

vato, la legge non attribuisce rilevanza giuridica al dovere morale o sociale in sé e per sé considerato, ma, piuttosto, al suo adempimento spontaneo e consapevole (art. 2034 c.c.)⁽¹⁷⁾; l'individuo assoggettato a tale dovere non può dirsi in alcun modo vincolato, ma solo impossibilitato ad ottenere la restituzione della prestazione eseguita. Non essendo legittimata passiva di un'eventuale azione di adempimento, la parte "naturalmente obbligata" non può pretendere di essere tutelata contro il prolungamento del dovere morale o sociale conseguente al rifiuto della prestazione. In dottrina, ci si chiede se l'offerta della prestazione o il deposito possano comportare l'estinzione del dovere morale o sociale⁽¹⁸⁾. La questione, ci sembra, è scarsamente rilevante, proprio in considerazione del fatto che solo l'adempimento spontaneo e consapevole dell'obbligazione naturale è giuridicamente rilevante: se dopo l'offerta rifiutata dal suo destinatario la prestazione viene spontaneamente eseguita e successivamente accettata, l'esistenza del dovere morale o sociale viene riconosciuta dallo stesso soggetto passivo, con la conseguente irripetibilità della prestazione.

Si è anticipato che l'obbligazione deve essere in stato di eseguibilità. La pendenza di un termine pattuito nell'interesse del creditore o di entrambe le parti del rapporto obbligatorio preclude, dunque, il ricorso alla *mora accipiendi*, essendo il creditore legittimato a rifiutare la prestazione offerta anteriormente alla scadenza⁽¹⁹⁾.

Se ordinariamente la mora presuppone l'esistenza di un'obbligazione in stato di eseguibilità, il legislatore può estendere l'applicazione dell'istituto a fattispecie in cui il rapporto obbligatorio non sia stato

costituito in mora. A una diversa conclusione si perviene, invece, quando il recesso è immediatamente efficace nonostante l'assenza di una giusta causa o la mancata concessione del preavviso previsto dalla legge, essendo la controparte tutelata "per equivalente" mediante l'attribuzione di un risarcimento: in questa ipotesi il debitore, liberato dall'obbligazione, non può effettuare la costituzione in mora.

(16) Cfr. MARASCO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 660; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 434; ID., *Della mora del creditore*, cit., p. 15; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, a cura di Bianca, Milano, 1956, p. 92 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 127 ss. Diversamente orientati G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore (dir. civ.)*, in *EdD*, XXVI, Milano, 1976, p. 955 s.; D'ONOFRIO, voce *Offerta reale*, in *Nss. D. I.*, XI, Utet, 1965, p. 769.

(17) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 127.

(18) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 16, nt. 3.

(19) V., *infra*, cap. III, § 8.

ancora costituito ⁽²⁰⁾. Talvolta la parte interessata alla produzione di un dato effetto giuridico ha l'onere di offrire alla controparte una prestazione che remunera la produzione di tale effetto: l'onere anticipa l'obbligazione destinata a sorgere solo a seguito della costituzione del rapporto. Ebbene, se la prestazione offerta in ottemperanza a tale onere viene rifiutata, la parte che vi ha interesse è legittimata ad effettuare l'offerta reale, che comporta la costituzione in mora e prelude al deposito.

Il riferimento è, in particolare, alla disciplina della vendita con patto di riscatto e dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Stante il rifiuto del compratore di ricevere il prezzo e le altre somme dovute, il venditore decade dal diritto di riscatto qualora non abbia effettuato l'offerta reale entro otto giorni dalla scadenza del termine (art. 1503 c.c.) ⁽²¹⁾; il promissario acquirente può ottenere il trasferimento coattivo del bene solo pagando il prezzo o facendone offerta nei modi di legge (art. 2932 c.c.). Si ritiene, allora, che tanto il venditore interessato ad esercitare il diritto di riscatto, quanto il promissario acquirente del bene siano legittimati a costituire in mora le rispettive controparti e ad effettuare il deposito delle somme dovute. L'onere di offrire la prestazione che costituisce il corrispettivo del diritto esercitato (riscatto, trasferimento coattivo del bene) anticipa l'obbligazione destinata a sorgere a seguito della costituzione del rapporto ⁽²²⁾.

3. L'offerta della prestazione e la prontezza ad adempiere. — Perché il creditore sia validamente costituito in mora occorre, in secondo

(20) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 123-127.

(21) Perché il venditore possa riscattare il bene, si reputa necessario che l'offerta reale effettuata entro otto giorni dalla scadenza del termine sia stata preceduta da un'offerta ordinaria seria e concreta. Non si ritiene poi sufficiente «che il debitore manifesti al creditore la volontà di eseguire la prestazione, ma è necessario che il medesimo immetta la somma di denaro, oggetto della prestazione, nella sfera di disponibilità del creditore, che possa apprenderla immediatamente»: per entrambe le affermazioni v. Cass. 14 luglio 1979, n. 4127, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 721. Sull'offerta reale necessaria ai fini dell'esercizio del diritto di riscatto v. anche Cass. 3 novembre 1979, n. 5705, in *Giur. it.*, Rep. 1979, v. «vendita», n. 60.

(22) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 126. È appena il caso di precisare, per evitare equivoci, che l'offerta reale e il deposito sono necessari perché il promissario acquirente possa, rispettivamente, avvalersi degli effetti della mora (art. 1207 c.c.) e liberarsi dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo (art. 1210, comma 2° c.c.). Affinché il promissario acquirente possa ottenere il trasferimento coattivo della proprietà del bene (art. 2932 c.c.) si ritiene invece sufficiente un'offerta informale, purché seria e attendibile: v., *infra*, cap. V, § 16.

luogo, che il debitore abbia offerto la prestazione rispettando i requisiti sostanziali e procedurali previsti dalla legge.

Grazie all'offerta il debitore dimostra di essere pronto ad adempiere l'obbligazione. La formulazione dell'offerta formale comporta sempre, oltre all'intimazione di ricevere la prestazione, l'esibizione della stessa (23). Il debitore dimostra, così, di essere in grado di adempiere, sicché il prolungamento del rapporto obbligatorio dipende esclusivamente dal difetto di cooperazione del creditore. Per questo l'offerta è sempre necessaria, e si impone anche quando il creditore preannuncia il rifiuto della prestazione (24). Essa costituisce un presupposto logico della *mora accipiendi*, in quanto il debitore non merita di essere tutelato contro le conseguenze della dilatazione del rapporto se non dimostra che avrebbe adempiuto l'obbligazione qualora avesse fruito della necessaria cooperazione.

In dottrina non manca chi ravvisa nella definizione rinvenibile nell'articolo 1206 c.c. una contraddizione con la disciplina dell'istituto. Mentre in base alla disposizione citata l'offerta formale sarebbe limitata all'ipotesi in cui il creditore non abbia ricevuto la consegna di un bene o di una somma di denaro, risultando invece non richiesta in relazione alle prestazioni di fare, l'articolo 1207, comma 3° fa decorrere gli effetti della mora dal giorno dell'offerta, che viene intesa quale requisito necessario, applicabile indifferentemente a tutte le obbligazioni (25). Prevedendo che il creditore possa essere costituito in mora mediante intimazione, l'art. 1217 c.c. conferma che l'offerta è necessaria anche quando il difetto di cooperazione preclude l'esecuzione di una prestazione di fare. Tanto la funzione della *mora accipiendi* quanto il dato normativo indicano che l'offerta costituisce presupposto indefettibile dell'istituto in relazione a tutte le categorie di obbligazioni.

A giudizio di chi scrive, tuttavia, la contraddizione tra la definizione rinvenibile nell'art. 1206 e le altre disposizioni citate (artt. 1207 comma 3°, 1217 c.c.) è solo apparente, in quanto il legislatore ha riferito il requisito dell'offerta formale all'ipotesi in cui il creditore non abbia accettato la prestazione per un'evidente esigenza di carattere

(23) V., *infra*, cap. III, §§ 16-20.

(24) V., *infra*, cap. III, § 1.

(25) Cfr. SICCHIERO, voce *Offerta reale*, cit., p. 728; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 148 s.

sintattico ⁽²⁶⁾. Piuttosto che denunciare l'incoerenza tra la definizione e la disciplina dell'istituto, è opportuno interpretare la prima in modo tale da evitare l'antinomia ⁽²⁷⁾: ciò che può essere ottenuto riconoscendo che il requisito dell'offerta, testualmente riferito al solo rifiuto del pagamento per semplificare la sintassi dell'enunciato normativo, può essere esteso senza difficoltà a tutte le fattispecie in cui si configura un difetto di cooperazione.

Nella letteratura meno recente si riteneva che oltre a provare l'offerta il debitore dovesse dimostrare di essere pronto ad adempiere l'obbligazione ⁽²⁸⁾. Il requisito — avvalorato dalle fonti romane ⁽²⁹⁾, e tuttora riscontrabile nel diritto tedesco (§ 297 BGB) — sarebbe stato autonomo da quello dell'offerta.

Nella legislazione italiana, tuttavia, esso è tendenzialmente irrilevante, in quanto "assorbito" da quello dell'offerta. Se da un lato non se ne trova traccia nel dato normativo (e neppure nel testo del codice civile previgente), dall'altro l'offerta include sempre, a nostro avviso, l'esibizione della prestazione e dimostra, così, che il debitore è pronto ad adempiere. Non è scorretto affermare che l'affidamento del debitore nella tempestiva liberazione dal vincolo, protetto dalla *mora accipiendi*, presuppone che egli abbia compiuto gli investimenti necessari per essere

(26) Il participio passato «offerto[gli]», grazie al quale viene integrato nella definizione il requisito dell'offerta, si presta ad essere riferito al termine «pagamento», mentre non può essere rapportato all'espressione successivamente usata dal legislatore per designare la mancanza della cooperazione necessaria ai fini dell'adempimento di una qualsiasi obbligazione, ivi comprese quelle di fare («non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione»).

(27) La questione viene analizzata in termini generali in una limpida pagina di BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, ora in *Scritti giuridici*, I, Padova, 2016, p. 136: «...dato che di un contrasto tra norme si può parlare solo in relazione a testi legislativi interpretati, non va sottovalutata la possibilità di accertare mediante l'attività interpretativa che il contrasto è solo apparente. In altre parole, si tratta di verificare l'esistenza o l'inesistenza di una effettiva contraddizione a seconda che si possa, o meno, individuare un'interpretazione della definizione e delle norme che usano il termine definito, tale da consentire l'armonizzazione e, ovviamente, l'inserimento nell'ambito più ampio della legge in cui sono contenute (...) l'armonizzazione delle definizioni con le altre norme non avviene mediante espedienti interpretativi, necessari per superare contrasti effettivamente esistenti, ma attraverso la scelta dell'interpretazione che, non dando luogo a contraddizioni nel discorso legislativo, appare preferibile».

(28) Cfr. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*², III, Milano, rist. 1963-1964, p. 87; SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, p. 14 ss.

(29) Cfr. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 14.

pronto ad adempiere. Tale attitudine, tuttavia, si ricava con sicurezza dall'offerta formale — e a nostro avviso anche da quella effettuata nelle forme d'uso — sicché nella legislazione italiana la prontezza ad adempiere sembra non avere autonoma rilevanza sul piano applicativo.

Il requisito può invece avere una funzione apprezzabile nei sistemi in cui l'offerta non è analiticamente regolamentata: non essendo espressamente previsto che essa comprenda l'esibizione della prestazione, può accadere che pur avendola effettuata il debitore non sia effettivamente pronto ad adempiere. È questo il caso del diritto romano e dello stesso diritto tedesco, nel contesto del quale si prevede che il creditore non cada in mora se al tempo dell'offerta o nel diverso momento in cui egli deve cooperare all'adempimento il debitore non è effettivamente in grado di eseguire la prestazione (§ 297 BGB).

Anche nel diritto italiano, peraltro, non si può escludere categoricamente che pur avendo effettuato una valida offerta il debitore non sia effettivamente in condizione di adempiere. Se per esempio la prontezza ad adempiere — che il debitore dimostra al momento dell'offerta tramite l'esibizione della prestazione — viene meno in un momento successivo, evapora il fondamento giustificativo della *mora accipiendi*: non essendo in grado di eseguire la prestazione, il debitore non può pretendere di essere protetto contro gli inconvenienti e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto. Tuttavia, siccome a differenza dell'offerta la prontezza ad adempiere non integra un elemento costitutivo della mora, l'onere della prova ricade sul creditore: stante la prova dell'offerta fornita dal debitore, è onere del creditore dimostrare che la controparte non è effettivamente in grado di adempiere ⁽³⁰⁾.

Non solo. Siccome a seguito della costituzione in mora il debitore non è liberato, qualora non sia pronto ad adempiere — e il creditore esiga in un secondo tempo l'esecuzione della prestazione — può incorrere in *mora debendi* ⁽³¹⁾.

Va tuttavia segnalato un regime speciale — quello dell'appalto pubblico — nel contesto del quale il debitore può conseguire il risarcimento del danno causato dal difetto di cooperazione a prescindere dal requisito dell'offerta. Quest'ultimo risulta “superato dai fatti”, in quanto il comportamento non cooperativo del committente pubblico che ostacola la realizzazione dell'opera viene accertato nel corso del rapporto, quando

(30) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 18 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 121.

(31) Nitidamente, sul punto, FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 120.

l'appaltatore ha già intrapreso l'esecuzione della prestazione impegnando l'organizzazione di cui dispone. Si può dire con una certa approssimazione che l'appaltatore pregiudicato dalla condotta non cooperativa del committente sia esonerato dalla formulazione dell'offerta perché è evidente e non contestato che egli sia pronto ad adempiere.

Per assecondare il buon andamento dell'azione amministrativa e favorire il razionale contenimento della spesa pubblica, è tuttavia necessario che le criticità rilevate dall'appaltatore siano tempestivamente comunicate al committente, così da consentirgli di porvi rimedio e predisporre le risorse necessarie a compensare i pregiudizi causati. Di qui l'onere dell'appaltatore di segnalare tempestivamente le circostanze suscettibili di interferire con lo svolgimento dei lavori mediante la formulazione di riserve destinate ad essere iscritte, contestualmente alla firma, nei primi documenti a lui sottoposti dal committente pubblico dopo il verificarsi degli inconvenienti rilevati (ordini di servizio; verbale di consegna dei lavori; verbale che documenta la ripresa dei lavori a seguito della sospensione disposta dall'appaltante ecc.) e in ogni caso nel registro di contabilità dell'appalto ⁽³²⁾.

(32) Per illustrare il regime speciale sintetizzato nel testo, può essere utile considerare la motivazione di una sentenza di merito, che ricostruisce in modo dettagliato i lineamenti della fattispecie: si tratta di Trib. Roma 15 ottobre 2012, n. 19275, per esteso in *De Jure*. Ai termini delle condizioni generali del contratto di appalto predisposte dal committente in sintonia con la regolamentazione sintetizzata nel testo, «le contestazioni, domande o riserve dell'appaltatore [dovevano] essere formulate in modo specifico ed indicare dettagliatamente le ragioni sulle quali esse si [fondavano]; precisare quali [fossero] le conseguenze, in particolare se e quali conseguenze ne [derivassero] a livello economico e/o di corrispettivi o indennizzi; essere inviate per lettera raccomandata a.r. al Direttore dei lavori per conto dell'ente, entro 15 giorni dal momento in cui i fatti e le circostanze su cui si [fondavano] erano conoscibili dall'appaltatore...se l'appaltatore non [avesse formulato] le contestazioni, le domande o le riserve entro i termini, egli [sarebbe decaduto] da ogni suo eventuale diritto di farle valere successivamente o in altra sede». Accertata la tempestività delle riserve, il giudice condanna il committente a risarcire il danno subito dall'appaltatore a causa dell'inadeguatezza della progettazione esecutiva emersa nel corso dei lavori, e della circostanza che alcuni enti che avrebbero dovuto contribuire allo svolgimento dei lavori effettuando lo spostamento dei c.d. sottoservizi (ENEL, per i cavi elettrici; AMGA per acqua, gas, ecc.) si erano attivati con un certo ritardo: con la conseguente dilatazione del tempo necessario per compiere l'opera. Il risarcimento accordato all'appaltatore — che nonostante le riserve espresse aveva portato a termine il lavoro — compensa le spese sostenute e i mancati guadagni conseguenti al prolungamento del cantiere, durato quasi un anno più del previsto (nel dettaglio, «maggiori spese generali, spese fisse di cantiere e mano d'opera, mancato ammortamento di macchine ed attrezzature, maggior tempo per cauzioni e fidejussioni, mancato utile»;

La normativa di settore vigente fino a tempi recentissimi avvalorava la distinzione tra riserve e domande. Entro quindici giorni dalla formulazione della *riserva*, che si rendeva necessaria quando l'appaltatore non era ancora in grado di quantificare le indennità a lui dovute in conseguenza della condotta non cooperativa del committente, il primo era tenuto a scrivere e firmare nel registro di contabilità dell'appalto le *domande di indennità*, le rispettive ragioni, e i compensi a cui riteneva di aver diritto. Tanto le riserve (che presupponevano un'ancora incerta determinazione delle somme pretese dall'appaltatore), quanto le domande (che a seguito dell'iscrizione delle riserve quelle somme quantificavano con precisione) dovevano essere formulate a pena di decadenza: se l'appaltatore non provvedeva nei termini indicati, non poteva conseguire il risarcimento del danno causato dal comportamento non cooperativo del committente pubblico ⁽³³⁾.

La disciplina regolamentare attuativa del nuovo *Codice dei contratti pubblici* (d.lg. 18 aprile 2016, n. 50) rimette invece alle stazioni appaltanti la formulazione delle regole che governano le contestazioni e le riserve: esse costituiscono parte integrante del capitolato d'appalto ⁽³⁴⁾.

«maggiori costi per l'acquisto delle materie prime, dei materiali semilavorati, delle lavorazioni e dei prodotti petroliferi»). Benché il risarcimento accordato all'appaltatore sia sovrapponibile a quello previsto a favore del debitore dall'art. 1207 c.c., in quanto compensa il pregiudizio conseguente al prolungamento del rapporto, nel contesto della motivazione non si rinviene alcun riferimento alla disciplina della mora né al requisito dell'offerta. La responsabilità del committente viene ricondotta direttamente alla violazione dell'obbligo di collaborare con l'appaltatore: con ogni probabilità, il giudice elude la categoria della *mora accipiendi* perché non ne ravvisa nel caso concreto uno dei presupposti essenziali qual è quello dell'offerta.

(33) Cfr. artt. 190, 191 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (riserve iscritte nel registro di contabilità dell'appalto). V. anche, dello stesso provvedimento, gli artt. artt. 128, comma 3 (riserve iscritte contestualmente alla firma dell'ordine di servizio); art. 155, comma 4 (riserve formulate nel verbale di consegna dei lavori, essendo lo stato dei luoghi differente rispetto a quello previsto nel progetto); art. 157, comma 4 (riserve iscritte nel verbale di consegna dei lavori nel caso di tardiva consegna); art. 167 (riserva iscritta all'atto della ripresa dei lavori qualora la sospensione disposta dal committente sia stata illegittimamente prolungata); art. 164, comma 1 (riserva relativa ad aspetti tecnici e progettuali che possono incidere sull'esecuzione dei lavori). Le disposizioni citate hanno perso efficacia a seguito dell'entrata in vigore del decreto ministeriale attuativo del *Nuovo codice dei contratti pubblici* citato alla nt. seguente (artt. 111, 216, comma 17 d.lg. 18 aprile 2016, n. 50).

(34) Cfr. art. 49 d.m. infrastrutture 7 marzo 2018 n. 49, recante *approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione*: «Il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su

È ipotizzabile che almeno in una prima fase i capitolati verranno redatti assumendo quale importante punto di riferimento la regolamentazione contenuta nella normativa previgente.

Come avremo occasione di vedere, nel contesto di tale regime speciale la responsabilità del committente pubblico per l'omissione del collaudo e il conseguente ritardo nella presa in consegna dell'opera viene nuovamente affermata a prescindere dal formale accertamento dell'offerta effettuata dall'appaltatore: con ogni probabilità, il requisito viene ricavato dall'atto con cui l'opera realizzata viene assoggettata al procedimento di collaudo ⁽³⁵⁾.

4. *La mancanza della cooperazione necessaria per l'adempimento.* — Presupposto essenziale della mora è il difetto di cooperazione del creditore. Non ogni mancanza, tuttavia, giustifica la costituzione in mora: occorre che l'apporto del creditore sia necessario per l'esecuzione della prestazione, sicché in assenza di esso il debitore non possa adempiere. È evidente, infatti, che qualora il debitore fosse ugualmente in grado di eseguire la prestazione non potrebbe pretendere di essere tutelato contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto.

Difficilmente la *mora accipiendi* troverà applicazione in relazione alle obbligazioni negative, il cui adempimento, concretandosi in un'astensione, non richiede la cooperazione del creditore ⁽³⁶⁾. Non si può escludere, tuttavia, che il creditore ometta di comunicare al debitore le informazioni necessarie per identificare i contenuti e le modalità dell'astensione dovuta; in questa eventualità l'adempimento richiede la cooperazione del creditore, sicché il presupposto della mora risulta soddisfatto ⁽³⁷⁾.

Talvolta la cooperazione del creditore non è necessaria per l'adem-

aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto». La disposizione recepisce una soluzione indicata da un parere del Consiglio di Stato (comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 360, in *Foro amm.*, 2018, 224).

(35) V., *infra*, § 6.

(36) Cfr. QUARANTINO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Fava, I, Milano, 2008, p. 625; MARASCO, *La mora del creditore*, cit., p. 661; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 434; ID., *Della mora del creditore*, cit., p. 17.

(37) «Se, ad esempio, sia convenuto il divieto di concorrenza rispetto ad una piazza da determinarsi successivamente ad opera del creditore, qualora questi nei termini pattuiti non abbia proceduto alla designazione, non vi è alcun dubbio che

pimento quando nasce l'obbligazione, ma lo diventa in un secondo momento a causa di un fatto sopravvenuto ⁽³⁸⁾. Così, il vettore che si obbliga a riconsegnare la merce ad un soggetto diverso dal mittente può adempiere senza la collaborazione di questo ultimo; se tuttavia il mittente, esercitando il diritto di contrordine (art. 1685 c.c.), sospende il trasporto, il vettore non può effettuare la riconsegna in assenza di istruzioni in ordine alla nuova destinazione della merce. Ebbene, il difetto della cooperazione divenuta necessaria a seguito di circostanze sopravvenute può certamente giustificare la mora del creditore ⁽³⁹⁾.

Si ritiene che come la prova dell'offerta anche quella della mancata collaborazione gravi sul debitore, essendo entrambi elementi costitutivi della *mora accipiendi* (art. 1206 c.c.) ⁽⁴⁰⁾.

Il principio di vicinanza della prova e la difficoltà di dimostrare i fatti negativi sembrano giustificare la preferenza per una soluzione diversa, modellata su quella adottata dalla giurisprudenza in relazione alla prova dell'inadempimento ⁽⁴¹⁾. Il debitore interessato agli effetti

l'obbligato possa avvalersi, sol che lo voglia, dell'offerta»: così FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 142. In senso conforme G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 956.

(38) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 17, testo e nt. 7.

(39) La mancanza della cooperazione necessaria per l'adempimento dell'obbligazione costituisce presupposto indefettibile della mora, ma non del deposito (sequestro) liberatorio e della vendita per conto del creditore. Questi ultimi possono risultare giustificati anche quando non è stato accertato il difetto di cooperazione. Il mandatario che ha la detenzione delle cose speditegli per conto del mandante è obbligato a custodirle e in caso di urgenza è legittimato a venderle ai sensi dell'articolo 1515 c.c.: la disposizione è applicabile anche qualora il mandatario non abbia accettato l'incarico conferitogli dal mandante, sempre che esso sia riconducibile alla sua attività professionale (art. 1718 c.c.). Il vettore, d'altra parte, può procedere al deposito delle cose trasportate o alla loro vendita per conto di chi spetta quando sorge una controversia relativa all'identità del destinatario o alle modalità della riconsegna, o lo stesso destinatario ritarda a ricevere la merce (art. 1690, comma 2° c.c.). Ora, siccome il destinatario diviene creditore del vettore solo dopo aver chiesto la riconsegna delle cose giunte a destinazione (art. 1689, comma 1° c.c.), il deposito e la vendita della merce prescindono evidentemente da una mancanza di cooperazione strettamente intesa. Per un'analisi di tali fattispecie si rinvia a FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 123.

Già nel diritto romano, d'altra parte, il ricorso al deposito risulta in primo luogo attestato in relazione a fattispecie che non contemplano un difetto di cooperazione del creditore, ma, all'opposto, un conflitto tra una pluralità di soggetti parimenti interessati a ricevere la prestazione. Sul punto VIGNERON, *Offerte aut deponere: de l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*, Liège, 1979, p. 200.

(40) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 18.

(41) Cfr. Cass., sez. un., 13 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte*

della mora potrebbe limitarsi ad allegare il difetto di cooperazione, essendo onere del creditore dimostrare di averla invece prestata. In questo senso si esprimono, effettivamente, alcune sentenze di legittimità, che tuttavia anziché applicare la disciplina della *mora accipiendi* risolvono controversie incentrate sui rimedi contro l'inadempimento: se, a fronte del difetto di cooperazione allegato dall'appaltatore, il committente non dimostra di aver fornito la necessaria collaborazione, il primo non può essere ritenuto responsabile dell'inadempimento o del ritardo ⁽⁴²⁾ ed è legittimato a conseguire il pagamento del corrispettivo promesso benché non abbia eseguito la prestazione nei termini convenuti ⁽⁴³⁾.

In relazione alla mora del creditore, tuttavia, il problema appare risolto “alla radice”, in quanto il legislatore integra nel procedimento dell’offerta la dimostrazione del difetto di cooperazione. Quest’ultimo viene documentato da un atto di un pubblico ufficiale o accertato nelle forme d’uso contestualmente all’esibizione della prestazione, sicché la sua prova risulta inscindibile da quella dell’offerta ⁽⁴⁴⁾.

È già stata considerata l’eventualità che nonostante l’offerta il debitore non sia in grado di adempiere l’obbligazione. Benché improbabile, in quanto l’esibizione della prestazione dimostra la prontezza ad adempiere, tale circostanza non può essere del tutto esclusa, e l’onere di provarla grava sul creditore ⁽⁴⁵⁾.

Un ulteriore elemento che preclude la costituzione in mora — e deve essere, dunque, parimenti dimostrato dal creditore ⁽⁴⁶⁾ — si riscontra quando il difetto di cooperazione è giustificato da un motivo legittimo. L’espressione designa (non sono fatti, ma anche) norme giuridiche, e segnatamente quelle che disciplinano l’adempimento delle obbligazioni. In quest’ottica, assumono un ruolo particolarmente im-

del rammendo, ed in *Contratti*, 2002, p. 113, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*.

(42) Cfr. Cass. 9 ottobre 1979, n. 5239, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1135 e *Riv. giur. edil.*, 1980, I, 529.

(43) Cfr. Cass. 17 maggio 2016, n. 10083, per esteso in *De Jure*; Cass. 15 maggio 2014, n. 10702, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «obbligazioni in genere», n. 54; Cass. 4 agosto 2000, n. 10261, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. «obbligazioni in genere», n. 30.

(44) Cfr. artt. 1209 comma 1° c.c., 73 comma 1° e 74 disp. att. (offerta reale); artt. 1209 comma 2°, 1216 comma 1° c.c. e 73 comma 2°, 75 disp. att. (offerta per intimazione); 1217 c.c. e 80 disp. att. (offerta per intimazione di prestazioni di fare).

(45) V., *supra*, nt. 30.

(46) Sul punto v. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 18 s.

portante i precetti di correttezza e buona fede, che governano rispettivamente l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.) e l'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.): sussiste motivo legittimo di rifiuto non solo quando l'offerta è inesatta, ma anche quando alla luce delle circostanze del caso concreto contrasta con la buona fede. Ebbene, siccome la funzione più rilevante del precetto è quella di salvaguardare l'affidamento delle parti, il rifiuto della necessaria cooperazione risulta giustificato quando nella fattispecie concreta il creditore non può fare affidamento sull'offerta a lui indirizzata, perché la stessa ha ad oggetto una prestazione "precaria" (47).

Nelle pagine seguenti, concentrando l'attenzione sui presupposti sostanziali dell'istituto, prenderemo in considerazione la fisionomia del difetto di cooperazione, la rilevanza della sua imputabilità al creditore e la nozione di «motivo legittimo». Nel capitolo successivo, esamineremo il procedimento di costituzione in mora assumendo quale inevitabile punto di partenza l'offerta della prestazione.

5. *L'identificazione del difetto di cooperazione: insufficienza di una valutazione empirica.* — Nella "presentazione" dell'istituto svolta nelle pagine precedenti si è osservato che la costituzione in mora è giustificata solo se la cooperazione di cui il debitore lamenta la mancanza è necessaria per adempiere l'obbligazione. Il debitore, infatti, non può pretendere di essere tutelato contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto obbligatorio se sarebbe stato in grado di eseguire la prestazione anche qualora il creditore avesse fornito il suo contributo.

Come è evidente, l'applicazione del criterio implica una valutazione empirica e fattuale: il creditore può essere costituito in mora solo se la cooperazione è necessaria per l'adempimento, in quanto in assenza di essa il debitore non è in grado di eseguire la prestazione. Se certamente tale valutazione consente di identificare il nucleo della cooperazione la cui mancanza giustifica la costituzione in mora, non è tuttavia esauriente. A nostro parere, infatti, i presupposti della mora sussistono anche quando il debitore sarebbe in grado di adempiere in assenza del concorso del creditore, ma l'esecuzione della prestazione lo esporrebbe a rischi e inconvenienti che non si configurano nella fisiologica attuazione del rapporto. Per identificare correttamente la

(47) V., *infra*, § 13.

manca della cooperazione suscettibile di giustificare la costituzione in mora occorre integrare la prospettiva empirica e fattuale con una valutazione di carattere giuridico, che assume a riferimento l'assetto di interessi sotteso al rapporto obbligatorio. Al nocciolo duro della collaborazione in assenza della quale la prestazione non è materialmente eseguibile si aggiunge, così, il concorso necessario affinché il debitore possa adempiere senza sostenere costi o correre rischi che non ha inteso ragionevolmente assumere quando ha contratto l'obbligazione.

Sulla base del primo genere di valutazione — dunque, in virtù di un criterio di carattere empirico — si conclude che possono essere costituiti in mora il compratore che non riceve la consegna del bene, il committente che non mette a disposizione dell'appaltatore l'area dove deve essere costruito l'edificio, il mittente che non consegna al vettore le merci destinate ad essere trasportate. In ognuna delle situazioni ipotizzate, il comportamento non cooperativo del creditore preclude senz'altro l'esecuzione della prestazione. Il medesimo criterio, correlativamente, porta ad escludere l'applicazione dell'istituto quando — stante il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, o l'insolvenza del debitore — il creditore non sollecita il pagamento ⁽⁴⁸⁾ o non si insinua al passivo fallimentare ⁽⁴⁹⁾: l'inerzia del creditore, che non effettua la costituzione in mora (art. 1219, comma 1° c.c.) o non partecipa alla procedura concorsuale, non preclude al debitore di adempiere l'obbligazione.

Naturalmente, per individuare l'apporto del creditore occorre in primo luogo identificare l'oggetto dell'obbligazione ricorrendo all'interpretazione e all'integrazione del contratto. In quest'ottica, è necessario distinguere la cooperazione necessaria per l'adempimento (che giustifica la *mora accipiendi*) dai comportamenti, posteriori ad esso, con cui il creditore utilizza la prestazione dovuta: mentre il difetto della prima giustifica la mora, la scelta di non avvalersi della prestazione operata dal creditore è giuridicamente irrilevante.

Così, nessun difetto di cooperazione si riscontra quando il preponente non stipula il contratto la cui conclusione è stata promossa dall'agente: quest'ultimo ha eseguito la prestazione dovuta realizzando le condizioni necessarie per la conclusione del contratto tra il terzo e il

(48) TAR Lombardia, sez. Brescia, 11 settembre 2009, n. 1688, in *FA*, 2009, 2367 ed in *Foro it.*, Rep. 2010, v. «comune», n. 648.

(49) Cass. 17 aprile 1973, n. 1108, in *Foro it.*, Rep. 1973, v. «danni in materia civile», n. 54.

preponente, il cui consenso non è necessario per l'adempimento (art. 1742 c.c.). Il creditore, invece, può essere costituito in mora se rifiuta di contrarre con il terzo, proprietario di un bene di cui il debitore ha promesso il trasferimento diretto (art. 1380 c.c.): l'oggetto dell'obbligazione, in tal caso, non si identifica con la promozione dell'accordo, ma con la sua conclusione, sicché il rifiuto di prestare il consenso opposto dal creditore ne preclude l'adempimento⁽⁵⁰⁾. Analogamente, se un soggetto prende in locazione una vettura, di cui riceve la consegna, e conclude contestualmente un contratto d'opera con un autista che si obbliga a tenersi a disposizione del locatario, in determinate fasce orarie, per condurre il veicolo alle destinazioni da lui indicate, la scelta di non servirsi del mezzo e del servizio relativo ad esso non giustifica la costituzione in mora: il locatore e l'autista adempiono le rispettive obbligazioni assicurando il godimento del veicolo e mettendo a disposizione il proprio lavoro. Quando invece il medesimo soggetto conclude un contratto di trasporto, che obbliga il vettore a trasferirlo da un luogo a un altro, il rifiuto di salire sul veicolo impedisce l'esecuzione della prestazione, giustificando la costituzione in mora. Come è evidente dagli esempi proposti, per identificare la prestazione dovuta e valutare la rilevanza della cooperazione può offrire un contributo decisivo la qualificazione del contratto.

A nostro avviso, tuttavia, l'istituto risulta applicabile anche quando il debitore non può adempiere senza sottoporre i suoi interessi personali o patrimoniali a rischi che non avrebbe affrontato qualora avesse fruito della necessaria cooperazione. Il creditore può essere costituito in mora quando a causa del suo comportamento non collaborativo l'adempimento dell'obbligazione comporta rischi ulteriori rispetto a quelli implicati dalla fisiologica attuazione del rapporto.

La *mora accipiendi* tutela il debitore contro gli inconvenienti che conseguono alla dilatazione del rapporto obbligatorio: inconvenienti che non si sarebbero verificati se — stante la cooperazione del creditore — egli avesse potuto adempiere tempestivamente. La *ratio* dell'istituto sarebbe allora tradita se si permettesse al creditore non collaborativo di imporre al debitore una scomoda alternativa: eseguire ugualmente la prestazione, affrontando rischi non previsti al momento della nascita dell'obbligazione, ovvero rifiutare di adempiere, restando tuttavia esposto agli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del vincolo. Ebbene,

(50) Sul punto CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 27.

un simile esito — che premia il creditore non collaborativo e penalizza il debitore interessato ad adempiere — può essere evitato identificando la cooperazione il cui difetto giustifica la costituzione in mora con quella necessaria affinché l'adempimento dell'obbligazione non comporti rischi estranei all'assetto del rapporto obbligatorio. Per effettuare tale valutazione, l'interprete dovrà confrontare l'esecuzione della prestazione in assenza della necessaria cooperazione con il regime legale e convenzionale del rapporto.

In applicazione di tale criterio, può essere costituito in mora il creditore che in violazione dell'art. 1199 c.c. e della disciplina dei titoli di credito ⁽⁵¹⁾ rifiuta di rilasciare quietanza al debitore o di restituire il titolo annotando su di esso il pagamento ricevuto. Benché non precluda l'esecuzione della prestazione, in quanto atto successivo all'adempimento, il rifiuto della quietanza o della restituzione del titolo corredato dall'annotazione del pagamento espone il debitore al rischio di pagare una seconda volta, in quanto impossibilitato a dimostrare l'adempimento; se certamente egli può rifiutare di eseguire la prestazione, è da ritenere che sia parimenti legittimato a costituire in mora il creditore, offrendo la somma dovuta subordinatamente al rilascio della quietanza o alla restituzione del titolo ⁽⁵²⁾.

Alla stessa conclusione si perviene quando per causa imputabile al creditore il debitore non può adempiere senza esporre sé, i suoi collaboratori o i suoi beni a rischi ulteriori rispetto a quelli assunti contraendo l'obbligazione: il debitore può rifiutare l'adempimento dell'obbligazione, ma anche costituire in mora il creditore offrendo l'esecuzione della prestazione subordinatamente all'eliminazione dei fattori di rischio.

Possono essere parimenti costituiti in mora il committente che in violazione di una specifica clausola del contratto di appalto, pattuita in deroga all'art. 1658 c.c., non fornisce all'appaltatore i materiali destinati alla realizzazione dell'opera e il mandante che in violazione dell'art. 1719 c.c. non somministra al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del contratto. In entrambi i casi il difetto di cooperazione si

(51) V., con riferimento alle cambiali, artt. 45, 57, 58, 81 l. camb. (r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669); in relazione agli assegni, artt. 37, 52 l. ass. (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736); in merito al duplicato della lettera di vettura all'ordine o alla ricevuta di carico all'ordine, art. 1691, comma 3° c.c.

(52) In senso conforme v., incisivamente, CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 119 s.

concretizza nella mancata consegna di beni fungibili, che l'appaltatore o il mandatario potrebbero reperire altrove per poi adempiere l'obbligazione; data la mancata collaborazione del creditore, tuttavia, l'esecuzione della prestazione richiederebbe all'appaltatore e al mandatario di aumentare gli investimenti necessari per eseguire il contratto, incrementando, così, i rischi inerenti all'insolvenza della controparte.

Si fonda sulla medesima ragione giustificativa la disposizione in base alla quale «il debitore può subordinare l'offerta al consenso del creditore necessario per liberare i beni dalle garanzie reali o da altri vincoli che comunque ne limitino la disponibilità» (art. 1208, comma 2° c.c.). Anche la liberazione dei beni offerti in garanzia non è necessaria per l'adempimento dell'obbligazione; il rifiuto di acconsentire alla liberazione opposto dal creditore, tuttavia, porrebbe a carico del debitore, che pure ha eseguito la prestazione, l'onere di intraprendere un processo solo ad esito del quale il bene può essere liberato e successivamente alienato a terzi ⁽⁵³⁾.

La stessa ragione giustifica la legittimazione del debitore a costituire in mora il creditore offrendogli la prestazione subordinatamente all'esecuzione della controprestazione ⁽⁵⁴⁾. Se il creditore al quale viene offerta la prestazione rifiuta l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva, il debitore viene nuovamente a trovarsi nella situazione già delineata: può liberarsi eseguendo la prestazione con il rischio di non ottenere il pagamento del corrispettivo o, in alternativa, opporre eccezione di inadempimento e restare obbligato. Certo, se la prestazione offerta è esatta e il rifiuto del creditore perdura, il debitore può liberarsi mediante il deposito o conseguire la risoluzione del contratto. Fino al momento della liberazione, tuttavia, il debitore che abbia scelto di opporre l'eccezione di inadempimento resta esposto ai rischi e agli inconvenienti conseguenti al protrarsi del rapporto: deve mantenersi pronto ad adempiere — sostenendo le spese a questo scopo necessarie e rinunciando ad affari incompatibili con la permanenza del vincolo — e soggiace al rischio che la prestazione divenga impossibile per causa a lui non imputabile.

In definitiva, rifiutando l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva il creditore al quale la prestazione sia stata esattamente offerta impone al debitore la scomoda alternativa a cui si è fatto riferimento: adempiere assumendo il rischio di non conseguire la controprestazione

(53) V., *infra*, cap. III, § 12.

(54) Sul punto, tuttavia, la dottrina non risulta concorde: v., *infra*, cap. III, § 13.

od opporre l'eccezione di inadempimento esponendosi agli inconvenienti che derivano dalla dilatazione del rapporto. Per evitare tale esito, che premia il creditore non collaborativo e colloca il debitore in un vuoto di tutela, occorre ammettere che il primo possa essere costituito in mora mediante un'offerta della prestazione subordinata all'esecuzione della controprestazione. Il creditore che, provocando la sospensione del rapporto, abbia rifiutato la prestazione offertagli e l'esecuzione della controprestazione risponderà dei pregiudizi subiti dal debitore a causa della dilatazione del vincolo e assumerà i relativi rischi (art. 1207 c.c.).

Come è evidente, l'applicabilità della *mora accipiendi* alle fattispecie considerate preme sul creditore affinché fornisca al debitore la cooperazione necessaria per consentirgli di adempiere sostenendo rischi e sacrifici coerenti con l'assetto del rapporto obbligatorio. Per contro, limitando l'estensione dell'istituto ai casi in cui la collaborazione costituisca *condicio sine qua non* dell'adempimento, si consente al creditore di imporre alla controparte, quale alternativa alla dilatazione del vincolo, l'assunzione di rischi estranei alla fisiologia del rapporto.

D'altra parte, sebbene la prestazione possa essere materialmente eseguita anche senza il concorso del creditore, quest'ultimo può essere costituito in mora quando sulla base di una disposizione di legge o di una clausola contrattuale sospende l'adempimento dell'obbligazione — ingiungendo al debitore di non eseguire la prestazione — senza poi fornirgli la cooperazione necessaria per attuare il rapporto. Anche in questo caso la prestazione è eseguibile senza il concorso del creditore, il quale, tuttavia, è legittimato a sospendere l'adempimento; se all'atto con cui il creditore preclude transitoriamente l'esecuzione della prestazione non consegue il recesso (con la conseguente estinzione dell'obbligazione) né la cooperazione necessaria per l'adempimento dell'obbligazione, il rapporto si prolunga indebitamente e il debitore può invocare gli effetti della *mora accipiendi* ⁽⁵⁵⁾.

Dalla disciplina del mandato e del trasporto si ricava che tanto il mandante quanto il mittente possono precludere alle controparti l'adempimento delle rispettive obbligazioni, impedendo loro di libe-

(55) Nitidamente, sul punto, FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 144: «la *mora accipiendi* non sorge dunque in forza del divieto del creditore e rispetto alla originaria forma di adempimento non inclusiva del concorso del creditore, bensì in forza della omissione di quella cooperazione che si è resa necessaria come conseguenza dell'avvenuto divieto».

rarsi (artt. 1711, comma 2°; 1685, comma 1° c.c.). Se il mandante e il mittente non recedono e non forniscono neppure le istruzioni necessarie per portare a termine la prestazione, il mandatario e il vettore restano obbligati ad adempiere in quanto il contratto non si scioglie, né può essere attuato: il prolungamento del rapporto obbligatorio conseguente al comportamento del creditore ne giustifica, dunque, la costituzione in mora. L'appaltatore, parimenti, è pregiudicato dal comportamento del committente pubblico che sospendendo l'esecuzione dell'appalto determina una dilatazione dei tempi necessari per portare a termine la realizzazione dell'opera ⁽⁵⁶⁾.

Se invece in base al regime del rapporto il creditore non è legittimato a sospendere l'esecuzione della prestazione, la comunicazione con cui egli intima al debitore di non adempiere l'obbligazione è giuridicamente irrilevante. Siccome il debitore può liberarsi eseguendo la prestazione, non è legittimato ad avvalersi della tutela offerta dalla *mora accipiendi* ⁽⁵⁷⁾, a meno che il creditore non ostacoli materialmente l'adempimento.

Ci si chiede se il creditore possa essere costituito in mora quando rifiuta l'esecuzione della prestazione anteriormente alla scadenza del termine di adempimento. La questione verrà considerata più diffusamente trattando dell'offerta ⁽⁵⁸⁾. Qui possiamo anticipare che anche qualora preannunci il rifiuto di ricevere la prestazione il creditore può essere costituito in mora solo quando la sua cooperazione è necessaria per l'adempimento sulla base dei criteri indicati; la *mora accipiendi* è invece esclusa quando il debitore può ugualmente adempiere l'obbligazione senza assumere rischi estranei all'assetto del rapporto obbligatorio.

In altra sede, si è sostenuto che il rifiuto anticipato della prestazione consente al debitore di conseguire immediatamente la risoluzione del contratto, senza dover attendere la scadenza del termine di adempimento dell'obbligazione: opinione che qui confermiamo, in quanto la risoluzione anticipata permette di ridurre notevolmente i pregiudizi derivanti dal preannunciato inadempimento, riducendo così il risarcimento del danno dovuto dalla parte che ha perso interesse per l'attua-

(56) V., *infra*, cap. VI, § 10.

(57) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 144.

(58) V., *infra*, cap. III, § 1.

zione dello scambio ⁽⁵⁹⁾. Se tuttavia il debitore non è interessato allo scioglimento del rapporto, ma si orienta verso l'adempimento, può avvalersi degli effetti della mora solo a condizione che la cooperazione di cui il creditore preannuncia il rifiuto sia essenziale ai fini dell'adempimento dell'obbligazione. Anche in questa evenienza il debitore interessato agli effetti della mora ha l'onere di offrire la prestazione: a nostro avviso l'offerta è sempre necessaria, in quanto per mezzo di essa il debitore dimostra di essere pronto ad adempiere giustificando, così, la protezione accordata dalla legge contro la dilatazione del rapporto. Se poi l'obbligazione prevede un termine pattuito (anche) a favore del creditore, l'offerta deve essere effettuata dopo la sua scadenza, in quanto anteriormente ad essa il creditore è legittimato a rifiutarla ⁽⁶⁰⁾.

6. *Quando la mancata cooperazione del creditore non determina la mora accipiendi.* — Si riscontra un difetto di cooperazione, ma non gli estremi della *mora accipiendi*, quando il legislatore sanziona il mancato concorso del creditore regolando il rapporto, a determinati effetti, “come se” egli avesse prestato la dovuta collaborazione, o consentendo al debitore di liberarsi ugualmente dell'obbligazione. Questo conferma che per identificare i presupposti della mora non è sufficiente un'indagine empirica (la cooperazione quale *condicio sine qua non* dell'adempimento), ma occorre una valutazione di carattere giuridico.

Stante il comportamento non collaborativo del creditore, l'interesse a liberarsi tempestivamente dell'obbligazione proprio del debitore viene tutelato non “per equivalente” — come avviene, invece, nel contesto della disciplina della mora (art. 1207 c.c.) — ma in forma specifica. Il debitore impossibilitato ad eseguire la prestazione a causa della condotta non cooperativa del creditore viene equiparato a quello adempiente o posto in condizione di liberarsi dell'obbligazione.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla verifica dell'opera che costituisce oggetto del contratto di appalto. Se, benché sollecitato dalla contro-

(59) V., volendo, DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 555 ss. Sul tema dell'inadempimento anticipato — che può manifestarsi, in concreto, mediante il rifiuto della prestazione — si rinvia alle indagini monografiche di VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013; ID. (a cura di), *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, Torino, 2013; PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008.

(60) V., *infra*, cap. III, § 8.

parte, il committente non effettua la verifica senza giusti motivi oppure non ne comunica l'esito entro breve termine, «l'opera si considera accettata» e l'appaltatore può ottenere il pagamento del corrispettivo (art. 1665, commi 3°, 4° c.c.). La liberazione dell'appaltatore conseguente alla ritenuta accettazione dell'opera è incompatibile con la mora: nel contesto dell'art. 1673 c.c. il termine è utilizzato in modo atecnico e descrittivo, per designare l'inerzia del committente nel procedere alla verifica ⁽⁶¹⁾. Il committente, invece, può essere costituito in mora se oltre ad omettere la verifica rifiuta di ricevere l'opera; a giustificare l'applicazione dell'istituto è, in tal caso, non l'omissione della verifica o il suo ritardo, ma la mancata presa in consegna dell'opera realizzata dall'appaltatore ⁽⁶²⁾.

Anche l'inerzia del committente pubblico nell'effettuare il collaudo determina conseguenze incompatibili con la mora, e riconducibili invece alla liberazione dell'appaltatore: il rapporto sospeso a causa del difetto di cooperazione viene disciplinato, a determinati effetti, “come se” l'opera fosse stata tempestivamente verificata. Se infatti il collaudo non viene effettuato e certificato nei termini previsti dalla legge, dal momento in cui essi scadono inizia a decorrere l'ulteriore termine di prescrizione che il committente ha l'onere di rispettare per far valere la garanzia per i vizi dell'opera (art. 1667 c.c.) ⁽⁶³⁾; l'appaltatore ha diritto alla restituzione della cauzione e la fideiussione fornita contestualmente alla conclusione del contratto si estingue ⁽⁶⁴⁾; può inoltre esigere dal

(61) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 156.

(62) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 33; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 161.

(63) Cfr. Cass. 15 aprile 2019, n. 10501, in *Foro it.*, Rep. 2019, v. «contratti pubblici», n. 58.

(64) In questo senso disponeva espressamente l'art. 5 l. 10 dicembre 1981, n. 741, in relazione al quale si è prevalentemente sviluppata la consistente elaborazione giurisprudenziale di cui si rende conto nelle note seguenti. La disposizione è stata successivamente abrogata (dall'art. 231 d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) e non risulta riprodotta negli stessi termini nella legislazione vigente.

Anche alla luce della legislazione successiva, tuttavia, è sostenibile che — una volta scaduto il termine previsto dalla legislazione di settore per effettuare il collaudo (sei mesi dall'ultimazione dei lavori, estensibili a un anno nel caso di particolare complessità dell'opera, ai sensi dell'art. 102, comma 3 d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, nuovo *Codice dei contratti pubblici*, di seguito *cod. contr. pubbl.*) — l'appaltatore possa beneficiare dell'estinzione delle garanzie fornite e sia legittimato a conseguire il saldo del prezzo.

committente pubblico il saldo del prezzo, con la conseguenza che inizia a decorrere il termine di prescrizione del relativo credito ⁽⁶⁵⁾.

L'omissione o il ritardo della verifica comportano l'estinzione delle

L'art. 235, comma 3 del regolamento di esecuzione del precedente codice dei contratti pubblici (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 107, attuativo del d.lg. 12 aprile 2006, n. 163) — ora abrogato, a seguito dell'emanazione del d.m. infrastrutture 7 marzo 2018, n. 49, attuativo del *cod. contr. pubbl.* — prevedeva che il decorso del termine fissato dalla legge per il compimento delle operazioni di collaudo comportasse l'estinzione della fideiussione che integra la garanzia definitiva prestata dall'appaltatore per l'adempimento delle obbligazioni assunte con la conclusione del contratto (art. 103 *cod. contr. pubbl.*). L'estinzione della garanzia fideiussoria era previsto quale unico effetto che si produce "di diritto" in conseguenza della scadenza del termine per l'effettuazione del collaudo perché solo esso può essere attuato a prescindere dalla collaborazione del committente pubblico: mentre la fideiussione si estingue automaticamente, la restituzione della cauzione eventualmente prestata e il pagamento della rata di saldo richiedono l'adempimento del committente o in alternativa l'esercizio di un'azione di condanna. Per evitare una sin troppo evidente disparità di trattamento, deve ritenersi che se l'appaltatore presta la garanzia definitiva tramite la consegna di una cauzione — eventualità, questa, espressamente prevista dalla legge in alternativa alla fideiussione (art. 103, comma 1 *cod. contr. pubbl.*) — la stessa debba essere restituita.

L'opinione merita di essere ribadita anche a seguito dell'abrogazione del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 107. Un argomento in senso contrario non sembra infatti potersi ricavare dall'art. 103, c. 1 *cod. contr. pubbl.*, ai termini del quale «la garanzia cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione». Il legislatore ha evidentemente contemplato solo l'ipotesi fisiologica, in cui il committente provveda ad effettuare il collaudo entro i termini previsti dalla legge; è da ritenere, dunque, che la garanzia si estingua ugualmente quando alla scadenza del termine previsto dalla legge il collaudo non è stato effettuato. Il committente, altrimenti, potrebbe prolungare indefinitamente, con la propria inerzia, la durata della garanzia fideiussoria o conservare senza limiti di tempo la disponibilità della cauzione.

(65) In base all'art. 103, comma 6 *cod. contr. pubbl.*, «il pagamento della rata di saldo è subordinato alla costituzione di una cauzione o di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa pari all'importo della medesima rata di saldo...». Proprio l'espressa previsione di un'ulteriore garanzia fideiussoria, alla quale è subordinato il pagamento della rata di saldo, denota che l'appaltatore è legittimato a esigerla anche nel caso in cui, essendo stato omesso il collaudo, il committente non abbia emesso il relativo certificato e il successivo certificato di pagamento (art. 102, commi 3 e 4 *cod. contr. pubbl.*). La garanzia fideiussoria copre, infatti, l'intero importo della rata di saldo «maggiorato del tasso di interesse legale applicato per il periodo intercorrente tra la data di emissione del certificato di collaudo o della verifica di conformità nel caso di appalti di servizi o forniture e l'assunzione del carattere di definitività dei medesimi» (art. 103, comma 6 *cod. contr. pubbl.*). Essendo il committente protetto contro il rischio che un vizio dell'opera non accertabile in sede di collaudo giustifichi la sua pretesa di ottenere la restituzione della rata di saldo, o la compensazione del debito relativo ad

garanzie prestate a favore del committente pubblico e legittimano l'appaltatore a conseguire il pagamento della rata di saldo del prezzo ⁽⁶⁶⁾, ma non lo esonerano dalle eventuali responsabilità successivamente accertate nel contesto di un collaudo tardivamente effet-

essa con un credito risarcitorio nei confronti dell'appaltatore, quest'ultimo deve ritenersi legittimato ad ottenerne il pagamento.

(66) Affermano che una volta scaduto il termine entro il quale il collaudo avrebbe dovuto essere effettuato l'appaltatore può conseguire il saldo del prezzo senza la necessità di costituire in mora il committente, intimargli diffida ad adempiere o chiedere al giudice l'assegnazione di un termine, Cass. 15 aprile 2019, n. 10501, cit. (*obiter*); Cass. 16 agosto 2011, n. 17314, in *Foro it.*, Rep. 2011, v. «contratti pubblici», n. 1604; Cass. 16 maggio 2008, n. 12451, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2008, 250; Cass., sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11312, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1082; Cass. 3 dicembre 1993, n. 12014, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1993, 554 ed in *Foro it.*, Rep. 1994, v. «opere pubbliche», n. 389; C. Conti Reg. Toscana 25 marzo 2010, n. 114, in *Riv. C. conti*, 2010, 2, 137 (s.m); App. Bari 26 gennaio 2012, n. 56, per esteso in *De Jure*; Trib. Bari 12 novembre 2015, n. 4949, *ivi*.

Accolgono l'eccezione di prescrizione opposta dal committente pubblico, ritenendo che a seguito della scadenza del termine previsto dalla legge per l'effettuazione del collaudo l'appaltatore possa esercitare il diritto di credito avente ad oggetto il pagamento del prezzo, Cass. 21 giugno 2012, n. 10377, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «contratti pubblici», n. 1468; Cass. 22 dicembre 2011, n. 28426, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «contratti pubblici», n. 1538 (stante il pagamento del corrispettivo in relazione al capitale, viene dichiarato prescritto il diritto dell'appaltatore di conseguire la corresponsione degli interessi); Cass. 16 agosto 2011, n. 17314, in *Foro it.*, Rep. 2011, v. «contratti pubblici», n. 1604; Cass. 8 gennaio 2009, n. 132, in *Foro it.*, 2010, I, 601; Cass. 16 novembre 2007, n. 23746, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2007, 1143 ed in *Foro it.*, Rep. 2008, v. «contratti pubblici», n. 1302; C. Conti Reg. Toscana 25 marzo 2010, n. 114, cit.; App. Bari 26 gennaio 2012, n. 56, cit.

Accerta il diritto dell'appaltatore alla restituzione della cauzione, quale conseguenza dell'omissione o del ritardo del collaudo, Cass. 28 gennaio 2015, n. 1613, per esteso in *De Jure*.

Dichiarano l'estinzione delle garanzie fornite dall'appaltatore contestualmente alla conclusione del contratto Cass. 22 settembre 2015, n. 18702, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «contratti pubblici», n. 841; Cass. 27 marzo 2012, n. 4915, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «contratti pubblici», n. 1469; Cass. 13 maggio 2002, n. 6805, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2765 (rigettano la domanda con cui l'ente pubblico committente chiedeva ad una compagnia di assicurazione l'adempimento dell'obbligazione di garanzia stipulata a suo favore dall'appaltatore); Cass. 5 febbraio 2008, n. 2670, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2008, 199; Cass. 13 febbraio 2002, n. 2069, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2240; G.d.P. Frosinone 12 marzo 2001, in *Giur. mer.*, 2002, 1000, s.m. (affermano la liberazione dell'appaltatore dall'obbligazione avente ad oggetto il pagamento dei premi dovuti alla compagnia di assicurazione con la quale aveva pattuito a favore del committente pubblico una polizza fideiussoria a garanzia della corretta esecuzione dei lavori); Cass. 25 febbraio 1998, n. 2068, in *Foro it.*, Rep. 1998, v. «opere pubbliche», n. 456 (riscontrata l'estinzione delle

tuato⁽⁶⁷⁾. In altri termini, se il difetto di cooperazione del committente pubblico permette all'appaltatore di eccepire la prescrizione della garanzia per i vizi dell'opera, conseguire il saldo del prezzo ed invocare l'estinzione delle garanzie *come se avesse adempiuto l'obbligazione*, lo stesso resta responsabile delle conseguenze del proprio inadempimento. Per converso, il vizio dell'opera realizzata dall'appaltatore non può essere eccepito dal committente come circostanza giustificativa del ritardo o dell'omissione del collaudo: per evitare le conseguenze appena indicate, il committente ha l'onere di dimostrare che l'appaltatore ha impedito od ostacolato le operazioni di collaudo, rendendone impossibile il completamento nei termini previsti dalla legge⁽⁶⁸⁾.

Siccome, poi, all'omissione del collaudo consegue il rifiuto di ricevere l'opera, l'appaltatore può essere compensato delle spese di custodia ed ottenere il risarcimento degli altri danni derivanti dalla dilatazione del rapporto. Anche in questo caso, tuttavia, la responsabilità del committente, sostanzialmente sovrapponibile a quella prevista dall'art. 1207 c.c., consegue non tanto all'omissione del collaudo, quanto alla mancata presa in consegna dell'opera realizzata dall'appaltatore⁽⁶⁹⁾.

garanzie fornite dall'appaltatore, condanna l'amministrazione committente a restituire alla compagnia di assicurazione le polizze fideiussorie a suo tempo rilasciate).

Ritengono che gli interessi di mora decorrenti sul corrispettivo esigibile dall'appaltatore siano dovuti non dalla data di ultimazione dei lavori, ma dal momento in cui il collaudo avrebbe dovuto essere ragionevolmente eseguito Cass. 16 marzo 2007, n. 6303, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «contratti pubblici», n. 1386; Cass. 11 giugno 2004, n. 11102, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «opere pubbliche», n. 618; Cass. 30 dicembre 1997, n. 13134, in *Foro it.*, Rep. 1997, v. «opere pubbliche», n. 627.

(67) In questo senso v., tra le molte, Cass. 13 maggio 2002, n. 6805, cit.

(68) Cfr. Cass. 27 marzo 2012, n. 4915, cit.; Cass. 16 maggio 2008, n. 12451, cit.; Cass. 13 maggio 2002, n. 6805, cit.; Cass. 13 febbraio 2002, n. 2069, cit.; Cass. 5 giugno 2001, n. 7596, in *Foro it.*, Rep. 2002, v. «opere pubbliche», n. 680. Naturalmente, l'omissione del collaudo è giustificata quando a seguito dell'inadempimento dell'appaltatore il committente risolve anticipatamente il contratto, precludendo così il completamento dell'opera: in questo senso Cass. 21 dicembre 2015, n. 25674, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «contratti pubblici», n. 949.

(69) Sul punto v. ancora la motivazione di Cass. 16 marzo 2007, n. 6303, cit.: «l'effettuazione del collaudo non costituisce una obbligazione contrattuale posta a carico dell'Amministrazione, dal cui inadempimento possa scaturire una responsabilità negoziale ex art. 1218 cod. civ., ma si inserisce negli atti di cooperazione incombenti sul creditore (art. 1206 cod. civ.) nel quadro dell'esecuzione di buona fede del contratto (art. 1375 cod. civ.), dal cui inadempimento deriva il diritto dell'appaltatore al pagamento delle ritenute a titolo d'acconto e di garanzia ed alla restituzione della

Nella disciplina delle obbligazioni alternative, ancora, si rinviene una norma che riconduce alla mancata collaborazione del creditore

cauzione definitiva, con estinzione delle garanzie fideiussorie prestate, *nonché al risarcimento dei danni per le maggiori spese di custodia e di manutenzione dell'opera, per il maggior costo di smobilitazione del cantiere e per ogni maggior aggravio cui egli non sarebbe stato esposto se il collaudo fosse stato tempestivo, secondo le previsioni della L. n. 741 del 1981, art. 5*». In realtà, la disposizione citata — oggi abrogata (v., *supra*, nt. 64) — non considerava espressamente la responsabilità del committente per i pregiudizi subiti dall'appaltatore a causa del protrarsi del rapporto, limitandosi a prevedere che a seguito della scadenza del termine fissato dalla legge per l'effettuazione del collaudo l'appaltatore sarebbe stato legittimato ad ottenere la restituzione della cauzione prestata ed a «proporre giudizio arbitrale o ordinario» per conseguire il saldo del prezzo. A conferma del fatto che l'appaltatore era ritenuto liberato della corrispondente obbligazione, si prevedeva poi l'estinzione delle «eventuali garanzie fideiussorie». La responsabilità del committente pubblico per i pregiudizi subiti dall'appaltatore a causa del prolungamento del rapporto non consegue, dunque, all'omissione del collaudo, regolata dalla normativa di settore, ma piuttosto al conseguente rifiuto di ricevere la consegna dell'opera, in relazione al quale trovano applicazione i principi relativi alla *mora accipiendi* richiamati nel contesto della stessa motivazione.

In giurisprudenza, tuttavia, si è ritenuto che in questa ipotesi l'appaltatore possa ottenere il risarcimento delle spese di custodia sebbene non abbia formalmente costituito in mora il committente pubblico: in questo senso Cass. 11 aprile 2002, n. 5135, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2163 (confermata la sentenza di merito che aveva addebitato al comune le spese di guardiania dell'immobile sostenute dall'appaltatore a seguito della scadenza del termine previsto dalla legge per l'effettuazione del collaudo «a prescindere dal compimento di atti di costituzione in mora»). La soluzione merita di essere condivisa: l'offerta alla quale è subordinata la costituzione in mora, infatti, è implicita nell'atto con cui l'appaltatore sottopone l'opera al collaudo del committente. Tra le sentenze che escludono l'onere di costituire in mora il committente pubblico v. anche Cass., sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11312, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1082; Cass. 8 luglio 1995, n. 7550, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce «opere pubbliche», n. 244; Cass. 3 dicembre 1993, n. 12014, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1993, p. 554.

Secondo un'ulteriore sentenza di legittimità (Cass. 22 agosto 2001, n. 11188, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2001, p. 1171), il diritto di essere compensato per le attività di vigilanza e custodia dell'opera conseguenti al ritardo del committente nell'effettuare il collaudo integra un credito per prestazioni non previste dal contratto che può essere riconosciuto all'appaltatore a condizione che il ritardo sia imputabile al committente e che l'appaltatore ne abbia fatto espressa richiesta nell'atto di collaudo. Se anche in questa ipotesi si può condividere l'omissione di ogni riferimento al requisito dell'offerta previsto dalla normativa codicistica, essendo essa implicita nella sottoposizione dell'opera alla verifica del committente, sembrano invece ingiustificati e privi di riscontro nel dato normativo i requisiti dell'«imputabilità del ritardo» al committente e della «espressa richiesta» dell'appaltatore. Siccome sottoponendo l'opera al collaudo quest'ultimo ha dimostrato di essere pronto ad adempiere l'obbligazione di consegna, merita di essere compensato per le spese di custodia e gestione del bene sebbene

conseguenze incompatibili con la *mora accipiendi*. Il riferimento è all'art. 1287, comma 2° c.c., ai termini del quale se il creditore non esercita la facoltà di scelta a lui attribuita nel termine stabilito dal titolo o in quello assegnato dal debitore «la scelta passa a quest'ultimo» (70). La mancata cooperazione del creditore — che non opera la selezione tra le due prestazioni dedotte ad oggetto dell'obbligazione alternativa — non comporta la dilatazione del rapporto obbligatorio, in quanto viene superata trasferendo la facoltà di scelta al debitore, che può individuare ed eseguire la prestazione dovuta. Anche in questo caso, l'interesse del debitore a liberarsi tempestivamente dell'obbligazione viene tutelato in forma specifica: trasferendogli la facoltà di scelta, la legge evita la dilatazione del vincolo al quale reagisce la disciplina della mora. La facoltà di selezionare la prestazione dovuta, e liberarsi conseguentemente dell'obbligazione, esclude l'applicazione dell'istituto (71).

l'omissione o il ritardo della verifica non siano imputabili al committente, e a prescindere da un'espressa richiesta a lui indirizzata. A tale conclusione si perviene, ancora una volta, riconducendo al paradigma codicistico la responsabilità del committente pubblico che ritarda il collaudo e la conseguente presa in consegna del bene. Come qualsiasi creditore in mora, il committente pubblico assume il rischio di non poter prestare la dovuta cooperazione per causa a lui non imputabile ed è responsabile a prescindere da un'espressa richiesta formulata dal debitore nel momento in cui si concretizza il difetto di cooperazione. In giurisprudenza si precisa, poi, che le spese di custodia e gestione dell'opera non collaudata restano a carico dell'appaltatore fino alla scadenza del termine per l'effettuazione del collaudo, potendo essere imputate al committente solo per il periodo successivo: in questo senso Cass. 28 maggio 2014, n. 11889, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «contratti pubblici», n. 1102, la quale, peraltro, ribadisce la necessità di accertare che il ritardo nella verifica dell'opera sia imputabile al committente.

(70) V., sul punto, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 31 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 155 e 161, testo e nt. 135.

(71) Sono poi evidenti le differenze intercorrenti tra il difetto di cooperazione che giustifica la costituzione in mora e il concorso di colpa del creditore o la violazione dell'onere di evitare le conseguenze dannose dell'inadempimento rispettivamente previsti dal primo e dal secondo comma dell'art. 1227 c.c. Mentre la *mora accipiendi* presuppone che il debitore sia pronto ad adempiere, ciò che risulta dall'offerta della prestazione, la riduzione del risarcimento dovuto al creditore implica l'inadempimento dell'obbligazione. Non solo. Il difetto della cooperazione necessaria per l'adempimento determina la responsabilità del creditore costituito in mora nei confronti di un altro soggetto, qual è il debitore che non riesce a liberarsi dell'obbligazione: un aspetto, questo, già considerato come scarsamente compatibile con la tesi che riconduce la cooperazione all'adempimento alla figura dell'onere. Per converso, il concorso di colpa e l'omissione delle misure idonee ad evitare le conseguenze dannose dell'inadempimento

7. *La cooperazione del creditore e l'oggetto dell'obbligazione: prestazioni di dare...* — Come è intuitivo, la cooperazione la cui mancanza giustifica la mora del creditore assume una fisionomia variabile in dipendenza dell'oggetto dell'obbligazione. Quest'ultimo assume rilevanza, prima ancora, per individuare le modalità dell'offerta necessaria ai fini della costituzione in mora, le quali variano in considerazione del fatto che la prestazione interessata dal mancato apporto del creditore sia di dare o di fare. Mentre la prima categoria si esaurisce nelle prestazioni di consegnare beni mobili o immobili, la seconda ha una valenza residuale: ad essa vengono ricondotte tutte le altre prestazioni, come quelle che comportano la realizzazione di un'opera, la fornitura di un servizio, l'espressione del consenso alla conclusione di un contratto ⁽⁷²⁾.

Spesso nel contesto del medesimo rapporto obbligatorio il debitore è tenuto ad eseguire tanto prestazioni di fare, quanto prestazioni di dare. Talvolta, come avviene nell'appalto, la realizzazione dell'opera prelude alla sua consegna; in altri casi, come accade in relazione alla vendita di arredamenti o di apparecchiature che devono essere montate presso il domicilio del compratore, la consegna del bene precede la prestazione del servizio. Ebbene, quando l'obbligazione ha un oggetto complesso il creditore che tiene un comportamento non collaborativo dovrà essere costituito in mora sulla base delle regole relative alla

mento comportano, anziché una responsabilità verso terzi, l'autoresponsabilità dello stesso creditore, che consegue un risarcimento inferiore all'entità del danno effettivamente subito: su questo terreno il ricorso alla categoria dell'onere appare appropriato, in quanto la condotta tenuta dal creditore, comportando la riduzione del credito risarcitorio, si risolve nel mancato acquisto di una posizione di vantaggio.

Siccome le due fattispecie hanno presupposti ed effetti diversi, è difficile che possano verificarsi congiuntamente. In dottrina, tuttavia, è stata acutamente ipotizzata una possibile interferenza (cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 35). Se il debitore si obbliga ad emendare le conseguenze dannose dell'inadempimento a lui imputabile, il difetto di collaborazione del creditore, che impedisce l'intervento riparatore, giustifica tanto la sua costituzione in mora (in relazione all'obbligazione avente ad oggetto la rettifica della prestazione male eseguita) quanto la riduzione del risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento pregresso. Benché l'ipotesi sia circostanziata, è probabile che non sia infrequente nella pratica. Ne costituisce un indizio il volume del contenzioso relativo all'obbligazione avente ad oggetto la riparazione dei vizi del bene contratta dal venditore: se il compratore — forse per sopravvenuta sfiducia nelle attitudini della controparte — ostacola l'esecuzione dell'intervento riparatore, può essere costituito in mora, e il risarcimento del danno conseguente ai vizi del bene è suscettibile di essere ridotto ai sensi dell'art. 1227, comma 2° c.c.

(72) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 22 s.

prestazione la cui esecuzione risulta preclusa dal difetto di cooperazione (73). In virtù di tale criterio, se il committente rifiuta di prendere in consegna l'opera già realizzata e collaudata l'appaltatore deve costituirlo in mora osservando le disposizioni applicabili alle obbligazioni di consegnare beni mobili o immobili (artt. 1209, 1216 c.c.), mentre quando lo stesso committente non "consegna i lavori" o rifiuta di adeguare il progetto a circostanze sopravvenute — che in assenza di variazioni impediscono la corretta realizzazione dell'opera — l'appaltatore può limitarsi ad effettuare un'offerta nelle forme d'uso, come prevede l'art. 1217, comma 2° c.c. (74).

Anche l'obbligazione avente ad oggetto il trasferimento di un diritto mediante il compimento di un atto negoziale — come quella assunta dal promittente alienante con la conclusione del contratto preliminare — viene ricondotta a quelle di fare, in quanto il suo adempimento non richiede la consegna di un bene, che si renderà eventualmente necessaria in una fase ulteriore del rapporto, ma la prestazione del consenso alla produzione di un dato effetto giuridico. Se, come avviene di regola, il trasferimento del diritto richiede la conclusione di un contratto, la parte che rifiuta di stipularlo — vale a dire, il promissario acquirente — può essere costituita in mora me-

(73) Cfr. MANIACI, *Obbligazioni di fare*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, *sub* art. 1217, p. 941; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, Milano, 2009, p. 228; MARASCO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 671; VISINTINI, *Mora del creditore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 9², Torino, 1999, p. 194; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, in *EdD*, XXIX, Milano, 1979, p. 793; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 22 s., 251. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano 7 maggio 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2257.

(74) Quando il debitore si è obbligato a fornire un servizio nel contesto del quale sono inscindibilmente integrate prestazioni di dare e di fare — come avviene negli appalti aventi ad oggetto la realizzazione di sistemi telefonici o informatici — si ritiene che il creditore non collaborativo possa essere costituito in mora sulla base delle disposizioni applicabili alle seconde (art. 1217 c.c.): cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 23, nt. 1. Per giustificare tale conclusione, si osserva che i beni utilizzati nell'adempimento dell'obbligazione (cavi e apparecchiature telefoniche; *hardware* informatico, ecc.) sono funzionali alla prestazione di un servizio e risultano privi di utilità in assenza dell'opera del debitore, che li rende idonei a soddisfare l'interesse della controparte: nell'economia dell'attività svolta dal debitore assume rilevanza prevalente la prestazione del servizio, in assenza della quale la fornitura del materiale risulta priva di utilità.

dian­te un'intimazione effettuata nelle forme d'uso (art. 1217, comma 2° c.c.) (75).

Tanto nelle obbligazioni di dare, quanto in quelle di fare, la cooperazione il cui difetto giustifica la costituzione in mora può essere *contestuale* all'adempimento dell'obbligazione, ma anche anteriore o successiva ad esso (76). La distinzione ha una valenza puramente descrittiva, in quanto la fase del rapporto obbligatorio in cui si rende necessario il contributo del creditore non influisce sull'applicazione dell'istituto.

È appena il caso di osservare che perché un'obbligazione di dare possa essere adempiuta è necessario che il creditore riceva la consegna del bene. L'omissione di atti preparatori — come la predisposizione del magazzino, o la realizzazione di un supporto su cui il bene è destinato ad essere collocato — non assume rilevanza autonoma, in quanto risulta assorbita dalla mancata presa in consegna del bene. Se tuttavia il creditore, interpellato dal debitore, non gli fornisce le informazioni necessarie per effettuare la consegna, tale omissione, prima ancora del rifiuto di ricevere il bene, integra un difetto di cooperazione tale da giustificare la costituzione in mora (77). Il debitore, tuttavia, dovrà pur sempre offrire la consegna del bene, adottando le modalità che ritiene più appropriate a soddisfare l'interesse del creditore alla luce delle limitate informazioni di cui dispone (78).

L'adempimento di un'obbligazione di dare può richiedere la cooperazione del creditore in una fase *propedeutica* all'esecuzione della prestazione. Se quest'ultima non è determinata nel suo preciso ammontare, e solo il creditore dispone delle informazioni necessarie per la sua

(75) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 23, testo e nt. 3, p. 25 s.

(76) Sulla base di tale distinzione è articolata l'esposizione di FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 153 ss.

(77) Lo evidenzia CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 21, nt. 3.

(78) Una sentenza di merito considera una fattispecie in cui il compratore aveva omesso di comunicare al venditore le istruzioni necessarie per effettuare la consegna di alcuni macchinari (P. Taranto-Manduria 21 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 971). Come accade spesso, tuttavia, nella vicenda processuale il difetto di cooperazione del creditore non assume rilevanza ai fini della costituzione in mora, ma nell'ottica dei rimedi contro l'inadempimento. Il rifiuto di fornire le istruzioni necessarie per la consegna dei macchinari — opposto dal compratore a fronte delle ripetute sollecitazioni del venditore — giustifica la mancata consegna, e con essa il pagamento del prezzo: il giudice, dunque, rigetta la domanda del compratore, che aveva chiesto la sospensione in via di urgenza dell'efficacia esecutiva di un assegno precedentemente offerto in pagamento.

liquidazione, il rifiuto di fornirle può astrattamente giustificare la costituzione in mora. Non si può negare che precludendo la determinazione della prestazione il creditore ometta di «compiere quanto è necessario perché il debitore adempia l'obbligazione» (art. 1206 c.c.).

È da valutare, tuttavia, se il creditore possa essere costituito in mora mediante l'offerta di una prestazione illiquida o se, invece, sia onere del debitore ottenere preventivamente la determinazione della prestazione per via giudiziale quale necessario presupposto della costituzione in mora. La questione verrà esaminata nell'ambito del prossimo capitolo, in relazione all'offerta ⁽⁷⁹⁾: quello di cui si discute, infatti, è se l'offerta idonea a costituire in mora il creditore possa avere ad oggetto una prestazione illiquida. Qui possiamo limitarci a ricordare che in una occasione è stato ritenuto validamente costituito in mora il creditore che disattendendo l'invito del debitore non gli aveva trasmesso l'estratto conto necessario per determinare l'esatto ammontare della somma dovuta ⁽⁸⁰⁾: soluzione che risulta condivisa da voci autorevoli ⁽⁸¹⁾. Anticipando un'opinione che verrà argomentata più diffusamente in seguito, osserviamo che il dato normativo non configura la liquidità della prestazione quale requisito necessario dell'offerta volta a costituire in mora il creditore (art. 1208 c.c.). Se quest'ultimo non fornisce le informazioni necessarie per la determinazione della prestazione a lui dovuta, il debitore potrà costituirlo in mora effettuando un'offerta congrua *alla luce dei dati di cui ha cognizione*: la reticenza del creditore, dunque, non preclude la formulazione dell'offerta, la cui congruità dovrà essere valutata sulla base delle informazioni di cui il debitore dispone. Se poi verrà accertato in sede giudiziale che la prestazione dovuta è maggiore di quella congruamente offerta, la costituzione in mora del creditore e la successiva liberazione effettuata mediante il ricorso al deposito avranno effetti limitati al *quantum* offerto, non potendo il debitore essere tutelato — e il creditore essere

(79) V., *infra*, cap. III, §§ 5, 6.

(80) Cass. 22 febbraio 1979, n. 1289, in *Giust. civ.*, Rep. 1979, v. «obbligazioni e contratti», n. 3 e in *De Iure* (s.m.): «Poiché ai sensi dell'art. 1206 c.c. il creditore è in mora quando non compia attività necessarie all'esecuzione della prestazione da parte del debitore, non può non considerarsi in mora il creditore che, mancando un'offerta di adempimento da parte del debitore, non soddisfi la richiesta del debitore di invio di un estratto conto da cui risulti l'ammontare del debito».

(81) Cfr. VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 191; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 148 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 252 ss.

ritenuto responsabile — in relazione alla parte eccedente della prestazione (82).

Il creditore può essere costituito in mora anche quando il comportamento omesso avrebbe dovuto essere tenuto in una fase *successiva* all'adempimento dell'obbligazione. Apparentemente, l'opinione contrasta con l'assunto in base al quale solo il difetto della cooperazione necessaria per l'adempimento giustifica la costituzione in mora. L'incongruenza svanisce, tuttavia, se si assume che il debitore meriti di essere protetto dagli effetti della mora anche quando per adempiere l'obbligazione dovrebbe esporsi a rischi estranei all'assetto del rapporto obbligatorio. In quest'ottica, è da ritenere che qualora, in violazione dell'art. 1199 c.c., il creditore rifiuti di rilasciare quietanza, il debitore possa costituirlo in mora, subordinando la consegna del bene a quella del documento (83).

8. *...e prestazioni di fare.* — Anche in relazione alle prestazioni di fare, la cooperazione il cui difetto giustifica la costituzione in mora può risultare necessaria tanto contestualmente all'adempimento dell'obbligazione, quanto in una fase anteriore o posteriore. Occorre nuovamente avvertire che la distinzione ha valore puramente descrittivo, essendo rilevante la necessità della cooperazione ma non la fase del rapporto obbligatorio in cui deve essere prestata: in questa sede viene adottata per un'esigenza di comodità espositiva.

Tra gli atti di cooperazione *contestuali* all'adempimento, va ricordata in primo luogo la prestazione del consenso alla conclusione di un contratto. Se il preliminare obbliga a contrarre una sola delle parti (preliminare unilaterale), il consenso dell'altra costituisce esclusivamente cooperazione all'adempimento. Quando invece l'obbligazione avente ad oggetto la conclusione del contratto grava su entrambe le parti (preliminare bilaterale), il rifiuto di contrarre integra tanto difetto di cooperazione (rispetto all'adempimento dell'obbligazione assunta dalla controparte), quanto inadempimento dell'obbligazione di con-

(82) Sempre ad una fase propedeutica alla consegna è riconducibile il concorso del creditore all'individuazione delle cose fungibili che è necessaria per il trasferimento della proprietà e richiede ordinariamente l'accordo delle parti (art. 1378 c.c.). Si tratta di valutare, allora, se in assenza del concorso del creditore il debitore possa effettuare unilateralmente l'individuazione ed offrire i beni così identificati. Anche tale questione viene considerata in sede di analisi dei requisiti dell'offerta: v., *infra*, cap. III, § 6.

(83) Cfr. CATTANEO, *La cooperazione del creditore*, cit., p. 120; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 161 s.

trarre ⁽⁸⁴⁾. In sede applicativa, peraltro, il rifiuto di concludere il contratto definitivo assume rilevanza non quale difetto di cooperazione, ma in quanto inadempimento dell'obbligazione di contrarre. La parte fedele al contratto esige che venga tutelato non tanto il proprio interesse alla tempestiva liberazione dal vincolo (interesse negativo), quanto il proprio interesse all'attuazione dello scambio (interesse positivo): trovano applicazione, anziché la mora del creditore, i rimedi contro l'inadempimento delle obbligazioni, quali l'adempimento coattivo (*sub specie* di azione *ex art.* 2932 c.c.) e risoluzione per inadempimento, entrambi compatibili con il risarcimento del danno (art. 1453 c.c.).

Sono passati dieci anni da quando le sezioni unite hanno affermato che il promissario acquirente di cosa altrui, benché ignaro della circostanza che il bene non apparteneva al promittente alienante al momento della conclusione del preliminare, è obbligato a contrarre con il proprietario, sicché il rifiuto di stipulare il rogito direttamente con quest'ultimo risulta illegittimo ⁽⁸⁵⁾. Certamente il principio di diritto può giustificare la costituzione in mora del promissario acquirente, che

(84) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 23 s., nt. 3.

(85) Cfr. Cass., sez. un., 18 maggio 2006, n. 11624, in *Giur. it.*, 2007, 330 ed in *Riv. notar.*, 2007, 175. L'orientamento trova riscontro nella giurisprudenza posteriore: cfr. Cass. 2 marzo 2015, n. 4164, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «contratto in genere», n. 387; Cass. 10 giugno 2010, n. 13987, in *Giust. civ.*, 2011, I, 160; Cass. 27 luglio 2009, n. 17458, in *Foro it.*, Rep. 2009, v. «contratto in genere», n. 380; Cass. 23 novembre 2007, n. 24448, in *Giust. civ.*, 2008, I, 98. In passato la soluzione opposta — in base alla quale il promissario acquirente sarebbe legittimato a rifiutare di contrarre direttamente con proprietario — è stata argomentata in considerazione del fatto che potendo acquistare la proprietà del bene dal terzo il promittente alienante pretenderebbe dalla controparte una cooperazione non necessaria per l'adempimento dell'obbligazione. Cfr. Cass. 12 marzo 1984, n. 1694, in *Arch. civ.*, 1985, 366 ed in *Foro it.*, Rep. 1985, v. «vendita», n. 60: «A norma dell'art. 1206 c.c. il creditore in tanto è tenuto a cooperare all'adempimento del debitore in quanto tale cooperazione sia necessaria e l'accertamento di tale necessità di cooperazione deve essere compiuta con riferimento alla portata obiettiva della obbligazione medesima, nel senso che l'attuazione del rapporto obbligatorio non sia giuridicamente possibile senza il concorso del creditore. Pertanto, il venditore di cosa altrui, che indipendentemente da ogni intervento del compratore, ha la scelta di diverso strumento negoziale per procurare al compratore l'acquisto della cosa venduta (acquisto diretto della proprietà dal terzo titolare o induzione di quest'ultimo ad intervenire al fine di attuare il trasferimento del diritto con negozio unilaterale), non può pretendere dal compratore medesimo una cooperazione all'adempimento non obiettivamente necessaria ed alla quale non sia tenuto, quale quella di stipulare un atto pubblico di acquisto direttamente dal terzo, con la conseguenza che

rifiutando di contrarre direttamente con il proprietario del bene ritarda la liberazione del promittente alienante. In sede giurisprudenziale, tuttavia, esso viene formulato allo scopo di giustificare l'accoglimento delle azioni di risoluzione e risarcimento del danno proposte dal promittente alienante ai sensi dell'art. 1453 c.c. e il conseguente rigetto delle corrispondenti domande proposte riconvenzionalmente dal promissario acquirente; spesso, infatti, il rifiuto di contrarre con il terzo proprietario del bene opposto dal promissario acquirente, determinando la definitiva inattuazione dello scambio, sfocia nella proposizione di domande di risoluzione e risarcimento ad opera di entrambe le parti. Il principio di diritto offre, poi, un ulteriore argomento per giustificare il rigetto della domanda di risoluzione proposta dal promissario acquirente anteriormente alla scadenza del termine previsto per la stipulazione del definitivo: fino a tale momento, infatti, il promittente alienante può adempiere l'obbligazione assunta con il preliminare non solo acquistando la proprietà del bene dal terzo, ma anche inducendolo a contrarre direttamente con il promissario acquirente.

Anche la prestazione dell'attività lavorativa richiede la contestuale collaborazione del datore di lavoro, che in primo luogo deve consentire l'ingresso del dipendente nei locali aziendali. Con la serrata, il datore di lavoro rifiuta la cooperazione minima necessaria per l'adempimento dell'obbligazione contratta dal lavoratore nei suoi confronti. A nostro avviso, tuttavia, la serrata non giustifica la costituzione in mora, perché dovendo essere la prestazione di lavoro necessariamente eseguita in un determinato periodo di tempo — in conformità, del resto, all'interesse dell'imprenditore — il divieto di ingresso nei locali aziendali non ne consente il recupero, ma, al contrario, ne comporta l'impossibilità. Non si riscontra l'esistenza di un'obbligazione in stato di eseguibilità, che si è visto essere uno dei presupposti della mora del creditore: ricorre,

non può imputarsi al compratore stesso il mancato acquisto della proprietà per il rifiuto di stipulare quell'atto con il terzo».

Si è poi precisato che qualora il terzo proprietario del bene promesso in vendita aderisca al preliminare egli non diviene parte del relativo contratto, in quanto si obbliga nei confronti del promittente alienante, ma non del promissario acquirente: quest'ultimo, dunque, non può convenire in giudizio il proprietario per ottenere il trasferimento coattivo del bene ai sensi dell'art. 2932 c.c. Cfr. Cass. 20 agosto 2014, n. 18097, in *Guida dir.*, 2014, 38/41 (s.m.), per esteso in *De Jure*; Trib. Nola 6 ottobre 2012, in *Giur. mer.*, 2013, 131.

piuttosto, un'ipotesi di impossibilità della prestazione derivante da causa imputabile al creditore ⁽⁸⁶⁾.

Si è sostenuto che il creditore può essere costituito in mora quando a causa del difetto di cooperazione l'adempimento dell'obbligazione espone il debitore a rischi ulteriori rispetto a quelli che ha accettato di assumere quando ha contratto l'obbligazione. Si pensi a contratti di appalto, opera, trasporto la cui esecuzione risulta rischiosa in dipendenza, rispettivamente, della mancata bonifica del terreno sul quale l'edificio deve essere costruito, del degrado dell'immobile nel contesto del quale l'opera deve essere prestata, del negligente imballaggio del bene consegnato al vettore. Certamente il debitore dell'opera o del servizio può rifiutare l'adempimento dell'obbligazione, essendo la prestazione che ne costituisce l'oggetto inesigibile dal creditore alla stregua del canone della buona fede; siccome, tuttavia, il debitore che rifiuta di adempiere risulta pregiudicato dal protrarsi del rapporto obbligatorio, è da ritenere che sia legittimato a costituire in mora il creditore, subordinando l'offerta della prestazione alla rimozione dei fattori di rischio che interessano la sua persona o i suoi beni.

Tra gli atti di cooperazione *propedeutici* all'adempimento delle obbligazioni di fare possono essere annoverati la consegna al vettore del bene da trasportare ⁽⁸⁷⁾, l'accesso del passeggero al mezzo di

(86) Per un'analisi meno sommaria del problema v., *infra*, cap. IV, §§ 14, 15.

(87) Alla categoria della *mora accipiendi* viene infatti ricondotta la disciplina delle stallie e delle controstallie rinvenibile nel codice della navigazione (artt. 444-450). In base ad essa, il caricatore o il ricevitore fruiscono di un termine per caricare la merce sulla nave in partenza o scaricarla al suo arrivo nel porto di destinazione (termine di stallia): il decorso del termine è tuttavia sospeso «durante i giorni in cui le operazioni [di carico e scarico] sono impedito *per causa non imputabile al caricatore o al destinatario*». Scaduto tale termine senza che le merci siano state caricate o scaricate sulla nave *per causa imputabile al caricatore o al destinatario*, decorre un ulteriore termine, denominato «di controstallia», in pendenza del quale è dovuta al vettore una somma di denaro che compensa la transitoria impossibilità di utilizzare la nave; si prevede, tuttavia, che per il periodo durante il quale «le operazioni di imbarco o di sbarco sono state impedito *da causa non imputabile al caricatore o al destinatario*» spetti al vettore invece del compenso di controstallia «un compenso determinato in proporzione al nolo». Spirato anche il termine di controstallia, il vettore ha facoltà di partire senza attendere la caricazione della nave o il suo completamento, restando creditore del nolo e del compenso di controstallia, ovvero di depositare o vendere le merci non ricevute dal destinatario: egli tutela così «in forma specifica» il suo interesse a riacquisire la disponibilità della nave. In alternativa, può pattuire con il caricatore l'impegno di sostare per un ulteriore periodo di tempo, in relazione al quale gli è dovuto — in assenza di un diverso patto, regolamento od uso — un compenso di

trasporto, la c.d. “consegna dei lavori” mediante la quale il committente consente all'appaltatore di accedere all'area dove l'opera dovrà essere compiuta ⁽⁸⁸⁾.

controstallia maggiorato della metà, o — qualora le merci non siano state scaricate — esigerlo dal destinatario (c.d. controstallia straordinaria).

Nella dottrina specialistica, si discute se la disciplina qui sintetizzata possa essere ricondotta alla mora del creditore. Chi si orienta in senso affermativo, considera il compenso di controstallia come un risarcimento del danno subito dal vettore a causa della mancata disponibilità della nave; chi invece propende per l'autonomia rispetto al paradigma civilistico configura il compenso di controstallia come il corrispettivo dovuto dal caricatore o dal ricevitore a fronte di una prestazione eventuale, previsto dalla legge per via di integrazione del contratto (art. 1374 c.c.): per una sintesi, cfr. TAMBURRO, *In tema di natura giuridica del compenso di controstallia*, in *Dir. trasp.*, 2013, p. 208; RAVERA, *Compenso di controstallie: risarcimento di un danno o mero supplemento del nolo?*, in *Dir. maritt.*, 2011, p. 555; RIGHETTI, *Stallie e controstallie*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1998, XV, p. 176. Ci sembra preferibile la prima lettura, sostenuta da una voce autorevole e avvalorata da una sentenza di legittimità (cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 29, nt. 12; Cass. 4 luglio 1985, n. 4025, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3044). Certamente il ritardo nella caricazione e scaricazione della nave priva il vettore della cooperazione necessaria per l'adempimento dell'obbligazione; all'omissione della necessaria cooperazione consegue il pagamento di una somma di denaro che compensa a nostro avviso non tanto l'esecuzione di una prestazione eventuale, fisiologicamente eseguita dal vettore, quanto il risarcimento del danno da lui subito in una situazione patologica del rapporto qual è quella che consegue all'inutile decorso del termine di stallia.

A differenza della disciplina della mora, tuttavia, quella delle stallie e controstallie rinvenibile nel codice della navigazione sanziona il difetto di cooperazione del caricatore e del destinatario solo in quanto dovuto a una causa a loro imputabile. Come risulta dalle espressioni evidenziate in corsivo, infatti, il termine di stallia decorre se la mancata caricazione o scaricazione della nave sono ascrivibili al vettore o al destinatario: solo al verificarsi di tale presupposto gli stessi sono obbligati a corrispondere al vettore marittimo il compenso di controstallia. Se poi durante il periodo di controstallia le operazioni di imbarco o sbarco vengono impediti da una causa imputabile al caricatore o al destinatario, il compenso dovuto al vettore marittimo è inferiore a quello di controstallia e risulta determinato in proporzione al nolo. La rilevanza riconosciuta in questo contesto all'imputabilità del difetto di cooperazione conferma da un lato che il compenso di controstallia dovuto al vettore marittimo ha carattere non corrispettivo, ma risarcitorio; costituisce, dall'altro, un importante elemento di differenziazione rispetto alla disciplina rinvenibile negli artt. 1206 ss. c.c., nel contesto della quale il creditore è obbligato a indennizzare il debitore delle conseguenze derivanti dal difetto di cooperazione anche se lo stesso non gli è imputabile.

(88) Cfr. Trib. Roma 2 luglio 1982, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1983, II, 175 di cui si riporta la massima: «Negli appalti pubblici, la mancata consegna dei lavori da parte del committente si configura come omessa cooperazione del creditore dell'opera all'adempimento dell'appaltatore...ed integra, perciò, gli estremi di una *mora credendi*

La casistica più significativa è relativa all'appalto pubblico. In diverse occasioni la S.C. ha affermato che la redazione di un progetto compiutamente eseguibile rientra tra le competenze esclusive del committente pubblico, sicché l'appaltatore interessato a compiere un'opera esente da vizi non può apportare ad esso integrazioni o rettifiche⁽⁸⁹⁾. Il committente pubblico è parimenti obbligato ad adeguare il progetto alla normativa sopravvenuta alla conclusione del contratto; se infatti, alla luce di essa, il progetto inizialmente predisposto rischia di esporre l'appaltatore a responsabilità verso terzi, il committente è tenuto a modificarlo⁽⁹⁰⁾.

La redazione di un progetto integralmente eseguibile e il suo eventuale adeguamento alle circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto vengono espressamente ricondotti alla cooperazione del creditore prevista dall'art. 1206 c.c. Benché richiamata nel contesto delle motivazioni, la disposizione non viene tuttavia applicata. Anche in questo ambito, infatti, il comportamento non collaborativo del creditore assume rilevanza non tanto in relazione alla *mora accipiendi*, quanto in ordine all'applicazione dei rimedi che reagiscono all'inadempimento delle obbligazioni. A causa delle carenze del progetto predisposto dal committente o del suo mancato adeguamento a circostanze sopravvenute, l'appaltatore può risultare impossibilitato ad adempiere, e questo lo induce a chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno: se è vero che l'inadeguatezza del progetto può dilatare i tempi di esecuzione dell'opera, l'appaltatore deduce a fondamento della sua domanda l'impossibilità di realizzarla imputabile al committente. Nel contesto delle motivazioni, l'obbligo di cooperazione

(art. 1206 e segg. c.c.), idonea, come tale, a costituire fatto produttivo di un'obbligazione risarcitoria a mente dell'art. 1207, comma 2° c.c. allorché il creditore venga messo in mora mediante intimazione nelle forme prescritte dall'art. 1217 c.c. (nella specie: tale intimazione sussisteva, avendo l'impresa notificato al comune una diffida per sollecitare la consegna dei lavori)»; Coll. arb. 25 gennaio 1990, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1991, p. 582: «In materia di appalti, il committente è obbligato a quella cooperazione, con tutti i mezzi a disposizione ed utilizzando tutte le sue competenze, cui è tenuto ogni creditore che deve compiere quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione, ai sensi dell'art. 1206 c.c., la cui inosservanza comporta una particolare forma di *mora accipiendi* (fattispecie relativa a ritardo dei lavori per indisponibilità delle aree, occupate da autoveicoli in sosta)».

(89) Cass. 5 giugno 2014, n. 12698, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «contratti pubblici», n. 1080; Cass. 1° settembre 2011, n. 18002, in *Foro it.*, 2012, I, 1857; Trib. Salerno 2 gennaio 2010, n. 5, per esteso in *De Jure*.

(90) Cfr. Cass. 29 aprile 2006, n. 10052, in *Giur. it.*, 2006, 2259.

gravante sul committente — e riconducibile all'art. 1206 c.c. — è funzionale a giustificare l'accoglimento delle domande di risoluzione e risarcimento proposte dall'appaltatore ⁽⁹¹⁾. Anche in questo ambito, dunque, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione chiede di essere tutelato contro la lesione del proprio interesse all'attuazione dello scambio (risoluzione e risarcimento) piuttosto che contro la lesione del proprio interesse alla tempestiva liberazione dal vincolo (mora del creditore) ⁽⁹²⁾.

Come è evidente, nel diritto applicato tende a ridursi lo iato tra i sistemi giuridici continentali (nei quali la cooperazione non costituisce oggetto di un'obbligazione) e quelli anglosassoni (dove, invece, la parte pregiudicata dal mancato concorso del creditore può avvalersi dei rimedi contro l'inadempimento) ⁽⁹³⁾. Se infatti il difetto di cooperazione non si limita a dilatare la durata del rapporto, ma preclude definitivamente l'esecuzione della prestazione, il debitore impossibilitato ad adempiere si orienta verso la risoluzione e il risarcimento del danno: scelta, questa, assecondata dalla giurisprudenza. Tutelando il suo interesse positivo, i due rimedi tendono a collocare il debitore nella situazione in cui si sarebbe trovato se, fruendo della cooperazione del creditore, avesse potuto adempiere l'obbligazione e conseguire il pagamento del corrispettivo: come avviene nei sistemi anglosassoni, l'interesse protetto è quello relativo all'attuazione dello scambio.

(91) Per un'ipotesi in cui il difetto di cooperazione imputabile al committente non si risolve nella predisposizione di un progetto non eseguibile o nel suo mancato adeguamento, ma si identifica con la mancata predisposizione dei presupposti materialmente necessari per l'esecuzione della prestazione, cfr. App. Palermo 7 marzo 2016, n. 427, per esteso in *De Jure*. Nella fattispecie, l'appaltatore privato risulta impossibilitato a prestare il servizio di gestione di una spiaggia pubblica a causa del fatto che il committente pubblico, violando il contratto, non ha soddisfatto le condizioni minime necessarie per l'esercizio di tale attività: realizzazione degli impianti necessari per l'erogazione di acqua ed energia elettrica e «spietramento» della spiaggia. Il committente pubblico viene condannato a risarcire il danno subito dall'appaltatore a causa dell'impossibilità della prestazione: la risoluzione del contratto, non espressamente domandata dall'appaltatore, si ricava implicitamente dalla constatata impossibilità di svolgere l'attività contrattualmente prevista. Anche in questo caso, l'accoglimento della domanda proposta dall'appaltatore viene giustificato sulla base del dovere di collaborare all'adempimento dell'obbligazione riconducibile all'art. 1206 c.c. ed ai principi di correttezza e buona fede oggettiva.

(92) Per un'analisi più approfondita della casistica, si rinvia al capitolo dedicato all'impossibilità sopravvenuta della prestazione riconducibile alla sfera del creditore: v., *infra*, cap. VI, § 9.

(93) V., *supra*, cap. I, §§ 7, 8.

Anche nell'appalto privato, l'impossibilità di eseguire la prestazione dovuta al difetto di cooperazione del committente comporta la risoluzione del contratto e la sua condanna a risarcire il danno. Quando l'appaltatore ha svolto tutte le attività necessarie per compiere l'opera o prestare il servizio — affrontando i costi normalmente implicati dall'adempimento dell'obbligazione — il risarcimento del danno a lui dovuto si identifica con il corrispettivo promesso: in questa ipotesi, infatti, l'impossibilità di eseguire la prestazione conseguente al difetto di cooperazione del committente non comporta alcuna riduzione delle spese sostenute dall'appaltatore ⁽⁹⁴⁾.

Si è anticipato che anche la mancata consegna di denaro o beni fungibili destinati ad agevolare l'adempimento dell'obbligazione può giustificare la costituzione in mora del creditore: si allude, in particolare, alla somministrazione dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato (art. 1719 c.c.) e — in presenza di una clausola contrattuale pattuita in deroga all'art. 1658 c.c., o di un uso ad esso contrario — alla fornitura dei materiali destinati alla realizzazione dell'opera appaltata. In tali ipotesi l'apporto di risorse costituisce cooperazione all'adempimento, piuttosto che prestazione dedotta ad oggetto di un'obbligazione, perché non risponde ad un interesse autonomo del debitore, ma è esclusivamente funzionale ad agevolare l'esecuzione della prestazione destinata al *solvens* ⁽⁹⁵⁾.

Sebbene il debitore possa procurarsi sul mercato i beni fungibili non fornitigli dal creditore o utilizzare le proprie risorse finanziarie, il difetto di cooperazione lo induce ad adempiere assumendo rischi ulteriori rispetto a quelli inerenti alla fisiologica attuazione del rapporto obbligatorio: si allude, in particolare, all'eventualità che il creditore risulti insolvente, e a seguito dell'esecuzione della prestazione non compensi i costi che avrebbe dovuto anticipare. In questa ipotesi, il mandatario e l'appaltatore possono tanto rifiutare l'adempimento delle rispettive obbligazioni, inesigibile dalle rispettive controparti in base a buona fede, quanto costituirle in mora offrendo loro la prestazione nelle forme d'uso (art. 1217 c.c.), subordinatamente alla somministrazione dei mezzi necessari all'adempimento ⁽⁹⁶⁾.

(94) Cfr. Cass. 22 novembre 2013, n. 26260, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «appalto», n. 28.

(95) Cfr. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 114.

(96) È appena il caso di aggiungere che il debitore si libera dell'obbligazione se invece, nonostante il difetto di cooperazione del creditore, sceglie di adempiere

Come si osserva in dottrina, è sempre possibile che il creditore non ometta la cooperazione funzionale a rendere possibile l'adempimento dell'obbligazione, ma la presti in modo difettoso e inesatto⁽⁹⁷⁾. Spesso una cooperazione difettosa preclude l'adempimento dell'obbligazione non diversamente da quanto sarebbe avvenuto qualora non fosse stata affatto prestata: è quanto avverrebbe qualora il bene consegnato al vettore fosse talmente male imballato da renderne impossibile il trasporto in condizioni di sicurezza, o qualora il mandante fornisse al mandatario istruzioni così vaghe e contraddittorie da impedire l'identificazione dell'atto gestorio. Al verificarsi di queste condizioni, il creditore può certamente essere costituito in mora⁽⁹⁸⁾.

Anche in relazione alle prestazioni di fare, infine, il creditore può essere costituito in mora se non presta la necessaria cooperazione in

l'obbligazione avvalendosi di mezzi propri o procurandoseli sul mercato: in questa ipotesi vengono meno i presupposti della *mora accipiendi* e il debitore che ha optato per l'adempimento diviene creditore di un'obbligazione avente ad oggetto il rimborso delle spese sostenute. Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 28.

(97) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 31.

(98) Quando, invece, la prestazione può essere ugualmente eseguita, occorre distinguere in dipendenza della circostanza che il debitore abbia ignorato o riscontrato il carattere difettoso del contributo offerto dalla controparte. Nella prima ipotesi (difetto ignorato e prestazione ugualmente eseguita), se il carattere difettoso della cooperazione offerta provoca l'inadempimento o contribuisce al suo verificarsi il debitore potrà andare esente da responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c. — costituendo il fatto del creditore una "causa a lui non imputabile" — o sarà tenuto a risarcire un danno inferiore sulla base della disciplina del concorso di colpa del creditore (art. 1227, comma 1° c.c.): ai fini della riduzione del risarcimento assumeranno rilevanza non solo la gravità della colpa del creditore e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate, ma anche la negligenza imputabile al debitore che non ha rilevato il difetto. La riduzione, pertanto, sarà massima se il committente ha fornito all'appaltatore materiali difettosi nella consapevolezza dell'esistenza del difetto, che tuttavia è difficilmente accertabile da terzi; minima, se i materiali forniti dal committente presentavano difetti evidenti, che avrebbero dovuto essere rilevati da un operatore professionale qual è l'appaltatore. Nella seconda (difetto riscontrato), è onere del debitore segnalare il difetto e chiedere al creditore di emendarlo sospendendo contestualmente l'adempimento dell'obbligazione: qualora infatti eseguisse ugualmente la prestazione sarebbe responsabile del danno derivante dall'inadempimento. Ebbene, se il creditore non corregge tempestivamente il difetto, con la conseguente dilatazione del rapporto obbligatorio, il debitore può costituirlo in mora. Così, qualora l'appaltatore abbia rilevato il difetto dei materiali fornitigli dal committente e lo abbia tempestivamente denunciato (art. 1663 c.c.), lo stesso committente è tenuto ad una loro tempestiva sostituzione, in mancanza della quale può essere costituito in mora. Condividiamo qui la ricostruzione di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 30 s.

una fase logicamente *successiva* all'adempimento dell'obbligazione: è sufficiente, sul punto, richiamare quanto affermato nelle pagine precedenti a proposito del rifiuto di rilasciare quietanza.

9. *Irrelevanza della colpa del creditore (rinvio); quando la cooperazione è prestata da terzi.* — Nel capitolo precedente è stato analizzato il dibattito relativo alla rilevanza della colpa del creditore quale requisito della costituzione in mora. In quella sede è stata valutata criticamente l'impostazione, diffusa in dottrina, in base alla quale il ruolo della colpa discende dalla qualificazione della cooperazione all'adempimento come oggetto di onere od obbligo ⁽⁹⁹⁾.

Il dibattito, così impostato, conduce ad esiti paradossali, in quanto riconducendo la cooperazione alla categoria dell'onere si ricava un regime più rigoroso per il creditore, il quale risulta responsabile anche se le sue omissioni derivano da cause a lui non imputabili; mentre la qualificazione in termini di obbligo, apparentemente più impegnativa, offre al creditore la possibilità di andare esente da responsabilità dimostrando di non aver collaborato all'adempimento per un caso fortuito.

Non solo. Se davvero il regime di responsabilità applicabile al creditore discendesse dalla qualificazione dogmatica della cooperazione di cui si riscontra la mancanza, la rilevanza del requisito dell'imputabilità dovrebbe essere uniforme. Essa risulta invece variabile in dipendenza degli interessi pregiudicati dalla condotta non cooperativa del creditore. Quest'ultimo risponde anche se il difetto di cooperazione non gli è imputabile quando viene costituito in mora dal debitore, il quale offrendo la prestazione dimostra di aver fatto quanto necessario per adempiere l'obbligazione e pretende di essere tutelato contro la dilatazione del rapporto obbligatorio. Quando invece la formulazione dell'offerta è preclusa dall'impossibilità della prestazione, il creditore è responsabile solo a condizione che la stessa gli sia imputabile.

La rilevanza disuguale del requisito dell'imputabilità è giustificata dalla diversa conformazione degli interessi lesi dal comportamento non cooperativo del creditore. La responsabilità del creditore costituito in mora compensa la delusione dell'affidamento del debitore, che avendo dimostrato, tramite la formulazione dell'offerta, di essere pronto ad adempiere, confida ragionevolmente nella propria liberazione dal vin-

(99) V., *supra*, cap. I, §§ 11-13.

colo. Siccome consegue alla delusione di un ragionevole affidamento — anziché della pretesa di ricevere una prestazione — tale responsabilità risulta commisurata all'interesse negativo: il risarcimento dovuto al debitore compensa, infatti, le spese da lui sostenute e le occasioni di guadagno perse a causa della dilatazione del rapporto obbligatorio. Essendo il presupposto di tale responsabilità la formulazione dell'offerta, che richiede la predisposizione delle condizioni necessarie per adempiere l'obbligazione, il rischio che un evento fortuito impedisca la cooperazione grava sul creditore. Tra le due parti del rapporto obbligatorio appare maggiormente meritevole di tutela il debitore, che anziché limitarsi ad attendere la prestazione ha operato nella prospettiva della sua esecuzione.

In definitiva, imputando al creditore il rischio di non poter fornire la necessaria cooperazione in dipendenza di una circostanza a lui non imputabile si favoriscono gli investimenti finalizzati ad attuare il rapporto. Se infatti il creditore non potesse essere costituito in mora il debitore sarebbe riluttante ad investire per mettersi in grado di adempiere l'obbligazione, in quanto al verificarsi di un difetto di cooperazione non imputabile alla controparte resterebbe privo di tutela.

Quando, invece, la prestazione dovuta diviene impossibile a causa di una circostanza riconducibile alla sfera della controparte il debitore è liberato, sicché non può costituire in mora il creditore lamentando la lesione del suo affidamento nella tempestiva estinzione del rapporto. La responsabilità del creditore che provoca l'impossibilità della prestazione non consegue alla lesione di tale affidamento — che in assenza dell'offerta non risulta dimostrato — ma piuttosto alla lesione dell'interesse ad ottenere l'attuazione dello scambio.

Come l'inadempimento, anche l'impossibilità della prestazione dovuta al fatto del creditore lede l'interesse positivo: il risarcimento dovuto al debitore non compensa, dunque, le spese sostenute e le occasioni di guadagno perse, ma tende a collocarlo nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto *programmato* dalle parti fosse stato eseguito. Perché l'interesse positivo del debitore possa essere tutelato, è tuttavia necessario che, come l'inadempimento, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione sia imputabile al creditore. Si può discutere sulla fisionomia del criterio di imputazione della responsabilità, suscettibile di essere modellato in modo più o meno rigoroso nei confronti del creditore, ma si conviene sulla sua necessità pratica: se infatti l'impossibilità della prestazione non è imputabile al creditore, l'interesse positivo del debitore non viene protetto, e il contratto si

risolve senza la contestuale attribuzione di un risarcimento (art. 1463 c.c.).

Subordinando il risarcimento del danno alla circostanza che l'impossibilità della prestazione sia imputabile al creditore si intende favorire la conclusione del contratto, che potrebbe essere inibita, altrimenti, dalla prospettiva di incorrere in una responsabilità di carattere assoluto. Il requisito, d'altra parte, non lede l'affidamento del debitore, il quale — a differenza di quanto accade quando effettua la costituzione in mora — non ha dimostrato di aver compiuto quanto necessario per essere pronto ad adempiere tramite l'offerta della prestazione. La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta che si verifica quando la stessa non è imputabile al creditore si limita a distribuire su entrambe le parti gli effetti della sopravvenienza: se il creditore non consegue la prestazione attesa, il debitore non ottiene il corrispettivo promesso.

Se poi il creditore si avvale della collaborazione di terzi per ricevere la prestazione o per fornire la cooperazione altrimenti necessaria all'adempimento risponde del loro operato anche se non gli è imputabile alcuna colpa nella loro scelta e vigilanza ⁽¹⁰⁰⁾; analoga conclusione risulta giustificata quando in considerazione dell'incapacità del creditore o del suo fallimento il pagamento deve essere necessariamente ricevuto da un suo rappresentante (art. 1188, comma 1° c.c.).

L'irrelevanza della colpa del creditore nella scelta e nella sorveglianza dei suoi collaboratori è riconducibile ad un principio generale, in base al quale quando un soggetto sceglie di avvalersi dell'ausilio di terzi risponde del loro comportamento sebbene non gli sia imputabile una specifica negligenza. Alla libertà di ricorrere alla collaborazione di terzi consegue l'assunzione dei rischi inerenti al loro operato: vengono così ricostruite in termini oggettivi la responsabilità del datore di lavoro per i fatti illeciti dei dipendenti (art. 2049 c.c.), la responsabilità del debitore per la condotta degli ausiliari di cui si avvale nell'adempimento dell'obbligazione (art. 1228 c.c.), l'autoresponsabilità del creditore per la condotta dei collaboratori che concorrono a cagionare l'inadempimento (art. 1227, comma 1° c.c.) o si astengono dai com-

(100) A questi effetti è da considerare «terzo» solo chi non sia titolare del diritto di credito in relazione al quale si configura il difetto di cooperazione. È terzo il rappresentante legale del creditore; non il beneficiario di una stipulazione a favore del terzo o il cessionario del credito. Sul punto CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 38.

portamenti necessari a limitare il danno da esso derivante (art. 1227, comma 2° c.c.) ⁽¹⁰¹⁾.

Si rileva, inoltre, che il creditore responsabile verso il debitore del comportamento tenuto dai suoi collaboratori può rivalersi nei loro confronti deducendo a fondamento della sua azione la violazione del rapporto contrattuale intercorrente con essi ⁽¹⁰²⁾. Il debitore, invece, non intrattiene con gli ausiliari del creditore alcun rapporto, sicché rischierebbe di non conseguire il risarcimento del danno subito qualora la controparte potesse andare esente da responsabilità dimostrando la propria assenza di colpa.

Un argomento ulteriore si desume dall'art. 1208 n. 1 c.c., che consente al debitore di effettuare la costituzione in mora offrendo la prestazione al soggetto legittimato a riceverla per conto del creditore senza prevedere che quest'ultimo debba essere necessariamente avvertito. Il creditore, dunque, può essere costituito in mora anche quando, non essendo a conoscenza dell'offerta della prestazione indirizzata ad un suo ausiliario, non gli è imputabile alcuna negligenza ⁽¹⁰³⁾.

L'opinione, infine, trova riscontro in giurisprudenza. Sebbene in relazione a una controversia incentrata sulla risoluzione del contratto e sul risarcimento del danno, il S.C. ha ritenuto irrilevante la circostanza che la prestazione non potesse essere ricevuta dal creditore per una causa a lui non imputabile qual era lo sciopero dei braccianti agricoli della zona. Su questa base ha confermato la decisione concordemente adottata dai giudici di grado inferiore, che avevano rigettato la domanda con cui il creditore chiedeva di essere ammesso a provare di non aver ricevuto la prestazione per una causa indipendente da sua colpa ⁽¹⁰⁴⁾.

Fermo restando che il creditore risponde del comportamento dei

(101) In considerazione della identità di *ratio*, si ritengono estensibili alla responsabilità del creditore le soluzioni prospettate in relazione alla responsabilità del debitore per il fatto degli ausiliari. La responsabilità sussiste, dunque, anche se tra questi ultimi e il creditore intercorre un rapporto di lavoro autonomo; essa non viene meno per il solo fatto che il debitore abbia acconsentito alla scelta dell'ausiliario effettuata dalla controparte, purché non lo abbia designato insieme al creditore: cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 39 s., testo e nt. 6.

(102) Cfr. CATTANEO, *La cooperazione del creditore*, cit., p. 141.

(103) Cfr. CATTANEO, *La cooperazione del creditore*, cit., p. 140.

(104) Cfr. Cass. 8 febbraio 1986, n. 809, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1928, con nota di M. COSTANZA, *Cooperazione all'adempimento e colpa del creditore*, ed in *Vita not.*, 1986, p. 278.

collaboratori anche se li ha scelti, coordinati e sorvegliati diligentemente, è da valutare se la negligenza di questi ultimi sia necessaria per affermare la sua responsabilità. Ebbene, è coerente con la logica della responsabilità per fatto altrui che il comportamento del collaboratore venga valutato sulla base degli stessi criteri che sarebbero applicabili al preponente: la facoltà di ricorrere all'apporto di terzi non modifica il regime di responsabilità al quale è assoggettato il creditore.

Va richiamato, allora, quanto sostenuto nelle pagine precedenti. Se il creditore viene costituito in mora, egli risponde del comportamento non cooperativo dei suoi collaboratori anche se non è loro imputabile alcuna negligenza. Non solo. Siccome in questa ipotesi la responsabilità del creditore discende dal fatto oggettivo della mancata cooperazione, non è neppure necessario che egli abbia conferito a terzi l'incarico di collaborare con il debitore: la sua responsabilità sussiste per il solo fatto che con il loro comportamento gli ausiliari interferiscano con l'esecuzione della prestazione, ostacolando l'adempimento.

Ne consegue che il committente è responsabile nei confronti dell'appaltatore quando i tempi richiesti per la realizzazione dell'opera si dilatano a causa del ritardo con cui altri imprenditori hanno completato le c.d. opere scorporate ⁽¹⁰⁵⁾. Benché questi ultimi non abbiano ricevuto l'incarico di collaborare con l'appaltatore, il ritardo nella realizzazione delle opere che costituiscono il presupposto necessario della fase successiva dei lavori implica la responsabilità del committente. Si pensi all'ipotesi in cui la costruzione di un edificio affidata ad X presupponga il livellamento del terreno, che costituisce oggetto di un'ulteriore obbligazione assunta da Y nei confronti del committente. Se X non può intraprendere il lavoro a causa del ritardo con cui Y livella il terreno, può costituire in mora il committente offrendo la prestazione nelle forme d'uso e conseguire il risarcimento del danno derivante dalla dilatazione del rapporto: il creditore risponde del comportamento del suo collaboratore sebbene il rapporto intercorrente con lui non abbia propriamente ad oggetto la cooperazione necessaria per l'adempimento.

10. *La nozione di «motivo legittimo» e il precetto di buona fede: una relazione non esclusiva.* — Il creditore non può essere costituito in mora se l'omissione della cooperazione necessaria per l'adempimento è

(105) Cfr. Trib. Roma 15 ottobre 2012, n. 19275, cit.; Coll. Arb. Reggio Calabria 3 febbraio 1968, in *Arbitrati e appalti*, 1968, p. 285.

giustificata da un «motivo legittimo» (art. 1206 c.c.). L'espressione è caratterizzata da una notevole indeterminatezza semantica, sicché non sorprende che in relazione ad essa si riscontrino rilevanti divergenze interpretative.

Secondo una diffusa opinione essa designa non tanto le circostanze che impediscono al creditore di cooperare all'adempimento, quanto le situazioni che giustificano il suo comportamento; come le cause di giustificazione dell'illecito civile, il «motivo legittimo» esclude l'anti-giuridicità del difetto di cooperazione piuttosto che la sua riconducibilità alla condotta del creditore. Quest'ultimo, dunque, può essere costituito in mora anche quando non gli è imputabile alcuna colpa, non essendo ravvisabile un «motivo legittimo» che giustifichi la sua condotta ⁽¹⁰⁶⁾.

Benché autorevolmente sostenuta ⁽¹⁰⁷⁾, la contraria opinione non appare condivisibile. Vale a questo proposito quanto sostenuto nei paragrafi precedenti ⁽¹⁰⁸⁾. Siccome la *mora accipiendi* presuppone l'offerta della prestazione — grazie alla quale il debitore dimostra di aver fatto quanto necessario per adempiere l'obbligazione — grava sul creditore il rischio che un evento fortuito gli precluda di concorrere all'adempimento. Ponendo a carico del creditore il rischio di non poter cooperare per causa a lui non imputabile si favoriscono gli investimenti necessari per eseguire la prestazione, che altrimenti il debitore sarebbe riluttante a sostenere.

(106) Cfr. CAMARDI, *Della mora del creditore*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, *sub* art. 1206, pp. 752 s., 767 s.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 422 ss.; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, *ad vocem*, p. 2; Id., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 192 ss.; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*³, Artt. 1173-1320, in *Comm. Utet*, 1982, p. 197 ss.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 125 s.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, XVI, 1, Milano, 1974, p. 69 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 92, testo e nt. 1. In giurisprudenza, cfr. Cass. 8 febbraio 1986, n. 809, cit.

(107) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 184 s. In giurisprudenza, v. Cass. 22 luglio 2004, n. 13731, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «lavoro (rapporto)», n. 1749, ai termini della quale «... se si configura il recesso illegittimo come inadempimento *ex art.* 1218 cod. civ. ... è pur sempre necessario, per il diritto al risarcimento dei danni, che esso sia imputabile al soggetto che l'ha posto in essere. Invero l'imputabilità in capo all'autore dell'atto è necessaria, al medesimo fine, anche ove si voglia inquadrare il licenziamento illegittimo nella fattispecie della *mora credendi ex art.* 1206 cod. civ.», giacché la norma fa riferimento alla mancanza «di motivo legittimo».

(108) V., *supra*, cap. I, § 13; cap. II, § 9.

A diversa conclusione si perviene quando il debitore ritarda l'adempimento dell'obbligazione e durante la sua mora sopravviene un impedimento non imputabile al creditore che preclude a quest'ultimo di prestare la necessaria cooperazione. In questa ipotesi il creditore non può essere costituito in mora, e se l'impedimento perdura rendendo la prestazione definitivamente impossibile il relativo rischio grava sul debitore ⁽¹⁰⁹⁾. L'approdo appare coerente con la disciplina della *mora debendi*, ed in particolare con la regola che imputa al debitore moroso il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art. 1221 c.c.). Se il debitore avesse formulato tempestivamente l'offerta, la stessa avrebbe potuto essere accettata dal creditore, con la conseguente estinzione dell'obbligazione. In conseguenza del ritardo il debitore assume il rischio che in dipendenza di una circostanza sopravvenuta la prestazione, in sé e per sé possibile, non possa essere ricevuta dal creditore.

Si può concludere che un caso fortuito tale da precludere al creditore di concorrere all'adempimento giustifica la sua condotta, integrando gli estremi del «motivo legittimo», solo se sopravviene alla mora del debitore, che assume il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (artt. 1220, 1221 c.c.). Altrimenti, la circostanza che il creditore non possa cooperare all'adempimento per causa a lui non imputabile non ne preclude la costituzione in mora.

Secondo l'opinione prevalente in dottrina, il «motivo legittimo» che in base all'articolo 1206 c.c. giustifica il difetto di cooperazione non ricorre quando la prestazione offerta dal debitore è inesatta e nelle altre ipotesi in cui il creditore è legittimato a rifiutarla in base alla disciplina dell'adempimento delle obbligazioni (artt. 1176 ss. c.c.) ⁽¹¹⁰⁾. Altrimenti, si osserva, la locuzione sarebbe priva di una reale valenza precettiva, in quanto il creditore è legittimato a rifiutare un'offerta

(109) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 96; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 178 s.; SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, p. 116 s.

(110) Cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2015, p. 251 ss.; STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 400 ss.; RECINTO, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 284 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 423; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 2; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore (dir. civ.)*, in *EdD*, XXVI, Milano, 1976, p. 965; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 124 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 92 ss.

inesatta sulla base di altre disposizioni, e segnatamente di quelle che disciplinano l'adempimento delle obbligazioni; la corrispondenza della prestazione offerta a quella dovuta, d'altra parte, è espressamente prevista quale requisito di validità dell'offerta (art. 1208, n. 3 c.c.). Per evitare di attribuire al sintagma una funzione meramente iterativa, sarebbe necessario escludere dalla sua estensione l'inesattezza della prestazione offerta dal debitore.

Disponendo che il creditore non possa essere costituito in mora in presenza di un motivo legittimo, il legislatore promuoverebbe un sindacato di buona fede sulla pretesa del debitore, che a seguito del difetto di cooperazione esige di essere tutelato contro la dilatazione del vincolo. La valutazione di buona fede funzionale all'accertamento del «motivo legittimo» può tradursi in un vantaggio per entrambe le parti del rapporto. Opera a favore del debitore nella misura in cui permette la costituzione in mora quando la prestazione è caratterizzata da un'inesattezza del tutto trascurabile. Favorisce invece il creditore quando la prestazione, in sé esatta, viene offerta con modalità che denotano la scorrettezza del debitore o è esposta a legittime pretese di terzi, azionabili anche dopo il pagamento (rivendicazione; revocatoria; restituzione): il rifiuto risulta allora legittimo in quanto giustificato dal comportamento scorretto del debitore o dalla precarietà dell'attribuzione patrimoniale destinata al creditore, che temendo di perdere la prestazione non la utilizzerebbe in modo economicamente produttivo.

Nel contesto di tale orientamento si colloca un'ipotesi ricostruttiva che riconduce all'abuso del diritto di credito la responsabilità conseguente alla costituzione in mora ⁽¹¹¹⁾. Il creditore può rifiutare la prestazione offerta o non cooperare all'adempimento, ma se tale condotta non è giustificata da un motivo legittimo abusa del suo diritto. Il debitore, correlativamente, non ha diritto di ricevere la cooperazione necessaria all'adempimento dell'obbligazione e alla conseguente liberazione dal vincolo, in quanto in presenza di un motivo legittimo il creditore può rifiutarla: egli è piuttosto titolare di un interesse legittimo a che il creditore eserciti correttamente il suo diritto. In quest'ottica, buona fede e motivo legittimo segnano il limite oltrepassato il quale il

(111) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 2; ID., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo*, cit., pp. 192 ss.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 124 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, XVI, 1, Milano, 1974, p. 71 ss. Nella stessa prospettiva BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 414 s.

comportamento non cooperativo del creditore integra un abuso del suo diritto e lede l'interesse legittimo del debitore a liberarsi dal vincolo.

L'assunto che identifica il motivo legittimo con la buona fede non è condiviso da tutti. Tanto in giurisprudenza ⁽¹¹²⁾, quanto in parte della dottrina ⁽¹¹³⁾ si ritiene che anche quando la prestazione offerta è inesatta si configuri un «motivo legittimo» di rifiuto. L'espressione, in altri termini, designa sia l'inesattezza della prestazione che la situazione in cui a fronte di un'offerta in sé e per sé esatta il mancato concorso del creditore sia giustificato dal precetto di buona fede.

Si tratta, a nostro avviso, di una lettura più convincente. Il sintagma costituisce parte integrante di una definizione legislativa, la cui funzione è quella di identificare le fattispecie al verificarsi delle quali il creditore può essere costituito in mora. Per rendersene conto, è sufficiente confrontare l'*incipit* dell'art. 1206 c.c. («il creditore è in mora quando...») con quello della norma seguente («quando il creditore è in mora...»): il primo articolo definisce la fattispecie alla quale il secondo fa riferimento per farne derivare determinati effetti giuridici ⁽¹¹⁴⁾. In quanto integrata nel contesto di una definizione, l'espressione in esame *non ha la funzione di giustificare il difetto di cooperazione*, ma, piuttosto, quella di *richiamare le disposizioni che possono giustificarlo*: per mezzo di essa, il legislatore effettua un rinvio mobile a tutte le norme dell'ordinamento che legittimano il comportamento non collaborativo del creditore. Siccome il sintagma ha una valenza definitoria, la sussistenza di un motivo legittimo deve essere ravvisata alla luce di *altre* disposizioni di legge: tutte quelle che autorizzano il creditore a rifiutare la prestazione o ad omettere collaborazione necessaria per l'adempimento.

Vengono in considerazione in primo luogo le disposizioni che disciplinano l'adempimento delle obbligazioni, nel contesto delle quali si distinguono quelle che incorporano le clausole generali di correttezza

(112) Cass. 8 febbraio 1986, n. 809, cit.

(113) Cfr. CAMARDI, *Della mora del creditore*, cit., p. 753 s.; D'AMICO, *Comportamento del creditore*. Mora accipiendi, cit., p. 224 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, p. 394; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946, p. 860.

(114) Come è stato osservato in dottrina le definizioni legislative hanno, per la maggior parte, la funzione di determinare l'ambito di applicazione di altre disposizioni: spesso il termine definito compare nella parte condizionante di un altro enunciato, quella che delinea le fattispecie al verificarsi delle quali si producono determinati effetti giuridici. Cfr. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni*, cit., *passim*, spec. p. 124 s.

(art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.). Rilevano, tuttavia, anche le previsioni integrate nella disciplina del contratto, se la fonte contrattuale dell'obbligazione può (concorrere *a*) giustificare il rifiuto della prestazione o la mancanza della necessaria cooperazione.

Esemplificando, un «motivo legittimo» di rifiuto sussiste sia quando la prestazione è quantitativamente o qualitativamente inesatta che nell'ipotesi in cui l'offerta formulata dal debitore — imprenditore commerciale prossimo all'insolvenza — possa essere assoggettata ad un'azione revocatoria fallimentare: nel primo caso essendo oggetto di rinvio gli artt. 1181 e 1197 c.c., nel secondo i precetti di correttezza e buona fede che concorrono a disciplinare l'attuazione del rapporto obbligatorio (artt. 1175, 1375 c.c.). D'altra parte, il creditore che abbia concluso un contratto a prestazioni corrispettive è legittimato a rifiutare la prestazione offertagli con grave ritardo anche se non ha ancora proposto domanda di risoluzione: conclusione avvalorata dalle sezioni unite sulla base della disciplina dei contratti di scambio, e segnatamente dell'art. 1453 c.c. ⁽¹¹⁵⁾

Per illustrare la funzionalità del rinvio operato grazie al sintagma «motivo legittimo» può essere utile considerare l'ipotesi in cui la prestazione sia stata offerta da un terzo. Su questo terreno assumono rilievo non solo le regole che disciplinano l'adempimento delle obbligazioni, ma anche quelle che governano le garanzie reali.

Certamente il creditore può rifiutare l'offerta, ai sensi dell'art. 1180 c.c., quando ha interesse che il debitore esegua personalmente la prestazione o quando lo stesso debitore gli manifesta la sua opposizione

(115) Cfr. Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086, in *Corr. giur.*, 1997, 768, con nota di V. CARBONE, *Il creditore può rifiutare il tardivo adempimento?*; in *Contratti*, 1997, 450, con nota di BARBIERA, *Tardivo adempimento del debitore, rifiuto del creditore e risoluzione del contratto*; in *Giust. civ.*, 1997, I, 2765, con nota di COSTANZA, *Rifiuto legittimo della prestazione da parte del creditore e gravità dell'inadempimento*; Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, in *Giust. civ.*, 1998, I, 825, con nota di PICARDI, *Rifiuto dell'adempimento tardivo e risoluzione del contratto*. Successivamente alla duplice pronuncia delle sezioni unite v., in senso conforme, Cass. 14 maggio 2018, n. 11653, in *Foro it.*, Rep. 2018, v. «contratto in genere», n. 43; Cass. 5 settembre 2006, n. 19074, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 509 (s.m.); Cass. 2 maggio 2006, n. 10127, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «contratto in genere», n. 597; App. Milano 22 gennaio 2010, in *Annali it. dir. aut.*, 2011, 671; Trib. Padova 12 agosto 2011, in *Obbl. contr.*, 2011, 786; Trib. Roma 4 novembre 2008, per esteso in *Pluris*. Per una puntuale ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali e del dibattito dottrinale, cfr. DE MENECH, *La preclusione dell'adempimento tardivo ex art. 1453, ultimo comma c.c. nella giurisprudenza*, in *Contratti*, 2014, p. 573 ss.

al pagamento. Si ritiene, poi, che se il debitore si oppone al pagamento successivamente all'offerta effettuata dal terzo, e alla conseguente costituzione in mora del creditore, gli effetti della stessa vengano meno ⁽¹¹⁶⁾: siccome l'istituto protegge l'interesse particolare del debitore, egli può rinunciare alla tutela legale opponendosi al pagamento quando già il creditore è stato costituito in mora. La legge, tuttavia, riconosce al terzo acquirente di un bene ipotecato il diritto di liberare il bene pagando i creditori iscritti (art. 2858 c.c.). In questa ipotesi, l'opposizione del debitore non precluderebbe la costituzione in mora del creditore che avesse rifiutato il pagamento e il successivo ricorso al deposito liberatorio: esito, questo, che il debitore potrebbe scongiurare solo eseguendo egli stesso la prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione ⁽¹¹⁷⁾. Opportunamente, la soluzione è stata ritenuta estensibile all'ipotesi in cui l'offerta sia stata effettuata dal terzo datore di ipoteca ⁽¹¹⁸⁾.

Come si è ricordato, tra le regole relative all'attuazione del rapporto obbligatorio alle quali rinvia la nozione di «motivo legittimo» vanno annoverate anche quelle che includono le clausole generali di correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.).

Una prima valenza che esse possono avere in questo ambito è quella di attenuare la rigidità della disciplina dell'adempimento delle obbligazioni, che se applicata «meccanicamente» potrebbe comportare esiti iniqui. Sulla base di una valutazione improntata a buona fede si esclude la mora del debitore — e si ammette la costituzione in mora del creditore — quando la prestazione offerta è affetta da un'inesattezza qualitativa e quantitativa affatto trascurabile ⁽¹¹⁹⁾.

(116) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 100.

(117) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 100; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 36, nt. 9.

(118) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 36, nt. 9.

(119) Cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 368; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 225; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 3; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 90 s. In giurisprudenza, cfr. Cass. 9 marzo 1995, n. 2730, in *Foro it., Rep.* 1995, v. «obbligazioni in genere», n. 41: «ad escludere la mora del debitore e la conseguente responsabilità per interessi e danni è sufficiente un'offerta non formale del debitore, ai sensi dell'art. 1220 c.c. (nella specie, la suprema corte, in relazione ad una offerta di una compagnia assicuratrice di pagamento all'assicurato di un indennizzo mediante deposito dello stesso in un libretto bancario accompagnato dalla palese manifestazione della volontà di voler adempiere l'obbligazione, previo rilascio di quietanza, ha ritenuto incensurabile la valutazione del giudice di merito circa l'idoneità dell'offerta; in

La buona fede, inoltre, permette di sanzionare il comportamento scorretto del debitore, che offre la prestazione con modalità tali da rendere improbabile o particolarmente onerosa la cooperazione necessaria per l'adempimento. In questa ipotesi, il creditore non può essere costituito in mora in quanto il comportamento scorretto del debitore denota che egli non è realmente interessato ad adempiere e non merita, così, di essere tutelato contro la dilatazione del rapporto obbligatorio ⁽¹²⁰⁾.

Il criterio, infine, giustifica il rifiuto opposto dal creditore a fronte di un'offerta che prefigura un'attribuzione patrimoniale precaria in quanto esposta ad azioni revocatorie, di rivendicazione o di ripetizione ⁽¹²¹⁾. La buona fede si manifesta qui in una delle sue funzioni più rilevanti, che si identifica con la protezione di affidamenti meritevoli di tutela. Legittimando il creditore a rifiutare una prestazione "precaria" si vuole evitare che egli sostenga investimenti inutili, in quanto destinati ad essere vanificati a seguito dell'esercizio di azioni promosse da terzi.

11. *Il «motivo legittimo» tra mora debendi e mora accipiendi: concetto variabile o uniforme ?* — Prima di esaminare i casi in cui il difetto di cooperazione è giustificato da un motivo legittimo occorre considerare un altro problema esegetico, determinato dal fatto che l'espressione viene utilizzata dal legislatore anche per delineare la mora del debitore.

Ai termini dell'art. 1206 c.c., l'esistenza di un «motivo legittimo» esclude la mora del creditore che, pure, non abbia prestato la cooperazione necessaria per l'adempimento. Nell'ambito dell'art. 1220 c.c., il sintagma viene utilizzato per designare la situazione in cui il debitore è in mora pur avendo offerto la prestazione.

Ora, secondo una tesi diffusa in dottrina l'espressione assumerebbe nel contesto delle due disposizioni un significato diverso ⁽¹²²⁾. La sua

particolare, al riguardo, la suprema corte ha osservato che l'offerta poteva ritenersi sostanzialmente completa nonostante il mancato computo di una piccola quota di interessi poi dichiarati dovuti dal giudice di merito».

(120) V., *infra*, § 12.

(121) V., *infra*, § 13.

(122) Cfr. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 251 ss.; STELLA, voce *Mora del creditore*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da Irti, *Diritto civile*, a cura di Martuccelli e Pescatore, Milano, 2011, pp. 1069, 1071; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 2; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., pp. 124 ss., 241 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 93; BRUSCUGLIA, *Sul motivo*

estensione sarebbe più limitata in relazione alla disciplina della *mora debendi*. Il debitore che ha effettuato l'offerta sarebbe responsabile del ritardo solo quando la prestazione è inesatta; non, invece, quando la prestazione offerta è esatta e il creditore ha ragione di rifiutarla sulla base di una valutazione improntata a buona fede. Nel contesto della *mora debendi*, il motivo legittimo di rifiuto si risolverebbe nell'inesattezza qualitativa o quantitativa della prestazione. L'espressione avrebbe un'estensione più ampia nell'ambito della *mora accipiendi* (art. 1206 c.c.), comprendendo l'ipotesi in cui il creditore abbia legittimamente rifiutato in base a buona fede una prestazione in sé e per sé esatta.

Secondo questa ricostruzione, in definitiva, il debitore che ha effettuato l'offerta incorre in *mora debendi* solo quando la prestazione è inesatta; il creditore, invece, evita la *mora accipiendi* non solo quando la prestazione che gli è stata offerta è inesatta, ma anche quando il suo rifiuto è legittimato dal precetto di buona fede.

A nostro avviso, invece, è da ritenere che l'espressione «motivo legittimo» abbia un significato sostanzialmente uniforme. Tanto nel contesto della mora del debitore, quando nell'ambito della mora del creditore, il sintagma rinvia in primo luogo alla disciplina dell'adempimento, che, tra l'altro, prescrive ad entrambe le parti di osservare correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.) e nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). Le due clausole generali contribuiscono tanto ad identificare la mora del debitore che, pure, abbia effettuato l'offerta (art. 1220 c.c.), quanto ad escludere la mora del creditore che, pure, l'abbia rifiutata (art. 1206 c.c.).

Come si è ricordato, una delle funzioni che la buona fede può svolgere in questo ambito è quella di attenuare la rigidità delle regole relative all'adempimento delle obbligazioni. Se dunque *la prestazione offerta è caratterizzata da inesattezze del tutto trascurabili*, il creditore non è legittimato a rifiutarla ⁽¹²³⁾. In questa ipotesi, l'illegittimità del rifiuto (*id est*, l'assenza di un motivo legittimo) è rilevante sia per escludere la mora del debitore che per ammettere la costituzione in mora del creditore e l'eventuale ricorso al deposito (sequestro) liberatorio. Il debitore che ha effettuato un'offerta difforme dalla prestazione dovuta per un aspetto del tutto trascurabile merita tanto di evitare gli

legittimo di rifiuto dell'offerta non formale della prestazione previsto dall'art. 1220 c.c., in *Foro pad.*, 1969, I, c. 19 ss.

(123) V., *supra*, nt. 119.

effetti della *mora debendi*, quanto di essere tutelato contro le conseguenze del rifiuto pretestuoso opposto dal creditore.

L'opinione trova riscontro nella giurisprudenza relativa alla restituzione dell'immobile offerta dal conduttore e rifiutata dal locatore, che esige il ripristino delle condizioni originarie dei locali. Si ritiene che il rifiuto opposto all'offerta di restituzione sia illegittimo quando il ripristino delle condizioni originarie dell'immobile costituisce un atto di ordinaria amministrazione al quale il locatore è in condizione di provvedere sostenendo costi limitati; legittimo se gli interventi compiuti dal conduttore sull'immobile — e non specificamente autorizzati — sono così rilevanti che il ripristino delle condizioni originarie costituisce un atto di straordinaria amministrazione, eccedente i costi e i sacrifici normalmente ipotizzabili a carico del locatore in questa fase del rapporto ⁽¹²⁴⁾. Ebbene, quando il rifiuto del locatore è illegittimo perché il ripristino non eccede la sfera dell'ordinaria amministrazione si esclude la mora del conduttore, che risulta esonerato dal pagamento del canone fino al momento della riconsegna (art. 1591 c.c.); vengono peraltro convalidati anche l'offerta formale di restituzione — con la conseguente costituzione in mora del locatore — e il sequestro liberatorio del bene ⁽¹²⁵⁾. Il conduttore, in definitiva, è non solo esonerato dalla *mora debendi*, ma anche protetto contro il protrarsi del rapporto conseguente al rifiuto illegittimo opposto dal locatore ⁽¹²⁶⁾.

Nulla quaestio quando la prestazione offerta è caratterizzata da *inesattezze rilevanti*: certamente il debitore è responsabile del ritardo (art. 1220 c.c.), mentre il creditore, che rifiuta legittimamente il pagamento, non può essere costituito in mora.

Più problematica l'ipotesi in cui *la prestazione offerta sia esatta, ma il rifiuto del creditore sia legittimo in quanto conforme a buona fede*: è

(124) Cfr. Cass. 26 novembre 2002, n. 16685, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2157; Cass. 13 luglio 1998, n. 6856, in *Arch. loc.*, 1999, 269; Cass. 18 giugno 1993, n. 6798, in *Foro it.*, 1993, I, 2819 ed in *Arch. loc.*, 1993, 722.

(125) Cfr. Cass. 13 luglio 1998, n. 6856, cit.

(126) In base a tale orientamento, ci sembra, il rifiuto opposto dal locatore può essere reputato illegittimo sebbene la prestazione offertagli sia caratterizzata da inesattezze non del tutto trascurabili. Il criterio adottato dalla giurisprudenza risponde, piuttosto, all'esigenza di imputare l'onere del ripristino alla parte che si trova nella posizione migliore per provvedere ad esso. Essendo il bene di proprietà del locatore — che al termine del rapporto deciderà quale destinazione imprimergli — è ragionevole che l'onere di effettuare il ripristino gravi su di lui, quando non comporta spese e sacrifici straordinari.

quanto avviene quando il debitore ha intenzionalmente formulato l'offerta con modalità tali da renderne improbabile l'accettazione⁽¹²⁷⁾, o la prestazione integra un'attribuzione patrimoniale precaria in quanto è suscettibile di essere aggredita da terzi che vantano legittime pretese su di essa⁽¹²⁸⁾.

Secondo la tesi prevalente in dottrina, in questa ipotesi sarebbe da escludere tanto la mora del debitore (non sussistendo un motivo legittimo che giustifichi il rifiuto *ex art. 1220 c.c.*), quanto la mora del creditore (ravvisandosi un motivo legittimo di rifiuto agli effetti dell'*art. 1206 c.c.*). Ci sembra, invece, che il debitore debba essere ritenuto responsabile del ritardo, incorrendo in *mora debendi*, anche quando la prestazione offerta è esatta, ma il creditore è legittimato a rifiutarla in base a buona fede. Certamente il debitore è responsabile del ritardo se offre la prestazione con modalità tali da renderne l'accettazione improbabile o particolarmente onerosa. La stessa conclusione appare tuttavia giustificata anche quando il creditore rifiuta la prestazione in quanto — avendo ragione di temere l'esercizio di azioni corrispondenti a legittime pretese di terzi — non può investire su di essa ed utilizzarla in modo produttivo. L'interesse del creditore — che risulta appagato solo quando egli può valorizzare la prestazione, quale parte integrante del suo patrimonio — concorre a definire l'oggetto dell'obbligazione (*art. 1174 c.c.*); quando tale interesse non può essere soddisfatto, non essendo ragionevole investire su un'attribuzione patrimoniale precaria, il creditore merita di essere tutelato contro le conseguenze del ritardo. Fermo restando che il creditore non può essere costituito in mora, il debitore incorre in *mora debendi*.

Adottando l'opinione prevalente in dottrina, inoltre, nessuna delle due parti sarebbe indotta a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'attuazione del rapporto obbligatorio. Forte della legittimità del proprio rifiuto, il creditore non è indotto a cambiare posizione, in quanto non risente degli effetti della mora; ma neppure il debitore — al quale basterebbe dimostrare di avere offerto una prestazione esatta — sarebbe responsabile del ritardo. Non essendo assoggettata ad alcuna responsabilità, nessuna delle due parti sarebbe incentivata a modificare la propria posizione, profilandosi così una situazione di "stallo" del rapporto obbligatorio.

(127) V., *infra*, § 12.

(128) V., *infra*, § 13.

Sul piano esegetico, infine, l'opinione qui sostenuta permette di evitare che alla medesima espressione, collocata in due disposizioni contigue, siano attribuiti significati sensibilmente diversi. Se certamente un'espressione linguistica può avere una diversa estensione in dipendenza del contesto in cui si trova, la sua ambiguità deve essere dimostrata. Ci sembra, allora, che tale dimostrazione non sia stata fornita, mentre più di una ragione induce a ritenere che l'espressione abbia un significato uniforme. Quando il rifiuto della prestazione esattamente offerta dal debitore è conforme a buona fede, il creditore non è responsabile della dilatazione del rapporto obbligatorio (*mora accipiendi*), mentre il debitore risponde del ritardo (*mora debendi*).

12. *La nozione di «motivo legittimo»: offerta maliziosa e gravemente tardiva; offerta formale non preceduta da offerta ordinaria.* — Identificati i criteri sulla base dei quali si configura un «motivo legittimo», è opportuno esaminare alcune ipotesi in cui il creditore può rifiutare di ricevere la prestazione. Come è stato sostenuto nelle pagine precedenti, l'espressione designa in primo luogo la situazione in cui la prestazione offerta sia affetta da una rilevante inesattezza qualitativa o quantitativa: è questa la sua area di significato sicuro. Qui concentreremo l'attenzione sulla zona di penombra ⁽¹²⁹⁾, dove il rifiuto della prestazione trova giustificazione — o, all'opposto, risulta infondato — in virtù del principio di buona fede o di regole che disciplinano i contratti di scambio.

a) In primo luogo, il creditore è legittimato a rifiutare un'offerta che, sebbene avente ad oggetto una prestazione esatta, sia stata intenzionalmente effettuata con modalità tali da rendere improbabile o particolarmente onerosa la cooperazione necessaria per l'adempimento. L'ipotesi è riscontrabile in un caso francese risalente alla prima metà dell'ottocento ⁽¹³⁰⁾; nella fattispecie, fu ritenuta invalida in quanto

(129) Secondo la nota distinzione teorizzata da HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harv. L. Rev.* 593, 607 (1958): «if we are to communicate with each other at all, and if, as in the most elementary form of law, we are to express our intentions that a certain type of behaviour be regulated by rules, then the general words we use...must have some standard instance in which no doubts are felt about its application. There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out».

(130) Cass. Req., 6 aprile 1830, in *Dalloz*, Répertoire, XXXIII, voce «Obligation», n. 2202, p. 485 s.

contraria a buona fede l'offerta con cui un procuratore legale aveva intimato ad un avvocato suo creditore di presentarsi presso la cassa dove sarebbe avvenuto il deposito in una data in cui sapeva che la controparte sarebbe stata impegnata in udienza.

b) Quando l'obbligazione deriva da un contratto a prestazioni corrispettive, il creditore può rifiutare l'offerta effettuata con grave ritardo sebbene non abbia proposto domanda di risoluzione. A tale conclusione pervengono sul finire del secolo scorso due sentenze delle sezioni unite che trovano riscontro nella giurisprudenza posteriore ⁽¹³¹⁾. Una volta maturato un ritardo grave, si consolida in capo al creditore il diritto potestativo di conseguire la risoluzione del contratto (artt. 1453, 1455 c.c.): e siccome tale diritto non può essergli unilateralmente sottratto dal debitore, che offrendo la prestazione con grave ritardo esige il pagamento del corrispettivo, il creditore è legittimato a rifiutare la prestazione.

Rifiutando la prestazione offertagli con grave ritardo e il contestuale pagamento del corrispettivo il creditore consegue di fatto la risoluzione: il sinallagma, infatti, perde ogni possibilità di essere attuato ⁽¹³²⁾. L'orientamento avvalorato dalle sezioni unite solleva il creditore dall'onere di agire in giudizio: se non è interessato al risarcimento del danno o alla restituzione della prestazione eseguita, egli può astenersi dall'esercizio dell'azione di risoluzione, limitandosi ad eccepire la gravità del ritardo se e quando la controparte offre la prestazione ed esige il pagamento del corrispettivo. Siccome il ritardo ormai grave non può essere sanato, il rifiuto legittimamente opposto dal creditore all'offerta gravemente tardiva comporta la definitiva inattuazione dello scambio: cioè, la risoluzione del contratto.

Se il creditore non può essere costituito in mora, a seguito del suo rifiuto il debitore deve ritenersi liberato; potrà essere chiamato a risarcire il danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio, ma non sarà responsabile del ritardo maturato successivamente all'offerta.

È appena il caso di aggiungere che il rifiuto del creditore è legittimo, a maggior ragione, quando al momento dell'offerta grave-

(131) V., *supra*, nt. 115.

(132) Per un'argomentazione meno sommaria v., volendo, DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 51 ss.; ID., *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, in *Tratt. contratto Roppo*, V, *Rimedi-2*, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 160 ss.

mente tardiva ha già proposto domanda di risoluzione (art. 1453, comma 3° c.c.).

c) Secondo accreditate voci dottrinali, quando l'obbligazione è *portable* — o, comunque, la prestazione deve essere eseguita in luogo diverso dal domicilio del debitore — l'offerta formale deve essere preceduta da quella ordinaria: altrimenti, il creditore è legittimato a rifiutarla (133). In assenza di una preventiva offerta ordinaria, che consenta di realizzare il presupposto stesso del difetto di cooperazione, quella reale sarebbe inefficace. Ritenendo diversamente — si argomenta — il creditore verrebbe a sostenere le spese dell'offerta formale (art. 1215 c.c.), sebbene non gli sia imputabile alcun difetto di cooperazione (134).

Quando invece l'obbligazione deve essere adempiuta presso il domicilio del debitore non sarebbe necessaria una preventiva offerta ordinaria, essendo onere del creditore recarsi presso la controparte a ricevere la prestazione: in questa ipotesi, il presupposto logico della *mora accipiendi* — vale a dire, il difetto di cooperazione — risulta integrato anche in assenza di una preventiva offerta ordinaria. Ad ulteriore giustificazione di tale conclusione, si osserva che a differenza dell'offerta reale quella per intimazione prevede che siano comunicati al creditore il tempo e luogo dell'esibizione con un preavviso sufficiente per consentirgli di essere presente per ricevere la prestazione (artt. 1209 comma 1°; 1216, comma 1° c.c.; 75 comma 1° disp. att.) (135).

Più persuasiva l'opinione in base alla quale il mancato ricorso all'offerta ordinaria non condiziona l'efficacia dell'offerta reale, ma solo l'addebito delle spese al creditore che l'abbia accettata (136). Se il creditore rifiuta illegittimamente un'offerta reale non preceduta da

(133) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 108 ss.; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 225; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 417; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 2 s.; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 215; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 38 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., *passim*, spec. p. 150 ss.

(134) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., *passim*, p. 150.

(135) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 94.

(136) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 94 s. Nella vigenza del codice civile del 1865, cfr. D'ONOFRIO, voce *Offerta reale*, in *N. D. I.*, XVII, Torino, 1939, p. 21, nt. 2; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, II, Napoli, 1890, p. 180 s.; BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, Torino, 1877, p. 707. In giurisprudenza, cfr. Cass. Firenze 5 novembre 1877, in *Foro it.*, 1877, I, 1246, riportata da LOMONACO, *loc. cit.*

quella ordinaria merita tanto di essere costituito in mora, quanto di sostenere le relative spese: opponendo il rifiuto egli nega la cooperazione necessaria per l'adempimento, sicché l'inefficacia dell'offerta reale risulterebbe priva di qualsiasi valida giustificazione. Se invece l'offerta reale viene accettata il creditore non può essere costituito in mora, in quanto l'obbligazione si estingue. Certamente, in questa ipotesi il debitore che non abbia effettuato una preventiva offerta ordinaria non può ottenere dal creditore il rimborso delle spese sostenute. Essendo il comportamento del debitore contrario ai precetti di correttezza e buona fede — in ottemperanza ai quali sarebbe stato necessario offrire preventivamente la prestazione in modo informale — il credito relativo al rimborso delle spese sostenute è inesigibile ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.

Come si osserva in dottrina, peraltro, se il creditore non ha potuto accettare l'offerta reale in quanto era assente quando la stessa è stata effettuata la costituzione in mora — in assenza di una preventiva offerta ordinaria — rischia di determinare un esito iniquo ⁽¹³⁷⁾.

Anche in questa ipotesi, tuttavia, il precetto di buona fede non giustifica — a parere di chi scrive — l'inefficacia dell'offerta e la conseguente necessità della sua riproduzione. Quando il creditore non è presente all'offerta, il verbale che la documenta deve essergli «notificato con le forme prescritte per gli atti di citazione» (art. 74, comma 3° disp. att.); ebbene, qualora entro un periodo di tempo ragionevolmente breve a decorrere dalla notificazione del verbale il creditore non manifesti la volontà di ricevere la prestazione l'offerta reale non preceduta da quella ordinaria deve ritenersi ugualmente efficace. La soluzione proposta appare preferibile in quanto consente di evitare che il debitore sia tenuto a rinnovare l'offerta sebbene la stessa sia stata effettuata con le formalità prescritte dalla legge e il creditore non sia interessato alla prestazione. È conforme a buona fede che a seguito della notificazione del verbale d'offerta il creditore comunichi alla controparte la sua disponibilità a riceverla. Se si astiene dal farlo, questo denota che non ha interesse per la prestazione o che intende

(137) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 94 s. Secondo l'autore, solo in tale ipotesi la mancanza della preventiva offerta ordinaria preclude la costituzione in mora del creditore. La soluzione proposta nel testo tende invece a preservare l'efficacia dell'offerta reale, esonerando il debitore dalla sua riproduzione quando a seguito della notificazione del verbale il creditore non manifesta interesse per la prestazione.

approfittare scorrettamente della sua assenza al momento dell'offerta reale: in entrambi i casi, merita di essere costituito in mora.

13. Segue. *Quando l'offerta prefigura un'attribuzione patrimoniale precaria: pagamento effettuato con cose altrui; rischio di revocatoria; offerta effettuata sulla base di delegazione di pagamento; credito assoggettato a pignoramento o sequestro; opposizione di terzi al pagamento.* — Come si è anticipato, un motivo legittimo di rifiuto si configura anche quando il pagamento integra un'attribuzione patrimoniale precaria, in quanto la prestazione ricevuta dal creditore è esposta alle azioni di terzi che vantano diritti o legittime pretese su di essa. A causa della precarietà che la caratterizza, la prestazione non soddisfa l'interesse del creditore, che non può investire su di essa e valorizzarla adeguatamente. Date queste condizioni, un motivo legittimo di rifiuto si configura sia quando l'offerta viene effettuata da un terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c. che quando viene compiuta dal debitore ⁽¹³⁸⁾. Se è vero che l'obbligazione viene esattamente adempiuta solo quando l'esecuzione della prestazione soddisfa effettivamente l'interesse del creditore — e non solo quando il debitore tiene il comportamento dovuto ⁽¹³⁹⁾ — il primo ha ragione di rifiutare una prestazione che non può effettivamente valorizzare a prescindere dall'identità del soggetto che ha formulato l'offerta.

d) È riconducibile a questa classe, in primo luogo, l'ipotesi in cui il debitore abbia offerto di pagare con cose altrui. Essendo esposto all'azione di rivendicazione del proprietario, il creditore che ha ricevuto il pagamento in buona fede può impugnarlo, salvo il diritto al risarcimento del danno subito per aver confidato nella stabilità dell'attribuzione patrimoniale (art. 1192 c.c.). Se invece è a conoscenza del fatto

(138) In senso contrario v. tuttavia NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 122 s., il quale — premesso che «il diritto del creditore in tanto può dirsi pienamente attuato, in quanto la prestazione del *solvens* gli procuri una realizzazione definitiva, non lo esponga cioè al rischio di una ripetizione» — afferma che «fino a quando tale rischio è insito nell'adempimento del debitore, i principii sono salvi, in quanto...la prestazione del debitore attua in prima linea l'obbligo di questo e non sempre assicura la realizzazione definitiva del diritto del creditore. Ma quando è un terzo che adempie, poiché l'attività di questo *deve* anzitutto realizzare il diritto, il creditore non può contentarsi di una soddisfazione provvisoria e claudicante, né è tenuto ad assumersi tale rischio, quando, s'intende, abbia fondato motivo di temerlo».

(139) In questo senso v., nitidamente, SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1288 ss.

che il bene offerto dal debitore appartiene a terzi, il creditore ha non solo la facoltà, ma anche l'onere di rifiutarlo: il suo affidamento, altrimenti, non sarebbe meritevole di tutela ⁽¹⁴⁰⁾.

e) Il creditore può rifiutare l'offerta compiuta da un imprenditore commerciale prossimo all'insolvenza quando il pagamento è suscettibile di essere revocato (artt. 165, 166 d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*; artt. 65, 67 l. fall.; art. 1901 c.c.).

L'opinione, diffusa in dottrina ⁽¹⁴¹⁾, trova riscontro nella motivazione di una sentenza di legittimità, che conferma il rapporto tra revocatoria e rifiuto del creditore osservando un procedimento logico inverso: la facoltà del creditore di rifiutare la prestazione offerta dall'imprenditore commerciale prossimo all'insolvenza permette di giustificare l'esercizio dell'azione ⁽¹⁴²⁾.

Nella fattispecie, l'azione revocatoria esercitata dal curatore fallimentare aveva ad oggetto il pagamento del prezzo pattuito nel contesto di un contratto di vendita con riserva della proprietà. Il venditore si opponeva all'esercizio dell'azione sostenendo che non avrebbe potuto rifiutare il pagamento del prezzo offerto dall'imprenditore commerciale insolvente perché così facendo gli avrebbe impedito di acquistare la proprietà del bene: la sua posizione sarebbe stata assimilabile a quella del monopolista legale, che è tenuto ad eseguire la prestazione richiesta — e ad accettare, correlativamente, il pagamento del corrispettivo — anche quando la controparte si trova in una precaria situazione patrimoniale senza poter opporre l'eccezione fondata sull'art. 1461 c.c. ⁽¹⁴³⁾

(140) L'opinione è diffusa: cfr. STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore*, cit., p. 405; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 177; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 224; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 424; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 132; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 96 s.

(141) Cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 252; STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore*, cit., p. 405; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 424; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 131; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 96.

(142) Cfr. Cass. 6 novembre 1999, n. 12358, in *Foro it.*, 2000, I, 102, con nota redazionale di FABIANI ed in *Fallim.*, 2000, 1350.

(143) Su questa base, le sezioni unite hanno ritenuto che il pagamento effettuato a favore dell'imprenditore operante in regime di monopolio legale non possa essere assoggettato ad azione revocatoria fallimentare: cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 1998, n. 11350, in *Foro it.*, 1999, I, 544 ed in *Corr. giur.*, 1993, 317. Nello stesso senso v. Cass. 29 novembre 2000, n. 15293, in *NGCC*, 2002, I, 53, con nota di SANFILIPPO, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti, obblighi legali di contrarre ed esenzioni pretorie: verso il*

L'argomentazione non viene condivisa dalla S.C., che ritiene il venditore con patto di riservato dominio pienamente legittimato a rifiutare il pagamento del prezzo in quanto interessato ad evitare che — a fronte di un corrispettivo revocabile — il bene, divenuto di proprietà del compratore, possa essere aggredito dai creditori di quest'ultimo. Siccome, pur essendo legittimato a rifiutarlo, il venditore ha accettato il pagamento, egli si espone al rischio di perdere la prestazione a seguito dell'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare.

f) Alla medesima ragione giustificativa è riconducibile la legittimazione del creditore a rifiutare l'offerta effettuata sulla base di una delegazione di pagamento.

Una voce autorevole ha delineato nitidamente le differenze intercorrenti tra adempimento del terzo e delegazione di pagamento, illustrandone le implicazioni ⁽¹⁴⁴⁾. Il terzo che paga un debito altrui adempie l'obbligazione assunta dal debitore e soddisfa il corrispondente diritto di credito. Se il pagamento viene effettuato sulla base di un presupposto erroneo relativo al rapporto intercorrente tra debitore e terzo, quest'ultimo non può ripetere la prestazione eseguita. Dichiarando di pagare il debito altrui, il terzo adempie l'obbligazione contratta dal debitore e soddisfa il corrispondente diritto di credito. Questo comporta da un lato che il rapporto intercorrente tra debitore e terzo è irrilevante e le sue alterazioni non possono giustificare la

crepuscolo di una disciplina; Cass. 10 gennaio 1991, n. 186, in *Foro it.*, 1991, I, 1821, con nota di FABIANI, ed in *Giust. civ.*, 1991, I, 1194; App. Torino 30 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2001, 2092, con nota di BERTOLOTTI, *Non ha fine il tormentato rapporto della legge Prodi con le norme comunitarie*; Trib. Napoli 20 dicembre 2001, in *Dir. aut.*, 2002, 188; Trib. Firenze 31 luglio 1997, in *Toscana giur.*, 1998, 601, con nota di F. BORGIOI, *Sulla asserita irrevocabilità di pagamenti effettuati a soggetti che operano in regime di monopolio legale*. In un secondo momento, tuttavia, le sezioni unite hanno mutato orientamento, escludendo che il pagamento ricevuto dall'imprenditore operante in regime di monopolio legale sia esente dalla revocatoria fallimentare: cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1232, in *Foro it.*, 2004, I, 709 ed in *Giur. it.*, 2004, 1000. Orientate nello stesso senso Cass. 8 febbraio 2018, n. 3085, in *Foro it.*, Rep. 2018, v. «fallimento», n. 23; App. Napoli 21 febbraio 2005; Trib. Bari 21 ottobre 2010; Trib. Bari 21 luglio 2005, tutte per esteso in *Pluris*. Nella giurisprudenza più recente, peraltro, l'esenzione del pagamento ricevuto dal monopolista legale dall'azione revocatoria fallimentare viene ribadita, *obiter*, nel contesto di sentenze che non ravvisano nella fattispecie concreta una situazione di monopolio: cfr. Cass. 5 aprile 2013, n. 8418, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «fallimento», n. 350 e *Fallim.*, 2014, 109; Cass. 9 luglio 2008, n. 18833, in *Foro it.*, Rep. 2008, v. «fallimento», n. 497.

(144) Cfr. SCHLESINGER, *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, in *Temi*, 1958, p. 572 ss.

ripetizione della prestazione eseguita; dall'altro, che il creditore non può rifiutare la prestazione offerta dal terzo se non ha uno specifico interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione e se lo stesso debitore non si oppone (art. 1180 c.c.). In particolare, l'inesistenza di un rapporto giuridicamente rilevante tra il debitore e il terzo o la sua eventuale invalidità non giustificano il rifiuto della prestazione.

Quando l'offerta viene effettuata sulla base di una delegazione di pagamento, invece, la posizione del creditore diviene più delicata. Si è detto che il terzo manifesta la volontà di adempiere l'obbligazione contratta dal debitore, con la conseguente soddisfazione del diritto del creditore; il delegato, invece, manifesta la volontà di attuare l'incarico conferitogli dal debitore, e se offrendo la prestazione fa riferimento al rapporto di valuta intercorrente tra debitore terzo questo avviene «a fini esclusivamente cautelari» (145). Se è vero che il delegato non adempie l'obbligazione intercorrente tra le parti del rapporto obbligatorio, ma si limita ad attuare l'incarico conferitogli dal debitore, l'inesistenza o l'invalidità di quest'ultimo rende la prestazione priva di causa, con la conseguenza che il delegato può ottenere la restituzione della prestazione eseguita. Il creditore, allora, è legittimato rifiutare l'offerta del delegato, che in quanto tale dichiara di attuare il rapporto intercorrente con il debitore: rifiutando l'offerta, il creditore evita di ricevere una prestazione che rischia di dover restituire, in un secondo momento, in dipendenza di circostanze da lui non conoscibili perché attinenti al rapporto intercorrente tra delegato e debitore.

Pur condividendo, nei suoi lineamenti, tale ricostruzione, altri osservano che è facoltà del creditore chiedere al delegato di giustificare la sua legittimazione ad effettuare l'offerta (146). Certamente il rifiuto sarebbe legittimo qualora il delegato non ottemperasse alla richiesta, o il rapporto sulla base del quale l'incarico gli è stato conferito dal debitore risultasse inesistente o invalido. Il rifiuto del creditore sarebbe invece illegittimo, in quanto contrario a buona fede, se egli lo opponesse senza avere invitato il delegato ad illustrare il titolo sulla base del quale effettua l'offerta o nonostante il fatto che il delegato abbia dimostrato di essere legittimato ad effettuarla.

In questa ipotesi l'illegittimità del rifiuto escluderebbe la *mora debendi*, ma non giustificherebbe la costituzione in mora del credi-

(145) Così SCHLESINGER, *Adempimento del terzo e delegazione*, cit., p. 575.

(146) Cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 329 s.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 196.

tore⁽¹⁴⁷⁾. Il comportamento contrario a buona fede tenuto da quest'ultimo — che rifiuta la prestazione senza aver verificato che il delegato è legittimato ad offrirla, o ignorando la “giustificazione” da lui fornita — escluderebbe che egli possa ottenere il risarcimento del danno conseguente al ritardo (*mora debendi*), ma non consentirebbe al debitore di essere tutelato contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto obbligatorio. Viene così riproposta su questo specifico terreno l'opinione, già criticata, in base alla quale la nozione di «motivo legittimo» ha un'estensione minore in relazione alla *mora debendi* (nella fattispecie, esclusa ai sensi dell'art. 1220 c.c.); maggiore in relazione alla *mora accipiendi* (ritenuta parimenti inapplicabile, non ravvisandosi i presupposti ai quali l'art. 1206 c.c. subordina la responsabilità del creditore)⁽¹⁴⁸⁾.

A nostro avviso, invece, il debitore che conferisce validamente al delegato l'incarico di eseguire la prestazione dovuta merita non solo di eludere la *mora debendi*, ma anche di essere tutelato contro i rischi e i pregiudizi che conseguono alla dilatazione del rapporto obbligatorio. Tramite la delegazione di pagamento, il debitore ha predisposto le condizioni necessarie perché la prestazione venga eseguita da un terzo con il quale intrattiene un rapporto qualificato e il creditore risulti conseguentemente soddisfatto. Se dunque non viene concessa al delegato la possibilità di dimostrare di essere pienamente legittimato a formulare l'offerta — ovvero, se la dimostrazione da lui fornita viene ignorata — il creditore può essere costituito in mora. Una diversa conclusione, ci sembra, comporterebbe una irragionevole disparità di trattamento rispetto alla fattispecie dell'adempimento del terzo. Il debitore verrebbe tutelato quando il suo rapporto con il terzo che offre la prestazione è giuridicamente irrilevante, mentre non potrebbe avvalersi della *mora accipiendi* quando ha predisposto le condizioni necessarie perché la prestazione venisse eseguita conferendo validamente al delegato l'incarico di effettuare il pagamento nelle mani del creditore.

La conclusione è coerente con l'opinione, già sostenuta, in base alla quale la nozione di «motivo legittimo» non varia in dipendenza del fatto che essa assuma rilevanza nel contesto della *mora debendi* (art. 1220 c.c.) o della *mora accipiendi* (art. 1206 c.c.).

(147) Cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 330; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 196 s.

(148) V., *supra*, § 11.

(g) Se sulla prestazione che costituisce oggetto del diritto di credito insistono legittime pretese di terzi, il debitore non può adempiere, e liberarsi così dell'obbligazione, fino al momento in cui la destinazione della prestazione non sia stata definita in sede giurisdizionale. È quanto avviene quando il diritto di credito è stato pignorato o sottoposto a sequestro conservativo, o quando terzi possono fare opposizione al pagamento (art. 2906, comma 2° c.c.). È evidente, allora, che come il debitore non può adempiere l'obbligazione, così il creditore è legittimato a rifiutare il pagamento (149).

14. Ancora sulla nozione di «motivo legittimo»: probabilità di pregiudizi alla persona o agli interessi patrimoniali del creditore; offerta di assegno circolare o bancario; incompletezza dell'offerta dovuta al difetto di cooperazione del creditore. Un'applicazione analogica nel campo delle procedure concorsuali. — b) Il rifiuto della cooperazione è giustificato da un motivo legittimo quando le circostanze del caso concreto inducono a ritenere probabile l'inadempimento del debitore ed un conseguente pregiudizio agli interessi personali o patrimoniali del creditore. Il comportamento non collaborativo di quest'ultimo costituisce, allora, il riflesso della legittimazione ad opporre un'eccezione dilatoria che consente di sospendere l'attuazione del rapporto contrattuale fino al momento in cui siano venuti meno i fattori di rischio. Il fondamento normativo di tale conclusione si rinviene nell'art. 1461 c.c., di cui si propone un'interpretazione estensiva tale da legittimare il ricorso all'eccezione anche quando il fattore di rischio interessa (non solo la sfera patrimoniale, ma anche) la sfera organizzativa del debitore e più in generale la sua attitudine ad adempiere l'obbligazione: di qui la denominazione «eccezione d'insicurezza» proposta in dottrina (150).

Così, il mittente può rifiutare la consegna del bene se sussiste il rischio che il trasporto non possa essere effettuato in tempo utile per le difficoltà organizzative del vettore (i cui mezzi sono, per ipotesi, tutti

(149) Cfr. STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore*, cit., p. 405; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 424; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 132; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 97; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 89.

(150) Cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 174; ID., *Le eccezioni dilatorie*, in *Tratt. contratto Roppo*, V, *Rimedi-2*, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 474 ss.; ID. (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006.

impegnati in altri viaggi) o a causa di uno sciopero imminente dei suoi dipendenti. Nello stesso modo, il creditore di un servizio che costituisce oggetto di un contratto di durata può rifiutare legittimamente di riceverlo se alla luce del comportamento tenuto dall'appaltatore nella prima fase del rapporto ha ragione di ritenere che la prestazione verrà eseguita negligenemente. Ancora, il creditore può rifiutare di accedere ai locali dove è stato pattuito che egli riceva il servizio offerto dal debitore se essi non garantiscono adeguate condizioni di sicurezza ⁽¹⁵¹⁾.

Mentre nelle prime due ipotesi considerate il pericolo di inadempimento si riferisce all'obbligazione avente ad oggetto la prestazione caratteristica (trasporto; servizio dovuto nel contesto di un contratto di durata), nella terza esso attiene all'obbligazione accessoria di offrire alla controparte adeguate condizioni di sicurezza riconducibile al precetto buona fede (artt. 1175; 1375; 2087 c.c.).

i) Non configura un motivo legittimo di rifiuto il semplice fatto che il debitore obbligato a pagare una somma di denaro abbia offerto al creditore un assegno circolare o bancario.

Le sezioni unite si sono chiaramente espresse in questo senso con riferimento a entrambi i mezzi di pagamento ⁽¹⁵²⁾. Se da un lato con l'espressione «moneta avente corso legale nello Stato» (art. 1277, comma 1° c.c.) il legislatore allude alle unità del sistema valutario nazionale, e non a mezzi monetari fisicamente determinati, dall'altro il domicilio del creditore è compatibile con la sede della banca dove lo stesso è titolare di un conto corrente sul quale la somma può essergli accreditata. Su questa base, si conclude che laddove la legge non escluda l'ammissibilità di determinati mezzi di pagamento — come avviene in relazione alle obbligazioni pecuniarie non estinguibili me-

(151) Per un'analogia esemplificazione v., incisivamente, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 99.

(152) V., con riferimento all'assegno circolare, Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Foro it.*, 2008, I, 503, in *Corr. giur.*, 2008, 500, con nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society* ed in NGCC, 2008, I, 751, con nota di MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valenza teorico-applicativa di un orientamento evolutivo*. In relazione all'assegno bancario, cfr. Cass., sez. un., 4 giugno 2010, n. 13658, in *Giur. it.*, 2011, 2337. In senso conforme v., con riferimento all'assegno bancario, Cass. 10 giugno 2013, n. 14531, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «obbligazioni in genere», n. 69; con riferimento all'assegno di traenza, Cass. 15 luglio 2008, n. 19427, in *Foro it.*, 2009, I, 183; Cass. 10 marzo 2008, n. 6291, in *Foro it.*, 2009, I, 2806 ed in NGCC, 2008, I, 1193, con nota di VOMERO, *Il pagamento con assegno di traenza alla luce del principio di buona fede*.

dianche denaro contante ⁽¹⁵³⁾ — il debitore abbia facoltà di scegliere se pagare in contanti o tramite l'emissione di un assegno. Nel secondo caso — fermo restando che l'estinzione dell'obbligazione con effetto liberatorio per il debitore si verifica solo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica del denaro ⁽¹⁵⁴⁾ — il creditore può rifiutare il pagamento solo in presenza di un giustificato motivo, la cui sussistenza deve essere valutata sulla base dei precetti di correttezza e buona fede.

Come è evidente la nozione di «giustificato motivo», che traduce su questo terreno quella di «motivo legittimo», assume diversa fisionomia in dipendenza del fatto che sia stato offerto al debitore un assegno circolare o bancario. Nel primo caso, la provvista che assicura la realizzazione del pagamento risulta preconstituata, sicché il creditore può giustificare il rifiuto dell'assegno, esigendo il pagamento di denaro contante, solo in situazioni marginali e insolite. Quando invece gli viene offerto in pagamento un assegno bancario, il creditore può giustificare il rifiuto deducendo che il debitore non ha fornito evidenze idonee a dimostrare la sussistenza della provvista. Se i rapporti pregressi intercorrenti tra le parti o le evidenze fornite dal debitore non dimostrano che il creditore può effettivamente acquisire la disponibilità della somma dovuta, l'assegno bancario può essere legittimamente rifiutato.

Tali criteri sono stati prevalentemente applicati in relazione a controversie innescate dalle azioni esecutive con cui il creditore, rifiutando l'assegno offerto, aveva aggredito i beni del debitore — condannato ad adempiere da una precedente sentenza — per ottenere soddisfazione del suo diritto. Ciò nonostante, essi sono certamente applicabili anche nel contesto del giudizio avente ad oggetto la convalida della costituzione in mora del creditore e del conseguente deposito. È stata così accolta la domanda avente ad oggetto la convalida dell'offerta reale effettuata mediante l'esibizione di un assegno circolare e del deposito della somma dovuta, nella fattispecie realizzato mettendo a disposizione del creditore un libretto bancario al portatore sul quale era stato accreditato il denaro ⁽¹⁵⁵⁾. Anche su questo terreno, il

(153) V., *infra*, cap. V, § 6.

(154) Si ritiene, tuttavia, che l'onere di provare il mancato incasso della somma dovuta gravi sul creditore: cfr. Cass. 30 luglio 2009, n. 17749, in *Banca, borsa*, 2012, II, 31.

(155) Cfr. Cass. 14 agosto 2014, n. 17975, in *Vita not.*, 2015, 316. Nella fattispecie, la convalida dell'offerta reale e del conseguente deposito sono funzionali a

principio di buona fede concorre all'identificazione del motivo legittimo tanto in relazione alla mora del debitore, quanto agli effetti della mora del creditore e del deposito liberatorio.

l) Non si ravvisa un motivo legittimo di rifiuto quando l'offerta è incompleta a causa del difetto di cooperazione del creditore che non fornisce al debitore le informazioni necessarie per l'esatta determinazione del *quantum* dovuto. Si è così ritenuto che la mancata inclusione delle spese di rogito — che gli acquirenti del fondo oggetto di riscatto non avevano comunicato ai titolari del diritto di prelazione — non precludesse la convalida dell'offerta reale e del conseguente deposito del prezzo funzionali all'esercizio del diritto di riscatto ⁽¹⁵⁶⁾.

m) In giurisprudenza il disposto dell'art. 1206 c.c., che subordina il rifiuto alla sussistenza di un motivo legittimo, è stato applicato analogicamente nel settore delle procedure concorsuali ⁽¹⁵⁷⁾. La fattispecie vede l'imprenditore commerciale insolvente e un terzo formulare proposte di concordato fallimentare che, prevedendo il pagamento integrale di tutti i creditori, soddisfano in uguale misura i diritti di questi ultimi. Si ritiene, allora, che al verificarsi di queste condizioni l'approvazione dell'assemblea dei creditori non sia sufficiente a giustificare l'omologazione della proposta effettuata dal terzo e il conseguente rifiuto di quella presentata dall'imprenditore insolvente. Per omologare la proposta proveniente dal terzo — e preferirla così a quella, ugualmente vantaggiosa per i creditori, dell'imprenditore insolvente — il tribunale è tenuto ad accertare l'esistenza di un motivo legittimo che giustifichi il favore accordato alla prima e il rifiuto della seconda. Qualora la preferenza per l'offerta presentata dal terzo non sia sorretta da una valida ragione, risulta infatti opportuno accordare al fallito — «tornato *in bonis*» a seguito dell'espletamento della procedura

giustificare il riscatto di un fondo acquistato in violazione di un diritto di prelazione agraria.

(156) Sul punto v. nuovamente la motivazione di Cass. 14 agosto 2014, n. 17975, cit.

(157) Cfr. Cass. 12 febbraio 2010, n. 3327, in *Foro it.*, 2010, I, 2742, con nota di FABIANI, *Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principi della riforma fallimentare* ed in *Giur. it.*, 2010, 1816, con nota di SANZO, *La prima pronuncia di legittimità sul nuovo concordato fallimentare: brevi riflessioni sui poteri di controllo del tribunale e sul ruolo del fallito (con qualche divagazione circa i limiti di ammissibilità di un concordato «contro» il fallito)*. Per una valutazione critica della sentenza v. anche F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 253 ss.

di concordato — «la possibilità di... intraprendere, con i beni ancora in suo possesso, nuove iniziative imprenditoriali».

Il requisito del «motivo legittimo» viene qui applicato analogicamente, in quanto non giustifica il difetto di cooperazione del creditore, ma la preferenza data a una proposta contrattuale che prelude al pagamento dei creditori fallimentari.

15. *La comunicazione del motivo legittimo.* — È da valutare se il creditore sia tenuto a comunicare al debitore il «motivo legittimo» sulla base del quale rifiuta la prestazione o non fornisce la necessaria cooperazione. La questione, raramente considerata in sede dottrinale e giurisprudenziale, deve essere risolta nel caso concreto sulla base del criterio di buona fede.

Il creditore non è obbligato a comunicare il motivo sulla base del quale rifiuta la prestazione quando il debitore ne è a conoscenza (come nel caso in cui abbia intenzionalmente effettuato l'offerta con modalità tali da precluderne od ostacolarne l'accettazione) o non potrebbe rimuoverlo (è quanto avviene quando l'offerta viene rifiutata in considerazione dell'elevato rischio di insolvenza e della conseguente probabilità che il pagamento sia assoggettato ad azione revocatoria).

Il motivo del rifiuto, invece, dovrà essere comunicato quando sussiste la possibilità che il debitore non ne sia a conoscenza, come avviene quando la prestazione è interessata da difetti non immediatamente evidenti: l'informazione è necessaria per consentire al debitore di regolarizzare l'adempimento ed evitare, così, la dilatazione del rapporto obbligatorio ⁽¹⁵⁸⁾.

Un ulteriore argomento a sostegno del criterio indicato si ricava dalla disciplina delle garanzie, che esonera il creditore (compratore o committente) dalla denuncia del vizio quando il debitore (venditore o appaltatore) ne ha riconosciuto l'esistenza o lo ha occultato (artt. 1495, comma 2°; 1667, comma 2° c.c.); essendo la denuncia finalizzata a consentire al venditore (appaltatore) di riscontrare l'esistenza del vizio e di proporre eventuali interventi correttivi, essa non è necessaria quando la consapevolezza del difetto risulta evidente.

Quanto agli effetti che conseguono alla mancata comunicazione, in relazione alla *mora debendi* — che non richiede un procedimento formale di convalida — si può ritenere che il debitore sia responsabile

(158) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 100 ss.

del ritardo solo fino al momento in cui, qualora avvertito, avrebbe sanato l'irregolarità della prestazione o eliminato, comunque, il motivo legittimo di rifiuto. Il risarcimento del danno conseguente al ritardo maturato successivamente ad esso è inesigibile dal creditore, che ha determinato il protrarsi della mora tenendo un comportamento contrario a buona fede.

In giurisprudenza è stata poi rigettata l'azione esecutiva esercitata dal creditore che avendo ricevuto dal debitore un titolo di credito non firmato si era astenuto dal segnalargli l'omissione⁽¹⁵⁹⁾. La soluzione è condivisibile, in quanto il creditore avrebbe potuto ottenere soddisfazione del suo diritto restituendo il titolo al debitore e sollecitandone la sottoscrizione. Il ricorso all'azione esecutiva, con il conseguente addebito delle spese processuali, risulta contrario a buona fede, in quanto sottende un esercizio emulativo del diritto nei confronti del debitore.

La *mora accipiendi* implica, invece, un procedimento incentrato sull'offerta formale e sulla sua convalida giudiziale (artt. 1207, comma 2°; 1208 n. 7; 1209; 1216, comma 1° c.c.). In presenza di una ragione che giustifica il rifiuto dell'offerta, la stessa non può essere convalidata — e il creditore non può essere costituito in mora — neppure quando emerge che in violazione del precetto di buona fede il motivo legittimo non è stato comunicato al debitore. Qualora la comunicazione fosse stata effettuata, sarebbe stato onere del debitore compiere una nuova offerta e chiederne la convalida. Non può allora ritenersi che il creditore sia stato costituito in mora quando ha rifiutato l'offerta sulla base di un motivo legittimo del quale ha scorrettamente omesso la comunicazione: la sentenza di convalida può essere pronunciata solo se al momento dell'offerta non sussisteva un motivo legittimo di rifiuto⁽¹⁶⁰⁾.

Benché non costituito in mora, il creditore che in violazione del canone di buona fede abbia omesso di effettuare la comunicazione è obbligato a risarcire il danno subito dal debitore in conseguenza della dilatazione del rapporto. Il risarcimento dovuto compenserà i pregiu-

(159) Cfr. Trib. Bologna 5 novembre 1970, in *Foro it.*, 1971, I, 1030 ed in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 277.

(160) In senso contrario v., tuttavia, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., 101 s. Secondo l'autore, il creditore che non effettua la comunicazione può essere costituito in mora «nonostante l'esistenza di un motivo astrattamente idoneo ad escluderla: e ciò perché, tralasciando di porre sull'avviso il debitore, il creditore gli ha impedito di regolarizzare l'offerta e prolungato così l'esistenza del debito».

dizi conseguenti al protrarsi del vincolo dal momento in cui il debitore, tempestivamente avvertito, avrebbe riformulato l'offerta a quello in cui la stessa è stata effettivamente riproposta, con la conseguente estinzione dell'obbligazione (se l'offerta è stata accettata) o costituzione in mora del creditore (se, venuto meno il motivo legittimo, egli l'ha ingiustamente rifiutata).

Se poi durante tale periodo la prestazione diviene impossibile per causa non imputabile al debitore, egli non può ritenersi obbligato a risarcire il danno conseguente all'impossibilità della prestazione — come avverrebbe, invece, se il motivo del rifiuto gli fosse stato tempestivamente comunicato (art. 1220 c.c.) — la corrispondente pretesa del creditore essendo evidentemente contraria a buona fede (artt. 1175, 1375 c.c.). D'altra parte, il comportamento scorretto del creditore che non ha comunicato il motivo del rifiuto può esporlo a una responsabilità *assimilabile* a quella prevista dall'art. 1207, comma 1° c.c., essendo l'impossibilità della prestazione riconducibile alla sua omissione. Il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio, commisurato all'interesse positivo, sarà tuttavia limitato ai sensi dell'art. 1227, comma 1° c.c. in quanto la condotta del debitore, che ha formulato un'offerta suscettibile di essere rifiutata, ha contribuito a cagionarlo.

CAPITOLO III

LA MORA DEL CREDITORE: IL PROCEDIMENTO

SOMMARIO: 1. L'offerta della prestazione: requisito ineludibile della *mora accipiendi*. — 2. La formalità dell'offerta: uno sguardo d'insieme. — 3. Il destinatario dell'offerta: capacità di ricevere, legittimazione a ricevere, pluralità di creditori. Quando il destinatario è indeterminato. — 4. L'autore dell'offerta: capacità di offrire, legittimazione ad offrire, pluralità di debitori. — 5. Il *quantum* dell'offerta. — 6. Quando l'oggetto della prestazione non è (ancora) determinato. — 7. Offerta qualitativamente inesatta e «motivo legittimo» di rifiuto. — 8. La scadenza del termine pattuito a favore del creditore (o di entrambe le parti del rapporto). — 9. Il verificarsi della condizione sospensiva. — 10. Il luogo dell'offerta. — 11. L'intervento del pubblico ufficiale. — 12. L'offerta subordinata al consenso alla liberazione del bene... — 13 ...e a condizioni o riserve non espressamente previste dalla legge. — 14. Le varianti dell'offerta formale e il loro ambito di applicazione. — 15. Quando il debitore non segue il procedimento previsto dalla legge: l'offerta irrituale. — 16. L'offerta reale. — 17. L'offerta per intimazione. — 18. L'offerta nelle forme d'uso: ambito di applicazione e struttura. — 19. *Segue*. I presupposti e la comunicazione. — 20. *Segue*. Contenuto e forma. — 21. L'accertamento giudiziale della validità dell'offerta. — 22. L'accettazione del creditore.

1. *L'offerta della prestazione: requisito ineludibile della mora accipiendi*. — Esaminati i presupposti sostanziali dell'istituto, occorre considerare il procedimento mediante il quale il creditore viene costituito in mora. Esso è incentrato sull'offerta della prestazione, che la legislazione italiana, in sintonia con il modello francese, sottopone a rigorosi requisiti formali e procedurali. Molto netta, sotto questo profilo, la differenza rispetto alla soluzione adottata dal BGB, dove l'offerta necessaria per la costituzione in mora si identifica con quella ordinariamente effettuata dal debitore per adempiere l'obbligazione (§ 294) ⁽¹⁾.

Nel nostro ordinamento, l'offerta ordinaria vale solo ad escludere che il debitore possa essere ritenuto responsabile per il ritardo nel-

(1) Diffusamente, sul punto, FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, pp. 146 ss., 215.

l'adempimento dell'obbligazione e ad esonerarlo dalle conseguenze che ne derivano (*mora debendi*, risoluzione del contratto ecc.) (2). Per ottenere tutela contro il difetto di cooperazione e la conseguente dilatazione del rapporto, il debitore ha l'onere di offrire la prestazione osservando le formalità previste dalla legge.

Come si è anticipato, l'offerta della prestazione costituisce — insieme al difetto di cooperazione — un presupposto logico della *mora accipiendi*, in quanto denota che l'affidamento del debitore nell'adempimento dell'obbligazione, e nella conseguente liberazione dal vincolo, è meritevole di tutela (3). Grazie all'offerta tale affidamento viene integrato nel procedimento che determina la costituzione in mora: il debitore dimostra di essere pronto ad adempiere, sicché la dilatazione del rapporto obbligatorio è esclusivamente dovuta all'omissione della cooperazione necessaria per l'adempimento.

L'offerta funzionale alla costituzione in mora comprende tanto l'intimazione di ricevere la prestazione, quanto l'esibizione della stessa. Con la prima, il debitore manifesta la propria intenzione di adempiere, sollecitando il creditore a fornirgli la necessaria collaborazione; con la seconda, il debitore mette la prestazione a disposizione del creditore, dimostrando che il mancato adempimento dell'obbligazione e la conseguente dilatazione del vincolo sono dovuti al difetto di cooperazione.

Le due componenti sono riscontrabili in entrambe le varianti dell'offerta formale (4). Nell'offerta reale — che deve essere esperita quando l'obbligazione ha ad oggetto denaro, titoli di credito e beni mobili da consegnare presso il domicilio del creditore (art. 1209,

(2) Cfr. art. 1220 c.c.

(3) V., *supra*, cap. II, § 3.

(4) La constatazione è diffusa: cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, *sub* art. 1209, p. 834 s.; N. RIZZO, *Della mora del creditore*, in *Codice civile commentato*, a cura di Bonilini, Confortini, Granelli, Torino, 2012, *sub* art. 1209, p. 2569; CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da Garofalo e Talamanca, V, *La liberazione del debitore*, Padova, 2010, p. 827; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 3; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*³, *Artt. 1173-1320*, in *Comm. Utet*, 1982, p. 207; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, in *EdD*, XXIX, Milano, 1979, p. 779 s.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 62 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XVI, 1, Milano, 1974, p. 197 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, *Artt. 1206-1217*, Bologna-Roma, 1973, p. 138; P. D'ONOFRIO, voce *Offerta reale*, in *Nss. D. I.*, XI, Torino, 1965, p. 770; FALZEA, *L'offerta reale*, *cit.*, p. 216 ss.

comma 1° c.c.) — intimazione ed esibizione sono contestuali o immediatamente conseguenti: presentando al creditore i beni dovuti, il debitore lo sollecita a riceverli e dimostra di essere pronto ad adempiere l'obbligazione. Nell'offerta per intimazione — che interessa la consegna di immobili (art. 1216, comma 1° c.c.), o di cose mobili da consegnare in luogo diverso dal domicilio del creditore (art. 1209, comma 2° c.c.) — le due fasi si realizzano in tempi e luoghi distinti: l'intimazione viene notificata al creditore con le forme previste per gli atti di citazione, mentre l'esibizione dei beni avviene — con un intervallo non minore di tre giorni — nel luogo dove essi devono essere consegnati in base al titolo che costituisce il rapporto obbligatorio (5). In entrambe le varianti dell'offerta formale, l'esibizione dei beni che il debitore è obbligato a consegnare dimostra che la dilatazione del rapporto obbligatorio è dovuta al rifiuto del creditore, o comunque alla mancanza della collaborazione necessaria per l'adempimento. Le due fasi si ripropongono nel contesto dell'offerta nelle forme d'uso prevista in relazione alle prestazioni di fare (art. 1217 c.c.): anche su questo terreno il debitore non può limitarsi a sollecitare il creditore a ricevere la prestazione, ma ha l'onere di predisporre le condizioni necessarie per intraprenderne l'esecuzione (6).

Su questa base, si comprende perché mentre si configurano fattispecie in cui la mora del debitore è automatica (art. 1219, comma 2° c.c.), quella del creditore richiede necessariamente l'offerta della prestazione (7).

Quando si verifica un ritardo nell'adempimento, la legge pone a

(5) Siccome entrambe le fasi sono necessarie, il rifiuto del creditore è giustificato quando anche una sola di esse è viziata. Il debitore che abbia effettuato un'intimazione inesatta ha, dunque, l'onere di rinnovarla, non essendo sufficiente a costituire in mora il creditore la circostanza che in un secondo momento la prestazione sia stata correttamente esibita. A maggior ragione, il creditore non può essere costituito in mora quando ad una corretta intimazione segue un'esibizione inesatta. Nitidamente, sul punto, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 199.

(6) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 66 s.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 197; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 217. Nel vigore del codice abrogato, cfr. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, Napoli, 1890, p. 182 s. e la sentenza *ivi* citata: Cass. Torino 25 luglio 1883, in *Mon. Trib.*, 1884, p. 167. In senso contrario v., ADDANTE, *Della mora del creditore*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2017, p. 329; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 259.

(7) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 50 ss.; STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*,

carico del creditore l'onere di sollecitare il debitore ad eseguire la prestazione per evitare che la sua inerzia possa essere interpretata come espressione di tolleranza. Il creditore, coerentemente, è esonerato dalla costituzione in mora quando una sua tolleranza nei confronti del ritardo non è realisticamente ipotizzabile perché il debito deriva da un fatto illecito (art. 1219, n. 1 c.c.); l'intimazione ad adempiere risulta inutile alla luce del comportamento tenuto dal debitore, che ha dichiarato per iscritto di non voler eseguire la prestazione (art. 1219, n. 2 c.c.); le modalità dell'adempimento, che deve avvenire presso il domicilio del creditore entro un termine prefissato, giustificano l'attesa della prestazione (art. 1219, n. 3 c.c.).

La *mora debendi* tutela l'interesse positivo del creditore che subisce il ritardo, in quanto tende a collocarlo nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'obbligazione fosse stata tempestivamente adempiuta. Il creditore può ottenere il risarcimento del danno ed essere protetto contro il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da caso fortuito anche se non ha investito per ricevere la prestazione né per attuare il rapporto in cui l'obbligazione si trova inserita. La sollecitazione ad adempiere non integra il fondamento dell'istituto, che tutela il creditore in quanto non ha ricevuto tempestivamente la prestazione: si comprende, allora, che il debitore possa essere ritenuto responsabile del ritardo anche in assenza di essa, quando la semplice attesa della prestazione non può essere interpretata come manifestazione di tolleranza.

La *mora accipiendi*, invece, richiede necessariamente l'offerta della prestazione, che integra il fondamento stesso dell'istituto. Il debitore può ottenere tutela contro la dilatazione del rapporto obbligatorio solo se risulta dimostrato che qualora il creditore avesse collaborato l'obbligazione sarebbe stata adempiuta. Il difetto di cooperazione non è infatti sufficiente a giustificare la tutela accordata al debitore, essendo sempre possibile che quest'ultimo non sarebbe stato in condizione di adempiere l'obbligazione anche qualora adeguatamente assistito. Ecco perché l'offerta della prestazione — che dimostra l'attitudine ad adempiere — costituisce un presupposto imprescindibile della mora.

Il debitore è tenuto ad effettuare l'offerta solenne anche se il creditore ha dichiarato anticipatamente di non voler ricevere la prestazione. In altra sede si è sostenuto che quando l'obbligazione deriva da

in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 379; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 36 ss.

un contratto a prestazioni corrispettive la dichiarazione con cui una delle parti preannuncia il proprio inadempimento o il rifiuto di ricevere la prestazione giustifica la risoluzione immediata del contratto (8). Se la volontà di non attuare lo scambio viene espressa chiaramente, il contraente deluso può conseguire senz'altro la risoluzione e tornare tempestivamente sul mercato per procurarsi la prestazione attesa (e non eseguita dalla controparte) o disporre nuovamente della prestazione promessa (e rifiutata dalla controparte); conseguendo tempestivamente la risoluzione e concludendo un contratto sostitutivo, egli può ridurre sensibilmente il danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio ed operare, così, anche nell'interesse della parte inadempiente, obbligata a risarcire un pregiudizio inferiore.

Può tuttavia accadere che a seguito del rifiuto anticipato di ricevere la prestazione il debitore non opti per la risoluzione, ma scelga, almeno temporaneamente, di restare vincolato al contratto; non può allora pretendere di essere tutelato contro la dilatazione del rapporto se non dimostra che qualora la controparte avesse cooperato l'obbligazione sarebbe stata adempiuta. Anche in questa ipotesi, in definitiva, il debitore può invocare gli effetti della *mora accipiendi* solo a condizione che abbia offerto la prestazione nelle forme previste dalla legge. È da condividere l'opinione prevalente in dottrina, che ritiene il debitore esonerato dalla preventiva offerta ordinaria (9), ma non da quella formale (10). La soluzione è preferibile tanto a quella proposta da un

(8) V., volendo, DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 555 ss. Sul tema dell'inadempimento anticipato — che può manifestarsi, in concreto, mediante il rifiuto della prestazione — si rinvia alle indagini monografiche di VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013; ID. (a cura di), *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, Torino, 2013; PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008.

(9) Come si è ricordato *supra*, cap. II, § 12, parte della dottrina ritiene che quando l'obbligazione deve essere adempiuta in luogo diverso dal domicilio del debitore l'offerta ordinaria debba precedere quella formale perché il creditore possa essere costituito in mora. In quella sede, a cui si rinvia, si è invece sostenuto che la mancata formulazione di una preventiva offerta ordinaria non giustifichi il rifiuto di quella formale, pur escludendo che il debitore possa ottenere il rimborso delle spese qualora quest'ultima venga accettata (art. 1215 c.c.).

(10) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., pp. 52 s., 109; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 47 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 139 s.; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 207; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 200 ss. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 18 gennaio 1995, n. 522, in

indirizzo dottrinale minoritario, che ritiene l'offerta non necessaria⁽¹¹⁾; quanto a quella adottata dal BGB, in base al quale quando il creditore ha preannunciato il rifiuto della prestazione il debitore può limitarsi ad effettuare un'offerta verbale, senza essere tenuto ad esibire la prestazione (§ 295).

Certo, l'offerta solenne comporta l'onere di sostenere i costi necessari per esibire una prestazione destinata ad essere rifiutata. Il requisito, nondimeno, è coerente con la scelta effettuata dal debitore, che decidendo di restare obbligato può pretendere di essere tutelato contro gli inconvenienti della dilatazione del rapporto solo se dimostra di essere pronto ad adempiere, risultando così evidente che la mancata esecuzione della prestazione è ascrivibile al difetto di cooperazione.

Per la stessa ragione l'offerta formale (nella variante "reale") è necessaria anche quando l'obbligazione deve essere adempiuta presso il domicilio del creditore⁽¹²⁾. La circostanza che quest'ultimo non debba attivarsi per ricevere la prestazione, ma possa restare in posizione di attesa, giustifica che il debitore inadempiente sia automaticamente costituito in mora a seguito della scadenza del termine di adempimento dell'obbligazione (art. 1219, n. 3 c.c.); non esonera invece dall'offerta reale lo stesso debitore, quando a fronte del difetto della cooperazione necessaria per l'adempimento sia interessato ad essere protetto contro i rischi e gli inconvenienti conseguenti alla dilatazione del rapporto.

Si è poi ritenuto che il requisito dell'offerta possa essere conven-

Foro it., Rep. 1995, v. «obbligazioni in genere», n. 23. Come si legge in motivazione, qualora il creditore «dichiarasse che non intende ricevere la prestazione, non per questo verserebbe, automaticamente, in una sorta di inammissibile *mora ex re...* un comportamento siffatto varrebbe, semmai, soltanto ad esimere il debitore dal procedere alla c.d. "offerta ordinaria" ex art. 1220 cod. civ., legittimandolo a passare immediatamente a quella "solenne", ma non già ad esimerlo, *tout court*, dall'offerta della prestazione».

(11) Cfr. SICCHIERO, voce *Offerta reale e deposito delle cose dovute*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 27; SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, pp. 31 s., 56. Nello stesso senso, sembrerebbe, G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 785.

(12) Perviene a tale conclusione Cass. 28 novembre 1969, n. 3843, in *Giust. civ.*, 1970, I, 424: «gli effetti della mora del creditore — compreso fra questi l'obbligo del risarcimento dei danni — si verificano dal giorno dell'offerta, che, a seconda dei casi, deve essere reale o per intimazione, ma che è necessaria in ogni caso, anche in quello in cui la consegna deve avvenire al domicilio del creditore, ossia anche quando, a costituire in mora il debitore, altro non occorre che la scadenza del termine, e vale, perciò, il principio *dies interpellat pro homine*».

zionalmente escluso: il creditore rinunciarebbe validamente ad esso in quanto è previsto nel suo particolare interesse ⁽¹³⁾. A nostro avviso, invece, se il creditore può esonerare il debitore dalla formulazione dell'offerta, quando la stessa non viene effettuata manca un presupposto essenziale della *mora accipiendi*: in questa ipotesi la tutela accordata al debitore pregiudicato dalla dilatazione del rapporto obbligatorio si colloca necessariamente al di fuori del perimetro dell'istituto. È sufficiente ricordare, a questo proposito, che gli effetti della mora si producono dal momento dell'offerta, accettata dal creditore o convalidata con sentenza passata in giudicato (art. 1207, comma 3° c.c.): in assenza di essa, viene meno l'oggetto della convalida giudiziale alla quale è subordinata la costituzione in mora del creditore.

In definitiva, quando il contratto esonera il debitore dalla formulazione dell'offerta egli potrà essere tutelato contro i pregiudizi derivanti dal protrarsi del rapporto in assenza dei requisiti di *forma* e *procedimento* previsti dalla disciplina della *mora accipiendi*. Anche in questa ipotesi, tuttavia, dovranno essere accertati i *presupposti sostanziali* che costituiscono il substrato della tutela accordata dalla legge: essi rispondono a una necessità logica prima ancora che a una previsione normativa. Il debitore, in particolare, dovrà ugualmente dimostrare di essere pronto ad adempiere l'obbligazione, con la conseguenza che la dilatazione del rapporto obbligatorio è ascrivibile (anziché al suo ritardo) al difetto di cooperazione del creditore: l'esigenza sostanziale sottostante al requisito dell'offerta dovrà essere parimenti soddisfatta.

Nelle pagine precedenti, a ben vedere, è stata considerata una fattispecie in cui il debitore può essere tutelato contro la dilatazione del rapporto anche in assenza dell'offerta: ci si riferisce alla responsabilità del committente pubblico che non presta la necessaria cooperazione nel "regime delle riserve" ⁽¹⁴⁾. In tale situazione, siccome l'appaltatore affronta ostacoli dovuti al comportamento non cooperativo del creditore *nel corso dei lavori*, la disciplina di settore — oggi, necessariamente recepita nel contesto del contratto ⁽¹⁵⁾ — lo esonera dall'offerta della

(13) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 61 s.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione*, cit., p. 214.

(14) V. *supra*, cap. II, § 3.

(15) In base all'art. 9 d.m. infrastrutture 7 marzo 2018, n. 49, infatti, «il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto».

prestazione, ponendo invece a suo carico la tempestiva formulazione di riserve e la loro conseguente annotazione nei registri di contabilità dell'appalto. Nelle pronunce giurisprudenziali che condannano il committente a risarcire il danno subito dall'appaltatore a causa del difetto di cooperazione e della conseguente dilatazione del rapporto non si riscontrano riferimenti alla *mora accipiendi*; l'appaltatore viene tutelato al di fuori del perimetro dell'istituto, la cui applicazione presuppone necessariamente l'offerta della prestazione.

Anche al di fuori di questo specifico settore, d'altra parte, si riscontra nel diritto applicato una tendenza favorevole a tutelare il debitore che pur avendo compiuto investimenti rilevanti per mettersi in condizione di adempiere non abbia offerto la prestazione nelle forme prescritte dalla legge. Fermo restando che la *mora accipiendi* richiede un'offerta formale, il risultato viene giustificato ravvisando un fondamento contrattuale nelle prestazioni eseguite dal debitore a causa della dilatazione del vincolo. Assente il presupposto dell'offerta, la tutela accordata al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione viene giustificata sulla base di soluzioni che si collocano al di fuori del perimetro dell'istituto.

Non sorprende che tale tendenza — rispondente a ragioni di carattere equitativo — emerga in modo episodico. In materia di appalto, alcune sentenze si limitano a rigettare la domanda con cui il costruttore chiede di essere compensato delle spese di gestione e custodia dell'immobile rilevando che non ne ha offerto la consegna con le modalità prescritte dalla legge ⁽¹⁶⁾. Altre, pur escludendo che il committente sia stato validamente costituito in mora, riconoscono all'appaltatore il diritto di essere compensato per le prestazioni eseguite in conseguenza del difetto di cooperazione. Si ritiene, così, che l'appaltatore sia legittimato a esigere il corrispettivo del servizio di vigilanza e custodia dell'opera protrattasi a causa del ritardo del committente pubblico nel dare inizio al collaudo; il corrispettivo risulta dovuto quale credito per prestazioni non previste dal contratto, mentre l'appaltatore può essere compensato per le spese sostenute a seguito del collaudo solo dopo aver costituito in mora il committente offrendo formalmente

(16) Cfr. Cass. 20 giugno 2000, n. 8389, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. «obbligazioni in genere», n. 33; App. Bari 10 maggio 1995, in *Giur. pugliese*, 1995, 209; Trib. Bari 14 novembre 1990, *ibidem*.

la consegna dell'opera⁽¹⁷⁾. Anche all'appaltatore che ha effettuato una riparazione navale viene riconosciuto il diritto di essere compensato delle spese di custodia sostenute a causa del ritardo del committente nel ritirare il natante: in quanto si configura quale corrispettivo di un servizio reso dall'appaltatore, la somma può essere determinata dal giudice, ove non pattuita dalle parti, in applicazione dell'art. 1657 c.c.⁽¹⁸⁾

Una soluzione analoga viene avallata dalla S.C. in relazione a un contratto avente ad oggetto il trasferimento di un'azienda destinata ad essere utilizzata per la prestazione di un servizio pubblico in regime di concessione⁽¹⁹⁾. Stante l'ingiustificato ritardo del concessionario subentrante nel ricevere la consegna dell'impianto, il precedente gestore non lo aveva validamente costituito in mora, ritenendosi necessaria in relazione al trasferimento d'azienda l'osservanza delle formalità previste per l'intimazione a ricevere beni immobili (art. 1216 c.c.). Viene tuttavia confermata la sentenza di merito che aveva accolto la domanda con cui il precedente concessionario aveva chiesto il rimborso delle spese di gestione sostenute dalla scadenza del termine pattuito per il trasferimento dell'impianto al momento in cui si era effettivamente verificata la consegna. Si ritiene, infatti, che tra le parti sia tacitamente intercorso un accordo destinato a regolare la "fase di transizione" durante la quale il precedente concessionario aveva continuato a prestare il servizio per conto del subentrante: decisiva, in questo senso, la circostanza che il primo avesse ricevuto dal secondo i mezzi finanziari necessari per retribuire gli addetti alla prestazione del servizio.

2. La formalità dell'offerta: uno sguardo d'insieme. — L'offerta necessaria ai fini della costituzione in mora è detta formale, o solenne, perché deve essere effettuata tramite un pubblico ufficiale ed osservando un procedimento analiticamente previsto dalla legge. Il requisito trova riscontro nell'art. 1214 c.c., ai termini del quale l'offerta effettuata nelle forme d'uso comporta la mora del creditore — o meglio, la sua liberazione — solo se accompagnata dal deposito: in sé e per sé considerata l'offerta informale non vale a costituire in mora il creditore,

(17) Cfr. Cass. 17 gennaio 1985, n. 113, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1985, 481 ed in *Foro it.*, Rep. 1985, v. «opere pubbliche», n. 226.

(18) Cfr. Trib. Salerno 24 giugno 1994, in *Dir. maritt.*, 1996, 1055.

(19) Cfr. Cass. 4 febbraio 1987, n. 994, in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «obbligazioni in genere», n. 18.

ma solo ad escludere la responsabilità del debitore per il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione (art. 1220 c.c.). Per essere protetto contro il difetto di cooperazione, il debitore ha l'onere di effettuare l'offerta in forma solenne (artt. 1209, 1216 c.c.) o di accompagnare all'offerta nelle forme d'uso il deposito (art. 1214 c.c.). Solo in relazione alle prestazioni di fare il dettato normativo ammette che il creditore possa essere costituito in mora mediante offerta effettuata nelle forme d'uso (art. 1217 c.c.).

Le formalità prescritte per la formulazione dell'offerta ostacolano, nella prassi, l'applicazione dell'istituto; d'altra parte, esse non rispondono ad una necessità logica, ma riflettono una scelta discrezionale compiuta dal legislatore italiano sul modello del *Code Napoléon*. In astratto, infatti, il debitore può dimostrare la propria attuale attitudine ad adempiere l'obbligazione anche effettuando un'offerta informale: è sufficiente ricordare, a questo proposito, che in base ad un orientamento giurisprudenziale univoco l'offerta ordinaria, necessaria per escludere la *mora debendi*, deve mettere la prestazione nella sfera di disponibilità del creditore ⁽²⁰⁾. Il requisito appare sostanzialmente coincidente con quello dell'esibizione della prestazione: non è sufficiente che il debitore manifesti la volontà di adempiere l'obbligazione,

(20) Cfr. Cass. 28 ottobre 2015, n. 21924, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «obbligazioni in genere», n. 56; Cass. [ord.] 27 ottobre 2014, n. 22734, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «obbligazioni in genere», n. 52; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25155, in *Foro it.*, Rep. 2010, v. «obbligazioni in genere», n. 51; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2361, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «obbligazioni in genere», n. 71; Cass. 6 luglio 2006, n. 15352, in *Arch. loc.*, 2008, 375; Cass. 16 maggio 2005, n. 10184, in *Foro it.*, Rep. 2005, v. «obbligazioni in genere», n. 57; Cass. 21 giugno 2002, n. 9058, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2905; Cass. 29 ottobre 2001, n. 13405, in *Foro it.*, Rep. 2001, v. «obbligazioni in genere», n. 35; Cass. 16 maggio 2000, n. 6356, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, 449; Cass. 1° aprile 1999, n. 3108, in *Foro it.*, Rep. 1999, v. «obbligazioni in genere», n. 45; Cass. 1° dicembre 1993, n. 11878, in *Foro it.*, 1994, I, 1288; Cass. 1° giugno 1993, n. 6127, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 737; Cass. 5 marzo 1991, n. 2283, in *Foro it.*, Rep. 1991, v. «obbligazioni in genere», n. 35; Cass. 1° ottobre 1984, n. 4841, in *Foro it.*, Rep. 1984, v. «obbligazioni in genere», n. 32; Cass. 12 marzo 1984, n. 1699, in *Foro it.*, Rep. 1984, v. «obbligazioni in genere», n. 28; Cass. 29 aprile 1983, n. 2987, in *Foro it.*, Rep. 1983, v. «obbligazioni in genere», n. 34; Cass. 30 ottobre 1982, n. 5736, in *Foro it.*, Rep. 1982, v. «obbligazioni in genere», n. 21; Cass. 13 gennaio 1982, n. 186, in *Foro it.*, Rep. 1982, v. «obbligazioni in genere», n. 19. Nella giurisprudenza di merito v., a titolo esemplificativo, Trib. Bari 15 maggio 2015, n. 2352, per esteso in *Pluris*.

essendo invece necessario che dimostri la propria attuale attitudine ad eseguire la prestazione mettendola a disposizione del creditore ⁽²¹⁾.

È questa la scelta del legislatore tedesco, che — in sintonia con la tradizione di diritto comune ⁽²²⁾ — prevede ai fini della costituzione in mora del creditore un'offerta effettiva, tale da includere l'esibizione della prestazione, senza tuttavia prescrivere formalità particolari e neppure la convalida giudiziale (§ 294 BGB). In quest'ottica, il controllo del giudice sulla regolarità dell'offerta non è necessario, ma eventuale: se il creditore non adempie le obbligazioni poste a suo carico dalla disciplina della mora, il debitore potrà ottenere la sua condanna a seguito dell'accertamento della regolarità dell'offerta, che è suo onere provare.

In occasione della recente riforma del diritto delle obbligazioni, d'altra parte, anche il legislatore francese si è orientato nel senso di una netta riduzione degli oneri formali e procedurali gravanti sul debitore. Siccome le caratteristiche dell'atto di costituzione in mora non sono espressamente regolamentate (art. 1345 *Code civil*), si ritiene sufficiente che il debitore manifesti chiaramente la propria attitudine ad adempiere l'obbligazione, sollecitando il creditore a ricevere la prestazione o a fornire la necessaria cooperazione ⁽²³⁾.

Ci si interroga, allora, sulle ragioni che hanno indotto il legislatore italiano a seguire l'esempio offerto dalla disciplina francese previgente. Le formalità dell'offerta e la complessità del procedimento vengono ricondotte ora all'esigenza di fornire un fondamento sicuro agli effetti della mora ⁽²⁴⁾; ora, alla necessità di garantire adeguatamente la posizione del creditore, che risulterebbe seriamente pregiudicato qualora venisse illegittimamente costituito in mora ⁽²⁵⁾.

La verbalizzazione dell'offerta da parte del pubblico ufficiale e le altre formalità prescritte dalla legge sembrano piuttosto giustificate dalla contestuale previsione del giudizio di convalida. Quando il creditore non accetta la prestazione offertagli, la costituzione in mora è subordinata al controllo necessario del giudice (art. 1207, comma 3°

(21) Per un'analogia constatazione v., incisivamente, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 199 s.

(22) Sul punto v. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 146, 265; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 34.

(23) Sul punto v. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2° éd., Lexis Nexis, 2018, p. 851.

(24) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 137.

(25) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 265.

c.c.). È questo il senso dell'affermazione, ricorrente in dottrina, in base alla quale la sentenza che convalida l'offerta reale ha carattere costitutivo⁽²⁶⁾: per invocare gli effetti della *mora accipiendi*, il debitore deve necessariamente ottenere la convalida dell'offerta. Qualora, invece, la sentenza avesse carattere dichiarativo, il giudice accerterebbe la validità dell'offerta solo nell'eventualità in cui il creditore rifiutasse l'adempimento delle obbligazioni poste a suo carico dalla disciplina positiva dell'istituto e il debitore esercitasse nei suoi confronti un'azione di condanna. Ora, la verbalizzazione dell'offerta da parte del pubblico ufficiale sembra coerente con la previsione del giudizio di convalida quale componente necessaria del procedimento che conduce alla costituzione in mora: se da un lato la legge prevede quale momento essenziale del procedimento il sindacato giudiziale, dall'altro esclude che nel contesto del giudizio di convalida debba essere condotta un'attività istruttoria finalizzata a provare l'offerta e il suo contenuto.

Siccome tali elementi sono asseverati dal verbale redatto da un pubblico ufficiale, nel giudizio di convalida i due presupposti essenziali dell'istituto (offerta e difetto di cooperazione) risultano dimostrati: l'attenzione del giudice può allora concentrarsi sul confronto tra la prestazione offerta e quella dovuta, oltre che sull'eventuale sussistenza di un motivo legittimo tale da giustificare il comportamento del creditore. In definitiva, il legislatore prevede il giudizio di convalida quale momento necessario del procedimento che determina la costituzione in mora del creditore, preoccupandosi, contestualmente, di fornire ad esso un solido fondamento probatorio. L'offerta della prestazione e il difetto di cooperazione non richiedono una rilevante attività istruttoria, in quanto risultano verbalizzati dal pubblico ufficiale.

È coerente con tale giustificazione l'opinione, espressa nel capitolo precedente, in base alla quale la costituzione in mora del creditore non richiede una preventiva offerta ordinaria (art. 1220 c.c.)⁽²⁷⁾. Diversamente, infatti, nel giudizio di convalida il debitore avrebbe l'onere di provare (e il giudice sarebbe tenuto ad accertare) un fatto non documentato in forma solenne qual è l'offerta ordinaria: con la conseguenza che il fondamento probatorio dell'istituto diverrebbe più incerto.

La connessione qui ipotizzata tra le formalità dell'offerta e il giudizio di convalida trova riscontro, sia pure "in negativo" nella disciplina del BGB (§§ 293 ss.): in questo ambito, in cui la costituzione

(26) V., *infra*, § 21.

(27) V., *supra*, cap. II, § 12.

in mora del creditore non richiede la convalida giudiziale, l'offerta non richiede formalità particolari. Se il controllo del giudice è solo eventuale, in quanto rimesso all'iniziativa del debitore, un'offerta ordinaria è sufficiente ad innescare gli effetti della mora: il debitore, sul quale grava l'onere della prova, assume il rischio di non riuscire a dimostrare l'offerta e il suo contenuto. Quando invece, come avviene nella legislazione italiana, il controllo del giudice sulla validità dell'offerta è previsto come necessario, non si ritiene sufficiente rimettere al debitore l'onere di provarla, ma — essendo il giudizio di convalida un presupposto essenziale dell'istituto, come tale sottratto alla disponibilità delle parti — se ne garantisce il fondamento probatorio prevedendo che l'offerta debba essere verbalizzata in forma solenne.

Nell'ambito del presente capitolo, seguendo l'impostazione del codice civile, distingueremo l'ipotesi in cui l'offerta abbia ad oggetto una prestazione "di dare" da quella in cui la stessa sia relativa a una prestazione "di fare". L'art. 1208 c.c. prevede i requisiti dell'offerta formale, che si configura in entrambe le sue varianti — reale e per intimazione — quando la prestazione consiste nella consegna di un bene. La disposizione, invece, non viene ritenuta applicabile all'offerta nelle forme d'uso relativa alle prestazioni di fare (art. 1217 c.c.) se non in quanto enuncia «principi generali comuni a tutte le obbligazioni» (28).

3. *Il destinatario dell'offerta: capacità di ricevere, legittimazione a ricevere, pluralità di creditori. Quando il destinatario è indeterminato.* — Il primo requisito di validità previsto dalla legge attiene al destinatario dell'offerta: ai termini dell'art. 1208 n. 1 c.c., infatti, la stessa deve essere «fatta al creditore capace di ricevere o a chi ha capacità di ricevere per lui». In questa sede, per esigenze di comodità espositiva, si è scelto di considerare separatamente i tre aspetti più rilevanti in relazione alla posizione del destinatario: la capacità di ricevere del creditore *a*), l'identificazione degli altri soggetti ai quali l'offerta può essere indirizzata *b*), gli effetti e le modalità dell'offerta in presenza di una pluralità di creditori *c*).

a) Il creditore quale destinatario dell'offerta: la capacità di ricevere. È opinione condivisa che la capacità di ricevere l'offerta del creditore (art. 1208, n. 1 c.c.) si identifichi con la sua capacità di

(28) Così CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 138.

ricevere il pagamento (art. 1190 c.c.): il creditore non sufficientemente collaborativo può essere costituito in mora solo quando in base alla seconda disposizione il debitore può adempiere e liberarsi dell'obbligazione⁽²⁹⁾.

Si ripropongono, qui, le divergenze che interessano l'identificazione della nozione di «capacità del creditore» in relazione al pagamento. In base a un primo orientamento, perché il debitore sia legittimato ad adempiere — quindi, ad effettuare la costituzione in mora — è sufficiente che il creditore sia dotato della capacità legale di agire⁽³⁰⁾: la circostanza che il creditore scarsamente collaborativo non sia effettivamente capace di intendere e di volere non precluderebbe la costituzione in mora. A sostegno di tale opinione si osserva che se per ipotesi si ritenesse necessaria la capacità naturale del creditore, il debitore, in assenza di un rappresentante legale, si troverebbe impossibilitato ad adempiere, né potrebbe essere tutelato contro le conseguenze di un eventuale difetto di cooperazione⁽³¹⁾. Su posizioni diverse chi — reputando la tutela del creditore incapace preminente sulla protezione dell'affidamento del debitore e del suo interesse a liberarsi dal vincolo — ritiene che l'incapacità naturale precluda sempre l'adempimento e la costituzione in mora: le conseguenze del difetto di cooperazione non potrebbero essere imputate ad un soggetto che non è in grado di comprenderle⁽³²⁾.

In una posizione intermedia si colloca l'opinione in base alla quale la costituzione in mora risulterebbe preclusa non solo nel caso di incapacità legale, ma anche quando l'incapacità naturale del creditore è evidente nella prospettiva dell'obbligato⁽³³⁾; quest'ultimo non ha l'onere di verificare la capacità di intendere e di volere del creditore, ma

(29) V., a titolo esemplificativo, N. RIZZO, *Della mora del creditore*, cit., p. 2567; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 190; Id., *Della mora del creditore*, cit., p. 140; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 80.

(30) Cfr. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 435; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 154 s.; PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 196.

(31) Sul punto v. P. RESCIGNO, *Incapacità naturale*, cit., p. 155.

(32) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 118; SICCHIERO, voce *Offerta reale*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Agg. *****, Torino, 2012, p. 729 s.; SALVESTRONI, *Sulla mancata «cooperazione» all'adempimento nel rapporto tra debitore e creditore divenuto incapace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 316 s.

(33) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, p. 384.

deve astenersi dalla formulazione dell'offerta quando risulta evidente che la stessa sarebbe indirizzata ad un soggetto incapace.

È questa, a nostro giudizio, la soluzione preferibile, in quanto contempera opportunamente la protezione del creditore incapace con la tutela dell'affidamento del debitore che ha compiuto l'offerta. Che tale affidamento meriti di essere tutelato si desume chiaramente dalla disciplina del contratto, il quale risulta annullabile solo a condizione che lo stato di incapacità naturale sia noto alla controparte (art. 428, comma 2° c.c.). Subordinando l'annullabilità alla malafede, il legislatore tutela l'affidamento della controparte dell'incapace nella validità del contratto e nella conseguente costituzione del rapporto obbligatorio; si riduce, così, l'entità dei costi transattivi che vengono sostenuti nella formazione dell'accordo, in quanto le parti interessate alla sua validità non hanno l'onere di verificare la capacità naturale delle rispettive controparti, dovendo solo astenersi dal contrarre qualora risulti evidente che le stesse ne sono prive.

A maggior ragione, merita di essere tutelato l'affidamento del debitore nell'attuazione del rapporto obbligatorio: esso non è meno intenso, in quanto risulta giustificato dall'avvenuta conclusione del contratto che ha generato l'obbligazione. Se la parte interessata alla conclusione del contratto non è tenuta a verificare che il suo interlocutore sia effettivamente in grado di comprendere la fisionomia dell'operazione economica, a maggior ragione dopo aver raggiunto l'accordo il debitore non ha l'onere di accertare che il creditore sia dotato della capacità di intendere e di volere. I costi transattivi che si impongono al debitore motivato ad adempiere non possono essere superiori a quelli che gravano sulla parte interessata alla conclusione del contratto.

L'affidamento del debitore, d'altra parte, non appare meritevole di tutela quando lo stato di incapacità naturale della controparte è manifesto, tanto da far ritenere che egli ne abbia avuto conoscenza. Il pagamento effettuato ad un creditore evidentemente privo della capacità di intendere e di volere denota che il debitore è disinteressato alla soddisfazione dell'interesse del creditore, che costituisce il risultato verso il quale il rapporto obbligatorio è orientato (art. 1174 c.c.). D'altra parte, qualora un creditore evidentemente incapace di agire potesse essere costituito in mora egli assumerebbe responsabilità e rischi derivanti da un comportamento di cui non è in grado di comprendere le conseguenze: se tale esito può essere giustificato quando lo stato di incapacità non è evidente — in nome dell'esigenza

di ridurre i costi transattivi gravanti sul debitore e di rendere più semplice e spedita l'attuazione del rapporto — non ha invece alcuna motivazione quando la condizione di incapacità risulta evidente.

Si potrebbe obiettare che annoverando, sia pure entro i limiti appena precisati, la capacità naturale del creditore tra i presupposti dell'offerta il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione risulterebbe privo di tutela. Non potendo formulare l'offerta, egli non verrebbe protetto contro i pregiudizi derivanti dalla dilatazione del rapporto e non avrebbe la possibilità di liberarsi dal vincolo. L'obiezione può essere superata se, accogliendo un suggerimento espresso in dottrina ⁽³⁴⁾, si ammette che il debitore interessato ad effettuare l'offerta possa indirizzarla al curatore speciale del creditore di cui abbia ottenuto la nomina ai sensi dell'art. 78 c.p.c. Certo, come risulta dal dettato normativo e dalla sede in cui è collocata la funzione della disposizione è quella di rendere possibile il compimento di atti processuali. Per sovvenire ad una concreta esigenza di tutela, è tuttavia auspicabile che essa venga applicata analogicamente all'offerta formale: un atto sostanziale che, peraltro, avvia un procedimento destinato a concludersi con un provvedimento giurisdizionale qual è la sentenza di convalida.

b) *Gli altri soggetti legittimati a ricevere l'offerta.* Passiamo a considerare, ora, a quali altri soggetti l'offerta possa essere indirizzata, con la precisazione che il difetto di cooperazione ad essi imputabile giustifica la costituzione in mora del solo creditore: la *mora accipiendi* presuppone necessariamente la qualità di creditore, al quale i destinatari dell'offerta sono legati da un rapporto qualificato ⁽³⁵⁾.

Quando il creditore è legalmente incapace di agire, la prestazione deve essere offerta ai suoi rappresentanti. Se il creditore è minore, il debitore si rivolgerà ai genitori, al tutore o al curatore al quale è affidata l'amministrazione dei beni ai sensi dell'art. 334, comma 2° c.c.; quando il creditore è interdetto il destinatario dell'atto sarà il tutore, in luogo del quale — come nel caso di minore età — può eventualmente subentrare il protutore (art. 360 c.p.c.). I creditori minori emancipati o inabilitati possono ricevere senza l'assistenza del curatore le offerte di prestazioni che non eccedono l'ordinaria amministrazione, come po-

(34) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 238. Nello stesso senso v. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 80. *Contra*, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 141, nt. 3.

(35) Sul punto CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 142.

trebbero essere i canoni di locazione o gli interessi su una somma data a mutuo; siccome invece la riscossione di capitali implica l'assistenza del curatore ⁽³⁶⁾, il debitore indirizzerà l'offerta tanto al creditore relativamente incapace, quanto allo stesso curatore ⁽³⁷⁾.

Se poi il creditore è sottoposto ad amministrazione di sostegno, si configura un regime differenziato in considerazione degli atti previsti nel decreto di nomina emesso dal giudice tutelare. Quando la prestazione afferisce ad un rapporto non previsto dal decreto di nomina, l'offerta potrà essere indirizzata al solo beneficiario: dato che quest'ultimo è legittimato a compiere il relativo atto, impegnando la propria responsabilità patrimoniale, a maggior ragione potrà ricevere la prestazione a lui dovuta senza essere rappresentato o assistito (art. 409, comma 1° c.c.). L'offerta dovrà essere indirizzata al solo amministratore di sostegno quando la prestazione afferisce a un atto che in base al decreto di nomina egli ha il potere di compiere «in nome e per conto del beneficiario» (art. 405, n. 3 c.c.): la soluzione è analoga a quella indicata in relazione al minore e all'interdetto. Quando invece il credito afferisce a un atto che il beneficiario è legittimato a compiere «solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno» (art. 405 n. 4 c.c.), l'offerta sarà rivolta ad entrambi, riproponendosi la medesima soluzione già indicata con riferimento alla riscossione di capitali in relazione ad emancipazione e inabilitazione ⁽³⁸⁾.

Quando il creditore è fallito o a suo carico è stata aperta un'altra procedura concorsuale, l'offerta verrà indirizzata al curatore o al commissario a cui spetta l'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente (artt. 128, comma 1, 131, comma 1 d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*; artt. 44, comma 2°, 200 l. fall.; art. 19, comma 3° d.lg. 8 luglio 1999, n. 270).

L'offerta formale vale a costituire in mora il creditore anche quando è rivolta ai soggetti da lui volontariamente designati quali destinatari del pagamento ai sensi dell'art. 1188 c.c., ed in primo luogo al suo rappresentante (c.d. procuratore all'incasso).

(36) Cfr. artt. 394, comma 2°, 424 c.c.

(37) Sul punto cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 141.

(38) Se poi il creditore è scomparso, oppure — defunto — la sua eredità è giacente, l'offerta verrà indirizzata al curatore al quale è affidata la gestione dei rispettivi patrimoni (artt. 48, comma 1°, 528, comma 1° c.c.). A seguito della dichiarazione di assenza, invece, destinatari dell'atto saranno i soggetti temporaneamente immessi nel possesso dei beni (art. 50, comma 2° c.c.). Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 141.

Certamente, perché l'offerta indirizzata al rappresentante sia idonea alla costituzione in mora è necessario che il destinatario sia legittimato a ricevere il pagamento. Se l'offerta indirizzata al mandatario generale eccede il limite dell'ordinaria amministrazione — in quanto avente ad oggetto, per esempio, la riscossione di un capitale⁽³⁹⁾ — il destinatario non è legittimato ad accettarla in assenza di espressa autorizzazione e il creditore (mandante) non può essere costituito in mora (art. 1708, comma 2° c.c.)⁽⁴⁰⁾.

Secondo una tesi sostenuta in passato, l'offerta risulta inefficace anche quando il rifiuto opposto dal rappresentante viola le istruzioni impartite dal creditore, in base alle quali egli avrebbe dovuto fornire al debitore la cooperazione necessaria all'adempimento⁽⁴¹⁾.

L'opinione viene disattesa in dottrina sulla base di diverse argomentazioni. Chi assume che la cooperazione necessaria all'adempimento costituisca oggetto di un obbligo ritiene irrilevanti i limiti riconducibili al rapporto intercorrente tra il creditore e il suo rappresentante⁽⁴²⁾, configurando così un regime di responsabilità analogo a quello previsto in relazione all'inadempimento dall'art. 1228 c.c. Chi invece non condivide tale inquadramento osserva che il testo dell'art. 1188 c.c. giustifica il pagamento effettuato nelle mani del procuratore all'incasso senza attribuire alcuna rilevanza alla circostanza che egli abbia rispettato o violato le istruzioni impartite dal creditore; parimenti irrilevante è la circostanza che il rappresentante sia l'unico soggetto legittimato a ricevere il pagamento o concorra, invece, con lo stesso creditore, essendo così possibile al debitore indirizzare al secondo l'offerta illegittimamente rifiutata dal primo⁽⁴³⁾. Se il legislatore non distingue, neppure potrebbe farlo l'interprete, che dunque deve ritenere valida ed efficace l'offerta della prestazione — e la conseguente costituzione in mora del creditore — anche se il procuratore all'incasso non rispetta l'incarico ricevuto e non è l'unico soggetto legittimato a ricevere il pagamento, in quanto concorre con il creditore.

(39) V. nuovamente l'art. 394, comma 2° c.c.

(40) Pervengono a tale conclusione NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 81.

(41) Per un'analisi di tale posizione si rinvia a FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 239, testo e nt. 107.

(42) In questo senso è orientato lo stesso FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 239 s.

(43) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 83 s. Nello stesso senso v. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 5.

Effettivamente, la tesi trova nel dettato dell'art. 1188 c.c. un solido fondamento normativo e appare armonica con la disciplina della rappresentanza volontaria. La parte interessata alla conclusione di un contratto ha l'onere di verificare il rispetto dei limiti del potere di rappresentanza, che possono esserle opposti in quanto — risultando dalla procura, della quale ha facoltà di ottenere l'esibizione (art. 1393 c.c.) — assumono rilevanza esterna. Non è invece opponibile al terzo contraente la violazione delle obbligazioni che integrano il rapporto interno intercorrente tra rappresentante e rappresentato (c.d. rapporto di gestione): essa assume rilevanza sul piano risarcitorio, in quanto comporta la responsabilità contrattuale del primo nei confronti del secondo.

A maggior ragione la conclusione appare giustificata quando il rapporto obbligatorio è già stato costituito, e il soggetto interessato alla sua attuazione, vale a dire il debitore, ha dimostrato di essere in grado di adempiere tramite la formulazione dell'offerta. Il debitore sarà tenuto a verificare che il rappresentante sia legittimato a ricevere il pagamento, ma non potrà essergli opposta l'eventuale violazione del rapporto di gestione, al quale sono riconducibili le obbligazioni assunte dal rappresentante nei confronti del creditore e le istruzioni impartite da quest'ultimo. Naturalmente, il creditore costituito in mora potrà rivalersi nei confronti del rappresentante che rifiutando la richiesta cooperazione abbia violato il rapporto di gestione.

Come risulta chiaramente dal dettato dell'art. 1188 c.c. l'offerta della prestazione può essere indirizzata anche a «persona indicata dal creditore», usualmente identificata con la figura romanistica dell'*adiectus solutionis causa* (44).

A differenza dei rappresentanti legali, i soggetti volontariamente designati dal creditore quali destinatari del pagamento non possono partecipare al giudizio di convalida dell'offerta, a meno che tale potere non sia stato loro espressamente conferito per iscritto (art. 77 c.p.c.) (45).

Se poi il creditore è un'organizzazione, l'offerta deve essere indi-

(44) Per una ricostruzione della figura si rinvia a DAMIANI, *Destinatario del pagamento*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni, Artt. 1173-1217*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, p. 461 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., p. 299 ss.; ID., voce *Indicazione di pagamento*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1998, p. 1 ss.; BASILE, voce *Indicazione di pagamento*, in *EdD*, XXI, Milano, 1971, p. 126 ss.

(45) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 240.

rizzata alla persona fisica che ne ha la rappresentanza in base alla legge, all'atto costitutivo e allo statuto. Così, è stata ritenuta inefficace l'offerta indirizzata al dipendente di una società che essendo privo del potere di rappresentanza avrebbe potuto essere considerato solo quale «persona addetta alla sede» (46). Una posizione meno rigorosa si riscontra sul terreno giuslavoristico. Stante l'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, l'offerta della prestazione lavorativa ritenuta necessaria per il pagamento della retribuzione maturata dopo la scadenza può essere validamente indirizzata all'articolazione organizzativa del datore di lavoro che cura la gestione amministrativa del rapporto: la funzione svolta induce a ritenere sussistente in capo al dipendente al quale è indirizzata l'offerta il potere di rappresentare il datore di lavoro (47).

Va tuttavia osservato che in entrambi i casi l'offerta della prestazione non era finalizzata provocare gli effetti della *mora accipiendi*, ma piuttosto a conseguire l'attuazione del rapporto obbligatorio: la sua funzione era quella di precludere al destinatario di avvalersi dell'eccezione di inadempimento per evitare l'esecuzione della prestazione corrispettiva. Mentre nella prima fattispecie l'offerta aveva ad oggetto il pagamento dell'indennità di avviamento al quale era subordinata la restituzione dell'immobile commerciale dato in locazione, nella seconda il debitore era interessato ad ottenere la corresponsione della retribuzione dovuta a fronte dell'attività lavorativa.

c) *Pluralità di creditori*. Veniamo all'ipotesi in cui l'obbligazione sia soggettivamente complessa nel suo lato attivo, in quanto sussiste una pluralità di creditori. Nella situazione, assunta dalla legge come fisiologica, in cui l'obbligazione sia (divisibile e) parziaria, il debitore ha l'onere di offrire ai creditori la prestazione limitatamente alle quote di cui essi sono titolari, mentre gli effetti della *mora accipiendi* sono commisurati non all'intera prestazione, ma alla quota offerta. In sede applicativa l'onere di effettuare distinte offerte quanti sono i creditori subisce un qualche temperamento: premesso che in regime di parziarietà la prestazione deve essere offerta *pro quota* ai creditori, si è infatti ritenuto che qualora essi siano risultati irreperibili, il debitore — interessato a riscattare il fondo alienato in violazione del suo diritto di

(46) Cfr. Cass. 28 agosto 2007, n. 18157, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «obbligazioni in genere», n. 59.

(47) Cfr. Cass. 21 febbraio 2006, n. 3717, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «lavoro (rapporto)», n. 884.

prelazione — sia legittimato a depositare il prezzo dovuto su un libretto cointestato ⁽⁴⁸⁾.

Quando invece l'obbligazione è attivamente solidale, il debitore, qualora non sia stato convenuto in giudizio da uno dei concreditori, è libero di scegliere quale di essi pagare, liberandosi così anche nei confronti degli altri (artt. 1292, 1296 c.c.): se non è stato anticipato dalla domanda giudiziale, il debitore può individuare liberamente il creditore al quale offrire la prestazione.

Ci si chiede se l'offerta illegittimamente rifiutata valga a costituire in mora non solo il creditore al quale è indirizzata, ma anche gli altri concreditori. Sul punto, la dottrina non è univoca. Minoritaria, anche se autorevolmente sostenuta, la tesi in base alla quale l'offerta indirizzata ad uno solo dei concreditori vale a costituire in mora anche gli altri ⁽⁴⁹⁾: la conclusione viene fondata sulla disciplina dell'adempimento, che assicura al debitore la libertà di scegliere il destinatario del pagamento con effetti liberatori nei confronti dei consorti (art. 1296 c.c.).

Senz'altro prevalente l'opinione opposta, in base alla quale l'offerta formale indirizzata ad uno dei concreditori solidali non costituisce in mora gli altri ⁽⁵⁰⁾. A sostegno di essa, si ricorda il principio — ricavabile per *analogia iuris* dalla disciplina delle obbligazioni solidali — in base al quale mentre gli effetti favorevoli delle vicende che riguardano uno dei consorti si estendono agli altri, quelli sfavorevoli restano circoscritti al concreditore (condebitore) direttamente interessato (artt. 1300, 1301, 1304, 1308 c.c.). Ebbene, la *mora accipiendi* comporterebbe a carico degli altri concreditori solidali conseguenze sfavorevoli, che essi verrebbero a risentire in conseguenza del difetto di cooperazione del soggetto al quale è stata indirizzata l'offerta: gli effetti di quest'ultima, dunque, devono ritenersi circoscritti al suo destinatario. Ne consegue che il debitore interessato a costituire in mora gli altri concreditori ha l'onere di replicare nei loro confronti l'offerta della prestazione ⁽⁵¹⁾. Un

(48) Cfr. Cass. 14 agosto 2014, n. 17975, in *Vita not.*, 2015, 316.

(49) Cfr. SICCHIERO, voce *Offerta reale*, cit., p. 725; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., pp. 385 e 401, nt. 34.

(50) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 5; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 85 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 128; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 242 ss.

(51) Secondo una tesi autorevole — che tuttavia risulta priva, a nostro avviso, di un sufficiente fondamento normativo — una volta effettuata l'esibizione della prestazione a favore di uno dei concreditori il debitore potrebbe limitarsi ad intimare agli altri

ulteriore argomento si ricava dal dettato dell'art. 1306 c.c., in base al quale la sentenza pronunciata tra il debitore ed uno dei creditori in solido non ha effetto nei confronti degli altri creditori: riferita alla sentenza di convalida, la disposizione conferma che gli effetti dell'offerta formale restano circoscritti al suo destinatario ⁽⁵²⁾.

Chi scrive condivide l'opinione prevalente in dottrina. Da un lato, la comunicazione degli effetti dell'offerta agli altri creditori solidali contrasta con un principio — quello che esclude la dilatazione delle conseguenze sfavorevoli — che appare avvalorato da dati normativi univoci. Dall'altro, non sembra corretto estendere a una situazione anomala e patologica qual è quella che giustifica la *mora accipiendi* la soluzione adottata dalla legge in relazione all'ipotesi fisiologica in cui l'obbligazione sia stata adempiuta. La facoltà del debitore di scegliere il destinatario del pagamento e la sua conseguente liberazione nei confronti di tutti i consorti agevolano l'attuazione del rapporto, riducendo i costi relativi all'adempimento e imputando ai concreditori i rischi inerenti alla gestione dei rapporti interni, in relazione ai quali dispongono presumibilmente di informazioni più accurate di quelle a conoscenza del debitore. Quando invece l'offerta della prestazione viene rifiutata, si verifica una situazione patologica che dipende, spesso, da fattori idiosincratici propri del destinatario: non sembra allora opportuno che le conseguenze pregiudizievoli della condotta tenuta da uno dei concreditori vengano senz'altro sopportate dagli altri.

Solo apparentemente contrastanti con l'opinione qui sostenuta sono due pronunce giurisprudenziali che ritengono valida ed efficace l'offerta indirizzata ad uno solo dei concreditori. Si tratta in un caso di un canone di locazione offerto ad uno dei co-locatori di un immobile: la validità dell'offerta vale, allora, a giustificare il rigetto della domanda di risoluzione da essi proposta nei confronti del conduttore ⁽⁵³⁾. In una seconda occasione è stata invece considerata valida l'offerta del prezzo di un immobile — ritenuto oggetto di un'obbligazione indivisibile per volontà delle parti (art. 1316 c.c.) — indirizzata da un Comune ad uno solo dei due comproprietari che avevano acconsentito all'alienazione nell'ambito di un procedimento di espropriazione ⁽⁵⁴⁾. Stante la validità

di riceverla o di fornire la cooperazione necessaria per l'adempimento: cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 244 s.

(52) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 244.

(53) Cfr. Cass. 4 dicembre 1997, n. 12328, in *Arch. loc.*, 1998, 198.

(54) Cfr. Cass. 7 settembre 1970, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1970, I, 1619.

dell'offerta, l'azione di adempimento del Comune, che esige la consegna dell'immobile acquistato, viene ritenuta meritevole di essere accolta. In entrambi i casi, la validità dell'offerta indirizzata ad uno solo dei due concreditori solidali non giustifica la costituzione in mora dell'altro, ma rileva esclusivamente ai fini dell'applicazione dei rimedi che reagiscono all'inadempimento (risoluzione del contratto e azione di adempimento).

Con il regime qui sintetizzato interferisce il criterio della prevenzione, in base al quale ciascuno dei concreditori in solido può precludere al debitore la scelta del destinatario del pagamento anticipandola con una domanda di adempimento (art. 1296). Se questo accade, il debitore può adempiere solo nelle mani del creditore che lo ha convenuto in giudizio, il quale — per quanto l'ipotesi sia improbabile — è l'unico a poter essere costituito in mora se in un secondo momento non presta la necessaria cooperazione.

Come si osserva in dottrina, se il debitore ha offerto la prestazione a una pluralità di concreditori, uno dei quali manifesta la disponibilità di ricevere la prestazione, gli effetti della *mora accipiendi* vengono meno anche nei confronti degli altri: il debitore, infatti, può adempiere nelle mani del creditore pentito e liberarsi dell'obbligazione. Se invece uno dei concreditori ai quali *non* è stata indirizzata l'offerta è interessato a ricevere la prestazione, può fare cessare gli effetti della mora nei confronti degli altri solo proponendo domanda di adempimento; mentre la semplice disponibilità a ricevere la prestazione non neutralizza il difetto di cooperazione dei consorti, che permangono legittimati a ricevere il pagamento, la domanda giudiziale lo rende irrilevante, in quanto impone al debitore di pagare al creditore che ha agito in giudizio ⁽⁵⁵⁾.

Resta da considerare l'ipotesi in cui la prestazione debba essere eseguita congiuntamente nelle mani di una pluralità di creditori, il cui concorso è richiesto dalla legge ⁽⁵⁶⁾ o dal contratto ai fini dell'adempimento. L'offerta della prestazione funzionale alla costituzione in mora dovrà allora essere indirizzata congiuntamente a tutti i creditori, in quanto è necessario che essi concorrano insieme all'adempimento: nella fattispecie — in un certo senso, antitetica a quella dell'obbligazione

(55) Per un'analogia ricostruzione v., incisivamente, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 128 s.

(56) V., a titolo esemplificativo, artt. 1000, comma 1°; 1772, commi 1°, 2° c.c.

attivamente solidale — la mancata cooperazione di uno solo dei creditori preclude l'adempimento.

Ebbene, il requisito dell'offerta congiunta può essere soddisfatto senza difficoltà quando l'offerta stessa si risolve nell'intimazione di ricevere la prestazione. Se invece è richiesta l'offerta reale, il debitore rischia di restare privo di tutela al di fuori della fortunata circostanza in cui i creditori destinati a ricevere congiuntamente la prestazione abbiano lo stesso domicilio: siccome l'offerta deve essere ricevuta congiuntamente da una pluralità di creditori non è sufficiente che venga riprodotta in relazione a ciascuno di essi, in quanto difetterebbe comunque la contemporanea presenza degli altri. Per colmare la lacuna si propone il ricorso all'offerta per intimazione anche nelle ipotesi in cui è legislativamente prescritta l'offerta reale ⁽⁵⁷⁾ o, in alternativa, si ipotizza che il debitore possa indirizzare ad uno dei creditori un'offerta reale ed integrarla nei confronti degli altri con offerte per intimazione ⁽⁵⁸⁾.

d) Destinatario indeterminato. Talvolta il titolo dal quale nasce l'obbligazione non identifica il creditore, rimettendo la sua individuazione ad atti o fatti ulteriori: anteriormente ad essi, la persona del creditore risulta indeterminata. È valido il legato effettuato a favore di persone non identificate dal testatore, ma destinate ad essere scelte dall'onerato o da un terzo tra soggetti (o categorie di soggetti) individuati dal *de cuius* (art. 631, comma 2° c.c.). Ugualmente valida la promessa di una prestazione pubblicamente effettuata a favore «di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione» (art. 1989, comma 1° c.c.). L'individuazione del creditore è, in queste ipotesi, requisito necessario perché sorga l'obbligazione: ne consegue che il debitore può effettuare l'offerta solo quando la persona del creditore è stata determinata, eventualmente per via giudiziale ⁽⁵⁹⁾. Così, l'onerato può offrire la prestazione solo quando il terzo eventualmente incaricato dal testatore abbia designato il legatario; qualora il terzo non abbia provveduto, l'onerato interessato ad effettuare l'offerta dovrà ricorrere preventivamente al giudice affinché determini la persona del legatario (art. 631, comma 3° c.c.).

(57) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 142 s.

(58) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 401, nt. 34.

(59) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 154; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 132.

Diversa la situazione in cui la prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione sia dovuta a favore di un determinato creditore, che tuttavia non può essere identificato con certezza ⁽⁶⁰⁾: in tale evenienza — che si verifica, spesso, quando insorge una controversia in ordine alla titolarità del diritto di credito — l'obbligazione è sorta e il debitore ha un interesse meritevole di tutela a liberarsi dal vincolo. Non essendogli tuttavia possibile effettuare l'offerta, in quanto il destinatario non può essere individuato con sicurezza, alcune disposizioni ammettono che il debitore si liberi procedendo direttamente al deposito. Se la *mora accipiendi*, che protegge il debitore contro il protrarsi del rapporto obbligatorio, implica necessariamente l'offerta della prestazione e la conseguente identificazione del creditore, il deposito permette al debitore di liberarsi senza dover attendere che si risolva l'incertezza in ordine all'identità della controparte.

Così, qualora sia insorta una controversia tra più destinatari il vettore può depositare le cose trasportate o, se sono soggette a rapido deterioramento, farle vendere per conto dell'avente diritto (art. 1690, comma 2° c.c.) ⁽⁶¹⁾. Il depositario può liberarsi dell'obbligo di restituire la cosa custodita «depositandola...a spese del depositante» qualora un terzo ne rivendichi la proprietà o «pretend[a] di avere diritti su di essa» (art. 1777, comma 2° c.c.). Analogo il meccanismo previsto dalla legge quando l'identità del creditore è incerta, agli occhi del debitore, in quanto dipende dalla circolazione del titolo di credito che incorpora il diritto a ricevere la prestazione. Se una cambiale non è presentata per il pagamento nel termine previsto dalla legge, il debitore può depositare la somma dovuta presso l'istituto di emissione a rischio e pericolo del portatore del titolo (art. 48 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669): anche in questa ipotesi, l'impossibilità pratica di offrire la prestazione conseguente all'incertezza relativa all'identità del creditore viene risolta legittimando il debitore a procedere direttamente al deposito ⁽⁶²⁾.

La facoltà di procedere direttamente al deposito, d'altra parte, viene prevista in termini generali dal codice di rito. Insorta una controversia tra più soggetti che pretendono di essere titolari del diritto di credito, il giudice può ordinare al debitore che si sia dichiarato pronto ad adempiere il deposito della somma o della cosa dovuta;

(60) Nitidamente, sul punto, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 154 s.

(61) V. anche artt. 450, comma 1° e 454, comma 3° cod. nav.

(62) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., pp. 53-56.

eseguito il deposito, il debitore può essere estromesso dal processo (art. 109 c.p.c.) ⁽⁶³⁾.

È naturale chiedersi, allora, se il debitore sia legittimato a ricorrere direttamente al deposito, omettendo l'offerta, al di fuori delle fattispecie espressamente previste dalla legge. La risposta della dottrina è prevalentemente negativa, sebbene gli autori che la forniscono assumano punti di vista sensibilmente diversi.

Secondo una voce autorevole, nel caso di incertezza in ordine all'identità del creditore l'obbligato sarebbe ugualmente tenuto ad effettuare l'offerta, che costituisce un'ineludibile garanzia per gli interessi della controparte: a questo scopo, egli potrebbe rivolgersi «all'autorità giudiziaria competente per la convalida, affinché autorizzi la notificazione dell'offerta nei modi che ritiene più opportuni» ⁽⁶⁴⁾. Solo dopo aver effettuato la notificazione dell'offerta nei modi indicati in sede giurisdizionale, il debitore potrebbe ricorrere al deposito. Si è opportunamente obiettato che la soluzione risulta priva di un sufficiente fondamento normativo: se da un lato, stante l'impossibilità di identificare il creditore, non è chiaro con quali modalità il debitore possa instaurare il giudizio volto ad autorizzare la notificazione dell'offerta ⁽⁶⁵⁾, dall'altro non è dato sapere — una volta instaurato tale ipotetico giudizio — come l'autorità giudiziaria possa determinare le modalità della notificazione ⁽⁶⁶⁾.

Si conclude, allora, che quando l'identità del creditore è obiettivamente incerta il debitore può liberarsi ricorrendo al deposito solo a condizione che non sia tenuto ad effettuare preventivamente l'offerta ⁽⁶⁷⁾. Dalle disposizioni ricordate, tuttavia, non si potrebbe ricavare l'esistenza di un principio generale, in base al quale il debitore sarebbe legittimato ad effettuare il deposito qualora l'identità del creditore non possa essere determinata. Da un lato esse avrebbero carattere eccezionale in quanto derogano al requisito dell'offerta, richiesta in termini

(63) Per un'analisi meno sommaria del deposito previsto dall'art. 109 c.p.c. e delle altre disposizioni citate v., *infra*, cap. V, §§ 18, 19.

(64) Così FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 198.

(65) NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 55.

(66) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 184.

(67) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 184. È questa la soluzione adottata dalla legislazione tedesca, che permette al debitore di effettuare il deposito in assenza dell'offerta quando la stessa non può essere compiuta a causa dell'incertezza relativa all'identità del creditore: cfr. § 372, secondo periodo BGB.

generali quale necessaria premessa al deposito ⁽⁶⁸⁾; dall'altro sarebbero giustificate dalla particolare conformazione delle rispettive fattispecie, nel contesto delle quali l'elisione del requisito dell'offerta risponde alla necessità di garantire al debitore una rapida via di uscita ⁽⁶⁹⁾. Si riconosce, peraltro, che la rilevanza pratica della questione è limitata, in quanto la maggior parte delle fattispecie in relazione alle quali si configura l'eventualità che il creditore non possa essere individuato sono espressamente disciplinate dalla legge ⁽⁷⁰⁾.

Proprio sulla base di tale constatazione è a nostro avviso sostenibile che mentre l'offerta costituisce ordinariamente il presupposto del deposito (artt. 1210; 1214 c.c.) il debitore possa ometterla quando sussiste un'obiettiva situazione di incertezza in ordine all'identità del creditore. Se nelle fattispecie più rilevanti sul piano applicativo la legge ammette che il debitore possa liberarsi senza avere offerto la prestazione, non sembra azzardato ritenere che egli sia legittimato a procedere direttamente al deposito ogni qualvolta il creditore non possa essere individuato con certezza.

4. *L'autore dell'offerta: capacità di offrire, legittimazione ad offrire, pluralità di debitori.* — Spostiamo ora l'attenzione sull'autore dell'offerta, che in base all'art. 1208, n. 2 c.c. deve essere effettuata da «persona che può validamente adempiere». L'avverbio costituisce un termine normativo: esso rinvia a tutte le disposizioni, rinvenibili nella disciplina dell'adempimento delle obbligazioni, che consentono di

(68) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 197.

(69) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 185.

(70) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 185; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 197. Secondo NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 55, il problema non avrebbe «ragion d'essere, giacché fuori del caso relativo alla cambiale...l'incertezza relativa alla persona del creditore non può mai presentarsi quale ignoranza assoluta dell'identità personale del creditore stesso». Il debitore si troverebbe invece in una situazione di «ignoranza relativa», che potrebbe superare avvalendosi degli strumenti messi a sua disposizione dalla legge. Così, nel caso di morte dell'originario creditore l'incertezza in ordine all'identità dei suoi eredi potrebbe essere superata indirizzando l'offerta al curatore dell'eredità giacente o provocandone la nomina; mentre qualora sussista una controversia in ordine alla titolarità del diritto di credito non approdata in sede giudiziale, il debitore sarebbe legittimato ad agire ai sensi dell'art. 109 c.p.c. e, chiamati in giudizio i soggetti che si contendono la titolarità del diritto di credito, effettuare il deposito. Perplessità in ordine alla legittimazione ad agire del debitore sono tuttavia espresse da CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 185, nt. 5.

individuare, in concreto, i soggetti idonei a eseguire la prestazione con effetti soddisfatti per il creditore e liberatori per il debitore.

Non appare condivisibile la posizione — pure, autorevolmente sostenuta in dottrina — in base alla quale la locuzione adottata dal legislatore avrebbe esclusivamente la funzione di identificare i soggetti legittimati ad effettuare l'offerta, nulla disponendo in ordine alla loro capacità ⁽⁷¹⁾; le regole dettate in tema di adempimento sarebbero oggetto di un rinvio solo parziale, limitato al profilo della legittimazione ad offrire la prestazione, mentre per identificare la capacità dell'offerente l'interprete dovrebbe rivolgersi altrove. A nostro giudizio, invece, l'attitudine ad "adempiere validamente" comprende ogni requisito di carattere soggettivo richiesto dalla legge — e segnatamente dalla disciplina dell'adempimento — perché la prestazione soddisfi l'interesse del creditore e liberi il debitore: al verificarsi di queste condizioni, infatti, il creditore non può avere alcun interesse a rifiutare l'offerta. In definitiva, la divaricazione tra legittimazione e capacità ad offrire appare arbitraria, in quanto non risulta avvalorata dal dato normativo e dall'analisi degli interessi delle parti.

Le questioni sollevate dall'interpretazione della disposizione sono speculari a quelle esaminate nel paragrafo precedente in relazione al destinatario dell'offerta: rilevanza della capacità di agire dell'offerente, individuazione dei soggetti legittimati, estensibilità degli effetti dell'offerta ai condebitori solidali. Le prendiamo in considerazione in quest'ordine:

a) Capacità di agire del debitore. L'offerta è valida a prescindere dalla capacità di agire del debitore. Siccome l'adempimento non costituisce un atto di autonomia, che presuppone un sufficiente livello di consapevolezza, ma un comportamento dovuto in virtù dell'obbligazione precedentemente assunta, il debitore non può esigere la restituzione della prestazione eseguita deducendo la propria incapacità di agire (art. 1191 c.c.). Il creditore, correlativamente, può confidare nella disponibilità della prestazione ricevuta, sicché non ha alcuna ragione di rifiutare l'offerta formulata dal debitore incapace o di negare la necessaria cooperazione. In sintesi, come l'incapacità del debitore non interferisce con l'adempimento dell'obbligazione al quale l'offerta della prestazione è propedeutica, così non pregiudica alcun affidamento meritevole di tutela della parte creditrice. Ecco perché il debitore

(71) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 143 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 228 ss.

incapace di agire può effettuare l'offerta e il creditore non è legittimato a rifiutarla.

L'opinione qui sostenuta, che coincide con quella prevalente in dottrina (72), non è condivisa da chi ritiene improprio su questo terreno ogni riferimento alla disciplina dell'adempimento. La disposizione che esclude la ripetizione della prestazione eseguita dall'incapace (art. 1191 c.c.) assume già avvenuto l'adempimento dell'obbligazione, essendo essa funzionale a proteggere l'affidamento dell'*accipiens*. La situazione sarebbe invece diversa quando la prestazione non può essere eseguita a causa del difetto di cooperazione: l'offerta formulata dal debitore incapace, «in quanto partecipazione di volontà», sarebbe assoggettata al regime degli atti negoziali (73).

Secondo un'altra voce dottrinale — che disattende sulla base di argomenti analoghi il rinvio alla disciplina dell'adempimento — l'interprete, in assenza di un puntuale riferimento normativo, sarebbe tenuto a rinvenire la soluzione nell'analisi degli interessi delle parti (74). Il creditore sarebbe legittimato a rifiutare l'offerta effettuata da un debitore manifestamente incapace in quanto scarsamente attendibile a meno che tale sospetto sia smentito dalla contestuale esibizione del bene a lui dovuto: l'idoneità dell'offerta formale a costituire in mora il creditore sarebbe allora da escludere quando la stessa avviene per intimazione e l'incapacità del debitore è evidente.

Ad entrambe le opinioni, pure sapientemente argomentate, si può rispondere che l'offerta della prestazione costituisce (non una dichiarazione di volontà, ma) un atto propedeutico alla realizzazione di un comportamento dovuto qual è l'adempimento dell'obbligazione. L'incapacità di agire del debitore, dunque, non gli preclude di effettuarla, né legittima il debitore a rifiutarla. Questo vale, a nostro avviso, anche se l'incapacità è evidente e l'offerta è “per intimazione”: se poi quest'ultima non è seguita dall'esibizione, il rifiuto della prestazione troverà giustificazione non tanto nell'incapacità del debitore, quanto nel

(72) Cfr. N. RIZZO, *Della mora del creditore*, cit., p. 2567; CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, in *Tratt. obbligazioni Garofalo-Talamanca*, V, *La liberazione del debitore*, Padova, 2010, p. 822 s.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 418; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *L'obbligazione*, cit., p. 401, nt. 37; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 4; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 76. Ritiene invece necessaria la capacità di agire D'ONOFRIO, voce *Offerta reale*, in *Nss. D. I.*, XI, Torino, 1965, p. 768.

(73) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 229.

(74) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 146.

mancato completamento dell'offerta. Come si è anticipato, sul piano esegetico la lettura che esclude la regola in tema di incapacità del debitore (art. 1191 c.c.) dal rinvio alla disciplina dell'adempimento non appare supportata da argomenti convincenti.

b) *Legittimazione ad effettuare l'offerta*. Legittimati a offrire la prestazione sono certamente, oltre al debitore, i suoi rappresentanti legali o volontari; e siccome l'adempimento costituisce un atto di ordinaria amministrazione, può effettuare l'offerta anche il mandatario generale (art. 1708, comma 2° c.c.) (75).

Il creditore può essere costituito in mora anche da un terzo, essendo quest'ultimo legittimato ad adempiere l'obbligazione assunta dal debitore in base all'art. 1180 c.c. Come si è anticipato (76), è necessario a questo proposito che il terzo abbia dichiarato di voler adempiere un'obbligazione altrui, laddove, invece, qualora il terzo imputasse il pagamento ad un debito proprio — inesistente in capo a lui, ma sussistente in capo al debitore — il creditore sarebbe legittimato a rifiutare l'offerta deducendo l'inesistenza dell'obbligazione (77). La legittimazione a costituire in mora il creditore risulta complementare al dettato dell'art. 1180 c.c., che riconosce al terzo la facoltà di adempiere l'obbligazione «anche contro la volontà del creditore»: come è evidente, se il terzo non potesse reagire al rifiuto della prestazione effettuando la costituzione in mora e il deposito (sequestro) liberatorio, il precetto non risulterebbe presidiato da alcun rimedio (78). Nell'ottica del legislatore, l'interesse all'attuazione del rapporto obbligatorio e alla conseguente all'estinzione del vincolo prevale sull'interesse del creditore a ricevere la prestazione proprio dall'obbligato; perché la preferenza desumibile dalla disciplina dell'adempimento assuma rilevanza sul piano applicativo, è tuttavia necessario che il terzo possa superare il rifiuto del creditore avvalendosi dei rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione.

(75) Sul punto v. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 77.

(76) V., *supra*, cap. II, § 13.

(77) Per un riscontro giurisprudenziale cfr. Cass. 20 maggio 1958, n. 1681, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1498.

(78) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 127; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 4; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 190; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 144 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 230.

Il terzo, naturalmente, è legittimato ad effettuare l'offerta solo nei limiti in cui può adempiere l'obbligazione. Ne consegue che l'offerta può essere rifiutata se, richiedendo la prestazione particolari attitudini, il creditore ha interesse a che il debitore la esegua personalmente o il debitore si è opposto all'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.).

A differenza di quella del debitore, la capacità di agire del terzo costituisce condizione di validità dell'offerta ⁽⁷⁹⁾. Siccome l'adempimento del terzo non costituisce un comportamento dovuto ma presuppone una sua determinazione volontaria — tanto da essere qualificato come atto negoziale ⁽⁸⁰⁾ — la mancanza della capacità di agire giustifica la sua pretesa di ottenere la restituzione della prestazione. Se questo è vero, il creditore può legittimamente rifiutare l'offerta effettuata dal terzo incapace di agire, non avendo interesse a ricevere un'attribuzione patrimoniale precaria.

Se entro questi limiti il terzo è legittimato a costituire in mora il creditore, degli effetti che ne conseguono può beneficiare solo il debitore, in quanto essi interessano il rapporto obbligatorio interessato dal difetto di cooperazione ⁽⁸¹⁾. È pur sempre il debitore, infatti, il soggetto esposto ai rischi e agli inconvenienti che derivano dalla dilatazione del vincolo conseguente al rifiuto illegittimo della prestazione.

Non si può escludere che il debitore concorra con il terzo nelle diverse fasi del procedimento che determina la costituzione in mora e la conseguente estinzione del vincolo. Il terzo potrà procedere al deposito o al sequestro, con effetti liberatori per il debitore, dopo che il quest'ultimo ha costituito in mora il creditore: non avrebbe senso, infatti, costringerlo a replicare l'offerta della prestazione ⁽⁸²⁾. Per converso, una volta perfezionata l'offerta formale da parte del terzo il

(79) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 128; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 435; ID., *Della mora del creditore*, cit., p. 146; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 4; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 78.

(80) Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 189.

(81) Perspicuamente, sul punto, FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 231 s.

(82) Sul punto v. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 231 s. In senso conforme v. ZANCHI, *Facoltà di deposito e suoi effetti liberatori*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2010, p. 861; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 186.

debitore può conseguire la liberazione dal vincolo effettuando il deposito o il sequestro del bene dovuto ⁽⁸³⁾.

Tra i soggetti legittimati ad effettuare la costituzione in mora va annoverato, a giudizio di chi scrive, colui che riceve dal debitore l'incarico di eseguire la prestazione in virtù di delegazione di pagamento. Sulla legittimazione del delegato, si rinvia a quanto espresso nel capitolo precedente in relazione alla nozione di «motivo legittimo» ⁽⁸⁴⁾.

c) *Pluralità di debitori*. Quando l'offerta formale proviene da uno dei condebitori solidali, gli effetti della mora si estendono agli altri. Vale anche su questo versante il principio — già ricordato in relazione alla solidarietà attiva — in base al quale gli effetti favorevoli delle vicende che interessano uno dei componenti del gruppo si estendono ai consorti, mentre quelli sfavorevoli restano circoscritti al soggetto che concorre alla formazione della fattispecie ⁽⁸⁵⁾. Ebbene, siccome gli effetti della *mora accipiendi* sono esclusivamente favorevoli per la parte debitrice, essi si estendono ai condebitori solidali ⁽⁸⁶⁾.

Si riscontra anche su questo terreno il criterio di prevenzione già ricordato in relazione alla solidarietà attiva: a seguito dell'offerta formale, il creditore — che anteriormente aveva facoltà di scegliere il condebitore al quale rivolgersi — può esigere l'esecuzione della prestazione solo dal debitore che lo ha costituito in mora ⁽⁸⁷⁾.

Dato questo presupposto, si discute sugli effetti della dichiarazione con la quale il creditore si dichiara pronto a ricevere la prestazione. Secondo una prima tesi, essa potrebbe essere rivolta al solo condebitore che ha effettuato la costituzione in mora, risultando invece inefficace se indirizzata agli altri condebitori solidali ⁽⁸⁸⁾. A seguito della dichiarazione, tuttavia, questi ultimi non potrebbero più invocare gli effetti della mora, in quanto manifestando la volontà di ricevere la prestazione

(83) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 77; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 186; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 232 s.

(84) V., *supra*, cap. II, § 13.

(85) Cfr. artt. 1300, 1301, 1304, 1308 c.c.

(86) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 125; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 127; RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili*², Artt. 1285-1320, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, *sub* art. 1308, p. 305; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 243 s.

(87) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 128; RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., *sub* art. 1296, p. 208, testo e nt. 2.

(88) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 128.

nei confronti del debitore che ha formulato l'offerta il creditore rimuove l'ostacolo che preclude l'adempimento.

In base a una seconda opinione, la dichiarazione indirizzata al condebitore che ha effettuato l'offerta precluderebbe a tutti i consorti di avvalersi, per il futuro, degli effetti della mora, in quanto rimuove il presupposto oggettivo del difetto di cooperazione. Per contro, la dichiarazione rivolta ad uno (o più) degli altri condebitori precluderebbe solo al suo destinatario di avvalersi degli effetti della mora, risultando inefficace nei confronti degli altri componenti del gruppo ⁽⁸⁹⁾.

È questa, a nostro avviso, la soluzione preferibile. Certamente, la disponibilità a ricevere la prestazione manifestata nei confronti del condebitore che ha effettuato l'offerta preclude anche ai consorti di invocare per il futuro gli effetti della mora, in quanto elide il presupposto oggettivo del difetto di cooperazione: il condebitore che mediante l'offerta ha dimostrato di essere pronto ad adempiere può ora eseguire la prestazione e liberare così se stesso e gli altri condebitori. Se questo è vero, non può ritenersi giuridicamente irrilevante la disponibilità a ricevere la prestazione espressa nei confronti degli altri condebitori solidali. A seguito dell'offerta, questi ultimi non possono essere condannati ad adempiere, ma restano pur sempre legittimati ad eseguire la prestazione e a conseguire così la liberazione. Ebbene, rivolgendosi ad uno dei consorti il creditore dichiara che, qualora fosse disposto ad adempiere, nei suoi confronti non verrebbe riprodotto il rifiuto opposto all'autore dell'offerta formale. Il destinatario della dichiarazione, dunque, può liberarsi eseguendo la prestazione: condizione che ci sembra incompatibile con la pretesa di invocare gli effetti della *mora accipiendi*.

È appena il caso di aggiungere che qualora, in deroga al regime ordinariamente applicabile in presenza di una pluralità di debitori (art. 1294 c.c.), l'obbligazione fosse parziaria, ciascuno dei consorti avrebbe l'onere di offrire la prestazione limitatamente alla propria quota, mentre gli effetti della mora, commisurati ad essa, non potrebbero essere invocati dagli altri.

5. *Il quantum dell'offerta.* — Perché il creditore sia validamente costituito in mora, occorre che l'offerta effettuata dal debitore «com-

(89) Il riferimento è a FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 245 s.

prenda la totalità della somma o delle cose dovute» e dei suoi accessori quali sono i frutti, gli interessi e le spese liquide; se il debitore è tenuto a corrispondere al creditore «spese non liquide», è suo onere offrire al creditore «una somma...con riserva di supplemento, se necessario» (art. 1208, n. 3 c.c.).

Prevedendo che l'offerta debba avere ad oggetto l'intera prestazione dovuta, la disposizione riproduce la disciplina dell'adempimento parziale (art. 1181 c.c.): siccome il creditore non può essere costretto a ricevere solo una parte della prestazione, certamente non incorre in *mora accipiendi* quando rifiuta di ricevere un'offerta incompleta⁽⁹⁰⁾. La stessa disposizione, peraltro, contempla l'eventualità che la legge o gli usi dispongano diversamente, imponendo l'accettazione di una prestazione parziale: è quanto è dato riscontrare nella disciplina della cambiale e dell'assegno, che preclude al portatore del titolo il rifiuto del pagamento parziale⁽⁹¹⁾. Non si può escludere, poi, che il creditore abbia rinunciato a esigere il pagamento integrale del *quantum* dovuto e dei relativi accessori, o abbia preteso solo una parte della prestazione, per esempio mediante l'intimazione di un precetto: l'oggetto dell'offerta idonea alla costituzione in mora si identifica, allora, con la prestazione e gli accessori richiesti dal creditore⁽⁹²⁾. Se poi la prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione deve essere eseguita in

(90) Il rilievo è diffuso: tra i molti ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 129; SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, sub art. 1208, p. 826; VISINTINI, *Mora del creditore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 9², Torino, 1999, p. 191; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 89; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 147; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 246. Tra le sentenze che ritengono giustificato il rifiuto di un'offerta formale incompleta, cfr. Cass. 19 gennaio 2000, n. 562, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. «obbligazioni in genere», n. 34; Cass. 29 maggio 1996, n. 4996, in *Foro it.*, Rep. 1996, v. «obbligazioni in genere», n. 3; Cass. 7 dicembre 1994, n. 10501, in *Foro it.*, Rep. 1994, v. «contratto in genere», n. 458; Cass. 15 dicembre 1981, n. 6631, in *Foro it.*, Rep. 1981, v. «obbligazioni in genere», n. 24; Trib. Bari 27 settembre 2012, per esteso in *De Jure*; Trib. Nuoro 11 marzo 2011, per esteso in *Pluris*; Trib. Tivoli 23 aprile 2009, *ivi*; Trib. Roma 16 aprile 2008, *ivi*. Se non vi sono elementi che inducono a ravvisare nella condotta del creditore una remissione parziale del debito, l'accettazione di un'offerta reale incompleta non libera il debitore, il quale resta obbligato ad adempiere l'obbligazione per la parte mancante: in questi termini Cass. 1° settembre 2014, n. 18483, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «obbligazioni in genere», n. 51.

(91) Cfr. art. 45, comma 2° r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669; art. 37, comma 2° r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736.

(92) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 147, nt. 2; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 248.

modo frazionato, il requisito della completezza va accertato in relazione ai segmenti in cui la stessa prestazione è stata suddivisa ⁽⁹³⁾.

Si concorda sul fatto che la completezza dell'offerta formale debba essere valutata in relazione al momento in cui è stata fatta ⁽⁹⁴⁾: l'assunto appare condivisibile, in quanto coerente con il disposto in base al quale gli effetti della mora rimontano all'offerta formale (art. 1207, comma 2° c.c.). Non assume rilevanza il momento anteriore in cui la prestazione sia stata eventualmente offerta nelle forme ordinarie, né quello posteriore del giudizio di convalida: ne consegue che se successivamente al perfezionamento dell'offerta maturano interessi o vengono sostenute spese che il debitore è tenuto a rimborsare, il creditore può essere ugualmente costituito in mora ⁽⁹⁵⁾. Le somme divenute esigibili a seguito dell'offerta dovranno essere depositate dal debitore che aspiri ad ottenere la liberazione dal vincolo.

Il requisito della completezza implica che tanto la prestazione quanto i relativi accessori siano liquidi. È da valutare, tuttavia, se basti una lieve deficienza quantitativa a invalidare l'offerta, rendendola inidonea a costituire in mora il creditore. Si riscontrano, sul punto, orientamenti divergenti.

Secondo alcune pronunce giurisprudenziali, anche un modesto scostamento del *quantum* offerto da quello dovuto giustificerebbe il rifiuto del creditore ⁽⁹⁶⁾. Analogamente a quanto si è constatato in altre occasioni, tuttavia, l'opinione viene espressa per giustificare effetti diversi da quelli della *mora accipiendi*, come quando si afferma che anche una lieve incompletezza dell'offerta dell'indennità di avviamento

(93) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 147.

(94) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 147 s., nt. 2; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 248. In giurisprudenza, cfr. Cass. 9 marzo 2001, n. 3481, in *Foro it.*, Rep. 2001, v. «obbligazioni in genere», n. 32, in motivazione; Cass. 29 maggio 1996, n. 4996, cit.; Cass. 7 dicembre 1994, n. 10501, cit.; Cass. 29 aprile 1968, n. 1355, in *Foro it.*, Rep. 1968, v. «offerta reale», n. 1; Cass. 11 maggio 1954, n. 1493, in *Giust. civ.*, 1954, 1634; Cass. 10 luglio 1946, n. 833, in *Foro it.*, Rep. 1946, v. «offerta reale», n. 2.

(95) Cfr. Cass. 9 marzo 2001, n. 3481, cit.

(96) Cfr. Cass. 29 maggio 1996, n. 4996, in *Foro it.*, Rep. 1996, v. «obbligazioni in genere», n. 31; Cass. 5 gennaio 1953, n. 1, in *Giust. civ.*, 1953, 1 ed in *Foro it.*, Rep. 1953, v. «offerta reale», n. 11. L'offerta è dunque incompleta se non comprende le spese giudiziali sostenute dal creditore: sul punto Cass. 10 maggio 1950, n. 1198, in *Foro it.*, Rep. 1950, v. «offerta reale», n. 3. Se poi il debitore è in *mora solvendi*, l'offerta deve comprendere l'importo degli interessi moratori: cfr. Cass. 17 maggio 1969, n. 1709, in *Giur. it.*, Rep. 1969, v. «interessi», n. 9.

preclude al locatore di ottenere l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile adibito ad uso commerciale ⁽⁹⁷⁾.

Più sensibili all'esigenza di valorizzare l'affidamento del debitore, alcune voci dottrinali prospettano una soluzione incentrata sulla categoria dell'errore: l'offerta sarebbe ugualmente valida se l'insufficienza della prestazione, quantitativamente irrilevante, è dovuta a un incolpevole errore di calcolo, che il creditore non ha segnalato al debitore pur avendo avuto la possibilità di rilevarlo ⁽⁹⁸⁾.

In base a un ulteriore indirizzo dottrinale, il rigore del requisito della completezza può trovare un opportuno correttivo nel principio di buona fede (artt. 1175; 1375 c.c.) e nel parametro della non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.) ⁽⁹⁹⁾; se infatti l'insufficienza della prestazione offerta è tale da non pregiudicare in modo apprezzabile l'interesse del creditore, il difetto di cooperazione appare pretestuoso e merita di essere sanzionato con la costituzione in mora. L'opinione trova riscontro in una pronuncia di legittimità, che ritiene idonea ad escludere la *mora debendi* un'offerta rivelatasi lievemente incompleta, in quanto mancante di una piccola parte degli interessi dovuti ⁽¹⁰⁰⁾: la soluzione, riferita all'offerta ordinaria (art. 1220 c.c.), può essere estesa a quella formale, risultando illegittimo in entrambi i casi il rifiuto del creditore.

Tra le soluzioni passate in rassegna, quest'ultima appare preferibile. Se da un lato intendere il requisito della completezza in modo esasperatamente rigido rischia di vanificare la tutela accordata al debitore a fronte del difetto di cooperazione, dall'altro il principio di buona

(97) È il caso di Cass. 29 maggio 1996, n. 4996, cit.

(98) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 148; FALZEA, *Offerta reale e liberazione coattiva*, cit., p. 247. Nel vigore del codice abrogato, cfr. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, II, Napoli, 1890, p. 148, il quale riporta adesivamente una massima della Corte di Cassazione di Firenze, 20 gennaio 1868, negli *Annali della giurisprudenza italiana*, 1868, I, 54. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 20 ottobre 1956, n. 3774, in *Foro it.*, Rep. 1956, v. «vendita», n. 228: il venditore non decade dal diritto di riscatto per il solo fatto di non aver offerto al compratore piccole somme che ignorava senza colpa di essere obbligato a rimborsare.

(99) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 826 s.; CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, cit., p. 824; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 3; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 418; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 90 s. In forma dubitativa NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 202, testo e nt. 129.

(100) Cfr. Cass. 9 marzo 1995, n. 2730, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «obbligazioni in genere», n. 41.

federe appare idoneo a favorire un opportuno adattamento del dato normativo alla fattispecie concreta. Quale regola di condotta che governa l'attuazione del rapporto obbligatorio, la buona fede consente di valorizzare il comportamento di entrambe le parti; in quest'ottica, può essere riconosciuta rilevanza al contegno del creditore, che abbia segnalato al debitore l'insufficienza della prestazione offertagli informalmente (art. 1220 c.c.), e a quello del debitore, che a seguito di tale segnalazione non abbia integrato la quantità mancante pur essendo in condizione di farlo.

Sulla base del medesimo principio è possibile trattare con opportuna elasticità la situazione, speculare rispetto a quella qui considerata, in cui la prestazione offerta dal debitore ecceda quella dovuta. Il creditore sarà legittimato a rifiutarla, in base al principio di buona fede, quando la restituzione della porzione eccedente e la relativa custodia comportano inconvenienti rilevanti: altrimenti, ci sembra, l'offerta può essere convalidata, essendo il creditore costituito in mora limitatamente al *quantum* della prestazione dovuta⁽¹⁰¹⁾. Anche in questa eventualità, assume rilevanza il comportamento tenuto dalle parti in risposta all'anomalia dell'offerta: se pur avendo riscontrato che la quantità offertagli in modo informale è eccessiva il creditore non segnala tale circostanza alla controparte — per ipotesi, deducendo a fondamento del suo rifiuto solo una difformità di carattere qualitativo, poi emendata

(101) Nello stesso senso appare orientata una non recente pronuncia di legittimità, ai termini della quale l'offerta reale e il deposito che eccedono la misura dovuta sono ugualmente idonei alla costituzione in mora del creditore e all'estinzione della corrispondente obbligazione, sicché il giudice può ridurre la somma offerta per l'eccedenza: cfr. Cass. 21 luglio 1945, n. 600, in *Foro it.*, Rep. 1943-1945, v. «offerta reale», n. 3. Anche sul punto specifico, la dottrina appare divisa. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 248 ss., prospetta una soluzione che come quella proposta dallo stesso autore in relazione all'offerta insufficiente risulta incentrata sulla categoria dell'errore: il rifiuto del creditore sarebbe illegittimo «tutte le volte in cui l'eccesso nella quantità offerta sia dovuto ad un errore di calcolo e non presenti per il creditore inconvenienti la sua meccanica riduzione» (p. 249). CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 148, nt. 4, ritiene invece giustificata una soluzione improntata a maggiore elasticità, favorita dall'applicazione del canone della buona fede. Sulla stessa linea coloro che riconducono al medesimo precetto la fattispecie dell'offerta insufficiente: cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 91; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 204. D'ONOFRIO, voce *Offerta reale*, cit., p. 769 ritiene valida l'offerta eccedente sulla base del principio *in plus et minus continetur*, mentre SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 72 s. reputa l'offerta invalida a meno che a seguito della segnalazione del creditore il debitore l'abbia limitata alla somma effettivamente dovuta.

dal debitore — il rifiuto successivamente opposto all'offerta formale è illegittimo, in quanto contrario a buona fede.

Il requisito della completezza presuppone che la prestazione e i relativi accessori siano determinati nel loro ammontare: non stupisce, allora, che in relazione alle spese non liquide il legislatore abbia ritenuto sufficiente l'offerta di una somma non necessariamente coincidente con quella dovuta, purché corredata, ove necessario, da una riserva di supplemento (art. 1208, n. 3 c.c.). La disposizione ha sollevato perplessità e alimentato divergenze interpretative che ne rendono instabile l'applicazione.

Una voce autorevole critica la scelta di imputare al debitore l'onere di offrire una somma denaro, che ritiene incompatibile con l'illiquidità del debito relativo alle spese: anziché esigere l'esibizione di una somma diversa da quella effettivamente dovuta, il legislatore avrebbe dovuto ammettere la costituzione in mora mediante intimazione, differendo l'offerta reale al momento della liquidazione ⁽¹⁰²⁾. Sostanzialmente in linea con questa posizione una sentenza di legittimità, che in evidente contrasto con il dato normativo ha ritenuto valida l'offerta finalizzata all'esercizio di un diritto di riscatto agrario benché essa non comprendesse le spese di rogito sostenute dagli acquirenti del fondo ⁽¹⁰³⁾: la circostanza che l'importo delle spese notarili non fosse stato comunicato è stata ritenuta sufficiente ad esonerare i retraenti dalla relativa offerta. La regola espressa dall'art. 1208 n. 3 c.c. viene sostituita da un principio di diritto ricavato per analogia dalla disciplina della finzione di avveramento della condizione (art. 1359 c.c.): la mancata offerta delle spese notarili non preclude il riscatto del fondo, se è stata impedita dalla reticenza dello stesso creditore.

Si discute, poi, sulla misura della somma che deve essere offerta al creditore perché lo stesso sia validamente costituito in mora: ci si chiede, infatti, se sia sufficiente una somma qualsiasi, anche irrisoria, o sia invece necessario che essa sia congrua in rapporto alla presumibile entità delle spese dovute. In base ad alcune pronunce giurisprudenziali — invero, non molto recenti — è sufficiente che il debitore abbia offerto una somma qualsiasi, non essendo richiesto che essa possa verosimilmente corrispondere all'importo delle spese dovute ⁽¹⁰⁴⁾. È da

(102) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 256.

(103) Cfr. Cass. 14 agosto 2014, n. 17975, in *Vita not.*, 2015, 316.

(104) Cfr. Cass. 29 aprile 1968, n. 1355, in *Foro it.*, Rep. 1968, v. «offerta reale», n. 2; Cass. 29 ottobre 1958, n. 3551, in *Foro it.*, Rep. 1958, v. «offerta reale», n. 7; Cass.

ritenere, invece, che la somma offerta debba essere realisticamente idonea a compensare le spese non ancora liquidate; la congruità della somma dovrà essere valutata *ex antea*, assumendo a riferimento le informazioni di cui il debitore dispone quando compie l'offerta.

Come si è anticipato ⁽¹⁰⁵⁾, grazie all'offerta il debitore dimostra di essere in condizione di adempiere l'obbligazione, risultando così giustificata la responsabilità del creditore per la dilatazione del rapporto. Se questo è vero, la somma destinata a compensare le spese non liquide non può essere irrisoria, ma deve risultare congrua in rapporto alla loro presumibile entità. Tale valutazione, inevitabilmente approssimativa, è destinata ad essere svolta sulla base delle informazioni di cui il debitore è a conoscenza quando ha compiuto l'offerta. Se il creditore si rifiuta di fornire informazioni utili a determinare, sia pure in via approssimativa, l'entità delle spese, la congruità della somma offerta verrà valutata in modo meno rigoroso per il debitore; quando invece al debitore sono state fornite tutte le informazioni disponibili, il giudizio di adeguatezza è destinato ad assumere contorni più rigidi.

Le spese illiquide non si presumono e devono essere offerte solo se ne è certa l'esistenza; è onere del creditore che contesta la validità dell'offerta dimostrare la sussistenza di spese non liquide ⁽¹⁰⁶⁾.

Si ritiene che la riserva di supplemento — vale a dire, la promessa di pagare una somma ulteriore qualora a seguito della liquidazione le spese dovute risultino superiori — debba non solo essere espressa contestualmente all'offerta, ma anche risultare dal verbale che la documenta ⁽¹⁰⁷⁾: siccome in base al dettato legislativo (art. 1208, n. 3 c.c.) essa integra il contenuto necessario dell'offerta formale, è coerente che debba essere verbalizzata dal pubblico ufficiale. Se poi le spese vengono liquidate prima della chiusura del giudizio di convalida dell'offerta formale, o del conseguente deposito, il debitore interessato alla

11 aprile 1957, n. 1247, in *Foro it.*, 1958, I, 1927; Cass. 14 febbraio 1952, n. 384, in *Foro it.*, 1953, I, 986; Cass. 9 luglio 1951, n. 1848, in *Foro it.*, Rep. 1951, v. «offerta reale», n. 4; Cass. 4 marzo 1945, n. 137, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, 97.

(105) V., *supra*, § 1 e cap. II, § 3.

(106) Cfr. Cass. 10 maggio 1950, n. 1198, in *Foro it.*, Rep. 1950, v. «offerta reale», nn. 1-4. In dottrina v., adesivamente, NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 92.

(107) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 257. L'opinione viene condivisa da CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 148, nt. 5. In senso contrario D'ONOFRIO, voce *Offerta reale*, cit., p. 770, il quale ritiene che la mancata riserva del supplemento non comporti l'invalidità dell'offerta.

costituzione in mora o alla liberazione dal vincolo ha l'onere di integrare la somma offerta o depositata. Qualora il giudizio di convalida si sia concluso, e le spese liquidate risultino superiori a quelle offerte, il debitore resta obbligato per il residuo: se il creditore non accetta di riceverlo, potrà essere nuovamente costituito in mora, mentre il debitore sarà legittimato a liberarsi ricorrendo al deposito ⁽¹⁰⁸⁾. Secondo questa ricostruzione, in definitiva, quando le spese vengono liquidate successivamente alla convalida dell'offerta o del deposito la *mora accipiendi* produce i suoi effetti limitatamente alla prestazione offerta e il deposito libera solo parzialmente il debitore. A seguito della liquidazione, il debitore potrà offrire nuovamente il residuo, e — stante il perdurante rifiuto del creditore — tutelarsi contro il difetto di cooperazione effettuando nuovamente la costituzione in mora e procedendo al deposito.

La disposizione in esame, invece, non disciplina espressamente l'ipotesi in cui ad essere indeterminata nel suo ammontare sia la prestazione che costituisce l'oggetto principale dell'obbligazione. Anche in questo caso non è evidentemente possibile valutare con precisione la coincidenza della prestazione offerta rispetto a quella dovuta, sicché occorre considerare l'ammissibilità di un'offerta approssimativa.

Nessun dubbio che il creditore non possa essere costituito in mora quando l'indeterminatezza della prestazione non dipende dal suo difetto di cooperazione: si pensi all'ipotesi in cui la determinazione del prezzo sia stata affidata a un arbitratore, o un debito risarcitorio non sia ancora liquido in quanto i danni conseguenti alle lesioni subite dal creditore sono ancora incerti ⁽¹⁰⁹⁾. In questa ipotesi difetta, infatti, uno dei presupposti essenziali della *mora accipiendi*, qual è il difetto di cooperazione del creditore: egli potrà essere costituito in mora solo se a seguito della liquidazione del debito — effettuata una volta venuto meno l'impedimento a lui non imputabile — rifiuta la prestazione offerta.

Si discute, invece, sull'ammissibilità e sulle modalità della costitu-

(108) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 257, il quale — coerentemente con l'opinione, precedentemente sostenuta, in base alla quale l'offerta formale deve essere generalmente anticipata da quella ordinaria — ritiene che in relazione all'obbligazione avente ad oggetto il residuo delle spese illiquide il debitore non possa «senz'altro accedere alla via dell'offerta formale, dovendo prima saggiare l'offerta amichevole».

(109) Per un riscontro, in dottrina, cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 89 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 251.

zione in mora quando la mancata liquidazione del debito dipende dal comportamento non cooperativo del creditore, che non fornisce al debitore gli elementi necessari per determinare con esattezza l'oggetto della prestazione e della corrispondente offerta.

Secondo alcune pronunce giurisprudenziali, in presenza di un debito illiquido il debitore non sarebbe legittimato ad effettuare l'offerta, ordinaria o formale, e ad invocare degli effetti che ne conseguono: se tra le parti è insorta una controversia in merito alla misura della prestazione dovuta ⁽¹¹⁰⁾ — così come, a maggior ragione, in ordine alla stessa esistenza dell'obbligazione ⁽¹¹¹⁾ — l'offerta finalizzata alla costituzione in mora può essere effettuata solo dopo che è passata in giudicato la sentenza che accerta l'esistenza del debito e ne liquida l'ammontare.

In dottrina si riscontra una maggior sensibilità verso l'esigenza di proteggere l'affidamento del debitore, che altrimenti resterebbe esposto alle conseguenze del difetto di cooperazione durante il tempo occorrente per la liquidazione del debito.

Si ritiene allora che — essendo l'offerta approssimativa della prestazione contemplata dalla legge solo con riferimento alle spese

(110) Così, l'offerta reale del conguaglio dovuto da uno dei coniugi nel contesto della divisione di beni in comunione legale viene ritenuta inidonea alla costituzione in mora in quanto avente ad oggetto una prestazione non liquida: cfr. Cass. 31 maggio 2006, n. 13009, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «famiglia (regime patrimoniale)», n. 128: «in tema di divisione dei beni oggetto della comunione legale fra coniugi, il conguaglio posto a carico di uno dei conviventi inerisce alle operazioni divisionali e non costituisce un capo autonomo della sentenza, dichiarativa della divisione; ne consegue che l'importo del conguaglio diventa definitivo soltanto con il passaggio in giudicato della sentenza e, pertanto, qualora quello fra i coniugi che ne sia onerato ne offra il pagamento all'altro e questi lo rifiuti, si debbono ritenere insussistenti i presupposti di un'offerta valida agli effetti dell'art. 1206 c.c., in quanto difetta la certezza della somma dovuta (sulla base di tale principio la suprema corte ha cassato la sentenza d'appello che aveva confermato quella di primo grado, la quale aveva ritenuto valida l'offerta — nella specie eseguita in forma reale — ed ha deciso nel merito rigettando la domanda di convalida dell'offerta)». Tra le pronunce meno recenti, appaiono orientate nello stesso senso Cass. 29 aprile 1968, n. 1355, in *Giur. it.*, Rep. 1968, v. «offerta reale», n. 1; Cass. 29 ottobre 1958, n. 3551, in *Giur. it.*, Rep. 1958, v. «offerta reale», n. 1. Nella giurisprudenza di merito v., sempre in relazione alla *mora accipiendi*, App. Cagliari 21 giugno 1985, in *Riv. giur. sarda*, 1987, 27 e *Foro it.*, Rep. 1987, v. «obbligazioni in genere», n. 19.

(111) V., con particolare riferimento all'offerta ordinaria, volta ad escludere la *mora debendi*, Cass. 2 febbraio 1999, n. 857, in *Foro it.*, Rep. 1999, v. «obbligazioni in genere», n. 46.

illiquide — il debitore sia legittimato ad effettuare la costituzione in mora mediante intimazione, sollecitando il creditore a fornire la cooperazione necessaria per determinare la prestazione. L'intimazione finalizzata alla costituzione in mora potrebbe essere effettuata nelle forme d'uso, con le modalità previste in relazione alle prestazioni di fare (art. 1217 c.c.) ⁽¹¹²⁾. Così protetto dagli effetti della mora, il debitore interessato a liberarsi dell'obbligazione avrebbe l'onere di promuovere la liquidazione della prestazione dovuta; una volta effettuata quest'ultima, e perdurando il rifiuto del creditore, il debitore potrebbe procedere all'offerta reale e al deposito, guadagnando così la liberazione dal vincolo ⁽¹¹³⁾.

In quest'ottica, mentre la *mora accipiendi* presuppone una semplice intimazione a cooperare — dunque, a fornire le informazioni necessarie per determinare l'oggetto della prestazione — il procedimento finalizzato a conseguire la liberazione dal vincolo, che si compone di offerta reale e deposito, presuppone necessariamente che la prestazione sia stata liquidata e messa a disposizione del creditore. Nello stesso senso appare orientata una sentenza di legittimità, che ritiene sufficiente l'intimazione a fornire le informazioni necessarie per la liquidazione del debito, non essendo necessario ai fini della costituzione in mora che la prestazione dovuta sia stata offerta al creditore ⁽¹¹⁴⁾.

(112) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 148 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 252 ss. L'opinione viene condivisa da VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 191.

(113) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 252 s. Nello stesso senso, nella letteratura più recente, ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 132.

(114) Nella fattispecie, in assenza di un'offerta di adempimento da parte del debitore, la circostanza che il creditore non abbia soddisfatto la richiesta di inviare un estratto conto dal quale sarebbe risultato l'ammontare del debito viene ritenuta sufficiente a giustificare la costituzione in mora. Cfr. Cass. 22 febbraio 1979, n. 1289, in *Giust. civ.*, Rep. 1979, v. «obbligazioni e contratti», n. 3 e in *De Iure* (s.m.): «poiché ai sensi dell'art. 1206 c.c. il creditore è in mora quando non compia attività necessarie all'esecuzione della prestazione da parte del debitore, non può non considerarsi in mora il creditore che, mancando un'offerta di adempimento da parte del debitore, non soddisfi la richiesta del debitore di invio di un estratto conto da cui risulti l'ammontare del debito». Nello stesso senso appare orientata una sentenza di merito, che ritiene validamente costituito in mora ai sensi dell'art. 1217 c.c. un soggetto danneggiato nel contesto di un incidente stradale per effetto di una lettera con cui l'assicuratore del danneggiante lo invitava a prendere contatti con il medico fiduciario: lettera a cui era seguita l'indicazione della data della visita da parte del medico. Si tratta di Trib. Venezia 13 luglio 2000, in *Danno resp.*, 2001, 977, con nota di LAGHEZZA, *Rifiuto di sottoporsi a visita medico-legale e mora credendi*.

In base a un'altra opinione, il debitore di una prestazione illiquida sarebbe legittimato ad effettuare un'offerta approssimativa, riservandosi di integrarla mediante il pagamento di un supplemento qualora a seguito della liquidazione la prestazione dovuta risulti superiore a quella offerta ⁽¹¹⁵⁾. Da un lato, si ritiene che la sollecitazione a fornire le informazioni necessarie per la determinazione del debito non giustifichi la *mora accipiendi*, in quanto non soddisfa l'indefettibile requisito dell'offerta: l'unico effetto che viene ad essa riconosciuto è quello di escludere la mora del debitore che a causa della reticenza della controparte ritarda l'adempimento dell'obbligazione. Dall'altro, grazie all'offerta approssimativa il debitore dimostra di essere pronto ad adempiere e di meritare di essere tutelato contro la dilatazione del rapporto obbligatorio durante il tempo occorrente per la liquidazione.

Viene così estesa alla fattispecie in cui la prestazione principale è illiquida la soluzione espressamente prevista dalla legge in relazione alle spese di ammontare indeterminato. Anche in quest'ottica, peraltro, si ritiene che il debitore interessato a liberarsi dell'obbligazione mediante il deposito debba precedentemente ottenere la liquidazione del *quantum* dovuto.

La soluzione appare condivisa da una pronuncia di merito ⁽¹¹⁶⁾, in base alla quale il debitore è legittimato ad effettuare l'offerta, purché congrua, e da massime della giurisprudenza di legittimità ai termini delle quali il requisito della completezza dell'offerta sembra poter essere derogato quando la prestazione non è determinata nel suo preciso ammontare ⁽¹¹⁷⁾: si tratta tuttavia, in questo secondo caso, di *obiter dicta*, resi nel contesto di pronunce relative ad offerte incomplete

(115) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 3 s.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 57 ss.

(116) Cfr. Trib. Varese, 30 gennaio 1987, in *Resp. civ. prev.*, 1987, p. 291: «il giudizio di convalida dell'offerta reale congruamente effettuata dall'assicuratore r.c.a. del danneggiante da incidente stradale nei confronti del danneggiato ai sensi dell'art. 1208 c.c., assorbe la pretesa risarcitoria esercitata in separato giudizio da quest'ultimo verso il primo e ne determina la reiezione».

(117) Cfr. Cass. 29 maggio 1996, n. 4996, cit., che recepisce il principio di diritto enunciato da Cass. 15 dicembre 1981, n. 6631, cit.: «ai fini della validità dell'offerta reale, è necessario che essa comprenda la totalità della somma dovuta a titolo di capitale, con tutti gli accessori già certi nella loro entità sicché è inidonea, ai fini indicati, l'offerta di una minor somma *che non sia conseguenza della illiquidità del preteso credito*, ma frutto di una sua diversa determinazione da parte del debitore, della quale costui deve subire gli effetti una volta accertatane l'inconsistenza» (corsivo aggiunto).

di prestazioni liquide. Nella giurisprudenza di legittimità gli unici precedenti realmente pertinenti sono quelli, già ricordati, che negano al debitore la legittimazione ad effettuare l'offerta quando l'esistenza del debito e la sua misura non sono stati accertati con sentenza definitiva ⁽¹¹⁸⁾.

Anche a giudizio di chi scrive la soluzione preferibile è quella che consente al debitore interessato alla costituzione in mora di effettuare un'offerta approssimativa della prestazione. Se non fosse legittimato a compiere l'offerta fino al momento della liquidazione, il debitore resterebbe esposto per un lungo periodo di tempo agli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto; d'altra parte, se si limitasse a sollecitare la cooperazione necessaria per liquidare il *quantum* dovuto il debitore non si dimostrerebbe pronto ad adempiere, sicché non meriterebbe di avvalersi degli effetti della mora.

È da ritenere, dunque, che — mentre l'intimazione di fornire le informazioni necessarie per la liquidazione esclude la responsabilità del debitore per il ritardo (art. 1220 c.c.) — ai fini della costituzione in mora del creditore sia necessaria un'offerta approssimativa, tale da includere l'esibizione della somma dovuta. Come già sostenuto in relazione all'offerta relativa alle spese non liquide, l'adeguatezza della somma dovrà essere valutata sulla base delle informazioni di cui il debitore dispone. La congruità dell'offerta verrà valutata in modo tanto più rigido e selettivo, quanto maggiori sono gli elementi utili ai fini della determinazione del *quantum* che il creditore ha comunicato al debitore. I principi di correttezza e buona fede (artt. 1175, 1375 c.c.), che governano il comportamento tenuto dalle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio, offrono a tale soluzione un idoneo fondamento normativo.

Gli effetti dell'offerta approssimativa non differiscono da quelli già considerati in relazione alle spese illiquide. Sembra opportuno adottare a questo proposito una prospettiva di carattere procedimentale.

Se la prestazione viene liquidata successivamente all'offerta, ma anteriormente al giudizio di convalida, il debitore interessato ad effettuare la costituzione in mora ha l'onere di integrare l'eventuale differenza tra la prestazione offerta e quella dovuta, risultando altrimenti giustificato il rifiuto della convalida per la mancanza del requisito della completezza. Una soluzione analoga può essere adottata in relazione al

(118) V., *supra*, ntt. 110, 111.

deposito liberatorio: quando la prestazione viene liquidata anteriormente alla convalida, il debitore interessato ad affrancarsi dal vincolo ha l'onere di depositare il residuo.

Se invece al momento del giudizio la prestazione non è stata ancora liquidata, l'offerta e il deposito meritano di essere convalidati, sempre che in base a una valutazione approssimativa la somma possa dirsi congrua rispetto alla presumibile entità del debito. Gli effetti della *mora accipiendi* e del deposito liberatorio convalidato dal giudice saranno limitati non alla prestazione dovuta, ma a quella offerta. Anche a seguito della convalida del deposito, il debitore resterà obbligato per il residuo: e qualora il creditore rifiuti ancora di riceverlo, sarà legittimato a offrire la differenza e liberarsi effettuando un ulteriore deposito.

Un argomento in senso contrario a tale conclusione sembra potersi ricavare dall'art. 1181 c.c.: come il creditore ha diritto di rifiutare l'offerta parziale, così il debitore non potrebbe liberarsi depositando una prestazione inferiore a quella dovuta. Si può rispondere che la disposizione assume a presupposto che la prestazione sia determinata nel suo ammontare, sicché il creditore è in condizione di verificare la completezza dell'offerta e decidere di rifiutarla qualora l'accertamento abbia esito negativo; se invece il debito è illiquido, e tale circostanza dipende dal difetto di cooperazione del creditore, è ragionevole che il debitore sia tutelato contro il protrarsi del rapporto (*mora accipiendi*) e sia liberato (deposito), sia pure limitatamente alla prestazione offerta.

Come per le spese illiquide, l'offerta della prestazione non determinata nel suo ammontare giustifica la costituzione in mora del creditore se è accompagnata da una riserva di supplemento, in quanto il debitore promette di pagare la differenza tra la prestazione offerta e quella che risulterà dovuta a seguito della liquidazione: anche in questa ipotesi, la riserva di supplemento dovrà risultare dal verbale che documenta l'offerta. Se invece la riserva di supplemento manca, il creditore può ragionevolmente ritenere che il debitore non sia disposto a integrare in un secondo momento l'offerta inizialmente effettuata: è ipotizzabile, allora, che sia legittimato a rifiutarla, in quanto sussiste il rischio che la sua accettazione possa essere interpretata come espressione di una rinuncia a pretendere la differenza ⁽¹¹⁹⁾.

(119) Nello stesso senso, in dottrina, VILLANACCI, *Natura ed effetti dell'accettazione dell'offerta reale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 94. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma 22 febbraio 1988, in *Giust. civ.*, 1989, I, 726: «in caso di debito illiquido la funzione dell'offerta (formale o non formale che sia) non è di provocare un accordo negoziale,

6. *Quando l'oggetto della prestazione non è (ancora) determinato.* — È da considerare come possa essere effettuata l'offerta quando la prestazione deve essere determinata dalle parti del rapporto obbligatorio o da un terzo in un momento successivo a quello in cui sorge l'obbligazione. Si tratta di valutare, allora, se e come il debitore interessato ad adempiere possa superare il difetto di cooperazione del creditore — che non effettua la determinazione o non vi concorre — o supplire all'inerzia del terzo.

Se è compito del debitore identificare la prestazione, lo stesso può individuarla mediante l'offerta formale. Secondo una voce autorevole, il debitore sarebbe legittimato ad effettuare la costituzione in mora solo dopo avere individuato la prestazione mediante l'offerta ordinaria (art. 1220 c.c.) ⁽¹²⁰⁾. Si ripropongono qui le considerazioni già svolte in ordine ai rapporti tra le due modalità dell'offerta ⁽¹²¹⁾. A nostro parere, anche se non preceduta da quella ordinaria l'offerta formale vale a costituire in mora il creditore, fermo restando che se l'offerta viene accettata le relative spese restano a carico del debitore. Quest'ultimo può determinare la prestazione e costituire in mora il creditore effettuando "in prima battuta" l'offerta formale.

In relazione all'ipotesi in cui l'individuazione richieda il concorso di entrambe le parti — come avviene nella vendita di cose determinate solo nel genere (art. 1378 c.c.) — si riscontrano invece posizioni divergenti. In base a una prima opinione, se il creditore non concorre all'individuazione il debitore potrebbe effettuare l'offerta funzionale alla costituzione in mora solo ottenendo preventivamente la determinazione giudiziale ⁽¹²²⁾. Altri ritengono che il debitore possa costituire in mora il creditore che non concorre all'individuazione offrendogli «cose di qualità non inferiore alla media» (art. 1178 c.c.) ⁽¹²³⁾: la soluzione viene giustificata sulla base del fatto che la disposizione richiamata consente di valutare su basi obiettive l'esattezza della prestazione offerta, mentre la legge non prevede la preventiva determinazione giudiziale.

ma di porre il dovuto a disposizione del creditore, che quindi giustificatamente la rifiuta allorché l'accettazione implicherebbe rinuncia alle maggiori somme che potrebbero essere riconosciute dovute in esito alla liquidazione».

(120) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 133.

(121) V., *supra*, cap. II, § 12.

(122) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 133.

(123) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 155; G. GROSSO, *Note in tema di obbligazione generica*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 611.

Sulla stessa linea, è stato ipotizzato che il rifiuto illegittimo di concorrere all'individuazione opposto dal creditore possa essere considerato inefficace, con il conseguente prodursi dell'effetto traslativo (art. 1378 c.c.)⁽¹²⁴⁾. In relazione alla parallela obbligazione avente ad oggetto la consegna delle merci, la tesi sembra avere implicazioni analoghe a quelle appena ricordate: il debitore (nonché alienante) sarebbe legittimato a costituire in mora il creditore (nonché acquirente) individuando e offrendo merci di qualità non inferiore alla media, per poi liberarsi mediante il deposito⁽¹²⁵⁾.

Se poi l'individuazione è rimessa al solo creditore, si ritiene applicabile per analogia la disciplina delle obbligazioni alternative, in base alla quale quando il creditore omette di effettuare la scelta nel termine stabilito dal titolo o in quello fissato dal debitore la relativa facoltà viene attribuita a quest'ultimo (art. 1287, comma 2° c.c.)⁽¹²⁶⁾. L'applicazione analogica della disposizione, tuttavia, si giustifica solo quando il titolo da cui sorge l'obbligazione riconosce al creditore la facoltà di scegliere

(124) Cfr. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 489.

(125) In questo senso v. anche SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. contratto Roppo*, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, p. 68. L'autore ritiene che a seguito del rifiuto illegittimo di concorrere all'individuazione il debitore (alienante) possa costituire in mora il creditore (acquirente) mediante offerta solenne — avente ad oggetto, evidentemente, beni da lui unilateralmente identificati — per poi liberarsi mediante il deposito. Nello stesso modo, ritiene che il debitore sia legittimato a individuare unilateralmente i beni mediante l'offerta, ed effettuare il deposito, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*³, Milano, 2019, p. 487.

A favore di tale soluzione — che accorda all'alienante la legittimazione ad effettuare unilateralmente l'individuazione dei beni e a costituire in mora l'acquirente — può essere indicato anche un argomento di carattere comparatistico. Come si è anticipato, nella CISG e nel DCFR si prevede che se in violazione del contratto il compratore non indica le caratteristiche dei beni di cui attende la consegna la determinazione può essere effettuata dal venditore sulla base delle esigenze del compratore delle quali è a conoscenza, con l'onere di accordare a quest'ultimo un congruo termine per consentirgli di effettuare una determinazione alternativa (art. 65 CISG; art. IV.A-3:102 DCFR in relazione ai quali v., *supra*, cap. I, § 10). Se l'omissione delle informazioni necessarie per identificare le caratteristiche dei beni dovuti al compratore giustifica la determinazione unilaterale del venditore (sebbene effettuata nel contesto di un procedimento che accorda all'acquirente la possibilità di effettuare una determinazione alternativa), la soluzione risulta a maggior ragione giustificata quando le caratteristiche dei beni sono identificate dal contratto e il concorso del creditore è necessario solo per la loro individuazione.

(126) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 156; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 133.

tra prestazioni diverse. Se invece al creditore è attribuita (non la scelta tra due beni o servizi, ma) la facoltà di determinare le caratteristiche di una prestazione già identificata dal contratto nei suoi tratti essenziali, si ritiene che possa essere costituito in mora tramite offerta per intimazione effettuata nelle forme d'uso (art. 1217 c.c.): omettendo di indicare le caratteristiche del bene o del servizio atteso, il creditore preclude al debitore di eseguire una prestazione di fare, qual è quella che consiste nell'adattare il bene o il servizio alle sue indicazioni ⁽¹²⁷⁾.

L'applicazione analogica della disciplina delle obbligazioni alternative è parimenti preclusa quando il titolo attribuisce al creditore la facoltà di determinare la quantità a lui dovuta, come avviene nel contesto del contratto di somministrazione (art. 1560, comma 2° c.c.). Se il creditore non provvede, il debitore non può senz'altro determinare il *quantum* e offrire la prestazione; e siccome non può nemmeno effettuare un'offerta formale (il cui oggetto sarebbe indeterminato), non gli resta che sollecitare il creditore a determinare il *quantum* mediante l'offerta per intimazione prevista in relazione alle prestazioni di fare (art. 1217 c.c.). Non si ritiene, invece, che il debitore possa ricorrere al giudice per ottenere la determinazione dell'oggetto in luogo del creditore ed effettuare su questa base l'offerta formale: se infatti diverse disposizioni di legge ammettono che il debitore possa ricorrere al giudice quando la determinazione dell'oggetto spetta a un terzo, una soluzione analoga non è contemplata quando la determinazione deve essere effettuata dal creditore ⁽¹²⁸⁾.

Da quanto appena detto si ricavano le modalità di costituzione in mora quando la determinazione della prestazione è rimessa a un terzo: in tale evenienza, l'offerta funzionale alla costituzione in mora può essere fatta solo a seguito della determinazione effettuata dal terzo o in mancanza dal giudice. Diverse disposizioni, infatti, ammettono che qualora il terzo non provveda la prestazione possa essere individuata per via giudiziale (artt. 631, comma 3°; 664, comma 3°; 1287, comma 3°; 1349, 1473, comma 2° c.c.) ⁽¹²⁹⁾.

7. *Offerta qualitativamente inesatta e «motivo legittimo» di rifiuto.* — Come risulta dal suo tenore letterale, l'art. 1208, n. 3 c.c. disciplina l'oggetto dell'offerta sotto il profilo quantitativo: non si

(127) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 156.

(128) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 156 s.

(129) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 133.

prescrive in termini generali l'identità della prestazione offerta rispetto a quella dovuta, ma si prevede che i beni destinati al creditore e i relativi accessori gli siano offerti nella loro totalità.

Certamente, l'identità della prestazione offerta rispetto a quella dovuta è necessaria anche sotto il profilo qualitativo: il creditore, infatti, è legittimato a rifiutare una prestazione diversa da quella attesa, benché di valore uguale o maggiore (art. 1197 c.c.)⁽¹³⁰⁾. Su questo terreno, tuttavia, la corrispondenza tra l'oggetto dell'offerta valida ai fini della costituzione in mora e quello dell'obbligazione risulta meno rigida: se è vero che l'offerta di un bene radicalmente diverso da quello dovuto (*aliud pro alio*) giustifica il rifiuto del creditore e ne preclude la costituzione in mora, quando il medesimo bene è affetto da vizi o difformità entrano in gioco variabili che dipendono dal rapporto intercorrente tra le parti, spesso governato dalla disciplina dei contratti tipici.

In presenza di una difformità di carattere qualitativo, l'idoneità dell'offerta a costituire in mora il creditore — in mancanza di una specifica previsione normativa — è da valutare alla luce della sussistenza di un «motivo legittimo» di rifiuto (art. 1206 c.c.): e siccome il requisito rinvia alla disciplina del rapporto intercorrente tra le parti, la sua sussistenza andrà accertata in primo luogo alla luce del regime del tipo contrattuale al quale esso è riconducibile. Se il creditore non può che ricevere la prestazione, come accade quando l'unico rimedio da lui esperibile è l'azione estimatoria, l'offerta avente ad oggetto un bene viziato o difforme non può essere legittimamente rifiutata ed è idonea alla costituzione in mora.

Così, se il bene venduto è affetto da vizi in relazione ai quali gli usi escludono la risoluzione (art. 1492, comma 1° c.c.), il compratore — non potendo pretendere in alternativa ad essa la riparazione del difetto⁽¹³¹⁾, ma solo la riduzione del prezzo — deve, di regola,

(130) Il rilievo è diffuso: cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 150; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 94; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 246.

(131) Cfr. Cass., sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702, in *Foro it.*, 2013, I, 1261: «in tema di compravendita, la disciplina della garanzia per vizi si esaurisce negli artt. 1490 s. c.c., che pongono il venditore in una situazione non tanto di obbligazione, quanto di soggezione, esponendolo all'iniziativa del compratore, intesa alla modificazione del contratto od alla sua caducazione mediante l'esperimento, rispettivamente, della *actio quanti minoris* o della *actio redhibitoria*; ne consegue che il compratore non dispone — neppure a titolo di risarcimento del danno in forma specifica — di

rassegnarsi a ricevere il bene, ed un suo eventuale rifiuto lo espone a *mora accipiendi* ⁽¹³²⁾. A diversa conclusione si perviene se, contro l'opinione della giurisprudenza prevalente, si ritiene che il compratore possa ottenere la condanna del venditore alla riparazione dei vizi e alla correzione delle difformità ⁽¹³³⁾: il rifiuto del bene difettoso o difforme

un'azione «di esatto adempimento» per ottenere dal venditore l'eliminazione dei vizi della cosa venduta, rimedio che gli compete soltanto in particolari ipotesi di legge (garanzia di buon funzionamento, vendita dei beni di consumo) o qualora il venditore si sia specificamente impegnato alla riparazione del bene». Nello stesso senso Cass. 24 novembre 1994, n. 9991, in *Foro it.*, 1995, I, 3263 ed in *Corr. giur.*, 1995, 839 (in tema di preliminare di vendita); Cass. 5 agosto 1985, n. 4382, in *Foro it.*, Rep. 1985, v. «vendita», n. 73; Cass. 19 luglio 1983, n. 4980, in *Foro it.*, 1984, I, 780; Trib. Cagliari 15 febbraio 2008, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 679; Trib. Oristano 19 febbraio 1999, *ivi*, 2000, 787; Pret. Grottaglie 11 aprile 1990, in *Arch. civ.*, 1991, 331; Trib. Roma 30 ottobre 1985, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1986, 344; App. Milano 2 febbraio 1971, in *Foro pad.*, 1971, I, 402; App. Palermo 20 luglio 1966, *ivi*, 1967, I, 384; Trib. Parma 20 giugno 1960, *ivi*, 1960, I, 1184.

(132) Condividiamo sul punto la ricostruzione di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 151.

(133) In dottrina, accanto alla tesi contraria all'esercizio dell'azione (MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 60) e a quella che la ammette incondizionatamente (MIRABELLI, *La vendita. Artt. 1470-1547*, in *Comm. cod. civ. Utet*, 1988, p. 116; GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, Milano, 1975, p. 74 ss.) vanno ricordate posizioni secondo cui il compratore è legittimato ad esigere la riparazione e la sostituzione della cosa solo al verificarsi di determinati presupposti. Così, RUBINO, *La compravendita*², rist., in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XIII, Milano, 1971, p. 825 ss. ammette che il compratore possa esercitare l'azione di esatto adempimento solo nel caso in cui il venditore sia in colpa. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1993, VII.1, p. 1010, così come GRECO e COTTINO, *Della vendita*², *Artt. 1470-1547, Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 278 s. ritengono che il compratore possa ottenere la riparazione o la sostituzione della cosa a titolo di risarcimento del danno in forma specifica: con la conseguenza che la relativa azione presuppone anch'essa la colpa del venditore e — come rileva il primo autore citato — è assoggettata ai limiti della possibilità ed eccessiva onerosità previsti dall'art. 2058 c.c. Altri autori ritengono che l'azione di esatto adempimento possa essere esercitata quando il contratto pone a carico del venditore un'obbligazione di fare che si identifica con la costruzione e produzione di una cosa esente da vizi: è quanto si verifica, in genere, quando il venditore è anche il produttore della cosa [v., pur con accenti diversi, LUMINOSO, *La compravendita*⁵, Torino, 2006, p. 288; FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice del consumo)*, Napoli, 2007, p. 35 s.; PLAIA, *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padova, 2000, p. 128 ss.; ID., *Sull'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento in presenza di vizi del bene venduto o promesso in vendita*, in *Cel*, 1998, p. 159 s.]. Qualcuno propone autorevolmente l'estensione della legittimazione ad agire a tutti i contratti in cui la parte venditrice è un imprenditore: cfr. LUMINOSO, *La*

sarebbe allora giustificato, in quanto funzionale all'esercizio di un diritto che il compratore vanta nei confronti della sua controparte contrattuale. Certamente il consumatore può rifiutare la consegna di un bene non conforme al contratto, essendo egli legittimato ad ottenerne "in prima battuta" la riparazione o sostituzione (art. 130, commi 2-6 *Cod. cons.*). In definitiva, la circostanza che il contratto non possa essere risolto non preclude il rifiuto della consegna se il compratore è legittimato a pretendere dal venditore l'eliminazione dei vizi che inficiano il bene.

Un criterio analogo viene opportunamente prospettato in relazione all'appalto e al contratto d'opera. Come è noto, l'appalto può essere risolto solo se l'opera è affetta da vizi e difformità tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione; altrimenti, il committente può ottenere l'eliminazione dei vizi a spese dell'appaltatore o la riduzione del prezzo, salvo sempre il risarcimento del danno (art. 1668 c.c.). Ora, il rifiuto dell'opera viziata è legittimo quando il committente esige dall'appaltatore l'eliminazione del difetto — essendo esso funzionale all'esercizio di tale pretesa — mentre non risulta giustificato se il medesimo committente, optando per la riduzione del prezzo, mostra di voler accogliere il bene nello stato in cui si trova e di voler provvedere con proprie risorse alle necessarie riparazioni ⁽¹³⁴⁾.

Quanto al contratto di locazione, si è già fatto riferimento trattando

*compravendita*⁵, cit., p. 289 ss.; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*², Artt. 1510-1536, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 187, il quale, seguendo «un approccio tipologico», ritiene «possibile enucleare il seguente principio: il creditore ha diritto alla sostituzione o riparazione della cosa dovuta, ovvero alla eliminazione dei difetti dell'opera eseguita, allorché l'organizzazione economica del soggetto debitore rivesta caratteristiche tali da renderla *obiettivamente in grado di intervenire sul bene*. E ciò indipendentemente se il debitore abbia assunto specifici obblighi di fare e se, in particolare, il contratto di vendita abbia previsto la garanzia di buon funzionamento». L'ambito di applicazione dell'azione di esatto adempimento risulta invece più circoscritto nel recente contributo di CAMPIONE, *La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento, nel sistema codicistico di tutela dell'acquirente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 53 ss., il quale attribuisce rilevanza decisiva alle caratteristiche del bene interessato dal vizio; l'autore, infatti, ritiene che il compratore non possa ottenere la riparazione dei beni specifici (in quanto la relativa obbligazione non è ascrivibile al venditore), essendo invece legittimato a conseguire la sostituzione dei beni fungibili risultati difettosi. Per ulteriori riferimenti si rinvia ad AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, Artt. 1490-1499, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2012, p. 84 ss.

(134) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 151.

della nozione di «motivo legittimo» all'orientamento giurisprudenziale che ritiene giustificato il rifiuto di ricevere il bene alterato opposto dal locatore solo quando il ripristino delle condizioni originarie costituisce un atto di straordinaria amministrazione; mentre quando il ripristino integra un atto di ordinaria amministrazione, al quale il locatore è in condizione di provvedere in modo relativamente agevole, il rifiuto di ricevere il bene risulta illegittimo, esponendolo a *mora accipiendi* ⁽¹³⁵⁾.

In relazione alla vendita e all'appalto, il criterio adottato per identificare il rifiuto legittimo della prestazione qualitativamente inesatta risponde a un'esigenza di coerenza con il regime dei rimedi accordati al creditore (compratore o committente). Sul terreno della locazione esso risponde, invece, all'opportunità di favorire l'attuazione del rapporto, imputando l'onere del ripristino a chi si trova nella posizione migliore per provvedere ad esso: per questo motivo il locatore è tenuto ad accettare la restituzione del bene anche in presenza di un'alterazione rilevante, purché tale da non richiedere un intervento di straordinaria amministrazione.

8. *La scadenza del termine pattuito a favore del creditore (o di entrambe le parti del rapporto).* — Non tutti i requisiti elencati dall'art. 1208 c.c. — nonostante la formulazione della rubrica — sono propriamente riferibili all'offerta formale ⁽¹³⁶⁾. La scadenza del termine pattuito a favore del creditore (n. 4) e l'avveramento della condizione sospensiva (n. 5) costituiscono, piuttosto, presupposti logicamente necessari perché possa configurarsi la mora del creditore: la prestazione deve poter essere eseguita dal debitore senza che la controparte sia legittimata a rifiutarla (come, invece, il creditore potrebbe fare in pendenza di un termine pattuito a suo favore) e tra le parti deve sussistere un'obbligazione (la quale, invece, non sorge fino al momento in cui si verifica l'evento futuro e incerto dedotto ad oggetto della condizione sospensiva).

(135) V., *supra*, cap. II, § 11.

(136) Cfr. SENIGAGLIA, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, Artt. 1173-1217, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, *sub art.* 1208, p. 818; N. RIZZO, *Della mora del creditore*, cit., *sub art.* 1208, p. 2567; CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, cit., p. 821; CANTILLO, *Le obbligazioni*, II, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1992, p. 630; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 192; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 3; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 71 ss.

Piuttosto che escludere la validità dell'offerta, la pendenza del termine pattuito a favore del creditore esclude alla radice la stessa *mora accipiendi*, non essendo egli responsabile della dilatazione del rapporto obbligatorio. Il requisito, d'altra parte, sottende quello dell'eseguibilità della prestazione ⁽¹³⁷⁾: perché il debitore possa essere tutelato contro il difetto di cooperazione, è necessario che sia legittimato ad adempiere superando il rifiuto eventualmente opposto dal creditore. L'offerta dovrà essere effettuata dopo la scadenza anche quando il termine è stabilito a favore di entrambe le parti: anche in questa ipotesi, in pendenza del termine il creditore può rifiutare la prestazione, sicché non assume alcuna responsabilità per la dilatazione del rapporto obbligatorio.

Qualora invece, come avviene quando le parti non hanno pattuito diversamente (art. 1184 c.c.), il termine di adempimento sia a favore del debitore, il creditore può essere costituito in mora anche anteriormente alla scadenza. Nella pendenza del termine il creditore non può esigere la prestazione ma il debitore è legittimato a eseguirla, sicché può invocare gli effetti della mora quando il rapporto obbligatorio si dilata a causa del difetto di cooperazione.

Si ritiene che l'offerta effettuata dal debitore anteriormente alla scadenza del termine pattuito a suo favore debba avere ad oggetto l'intera prestazione dovuta ⁽¹³⁸⁾. Il debitore ha diritto di essere indennizzato dell'arricchimento conseguito dal creditore per effetto dell'adempimento anticipato solo se ha eseguito la prestazione ignorando la pendenza del termine (art. 1185 c.c.); qualora, invece, abbia detratto dalla prestazione offerta l'arricchimento conseguito dal creditore per effetto dell'anticipazione dimostra di essere consapevole del fatto che la medesima prestazione non è ancora esigibile. Il debitore, dunque, potrà ottenere in un secondo tempo la restituzione dell'arricchimento conseguente all'anticipata esecuzione della prestazione — sempre che da altri elementi non risulti che era consapevole della pendenza del termine — ma non detrarlo dal *quantum* offerto.

Se le parti non hanno pattuito un termine e l'esecuzione della prestazione non lo richiede, il creditore può esigerla immediatamente

(137) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 3; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 129.

(138) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 152 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 130 s.

(art. 1183, comma 1° c.c.); il debitore, correlativamente, può effettuare senz'altro l'offerta funzionale alla costituzione in mora ⁽¹³⁹⁾.

Qualora, invece, un termine risulti necessario in quanto la prestazione non può essere immediatamente eseguita, lo stesso viene individuato dal giudice (art. 1183, comma 1° c.c.). Sul punto, si delineano soluzioni differenti.

Secondo una prima opinione, il debitore interessato alla costituzione in mora sarebbe sempre tenuto a promuovere la fissazione giudiziale del termine e attenderne la scadenza per effettuare l'offerta ⁽¹⁴⁰⁾.

Più convincente la posizione di chi propone di distinguere in base alla circostanza che il termine affidato alla determinazione del giudice sia a favore del debitore piuttosto che a favore del creditore o di entrambe le parti ⁽¹⁴¹⁾. Nel primo caso, il debitore è immediatamente legittimato ad effettuare l'offerta — disponendo, così, del suo interesse al termine — senza l'onere di promuoverne l'individuazione giudiziale e di attenderne la scadenza. È quanto si osserva in relazione al mutuo gratuito: siccome il termine si presume a favore del mutuatario (art. 1816 c.c.), egli è legittimato ad offrire immediatamente la restituzione del capitale. Se invece il termine è a favore del creditore o di entrambe le parti, il debitore ha l'onere di promuoverne la determinazione giudiziale e può effettuare l'offerta solo a seguito della scadenza: anteriormente ad essa, il creditore è legittimato a rifiutare la prestazione. Così, se il mutuo è oneroso il termine si presume pattuito a favore di entrambe le parti (art. 1816 c.c.), potendo essere (non solo il mutuatario interessato a conservare la disponibilità della somma fino alla scadenza, ma anche) il mutuante interessato a non ricevere anticipatamente la restituzione di un capitale su cui decorrono interessi: in tale evenienza, il mutuatario ha l'onere di promuovere l'individuazione giudiziale del termine e può effettuare l'offerta solo a seguito della scadenza.

Non si può escludere che il contratto rimetta l'individuazione del termine ad una delle parti del rapporto. Ora, è da ritenere che il debitore possa effettuare immediatamente l'offerta anche quando il termine di adempimento è rimesso alla sua volontà, essendo egli

(139) Sul punto v., tra i molti, FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 129; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 73.

(140) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 129.

(141) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 153.

interessato a disporre di tempo per poter adempiere l'obbligazione. In tale evenienza, il termine è certamente a favore del debitore, che può rinunciare ad esso ed offrire senz'altro la prestazione senza dover chiedere al giudice di stabilirlo (art. 1183, comma 2° c.c.). Diversamente, quando il termine è rimesso alla volontà del creditore (essendo egli interessato a disporre di tempo per ricevere la prestazione) è onere del debitore che intende liberarsi promuoverne la determinazione giudiziale, l'offerta della prestazione potendo essere effettuata solo dopo la scadenza (art. 1183, comma 2° c.c.).

Lo schema si ripropone quando il contratto rimette l'individuazione del termine a un terzo estraneo al rapporto obbligatorio. Se il termine è a favore del debitore, lo stesso può offrire la prestazione anteriormente alla scadenza ed anche qualora il terzo non abbia provveduto a fissarlo. Quando invece il termine è a favore del creditore o di entrambe le parti del rapporto l'offerta può essere fatta solo a seguito della scadenza, in quanto anteriormente ad essa la prestazione può essere legittimamente rifiutata. Qualora il terzo non provveda a individuarlo, il termine potrà essere stabilito dal giudice su istanza del debitore; la soluzione si ricava per analogia dagli artt. 1183, comma 2°, 1349, comma 1°, 1473, comma 2° c.c. (142).

Le considerazioni svolte in questa sede fanno riferimento all'offerta formale. Secondo una tesi autorevole, a seguito della scadenza del termine pattuito a favore del creditore o di entrambe le parti il debitore sarebbe tenuto ad effettuare l'offerta ordinaria, procedendo a quella formale in conseguenza del rifiuto opposto dal creditore; qualora invece avesse effettuato in prima battuta l'offerta formale sarebbe tenuto a replicarla, in quanto la prima offerta ha la funzione di integrare il difetto di cooperazione, presupposto della *mora accipiendi* (143).

Si ripropongono a questo proposito le considerazioni svolte in precedenza: non sembra infatti necessario, e neppure rispondente al dato normativo, esigere che l'offerta formale sia sempre preceduta da quella ordinaria, in quanto anche se la prima viene effettuata "in prima battuta" il presupposto del difetto di cooperazione risulta soddisfatto. Anche in questa ipotesi, dunque, il creditore che rifiuta ingiustificatamente l'offerta formale merita di essere costituito in mora. Se poi il creditore accetta l'offerta formale non preceduta da quella ordinaria

(142) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 153 s. Sul punto v. anche FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 130.

(143) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 74.

non possono essergli addebitate le relative spese (art. 1215 c.c.), che invece graverebbero su di lui se avesse precedentemente rifiutato un'offerta ordinaria.

9. *Il verificarsi della condizione sospensiva.* — Anche l'avveramento della «condizione dalla quale dipende l'obbligazione» (art. 1208, n. 5 c.c.) costituisce un presupposto della *mora accipiendi* piuttosto che un requisito di validità dell'offerta⁽¹⁴⁴⁾. È opinione condivisa che il dettato normativo faccia esclusivo riferimento alla condizione sospensiva; siccome anteriormente al verificarsi dell'evento condizionante il contratto è inefficace, l'obbligazione non sorge e il creditore non può essere costituito in mora⁽¹⁴⁵⁾. Anche quando è la stessa legge a subordinare gli effetti del contratto al verificarsi di un evento futuro e incerto (*condicio iuris*), il creditore può essere costituito in mora solo dopo che lo stesso si è verificato⁽¹⁴⁶⁾.

L'offerta, invece, può essere effettuata in pendenza della condizione risolutiva. Essendo il contratto immediatamente efficace, l'obbligazione sorge contestualmente alla sua conclusione, sicché se non riesce ad adempiere a causa del difetto di cooperazione il debitore può avvalersi della *mora accipiendi*. Certo, la prestazione offerta dovrà essere restituita se e quando si verificherà l'evento dedotto ad oggetto della condizione risolutiva; il creditore, tuttavia, non può rifiutare l'offerta in quanto pattuendo la condizione ha acconsentito a ricevere un'attribuzione patrimoniale precaria⁽¹⁴⁷⁾.

10. *Il luogo dell'offerta.* — L'art. 1208 c.c. prosegue disciplinando il luogo dell'offerta, che deve essere fatta «alla persona del creditore o nel suo domicilio» (n. 6).

Benché il requisito sia rinvenibile in un articolo che aspira a regolamentare in termini generali l'offerta formale, esso è in realtà riferibile solo a quella reale, nell'ambito della quale i momenti dell'intimazione a cooperare e dell'esibizione della prestazione risultano contestuali.

Il luogo dell'offerta per intimazione, per contro, non può essere

(144) V., *supra*, nt. 136 e testo corrispondente.

(145) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 154.

(146) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 131.

(147) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 131; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p.

individuato unitariamente, in quanto le due fasi che la compongono si svolgono in (tempi e) luoghi diversi, non necessariamente coincidenti con quelli indicati nell'ambito della disposizione. L'*intimazione* di ricevere la consegna di un immobile o di una cosa mobile da consegnare in luogo diverso dal domicilio del creditore deve essergli notificata «nelle forme prescritte per gli atti di citazione» (artt. 1209, comma 2°; 1216, comma 1° c.c.): viene operato un rinvio all'articolata disciplina rinvenibile negli artt. 138 ss. del codice di rito. In prima battuta, l'intimazione sarà notificata al creditore mediante consegna di copia dell'atto presso la sua abitazione o in altro luogo in cui si trovi nel contesto della circoscrizione dell'ufficio giudiziario al quale è addetto l'ufficiale notificante (art. 138, comma 1° c.p.c.). Qualora la notificazione «in mani proprie» non possa avvenire, sono percorribili le soluzioni alternative previste in via gradatamente subordinata dalla disciplina processuale (artt. 139, 140 c.p.c.). L'*esibizione* dei beni — mobili o immobili — destinati al creditore avviene, invece, nel luogo dove la consegna deve essere fatta in base al contratto o alla legge: luogo indicato nel contesto dell'atto di intimazione con un preavviso di almeno tre giorni (art. 75 disp. att.).

Come è evidente, il dettato dell'art. 1208 n. 6 c.c. non risulta compatibile con la disciplina appena richiamata. Da un lato, la disposizione assume a presupposto la sostanziale unitarietà dell'offerta, che si realizza solo quando — come avviene nella variante «reale» — intimazione ed esibizione sono contestuali. Dall'altro, anche assumendo che con il riferimento alla «persona del creditore» il legislatore alluda alla sola intimazione — escludendo deliberatamente dal proprio campo visivo la fase dell'esibizione — resta il fatto che il codice di rito detta una disciplina assai più articolata, prevedendo soluzioni alternative alla notificazione dell'atto nelle mani del creditore (artt. 139, 140 c.p.c.).

Appare allora condivisibile l'orientamento, prevalente in dottrina, in base al quale l'art. 1208, n. 6 c.c. risulta applicabile alla sola offerta reale ⁽¹⁴⁸⁾. Merita di essere disattesa, correlativamente, la posizione di chi — scindendo l'enunciato normativo in due nuclei distinti — ne assume l'applicabilità ad entrambe le varianti dell'offerta formale,

(148) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 829; N. RIZZO, *Della mora del creditore*, cit., sub art. 1208, p. 2567; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 790; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 117; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 157; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 261.

ritenendo che quella reale debba essere sempre effettuata presso il «domicilio del creditore», mentre quella per intimazione debba essere indirizzata alla sua «persona» ⁽¹⁴⁹⁾.

Nessun dubbio, poi, che il dettato dell'art. 1208 n. 6 c.c. sia incompatibile con l'offerta nelle forme d'uso (artt. 1214, 1217 c.c.): l'intimazione a cooperare che ne costituisce parte integrante — assoggettata, in assenza di una specifica disciplina, al regime delle dichiarazioni recettizie — si perfeziona quando giunge a conoscenza del creditore (art. 1334 c.c.), la quale si presume raggiunta dopo che l'atto perviene al suo indirizzo (art. 1335 c.c.) ⁽¹⁵⁰⁾. Anche in questa ipotesi, il luogo dell'esibizione — che deve essere indicato nel contesto dell'atto di intimazione — coincide con quello in cui la prestazione di fare o altra prestazione offerta nelle forme d'uso deve essere eseguita (art. 80 disp. att.) ⁽¹⁵¹⁾.

Fatte queste necessarie premesse, passiamo a considerare separatamente il luogo dell'offerta distinguendo le due varianti previste dalla legge (reale e per intimazione). Essendo l'art. 1208 c.c. applicabile alla sola offerta formale, del luogo dell'offerta effettuata nelle forme d'uso si tratterà in un secondo momento ⁽¹⁵²⁾.

a) *Offerta reale*. Il dettato del codice vigente, in base al quale l'offerta può essere effettuata «alla persona del creditore o nel suo domicilio», offre un buon esempio di ambiguità sintattica ⁽¹⁵³⁾. Benché la formulazione dell'enunciato appaia chiara e lineare, dalla sua interpretazione si possono ricavare significati diversi, tutti plausibili, in dipendenza della valenza assegnata alla disgiuntiva «o».

In base a una prima lettura, l'offerta reale deve avvenire presso il

(149) Cfr. CURSI, *Il fondamento giuridico*, cit., p. 826; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 5.

(150) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 157.

(151) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 263.

(152) V., *infra*, § 19.

(153) Vigente il codice civile del 1865, l'offerta doveva essere effettuata in prima istanza «nel luogo convenuto pel pagamento»; solo qualora il luogo del pagamento non fosse stato espressamente concordato, essa avrebbe dovuto essere fatta «alla persona del creditore, o al suo domicilio o a quello scelto per l'esecuzione del contratto» (art. 1260 n. 6). Con la riformulazione operata dal codice civile vigente si realizza, dunque, una restrizione dei luoghi dove può avvenire l'offerta reale: il rilievo è di CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, cit., p. 825 s. In termini critici verso le soluzioni adottate dal codice abrogato — e segnatamente, della scelta di individuare quale luogo dell'offerta il domicilio del creditore in assenza di un accordo espresso sul luogo dell'adempimento — si esprime SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 76 ss.

domicilio del creditore, risultando validamente effettuata anche se lo stesso non è presente: la disgiunzione “persona o domicilio” su cui è incentrato l’enunciato starebbe a significare che l’offerta, necessariamente effettuata al domicilio del creditore, è efficace sebbene egli non sia presente ⁽¹⁵⁴⁾. Argomenti a favore di tale conclusione si desumono dal testo dell’art. 1209, comma 1° — che in realtà pone le premesse del problema esegetico, perché definisce il campo di applicazione dell’offerta reale — e dell’art. 74, comma 3° disp. att., dal quale si desume che l’assenza del creditore non preclude la costituzione in mora, se il verbale dell’offerta gli viene notificato nelle forme prescritte per gli atti di citazione. Alla medesima conclusione pervengono gli interpreti che considerano l’art. 1208, n. 6 c.c. applicabile ad entrambe le varianti dell’offerta formale e, scindendo l’enunciato in due parti, ritengono che quella reale debba essere necessariamente effettuata presso il domicilio del creditore ⁽¹⁵⁵⁾.

Diversa la posizione di chi — valorizzando il riferimento alla «persona del creditore», quale espressione dotata di un’autonoma valenza precettiva — ritiene che l’offerta possa essere fatta anche in un luogo diverso dal suo domicilio, purché coincidente con quello in cui deve essere adempiuta l’obbligazione ⁽¹⁵⁶⁾. L’alternativa non è tuttavia neutra: se infatti l’offerta effettuata presso il domicilio del creditore vale a costituirlo in mora anche in sua assenza, quella fatta in altro luogo — purché coincidente con il *locus destinatae solutionis* — risulta efficace solo se il creditore è presente e la riceve. È questo il significato del riferimento alla «persona del creditore» effettuato dal legislatore in alternativa al domicilio. Lo stesso autore riconosce, allora, che nella prassi il debitore è indotto ad effettuare l’offerta presso il domicilio del creditore, per evitare che questi possa vanificarla con la propria assenza ⁽¹⁵⁷⁾. Netta sotto il profilo esegetico, la differenza tra questa posizione e la precedente si riduce notevolmente sul piano applicativo.

Più sensibile il divario rispetto ad una terza opinione, in base alla quale oltre che presso il domicilio del creditore l’offerta reale può essere effettuata in qualunque altro luogo egli si trovi, anche non

(154) Cfr. FALZEA, *L’offerta reale*, cit., p. 261.

(155) Cfr. CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, cit., p. 826; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 5.

(156) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 171 s. Aderisce a tale posizione SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell’offerta*, cit., p. 830.

(157) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 172.

coincidente con quello in cui l'obbligazione deve essere adempiuta ⁽¹⁵⁸⁾. A sostegno di tale conclusione si osserva che il dettato dell'art. 1208 n. 6 ammette che l'offerta, in alternativa al domicilio del creditore, possa essere effettuata in un luogo diverso, non necessariamente coincidente con quello in cui l'obbligazione deve essere adempiuta. Per converso, dalle altre disposizioni che disciplinano l'offerta reale non si desumono argomenti realmente persuasivi a sostegno della tesi restrittiva, che ricava dall'enunciato una norma scarsamente compatibile con il suo tenore letterale. Se poi per il creditore risulta gravoso ricevere l'offerta effettuata in un luogo diverso dal suo domicilio o dal luogo in cui l'obbligazione deve essere adempiuta, egli può legittimamente rifiutarla ⁽¹⁵⁹⁾: il principio di buona fede, che governa l'attuazione del rapporto obbligatorio, permette di valutare se nel caso concreto ricevere l'offerta comporta un sacrificio ulteriore rispetto a quello che sarebbe stato necessario sostenere qualora il creditore fosse stato raggiunto nel proprio domicilio.

Delle opinioni passate in rassegna, quest'ultima ci sembra preferibile. Sotto il profilo esegetico, non sembrano esservi argomenti idonei a limitare al domicilio del creditore il luogo dell'offerta. Il dettato dell'art. 1208, n. 6 — nella sua interpretazione più lineare — avvalora la possibilità che l'offerta venga effettuata, in alternativa al domicilio del creditore, in altro luogo, non necessariamente coincidente con quello in cui l'obbligazione deve essere adempiuta. Nessun argomento a favore della tesi restrittiva sembra potersi ricavare dall'art. 1209, comma 1° c.c.: piuttosto che prescrivere le modalità dell'offerta reale, la disposizione ne definisce la sfera applicativa. Indicazioni utili non si desumono neppure dall'art. 74 comma 3° disp. att., che avvalora l'efficacia dell'offerta anche in assenza del creditore — sia pure subordinandola alla rituale notificazione del verbale — ma non prescrive neppure indirettamente che essa debba avvenire presso il suo domicilio.

La soluzione appare giustificata anche se si concentra l'attenzione sulla funzione dell'offerta e sugli interessi delle parti. Come si è anticipato, offrendo la prestazione il debitore dimostra di essere pronto ad adempiere, risultando così evidente che la dilatazione del rapporto obbligatorio e gli inconvenienti che ne derivano sono ascrivibili al difetto di cooperazione. Ebbene, anche effettuando l'offerta in un

(158) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 115 ss.

(159) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 116 s.

luogo diverso dal domicilio della controparte il debitore dimostra di essere pronto ad adempiere, fermo restando che se ricevere la prestazione comporta sacrifici ulteriori rispetto a quelli che sarebbe stato necessario sostenere per attuare fisiologicamente il rapporto il creditore può legittimamente rifiutare l'offerta ed evitare così gli effetti della mora.

Su questa base, è da ritenere che il creditore possa essere costituito in mora mediante offerta effettuata in sede giudiziale, a condizione che ricevere la prestazione in tale contesto non comporti sacrifici che altrimenti non avrebbe dovuto sostenere ⁽¹⁶⁰⁾. Se per ipotesi il debitore

(160) In senso contrario v., tuttavia, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 172, nt. 2; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 263 s.

In giurisprudenza v., sempre in senso contrario, Cass. 18 agosto 1946, n. 1209, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, 1, 435, con nota di FALZEA, *Risoluzione giudiziale e offerta reale*. La sentenza ritiene necessaria una valida offerta reale ai fini della purgazione della mora del debitore, funzionale, nella fattispecie, ad evitare la risoluzione conseguente alla volontà di attivare una clausola risolutiva espressa manifestata dal creditore proponendo domanda giudiziale. Secondo la S.C. per purgare la mora — ed evitare, così, la risoluzione — occorre una valida offerta reale, i cui requisiti non sono soddisfatti quando la prestazione viene esibita nel corso del giudizio. L'autore del commento condivide sul punto specifico la soluzione adottata dal giudice di legittimità. In primo luogo, ritiene che dal dettato dell'art. 1220 c.c. si possa ricavare, *a contrario*, che l'offerta ordinaria vale ad escludere la mora del debitore se è tempestiva, mentre quando il ritardo si è già verificato — e occorre, dunque, purgare la *mora debendi* — è necessaria l'offerta formale. Quest'ultima, secondariamente, deve essere necessariamente effettuata presso il domicilio del creditore, risultando invalida se compiuta in udienza. Dal dettato dell'art. 1220 c.c., a parere di chi scrive, non si ricava la necessità di procedere ad offerta formale per purgare gli effetti della mora. Se il ritardo non si è ancora verificato, è certamente sufficiente un'offerta ordinaria; quando invece il debitore è in mora, l'offerta — in qualunque forma essa sia effettuata, purché seria e completa — può sanare gli effetti del ritardo solo al verificarsi di determinate condizioni: così, il debitore interessato a evitare la risoluzione conseguente all'attivazione di una clausola risolutiva espressa ha l'onere di offrire la prestazione — comprensiva degli interessi moratori nel frattempo maturati — anteriormente alla dichiarazione resa dalla controparte ai sensi dell'art. 1456, comma 2° c.c. (in questo senso v., per tutte, Cass. 24 novembre 2010, n. 23824, in *Giur. it.*, 2011, 1028). Nella fattispecie, l'offerta della prestazione non vale a precludere la risoluzione del contratto non perché priva dei requisiti previsti dall'art. 1208 c.c., ma in quanto tardiva: proponendo domanda giudiziale, il creditore ha dichiarato di volersi avvalere della clausola. L'art. 1220 c.c., in definitiva, richiede la tempestività dell'offerta ordinaria per evitare l'insorgere della *mora debendi* ma non prescrive per la purgazione della stessa l'offerta formale, necessaria solo ai fini della costituzione in *mora accipiendi* e del conseguente deposito. Per le ragioni indicate nel testo, inoltre, l'offerta reale deve ritenersi valida anche se effettuata in luogo diverso dal domicilio del creditore o dal

convenuto in giudizio per il pagamento di una somma di denaro offre esattamente il *quantum* dovuto, il creditore non sembra poter legittimamente rifiutare la prestazione: mentre ricevere il denaro in sede giudiziale anziché presso il proprio domicilio non comporta, di regola, un aggravio di costi e sacrifici, il rifiuto dell'offerta appare contrario a buona fede in quanto evidentemente contraddittorio. D'altra parte, il giudice e il cancelliere possono certamente soddisfare il requisito di forma previsto dal numero seguente, che richiede per l'offerta il necessario intervento e la conseguente verbalizzazione di un pubblico ufficiale (art. 1208 n. 7 c.c.)⁽¹⁶¹⁾.

Alcune questioni possono sorgere, sul piano applicativo, in relazione alla nozione di «domicilio». Certamente, l'offerta può essere fatta nel domicilio speciale eletto dal creditore ai sensi dell'art. 47 c.c. osservando la forma scritta. In giurisprudenza, si è così ritenuta valida l'offerta effettuata al difensore del creditore, eletto quale domiciliatario nel contesto di una diffida ad adempiere precedentemente intimata al debitore⁽¹⁶²⁾. Non solo. Quando l'elezione è compiuta nell'ambito di un contratto, che dispone espressamente in questo senso, l'offerta reale

luogo di adempimento dell'obbligazione, purché ricevere la prestazione non comporti sacrifici ulteriori rispetto a quelli che sarebbero stati sostenuti qualora il rapporto fosse stato fisiologicamente attuato.

(161) Sembra così da risolvere in senso positivo il dubbio prospettato da NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 119.

(162) Cfr. Cass. 12 dicembre 1988, n. 6738, per esteso in *Pluris*. Nel caso di specie, al compratore — precedentemente condannato a pagare il prezzo — viene intimata diffida ad adempiere, nel contesto della quale il venditore elegge domicilio presso lo studio del difensore. Il compratore, allora, offre il prezzo presso il domicilio elettivo; essendo stata la somma rifiutata, procede al deposito e ne chiede la convalida. Il venditore reagisce proponendo domanda riconvenzionale di risoluzione, che tuttavia viene rigettata, con la conseguente convalida del deposito, sulla base del principio di diritto in base al quale l'offerta può essere fatta presso il domiciliatario eletto nell'atto di diffida. Nel caso di specie, ad evitare la risoluzione sarebbe stata sufficiente un'offerta ordinaria (art. 1220 c.c.); l'offerta reale e il successivo deposito consentono tuttavia al compratore di liberarsi definitivamente dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo.

Non è rilevante, si legge poi in motivazione, la circostanza «che al momento dell'offerta il creditore [fosse] assente, richiedendosi in tal caso la debita notifica del processo verbale dell'offerta, nelle forme previste per la citazione, ai sensi dell'art. 74 disp. att.». In realtà, se il domiciliatario regolarmente eletto dal creditore è presente nel momento dell'offerta il verbale della stessa può essergli direttamente consegnato, senza che si renda necessario notificarlo in un secondo momento al creditore assente. Il domiciliatario regolarmente eletto, in altri termini, sostituisce il creditore, sicché

deve essere necessariamente indirizzata al domiciliatario speciale, con esclusione del creditore: a tale conclusione si perviene ritenendo analogicamente applicabile la disciplina della notificazione rinvenibile nel codice di rito (art. 141, comma 2° c.p.c.) ⁽¹⁶³⁾.

Può accadere che dal momento della nascita dell'obbligazione a quello in cui la prestazione diviene esigibile il creditore trasferisca il proprio domicilio. Se la variazione rende più oneroso l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, il debitore è legittimato ad effettuare il pagamento presso il proprio domicilio (art. 1182, comma 3° c.c.). Ora, in base a una prima opinione la disciplina dell'offerta prevale su quella dell'adempimento, sicché anche in questa ipotesi il creditore può essere costituito in mora solo mediante offerta effettuata presso il suo nuovo domicilio ⁽¹⁶⁴⁾. Più convincente la posizione di chi — coordinando opportunamente la disciplina della mora con quella dell'adempimento — ritiene che nella fattispecie il debitore onerato dalla variazione possa effettuare l'offerta reale presso il proprio domicilio ⁽¹⁶⁵⁾.

Come si è ricordato ⁽¹⁶⁶⁾, in base a un orientamento giurisprudenziale avallato dalle sezioni unite il creditore di somme di denaro non può legittimamente rifiutare l'adempimento effettuato mediante assegno circolare o bancario a meno che non sussista il rischio che il titolo sia privo della necessaria copertura, e fermo restando che il debitore si libera solo nel momento in cui la somma viene effettivamente incassata dal creditore o accreditata sul suo conto ⁽¹⁶⁷⁾. Quando il credito è pecuniario, deve allora ritenersi ammissibile un'offerta reale avente ad

qualora il primo sia presente non occorre che il verbale dell'offerta venga notificato al secondo.

(163) In dottrina si esclude, invece, che l'offerta possa essere effettuata al domiciliatario eletto nel contesto del precetto (art. 480, comma 3° c.p.c.), a meno che il creditore non gli abbia espressamente conferito un mandato a esigere il pagamento: cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 172, nt. 2; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 262.

(164) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 261.

(165) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 5.

(166) V., *supra*, cap. II, § 14.

(167) Con riferimento all'assegno circolare, cfr. Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Foro it.*, 2008, I, 503, in *Corr. giur.*, 2008, 500, con nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society* ed in NGCC, 2008, I, 751, con nota di MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valenza teorico-applicativa di un orientamento evolutivo*; in relazione all'assegno bancario, cfr. Cass., sez. un., 4 giugno 2010, n. 13658, in *Giur. it.*, 2011, 2337.

oggetto un assegno circolare o bancario, da effettuarsi alla persona del creditore o presso il suo domicilio (art. 1208 n. 6 c.c.). Se il creditore la accetta, incasserà la somma o ne otterrà l'accredito presso la sede della banca dove ha un conto, ed è da ritenere che anche tali operazioni debbano essere documentate dal verbale del pubblico ufficiale che sovrintende all'offerta reale (art. 74 disp. att.). Nella situazione considerata, si assiste a uno sfasamento della nozione di «domicilio del creditore»: l'offerta reale avviene presso il domicilio anagrafico (o in altro luogo in cui egli si trovi, come quello dove si celebra il processo che lo contrappone al debitore), mentre il luogo di adempimento dell'obbligazione (art. 1182, comma 3° c.c.) viene evolutivamente identificato dalla giurisprudenza con la «sede (filiale, agenzia o altro) della banca presso la quale il creditore ha un conto» (168).

Quando il domicilio è sconosciuto, l'offerta reale potrà essere effettuata presso la residenza o, in subordine, la dimora del creditore (169): elementi di riscontro si ricavano nuovamente dalla disciplina processuale, in base alla quale quando il destinatario è irreperibile, sicché l'atto non può essere notificato a sue mani, la notificazione avviene presso la sua residenza o in subordine la dimora (art. 139 c.p.c.).

Se anche la residenza e la dimora sono ignote può trovare applicazione l'art. 143 c.p.c., che disciplina la notificazione degli atti qualora domicilio, residenza e dimora siano sconosciuti (170). Si osserva, tuttavia, che in questa ipotesi, per quanto rara, l'offerta formale avviene per intimazione: siccome l'offerta reale non può avvenire, non resta che intimare al creditore la prestazione della necessaria cooperazione, rinviando ad un momento successivo l'esibizione del denaro o del bene dovuto.

Quando il creditore è una persona giuridica, l'offerta reale avviene presso la sua sede, che la legge equipara al domicilio (art. 46 c.c.); il debitore potrà effettuarla presso una sede secondaria (art. 2328 n. 2 c.c.), se sussiste un collegamento tra la stessa e il rapporto obbligatorio; qualora la sede effettiva della persona giuridica differisca da quella

(168) Così Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, cit.

(169) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 830 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 172 s.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione*, cit., p. 262.

(170) In questo senso CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 173. In senso conforme SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 831.

legale, l'offerta potrà essere effettuata anche presso la prima (art. 46, comma 2° c.c.). Se poi il creditore è un'organizzazione non dotata di personalità giuridica, l'offerta può avvenire nel luogo dove la stessa svolge la propria attività in modo continuativo: si ritiene applicabile per analogia il criterio adottato dal codice di rito in relazione alla determinazione della competenza e alla notificazione degli atti processuali (artt. 19, comma 2°; 145, comma 2° c.p.c.)⁽¹⁷¹⁾.

Come si è anticipato, l'offerta della prestazione può essere indirizzata (non solo al creditore, ma anche) a un terzo, purché legittimato a ricevere il pagamento. Si ripropongono, allora, i criteri indicati: l'offerta reale può avvenire presso il domicilio del terzo, e qualora esso sia sconosciuto presso la sua residenza o in subordine dimora; in alternativa, l'offerta reale potrà essere fatta in un luogo diverso in cui il terzo si trovi, fermo restando che egli è legittimato a rifiutare la prestazione quando riceverla comporterebbe un sacrificio superiore a quello richiesto dalla fisiologica attuazione del rapporto. Si ritiene, tuttavia, che quando il domicilio, la residenza e la dimora del terzo sono ignoti, il debitore possa effettuare l'offerta per intimazione, ai sensi dell'art. 143 c.p.c., solo se il terzo è l'unico soggetto legittimato a ricevere la prestazione; altrimenti, l'offerta dovrà essere indirizzata al creditore⁽¹⁷²⁾. La tesi risulta evidentemente funzionale all'esigenza di preservare, per quanto possibile, la fisionomia dell'offerta: se l'offerta reale prescritta dalla legge è praticabile, il debitore non può ricorrere a quella per intimazione.

b) Offerta per intimazione. In relazione a questa seconda variante dell'offerta formale, intimazione ed esibizione non si presentano come contestuali, sicché occorre considerare separatamente il luogo dove si svolgono le due fasi. Come si è anticipato, l'intimazione di «prendere possesso» di un immobile (art. 1216 comma 1° c.c.) o di ricevere beni da consegnare in luogo diverso dal domicilio del creditore deve essergli notificata «nelle forme prescritte per gli atti di citazione» (art. 1209 comma 2° c.c.). La disciplina rinvenibile nel codice di rito, oggetto di rinvio, identifica quale soluzione preferibile la notificazione «nelle mani proprie del destinatario» (art. 138 c.p.c.), per poi delineare

(171) Condividiamo qui la ricostruzione svolta da CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 173.

(172) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 831, e in precedenza CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 173.

— qualora essa non sia possibile — una serie di alternative in via gradatamente subordinata (139 ss. c.p.c.).

L'atto di intimazione deve indicare con un preavviso non inferiore a tre giorni la data, l'ora e il luogo in cui è destinata ad avvenire l'esibizione della prestazione, in quanto il debitore «intende procedere alla consegna delle cose mobili o al rilascio dell'immobile a favore del creditore» (art. 75, comma 1° disp. att.). Si concorda sul fatto che il luogo dell'esibizione non possa essere individuato dal debitore a sua discrezione, ma debba coincidere con quello previsto dal titolo o dalla legge per l'adempimento dell'obbligazione (173). Il debitore, infatti, non può mutare unilateralmente il luogo di adempimento dell'obbligazione, con il risultato di aggravare la posizione del creditore. Le disposizioni di attuazione, si ritiene, pongono a carico del debitore l'onere di indicare il luogo dell'esibizione per risolvere eventuali dubbi relativi alla sua identificazione (174): si pensi all'ipotesi in cui tra il momento della nascita dell'obbligazione e quello in cui la prestazione diviene esigibile il domicilio del debitore sia mutato (art. 1182, comma 4° c.c.).

In questa sede possiamo aggiungere che, grazie all'espressa indicazione del luogo dell'esibizione nel contesto dell'intimazione a ricevere il bene, il giudizio di convalida si svolge su base interamente documentale, in quanto si risolve nel confronto tra l'offerta verbalizzata dal pubblico ufficiale — nelle due fasi di cui si compone — e i parametri legali. Ponendo a carico del debitore l'onere di indicare il tempo e il luogo dell'esibizione, il legislatore permette al giudice di verificare su base documentale il rispetto delle regole che disciplinano l'adempimento dell'obbligazione già in relazione alla prima fase dell'offerta.

La necessità che l'esibizione avvenga nel luogo dove l'obbligazione deve essere adempiuta non contrasta con l'opinione espressa in precedenza in base alla quale l'offerta reale può essere effettuata ovunque il creditore si trovi. Infatti, l'offerta reale fatta «alla persona del creditore» (art. 1208 n. 6 c.c.) non comporta necessariamente un aggravio dei sacrifici necessari per ricevere la prestazione; il creditore la riceve nel luogo in cui si trova, e se questo comporta sacrifici ulteriori rispetto a quelli fisiologicamente necessari per attuare il rapporto può rifiutare

(173) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 135; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 5; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 179; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 262 s.

(174) Il riferimento è a FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 263.

la prestazione legittimato dal principio di buona fede. Nell'offerta per intimazione, invece, il creditore deve recarsi a ricevere la prestazione in un luogo diverso dal suo domicilio e, probabilmente, da quello in cui gli viene notificata l'intimazione; siccome egli è tenuto a sostenere un sacrificio per ricevere la prestazione, il luogo dell'esibizione non può essere unilateralmente variato dal debitore, ma deve trovare giustificazione nel titolo da cui nasce il rapporto obbligatorio, eventualmente integrato dalla legge (art. 1182 c.c.).

11. *L'intervento del pubblico ufficiale.* — L'offerta formale si realizza necessariamente per tramite di un «ufficiale pubblico a ciò autorizzato» (art. 1208, n. 7 c.c.), il cui intervento non è invece necessario quando la legge ammette che l'offerta possa essere effettuata nelle forme d'uso. Il creditore di una prestazione di fare può essere costituito in mora senza il necessario intervento di un pubblico ufficiale (art. 1217, comma 2° c.c.); d'altra parte, anche quando la prestazione ha ad oggetto una *res* il debitore che non sia interessato agli effetti della mora, ma intenda ottenere senz'altro la liberazione dal vincolo, può offrirla nelle forme d'uso per poi procedere al deposito (art. 1214 c.c.).

Per rendere la trattazione più agile e lineare, è sembrato opportuno considerare separatamente il procedimento dell'offerta — ed il ruolo che svolge al suo interno il pubblico ufficiale — in relazione alle due varianti previste dalla legge. Si rinvia, dunque, alle pagine successive, nel contesto delle quali verranno analizzate dettagliatamente l'offerta reale e quella per intimazione.

È tuttavia necessario identificare sin d'ora il pubblico ufficiale che interviene nelle diverse fasi dell'offerta. Il criterio seguito dal legislatore sembra essere questo: il notaio concorre con l'ufficiale giudiziario nelle fasi dell'offerta formale che implicano l'*esibizione* della prestazione, mentre in relazione alle fasi che si risolvono nella semplice *intimazione* di prestare la necessaria cooperazione è competente in via esclusiva l'ufficiale giudiziario, in quanto la legge rinvia alla disciplina della notificazione degli atti processuali (art. 137 ss. c.p.c.).

Pertanto, l'*offerta reale* può essere eseguita in alternativa da un notaio o da un ufficiale giudiziario (art. 73, comma 1° disp. att.), i quali provvederanno a redigere il relativo verbale (art. 74, comma 1° disp. att.).

Se tuttavia il creditore non è presente all'offerta, il verbale deve essergli notificato con le forme prescritte per gli atti di citazione (art. 74, comma 3° disp. att.): competente ad effettuare la notificazione è in

base alla disciplina processuale (art. 137, comma 1° c.p.c.) l'ufficiale giudiziario, anche se per ipotesi il verbale dell'offerta è stato redatto dal notaio ⁽¹⁷⁵⁾.

L'offerta per intimazione è eseguita con atto di ufficiale giudiziario (art. 73, comma 2° disp. att.): disposizione coerente con il presupposto in base al quale l'intimazione a ricevere la prestazione deve essere notificata al creditore con le forme prescritte per gli atti di citazione (art. 1209, comma 2° c.c.).

L'alternativa tra le due figure di pubblico ufficiale si ripropone nella fase dell'esibizione: la mancata comparizione del creditore o il suo rifiuto di accettare l'offerta sono infatti accertati con verbale redatto da un notaio o da un ufficiale giudiziario (art. 75, comma 2° disp. att.).

12. *L'offerta subordinata al consenso alla liberazione del bene...* — L'art. 1208 c.c. si conclude con una disposizione relativa al contenuto dell'offerta formale: ai termini del secondo comma, infatti, essa può essere subordinata «al consenso del creditore necessario per liberare i beni dalle garanzie reali o da altri vincoli» idonei a limitarne la disponibilità. Chiaro il significato: se il creditore rifiuta la prestazione del consenso necessario per liberare il bene, può essere costituito in mora anche se in assenza di tale condizione avrebbe accettato la prestazione offertagli ⁽¹⁷⁶⁾. Se è vero che l'accettazione della prestazione avrebbe permesso l'adempimento dell'obbligazione, il rifiuto di acconsentire alla liberazione del bene dato in garanzia espone il debitore a un inconveniente che una volta venuto meno il rapporto obbligatorio non appare ulteriormente giustificato: benché l'obbligazione si sia estinta il bene non può essere alienato, in quanto agli occhi dei terzi esso resta assoggettato al diritto reale di garanzia.

Il creditore, dunque, può essere costituito in mora se rifiuta di compiere gli atti, necessari alla liberazione del bene, ai quali il debitore ha subordinato l'offerta. Esemplicando, il rifiuto può riguardare la restituzione del bene ricevuto in pegno (art. 2786, comma 1° c.c.), il consenso alla restituzione del bene oggetto di pegno consegnato a un terzo o sottoposto alla custodia di entrambe le parti (art. 2786, comma 2° c.c.), il consenso alla cancellazione dell'iscrizione del pegno mobiliare non possessorio dal registro informatizzato istituito presso l'agen-

(175) Per un riscontro, in dottrina, cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 121.

(176) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 158.

zia delle entrate (art. 1, commi 4, 6 d. l. 3 maggio 2016, n. 59), la redazione dell'atto scritto con cui si acconsente alla cancellazione dell'ipoteca (artt. 2882; 2879, comma 2° c.c.), la restituzione del bene su cui il creditore vanta un diritto di ritenzione.

La disposizione trova riscontro nel dettato dell'art. 1200 c.c. ⁽¹⁷⁷⁾ Se opposto a seguito del pagamento, il rifiuto di acconsentire alla liberazione dei beni gravati dalle garanzie reali o da altri vincoli genera una responsabilità di carattere contrattuale, conseguente all'inadempimento di un'obbligazione riconducibile al principio di buona fede e orientata a collocare il debitore nella situazione in cui si sarebbe trovato se avesse potuto disporre liberamente del bene. Se opposto all'offerta della prestazione subordinata alla prestazione del consenso, il medesimo rifiuto comporta una responsabilità "da lesione dell'affidamento", quella inerente alla *mora accipiendi*, che compensa i pregiudizi derivanti dalla dilatazione del rapporto obbligatorio.

Quando proviene da un terzo che ha diritto a subentrare nella posizione del creditore in base alle regole della surrogazione legale (art. 1203 c.c.), l'offerta può essere subordinata «a quegli atti che sono necessari per rendere praticamente operante la surrogazione nelle garanzie» ⁽¹⁷⁸⁾. Se tuttavia il credito è garantito da pegno, la consegna del bene al terzo, autore dell'offerta, richiede il consenso del costituente: qualora quest'ultimo non lo presti, il bene resta nella custodia del creditore e la sua mancata consegna al terzo — che, pure, subentra nella titolarità del diritto — non giustifica la costituzione in mora (art. 1204, comma 2°; 1263, comma 2° c.c.).

Si ritiene, invece, che al di fuori delle ipotesi di sostituzione legale il creditore possa legittimamente rifiutare la prestazione offerta dal terzo subordinatamente al suo consenso alla surrogazione: in base all'art. 1201 c.c., infatti, il creditore ha la facoltà — e non l'obbligo — di surrogare il terzo nei propri diritti ⁽¹⁷⁹⁾. È da verificare, tuttavia, se nella fattispecie concreta il rifiuto di surrogare il terzo opposto dal creditore — ed il conseguente rifiuto della prestazione che alla surrogazione è subordinata — non risulti illegittimo in quanto contrario a buona fede. Esso comporta, di fatto, una dilatazione del rapporto obbligatorio che può pregiudicare la posizione del debitore, per ipotesi interessato ad avere quale controparte un nuovo soggetto; se tale

(177) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 104 s.

(178) Così CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 159.

(179) Sul punto v. ancora CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 159.

dilatazione non è giustificata da un apprezzabile interesse del creditore, che accettando l'offerta otterrebbe piena soddisfazione dei suoi diritti, il rifiuto assume carattere emulativo. Anche al di fuori delle ipotesi di surrogazione legale, dunque, il rifiuto opposto dal creditore può risultare illegittimo, in quanto contrario a buona fede, con la conseguente idoneità dell'offerta ad effettuare la costituzione in mora.

13. *...e a condizioni o riserve non espressamente previste dalla legge.* — Ci si chiede se il creditore possa essere validamente costituito in mora anche quando l'offerta della prestazione è subordinata a presupposti che non si identificano con il consenso alla liberazione del bene: se, in altri termini, l'offerta formale permanga valida benché assoggettata a condizioni o riserve diverse da quella espressamente prevista dalla legge (art. 1208, comma 2° c.c.).

La risposta è articolata.

Certamente il debitore non può subordinare l'offerta al verificarsi di accadimenti estranei alla sfera di controllo del creditore ⁽¹⁸⁰⁾. Un'offerta così strutturata sarebbe incompatibile con la sua funzione: quella — ricordata più volte — di dimostrare che il debitore è pronto ad adempiere, risultando così evidente che la dilatazione del rapporto obbligatorio e gli inconvenienti che ne derivano sono da ascrivere al difetto della cooperazione necessaria per l'adempimento. Subordinando l'offerta della prestazione al verificarsi di un evento non controllabile dalla controparte il debitore dimostra, al contrario, di non essere attualmente in grado di adempiere l'obbligazione.

Indubbiamente, inoltre, l'offerta permane efficace anche se accompagnata da semplici riserve: vale a dire, da dichiarazioni con cui il debitore manifesta l'intenzione di far valere pretese di cui è titolare indipendentemente dall'offerta per evitare che la stessa possa essere interpretata come espressione della volontà di rinunciarvi. Siccome le pretese che il debitore si preoccupa di preservare sono fondate su fatti anteriori all'offerta, anche il loro esercizio non richiede la cooperazione del creditore. La formulazione di riserve deve allora ritenersi ammissibile, in quanto non può ledere gli interessi del destinatario: se infondate, sono giuridicamente irrilevanti; se giustificate, riflettono una situazione che si è consolidata anteriormente all'offerta. Si ritengono ammissibili la riserva di ottenere la ripetizione di quanto indebitamente

(180) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 163.

pagato⁽¹⁸¹⁾ e la dichiarazione con cui il debitore afferma che, qualora l'offerta sia ritenuta invalida, non intende rinunciare alla prescrizione⁽¹⁸²⁾.

Resta da considerare l'ipotesi che il debitore subordini l'offerta della prestazione a un atto del creditore: situazione diversa da quella appena considerata, in quanto la pretesa del debitore nasce dall'offerta e il suo esercizio implica un comportamento del creditore. Certamente, l'offerta non è idonea alla costituzione in mora se tale condotta non è dovuta: si pensi ad un'offerta reale subordinata al versamento di un contributo relativo alle spese di custodia delle merci che invece, in base al contratto, sono interamente a carico del debitore. Correttamente, una sentenza di merito ha rigettato la domanda di convalida dell'offerta reale di una somma di denaro — e del conseguente deposito liberatorio — rivolta da uno dei coeredi all'altro, e subordinata alla rinuncia ad ogni ulteriore pretesa sull'eredità⁽¹⁸³⁾. Analogo l'orientamento della S.C., sia pure espresso in relazione alla *mora debendi*: si è infatti ritenuto che l'offerta di restituzione dell'immobile preso in locazione non valga ad escludere la mora del conduttore quando a seguito della sua accettazione il locatore sarebbe tenuto a custodire i mobili lasciati dal conduttore all'interno⁽¹⁸⁴⁾.

La valutazione è più delicata quando la condotta alla quale il debitore subordina l'accettazione dell'offerta risulta dovuta. In base a una prima opinione la fattispecie delineata dall'art. 1208, comma 2° c.c. ha carattere esemplificativo, il debitore essendo legittimato a subordinare l'offerta a condizioni o riserve purché l'interesse sottostante ad esse sia riconosciuto dalla legge e sia protetto «nell'ambito del medesimo rapporto obbligatorio alla cui estinzione è preordinata l'offerta»⁽¹⁸⁵⁾. Altri ritengono, invece, che il debitore non possa assoggettare l'offerta al verificarsi di condizioni o riserve diverse da quelle espressamente previste dalla legge (art. 1208, comma 2° c.c.)⁽¹⁸⁶⁾.

(181) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 4; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 106 s.

(182) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 160 s.

(183) Cfr. Trib. Treviso 20 gennaio 2009, per esteso in *Pluris*.

(184) Cfr. Cass. 13 dicembre 2010, n. 25155, per esteso in *Pluris*.

(185) Così FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 258.

(186) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 4; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 105. A sostegno di tale opinione si deduce un argomento fondato sul confronto con la normativa previgente: se in passato l'ammissibilità di condizioni trovava riscontro nell'art. 903, n. 6 c.p.c. del 1865 — ai

La divergenza tra le premesse non impedisce di raggiungere soluzioni sostanzialmente coincidenti. Si concorda sul fatto che l'offerta possa essere subordinata a un comportamento dovuto dal creditore quando l'interesse perseguito dal debitore è interno ai confini dell'obbligazione. Si ammette, dunque, che il debitore possa subordinare l'offerta al rilascio della quietanza ⁽¹⁸⁷⁾, precisandosi tuttavia che in relazione all'offerta formale l'accorgimento risulta inutile, in quanto il verbale redatto dal pubblico ufficiale attesta l'adempimento dell'obbligazione anche se il creditore non rende alcuna dichiarazione ⁽¹⁸⁸⁾.

Un'ulteriore fattispecie in relazione alla quale si ammette che l'offerta possa essere subordinata a un atto del creditore attiene alle obbligazioni indivisibili. In presenza di una pluralità di creditori, quando a seguito di remissione, *datio in solutum* ed altre vicende intercorrenti tra uno di essi e il debitore si è verificata l'estinzione parziale dell'obbligazione, gli altri creditori non possono esigere l'esecuzione della prestazione indivisibile se non addebitandosi o rimborsando il valore della parte interessata dall'effetto estintivo (art. 1320 c.c.). In quanto indivisibile, la prestazione non può essere ridotta *pro quota*, sicché anche a seguito dell'estinzione del rapporto intercorrente con uno dei creditori la sua esecuzione è necessariamente integrale. Per evitare che il debitore sia tenuto a pagare più di quanto effettivamente dovuto, tuttavia, la prestazione è esigibile dagli altri solo a condizione che si addebitino o rimborsino il valore della parte interessata dall'estinzione ⁽¹⁸⁹⁾.

Ora, il debitore può subordinare l'offerta formale della prestazione

termini del quale il verbale dell'offerta redatto dal pubblico ufficiale avrebbe dovuto contenere «l'indicazione delle condizioni dell'offerta, se sia condizionata» — la disciplina del verbale di offerta oggi rinvenibile nell'art. 74 disp. att. non contempla l'eventualità che l'offerta sia sottoposta a condizioni o riserve.

(187) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 105 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 161; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 258.

(188) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 105 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 161.

(189) V., sul punto, T. FEBBRAJO, *Estinzione parziale*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Le obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2013, *sub* art. 1320, p. 500 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 202; BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *EdD*, XXIX, Milano, 1979, p. 321; CICALA, *Obbligazione divisibile e indivisibile*, in *Nss. D. I.*, XI, Torino, 1965, p. 654; RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili²*, rist. agg., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 365 s.; BRIGNOLA, *Sull'estinzione parziale dell'obbligazione indivisibile*, in *Giust. civ.*,

indivisibile al rimborso o all'addebito della parte interessata dall'effetto estintivo ⁽¹⁹⁰⁾. A ben vedere, l'addebito o il rimborso non costituiscono propriamente una condizione dell'offerta: piuttosto, essi concorrono a determinare l'oggetto dell'obbligazione, adeguandolo alla vicenda estintiva ⁽¹⁹¹⁾. Subordinando l'esecuzione della prestazione al rimborso o all'addebito, il debitore si limita ad offrire quanto effettivamente dovuto. Per rendersene conto, è sufficiente considerare l'ipotesi in cui siano i creditori ad essere interessati ad attuare il rapporto: essi non possono esigere la prestazione se non addebitandosi o rimborsando il valore della parte interessata dall'effetto estintivo.

Si riscontrano invece opinioni diverse quando il comportamento al quale è subordinata l'offerta formale risponde a un interesse esterno al rapporto obbligatorio: ci si riferisce, in particolare, all'offerta subordinata all'esecuzione della controprestazione. Come è evidente, essa costituisce una variante dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), "adattata" alla situazione in cui il debitore, anziché attendere che la controparte esiga la prestazione, la offra subordinandola al pagamento del corrispettivo. Se il debitore può rifiutare di eseguire la prestazione allegando l'inadempimento della controparte, a maggior ragione è legittimato ad offrire la prestazione subordinandola all'esecuzione della controprestazione: assumendo tale iniziativa, egli dimostra di essere pronto ad adempiere, ciò che non risulta provato quando oppone l'eccezione di inadempimento. In definitiva, grazie all'offerta subordinata all'esecuzione della controprestazione il debitore si sottrae all'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento; è da valutare, tuttavia, se — stante il carattere formale dell'offerta — possa contestualmente costituire in mora il creditore e tutelarsi così contro la dilatazione del rapporto obbligatorio.

In base a una prima opinione, l'offerta subordinata all'esecuzione della controprestazione vale ad escludere la mora del debitore, ma non a determinare quella del creditore ⁽¹⁹²⁾. La disciplina della *mora accipiendi*, e dell'offerta formale che ne costituisce il presupposto, è

1960, I, p. 30; CARRESI, *La c.d. estinzione parziale delle obbligazioni indivisibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 617.

(190) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 111 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 163.

(191) NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 112 s.

(192) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 162 s.; ID., *Nota a Cass.*, 6 maggio 1966, n. 1159, in *Giur. it.*, 1967, I, c. 327.

finalizzata a proteggere il debitore dagli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto; non a tutelarlo contro l'inadempimento della controparte. Il debitore che formula un'offerta formale condizionata all'esecuzione della controprestazione pretende, invece, di alterare la fisionomia dell'istituto, orientandolo in entrambe le direzioni (tutela contro la dilatazione del rapporto e contro l'inadempimento della controparte). A ben vedere tale posizione appare in sintonia con la tesi, già ricordata, in base alla quale la condizione è compatibile con la costituzione in mora se risponde a un interesse interno al rapporto obbligatorio alla cui estinzione è preordinata l'offerta ⁽¹⁹³⁾.

Diversamente orientato chi ritiene l'offerta subordinata all'esecuzione della controprestazione valida e idonea a costituire in mora il creditore: quando la prestazione illegittimamente rifiutata costituisce parte integrante del sinallagma, un'offerta così congegnata si giustifica alla luce della struttura del rapporto nel contesto del quale l'obbligazione è inserita ⁽¹⁹⁴⁾.

Tale opinione appare preferibile, in quanto il debitore di una prestazione illegittimamente rifiutata merita tanto di avvalersi dei rimedi sinallagmatici (nel caso specifico, dell'eccezione di inadempimento), quanto di essere protetto dagli inconvenienti che derivano dalla dilatazione del rapporto obbligatorio (essendo preordinata a questo fine la disciplina della *mora accipiendi*). Non vi è ragione di limitare la tutela accordata dalla legge imponendo al debitore una scelta tra due opzioni incompatibili: subordinare l'offerta all'esecuzione della controprestazione per indurre la controparte ad adempiere [ma rinunciando ad essere protetto contro la dilatazione del rapporto dovuta al rifiuto illegittimo del creditore], oppure, in alternativa, offrire la prestazione "senza condizioni" e tutelarsi contro le conseguenze del rifiuto illegittimo del creditore [ma rinunciando, in questo caso, ai benefici dell'eccezione di inadempimento]. Per effetto di tale, rigida alternativa, la protezione accordata dalla legge alla parte che formulando l'offerta assume l'iniziativa di attuare lo scambio risulterebbe necessariamente incompleta. L'esito non appare condivisibile in quanto i rimedi sinallagmatici e la mora del creditore, salvaguardando interessi diversi, risultano perfettamente compatibili.

A ben vedere, inoltre, la sintonia tra *mora accipiendi* ed eccezione di inadempimento — della quale l'offerta subordinata all'esecuzione

(193) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 258.

(194) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 108 ss.

della prestazione costituisce una semplice variante — si giustifica alla luce dal fatto che entrambe garantiscono una tutela provvisoria agli interessi della parte interessata all'attuazione del rapporto. Opponendo l'eccezione di inadempimento, o subordinando l'offerta della prestazione all'esecuzione della controprestazione, la parte fedele al contratto sospende l'attuazione dello scambio fino al momento in cui la controparte adempie la sua obbligazione: venuto meno l'inadempimento, anche l'eccezione è tenuto a eseguire la prestazione dovuta. Nello stesso tempo, a causa del rifiuto di ricevere la prestazione opposto dal creditore il debitore che ha effettuato l'offerta condizionata all'esecuzione della controprestazione resta obbligato oltre il tempo fisiologicamente necessario per adempiere: la *mora accipiendi* lo protegge, allora, contro i rischi e gli inconvenienti che derivano dalla dilatazione del rapporto.

Eccezione di inadempimento e mora del creditore, in definitiva, concorrono insieme a tutelare la parte fedele quando a causa del disinteresse della controparte — che risulta inadempiente e rifiuta la prestazione offerta — il rapporto si dilata oltre i termini entro i quali avrebbe dovuto essere attuato. Quando a tale primo livello di tutela, per sua natura interinale, consegue l'applicazione di rimedi che danno agli interessi delle parti un assetto definitivo, *mora accipiendi* ed eccezione di inadempimento perdono la loro funzione. Se la parte che in un primo tempo ha offerto la prestazione subordinatamente all'esecuzione della controprestazione ottiene la risoluzione del contratto, gli effetti della mora cessano: la risoluzione estingue l'obbligazione, sicché dopo che si è verificata viene meno l'esigenza di proteggere il debitore contro il protrarsi del vincolo. Se invece — stante il perdurante rifiuto di ricevere la prestazione opposto dal creditore — il debitore esegue il deposito liberatorio per poi esigere il pagamento del corrispettivo, la tutela sospensiva fondata sull'eccezione di inadempimento viene evidentemente accantonata. Alla protezione interinale accordata dal binomio «eccezione di inadempimento (*id est*, offerta condizionata) — mora del creditore» conseguirebbe, in questa ipotesi, l'attivazione di rimedi orientati verso l'attuazione coattiva dello scambio.

14. *Le varianti dell'offerta formale e il loro ambito di applicazione.* — Analizzati i requisiti dell'offerta formale, è necessario considerare le sue varianti, caratterizzate entrambe dalla compresenza di intimazione (a fornire la necessaria cooperazione) ed esibizione (della

prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione) ⁽¹⁹⁵⁾. Le due fasi si realizzano contestualmente nell'ambito dell'offerta reale, essendo il creditore sollecitato ad accettare i beni portati presso il suo domicilio o, secondo la tesi che appare preferibile ⁽¹⁹⁶⁾, in altro luogo in cui si trovi; impegnano invece due momenti distinti nell'offerta per intimazione, nel contesto della quale l'invito a cooperare viene seguito, dopo non meno di tre giorni, dall'esibizione del bene nel luogo dove deve avvenire la consegna (art. 75 disp. att.).

L'offerta è reale quando l'obbligazione ha ad oggetto denaro, titoli di credito o altre cose mobili da consegnare al domicilio del creditore (art. 1209, comma 1° c.c.); avviene invece per intimazione se il debitore è obbligato a consegnare cose mobili in luogo diverso dal domicilio del creditore (art. 1209, comma 2° c.c.) o immobili (art. 1216, comma 1° c.c.) ⁽¹⁹⁷⁾. Il criterio seguito dal legislatore nel delineare l'ambito di applicazione delle due varianti risulta evidentemente modellato sulla disciplina dell'adempimento (art. 1182 c.c.), che tuttavia non viene ricalcata in modo assolutamente fedele.

Quando il debitore è obbligato a consegnare beni mobili diversi dal denaro o dai titoli di credito, assume rilevanza il luogo di adempimento dell'obbligazione. Se la consegna deve avvenire presso il domicilio del creditore — vale a dire, quando l'obbligazione è *portable* — l'offerta è reale, sicché è onere del debitore esibire i beni mobili presso il domicilio del creditore od altro luogo dove egli si trovi. Siccome non è tenuto ad attivarsi per ottenere la prestazione, il creditore riceve l'offerta presso il suo domicilio; per la stessa ragione, non può pretendere di fruire di un termine di preavviso. Se invece la consegna deve avvenire presso un luogo diverso dal domicilio del creditore — come avviene nel caso di obbligazione *quérable* — l'offerta è per intimazione, sicché è onere del creditore attivarsi per ricevere la prestazione; per lo stesso motivo è ragionevole che al creditore sia accordato un termine di preavviso, sia pur breve, tra il momento dell'intimazione e quello

(195) V., *supra*, nt. 4.

(196) V., *supra*, § 10.

(197) Quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di un'azienda — vale a dire, il complesso di beni mobili e immobili organizzati per l'esercizio di un'impresa — trovano applicazione le norme relative all'offerta per intimazione di ricevere la consegna di un immobile (art. 1216, comma 1° c.c.): cfr. Cass. 4 febbraio 1987, n. 994, in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «obbligazioni in genere», n. 18.

dell'esibizione ⁽¹⁹⁸⁾. Le stesse considerazioni si addicono all'ipotesi in cui il debitore sia obbligato a consegnare un immobile, ciò che evidentemente non può avvenire presso il domicilio del creditore.

Dal confronto tra i due commi dell'art. 1209 c.c. si desume che l'offerta è sempre reale quando l'obbligazione ha ad oggetto denaro o titoli di credito. In mancanza di una diversa pattuizione, le obbligazioni pecuniarie devono essere adempiute presso il domicilio del creditore (art. 1182, comma 3°), ma non si può escludere che le parti abbiano adottato una diversa soluzione; ora, sebbene l'accordo delle parti configuri l'obbligazione pecuniaria come *quéérable* — identificando il luogo del pagamento con il domicilio del debitore — l'offerta resta reale, sicché la somma deve essere esibita presso il domicilio del creditore o in altro luogo ove egli si trovi. La soluzione non va esente da critiche, in quanto pone a carico del debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione l'onere di esibire il denaro o i titoli di credito presso il domicilio del creditore, quando in base al titolo il corrispondente sacrificio avrebbe dovuto essere sostenuto da quest'ultimo ⁽¹⁹⁹⁾.

In relazione alle obbligazioni pecuniarie, il dettato del codice deve essere integrato con le disposizioni, rinvenibili nella legislazione speciale, che per combattere l'evasione fiscale e contrastare la criminalità organizzata limitano i pagamenti mediante denaro contante: l'offerta reale avente ad oggetto somme di denaro, infatti, è ammissibile solo nei limiti in cui il debitore possa avvalersene per adempiere l'obbligazione, il creditore essendo altrimenti legittimato a rifiutarla.

Ora, in base alla legislazione vigente non sono ammessi trasferimenti di denaro contante e di titoli al portatore per importi superiori a 3000 €, sicché è da ritenere che oltre questo limite non possa essere

(198) Sulla relazione tra il luogo di adempimento dell'obbligazione e l'intervallo intercorrente tra intimazione ed esibizione v., nitidamente, FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 226.

(199) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 170. Di più ampio respiro la critica espressa da un'altra voce dottrinale (FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 227 s.) che già negli anni '50 riteneva non più attuale il ricorso all'offerta reale se non in relazione alle obbligazioni pecuniarie. Il debitore, infatti, dovrebbe sostenere un sacrificio rilevante — quello necessario per mettere i beni a disposizione del creditore — quando, a seguito di una preventiva offerta informale, il rifiuto appare molto probabile. Secondo l'autore, sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse previsto la sola offerta per intimazione, sia pure differenziando il luogo dell'esibizione in dipendenza della prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione.

compiuta neppure l'offerta reale ⁽²⁰⁰⁾. Il pagamento deve essere effettuato tramite intermediari bancari e finanziari «mediante disposizione accettata per iscritto dagli stessi, previa consegna ai medesimi intermediari della somma in contanti». A decorrere dal terzo giorno lavorativo successivo a quello in cui la disposizione impartita dal debitore è stata accettata dall'intermediario, il creditore può esigere il pagamento nella provincia in cui si trova il suo domicilio. L'obbligazione si considera adempiuta quando il debitore comunica al creditore l'accettazione dell'intermediario; «nei casi di mora del creditore», dalla comunicazione dell'accettazione dell'intermediario discendono «gli effetti di cui all'articolo 1210» del codice civile, sicché il debitore deve ritenersi liberato come se avesse effettuato il deposito (art. 49, comma 1 d.lg. 21 novembre 2007, n. 231).

Torneremo su questa disposizione quando ci occuperemo dei procedimenti che conducono alla liberazione del debitore ⁽²⁰¹⁾. Qui ci limitiamo ad osservare che, stante l'impossibilità di effettuare l'offerta reale di denaro contante per importi superiori a 3000 €, l'espressione «mora del creditore» usata dal legislatore speciale non va intesa in senso tecnico, ma designa genericamente il rifiuto di ricevere la prestazione. In realtà il meccanismo previsto dalla legge non contempla la tutela interinale accordata dalla *mora accipiendi*, permettendo al debitore di liberarsi senz'altro comunicando l'accettazione dell'intermediario.

Si è poi ricordato che secondo un orientamento giurisprudenziale avallato dalle sezioni unite ⁽²⁰²⁾ il debitore può adempiere l'obbligazione mediante assegno circolare o bancario, che il creditore è legittimato a rifiutare, in base al principio di buona fede, quando sussiste il rischio che il titolo sia privo di adeguata copertura ⁽²⁰³⁾; fermo restando che l'obbligazione si considera adempiuta, e il debitore liberato, solo quando la somma viene incassata dal creditore o accreditata sul suo conto corrente. La legislazione speciale, d'altra parte, ammette che le obbligazioni di importo superiore a quello oltre il quale è precluso l'uso del contante e di titoli al portatore possano essere adempiute per mezzo di titoli all'ordine quali assegni circolari, bancari e postali purché

(200) Per un riscontro dottrinale, sia pure riferito alla legislazione previgente, cfr. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 435.

(201) V., *infra*, cap. V, § 6.

(202) Cfr. Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, cit.; Cass., sez. un., 4 giugno 2010, n. 13658, cit.

(203) V., *supra*, cap. II, § 14.

rechino l'indicazione del nome o della ragione sociale del beneficiario e la clausola di non trasferibilità (art. 49, commi 5, 7 d.lg. 21 novembre 2007, n. 231).

Il debitore di somme di denaro, dunque, può fare offerta reale di un assegno circolare o bancario, che il creditore non è legittimato a rifiutare a meno che sussista il rischio che il titolo sia privo di adeguata copertura. Nel caso in cui il rifiuto risulti ingiustificato, decorrono a carico del creditore gli effetti della mora; il debitore, inoltre, può liberarsi mediante il deposito dell'assegno circolare (in quanto tale, necessariamente provvisto della necessaria copertura) ⁽²⁰⁴⁾ o, in base alle disposizioni appena ricordate, incaricando del pagamento un intermediario e comunicando al creditore la sua accettazione ⁽²⁰⁵⁾. Qualora, invece, l'offerta sia accettata, il pubblico ufficiale che sovrintende ad essa è tenuto a verbalizzare l'incasso o l'accredito dell'assegno presso la sede della banca dove il creditore ha il proprio conto (art. 74, comma 2° disp. att.): se l'operazione non va a buon fine, l'obbligazione non può dirsi estinta.

15. *Quando il debitore non segue il procedimento previsto dalla legge: l'offerta irrituale.* — Prima di esaminare il procedimento che caratterizza le due varianti dell'offerta formale, è opportuno considerare una questione che le interessa entrambe. Nel paragrafo introduttivo si è rilevato che l'offerta della prestazione costituisce un presupposto necessario della *mora accipiendi*: in assenza di essa, l'istituto risulta privo del suo fondamento logico prima ancora che normativo ⁽²⁰⁶⁾. Si è poi constatato che se talvolta, nel diritto applicato, il debitore viene protetto contro il difetto di cooperazione sebbene non abbia compiuto l'offerta, l'itinerario che conduce a tale risultato non contempla alcun riferimento alla mora del creditore ⁽²⁰⁷⁾.

Occorre valutare, ora, se il debitore venga tutelato quando formula l'offerta senza seguire esattamente il procedimento delineato dal legislatore. L'offerta formale si differenzia nettamente da quella ordinaria-

(204) Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 24 febbraio 2010, n. 4474, per esteso in *De Jure* (confermata la soluzione di entrambi i giudici di merito che avevano convalidato il deposito dell'onorario dovuto ad un avvocato effettuato mediante assegno circolare).

(205) Art. 49, comma 1 d.lg. 21 novembre 2007, n. 231

(206) V., *supra*, § 1.

(207) V., *supra*, ntt. 17-19 e testo corrispondente.

mente necessaria per l'adempimento dell'obbligazione, sicché non sorprende che talvolta il debitore, pur essendo interessato ad adempiere, non rispetti i requisiti prescritti dalla legge ⁽²⁰⁸⁾. Non sempre il debitore si relaziona alla controparte osservando le norme del codice; frequentemente, egli si limita a sollecitare il creditore a ricevere la prestazione dimostrando di essere attualmente in grado di adempiere. Tale comportamento sarebbe sufficiente a costituire in mora il creditore nel sistema tedesco, che, in sintonia con la tradizione di diritto comune, si limita a esigere la conformità dell'offerta alle regole, convenzionali e legali, che disciplinano l'adempimento dell'obbligazione (§ 294 BGB). Non è invece sufficiente a realizzare la costituzione in mora nella legislazione italiana, che esige il rispetto di un articolato procedimento ⁽²⁰⁹⁾.

Ebbene, la giurisprudenza adotta, sul punto specifico, un orientamento rigoroso: si ritiene, infatti, che l'offerta priva dei requisiti formali e procedurali previsti dalla legge non integri i presupposti della mora del creditore, ma valga soltanto a escludere quella del debitore (art. 1220 c.c.). La conclusione appare inevitabile se si assume che il giudice debba applicare tutte le disposizioni legislative, e non solo quelle che avverte come condivisibili e opportune; e se si ritiene, ancora, che l'ignoranza del dettato normativo (nella specie, quella del debitore) non giustifichi la sua mancata osservanza. Due postulati irrinunciabili per qualsiasi interprete che adotti una prospettiva di carattere giuspositivistico, come il giudice è istituzionalmente tenuto a fare (art. 101, comma 2° Cost.).

In quest'ottica si colloca l'affermazione, ricorrente in giurisprudenza, in base alla quale l'offerta ordinaria vale ad escludere la mora del debitore, ma non a provocare quella del creditore. Così, nelle locazioni abitative il conduttore che offre la restituzione dell'immobile nelle

(208) Come si è già constatato (*supra*, cap. I, §§ 4, 6; cap. III, § 2), i requisiti formali e procedurali previsti in relazione all'offerta interferiscono con l'applicazione dell'istituto, rendendolo scarsamente rilevante sul piano applicativo. La consapevolezza di questo aspetto affiora talvolta anche in giurisprudenza, come risulta dalla motivazione di Cass. 14 agosto 2014, n. 17975, in *Vita not.*, 2015, 16: «la normativa in tema di offerta reale — che di per sé presenta una macchinosità ed un eccesso di formalismi che la rendono palesemente obsoleta, a fronte degli strumenti che la tecnologia oggi mette a disposizione, per effettuare i pagamenti in termini veloci e sicuri — deve essere comunque interpretata ed applicata alla luce dei principi in tema di buona fede e di cooperazione del creditore all'adempimento» (fattispecie in tema di riscatto agrario).

(209) V., *supra*, cap. I, §§ 3, 4.

forme ordinarie non è tenuto a pagare il canone fino al momento della riconsegna — tale obbligazione presupponendo la *mora debendi* (art. 1591 c.c.) — ma il locatore non può ritenersi costituito in mora ⁽²¹⁰⁾.

Nella stessa prospettiva, si esclude che il creditore sia stato costituito in mora quando, pur essendo pronto ad adempiere, il debitore lo ha sollecitato a ricevere la prestazione senza osservare le formalità prescritte dalla legge. Quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di un'azienda — destinata, nella fattispecie, alla prestazione di un servizio pubblico in regime di concessione — si ritiene che l'offerta debba essere effettuata con le modalità previste per l'intimazione a ricevere gli immobili ricompresi nell'azienda ceduta (art. 1216, comma 1° c.c.): si è così ritenuto che il concessionario subentrante nella prestazione del servizio non sia stato validamente costituito in mora a seguito dell'intimazione a ricevere la consegna dell'impianto comunicatagli dal precedente concessionario senza l'osservanza di particolari formalità ⁽²¹¹⁾. Neppure risulta idoneo a costituire in mora il creditore di una somma di denaro l'invito a presentarsi davanti al notaio per ricevere il pagamento ⁽²¹²⁾: nella fattispecie, è possibile che la comunicazione non avesse nemmeno il valore di offerta ordinaria — tale da escludere la mora del debitore — non risultando dimostrato che il debitore fosse effettivamente in grado di adempiere. Parimenti inidonea a giustificare la costituzione in mora viene ritenuta la diffida a recarsi davanti al notaio per la stipulazione del contratto definitivo intimata dal promissario acquirente al promittente alienante, che, dunque, resta legittimato a esigere il pagamento degli interessi conven-

(210) Cfr. Cass. 4 aprile 2017, n. 8672, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «locazione», n. 43; Cass. 29 gennaio 2014, n. 1980, in *Guida dir.*, 2014, f. 15, 82 (s.m.); Cass. 31 luglio 2013, n. 18322, per esteso in *De Jure*; Cass. 20 giugno 2013, n. 15433, *ivi*; Cass. 27 dicembre 2012, n. 21004, in *Arch. loc.*, 2013, 163; Cass. 17 gennaio 2012, n. 550, *ivi*, 2012, 153; Cass. 20 gennaio 2011, n. 1337 (ord.), in *Foro it.*, Rep. 2011, v. «locazione», n. 119; Cass. 27 gennaio 2010, n. 1684, per esteso in *De Jure*; Cass. 3 settembre 2007, n. 18496, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «obbligazioni in genere», n. 60; Cass. 26 aprile 2002, n. 6090, in *Arch. loc.*, 2002, 400 ed in *Dir. giust.*, 2002, f. 23, 31; Cass. 17 marzo 1999, n. 2419, in *Foro it.*, Rep. 1999, v. «obbligazioni in genere», n. 44. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Bari 15 maggio 2015, n. 2352, per esteso in *De Jure*.

(211) Cfr. Cass. 4 febbraio 1987, n. 994, in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «obbligazioni in genere», n. 18.

(212) Cfr. Cass. 19 aprile 1983, n. 2700, in *Foro it.*, Rep. 1983, v. «obbligazioni in genere», n. 20.

zionali decorrenti sul prezzo pattuito ⁽²¹³⁾. Ancora, non vale a costituire in mora il locatore — ma solo ad escludere la *mora debendi* — il versamento dei canoni dovuti effettuato dal conduttore su un libretto bancario di deposito ⁽²¹⁴⁾. Neppure l'offerta formale necessaria per la costituzione in mora può dirsi perfezionata quando su incarico del debitore il notaio abbia provveduto a consegnare una somma di denaro al creditore — che l'abbia contestualmente accettata — redigendo un semplice verbale di avvenuto pagamento ma non osservando le formalità prescritte dagli artt. 1209, comma 1° c.c. e 74 disp. att.; in considerazione del carattere irrituale dell'offerta, le relative spese restano a carico del debitore (art. 1215 c.c.) ⁽²¹⁵⁾.

Ci si può chiedere, spostando l'attenzione sulla condotta del creditore, se il quadro rimanga immutato qualora egli faccia acquiescenza all'offerta, o quanto meno non neghi di essere tenuto a ricevere la prestazione. Benché le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza non siano molto consistenti, è possibile abbozzare una conclusione. Quando a seguito di un'offerta irrituale resta in silenzio, il creditore non può dirsi costituito in mora, e il debitore pregiudicato dalla dilatazione del rapporto obbligatorio rimane privo di tutela. L'esito è differente se il creditore riconosce tramite un'espressa dichiarazione o per fatti concludenti la fondatezza dell'offerta: il debitore viene allora tutelato, sebbene sulla base di itinerari diversi.

Viene così rigettata la domanda con cui un costruttore chiede di essere compensato delle spese di gestione e custodia di un immobile realizzato in esecuzione di un contratto di appalto pubblico ed offerto al committente in modo irrituale, sebbene nel contesto di alcuni sopralluoghi successivi al collaudo quest'ultimo non abbia negato di essere tenuto a riceverlo: nella fattispecie, non si può dire che il committente abbia prestato acquiescenza all'intimazione, essendosi egli limitato a non contestarne la fondatezza ⁽²¹⁶⁾.

Si ritiene invece che qualora il creditore, sollecitato a ricevere la consegna di un immobile senza l'osservanza delle modalità prescritte

(213) Cfr. Cass. 30 gennaio 1987, n. 896, in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «contratto in genere», n. 352.

(214) Cfr. Pret. Firenze 1° dicembre 1998, in *Arch. loc.*, 1999, 672 e *Foro it.*, Rep. 1999, v. «locazione», n. 296.

(215) Cfr. Pret. Terni 1° dicembre 1993, in *Rass. giur. umbra*, 1994, 97 e *Foro it.*, Rep. 1995, v. «obbligazioni in genere», n. 40.

(216) Cass. 20 giugno 2000, n. 8389, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. «obbligazioni in genere», n. 33.

dall'art. 1216 comma 1° c.c., abbia riconosciuto la fondatezza dell'intimazione, tale dichiarazione concorra «alla formazione di una fattispecie complessa idonea a produrre gli stessi effetti dell'intimazione formalmente regolare, in forza del principio di conservazione degli atti giuridici» (217).

Nella fattispecie — relativa ad un appalto per la realizzazione di un edificio destinato ad essere utilizzato nell'ambito di un programma di edilizia popolare — il costruttore sollecita reiteratamente il committente a prendere possesso dell'immobile mediante lettera raccomandata. Riconoscendo implicitamente la fondatezza dell'intimazione, il committente chiede all'appaltatore di continuare a custodire l'immobile fino alla sua assegnazione agli effettivi beneficiari: il compenso proposto, tuttavia, non viene ritenuto inadeguato. La situazione si protrae per più di un anno, durante il quale il costruttore continua a custodire l'immobile per poi chiedere al committente il pagamento delle spese di custodia. Nella controversia che ne consegue, la S.C. conferma la sentenza di secondo grado, che aveva condannato il committente a compensarle ritenendolo validamente costituito in mora. Non stupisce che l'argomentazione adottata per giustificare tale soluzione risulti priva di riscontri nel contesto del diritto applicato: ritenere il creditore ugualmente costituito in mora nonostante il carattere irrituale dell'offerta significa, infatti, avvalorare un'interpretazione sostanzialmente abrogante dell'art. 1216, comma 1° c.c. e delle disposizioni da esso richiamate (artt. 1209, comma 2° c.c.; 75 disp. att.).

Comprensibilmente, in altre occasioni la giurisprudenza tutela il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione percorrendo itinerari alternativi, fedeli all'assunto in base al quale la costituzione in mora del creditore presuppone il rispetto dei requisiti formali e procedurali prescritti per l'offerta solenne. Ci si riferisce in particolare al caso, già ricordato, relativo all'intimazione di ricevere la consegna di un impianto destinato alla prestazione di un servizio pubblico comunicata in modo irrituale dal precedente al nuovo concessionario (218): la circostanza che pur rifiutando provvisoriamente la consegna il secondo abbia fornito al primo i finanziamenti necessari per pagare gli addetti alla prestazione del servizio non giustifica la costituzione in mora, ma

(217) Così Cass. 22 settembre 1993, n. 9662, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 500, con nota di CIMEI, *Il riconoscimento da parte del creditore della fondatezza dell'intimazione non formale di ricevere la consegna di un immobile e gli equipollenti dell'offerta formale.*

(218) Cfr. Cass. 4 febbraio 1987, n. 994, cit.

denota l'esistenza di un accordo relativo alla gestione interinale dell'impianto. Su questa base, il concessionario subentrante viene condannato a pagare le spese di gestione sostenute dalla controparte nella fase di transizione.

16. *L'offerta reale.* — a) *Il procedimento dell'offerta reale: il ruolo del pubblico ufficiale, il tempo e il luogo.* Identificato l'ambito di applicazione delle due varianti dell'offerta formale, passiamo a delineare il relativo procedimento, a partire da quello che caratterizza l'offerta reale. Su questo terreno intimazione ed esibizione si svolgono contestualmente: il denaro, i titoli di credito e gli altri beni mobili vengono trasferiti presso il creditore, il quale può esaminare la prestazione offerta nel momento stesso in cui viene sollecitato ad accettarla ⁽²¹⁹⁾.

In base al dettato del codice, «gli atti di offerta reale...sono eseguiti da un notaio o da un ufficiale giudiziario» (art. 73, comma 1° disp. att.): nonostante la formulazione della disposizione sembri attribuire la paternità dell'offerta ai due pubblici ufficiali, essa costituisce un atto di parte, e segnatamente del debitore interessato alla costituzione in mora e all'eventuale deposito liberatorio. Il notaio o l'ufficiale giudiziario sovrintendono all'atto e redigono il relativo verbale, alla luce del quale viene successivamente accertata in sede giurisdizionale la validità dell'offerta. Su questa base, si ritiene valida l'offerta eventualmente effettuata dallo stesso debitore — che per ipotesi abbia personalmente esibito i beni presso il domicilio del creditore — purché sia stata fatta alla presenza di un pubblico ufficiale che abbia provveduto a verbalizzarla ⁽²²⁰⁾: benché i beni non siano stati materialmente esibiti dal notaio o dall'ufficiale giudiziario, il verbale che essi redigono integra il presupposto necessario del giudizio di convalida. In giurisprudenza, coerentemente, si esclude che i due pubblici ufficiali debbano essere dotati

(219) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 835; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 419; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 3; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 779; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 67 s.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 198; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milano, 1950, p. 350; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 219.

(220) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 171. Nello stesso senso SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 836.

di procura rilasciata dal debitore ⁽²²¹⁾: essi non operano quali suoi rappresentanti, ma, esercitando una funzione pubblica, documentano l'offerta rendendone possibile la successiva convalida giudiziale. Come si è anticipato ⁽²²²⁾, infatti, il ruolo del pubblico ufficiale nel contesto del procedimento di costituzione in mora è quello di offrire al giudizio di convalida un fondamento stabile e sicuro, sottraendo la prova dell'offerta al contraddittorio delle parti ed esonerando il giudice, in relazione ad essa, dall'attività istruttoria.

Abbiamo già avuto occasione di trattare del luogo dell'offerta reale: si rinvia, sul punto, a quanto esposto in precedenza ⁽²²³⁾. Quanto al tempo, sono da valutare i rapporti che intercorrono tra l'offerta reale e il procedimento di deposito quando la legge subordina l'esercizio di un diritto all'esecuzione di una determinata prestazione prevedendo che essa debba avvenire entro un termine perentorio. Ora, in base a un orientamento giurisprudenziale che interessa trasversalmente una serie di fattispecie diverse, qualora il creditore rifiuti la prestazione è sufficiente che entro il termine previsto dalla legge sia stata effettuata l'offerta reale: gli atti che integrano il procedimento di deposito — a partire dall'intimazione recante l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui lo stesso è destinato ad avvenire (art. 1212, comma 1°, n. 2 c.c.) — possono invece essere compiuti anche dopo la scadenza del termine. Per giustificare tale conclusione si osserva che l'offerta reale, se legittimamente effettuata, si presta ad essere accettata dal creditore e a determinare, così, l'adempimento dell'obbligazione: solo a seguito di essa il debitore viene definitivamente a conoscenza del rifiuto del creditore, al quale è imputabile la mancata esecuzione della prestazione entro il termine previsto dalla legge.

Si ritiene così sufficiente ai fini dell'esercizio del diritto di riscatto riconosciuto all'affittuario coltivatore del fondo che l'offerta reale del prezzo del terreno si sia perfezionata anteriormente alla scadenza del termine previsto dalla legge ⁽²²⁴⁾ (benché, stante il rifiuto dell'acquirente di ricevere il prezzo, lo stesso sia stato depositato in un momento

(221) Cfr. Cass. 17 gennaio 2013, n. 1016, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «obbligazioni in genere», n. 57.

(222) V., *supra*, § 2.

(223) V., *supra*, § 10.

(224) Vale a dire, entro il termine di tre mesi decorrente dall'adesione dell'acquirente del terreno alla dichiarazione di riscatto, o, qualora sia insorta una controversia, dal momento in cui la sentenza che riconosce il diritto è passata in giudicato: cfr. art. unico l. 8 gennaio 1979, n. 2, di interpretazione autentica dell'art. 8 l. 26 maggio

successivo) ⁽²²⁵⁾. Si considera validamente effettuato il retratto successorio, il cui esercizio è subordinato al pagamento del prezzo, quando entro il termine fissato dalla sentenza che accerta la titolarità del diritto la somma sia stata offerta agli acquirenti dei beni ereditari (benché, a seguito del loro rifiuto, il prezzo sia stato depositato solo una volta scaduto il termine) ⁽²²⁶⁾. Alla stessa conclusione si perviene in relazione a una controversia definita da una sentenza che aveva subordinato il trasferimento della proprietà di un immobile prefigurato in sede di preliminare al pagamento del prezzo entro il termine di sei mesi: non può dirsi inadempiente — con il conseguente rigetto della domanda di risoluzione proposta nei suoi confronti — il promissario acquirente che abbia compiuto l'offerta reale entro il termine previsto dalla sentenza, sebbene il procedimento di deposito del prezzo rifiutato dal promittente alienante sia stato avviato successivamente ⁽²²⁷⁾. L'orientamento viene ribadito in relazione a una controversia incentrata sull'intimazione di una diffida ad adempiere (con l'avvertenza che in questo caso, come nel precedente, il debitore avrebbe potuto limitarsi ad effettuare un'offerta ordinaria): l'offerta del prezzo rifiutato dal creditore è sufficiente ad evitare la risoluzione del contratto se si perfeziona anteriormente alla scadenza del termine intimato ai sensi dell'art. 1454 c.c., sebbene la somma sia stata depositata in un momento successivo ⁽²²⁸⁾.

Se poi il creditore è assente, è necessario che anteriormente alla scadenza del termine gli sia stato notificato il verbale dell'offerta (art. 74, comma 3° disp. att.), ancorché gli atti che integrano il procedimento di deposito siano stati compiuti successivamente. Si tratta di una posizione coerente con l'orientamento appena ricostruito, in quanto, come ci apprestiamo a constatare, la notificazione del verbale al creditore assente costituisce parte integrante dell'offerta reale. Così, per esercitare il diritto di riscatto conseguente alla violazione della prelazione agraria l'affittuario coltivatore del fondo è tenuto a notificare

1965, n. 590. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 30 agosto 1995, n. 9202, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1996, 616 ed in *Foro it.*, Rep. 1996, v. «agricoltura», n. 150.

(225) Cfr. Cass. 17 gennaio 2013, n. 1016, cit.

(226) Cfr. Cass. 9 marzo 2001, n. 3481, in *Foro it.*, Rep. 2001, v. «obbligazioni in genere», n. 32.

(227) Cfr. Cass. 23 maggio 2016, n. 10605, in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «obbligazioni in genere», n. 43.

(228) Cfr. Cass. 23 agosto 1986, n. 5143, in *Foro it.*, Rep. 1986, v. «obbligazioni in genere», n. 22 (in motivazione).

all'acquirente, assente all'offerta reale, il relativo verbale entro il termine previsto dalla legge per il versamento del prezzo ⁽²²⁹⁾. Analogamente, per esercitare validamente il diritto di prelazione sull'acquisto del terreno l'affittuario coltivatore del fondo è tenuto a notificare al proprietario assente al momento dell'offerta il relativo verbale entro il termine previsto dalla legge ⁽²³⁰⁾, fermo restando che il procedimento di deposito del prezzo può essere avviato successivamente ⁽²³¹⁾.

b) Il verbale. Il verbale dell'offerta reale viene «redatto in conformità delle disposizioni dell'art. 126 del codice di procedura civile e deve in particolare contenere la specificazione dell'oggetto dell'offerta e le dichiarazioni del creditore» (art. 74, comma 1° disp. att.). Tanto la disposizione citata, quanto la disciplina processuale oggetto di rinvio non indicano a quali requisiti sia subordinata la validità dell'atto. Si ritiene, allora, che il verbale debba possedere i requisiti necessari perché sia in grado di assolvere alla sua funzione ⁽²³²⁾: quella di consentire il sindacato sulla validità dell'offerta destinato ad essere effettuato nel giudizio di convalida e di documentare il difetto della cooperazione necessaria per l'adempimento.

Se certamente il verbale ha efficacia probatoria di atto pubblico, si concorda sul fatto che ad esso non siano applicabili le norme della legge notarile che prescrivono (sebbene, a seguito della riforma del 2005, in relazione a fattispecie limitate ⁽²³³⁾) la presenza di testimoni ⁽²³⁴⁾: a sostegno di tale conclusione, si osserva che non solo il

(229) Cfr. Cass. 30 agosto 1995, n. 9202, cit.

(230) Vale a dire, entro tre mesi dalla scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del diritto di prelazione, che coincide con il trentesimo giorno dalla notifica della *denuntiatio* effettuata dal proprietario: cfr. art. 8, commi 4°, 6° l. 26 maggio 1965, n. 590.

(231) Cfr. Cass. 3 settembre 1987, n. 7189, in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «agricoltura», n. 193. In senso recisamente contrario v., tuttavia, Cass. 21 novembre 1990, n. 11236, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1237 e *Vita not.*, 1991, 141, in base alla quale perché il diritto di prelazione possa essere validamente esercitato occorre che l'affittuario coltivatore del fondo abbia effettuato il deposito entro il termine previsto dalla legge, non essendo sufficiente il perfezionamento dell'offerta reale.

(232) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 841; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 173 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 266.

(233) Cfr. artt. 47, 48 l. 16 febbraio 1913 n. 89, come modificati all'art. 12, comma 1, lett. c), l. 28 novembre 2005, n. 246.

(234) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 153; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 176; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 266. Con riferimento alla legislazione previgente, cfr. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 81.

notaio, ma anche l'ufficiale giudiziario è competente a redigere il verbale d'offerta ⁽²³⁵⁾. È invece necessario che il verbale rechi la firma del pubblico ufficiale e l'indicazione della sua qualifica, risultando così possibile accertare in sede di convalida che il documento proviene da un soggetto legittimato a redigerlo ⁽²³⁶⁾.

Come si evince dall'art. 126 c.p.c., al quale la disciplina sostanziale rinvia, il verbale deve documentare il luogo in cui l'offerta è avvenuta (costituendone esso requisito di validità ai sensi dell'art. 1208, n. 6 c.c.); il tempo in cui la stessa si è perfezionata (dovendosi accertare la posteriorità rispetto all'avveramento della condizione sospensiva o alla scadenza di un termine a favore del creditore eventualmente pattuiti ai sensi dell'art. 1208 nn. 4, 5 c.c.); l'indicazione delle persone intervenute, fermo restando che l'identità dell'offerente e del destinatario deve essere documentata anche se non hanno presenziato all'offerta ⁽²³⁷⁾. La stessa disposizione richiede poi che vengano verbalizzate le attività svolte e le rilevazioni fatte: certamente, l'atto dovrà documentare il fatto stesso dell'esibizione dei beni presso il creditore e della contestuale intimazione a riceverli, così come il rifiuto opposto dal creditore o la sua assenza.

Integrando il rinvio alla disciplina processuale, l'art. 74 disp. att. prevede che il verbale debba specificare l'oggetto dell'offerta e documentare le dichiarazioni del creditore.

Il primo requisito è evidentemente necessario perché possa essere accertata la validità dell'offerta, il cui oggetto deve coincidere con la prestazione dovuta. Le modalità della specificazione, tuttavia, variano in considerazione del fatto che il debitore sia obbligato a consegnare denaro o altri beni. Quando l'obbligazione è pecuniaria, il pubblico ufficiale che redige il verbale può limitarsi ad annotare la valuta e la quantità di unità monetarie offerte al creditore: è tutto quanto occorre per valutare la legittimità dell'atto ⁽²³⁸⁾. Se invece il debitore è obbligato a consegnare altri beni, il pubblico ufficiale è tenuto a redigerne una descrizione dettagliata e precisa, in modo tale da consentire al giudice di verificare la conformità della prestazione offerta a quella

(235) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 173.

(236) Per un riscontro in dottrina, cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 842.

(237) La precisazione è di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 174.

(238) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 174; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 82.

dovuta e — qualora il titolo da cui sorge l'obbligazione non identifichi in modo analitico e stringente la qualità dei beni di cui è dovuta la consegna — di valutare che le cose offerte siano «di qualità non inferiore alla media» (art. 1178 c.c.) ⁽²³⁹⁾. Una precisa identificazione dei beni offerti è infatti necessaria anche quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di cose determinate solo nel genere, dovendosi accertare nel giudizio di convalida la riconducibilità di quanto concretamente offerto al *genus* al quale appartengono i beni dovuti.

Talora la descrizione analitica dei beni offerti può incontrare difficoltà quasi insormontabili, se l'ufficiale giudiziario può avvalersi solo di strumenti linguistici. Si prospetta quale possibile soluzione che le cose offerte al creditore vengano collocate in contenitori o locali sigillati in modo tale da impedirne lo scambio: fermo restando che la verbalizzazione di tali operazioni conserverebbe valore solo qualora il sigillo non venisse successivamente manomesso ⁽²⁴⁰⁾.

Per risolvere, o almeno attenuare, tali difficoltà di identificazione, è ipotizzabile l'applicazione analogica dell'art. 518 c.p.c., ai termini del quale l'ufficiale giudiziario impegnato a redigere il verbale del pignoramento «descrive le cose pignorate, nonché il loro stato, mediante rappresentazione fotografica ovvero altro mezzo di ripresa audiovisiva»: in concreto, le riproduzioni fotografiche o i filmati potranno essere allegati al verbale nel contesto del quale il pubblico ufficiale attesterà la fedeltà della riproduzione. Certamente, la rappresentazione fotografica o audiovisiva dei beni offerti consente di identificarli in modo più sicuro, preciso e dettagliato di qualsiasi descrizione linguistica, scongiurando il rischio che i beni così individuati possano essere sostituiti.

Il verbale deve poi documentare, oltre all'accettazione e al rifiuto dell'offerta, le altre dichiarazioni rese dal creditore. Si ritiene che quando l'accettazione o il rifiuto sono stati verbalizzati correttamente eventuali omissioni o inesattezze nella documentazione delle altre dichiarazioni — pronunciate contestualmente dal creditore — non interferiscano con la validità dell'offerta ⁽²⁴¹⁾.

Quando quest'ultima viene accettata, il pubblico ufficiale «esegue

(239) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 174 s. Sul punto v. anche SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 82.

(240) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 175. In senso conforme SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 841 s.

(241) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 842 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 175 s.

il pagamento e riceve le dichiarazioni del creditore per quietanza e liberazione delle garanzie» (art. 74, comma 2° disp. att.). Se poi il creditore rende altre dichiarazioni — come quando afferma di ricevere la somma offertagli a titolo di acconto, riscontra un ritardo nel pagamento o denuncia un vizio del bene — il pubblico ufficiale è tenuto a verbalizzarle. Qualora tuttavia ometta di farlo, resta il fatto che con l'accettazione dell'offerta l'obbligazione è stata adempiuta: le eventuali omissioni e inesattezze che caratterizzano la verbalizzazione comportano certamente una responsabilità del pubblico ufficiale, ma non incidono sulla validità dell'offerta, la cui accettazione comporta l'adempimento dell'obbligazione.

Ad analoghe conclusioni si perviene quando l'offerta viene invece rifiutata, e il creditore dichiara contestualmente le ragioni che lo inducono a non ricevere la prestazione. La legittimità o l'illegittimità del rifiuto, e la conseguente idoneità dell'offerta ad effettuare la costituzione in mora, non dipendono dalle dichiarazioni rese dal creditore, che — a prescindere da quanto affermato contestualmente all'offerta — ha l'onere di giustificare nel giudizio di convalida la scelta di non concorrere all'adempimento; anche in questa ipotesi le eventuali deficienze del verbale comportano la responsabilità del pubblico ufficiale, ma non incidono sulla validità dell'offerta.

In base all'art. 126, comma 2° c.p.c., il pubblico ufficiale deve dare lettura del verbale agli altri soggetti eventualmente intervenuti all'offerta; a seguito della recente novellazione della disposizione⁽²⁴²⁾, non occorre, invece, che essi vengano invitati a sottoscrivere il documento. In relazione al testo previgente, si è ritenuto che l'inosservanza del precetto non comportasse l'invalidità dell'atto⁽²⁴³⁾: la conclusione appare a maggior ragione giustificata alla luce della riformulazione della disposizione, che ridimensiona il ruolo degli altri intervenuti limitandosi a prescrivere al pubblico ufficiale la lettura del documento.

Quanto ai rapporti con la fase successiva, incentrata sul controllo giurisdizionale della validità dell'offerta, in giurisprudenza si è ritenuto che la procura alle liti apposta in calce al verbale non valga a legittimare il difensore ad instaurare in un secondo momento il giudizio di

(242) Ad opera dell'art. 45, comma 1, lett. a), d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 114.

(243) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 176.

convalida ⁽²⁴⁴⁾. L'offerta reale e il relativo verbale sono infatti sprovvisti della "vocazione processuale" che caratterizza gli atti nel contesto dei quali può essere contenuta la procura alle liti (art. 83 c.p.c.): atti caratterizzati dalla comune attitudine a veicolare istanze di carattere processuale.

c) *La notificazione del verbale al creditore assente*. Quando il creditore non è presente all'offerta reale, il relativo verbale deve essergli notificato osservando le forme prescritte per gli atti di citazione: anche se il verbale è stato redatto dal notaio, vi provvede l'ufficiale giudiziario (art. 74, comma 3° disp. att.). Rinviando alla disciplina processuale (artt. 137 ss. c.p.c.), il legislatore adotta una soluzione già riscontrata in relazione all'offerta per intimazione (art. 1209, comma 2° c.c.): si ripropongono allora, quanto al luogo della notificazione, le considerazioni svolte in relazione ad essa ⁽²⁴⁵⁾. La notificazione del verbale, in particolare, può avvenire presso il domicilio eletto dal creditore, e quando l'elezione è stata fatta nel contesto di un contratto, che dispone espressamente in questo senso, deve essere necessariamente effettuata presso il domicilio elettivo (art. 141, comma 2° c.p.c.).

Si concorda sul fatto che la notificazione del verbale sia necessaria per la costituzione in mora del creditore, che altrimenti incorrerebbe in responsabilità senza essere a conoscenza dell'offerta ⁽²⁴⁶⁾. Si osserva, tuttavia, che il legislatore non prevede un termine entro il quale l'atto deve essere compiuto, né la lacuna sembra poter essere colmata per via interpretativa ⁽²⁴⁷⁾. L'eventuale ritardo con cui il debitore effettua la notificazione non pregiudica, dunque, la validità della costituzione in mora, i cui effetti decorrono dal momento dell'offerta precedentemente effettuata in sua assenza ⁽²⁴⁸⁾: a tale conclusione si perviene sulla base

(244) Cfr. Cass. 17 settembre 2013, n. 21154, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «procedimento civile», n. 124.

(245) V, *supra*, § 10.

(246) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 843; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 121; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 176, nt. 1; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 266 s. In giurisprudenza, cfr. Cass. 30 agosto 1995, n. 9202, cit.; Cass. 5 luglio 1952, n. 2039, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, III, 267; App. Lecce 22 aprile 1950, in *Foro it.*, Rep. 1950, v. «offerta reale», n. 8; Trib. Santa Maria Capua Vetere 20 luglio 1954, in *Dir. giur.*, 1954, 486; Pret. Napoli 16 marzo 1957, in *Foro nap.*, 1957, I, 126.

(247) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 842 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 177.

(248) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 842 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 177. In giurisprudenza, cfr. Cass. 5 luglio 1952, n.

di un'interpretazione dell'art. 1207, comma 3° c.c. che privilegia la componente fattuale dell'offerta, identificandola con l'esibizione dei beni presso il domicilio del creditore. Quest'ultimo risulterebbe esposto agli effetti della mora nel periodo intercorrente tra il momento dell'offerta compiuta in sua assenza e quello della notificazione del relativo verbale, durante il quale non sarebbe a conoscenza dell'iniziativa assunta dal debitore: egli sarebbe responsabile benché inconsapevole dei presupposti della mora. Per risolvere, o quanto meno attenuare, tale inconveniente, si prospetta una soluzione incentrata sul principio di buona fede: il debitore che effettua la notificazione del verbale con notevole ritardo agisce scorrettamente, sicché non può pretendere di invocare gli effetti della mora o almeno alcuni di essi, come il rimborso delle spese relative all'offerta o il risarcimento del danno derivante dal difetto di cooperazione ⁽²⁴⁹⁾.

A nostro parere, invece, gli effetti della mora decorrono a carico del creditore solo dal momento in cui il verbale dell'offerta gli viene notificato. In quest'ottica, la mancata previsione di un termine entro il quale il debitore è tenuto a notificare il verbale trova una giustificazione razionale, essendo egli indotto a provvedere tempestivamente per poter fruire della tutela accordata dalla *mora accipiendi*.

La tesi è compatibile con il dettato dell'art. 1207, comma 3° c.c., in base al quale «gli effetti della mora si verificano dal giorno dell'offerta». Come la locuzione «mora del creditore», anche il termine «offerta» è normativo ⁽²⁵⁰⁾. Esso non designa semplici fatti (esibizione dei beni presso il domicilio del creditore; compilazione del verbale ecc.), ma fatti qualificati dalla conformità ai requisiti procedurali previsti dalla legge, tra i quali figura la notificazione del verbale al creditore assente effettuata nel rispetto delle forme prescritte per gli atti di citazione (art. 74, comma 3° disp. att.). Quella a decorrere dalla quale si verificano gli effetti della mora è una *valida offerta*: e siccome tra i requisiti di validità dell'atto vi è la notificazione del verbale al creditore assente, gli effetti della mora si producono solo da questo momento.

2039, cit., ai termini della quale anche se la notificazione del verbale viene effettuata tardivamente, «gli effetti di essa retroagiscono al momento in cui l'offerta è stata effettivamente fatta».

(249) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 155 s., testo e nt. 23; SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 842 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 177.

(250) V., *supra*, cap. II, § 1.

L'opinione trova riscontro in giurisprudenza. Si è ricordato che in base a un orientamento consolidato quando la legge subordina l'esercizio di un diritto all'adempimento di una obbligazione è sufficiente che entro il termine contestualmente previsto si perfezioni l'offerta reale, mentre il procedimento di deposito può esplicarsi posteriormente. Ora, quando il creditore non è presente all'offerta reale si ritiene che il debitore possa esercitare il diritto solo se gli notifica il verbale entro il termine previsto dalla legge per l'esecuzione della prestazione: così, per esercitare i diritti di prelazione e riscatto riconosciutigli dalla legislazione speciale l'affittuario coltivatore del fondo è tenuto ad effettuare l'offerta reale del prezzo e nel caso di assenza del locatore (per la prelazione) o dell'acquirente (per il riscatto) a notificargli il relativo verbale entro il termine previsto dalla legge ⁽²⁵¹⁾. Siccome la notificazione del verbale costituisce requisito di validità dell'offerta, è necessario che essa si perfezioni tempestivamente affinché il diritto possa essere esercitato.

In dottrina si ritiene equivalente alla notificazione del verbale la sua produzione in giudizio da parte del debitore che chiede la convalida dell'offerta. Il debitore che intende agire tempestivamente potrebbe tralasciare la notificazione, con la precisazione che la semplice menzione dell'offerta nell'atto di citazione non costituisce un idoneo equipollente, essendo necessaria la produzione in giudizio del relativo verbale ⁽²⁵²⁾. L'opinione è condivisibile, in quanto senza pregiudicare le ragioni del creditore assicura un opportuno grado di elasticità al procedimento previsto dalla legge, in sé e per sé alquanto rigido. In sintonia con quanto sostenuto in precedenza, tuttavia, è da ritenere che gli effetti della mora decorrano dal momento della produzione in giudizio del verbale anziché da quello (anteriore) dell'esibizione dei beni effettuata in assenza del creditore.

Come si è ricordato trattando dei requisiti di validità dell'offerta ⁽²⁵³⁾, la stessa può essere indirizzata, anziché al creditore, ad un terzo legittimato a ricevere il pagamento: qualora egli non sia presente all'offerta, dovrà essergli notificato il relativo verbale. Al di fuori dei casi in cui la legittimazione a ricevere il pagamento spetta esclusivamente al terzo — come avviene, per esempio, quando il creditore è

(251) V., rispettivamente, Cass. 30 agosto 1995, n. 9202, cit. (in tema di riscatto); Cass. 3 settembre 1987, n. 7189, cit. (in tema di prelazione).

(252) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 177 s., testo e nota 3.

(253) V., *supra*, § 3.

legalmente incapace — il verbale potrà essere notificato anche al creditore ⁽²⁵⁴⁾.

17. *L'offerta per intimazione.* — Anche nella seconda variante dell'offerta formale si riscontra la compresenza di intimazione ed esibizione, che si svolgono in luoghi e tempi diversi. L'espressione comunemente adottata per designare questo tipo di offerta — e riprodotta nel titolo del presente paragrafo — deve, dunque, essere accompagnata da una precisazione: parlando di «offerta per intimazione» si designa, ricorrendo a una *sineddoche* ⁽²⁵⁵⁾, solo una parte del procedimento previsto dalla legge, che tuttavia non si esaurisce in essa, ma comprende il momento dell'esibizione.

Ebbene, quando la prestazione ha ad oggetto la consegna di beni mobili destinata ad avvenire in luogo diverso dal domicilio del creditore o di beni immobili, il procedimento di costituzione in mora si avvia tramite l'intimazione a riceverli notificata dall'ufficiale giudiziario (art. 73, comma 2° disp. att.) nelle forme prescritte per gli atti di citazione (art. 1209, comma 2° c.c.). Il ruolo dell'ufficiale giudiziario è limitato, in questa prima fase, alla mera notificazione dell'atto di intimazione ⁽²⁵⁶⁾, mentre nell'offerta reale, caratterizzata dalla contestualità di intimazione ed esibizione, egli (o il notaio) ha il compito più impegnativo di mettere i beni a disposizione del creditore ⁽²⁵⁷⁾.

(254) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 843; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 178.

(255) Sul ruolo di tale figura retorica nel diritto delle obbligazioni e dei contratti si rinvia al contributo di MONATERI, *La sineddoche: formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.

(256) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 157; SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 838; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 178.

(257) Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 29 agosto 2008, n. 21908, in *Giur. it.*, 2009, 1199, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1045 ed in *Riv. es. forz.*, 2009, 109, con nota di SALVIONI, *Natura e regime processuale del giudizio di opposizione alla vendita di beni costituiti in pegno*. Come si legge in motivazione, «mentre per l'offerta reale (di cui all'art. 1209, comma 1° c.c.) l'art. 73 disp. att. esige che essa sia eseguita «da un notaio o da un ufficiale giudiziario», così imponendo che le relative operazioni vengano appunto svolte da costoro ed individuando in ciò le modalità dell'offerta stessa (circostanza che, del resto, trova conferma nel fatto che l'art. 1209, comma 1° c.c. nulla dice sul modo dell'offerta se non tautologicamente che essa dev'essere reale, in tal modo rimandando all'art. 73 disp. att., comma 1°), viceversa il comma 2° della norma, là dove dispone che l'offerta per intimazione è eseguita «con atto di ufficiale giudiziario», una volta coordinato con l'art. 1209, comma 2° c.c. palesa che l'atto dell'ufficiale

In base all'art. 75, comma 1° disp. att., l'atto di intimazione identifica il tempo e il luogo dell'esibizione: esso deve infatti «contenere l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui il debitore intende procedere alla consegna delle cose mobili o al rilascio dell'immobile a favore del creditore», osservando un intervallo non minore di tre giorni. Come si è anticipato, il luogo dell'esibizione non può essere individuato dal debitore a sua discrezione, ma deve coincidere con quello in cui in base al titolo o alla legge i beni devono essere consegnati al creditore: l'atto di intimazione deve rispettare il luogo di adempimento dell'obbligazione⁽²⁵⁸⁾. In giurisprudenza, si è poi ritenuto che il debitore possa rimettere al creditore l'individuazione della data e dell'ora della consegna, purché si impegni ad assicurare la presenza di un pubblico ufficiale (notaio o ufficiale giudiziario). A sostegno di tale soluzione si è persuasivamente osservato che la scelta di rimettere al creditore la determinazione del tempo dell'esibizione rende il procedimento di costituzione in mora ancora più garantista nei suoi confronti, sicché ove sia assicurata la presenza di un pubblico ufficiale nel momento prescelto l'offerta deve ritenersi valida⁽²⁵⁹⁾.

Nel luogo e nel tempo indicati nell'atto di intimazione è necessaria la presenza di un pubblico ufficiale — da identificarsi con il notaio o l'ufficiale giudiziario — competente a redigere il verbale che documenta l'esibizione dei beni, la presenza o l'assenza del creditore, il comportamento da lui tenuto in relazione all'offerta (accettazione o rifiuto) e le sue eventuali dichiarazioni: gli effetti della mora decorrono dal giorno dell'esibizione, in assenza della quale l'offerta non si perfe-

giudiziario consiste esclusivamente nella notificazione: il detto comma 2°, infatti, dice che "l'offerta consiste nell'intimazione al creditore di riceverle — si allude alle cose — fatta mediante atto a lui notificato nelle forme prescritte per gli atti di citazione", così evidenziando che il contenuto dell'atto è esclusivamente della parte e che l'intervento dell'ufficiale giudiziario consiste appunto nella notificazione».

(258) V., *supra*, § 10.

(259) Cfr. Cass. 29 agosto 2008, n. 21908, cit. Nella fattispecie, a seguito della risoluzione di un contratto preliminare ad esecuzione anticipata il promittente alienante ottiene la restituzione di un immobile i cui locali sono occupati da beni mobili di proprietà del promissario acquirente. Quest'ultimo viene sollecitato a ritirare i mobili che ingombrano i locali mediante atto di intimazione notificatogli a mezzo di ufficiale giudiziario: nel contesto di esso, il promittente alienante gli rimette la determinazione della data e dell'ora della consegna, assicurando la presenza di un pubblico ufficiale al momento dell'esibizione. Confermando la sentenza impugnata, la S.C. ritiene che il promissario acquirente, validamente costituito in mora, sia tenuto a risarcire il danno subito dalla controparte a causa del prolungato ingombro dei locali.

ziona (art. 75, comma 2° disp. att.). L'esibizione e i fatti che ne conseguono vengono documentati da un verbale analogo a quello già considerato a proposito dell'offerta reale ⁽²⁶⁰⁾: occorre, dunque, che il pubblico ufficiale accerti la presenza della cosa e proceda alla sua individuazione. Con una felice sintesi, si è osservato che in questa seconda fase l'offerta per intimazione diviene "reale", in quanto come quest'ultima richiede l'esibizione del bene e la sua puntuale identificazione ⁽²⁶¹⁾.

Se poi il creditore non si presenta a ricevere il bene, il debitore non è tenuto a notificargli il verbale che documenta l'esibizione. Grazie all'intimazione precedentemente notificata dall'ufficiale giudiziario, il creditore è già stato sollecitato a cooperare — risultando identificate nell'atto le coordinate dell'esibizione — sicché la notificazione del verbale che la documenta sarebbe sostanzialmente inutile ⁽²⁶²⁾.

Ci si chiede se l'esibizione e la conseguente verbalizzazione siano necessarie anche quando a seguito dell'intimazione il creditore dichiara che non intende ricevere il bene. Si risponde autorevolmente che in questa ipotesi il debitore è esonerato dall'esibizione, inutile in quanto avente ad oggetto beni destinati ad essere rifiutati. Il creditore che reagisce all'intimazione dichiarando il proprio disinteresse a ricevere il bene sarebbe validamente costituito in mora anche se il debitore non dimostra tramite l'esibizione di essere pronto ad adempiere ⁽²⁶³⁾.

A nostro parere, anche in questa circostanza l'esibizione permane necessaria. Si è sostenuto che a seguito della dichiarazione con cui il creditore afferma di non voler cooperare all'adempimento il debitore può risolvere il rapporto inattuato e disporre nuovamente della presta-

(260) In questo senso dispone l'art. 75, comma 2° disp. att., ai termini del quale il verbale redatto dal notaio o dall'ufficiale giudiziario presenti all'atto dell'esibizione deve recare «tutte le...indicazioni prescritte dal primo comma dell'articolo precedente» (74 disp. att.), che disciplina il verbale dell'offerta reale.

(261) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 179.

(262) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 837; CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, cit., p. 828; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 122; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 267.

(263) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 179 s. e più di recente ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 158. In senso contrario, cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 837, il quale ritiene comunque necessaria l'esibizione, destinata a concludersi «con un verbale negativo», in considerazione del fatto che il procedimento previsto dalla legge è strutturato in due fasi.

zione illegittimamente rifiutata ⁽²⁶⁴⁾. È probabile che contestualmente alla dichiarazione con cui manifesta il proprio disinteresse per la prestazione offertagli il creditore si renda inadempiente rispetto all'obbligazione corrispettiva. Il rimedio è parimenti applicabile quando al creditore non è imputabile un inadempimento attuale, in quanto la prestazione corrispettiva non è ancora esigibile. Il rifiuto di un'offerta solenne denota senza possibilità di equivoci una volontà contraria all'attuazione dello scambio, giustificando così la risoluzione anticipata del contratto.

Se tuttavia a seguito del rifiuto il debitore sceglie di mantenere in vita il rapporto — che evidentemente non ha ancora rinunciato ad attuare — può pretendere di essere tutelato contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dal protrarsi del vincolo solo dimostrando di essere pronto ad adempiere. Mentre la risoluzione riflette la scelta di liberarsi del rapporto malfunzionante e ricollocare la prestazione sul mercato, la mora del creditore presuppone che l'obbligazione persista. Ebbene, il debitore può pretendere di essere tutelato contro le conseguenze della dilatazione del rapporto solo se dimostra che qualora il creditore avesse cooperato sarebbe stato in grado di adempiere. È questa la funzione dell'esibizione della prestazione, che permane necessaria anche quando a seguito dell'intimazione il creditore ha espresso l'intenzione di rifiutare la consegna del bene.

18. *L'offerta nelle forme d'uso: ambito di applicazione e struttura.* — L'offerta formale non è necessaria quando l'obbligazione il cui adempimento risulta precluso dal difetto di cooperazione ha ad oggetto una prestazione di fare: il creditore, allora, può essere costituito in mora mediante l'intimazione — effettuata «nelle forme d'uso» — di «ricevere la prestazione o di compiere gli atti che da parte sua sono necessari per renderla possibile» (art. 1217 c.c.).

Il procedimento delineato dalla legge è, su questo terreno, più duttile e “leggero” di quello che caratterizza l'offerta formale: non è previsto che l'offerta sia verbalizzata da un pubblico ufficiale e le sue modalità sono determinate, almeno in parte, mediante un rinvio alle forme d'uso.

Quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di un bene, tanto la prestazione quanto la cooperazione necessaria per l'adempimento

(264) V., *supra*, § 1.

possono essere identificate *a priori* con relativa facilità. Gli atti e i comportamenti di cui si compone il procedimento che caratterizza l'offerta formale sono individuati dalla legge, che definisce analiticamente il contenuto del verbale destinato a documentarla (artt. 74, 75 disp. att.): intimazione di ricevere il bene e (contestuale o successiva) esibizione; presenza o assenza del creditore; accettazione o rifiuto dell'offerta. Il quadro cambia quando l'oggetto dell'obbligazione si risolve in un «fare», vale a dire in un comportamento diverso dalla consegna di un bene: considerata la varietà delle prestazioni riconducibili a tale categoria residuale, tanto il contenuto dell'offerta quanto la cooperazione del creditore non possono essere facilmente prefigurati, risultando così estremamente difficile definire il contenuto di un ipotetico verbale. Di qui la scelta di escludere l'intervento del pubblico ufficiale — i cui compiti avrebbero dovuto essere individuati dalla legge — e di determinare le modalità dell'offerta mediante il rinvio alle forme d'uso.

Certo, l'offerta nelle forme d'uso è contemplata dalla legge anche in relazione a prestazioni diverse da quelle di fare: seguita dal deposito — o, deve ritenersi, dal sequestro — essa integra un procedimento che conduce alla liberazione coattiva del debitore obbligato ad effettuare la consegna di un bene (art. 1214 c.c.). Nel contesto di tale procedimento, peraltro, l'agilità dell'offerta viene compensata dalle formalità che caratterizzano il deposito (sequestro) liberatorio, in assenza del quale il debitore non ottiene tutela contro il difetto di cooperazione. Se riferita alle obbligazioni di dare, in altri termini, l'offerta nelle forme d'uso, isolatamente considerata, protegge il debitore dalle responsabilità inerenti al ritardo (art. 1220 c.c.), ma non innesca la *mora accipiendi* ⁽²⁶⁵⁾. Solo quando il difetto di cooperazione preclude l'esecuzione di una prestazione di fare l'offerta nelle forme d'uso assume rilevanza autonoma, essendo essa idonea a costituire in mora il creditore.

L'offerta può essere effettuata nelle forme d'uso ogni qualvolta la prestazione impedita dal difetto di cooperazione non si identifica con la consegna di un bene: è il caso della realizzazione di un'opera, dello svolgimento di un servizio, della conclusione di un contratto. Se

(265) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 250; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Milano, 2015, p. 259; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, Milano, 2009, p. 231 s.; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 7; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 234 s.

tuttavia l'oggetto dell'obbligazione è composito — in quanto il debitore è obbligato non solo a svolgere un'attività, ma anche a consegnare una *res* — le modalità dell'offerta dipendono dalla prestazione non eseguibile a causa del mancato concorso del creditore: il regime applicabile, in altri termini, dipende dalla fisionomia della prestazione interessata dal difetto di cooperazione ⁽²⁶⁶⁾. Quando il committente non “consegna i lavori” all'appaltatore, precludendogli di avviare la realizzazione dell'opera, la costituzione in mora può essere compiuta mediante offerta nelle forme d'uso (art. 1217 c.c.). Se invece dopo il collaudo il committente rifiuta di ricevere l'opera, l'appaltatore dovrà ricorrere all'offerta formale (art. 1209 c.c.).

Anche su questo terreno occorre ribadire che la costituzione in mora del creditore presuppone necessariamente l'offerta, che insieme al difetto di cooperazione integra il fondamento logico dell'istituto. Nemmeno il creditore di una prestazione di fare può essere automaticamente costituito in mora, essendo l'offerta necessaria anche quando il titolo da cui sorge l'obbligazione fissa un termine entro il quale deve concorrere all'adempimento ⁽²⁶⁷⁾.

In dottrina, tuttavia, si ritiene che l'offerta non sia necessaria in relazione a determinati rapporti aventi ad oggetto prestazioni di trasporto, in quanto dal dettato normativo si desumerebbe che il debitore non è tenuto a compierla. Così, il mittente che non comunica al destinatario le indicazioni relative ai beni da trasportare incorrerebbe in *mora accipiendi* anche in assenza di un'espressa sollecitazione da parte del vettore (art. 1683, comma 1° c.c.); la medesima conclusione sarebbe giustificata quando il mittente non fornisce al vettore i docu-

(266) L'opinione è ampiamente condivisa: cfr. MANIACI, *Obbligazioni di fare*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, *sub* art. 1217, p. 941; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 228; MARASCO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 671; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 194; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 793; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 251. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano 7 maggio 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2257: «l'obbligazione di consegna dell'opera appaltata è un'obbligazione accessoria, che va concettualmente e giuridicamente tenuta distinta dall'obbligazione principale di esecuzione dell'opera; per la costituzione in mora del committente nella presa in consegna dell'opera appaltata devono applicarsi le regole generali dettate in tema di mora del creditore dagli artt. 1206 ss. c.c.».

(267) Si rinvia, sul punto, alle considerazioni svolte in precedenza, non essendovi ragione di distinguere, sotto questo profilo, tra offerta formale e offerta nelle forme d'uso: v., *supra*, § 1.

menti necessari contestualmente alla consegna dei beni da trasportare (art. 1683, comma 2° c.c.); sarebbe poi responsabile anche in assenza di intimazione il caricatore che non appone sulle merci consegnate al vettore e sui relativi imballaggi le apposite marche di contrassegno (art. 425 c. nav.)⁽²⁶⁸⁾.

A ben vedere, almeno in due delle tre fattispecie considerate un'offerta non manca, in quanto il difetto di cooperazione si configura nei confronti del vettore che si reca presso il mittente o il caricatore a ricevere la consegna delle merci, dimostrando così per fatti concludenti di essere pronto ad adempiere. È il caso della mancata consegna dei documenti necessari per eseguire il trasporto (art. 1683, comma 2° c.c.) e della mancata apposizione delle marche di contrassegno (art. 425 c. nav.).

L'omissione delle informazioni necessarie per eseguire il trasporto (art. 1683, comma 1° c.c.), invece, può configurarsi anche anteriormente al momento in cui il vettore si reca presso il mittente a ricevere la consegna dei beni: le informazioni relative al luogo di destinazione e alle caratteristiche delle merci possono infatti risultare necessarie per la stessa predisposizione dei mezzi di trasporto. Ebbene, la reticenza del mittente è di per sé sufficiente per determinare la sua autoresponsabilità in ordine ai danni relativi ai suoi stessi interessi patrimoniali, certamente non imputabili al vettore (art. 1683, comma 3° c.c.). Per contro, la responsabilità per i rischi e gli inconvenienti subiti dal vettore in conseguenza del "difetto di comunicazione" presuppone la formulazione dell'offerta. Sarà onere del vettore sollecitare la comunicazione delle informazioni rilevanti e dimostrare la disponibilità dei mezzi astrattamente idonei ad eseguire la prestazione di trasporto. La *mora accipiendi* presuppone che il debitore dimostri di essere in grado di adempiere qualora il creditore fornisca la necessaria cooperazione, oltre ad implicare una chiara identificazione del momento a partire dal quale decorrono i relativi effetti: rispetto ad entrambe le esigenze, non sembra potersi prescindere dal requisito dell'offerta.

Si ritiene che l'offerta nelle forme d'uso non sia necessaria in presenza di un esplicito rifiuto di cooperare all'adempimento preventivamente manifestato dal creditore: su questo terreno, la dichiarazione del creditore potrebbe essere equiparata all'atto di costituzione in

(268) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 266. Adesivamente MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., p. 945.

mora (269). Non sembra, tuttavia, che dalle modalità dell'offerta si possano ricavare argomenti a sostegno della tesi che ne esclude la necessità. Anche se la prestazione può essere offerta nelle forme d'uso, il debitore merita di essere protetto contro le conseguenze del difetto di cooperazione solo se dimostra di essere in grado di adempiere. Si ripropone quanto già sostenuto in una prospettiva di carattere generale: il debitore interessato ad avvalersi della *mora accipiendi* — anziché a liberarsi del rapporto tramite la risoluzione del contratto — ha l'onere di offrire la prestazione sebbene il creditore abbia espressamente dichiarato che non intende riceverla (270).

L'offerta nelle forme d'uso — si ritiene ancora in dottrina — potrebbe essere omessa qualora l'onere di effettuarla sia stato escluso da una specifica disposizione o dall'accordo delle parti (271). Anche su questo terreno si ripropongono considerazioni analoghe a quelle svolte in termini generali in relazione al requisito dell'offerta (272). In assenza di essa, il debitore può essere tutelato contro le conseguenze del difetto di cooperazione, ma, a rigore, al di fuori del perimetro dell'istituto: la *mora accipiendi* richiede infatti necessariamente la formulazione dell'offerta, a decorrere dalla quale si verificano i suoi effetti (art. 1207, comma 3° c.c.). D'altra parte, sebbene l'istituto non sia applicabile permane la necessità di ravvisare i due requisiti che ne integrano il fondamento logico: occorre che il debitore dimostri di essere *pronto ad adempiere*, risultando così evidente che la dilatazione del rapporto obbligatorio è ascrivibile al *difetto di cooperazione* del creditore. È quanto si è riscontrato in relazione alla responsabilità del committente pubblico nel "regime delle riserve", in relazione alla quale non si riscontrano, nel diritto applicato, espressi riferimenti alla mora del creditore. L'appaltatore non offre propriamente la prestazione — tale requisito essendo evidentemente superato in considerazione del fatto che è impegnato nella realizzazione dell'opera — ma viene ugualmente

(269) Cfr. MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., p. 946; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 253. In senso contrario v. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, pp. 256-258.

(270) V., *supra*, § 1.

(271) Cfr. MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., p. 946; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 252.

(272) V., *supra*, § 1.

protetto contro le conseguenze del comportamento non cooperativo del committente (273).

Nessun dubbio, invece, che l'offerta nelle forme d'uso non debba essere effettuata quando la prestazione di fare si colloca nel contesto di un rapporto di durata ed è decorso il tempo durante il quale avrebbe dovuto essere eseguita, o la relativa obbligazione è assoggettata a un termine essenziale scaduto il quale il debitore deve ritenersi liberato. Su questo terreno difettano gli stessi presupposti della *mora accipiendi*, non essendo l'istituto in grado di assolvere la sua funzione: il debitore non può invocare tutela contro il protrarsi del vincolo in quanto si libera con il decorso del tempo entro il quale la prestazione avrebbe dovuto essere eseguita.

Secondo una diffusa opinione, l'offerta nelle forme d'uso si risolverebbe nell'intimazione a ricevere la prestazione o a fornire la cooperazione necessaria per l'adempimento: a differenza dell'offerta formale essa non comprenderebbe la fase dell'esibizione (274).

Per avvalorare tale conclusione si osserva che l'esibizione del bene richiesta in relazione alle prestazioni di dare ha una fisionomia chiara e lineare, in quanto riproduce il comportamento che il debitore deve tenere per adempiere; il creditore, correlativamente, può confidare nel fatto che quando — accettando l'offerta — esigerà la consegna del bene, otterrà piena soddisfazione del suo diritto (275). L'esibizione di una prestazione di fare, per contro, non può essere identificata con precisione perché il difetto di cooperazione impedisce al debitore di tenere la condotta dovuta. Anche a seguito dell'esibizione, d'altra parte, il creditore non può confidare nella piena soddisfazione del suo

(273) V., *supra*, cap. II, § 3.

(274) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 329; MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., p. 946; STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 387; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*³, Artt. 1173-1320, in *Comm. Utet*, 1982, p. 207; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 253 ss. Nello stesso senso appaiono orientate le pronunce giurisprudenziali che considerano espressamente le modalità della costituzione in mora: v., *infra*, nt. 297. Ritengono invece necessaria l'esibizione della prestazione NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 66 s.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 197 s.; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, a cura di Bianca, Milano, 1956, p. 116 s., il quale, tuttavia, ritiene sufficiente l'intimazione qualora la prestazione debba essere eseguita presso il domicilio del creditore, e quest'ultimo rifiuti di riceverla; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 217 ss.

(275) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 254 ss., al quale si riferisce la sintesi effettuata nel testo.

diritto, essendo sempre possibile che pur avendo dimostrato in un primo tempo la disponibilità dell'organizzazione e dei mezzi necessari il debitore non sia in grado di realizzare l'opera o prestare il servizio.

Si ritiene, allora, che il debitore possa limitarsi a sollecitare tramite l'intimazione la cooperazione necessaria per l'adempimento, essendo onere del creditore — interessato ad evitare la costituzione in mora — dimostrare che nonostante l'intimazione il debitore non è pronto ad adempiere. Il requisito della prontezza ad adempiere, pacificamente integrato nella fase dell'esibizione che caratterizza l'offerta formale, acquisirebbe su questo terreno una rilevanza autonoma, in quanto l'atto di costituzione in mora si risolverebbe in una semplice intimazione a cooperare.

Si ammette che talvolta il debitore interessato alla costituzione in mora abbia l'onere di tenere un comportamento che dimostra la sua attuale attitudine ad adempiere: così, il vettore che si è obbligato a ritirare le merci da trasportare presso il domicilio del mittente dovrebbe recarsi presso di lui a riceverle. Si riconosce, tuttavia, che non sussiste un criterio affidabile per identificare le fattispecie in cui la costituzione in mora richiede tale comportamento.

A nostro parere anche l'offerta nelle forme d'uso implica l'esibizione della prestazione, in assenza della quale il creditore non può essere costituito in mora. Indubbiamente è più difficile, in relazione alle prestazioni di fare, identificare i comportamenti necessari perché il requisito venga soddisfatto: è vero, infatti, che in assenza del concorso del creditore il debitore si trova spesso impossibilitato a predisporre le condizioni necessarie per adempiere l'obbligazione. L'ostacolo, tuttavia, può essere superato se, accogliendo un autorevole suggerimento, si ritiene sufficiente la prova degli elementi necessari per *avviare* la realizzazione dell'opera o la prestazione del servizio ⁽²⁷⁶⁾. Così, se il committente non effettua la "consegna dei lavori" l'appaltatore, dopo averlo sollecitato a cooperare, può limitarsi a dimostrare di essere pronto a intraprendere l'opera, non essendo impegnato in un altro cantiere e disponendo dei mezzi necessari (materiali, macchinari, forza lavoro).

L'opinione qui sostenuta trova riscontro nelle disposizioni di attuazione, che prescrivono un intervallo minimo di tre giorni tra la data dell'intimazione e quella in cui il debitore, richiedendo la collabora-

(276) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 221 s.

zione del creditore, intende eseguire la prestazione; gli effetti della mora decorrono dalla data indicata per l'esecuzione della prestazione, se risulta accertato che il creditore non ha fornito il necessario contributo (art. 80 disp. att.). Evidentemente il legislatore non ritiene sufficiente che il creditore sia sollecitato a concorrere all'adempimento con ragionevole preavviso, ma esige che le sue omissioni vengano accertate proprio nel giorno stabilito per l'esecuzione della prestazione, o quanto meno per il suo inizio: dovranno essere contestualmente accertati, sia pure «nelle forme d'uso», tanto il difetto di cooperazione del creditore, quanto l'attitudine del debitore ad intraprendere con i mezzi necessari l'opera o il servizio.

I debitori di prestazioni di fare fruirebbero, altrimenti, di un ingiustificato trattamento di favore, potendo essi invocare gli effetti della mora per effetto di un semplice atto di intimazione, sebbene non sia dimostrato che sono pronti a dedicare all'adempimento le energie e i mezzi necessari. Rispetto a tale disparità di trattamento, non appare efficace il correttivo che consiste nel riconoscere al creditore la facoltà di provare che nonostante l'intimazione il debitore non è effettivamente in grado di adempiere. L'assetto che ne conseguirebbe appare scarsamente razionale, in quanto contrastante con il principio di vicinanza della prova: come è evidente, infatti, è molto più semplice per il debitore dimostrare di aver predisposto le condizioni necessarie per adempiere piuttosto che per il creditore provare il contrario ⁽²⁷⁷⁾.

Non sembra del tutto convincente neppure la posizione di chi esclude la necessità dell'esibizione pur ammettendo che in determinate circostanze, non identificabili con certezza, il debitore interessato alla costituzione in mora abbia l'onere di avvalorare la serietà dell'offerta mediante comportamenti idonei a dimostrare la sua prontezza ad adempiere. È da ritenere, piuttosto, che la costituzione in mora del creditore presupponga sempre l'esibizione, quale concreta disponibilità delle energie e dei mezzi necessari per avviare la realizzazione dell'opera o la prestazione del servizio.

(277) Ferma la necessità che il debitore dimostri di essere in grado di eseguire la prestazione tramite l'esibizione della stessa, è ipotizzabile che il creditore validamente costituito in mora sia ammesso a dimostrare il venir meno del requisito della prontezza ad adempiere per effetto del verificarsi di circostanze sopravvenute. Si pensi alla situazione in cui dopo aver costituito in mora il committente che non ha effettuato la "consegna dei lavori" l'appaltatore abbia intrapreso l'esecuzione di un nuovo contratto, trasferendo in altra sede gli uomini e i mezzi necessari, o abbia alienato a terzi gli strumenti necessari per realizzare l'opera.

19. Segue. *I presupposti e la comunicazione.* — I presupposti sostanziali dell'offerta nelle forme d'uso tendono a identificarsi con quelli dell'offerta formale, salva la necessità di alcuni adattamenti.

È necessario che al momento dell'offerta sia scaduto il termine espressamente previsto dal contratto, o ricavabile per via interpretativa, entro il quale il creditore deve fornire il suo apporto⁽²⁷⁸⁾. Siccome opere e servizi richiedono, spesso, il concorso del creditore in una fase propedeutica a quella dell'esecuzione, su questo terreno assume rilevanza il termine (anteriore) entro il quale la cooperazione deve essere prestata, e non quello (posteriore) stabilito per l'adempimento dell'obbligazione. Si ammette che l'intimazione possa essere effettuata anteriormente alla scadenza del termine, purché abbia ad oggetto atti di cooperazione destinati ad essere compiuti contestualmente o successivamente ad essa⁽²⁷⁹⁾.

Il debitore, invece, non può effettuare l'offerta anteriormente all'avveramento della condizione sospensiva⁽²⁸⁰⁾. L'obbligazione nasce solo a seguito del verificarsi della condizione, sicché prima di questo momento il debitore non può pretendere di fruire della cooperazione necessaria per l'adempimento; per altro verso, la situazione di incertezza che connota la pendenza della condizione preclude al debitore di identificare il momento in cui il creditore può essere sollecitato a cooperare, come invece prescrive il dettato del codice (art. 80, comma 1° disp. att.)⁽²⁸¹⁾.

(278) Cfr. art. 1208, comma 1°, n. 4 c.c.

(279) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 256. Nello stesso senso ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 330; MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., p. 947.

(280) Cfr. art. 1208, comma 1°, n. 5 c.c.

(281) Secondo MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., p. 947, invece, «è valida l'intimazione anche in presenza di una condizione sospensiva, se il suo avveramento dipende anche dalla collaborazione del creditore (cfr. art. 1358 c.c.)». Ci sembra piuttosto, che quando il creditore impedisce con il proprio comportamento che il contratto divenga efficace il debitore possa invocare la finzione di avveramento della condizione (art. 1359 c.c.) e pretendere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva, senza essere tuttavia legittimato a invocare gli effetti della *mora accipiendi*: quando la condizione è mancata il debitore deve ritenersi liberato, non potendosi pretendere che si mantenga pronto a realizzare un'opera o prestare un servizio per i quali il creditore ha evidentemente perso interesse. Come risulta dalla casistica giurisprudenziale, talvolta un ente pubblico (spesso, un comune) conclude con un professionista un contratto di prestazione d'opera intellettuale avente ad oggetto la progettazione di una infrastruttura, subordinandone gli effetti all'accoglimento di una domanda di finanziamento indirizzata ad un altro ente pubblico (in genere, una regione). Se l'ente

Anche in relazione alle prestazioni di fare, la rilevanza della capacità di agire del debitore che formula l'offerta si ricava dalla disciplina dell'adempimento delle obbligazioni. L'incapacità di agire del debitore non giustifica il rifiuto della prestazione, in quanto, essendo l'adempimento un atto dovuto, il debitore non può esigere la restituzione della prestazione eseguita deducendo la propria incapacità (art. 1191 c.c.); l'offerta della prestazione, dunque, non può essere legittimamente rifiutata dal creditore in considerazione dello stato di incapacità dell'obligato⁽²⁸²⁾. Anche se la prestazione di fare consiste nella conclusione di un contratto, come avviene nella sequenza preliminare-definitivo, l'offerta è valida sebbene il debitore — capace di agire al momento della conclusione del preliminare — sia divenuto successivamente incapace⁽²⁸³⁾. Se invece il preliminare è annullabile per l'incapacità di una delle parti, l'altra può legittimamente rifiutare la conclusione del definitivo, a meno che il contraente incapace, riacquisita la capacità di agire, abbia convalidato con l'offerta di concludere il definitivo il preliminare annullabile.

Quanto alla capacità di agire del creditore, si ripropone il criterio indicato in relazione all'offerta formale⁽²⁸⁴⁾. Se il creditore è incapace legale, l'offerta dovrà essere indirizzata al suo rappresentante⁽²⁸⁵⁾. Quando invece il creditore è incapace naturale, l'offerta risulterà valida qualora tale condizione non sia stata rilevata dal debitore, né potesse essere constatata con l'ordinaria diligenza. Sarà invece invalida qualora l'incapacità naturale del creditore fosse a conoscenza del debitore o

committente non chiede neppure l'erogazione del finanziamento alla quale è subordinata l'efficacia del contratto, il professionista può invocare la finzione di avveramento della condizione ed esigere il pagamento del corrispettivo, detratti i costi risparmiati per effetto dell'interruzione della prestazione (sull'applicabilità dell'art. 1359 c.c. al segmento potestativo della condizione mista, cfr. Cass. 2 gennaio 2014, n. 12, in *Giur. it.*, 2014, 1862; Cass. 14 dicembre 2012, n. 23014, in *Contratti*, 2013, 991; Cass. 18 novembre 2011, n. 24325, in *Foro it.*, Rep. 2011, v. «contratto in genere», n. 409; Cass. 22 aprile 2003, n. 6423, in *Contratti*, 2003, 1096).

(282) V., *supra*, § 4, *sub* (a).

(283) Nitidamente, sul punto, ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 621. Diversamente orientato CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 257.

(284) V., *supra*, § 3, *sub* (a).

(285) Analogamente, se il creditore è fallito, è defunto e la sua eredità è giacente, oppure è scomparso, l'offerta nelle forme d'uso dovrà essere indirizzata ai rispettivi curatori: sul punto MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., p. 948; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 258.

risultasse comunque evidente a un osservatore mediamente diligente; date queste condizioni, il creditore incapace può essere costituito in mora indirizzando l'offerta a un curatore speciale appositamente nominato, in applicazione analogica dell'art. 78 c.p.c.

L'offerta nelle forme d'uso può essere effettuata dal terzo negli stessi limiti in cui è legittimato ad adempiere l'obbligazione (art. 1180 c.c.). Non trattandosi di un atto dovuto, occorre che al momento dell'offerta il terzo abbia capacità di agire; d'altra parte, in relazione alle prestazioni di fare appare più probabile che il creditore sia legittimato a rifiutare l'offerta in quanto ha interesse che la prestazione sia eseguita personalmente dal debitore.

Il destinatario dell'offerta si identifica esclusivamente con il creditore, che naturalmente potrà avvalersi dell'apporto di terzi per fornire al debitore la necessaria collaborazione. Diversamente da quanto si è riscontrato in relazione alle prestazioni di dare, l'offerta non può essere indirizzata agli altri soggetti annoverati dall'art. 1188 c.c. tra i destinatari del pagamento: la disposizione non viene ritenuta applicabile alle prestazioni di fare⁽²⁸⁶⁾, che a differenza dei beni non si prestano ad essere successivamente attribuite al creditore.

Può accadere che anche una prestazione di fare sia destinata a una pluralità di creditori. Si distingue, allora, sulla base del fatto che la cooperazione necessaria per la sua esecuzione debba essere fornita congiuntamente da tutti i creditori o possa essere prestata separatamente da ciascuno di essi. Nel primo caso (cooperazione necessariamente congiunta), l'offerta dovrà essere indirizzata a tutti i creditori, che risulteranno costituiti in mora; nel secondo, potrà essere indirizzata solo ad uno o alcuni di essi, non essendo gli altri validamente costituiti in mora⁽²⁸⁷⁾.

In assenza di una disciplina relativa alla comunicazione dell'offerta, trovano applicazione le regole che governano gli atti recettizi⁽²⁸⁸⁾. L'intimazione risulta efficace dal momento in cui perviene a conoscenza del creditore e a partire da esso decorre il periodo minimo di tre

(286) Cfr. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 12 ss.

(287) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 335; MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., p. 948; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 258 s.

(288) Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 23 luglio 2008, n. 20316, in *Foro it.*, Rep. 2008, v. «lavoro (rapporto)», n. 1286: «l'atto di costituzione in mora — ancorché effettuabile da un terzo, da un *nuncius* o da un rappresentante — configura un atto giuridico in senso stretto a carattere recettizio, sicché deve essere rivolto al datore di lavoro affinché possa risultare formalizzato il rifiuto a ricevere la prestazione».

giorni decorsi i quali deve essere fornita la necessaria cooperazione (artt. 1334 c.c.; 80, comma 1° disp. att.); la conoscenza dell'intimazione, naturalmente, si presume raggiunta nel momento in cui l'atto perviene all'indirizzo del creditore (art. 1335 c.c.). Si ritiene che qualora la residenza o il domicilio del creditore siano sconosciuti, e lo stesso creditore risulti irreperibile, il debitore possa superare l'ostacolo notificando l'atto di intimazione ai sensi dell'art. 143 c.p.c. ⁽²⁸⁹⁾.

L'offerta sarà tuttavia completa, con la conseguente costituzione in mora del creditore, solo a seguito dell'accertamento del difetto di cooperazione e della contestuale esibizione della prestazione (art. 80, comma 2° disp. att.).

20. *Segue. Contenuto e forma.* — Consideriamo, ora, il contenuto e la forma dell'offerta nelle forme d'uso, distinguendo la fase dell'intimazione da quella dell'esibizione.

Il contenuto dell'atto di intimazione è definito dall'art. 80, comma 1° disp. att., ai termini del quale esso «deve contenere l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui il debitore intende eseguire la prestazione, col rispetto di un intervallo di almeno tre giorni, a meno che la natura del rapporto non imponga un intervallo minore». Il preavviso minimo di tre giorni accordato al creditore ha la funzione di permettere il compimento degli atti necessari affinché la prestazione possa essere eseguita. Come si è già segnalato, in relazione alle obbligazioni di fare il momento in cui si rende necessaria la cooperazione del creditore può ben essere differente da quello previsto per l'esecuzione della prestazione: si pensi alla “consegna dei lavori”, che deve necessariamente precedere i comportamenti funzionali alla realizzazione dell'opera, o alla comunicazione delle informazioni relative al destinatario e alle merci (art. 1683, comma 1° c.c.), sulla base delle quali il vettore predispone i mezzi necessari per effettuare il trasporto.

Se questo è vero, benché il dettato del codice identifichi il contenuto dell'intimazione con la manifestazione dell'intento di eseguire la prestazione (art. 80 disp. att.), essa non è strettamente necessaria per la validità dell'offerta: il contenuto dell'atto si identifica invece essenzialmente con una sollecitazione a cooperare all'adempimento ⁽²⁹⁰⁾. Correlativamente, il giorno, l'ora e il luogo indicati nell'atto di intimazione

(289) L'indicazione è di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 258. Nella dottrina più recente, viene recepita da ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 334.

(290) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 259 s.

faranno riferimento alla cooperazione del creditore piuttosto che all'esecuzione della prestazione: se la funzione dell'atto è quella di sollecitare il creditore a concorrere all'adempimento, il suo contenuto riflette non tanto la prestazione, quanto la cooperazione necessaria perché il debitore possa adempiere.

Il termine di preavviso di almeno tre giorni e l'espressa indicazione del tempo e del luogo in cui il creditore è sollecitato a cooperare non sono sempre necessari, ma solo quando «non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, e in ogni caso se la prestazione medesima deve effettuarsi in località diversa dal domicilio del creditore» (art. 80, comma 1° disp. att.). Anche a questo proposito appare condivisibile la proposta di “leggere” la disposizione sostituendo i riferimenti alla prestazione con quelli alla cooperazione necessaria per l'adempimento. Il debitore, dunque, non è tenuto ad accordare alla controparte il preavviso di tre giorni previsto dalla legge e ad indicare le coordinate spazio-temporali degli atti di cooperazione quando il contratto ne determina il tempo e in ogni caso quando identifica nel domicilio del creditore il luogo in cui devono essere compiuti. Si ritiene, evidentemente, che il debitore abbia ragione di pretendere immediatamente la cooperazione necessaria per l'adempimento quando il creditore la può fornire senza allontanarsi dal proprio domicilio; il creditore, d'altra parte, non può beneficiare di un termine supplementare quando il titolo da cui sorge l'obbligazione ha pre-determinato il momento in cui deve concorrere all'adempimento, permettendogli di programmare tutti i comportamenti necessari.

Questioni interpretative di minore importanza si configurano quando non si ravvisano le due situazioni appena esaminate, sicché il debitore è tenuto ad indicare il tempo e il luogo in cui il creditore è tenuto a cooperare osservando il termine di preavviso previsto dalla legge (art. 80, comma 1° disp. att.).

Certamente l'indicazione dell'ora in cui il creditore è sollecitato a compiere i necessari atti di cooperazione non condiziona la validità dell'offerta: il debitore sarà indotto ad effettuarla nel proprio interesse, per evitare di dover attendere tutto il giorno che il creditore si presenti, ma potrà anche decidere di ometterla, se per esempio gli atti di cooperazione devono essere compiuti presso il suo ufficio e nella data indicata è sicuro di essere sempre presente ⁽²⁹¹⁾.

(291) Cfr. MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., p. 954; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 261.

L'indicazione del giorno sembra invece necessaria, non potendosi ritenere che in assenza di essa il creditore sia tenuto a cooperare una volta scaduto il termine minimo di tre giorni previsto dalla legge. In giurisprudenza si è tuttavia stabilito che il debitore possa rimettere al creditore l'indicazione della data in cui è disposto a compiere gli atti di cooperazione necessari per l'adempimento ⁽²⁹²⁾. Se il creditore non risponde alla sollecitazione indicando una data in cui è disponibile a cooperare deve ritenersi validamente costituito in mora: il suo silenzio, infatti, preclude il passaggio alla fase successiva, in cui sarebbe stato accertato il suo comportamento in rapporto alla prestazione esibita (art. 80, comma 2° disp. att.).

Una soluzione analoga è stata già riscontrata in relazione all'offerta per intimazione ⁽²⁹³⁾. In entrambe le varianti dell'offerta, la scelta di rimettere al creditore l'individuazione del giorno in cui concorrerà all'adempimento è certamente compatibile con la costituzione in mora, in quanto implica un'ulteriore garanzia per il destinatario dell'atto; quando l'offerta avviene nelle forme d'uso, il debitore non ha l'onere di assicurare la presenza di un pubblico ufficiale nella data prescelta dalla controparte per l'esibizione della prestazione, come invece è tenuto a fare se l'offerta è formale.

La stessa disposizione ammette, poi, che il preavviso accordato al creditore con l'atto di intimazione possa essere inferiore a tre giorni se la sua riduzione è avvalorata dalla natura del rapporto (art. 80, comma 1° disp. att.): è ciò che avviene quando la cooperazione necessaria per l'adempimento deve essere prestata in tempi brevi in quanto la tempestiva esecuzione della prestazione risponde all'interesse dello stesso creditore. Così, può ammettersi che un autore sia sollecitato a riconsegnare all'editore le bozze corrette meno di tre giorni dopo il momento in cui gli sono state trasmesse se la correzione del testo richiede poche ore e una più rapida restituzione è necessaria per rispettare i termini previsti dal contratto per la pubblicazione dell'opera nell'interesse dello stesso autore ⁽²⁹⁴⁾.

(292) Nella fattispecie, peraltro, si trattava di un'offerta informale, avente ad oggetto la consegna di un immobile, di cui si discuteva l'idoneità ad evitare la *mora debendi* (art. 1220 c.c.): cfr. Cass. 7 aprile 1970, n. 958, in *Giust. civ.*, 1970, I, 1180.

(293) Cfr. Cass. 29 agosto 2008, n. 21908, cit.

(294) Cfr. App. Milano 29 marzo 1957, in *Mon. trib.*, 1957, 498.

Si considera, poi, l'ipotesi in cui la cooperazione del creditore richieda un considerevole periodo di tempo, come avviene in relazione alle c.d. "opere scorporate"

È appena il caso di aggiungere che il luogo indicato nell'atto di intimazione per il compimento degli atti di cooperazione non può essere scelto discrezionalmente dal debitore, ma deve essere quello avvalorato dal contratto, eventualmente integrato dalla legge o dagli usi: valgono a questo proposito considerazioni analoghe a quelle svolte in relazione all'offerta formale per intimazione ⁽²⁹⁵⁾.

Passando a considerare, ora, la forma dell'offerta, si riscontrano in dottrina due posizioni diverse. Secondo una prima opinione ⁽²⁹⁶⁾, le forme d'uso a cui fa riferimento l'art. 1217 c.c. sono quelle necessarie per assicurare la serietà dell'offerta ⁽²⁹⁷⁾: il legislatore non esige il

la cui esecuzione è necessaria per consentire all'appaltatore di adempiere. Si ritiene che quando è stato pattuito un termine per l'esecuzione dei lavori "propedeutici" all'adempimento dell'obbligazione, il creditore (committente) non possa essere costituito in mora prima di questa data. Se tuttavia il debitore (appaltatore) ha ragione di pensare che il creditore (committente) non stia eseguendo le opere necessarie per permettergli di eseguire la prestazione, è tenuto ad effettuare l'intimazione anteriormente al termine per evitare che il suo silenzio possa essere interpretato come manifestazione di tolleranza: l'intimazione, dunque, dovrebbe essere effettuata prima del termine, anche se la costituzione in mora si verifica dopo la scadenza. D'altra parte, se una volta scaduto il termine il debitore apprende che occorre un considerevole periodo di tempo per l'esecuzione dei lavori non avrebbe alcun senso sollecitare il creditore a cooperare entro i tre giorni previsti dall'art. 80, comma 1° disp. att.: non sarebbe necessaria una nuova intimazione, risultando sufficiente una dichiarazione con cui il debitore afferma che non intende tollerare oltre il difetto di cooperazione e si riserva di far valere i suoi diritti.

Sempre in relazione all'ipotesi in cui il concorso necessario per l'esecuzione della prestazione impegni un considerevole periodo di tempo, ci si chiede quale sia la disciplina applicabile quando le parti non hanno previsto un termine entro il quale il creditore deve fornire la cooperazione necessaria per l'adempimento. Si conclude che il tempo entro il quale gli atti di cooperazione devono essere compiuti si può ricavare interpretando secondo buona fede il contratto che genera l'obbligazione; solo quando tale itinerario non risulta percorribile, in quanto il contratto non offre indicazioni attendibili, il debitore può chiedere al giudice la fissazione di un termine in applicazione analogica dell'art. 1183, comma 1° c.c. In relazione ad entrambi gli aspetti cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 262 s.

(295) V., *supra*, § 10, sub (b).

(296) Quella di CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 436; Id., *Della mora del creditore*, cit., pp. 235 ss., 263 s., al quale si riferisce la sintesi effettuata nel testo.

(297) In materia di appalto l'offerta nelle forme d'uso idonea a costituire in mora il committente è stata identificata con un atto (scritto) di diffida volto a sollecitare la cooperazione necessaria per intraprendere l'opera: cfr. App. Roma 12 ottobre 1987, in *Temi rom.*, 1988, 67; Trib. Roma 2 luglio 1982, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1983, II, 175. Si è poi ritenuta sufficiente, in relazione ad un contratto avente ad oggetto la costruzione e la successiva permuta di un edificio, la trasmissione del progetto all'amministrazione

rispetto di regole di carattere consuetudinario, ma richiede, piuttosto, una sintonia con le prassi generalmente seguite dagli operatori economici per alimentare l'affidamento del destinatario nell'attendibilità dell'atto. Se questo è vero, l'offerta nelle forme d'uso che determina la costituzione in mora del creditore di prestazioni di fare (art. 1217 c.c.) e comporta, insieme al deposito, la liberazione del debitore (art. 1214 c.c.) non si differenzia in modo apprezzabile da quella ordinaria (art. 1220 c.c.): è sufficiente che le modalità con cui viene effettuata avvalorino l'opinione che il debitore è effettivamente intenzionato ad adempiere, risultando così giustificato l'affidamento del creditore nella serietà dell'offerta. Si ritiene, allora, che l'atto di intimazione debba essere normalmente rivestito della forma scritta ⁽²⁹⁸⁾, ma non si esclude

committente, considerata «manifestazione più che idonea della volontà di...eseguire la prestazione»: in questi termini Cass. 5 giugno 1954, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1303.

In materia di lavoro — dove pure, come si vedrà, il riferimento alla *mora accipiendi* appare improprio — si afferma un orientamento liberale, che interpreta in modo riduttivo le formalità necessarie ai fini della costituzione in mora dell'imprenditore, o ravvisa l'intimazione in atti che non sono propriamente orientati a sollecitare la cooperazione del datore di lavoro. Si ritiene, così, sufficiente ai fini della costituzione in mora che il lavoratore si sia presentato presso la sede dove è tenuto a svolgere la propria attività ai termini del contratto (cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 89; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 252 s., testo e nt. 15 e 254 s., testo e nt. 18). L'offerta della prestazione si ricava implicitamente dalla notifica del ricorso con cui il lavoratore conviene in giudizio l'imprenditore domandando il pagamento della retribuzione non percepita in conseguenza dell'illegitima opposizione di un termine al contratto di lavoro, così come dalla richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione portata a conoscenza del datore di lavoro o, ancora, dalla notificazione del precetto fondato su una sentenza disponente la reintegrazione nel posto di lavoro (cfr. Cass. 2 febbraio 2011, n. 2460, in *Foro it.*, Rep. 2011, v. «lavoro (rapporto)», n. 1338; Cass. 19 gennaio 2010, n. 839, in *Notiz. giur. lav.*, 2010, 167; Cass. 27 maggio 2009, n. 12333, *ivi*, 2009, 455; Cass. 30 agosto 2004, n. 17322, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «lavoro (rapporto)», n. 1743; Cass. 18 maggio 1995, n. 5482, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «lavoro (rapporto)», n. 561). Viene poi ritenuta idonea ad effettuare la costituzione in mora l'offerta formulata dal difensore tramite l'invio di una lettera prima dell'avvio del giudizio nel contesto del quale il lavoratore avrebbe chiesto il pagamento della retribuzione dovuta: la procura ad effettuare la costituzione in mora non richiede infatti la forma scritta e deve ritenersi compresa in quella rilasciata al difensore per intraprendere il successivo giudizio (cfr. Cass. 18 maggio 1995, n. 5482, cit.). Sulla *mora accipiendi* del datore di lavoro v., *infra*, cap. IV, §§ 14-24.

(298) Nello stesso senso cfr. VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 194; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 118; RAVAZZONI, voce *Mora del creditore*, in *Nss. D. I., X*, Torino, 1964, p. 902. Diversamente orientato GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 252 s. Secondo l'autore, «se, come pare ovvio, le forme d'uso

che esso possa essere compiuto oralmente, specie se il debitore esibisce contestualmente le risorse destinate all'adempimento.

In base a un diverso orientamento, l'offerta nelle forme d'uso risulterebbe nettamente distinta da quella ordinaria ⁽²⁹⁹⁾. Il debitore che invoca tutela contro il difetto di cooperazione, infatti, è tenuto a rispettare i requisiti formali ai quali la legge rinvia tramite il riferimento agli usi, mentre quando effettua un'offerta informale, per evitare di incorrere nelle conseguenze del ritardo, è espressamente esonerato dall'osservanza delle formalità richieste per la costituzione in mora (art. 1220 c.c.) ⁽³⁰⁰⁾.

Non è chiaro, tuttavia, se nel disciplinare la *mora accipiendi* il legislatore si riferisca ad usi normativi o alle prassi seguite dagli operatori economici nel settore interessato dall'offerta. E siccome la seconda opinione appare preferibile, non riscontrandosi norme di carattere consuetudinario che disciplinano la formulazione dell'offerta ⁽³⁰¹⁾, lo iato che la separa dall'offerta ordinaria si riduce fino a scomparire: la conformità alle prassi adottate dagli operatori economici è orientata ad avvalorare quello stesso requisito della serietà — da intendersi come idoneità a giustificare l'affidamento del creditore nell'esecuzione della prestazione — che viene generalmente richiesto per l'offerta ordinaria.

Tra l'offerta nelle forme d'uso e quella ordinaria, dunque, non

prescindono, in quanto tali, dalla solennità insita nella presenza di un pubblico ufficiale, deve poi osservarsi come sia di regola incompatibile, rispetto ad esse, anche il richiedere la particolare formalità dell'atto scritto, ciò che sarebbe contrastante, sotto un profilo generale, con il principio secondo cui nel campo delle dichiarazioni stragiudiziali sussiste, di regola, una piena libertà di forma». La forma scritta viene ritenuta necessaria quando l'atto di intimazione è rivolto ad un ente pubblico: cfr. App. Roma 30 settembre 1985, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1986, 1989.

(299) Cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 260; D'AMICO, *Comportamento del creditore*, cit., p. 229; MARASCO, *La mora del creditore*, cit., p. 672; VISALLI, *Una riflessione in tema di mora del creditore: l'offerta nelle forme d'uso. Il campo di applicabilità e gli effetti in rapporto all'offerta solenne*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 560 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 406; Id., *Inadempimento delle obbligazioni?*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 220; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 7; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 68 s.; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 249, p. 251, nt. 9; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 118; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 193, 267.

(300) Sul punto v. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 7, la cui argomentazione è condivisa da MARASCO, *La mora del creditore*, cit., p. 672.

(301) Cfr. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 250.

sembrano intercorrere differenze significative. La locuzione adottata dal legislatore nella disciplina della *mora accipiendi* non designa usi normativi — vale a dire, norme di fonte consuetudinaria — ma piuttosto prassi adottate dagli operatori economici per avvalorare l'attendibilità dell'offerta e giustificare, così, l'affidamento del creditore nell'esecuzione della prestazione ⁽³⁰²⁾. Se questo è vero, l'offerta nelle forme d'uso non si differenzia in modo apprezzabile da quella ordinaria, in relazione alla quale, pure, non si ritiene sufficiente che il debitore manifesti l'intenzione di adempiere, essendo invece necessario che la prestazione sia messa a disposizione del creditore in modo tale che egli possa riceverla ⁽³⁰³⁾. In definitiva, se il contenuto dell'offerta nelle forme d'uso che caratterizza le prestazioni di fare presenta una differenza specifica rispetto a quello dell'offerta ordinaria, in quanto definito dalla legge (art. 80 disp. att.), la forma non appare sensibilmente diversa.

La conclusione porta un ulteriore argomento alla tesi secondo cui l'offerta nelle forme d'uso prevista dall'art. 1217 c.c. non si risolve in una semplice intimazione a cooperare, essendo necessario a completarla l'esibizione della prestazione. Per effettuare l'offerta ordinaria, ed evitare così la *mora debendi*, il debitore non può limitarsi ad affermare di essere intenzionato ad adempiere, ma deve dimostrare di essere in grado di eseguire la prestazione mettendola a disposizione del creditore: sebbene espresso in modo non sempre coerente, il requisito si identifica con quello dell'esibizione. A maggior ragione, esso appare necessario nel contesto dell'offerta nelle forme d'uso, che oltre a proteggere il debitore dalle responsabilità inerenti al ritardo determina la costituzione in mora del creditore, imputandogli le conseguenze del difetto di cooperazione.

Ai termini dell'art. 80, comma 2° disp. att., anche l'accertamento del difetto di cooperazione può essere effettuato «nelle forme d'uso». Come già osservato a proposito dell'intimazione, il significato dell'espressione è alquanto enigmatico, in quanto non sembrano sussistere usi normativi orientati a disciplinare le modalità di accertamento del difetto di cooperazione. Appare allora convincente l'opinione di chi risolve il significato della locuzione in un rinvio ai comuni mezzi di

(302) Nitidamente, sul punto, GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 250-252. V. anche BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, p. 221 s.

(303) V., *supra*, § 2, ntt. 20, 21 e testo corrispondente.

prova ⁽³⁰⁴⁾. In assenza di un verbale redatto da un pubblico ufficiale, la condotta non cooperativa del creditore potrà essere dimostrata per testimoni o presunzioni; è da ritenere che tra le forme d'uso possano essere annoverate anche riproduzioni fotografiche e audiovisive, purché realizzate in modo tale da documentare con certezza la data e il luogo in cui sono state effettuate. Se poi il creditore ha risposto all'intimazione dichiarando di non voler cooperare all'adempimento, la mancanza del suo contributo può ritenersi presunta fino a prova contraria ⁽³⁰⁵⁾. La dichiarazione resa dal creditore a seguito dell'intimazione giustifica l'applicazione di una presunzione semplice, che lo stesso creditore può superare dimostrando di aver effettivamente cooperato.

Si è sostenuto che anche l'offerta nelle forme d'uso richiede l'esibizione della prestazione, essendo onere del debitore dimostrare di aver predisposto le condizioni necessarie per intraprendere l'opera o il servizio. È da ritenere, coerentemente, che nel momento in cui accerta il difetto di cooperazione il debitore sia tenuto a esibire la prestazione: entrambi gli elementi sono necessari (e devono essere provati nel contesto processuale) perché si perfezioni la costituzione in mora. La conclusione è avvalorata dal dettato dello stesso art. 80 comma 2° disp. att., il quale prevede che il difetto di cooperazione sia accertato nel giorno stabilito per l'esecuzione della prestazione e da tale data fa decorrere gli effetti della mora. Se la cooperazione necessaria all'adempimento può precedere l'esecuzione della prestazione, gli effetti della mora decorrono a partire dal momento in cui — come denota l'esibizione — il debitore avrebbe intrapreso la realizzazione dell'opera o la prestazione del servizio.

21. *L'accertamento giudiziale della validità dell'offerta.* — L'offerta effettuata con le modalità previste dalla legge comporta la costituzione in mora se «dichiarata valida con sentenza passata in giudicato» o «accettata dal creditore» (art. 1207, comma 3° c.c.). Quando la posizione del creditore non cambia, il debitore può invocare gli effetti della mora solo a condizione che la validità dell'offerta sia stata accertata con sentenza definitiva. Si ritiene che quest'ultima abbia

(304) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 264. In senso conforme v., più di recente, ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 340.

(305) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 340; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 264 s.

carattere costitutivo, in quanto gli effetti della mora presuppongono il giudicato ⁽³⁰⁶⁾: perché il debitore possa essere tutelato contro il difetto di cooperazione, in altri termini, l'offerta deve essere sottoposta al controllo necessario e preventivo del giudice. Una volta formatosi il giudicato, gli effetti della mora retroagiscono al momento in cui si perfeziona l'offerta (art. 1207, comma 3° c.c.) ⁽³⁰⁷⁾.

Nel codice civile previgente — che, in sintonia con il modello francese, non contemplava l'istituto della mora del creditore — la convalida giudiziale era prevista in relazione al deposito, al quale conferiva l'irrevocabilità necessaria a giustificare la liberazione del debitore (art. 1264). Anche nel BGB — che, pure, recepisce dalla tradizione di diritto comune l'istituto della *mora accipiendi* — si prevede un sindacato giudiziale con esclusivo riferimento al deposito: la sentenza che lo autorizza ne preclude la revoca, determinando così la liberazione del debitore [§ 376(3)]. Ora, il codice civile vigente ripropone la convalida giudiziale del deposito quale requisito necessario per la liberazione del debitore in alternativa all'accettazione del creditore (art. 1213, comma 1°); estende tuttavia il sindacato giudiziale prevedendolo, sempre in alternativa all'accettazione del creditore, in relazione all'offerta funzionale alla costituzione in mora (art. 1207 comma 3° c.c.).

La scelta operata dal codificatore del '42 ha sollevato alcuni rilievi critici. Le ragioni che giustificano il sindacato giudiziale sul deposito liberatorio — si è osservato — non permangono ugualmente attendibili se riferite alla convalida dell'offerta volta a costituire in mora il creditore ⁽³⁰⁸⁾.

Se si considera il regime giuridico del rapporto, appare evidente che la convalida giudiziale del deposito giustifica la sua irrevocabilità e la conseguente liberazione del debitore: in assenza dell'accettazione del

(306) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., pp. 102, 177 s.; SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 832; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 196 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., p. 405; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 164; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 268 s., 400 ss. Secondo GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 133 s., invece, la *mora accipiendi* o la liberazione del debitore non conseguono alla pronuncia della sentenza, ma all'offerta o al deposito regolarmente eseguiti: sicché il provvedimento del giudice non produce l'effetto giuridico, ma si limita ad accertarlo.

(307) V., *infra*, cap. IV, § 1.

(308) Cfr. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., pp. 435, 441 s.; Id., *Della mora del creditore*, cit., p. 164 ss.

creditore, altrimenti, il deposito — qualificabile quale contratto a favore del terzo — sarebbe suscettibile di essere revocato dal debitore, il quale, dunque, non potrebbe dirsi liberato (art. 1411, comma 2° c.c.). Si osserva, inoltre, che il deposito del bene presso un terzo integra una prestazione diversa da quella dovuta: la convalida giudiziale sostituisce, allora, il consenso del creditore generalmente richiesto per la prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197 c.c.) ⁽³⁰⁹⁾. Nessuna delle due giustificazioni si adatta alla costituzione in mora del creditore, la quale non estingue l'obbligazione, ma si limita a modificare per alcuni aspetti il regime del rapporto: il debitore permane obbligato ad adempiere, sicché la convalida giudiziale non comporta la sua liberazione né, tanto meno, l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta.

Se poi si concentra l'attenzione sugli interessi delle parti, come intendiamo fare in questa sede, appare evidente che la convalida giudiziale del deposito è motivata dal fatto che esso incide sulla loro posizione in modo definitivo e irreversibile. A seguito del deposito è probabile che il debitore — ritenendosi liberato — smantelli l'organizzazione necessaria per adempiere l'obbligazione e trascuri la prospettiva della risoluzione a seguito della quale avrebbe potuto disporre nuovamente del bene rifiutato dal creditore. Ebbene, qualora il deposito risultasse invalido — per esempio, perché il bene differisce da quello dovuto — per il debitore che ha confidato nella propria liberazione dal vincolo può essere estremamente oneroso tanto eseguire la prestazione rifiutata dal creditore (nella prospettiva dell'attuazione del rapporto), quanto tornare sul mercato e individuare un altro soggetto interessato a riceverla (nell'ottica della sua risoluzione): se l'affidamento nell'estinzione del vincolo si è ormai consolidato, sussiste il rischio che il rapporto non possa essere attuato e che le risorse destinate alla sua esecuzione non possano essere adeguatamente valorizzate. Opportunamente, allora, la liberazione del debitore è subordinata al sindacato necessario e preventivo del giudice: solo dopo che il deposito è stato convalidato con sentenza passata in giudicato le parti possono rispettivamente fare affidamento nell'estinzione dell'obbligazione (il debitore) e nell'attribuzione del bene (il creditore).

Ben diverso lo scenario che consegue alla costituzione in mora del creditore: essa comporta una modificazione del regime del rapporto, non una radicale variazione della posizione delle parti. A seguito dell'offerta,

(309) Per una ricostruzione parzialmente diversa dell'accettazione del deposito v., *infra*, cap. V, §§ 7, 8.

il debitore resta obbligato ad adempiere e non beneficia neppure di un più favorevole regime di responsabilità, sicché non può tenere comportamenti che pregiudicano la possibilità di eseguire la prestazione. Per converso, se la condotta del creditore integra un inadempimento attuale o anticipato dell'obbligazione corrispettiva il debitore che ha effettuato la costituzione in mora può conseguire la risoluzione del contratto e disporre nuovamente della prestazione illegittimamente rifiutata: come si è osservato, la *mora accipiendi* offre una protezione provvisoria, che risulta compatibile con la scelta di risolvere il contratto successivamente compiuta dal debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione ⁽³¹⁰⁾. È evidente, in definitiva, che siccome non comporta una variazione significativa della posizione delle parti — ma solo una modificazione del regime del rapporto obbligatorio — la mora del creditore non rischia di alimentare affidamenti ingiustificati.

Per le ragioni indicate, la scelta di subordinare la costituzione in mora alla convalida giudiziale dell'offerta appare scarsamente opportuna. È anche vero, però, che per avvalersi della tutela accordata dalla *mora accipiendi* il debitore è tenuto a esercitare azioni di condanna — quali quelle aventi ad oggetto il risarcimento del danno, il pagamento del corrispettivo, il rimborso delle spese (artt. 1207 c.c.) — sicché l'anticipazione del sindacato giurisdizionale alla fase dell'offerta non ha esiti rilevanti sul piano applicativo. Se il creditore non adempie spontaneamente le obbligazioni poste a suo carico dalla disciplina della mora, il debitore si vede costretto ad agire in giudizio per ottenere la pronuncia di una sentenza di condanna. Al di fuori delle ipotesi in cui il creditore abbia riconosciuto fondata la pretesa del debitore, dunque, un sindacato giudiziale sulla validità dell'offerta e sugli altri presupposti della mora si sarebbe svolto comunque, anche qualora non fosse stato espressamente previsto ⁽³¹¹⁾.

Se questo è vero, risulta evidentemente ridimensionata la rilevanza di una questione esegetica che vede la dottrina divisa: se ai fini della costituzione in mora del creditore debba essere convalidata la sola offerta formale o anche l'offerta «nelle forme d'uso» relativa alle prestazioni di fare (art. 1217 c.c.). Chi ritiene necessaria la convalida giudiziale osserva che il legislatore prevede in termini generali l'accertamento della validità dell'offerta, senza distinguere sulla base delle

(310) V., *supra*, cap. I, §§ 15, 16.

(311) Per un'analogia argomentazione v., incisivamente, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 166 s.

modalità con cui la stessa deve essere effettuata ⁽³¹²⁾. Secondo una diversa opinione il sindacato giudiziale, necessario quando l'offerta è formale, si configura come eventuale in relazione all'offerta nelle forme d'uso relativa alle prestazioni di fare ⁽³¹³⁾. Argomenti a sostegno di tale conclusione si ricavano dalla sistematica del codice, nel contesto del quale l'offerta nelle forme d'uso viene disciplinata in una sede distinta da quella che ospita le due varianti dell'offerta formale; dal ricorso al termine «intimazione» anziché «offerta», in relazione alle obbligazioni di fare (art. 1217 c.c.), a rimarcare un'eterogeneità che si traduce nell'assenza della fase dell'esibizione e della stessa convalida giudiziale; dall'opportunità pratica di limitare l'ambito di applicazione di un procedimento giurisdizionale non strettamente necessario qual è quello che ha ad oggetto l'accertamento della validità dell'offerta ⁽³¹⁴⁾.

In questa sede, richiamando quanto osservato in precedenza, si può aggiungere che sussiste una stretta relazione tra il sindacato giudiziale sui presupposti della costituzione in mora e i requisiti previsti dalla legge in relazione all'offerta formale ⁽³¹⁵⁾. Il legislatore prescrive che l'offerta sia verbalizzata da un pubblico ufficiale perché, prevedendo il controllo necessario e preventivo del giudice, intende fornire ad esso un fondamento probatorio sicuro. Se questo è vero, quando l'offerta viene effettuata e accertata nelle forme d'uso, il sindacato giudiziale sui presupposti della mora si configura come solo eventuale. Resta il fatto che anche il debitore di una prestazione di fare è indotto ad agire in giudizio quando il creditore costituito in mora nelle forme d'uso non adempie le obbligazioni poste a suo carico della disciplina dell'istituto. Il giudice competente a decidere sulle azioni di condanna esercitate dal debitore dovrà allora accertare la validità dell'offerta e gli altri presupposti ai quali è subordinata la *mora accipiendi*.

(312) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 405, nt. 48; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., pp. 118 s., 132 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 114 ss.

(313) Cfr. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., pp. 435; ID., *Della mora del creditore*, cit., p. 164 ss.; RAVAZZONI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 902, esclude il sindacato giudiziale sulla validità dell'offerta quando «per la natura del rapporto, in relazione agli usi specifici» la stessa non richiede la forma scritta. Difficilmente compatibile con il dato normativo appare la tesi di VISALLI, *Una riflessione in tema di mora del creditore*, cit., p. 557 s., che esclude la convalida giudiziale tanto in relazione all'offerta nelle forme d'uso inerente alle prestazioni di fare, quanto in relazione all'offerta formale per intimazione.

(314) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 265 s.

(315) V., *supra*, § 2.

La competenza sulla domanda con cui il debitore chiede l'accertamento della validità dell'offerta viene determinata in base alle ordinarie regole processuali. In giurisprudenza si ammette che l'accertamento della validità dell'offerta reale e del conseguente deposito possa essere devoluto ad arbitri ⁽³¹⁶⁾.

Sebbene l'evenienza appaia improbabile, si ritiene che il debitore possa domandare la convalida dell'offerta anche se, non essendo stato ancora pregiudicato dal difetto di cooperazione, non è attualmente legittimato ad invocare gli effetti della mora ⁽³¹⁷⁾. Effettivamente, se è vero che il debitore si troverà costretto, con ogni probabilità, ad esercitare in un secondo momento un'azione di condanna, non si può escludere che a seguito dell'accertamento giudiziale della validità dell'offerta il creditore sia indotto ad adempiere spontaneamente le obbligazioni poste a suo carico dalla disciplina dell'istituto.

Se la domanda può essere proposta già a seguito dell'offerta, il termine di prescrizione della relativa azione decorre dal momento in cui la stessa si perfeziona ⁽³¹⁸⁾; in relazione alle azioni di condanna con cui il debitore fa valere gli effetti della mora, invece, il *dies a quo* si identifica con il momento in cui i relativi presupposti si sono verificati (spese e danni; impossibilità della prestazione ecc.). Quando l'azione volta ad ottenere l'accertamento giudiziale della validità dell'offerta è prescritta, il debitore può conseguire ugualmente la liberazione procedendo al deposito ed ottenendone la convalida giudiziale: l'offerta non convalidata a causa del decorso del termine di prescrizione della relativa azione vale ad integrare il procedimento previsto dall'art. 1214

(316) Cfr. Cass. 15 marzo 2003, n. 7520, in *Foro it.*, 2003, I, 1942. Nella fattispecie, un contratto di transazione intercorrente tra coeredi recava una clausola compromissoria che rimetteva ad un arbitro la decisione di tutte le controversie relative all'attuazione dell'accordo. Essendo insorta una lite in ordine alla validità dell'offerta di una somma di denaro e del conseguente deposito, gli autori dei due atti (debitori) ne avevano chiesto la convalida giudiziale e il conseguente accertamento della loro liberazione, mentre il destinatario (creditore) aveva dedotto che in virtù della clausola compromissoria la valutazione della validità dell'offerta era di esclusiva competenza dell'arbitro. Confermando la sentenza di merito, che aveva ritenuto improponibile l'azione, la S.C. ritiene valida la clausola compromissoria anche in relazione alla fattispecie di arbitrato irrituale. Assume, infatti, che siccome la convalida dell'offerta interessa diritti disponibili le parti possano determinarne le modalità — eventualmente rimettendone la definizione ad un procedimento di carattere transattivo qual è l'arbitrato irrituale — ed individuare i soggetti competenti ad effettuarla.

(317) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 166.

(318) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 166.

c.c. ⁽³¹⁹⁾ A maggior ragione, l'offerta non convalidata per ragioni di carattere processuale vale ad escludere la mora del debitore, proteggendolo dalle responsabilità conseguenti al ritardo (art. 1220 c.c.) ⁽³²⁰⁾.

Legittimato a proporre la domanda è il debitore anche qualora l'offerta sia stata compiuta dal terzo; quest'ultimo deve ritenersi parimenti legittimato ad agire in quanto la convalida giudiziale dell'offerta gli consente di effettuare successivamente il deposito ed ottenere così la liberazione del debitore. La legittimazione passiva spetta, invece, solo al creditore, non essendo interessati a contrastare la domanda gli altri soggetti ai quali può essere indirizzata l'offerta ⁽³²¹⁾.

Qualora l'obbligazione sia passivamente solidale, la domanda può essere proposta da uno solo dei condebitori senza che gli altri debbano essere chiamati in giudizio, in quanto la sentenza che accerta la validità dell'offerta produce rispetto ad essi solo effetti favorevoli.

Quanto all'ipotesi in cui vi siano più creditori, vale quanto anticipato in relazione al destinatario dell'offerta ⁽³²²⁾. Se la prestazione può essere eseguita senza che occorra la cooperazione di tutti i creditori, l'offerta può essere indirizzata ad uno (o più) di essi, senza che gli altri siano costituiti in mora: la domanda con cui si chiede l'accertamento della validità dell'offerta, allora, potrà essere notificata al solo creditore

(319) Come si è ricordato anticipato, quando la legge prevede un termine per l'esercizio di un diritto che risulta condizionato all'esecuzione di una prestazione suscettibile di essere rifiutata dal creditore, come avviene in relazione al riscatto agrario, si ritiene sufficiente che entro la scadenza si sia perfezionata l'offerta, potendo essere compiuti in un momento successivo gli ulteriori atti della procedura che conduce alla liberazione del debitore (deposito e relativa convalida). Ora, in relazione al riscatto agrario il prezzo deve essere pagato, o — nel caso di rifiuto dell'acquirente — l'offerta reale deve essere effettuata entro tre mesi dal momento in cui la sentenza che accerta il diritto passa in giudicato. In giurisprudenza, allora, si è ritenuto che se l'offerta è stata effettuata anteriormente a questo momento — vale a dire, nel corso del processo relativo all'esercizio del diritto di riscatto — sia onere del retraente offrire nuovamente il prezzo dovuto entro il termine di tre mesi, per poi procedere al deposito, o in alternativa domandare entro la medesima scadenza la convalida giudiziale della precedente offerta. Cfr. Cass. 8 giugno 2007, n. 13387, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1991.

(320) Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 26 novembre 2012, n. 20889, per esteso in *Pluris*: «qualora la domanda di *mora credendi* non sia stata formulata nel giudizio di merito, ma solo in cassazione, la stessa non può ritenersi ritualmente proposta, ma il comportamento del creditore che ha rifiutato l'offerta non formale di pagamento del corrispettivo assume rilievo al fine di escludere la *mora solvendi*».

(321) Cfr. G. GIACOBBE, voce *Offerta reale*, cit., p. 792; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 167.

(322) V., *supra*, § 3, *sub c.*

al quale la stessa è stata precedentemente indirizzata. Se invece l'esecuzione della prestazione richiede la cooperazione congiunta di tutti i creditori l'offerta deve essere indirizzata ad ognuno di essi, e analoga conclusione appare giustificata per la notificazione della domanda con cui si chiede che venga accertata la sua validità: tra i creditori si instaura un litisconsorzio necessario ⁽³²³⁾.

Certamente l'accertamento giudiziale della validità dell'offerta, e della conseguente costituzione in mora del creditore, può essere domandato anche se il debitore non ha effettuato il deposito ⁽³²⁴⁾: la conclusione — difficilmente compatibile con il testo del codice civile abrogato — riflette l'autonomia acquisita dalla *mora accipiendi* nella legislazione vigente. Se invece successivamente all'offerta il debitore ha effettuato il deposito, la validità di entrambi gli atti può essere contestualmente accertata nell'ambito dello stesso processo ⁽³²⁵⁾: a seguito della sentenza di convalida, gli effetti della mora decorreranno dalla data dell'offerta, mentre il debitore risulterà liberato dal momento in cui si è perfezionato il deposito.

Si discute sull'oggetto del giudizio di convalida e sull'ambito del corrispondente giudicato.

Secondo alcuni, il giudizio si concentra sulla validità dell'offerta e non si estende a comprendere gli altri presupposti della costituzione in mora — come l'esistenza e l'oggetto dell'obbligazione — se le parti non ne hanno domandato l'accertamento ⁽³²⁶⁾. Il creditore, dunque, potrebbe chiedere l'accertamento dell'inesistenza dell'obbligazione, che escluderebbe la sua costituzione in mora, benché l'offerta sia stata dichiarata valida con sentenza passata in giudicato. In base a questa

(323) Superando una precedente posizione orientata in senso contrario (Cass. 15 ottobre 1957, n. 3840, in *Foro it.*, Rep. 1957, v. «offerta reale», n. 7), la S. C. ha ritenuto che la procura alle liti apposta in calce al verbale dell'offerta reale non sia idonea a legittimare il difensore ad instaurare in un secondo momento il giudizio di convalida: cfr. Cass. 17 settembre 2013, n. 21154, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «procedimento civile», n. 124.

(324) Per un riscontro v. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 102; SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 832; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 405.

(325) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 133; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 400.

(326) Cfr. SENIGAGLIA, *Requisiti per la validità dell'offerta*, cit., p. 832 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 419 s.; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., pp. 135-137.

opinione, l'oggetto del giudizio di convalida resta circoscritto all'offerta intesa come atto: la sentenza che ne accerta la validità non fa stato sulle altre condizioni necessarie perché si configuri la *mora accipiendi* intesa come rapporto.

Su posizioni diverse chi ritiene che il sindacato giudiziale implichi necessariamente l'accertamento di tutti i requisiti necessari perché il creditore possa essere validamente costituito in mora ⁽³²⁷⁾: tra di essi l'esistenza dell'obbligazione — in assenza della quale il debitore non avrebbe titolo ad essere tutelato contro la dilatazione del rapporto — ed il suo oggetto, destinato ad essere confrontato con quello dell'offerta. In quest'ottica, una volta divenuta definitiva la sentenza che accerta la validità dell'offerta il creditore non potrebbe contestare la sussistenza dei presupposti della mora, che risultano coperti dal giudicato.

È da preferire questa seconda opinione, che del resto appare condivisa dalla maggioranza degli interpreti. Si osserva, in primo luogo, che molto difficilmente il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione si limita a chiedere l'accertamento della regolarità dell'offerta ⁽³²⁸⁾. Più spesso, per evitare un'irragionevole duplicazione di azioni e giudizi egli farà valere gli effetti della mora esercitando nei confronti del creditore un'azione di condanna in relazione alla quale il giudice dovrà accertare tanto la validità dell'offerta, quanto la sussi-

(327) Cfr. IACONO TARANTINO, *La mora del creditore*, in Fava (a cura di), *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, I, Milano, 2008, p. 643, nt. 80; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 422; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 167; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 133; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 399 s. In giurisprudenza, cfr. Cass. 30 ottobre 1980, n. 5844, in *Giust. civ.*, Rep. 1980, v. «obbligazioni e contratti», n. 6; Cass. 20 maggio 1958, n. 1681, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1498; Cass. 11 gennaio 1952, n. 48, in *Foro pad.*, 1952, II, 18, in *Foro it.*, 1953, I, 284, con nota adesiva di DISTASO, *Limiti del giudizio di convalida di offerta reale* ed in *Giur. compl. cass. civ.* 1952, I, 168. Diversamente orientata, sebbene in relazione ad una controversia non attinente alla *mora accipiendi*, Cass. 11 agosto 1997, n. 7458, in *NGCC*, 1998, I, 653, con nota di GAZZI, *In tema di limiti oggettivi del giudicato*. La S.C. ritiene che il creditore sia legittimato ad esigere il pagamento degli interessi di mora e il risarcimento del maggior danno sebbene sia stata rigettata con sentenza passata in giudicato l'eccezione con cui egli aveva contestato la completezza dell'offerta, nella fattispecie limitata al capitale. Si afferma, infatti, che il giudicato copre solo l'oggetto della domanda, e non si estende a comprendere l'eccezione con cui creditore aveva fatto valere il suo diritto a percepire gli interessi e il maggior danno da mora.

(328) Condividiamo qui un'osservazione di NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 137.

stenza degli altri presupposti della costituzione in mora. Se si esclude l'ipotesi — invero, puramente teorica — di un debitore che si limita a chiedere l'accertamento della regolarità dell'offerta, rinviando ad un momento successivo l'esercizio delle azioni con cui farà valere i rimedi contro il difetto di cooperazione, per valutare la fondatezza della domanda da lui proposta è necessario accertare l'esistenza e l'oggetto dell'obbligazione, che quindi sono coperti dal giudicato.

La prospettiva prescelta sembra essere adottata dallo stesso legislatore quando, nel contesto dell'art. 1208 c.c., prevede espressamente tra i requisiti dell'offerta elementi che non sono propriamente riferibili ad essa, e che attengono invece ai presupposti sostanziali della *mora accipiendi* ⁽³²⁹⁾: ci si riferisce, in particolare, all'avveramento della condizione sospensiva [in assenza del quale non sarebbe sorta l'obbligazione] e alla scadenza del termine pattuito (anche) a favore del creditore [il quale, altrimenti, sarebbe legittimato a rifiutare la prestazione] ⁽³³⁰⁾. Anche il dettato dell'art. 1207 c.c. sembra confermare questa prospettiva. L'accertamento della validità dell'offerta, infatti, è previsto nel contesto di una disposizione che disciplina gli effetti della *mora accipiendi*: l'offerta è «dichiarata valida con sentenza passata in giudicato» in quanto concorre a giustificare «gli effetti della mora» (art. 1207, comma 3° c.c.).

Per condividere la nostra opinione, infine, è sufficiente considerare le conseguenze della tesi in base alla quale l'oggetto del giudizio di convalida risulta circoscritto all'accertamento della regolarità dell'offerta. Gli effetti della mora sarebbero caratterizzati da un'accentuata instabilità, essendo il creditore legittimato a far valere la mancanza di un presupposto essenziale dell'istituto anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di convalida; con la conseguenza che il debi-

(329) Per un'analoga notazione, cfr. Cass. 11 gennaio 1952, n. 48, cit. Come si legge in motivazione, «la *mora accipiendi* e la stessa procedura per accertarla...presuppongono l'esistenza di un *vinculum iuris*, all'estinzione del quale si opponga ingiustamente il creditore. E ciò si desume dalla stessa norma obiettiva, la quale, nell'enumerare all'art. 1208 c.c. i requisiti per la validità dell'offerta, sancisce esplicitamente il potere-dovere del magistrato, chiamato a giudicare sulla validità dell'offerta, di entrare nel merito del rapporto che lega il creditore al debitore; ond'è che l'accertamento della validità dell'offerta non si esaurisce nella mera indagine estrinseca e formale dell'attività svolta dal presunto debitore per liberarsi di una obbligazione...ma soprattutto postula una indagine intrinseca e sostanziale, sia pure di regola implicita, in punto alla esistenza dell'obbligazione che sta con l'offerta in rapporto necessario di causalità (art. 1208)».

(330) Cfr. art. 1208, comma 1°, nn. 4, 5 c.c.

tore si troverebbe privo di tutela dopo aver condotto a termine un procedimento impegnativo, nel contesto del quale il creditore ha avuto la possibilità di chiedere che venisse accertata la mancanza dei presupposti della mora. Lo scenario appare evidentemente incompatibile con il disegno perseguito dal legislatore: per quanto non condivisibile e scarsamente rilevante sul piano applicativo, la scelta di subordinare la costituzione in mora al sindacato necessario e preventivo del giudice è volta ad assicurare stabilità ai rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione.

22. *L'accettazione del creditore.* — L'offerta determina la costituzione in mora non solo a seguito dell'accertamento giudiziale della sua validità, ma anche quando viene «accettata dal creditore» (art. 1207, comma 3° c.c.).

Anche in relazione a tale requisito si riscontrano opinioni divergenti. È chiaro che se riceve la prestazione contestualmente all'offerta il creditore non può essere costituito in mora, né il debitore ha ragione di invocare tutela contro la dilatazione del rapporto obbligatorio.

Se in precedenza ha rifiutato un'offerta ordinaria, tuttavia, il creditore è tenuto a rimborsare le spese sostenute dal debitore per compiere l'offerta formale⁽³³¹⁾. Manca, nella fattispecie, il presupposto del difetto di cooperazione, che ai termini dell'art. 1206 c.c. si configura in relazione all'offerta formale; senonché, il rimborso delle relative spese non richiede che sussistano tutti i presupposti della mora, essendo sufficiente che l'offerta sia valida (art. 1215 c.c.). In quest'ottica, ricollegandoci al discorso svolto nel paragrafo precedente, è possibile apprezzare la differenza tra il (più ampio) sindacato sui presupposti della costituzione in mora, al cui esito positivo è subordinata l'applicazione dei corrispondenti rimedi, e il (più circoscritto) controllo sulla validità dell'offerta, che condiziona il rimborso delle spese sostenute dal debitore. Quando invece l'offerta formale accettata dal creditore non è stata preceduta da quella ordinaria, è da ritenere che il debitore non possa esigere il rimborso delle spese: il relativo credito deve ritenersi inesigibile, essendo contraria a buona fede la scelta di procedere senz'altro all'offerta formale.

Se con il termine «accettazione» si intende il comportamento con cui il creditore riceve la prestazione, essa deve essere necessariamente

(331) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6.

posteriore all'offerta perché possa configurarsi *mora accipiendi*. È questa, infatti, la lettura di alcuni autori, secondo i quali nella fattispecie legale gli effetti della mora si producono dal momento dell'offerta a quello in cui, grazie all'accettazione del creditore, l'obbligazione si estingue⁽³³²⁾.

In quest'ottica, naturalmente, l'accettazione preclude il successivo ricorso al deposito, in quanto determina l'estinzione dell'obbligazione⁽³³³⁾. Si ritiene, inoltre, che essa conferisca alla mora effetti caratterizzati da una stabilità maggiore di quella che consegue all'accertamento giudiziale della validità dell'offerta⁽³³⁴⁾. Il creditore che ha accettato l'offerta non può contrastare la pretesa del debitore di avvalersi degli effetti della mora eccependo l'assenza di uno dei presupposti sostanziali dell'istituto, come invece sarebbe legittimato a fare a seguito della convalida giudiziale. Alla base di tale opinione si riscontra la tesi in base alla quale l'oggetto del giudizio di convalida non comprende tutti i presupposti della mora, ma resta circoscritto alla validità dell'offerta. Per le ragioni già indicate, riteniamo invece che il giudicato comprenda oltre alla regolarità dell'offerta i presupposti sostanziali dell'istituto, sicché l'accettazione del creditore non garantisce agli effetti della mora una stabilità maggiore di quella assicurata dalla convalida giudiziale.

È sostenibile, d'altra parte, che con il termine «accettazione», il legislatore abbia inteso riferirsi anche alla condotta del creditore che pur non ricevendo la prestazione riconosce di essere tenuto a concorrere alla sua esecuzione⁽³³⁵⁾: benché rispetto all'estensione del termine tale significato si collochi nella “zona di penombra”, esso risulta compatibile con l'enunciato normativo. Ora, se si ammette che nel contesto dell'art. 1207, comma 3° c.c. il vocabolo possa avere anche questo significato, la *mora accipiendi* può ben configurarsi quando il creditore «accetta l'offerta» contestualmente effettuata, riconoscendo di essere tenuto a cooperare.

(332) Cfr. VILLANACCI, *Natura ed effetti dell'accettazione dell'offerta reale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 84; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 422; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., 134 s.

(333) Cfr. VILLANACCI, *Natura ed effetti dell'accettazione*, cit., p. 89 s.

(334) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 135 ss.

(335) È questa la lettura di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 168 s. Sulla stessa linea G. GIACOBBE, voce *Offerta reale*, cit., p. 792.

La tesi, sostenuta in dottrina, trova riscontro in alcune pronunce giurisprudenziali relative all'offerta compiuta in assenza delle formalità prescritte dalla legge: quando il creditore — che pure non riceve la prestazione — ammette di essere tenuto a cooperare, vengono adottate soluzioni che nonostante il carattere irrituale dell'offerta tutelano il debitore pregiudicato dalla dilatazione del rapporto obbligatorio ⁽³³⁶⁾.

(336) V., *supra*, § 15, ntt. 217, 218 e testo corrispondente.

CAPITOLO IV

LA MORA DEL CREDITORE: GLI EFFETTI

1. *Uno sguardo d'insieme.* — Esaminati i presupposti sostanziali e procedurali della mora del creditore, occorre considerare i relativi effetti. In questa sede ci limiteremo a delinearli sinteticamente — allo scopo di chiarire le relazioni con altri istituti — per esaminarli in modo più dettagliato nei prossimi paragrafi.

La *mora accipiendi* tutela il debitore contro i pregiudizi e i rischi che conseguono alla dilatazione del rapporto obbligatorio dovuta al difetto di cooperazione. Anche a seguito della costituzione in mora il debitore permane obbligato, sicché deve mantenersi pronto ad adempiere: altrimenti, non può pretendere di essere salvaguardato dalle conseguenze del protrarsi dell'obbligazione, in quanto non avrebbe potuto eseguire la prestazione — ed affrancarsi così dal vincolo — nemmeno se il creditore avesse rimosso gli ostacoli che in un primo tempo hanno precluso l'adempimento.

Se dunque, successivamente alla costituzione in mora, il creditore esige la prestazione, il debitore che non è in grado di adempiere incorre in *mora solvendi* (art. 1219 c.c.). Quest'ultima, evidentemente, è incompatibile con la mora del creditore in quanto presuppone che il debitore non sia pronto ad adempiere (art. 1220 c.c.): la dilatazione del rapporto obbligatorio, in un primo tempo dovuta al difetto di cooperazione del creditore, risulta ascrivibile alla condotta del debitore.

Dato che l'istituto protegge il debitore contro i pregiudizi e gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto, i suoi effetti cessano con l'estinzione dell'obbligazione, che può verificarsi a seguito dell'adempimento se il creditore costituito in mora fornisce la necessaria cooperazione; in conseguenza del deposito o del sequestro liberatorio quando il difetto di cooperazione permane, e il debitore sceglie di affrancarsi dal vincolo.

La tutela offerta dalla *mora accipiendi*, per sua natura interinale e provvisoria, viene meno anche quando il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione consegue la risoluzione del contratto in considerazione dell'inadempimento, attuale o anticipato, dell'obbligazione corrispettiva. Si rinvia, a questo proposito, a quanto sostenuto nel

capitolo introduttivo ⁽¹⁾. In questa sede, ci si limita a ribadire che grazie alla scelta di recepire la *mora accipiendi* quale istituto autonomo rispetto al deposito operata dal codificatore del '42 il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione può ottenere la risoluzione del contratto e disporre nuovamente della prestazione rifiutata dal creditore, essendo nel frattempo tutelato contro le conseguenze della dilatazione del vincolo. In definitiva, quando l'obbligazione il cui adempimento è precluso dal difetto di cooperazione si inserisce nel contesto di un contratto a prestazioni corrispettive, la tutela provvisoria approntata dalla mora del creditore prelude a una scelta tra soluzioni nettamente differenziate: il deposito o il sequestro del bene rifiutato dal creditore e l'adempimento coattivo dell'obbligazione corrispettiva o, in alternativa, la risoluzione e la conclusione di un contratto sostitutivo avente ad oggetto la prestazione illegittimamente rifiutata.

Se è vero che la mora del creditore presuppone la permanenza del rapporto obbligatorio, il regime dello stesso subisce una variazione in senso favorevole al debitore. Il creditore assume il rischio dell'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore, è obbligato a risarcire i danni derivanti dalla mora e a compensare le spese per la conservazione e la custodia della cosa illegittimamente rifiutata; il debitore è esonerato dall'obbligo di corrispondere gli interessi corrispettivi sui debiti pecuniari e i frutti che non siano stati da lui percepiti (art. 1207, commi 1°, 2° c.c.).

La responsabilità del debitore, d'altra parte, non risulta attenuata. Il codice civile vigente si distacca, sul punto, dalla tradizione di diritto comune — recepita, invece, dal BGB [§ 300(1)] — in base alla quale a seguito della costituzione in mora il debitore rispondeva del proprio inadempimento solo per dolo o colpa grave. La soluzione merita di essere condivisa, in quanto induce il debitore ad adottare le precauzioni necessarie per conservare la possibilità di adempiere e salvaguardare il valore di scambio della prestazione. Il difetto di cooperazione giustifica in capo al debitore la pretesa di essere tutelato contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto obbligatorio; non giustifica, invece, la riduzione delle precauzioni necessarie perché la prestazione possa essere attribuita al creditore (se il debitore procede al deposito), o scambiata nuovamente sul mercato (se opta per la risoluzione).

Gli effetti della mora decorrono dal momento in cui l'offerta si

(1) V., *supra*, cap. I, §§ 15, 16.

perfeziona (art. 1207, comma 3° c.c.). Esso coincide nell'offerta reale con l'intimazione e la contestuale esibizione del bene, o con la notificazione del verbale al creditore assente (artt. 1209, comma 1° c.c.; 74, comma 3° disp. att.); nell'offerta per intimazione, con l'esibizione del bene che il creditore trascura di ricevere (artt. 1209, comma 2°, 1216, comma 1° c.c.; 75 disp. att.); nell'offerta nelle forme d'uso, con l'accertamento del difetto di cooperazione del creditore in rapporto alla contestuale esibizione della prestazione (art. 1217 c.c.; 80 disp. att.).

Nel corso del capitolo verranno considerati in primo luogo gli effetti della mora del creditore previsti dalla legge (2). Come si avrà occasione di constatare, a fronte di una consistente elaborazione dottrinale la produzione giurisprudenziale è scarsa, essendo rare le controversie incentrare sugli effetti della mora.

Nel diritto applicato, per converso, si riscontrano numerose pronunce nel contesto delle quali i riferimenti all'offerta formale e alla mora del creditore sono funzionali a giustificare conclusioni che sarebbe preferibile argomentare su altre basi, in quanto non sono coerenti con gli effetti dell'istituto. All'analisi di tali orientamenti sono dedicate le due successive sezioni del capitolo.

Sezione prima

Gli effetti legali della mora del creditore

SOMMARIO: 2. L'imputazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta. — 3. *Segue.*

L'obbligazione del creditore costituito in mora: corrispettiva o risarcitoria? — 4. Mora del creditore ed impossibilità sopravvenuta della prestazione nei contratti ad effetti reali. — 5. Il regime dei frutti e degli interessi. — 6. La tutela dell'affidamento nell'estinzione del vincolo: il risarcimento del danno e il rimborso delle spese. — 7. La qualificazione della responsabilità e l'esercizio del credito risarcitorio. — 8. Gli altri effetti dell'offerta: rapporti con la mora del debitore; diritto di conseguire la liberazione dal vincolo; rimborso delle spese relative all'offerta. — 9. Cessazione degli effetti della mora.

2. *L'imputazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta.* — A seguito della costituzione in mora, il creditore assume il rischio dell'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore (art. 1207, comma 1° c.c.).

(2) V., *infra*, §§ 2-8.

Se si limita l'attenzione alla sola obbligazione il cui adempimento è precluso dal difetto di cooperazione, la disposizione appare scarsamente rilevante: il debitore è liberato per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile anche quando non ha effettuato la costituzione in mora, sicché l'imputazione del relativo rischio in capo al creditore non comporta alcuna variazione rispetto alla disciplina ordinaria della responsabilità contrattuale (artt. 1256, 1218 c.c.). È vero che anche in questa prospettiva la *mora accipiendi* escluderebbe pur sempre la responsabilità del debitore che in deroga alla medesima disciplina abbia assunto il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Come è evidente, tuttavia, tale evenienza, anomala e marginale, non giustifica la formulazione di una disposizione di carattere generale come quella rinvenibile nell'art. 1207, comma 1° c.c. ⁽³⁾

Quest'ultima acquisisce invece una reale valenza precettiva se — abbandonando la prospettiva unilaterale propria dell'obbligazione, per approdare sul terreno dei contratti di scambio — si considera il rapporto tra la prestazione divenuta impossibile e il suo corrispettivo ⁽⁴⁾. Benché non possa ottenere la prestazione a lui dovuta, divenuta impossibile a seguito della costituzione in mora, il creditore resta

(3) In questo senso CATTANEO, *Della mora del creditore, Artt. 1206-1217*, Bologna-Roma, 1973, p. 106.

(4) In questa prospettiva si orienta senza significative eccezioni la dottrina contemporanea: cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Milano, 2015, p. 257; CAMARDI, *Effetti*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, p. 777 ss.; STELLA, voce *Mora del creditore*, in *Dizionari del diritto privato* promossi da Irti, *Diritto civile*, a cura di Martuccelli e Pescatore, Giuffrè, 2011, p. 1069 s.; CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da Garofalo e Talamanca, V, *La liberazione del debitore*, a cura di Talamanca e Maggiolo, Padova, 2010, p. 843; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, Milano, 2009, p. 232 s.; MARASCO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 674; VISINTINI, *Mora del creditore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 9², Torino, 1999, p. 197; STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, p. 327 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1990, p. 426; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 6; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore (dir. civ.)*, in *EdD*, XXVI, Milano, 1976, p. 969 s.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 145 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore, Artt. 1206-1217*, Bologna-Roma, 1973, p. 106 ss.; ID., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 29 ss.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 279 s. In relazione al codice civile previgente, cfr. SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, p. 136 ss.

obbligato a eseguire la controprestazione. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione verificatasi a seguito della costituzione in mora non estingue l'obbligazione corrispettiva, dalla quale, tuttavia, dovranno essere detratte le spese risparmiate dal debitore e i guadagni da lui conseguiti grazie all'estinzione dell'obbligazione così come — deve ritenersi — quelli che avrebbe potuto conseguire operando con l'ordinaria diligenza.

La ragione giustificativa della disposizione è facilmente intuibile. Se il creditore avesse fornito la necessaria collaborazione, il sinallagma sarebbe stato attuato: il debitore avrebbe adempiuto l'obbligazione e ottenuto il pagamento del corrispettivo. Siccome, invece, il creditore non concorre all'adempimento, il rapporto obbligatorio si dilata oltre il termine fisiologico e la prestazione diviene successivamente impossibile: il debitore, dunque, merita di essere collocato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se — potendo fruire della cooperazione — fosse stato in condizione di adempiere ed esigere il corrispettivo. Viene così tutelato l'interesse positivo della parte fedele al contratto, che offrendo la prestazione ha dimostrato di essere effettivamente interessata all'attuazione dello scambio.

Dal corrispettivo, coerentemente, devono essere detratte le spese che il debitore ha evitato (avrebbe potuto evitare) e i guadagni alternativi che ha conseguito (avrebbe potuto conseguire) per non aver dovuto eseguire la prestazione. Si ripropongono gli stessi criteri che governano la determinazione del risarcimento conseguente al recesso della parte committente dai contratti di *locatio operis* ⁽⁵⁾: anche l'appaltatore o il prestatore d'opera che subisce il recesso conseguono una somma commisurata al corrispettivo promesso, detratti i costi evitati (evitabili) e i guadagni alternativi conseguiti (consequibili) grazie all'interruzione della prestazione (artt. 1671, 2227 c.c.) ⁽⁶⁾. In entrambi i casi il *quantum* dovuto alla parte fedele al contratto, che subisce l'estinzione del rapporto, è commisurato all'interesse positivo, essendo essa collocata nella situazione in cui si sarebbe trovata se lo scambio fosse stato attuato. Come il recesso discrezionale del committente dai contratti di *locatio operis*, anche l'impossibilità sopravvenuta della prestazione verificatasi a seguito della costituzione in mora viene equiparata all'ina-

(5) L'analogia è evidenziata da CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 30 s.

(6) Cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 76 s.

dempimento risolutorio. L'attuazione dello scambio risulta definitivamente preclusa in considerazione del comportamento di una delle parti, e segnatamente del creditore costituito in mora: non diversamente dal committente che recede discrezionalmente e dal debitore a cui è imputabile l'inadempimento risolutorio, egli sarà tenuto a compensare la lesione dell'interesse positivo.

Una soluzione analoga è riscontrabile nel contesto di diverse disposizioni del codice della navigazione, che pure non presuppongono la costituzione in mora del creditore: quando la prestazione di trasporto marittimo non può essere eseguita per causa imputabile al creditore, il debitore consegue una somma commisurata al corrispettivo promesso detratte le spese risparmiate e i guadagni alternativi conseguiti (artt. 401, 434, 436 cod. nav.) (7).

Certamente il debitore può esigere il pagamento del corrispettivo (detratte le spese evitabili e i guadagni alternativi conseguibili) quando a seguito della costituzione in mora la prestazione diviene impossibile per una ragione diversa dal difetto di cooperazione: si pensi ad un caso fortuito, ad un fatto del terzo o ad un provvedimento della P.A. È da ritenere, tuttavia, che la disposizione possa essere applicata anche quando l'impossibilità di eseguire la prestazione dovuta al mancato concorso del creditore — inizialmente temporanea — diviene definitiva a causa del protrarsi dell'impedimento. Il debitore può esigere il pagamento del corrispettivo (*id est*, la tutela del proprio interesse positivo) se a seguito della costituzione in mora la preclusione determinata dal difetto di cooperazione perdura fino al momento in cui, «in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto», egli «non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla» (art. 1256, comma 2° c.c.).

La conclusione scaturisce da un'interpretazione piana e lineare delle due disposizioni: se la prestazione diviene definitivamente impossibile quando il difetto di cooperazione ne preclude l'esecuzione per un periodo di tempo incompatibile con le esigenze organizzative del debitore e con lo stesso interesse del creditore (art. 1256, comma 2° c.c.), tale impossibilità non è imputabile al debitore, che può dunque pretendere il pagamento del corrispettivo, detratte le spese risparmiate e i guadagni alternativi conseguiti (art. 1207, comma 1° c.c.).

(7) Cfr. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, cit., p. 332 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 107.

Se questo è vero, a seguito della costituzione in mora si prospetta al debitore la scelta tra due soluzioni.

Quando il difetto di cooperazione perdura fino al momento in cui l'impossibilità diviene definitiva, l'obbligazione si estingue e il debitore può esigere il pagamento della differenza tra il corrispettivo e i vantaggi conseguiti per non aver dovuto eseguire la prestazione. Come avremo occasione di constatare ⁽⁸⁾, tale itinerario è l'unico che conduce alla liberazione del debitore in relazione alle prestazioni di fare: non potendo procedere al deposito, egli si libera quando a causa del difetto di cooperazione la prestazione diviene definitivamente impossibile ⁽⁹⁾. La soluzione è tuttavia sostenibile anche in relazione alle prestazioni di dare: se a seguito della costituzione in mora il rifiuto di ricevere il bene opposto dal creditore perdura fino al momento in cui l'impossibilità diviene definitiva, il debitore può ritenersi liberato ed esigere il pagamento del corrispettivo promesso, sempre detratte le spese risparmiate e i guadagni alternativi conseguiti. Così, se il conduttore costituito in mora permane fermo nel rifiuto di ricevere il bene fino al momento in cui il locatore non può più essere ritenuto obbligato ad adempiere (art. 1256, comma 2° c.c.), il secondo è liberato dall'obbligazione di effettuare la consegna e può esigere il pagamento della differenza tra il canone pattuito e quello conseguito (o conseguibile) mediante la conclusione di un contratto sostitutivo.

In alternativa, il debitore che ha effettuato la costituzione in mora può liberarsi procedendo al deposito o al sequestro ed esigere il pagamento integrale del corrispettivo: soluzione che non risulta tuttavia

(8) V., *infra*, cap. V, § 29.

(9) Non manca, sul punto, un riscontro giurisprudenziale: cfr. Trib. Napoli 15 luglio 1974, n. 9416, in *Dir. giur.*, 1977, 126, con nota di RAFFONE, *Un'applicazione giurisprudenziale del principio di buona fede ex art. 1375 c.c.* La sentenza risolve una controversia relativa ad un contratto di appalto di servizi avente ad oggetto la ricerca e la selezione di agenti di vendita che, individuati dall'appaltatore, avrebbero operato su mercati esteri per conto del committente. Siccome quest'ultimo non fornisce le informazioni essenziali per effettuare la selezione degli agenti (caratteristiche, prezzo e imballaggio dei prodotti ecc.), l'appaltatore lo costituisce in mora nelle forme d'uso mediante lettera di diffida (art. 1217 c.c.). Stante la perdurante reticenza del committente in ordine al prezzo e alle caratteristiche dei prodotti, il tribunale conclude che l'appaltatore, liberato dalla sua obbligazione ai sensi dell'art. 1256 c.c., può conseguire il pagamento del corrispettivo, in quanto l'impossibilità della prestazione è a carico del committente costituito in mora. Dall'importo pattuito vengono tuttavia detratte le spese relative alla selezione e alla ricerca degli agenti risparmiate dall'appaltatore per effetto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

praticabile quando il difetto di cooperazione preclude l'esecuzione di una prestazione di fare.

Si ripropone qui, sebbene in una prospettiva ribaltata, l'alternativa rinvenibile nella disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento (art. 1453, comma 1° c.c.). Quando l'inadempimento supera la soglia della «non scarsa importanza» (art. 1455 c.c.), il creditore può conseguire la risoluzione e il risarcimento del danno — commisurato all'interesse positivo — o, in alternativa, esigere l'attuazione coattiva dello scambio. Analogamente, quando, a seguito della costituzione in mora, il difetto di cooperazione perdura oltre il momento in cui il debitore deve ritenersi obbligato ad adempiere (art. 1256, comma 2° c.c.), gli si prospettano due soluzioni: imporre alla controparte l'attuazione dello scambio effettuando il deposito ed esigendo il pagamento integrale del corrispettivo o, in alternativa, liberarsi dal vincolo deducendo l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la conseguente responsabilità del creditore, commisurata all'interesse positivo.

Il debitore, d'altra parte, può invocare l'applicazione dell'art. 1207, comma 1° c.c. solo se si è mantenuto pronto ad adempiere fino al momento in cui l'impossibilità della prestazione si è verificata; la disposizione, altrimenti, lo proteggerebbe da un rischio al quale sarebbe stato esposto anche in assenza del difetto di cooperazione, perché nel momento in cui la prestazione è divenuta impossibile non sarebbe stato in grado di eseguirla. Se a seguito della costituzione in mora il debitore ha smantellato l'organizzazione necessaria per adempiere o l'ha orientata in altre direzioni, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile lo libera, ma non gli consente di esigere dal creditore il pagamento del corrispettivo.

3. Segue. *L'obbligazione del creditore costituito in mora: corrispettiva o risarcitoria?* — Si discute sulla qualificazione dell'obbligazione che il creditore costituito in mora assume a seguito dell'impossibilità della prestazione.

Secondo una prima opinione, sostenuta dalla dottrina maggioritaria, nonostante l'impossibilità della prestazione il contratto non si risolve e il creditore costituito in mora, in deroga all'art. 1463 c.c., permane obbligato a pagare il corrispettivo ⁽¹⁰⁾. In quest'ottica, la

(10) Cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 257; CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 779 s.; C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione per fatto del creditore*, Napoli, 2010, p. 58 ss.; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 233; D'AMICO,

detrazione delle spese evitate e dei guadagni alternativi conseguiti dal debitore si giustifica alla luce del principio in base al quale l'applicazione di un rimedio legale non può comportare un arricchimento per la parte protetta.

In base a una diversa ricostruzione, che raccoglie minori consensi, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione verificatasi a seguito della costituzione in mora determina la risoluzione del contratto e il creditore è obbligato a risarcire il danno subito dal debitore a causa della mancata attuazione dello scambio ⁽¹¹⁾. Benché fondata sulla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.), la risoluzione sarebbe accompagnata dal risarcimento del danno, commisurato all'interesse positivo.

Entrambe le ricostruzioni presentano qualche inevitabile inconveniente. L'opinione prevalente — che ravvisa nella disposizione in esame una deroga alla disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, e ritiene il creditore obbligato a pagare il corrispettivo — non appare compatibile con la detrazione delle spese evitate dal debitore e dei guadagni alternativi da lui conseguiti. La tesi contrapposta — in base alla quale il contratto si risolve ugualmente — non presenta questo difetto, ma non identifica in modo realmente persuasivo il fondamento dell'obbligazione risarcitoria. La formulazione dell'art. 1207, comma 1° c.c., d'altra parte, è alquanto indeterminata, tanto da avvalorare l'ipotesi che il legislatore abbia volutamente evitato di operare una scelta tra corrispettivo e risarcimento, concentrandosi sull'obiettivo di salvaguardare l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere. Per condividere questo punto di vista è sufficiente confrontare il dettato della disposizione con il testo dell'art. 1465 c.c. — nell'ambito del quale viene espressamente imputato all'acquirente del bene interessato dal perimento fortuito l'«obbligo di eseguire la controprestazione» — o

Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 98, nt. 64; MARASCO, *La mora del creditore*, cit., p. 674; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 197; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 426; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 970; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 145 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 108 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 279 s.

(11) Cfr. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 215, nt. 25; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 129 ss.; MENGONI, *In tema di «mora credendi» nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 1954, p. 577 ss.

con il tenore letterale dell'art. 1671 c.c., che all'opposto addebita al committente una prestazione di carattere risarcitorio.

Ammesso che ponendo «a carico del creditore» il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione il legislatore abbia evitato di operare una scelta, resta da verificare se dalla qualificazione dell'obbligazione in termini di «corrispettivo» piuttosto che di «risarcimento» derivino delle conseguenze rilevanti sul piano applicativo.

A nostro parere, nessuna differenza si configura in relazione alle *garanzie*, che come l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo assistono anche il risarcimento del danno conseguente allo scioglimento del rapporto. Si ripropone a questo proposito quanto sostenuto in altra sede ⁽¹²⁾, in sintonia con opinioni autorevoli ⁽¹³⁾, in relazione alla sorte delle garanzie a seguito della risoluzione del contratto per inadempimento: se è vero che con il binomio risoluzione-risarcimento la legge tutela l'interesse positivo del contraente deluso (art. 1453, comma 1° c.c.), le garanzie che assistono l'obbligazione inadempita sopravvivono allo scioglimento del rapporto e si estendono alle obbligazioni risarcitorie e restitutorie che ne conseguono. Nello stesso modo, le garanzie fornite in relazione al corrispettivo spettante al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione si estendono al risarcimento del danno dovuto, secondo la tesi minoritaria, dal creditore costituito in mora.

Quanto al *regime probatorio*, nell'ottica di entrambe le ricostruzioni il debitore può limitarsi a provare il corrispettivo pattuito, essendo onere del creditore dimostrare, eventualmente mediante il ricorso a presunzioni, i costi evitabili e i guadagni conseguibili dalla controparte per non aver dovuto eseguire la prestazione. Il debitore, naturalmente, potrà sempre provare, superando le presunzioni dedotte dal creditore, che le spese evitabili e i guadagni conseguibili grazie all'estinzione dell'obbligazione sono in realtà inferiori. Benché in dottrina siano state espresse opinioni in senso contrario ⁽¹⁴⁾, non sembra che il regime probatorio possa assumere una conformazione diversa

(12) V., volendo, DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Tratt. contratto Roppo*, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, p. 370 ss.

(13) Cfr. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 886 s.; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*⁴, nel *Tratt. dir. civ. Sacco*, Milano, 2016, p. 1641.

(14) Cfr. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 100, nt. 66; CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *CeI*, 1999, p. 559. L'opinione dei due autori si differenzia da quella

qualificando il debito del creditore costituito in mora come corrispettivo piuttosto che come risarcimento. In entrambi i casi, sarà onere del debitore provare il corrispettivo, essendo invece il creditore tenuto a dimostrare che a causa dell'impossibilità della prestazione la controparte ha potuto evitare spese e conseguire guadagni; trattandosi di circostanze attinenti alla sfera del debitore, la prova potrà essere fornita per presunzioni, che tuttavia si prestano ad essere superate quando lo stesso debitore dimostra che le spese evitabili e i guadagni conseguibili sono effettivamente inferiori.

La scelta tra le due ricostruzioni indicate sembra, invece, assumere rilevanza in relazione agli *accessori del credito*, il cui regime risulta differenziato in ragione del fatto che il creditore della prestazione divenuta impossibile resti obbligato a pagare il corrispettivo promesso ovvero, risolto il contratto, sia tenuto a risarcire il danno. Se per ipotesi il corrispettivo è stato negoziato nell'ambito di una «transazione commerciale» intercorrente tra due imprenditori o tra un imprenditore e la P.A., trova applicazione il d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, che recepisce la direttiva 2000/35 CE. Qualora la prestazione sia divenuta impossibile a seguito della costituzione in mora, e il creditore non adempia tempestivamente l'obbligazione posta a suo carico dall'art. 1207 c.c., al debitore spettano gli elevati interessi moratori previsti dalla normativa di derivazione europea, con decorrenza dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, se si ritiene che gli sia dovuto il corrispettivo pattuito ⁽¹⁵⁾; la rivalutazione monetaria e gli interessi sui debiti risarcitori se, invece, si ritiene che gli sia dovuto un risarcimento ⁽¹⁶⁾.

espressa nel testo anche in relazione alle garanzie accordate al creditore dell'obbligazione corrispettiva, che si ritengono estinte con la risoluzione del contratto.

(15) Cfr. artt. 2 lett. e); 4, comma 1; 5, comma 1 d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231.

(16) Tra le sentenze che riconoscono al creditore pregiudicato dall'inadempimento la rivalutazione e gli interessi che compensano il ritardo con cui percepisce il risarcimento, cfr. Cass. 17 gennaio 2017, n. 973, in *Rep. Foro it.*, 2017, v. «fallimento», n. 185; Cass. 23 novembre 2012, n. 20742, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «contratto in genere», n. 604; Cass. 6 marzo 2001, n. 3249, in *Foro pad.*, 2001, I, 310. In giurisprudenza si riscontrano posizioni diverse in ordine alla data di decorrenza degli interessi sui crediti risarcitori: essa viene identificata con il giorno della domanda da Cass. 5 aprile 2016, n. 6545, in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «obbligazioni in genere», n. 47; Cass. 20 aprile 2009, n. 9338, in *Foro it.*, Rep. 2009, v. «interessi», n. 3; con il giorno della liquidazione da Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26008, in *Giur. it.*, 2009, 1793; con il giorno dell'inadempimento da Cass. 6 marzo 2001, n. 3249, cit. Sulla necessità di rivalutare il credito risarcitorio anche quando l'obbligazione inadempita ha ad oggetto

In relazione a questo profilo, appare preferibile la tesi in base alla quale il creditore della prestazione divenuta impossibile dopo la costituzione in mora resta obbligato a pagare il corrispettivo. Qualora il debitore avesse potuto eseguire la prestazione, il corrispettivo pattuito a suo favore nel contesto di una transazione di carattere commerciale, e non tempestivamente pagato, avrebbe prodotto gli elevati interessi di mora previsti dalla disciplina di matrice europea. Siccome a causa del difetto di cooperazione la prestazione è divenuta impossibile, al debitore non tempestivamente pagato spettano quegli stessi interessi moratori che avrebbe conseguito qualora avesse potuto adempiere. Quella stessa posizione di vantaggio che la legge accorda al creditore del corrispettivo pecuniario mediante la previsione di elevati interessi moratori merita di essere conservata quando il medesimo soggetto non ha potuto adempiere l'obbligazione a causa dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione verificatasi durante la *mora accipiendi*.

Il creditore costituito in mora non può essere ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 1207, comma 1° c.c. quando la prestazione sarebbe divenuta impossibile anche se egli avesse cooperato all'adempimento: a fondamento di tale opinione si prospetta l'applicazione analogica dell'art. 1221 c.c., in base al quale la responsabilità del debitore costituito in mora è esclusa quando è provato «che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore»⁽¹⁷⁾. Così, sebbene non abbia fornito all'appaltatore i materiali necessari o non abbia effettuato la consegna dei lavori, il committente è esonerato dal pagamento del corrispettivo quando la realizzazione dell'opera o la prestazione del servizio sarebbero divenuti ugualmente impossibili anche se avesse cooperato.

Talvolta risulta evidente che qualora il debitore avesse fruito della necessaria cooperazione avrebbe eseguito una parte della prestazione, che tuttavia non avrebbe potuto completare per causa a lui non imputabile; la responsabilità del creditore costituito in mora, allora, è commisurata a quella parte di prestazione che con il suo concorso il debitore avrebbe potuto eseguire. Ipotizziamo che qualora avesse

il pagamento di una somma di denaro, cfr. Cass. 13 maggio 2004, n. 9091, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «vendita», n. 50. Per una puntuale analisi del regime del debito risarcitorio relativo al danno contrattuale e una valutazione critica delle soluzioni adottate nel diritto applicato si rinvia allo studio monografico di N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Padova, 2010, p. 184 ss.

(17) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 111 s.

ricevuto la consegna dei lavori l'appaltatore avrebbe intrapreso l'opera, destinata ad essere successivamente interrotta a causa di un provvedimento della P.A.: la responsabilità del committente costituito in mora sarebbe commisurata a quella parte del lavoro che la controparte avrebbe potuto compiere se avesse ricevuto tempestivamente la consegna dei lavori.

La responsabilità del creditore, per converso, sussiste anche se la prestazione diviene impossibile dopo la purgazione della mora, quando risulta accertato che qualora avesse cooperato l'obbligazione sarebbe stata adempiuta⁽¹⁸⁾. Così, il mittente che, dopo essere stato costituito in mora, abbia consegnato le merci al vettore con notevole ritardo, è ugualmente tenuto a pagare il nolo qualora la prestazione di trasporto sia divenuta impossibile a causa di un impedimento verificatosi in un momento successivo a quello in cui i beni sarebbero pervenuti a destinazione qualora fossero stati tempestivamente consegnati al vettore.

In definitiva, perché la responsabilità del creditore risulti giustificata è necessario e sufficiente che la *mora accipiendi* abbia determinato l'impossibilità della prestazione: il rapporto tra la mora del creditore e l'impossibilità della prestazione sotteso all'art. 1207 comma 1° c.c. è non tanto cronologico, quanto eziologico.

4. *Mora del creditore ed impossibilità sopravvenuta della prestazione nei contratti ad effetti reali.* — Se il contratto produce effetti reali che conseguono immediatamente alla conclusione dell'accordo in virtù dell'effetto traslativo del consenso⁽¹⁹⁾, l'art. 1207, comma 1° c.c. non si applica in quanto l'acquirente del bene fortuitamente perito o deteriorato assume il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione in base al principio *res perit domino*. Benché non possa ottenere la consegna del bene perito o deteriorato — la proprietà del quale ha acquisito, o è destinato ad acquisire alla scadenza del termine — egli resta obbligato a pagare il corrispettivo promesso (art. 1465, commi 1°, 2° c.c.).

La regola di imputazione del rischio relativa ai contratti ad effetti reali presenta una significativa connessione con l'istituto della *mora accipiendi*. L'acquirente, infatti, assume il rischio del perimento fortuito del bene non solo e non tanto perché ne è proprietario — come risulta

(18) Sul punto v. ancora CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 112.

(19) Cfr. art. 1376 c.c.

dal fatto che la medesima regola permane applicabile quando il bene perisce in pendenza del termine (art. 1465, comma 2° c.c.) — quanto perché a seguito della conclusione del contratto non ne riceve immediatamente la consegna. Lo iato tra la conclusione del contratto e la consegna che rende possibile il perimento fortuito risponde all'interesse dell'acquirente, il quale, evidentemente, non dispone dell'organizzazione necessaria per poter ricevere immediatamente il bene: è ragionevole, allora, che assuma il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, restando obbligato a pagare il corrispettivo nonostante il perimento o il deterioramento fortuito.

Su questo terreno, dunque, il creditore costituito in mora assume il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione in applicazione dell'art. 1207, comma 1° c.c. solo quando l'effetto reale è differito al momento della consegna, come accade nella vendita a rate con riserva della proprietà (art. 1523 c.c.), o nel caso in cui le parti abbiano convenzionalmente derogato al principio *res perit domino* (20).

La disciplina della *mora accipiendi* può trovare applicazione anche in relazione alla vendita di beni di consumo, in quanto il principio *res perit domino* viene espressamente derogato dalla norma speciale che obbliga il venditore a «consegnare al consumatore beni conformi al contratto» (art. 129, comma 1 *Cod. cons.*) (21). Se il consumatore non assume il rischio del perimento fortuito del bene a seguito della conclusione del contratto, ne diviene pur sempre responsabile qualora sia stato costituito in mora ai sensi dell'art. 1207, comma 1° c.c.

La disposizione può essere applicata anche quando l'effetto reale previsto dal contratto concerne beni fungibili, il cui trasferimento avviene, in base all'art. 1378 c.c., solo a seguito dell'individuazione. Occorre distinguere, a questo proposito, i requisiti necessari per la costituzione in mora dell'acquirente che non concorre all'individuazione dagli effetti che conseguono al perfezionamento dell'offerta.

In ordine al primo profilo, ricordiamo che in base a una tesi già

(20) Cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 257; CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 781; D'AMICO, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 233 s.

(21) Per un riscontro, in dottrina, cfr. C.M. BIANCA, in *La vendita di beni di consumo*, a cura dello stesso Bianca, nelle *NLCC*, 2006, p. 443; AMADIO, in *Commentario sulla vendita di beni di consumo*, a cura di S. Patti, Milano, 2004, p. 202 ss. Per alcune perplessità v. tuttavia SIRENA, *L'effetto traslativo*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti di vendita*, a cura di Valentino, Torino, 2007, p. 395 s.; SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 562.

considerata ⁽²²⁾, e a nostro avviso condivisibile, se l'acquirente non concorre all'individuazione l'alienante può costituirlo in mora offrendogli la consegna di cose di qualità non inferiore alla media (art. 1178 c.c.) ⁽²³⁾; altri ritengono, invece, che — stante il mancato concorso del creditore — l'offerta necessaria per la costituzione in mora richieda la preventiva determinazione giudiziale dei beni ⁽²⁴⁾.

Quanto allo scenario conseguente al perfezionamento dell'offerta, occorre in primo luogo chiarire che una impossibilità della prestazione può configurarsi anche quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di beni fungibili: può accadere che perisca l'intero *genus*, o che intervenga un provvedimento della pubblica amministrazione a vietare la circolazione di una data categoria di merci. Il creditore costituito in mora deve allora pagare il corrispettivo, in base all'art. 1207, comma 1° c.c., in quanto se avesse cooperato all'adempimento la prestazione non sarebbe divenuta impossibile ⁽²⁵⁾.

Diversa la situazione in cui la prestazione avente ad oggetto il trasferimento dei beni fungibili sia ancora possibile, ma si verifichi il perimento fortuito delle merci preventivamente offerte all'acquirente che ha rifiutato di concorrere alla loro individuazione. Date tali condizioni, non sembra che l'art. 1207, comma 1° possa essere applicato, per la mancanza del presupposto dell'impossibilità della prestazione. È da valutare, invece, se l'offerta formale delle merci compiuta dall'alienante possa valere a individuarle — determinando, così, il trasferimento della proprietà nonostante il rifiuto opposto dall'acquirente — e a giustificare l'applicazione dell'art. 1465 c.c.

Secondo una tesi che trova riscontro nella tradizione di diritto comune, l'alienante potrebbe superare il rifiuto opposto dall'acquirente effettuando l'individuazione mediante l'offerta formale: verificatosi il perimento fortuito dei beni così individuati, l'acquirente sarebbe tenuto a pagarne il corrispettivo sulla base del principio *res perit domino* ⁽²⁶⁾. A tale indirizzo si contrappone l'opinione in base alla quale

(22) V., *supra*, cap. III, § 6.

(23) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 155; GROSSO, *Note in tema di obbligazione generica*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 611.

(24) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 133.

(25) Sul punto CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 113; RUBINO, *La compravendita*², in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1962, n. 272, p. 958.

(26) Cfr. CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 781; ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 489; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 113 ss. Secondo altri autori, l'assunzione del rischio del

il rifiuto di concorrere all'individuazione opposto dall'acquirente non potrebbe essere superato dall'alienante formulando l'offerta formale: il perimento fortuito, dunque, non libererebbe l'alienante dalle obbligazioni aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà e la consegna delle merci (27).

La prima opinione appare preferibile, in quanto permette di risolvere ragionevolmente il conflitto determinato dal difetto di cooperazione. A seguito dell'offerta formale, l'acquirente diviene proprietario dei beni unilateralmente individuati dalla controparte (o, secondo la tesi più rigorosa, dal giudice) e può esigerne la consegna: se invece persiste nel rifiuto di riceverli assume il rischio del perimento fortuito, essendo obbligato a pagarne il corrispettivo. Come il creditore costituito in mora, l'acquirente che non concorre all'individuazione delle merci può evitare i rischi conseguenti alla formulazione dell'offerta formale manifestando la volontà di riceverle; se invece persiste nel rifiuto, accetta l'eventualità di essere obbligato a pagare il corrispettivo pattuito nonostante il perimento o il deterioramento fortuito delle merci (28).

La tesi contrapposta comporta una dilatazione del conflitto determinato dal difetto di cooperazione aggravando la posizione di entrambe le parti. Se il debitore non può superare il rifiuto di concorrere all'individuazione delle merci effettuando l'offerta formale, permane

perimento fortuito da parte del compratore non sarebbe giustificato dal trasferimento della proprietà (artt. 1378, 1465, comma 3° c.c.) — che richiederebbe comunque il suo consenso all'individuazione — ma dalla disciplina della *mora accipiendi*: cfr. D'AMICO, *La compravendita*, I, in *Tratt. dir. civ. notariato Perlingieri*, Napoli, 2013, p. 245, nt. 659; SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. contratto Roppo*, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, p. 68; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000, p. 535; ID., *La vendita e la permuta*², I, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1993, n. 134, p. 326; GROSSO, *Note in tema di obbligazione generica*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 611 s.

(27) Cfr. RUBINO, *La compravendita*², cit., n. 272, p. 958, il quale ritiene l'alienante liberato, e l'acquirente obbligato a pagare il corrispettivo, solo quando la prestazione diviene impossibile in conseguenza del perimento o della sopravvenuta incommerciabilità del *genus*; SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, p. 129 s.

(28) A questo scopo, è necessario che l'alienante abbia tenuto i beni offerti a disposizione dell'acquirente. Se invece li ha trasformati o alienati a terzi, il perimento fortuito dei beni non impegna la responsabilità dell'acquirente (che non è dunque obbligato a pagare il corrispettivo), né libera l'alienante (il quale, dunque, permane obbligato a consegnare beni dello stesso genere). Quest'ultimo potrà eventualmente ottenere dalla controparte il rimborso delle spese sostenute e il risarcimento dei danni subiti a causa del difetto di cooperazione, ai sensi dell'art. 1207, comma 2° c.c. Sul punto, cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 114.

obbligato ad adempiere anche a seguito del perimento dei beni da lui destinati all'adempimento dell'obbligazione, in quanto non si è verificata l'impossibilità della prestazione né può dirsi applicabile il principio *res perit domino*; sarà allora tenuto a procurarsi sul mercato altri beni da offrire al creditore per poi esigere il pagamento del corrispettivo promesso. L'acquirente costituito in mora, d'altra parte, sembra obbligato a pagare due volte i beni per cui ha perso interesse: dovrà infatti compensare in base alla disciplina della mora le spese sostenute dal debitore per procurarsi beni dello stesso genere di quelli periti (art. 1207, comma 2° c.c.), per poi corrispondere il prezzo pattuito (29). I sacrifici sostenuti da entrambe le parti risultano, così, inutilmente duplicati, in quanto la prestazione ha evidentemente perso interesse per il creditore: anziché essere opportunamente liquidato, il rapporto viene dilatato nel tempo (30).

5. *Il regime dei frutti e degli interessi.* — Il debitore che ha effettuato la costituzione in mora è esonerato dal pagamento degli interessi sui debiti pecuniari e dalla corresponsione dei frutti non percepiti (art. 1207, comma 1° c.c.). Si concorda sul fatto che gli interessi ai quali la disposizione fa riferimento sono solo quelli corrispettivi (art. 1282 c.c.) e compensativi (art. 1499 c.c.), in quanto ad esonerare il debitore dal pagamento degli interessi moratori è sufficiente un'offerta non formale (art. 1220 c.c.) (31).

(29) Per una valutazione analoga v., incisivamente, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 114.

(30) La preferenza qui espressa trova riscontro nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG), che non diversamente dalla convenzione dell'Aja del 1964 (ULIS, su cui v. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 115) subordina il passaggio del rischio all'identificazione dei beni da parte del venditore (art. 67, comma 2°; 69, comma 3°). L'individuazione effettuata dal venditore permette di superare il rifiuto di cooperare all'adempimento e concorre insieme con altri elementi a giustificare l'assunzione del rischio del perimento fortuito da parte del compratore.

(31) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 92; CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 807; STELLA, voce *Mora del creditore*, cit., p. 1070; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 234; CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, cit., p. 845; MARASCO, *La mora del creditore*, cit., p. 675; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 198; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 439; ID., *Della mora del creditore*, cit., p. 115 s.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 427; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 148.

Se si considera che in virtù del principio *dies interpellat pro homine* anche gli interessi moratori decorrono automaticamente sui debiti pecuniari senza che il debitore debba essere sollecitato ad adempiere (artt. 1182, comma 3°; 1219 n. 3 c.c.), la divergenza relativa alle modalità dell'offerta non sembra del tutto giustificata: sarebbe stato più opportuno prevedere che l'offerta non formale fosse sufficiente ad evitare anche il decorso degli interessi convenzionali. Se il creditore rifiuta il pagamento di una somma di denaro seriamente offertagli, certamente non può conseguire il risarcimento del danno derivante dal ritardo con cui la prestazione viene eseguita (art. 1220 c.c.); sembra tuttavia ugualmente ragionevole che il debitore non sia tenuto a compensarlo per la disponibilità di una somma di denaro detenuta contro la propria volontà, in conseguenza del rifiuto illegittimo dell'offerta (art. 1282 c.c.). Se è certo, *de iure condito*, che per essere esonerato dal pagamento degli interessi corrispettivi e compensativi il debitore deve effettuare l'offerta formale⁽³²⁾, non è ragionevole che per ottenere questo risultato egli debba ottemperare a requisiti formali e procedurali notevolmente più impegnativi di quelli che risultano necessari affinché sia esonerato dal pagamento degli interessi moratori.

Sul fondamento giustificativo della regola che esclude la decorrenza degli interessi vengono formulate diverse ipotesi. Secondo alcuni, la circostanza che il debitore conservi la disponibilità di un capitale potenzialmente produttivo di utilità essendo esonerato dal pagamento degli interessi può risultare giustificata solo riconoscendo alla *mora*

In giurisprudenza si ritiene che il promissario acquirente sia tenuto a corrispondere al promittente alienante gli interessi corrispettivi decorrenti sul saldo del prezzo salva l'ipotesi in cui lo abbia costituito in mora: cfr. Cass. 9 gennaio 1990, n. 1, in *Foro it.*, Rep. 1990, v. «vendita», n. 77; Cass. 20 agosto 1986, n. 5105, in *Foro it.*, Rep. 1986, v. «vendita», n. 22. Né vale ad escludere la decorrenza degli interessi corrispettivi sul prezzo promesso una sollecitazione scritta a stipulare il contratto definitivo indirizzata al promittente alienante, essendo necessaria l'offerta formale: cfr. Cass. 30 gennaio 1987, n. 896, in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «contratto in genere», n. 352. Si è poi ritenuto, con riferimento alla vendita con patto di riscatto, che l'offerta formale delle somme dovute dal riscattante al compratore (art. 1502, comma 1° c.c.) valga a costituirlo in mora, sicché il secondo non ha diritto a conseguire il pagamento degli interessi corrispettivi: cfr. App. Palermo 24 marzo 1952, in *Giur. sic.*, 1952, II, 157.

(32) Qualora egli abbia effettuato l'offerta nelle forme d'uso, gli interessi cesseranno di decorrere solo dal momento del deposito (art. 1214 c.c.): cfr. Cass. 25 agosto 1952, n. 2746, in *Foro it.*, Rep. 1952, v. «interessi», nn. 2-4.

accipiendi una valenza sanzionatoria⁽³³⁾. In base a un'altra opinione, il debitore viene esonerato dal pagamento degli interessi per evitare che possa essere danneggiato dal comportamento non cooperativo del creditore: qualora infatti non riuscisse a impiegare in modo economicamente produttivo il denaro offerto e illegittimamente rifiutato, la permanenza del debito relativo agli interessi inciderebbe negativamente sul suo patrimonio⁽³⁴⁾. Declinando diversamente la stessa idea, si osserva che il debitore conserva contro la propria volontà la disponibilità del denaro rifiutato dal creditore, sicché se permanesse obbligato a pagare gli interessi sarebbe tenuto a compensare un'attribuzione patrimoniale che non ha effettivamente voluto⁽³⁵⁾.

A nostro parere la disposizione non ha carattere sanzionatorio. Anziché punire il creditore per il difetto di cooperazione, il legislatore intende evitare che il debitore sia indotto ad assumere rischi ai quali non sarebbe stato esposto qualora il rapporto fosse stato fisiologicamente attuato. Il debitore non consegue un vantaggio patrimoniale per il solo fatto che ha la disponibilità del denaro, ma in quanto lo investe in modo produttivo correndo un rischio più o meno elevato: è quanto accade quando dà a mutuo la somma di denaro rifiutata dal creditore, sottoscrive un aumento di capitale o acquista strumenti finanziari. Ora, se il debitore — che ha conservato la disponibilità della somma a causa del comportamento non cooperativo del creditore — fosse obbligato al pagamento degli interessi anche a seguito della costituzione in mora, sarebbe inevitabilmente indotto a compiere investimenti più o meno rischiosi per non incorrere in una perdita patrimoniale. Per evitare che il difetto di cooperazione spinga il debitore ad assumere rischi che altrimenti avrebbe evitato, il legislatore lo esonera opportunamente dal pagamento degli interessi.

Analogo il fondamento della regola — rinvenibile nel medesimo periodo (art. 1207, comma 1° c.c.) — che obbliga il debitore a corrispondere i soli frutti effettivamente percepiti: anche in questo caso si vuole evitare che a causa del difetto di cooperazione il debitore sia indotto ad assumere rischi ai quali non sarebbe stato esposto qualora il rapporto fosse stato fisiologicamente attuato. Non essendo obbligato a corrispondere i frutti che avrebbe potuto percepire — ma solo quelli

(33) Cfr. RAVAZZONI, voce *Mora del creditore*, in *Nss. D. I.*, X, Torino, 1964, p. 903; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 272.

(34) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 116.

(35) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 149.

effettivamente percepiti — il debitore non è portato a sostenere i costi necessari per incrementare la produttività del bene: costi che sarebbero stati sostenuti dal creditore qualora l'obbligazione fosse stata adempiuta. La disposizione lo protegge contro il rischio di contrarre spese delle quali potrebbe non conseguire il rimborso a causa dell'insolvenza del creditore costituito in mora.

Opportunamente, dunque, il debitore è esonerato dal pagamento degli interessi decorrenti su somme di denaro delle quali, pure, conserva la disponibilità: il difetto di cooperazione, che gli ha precluso di adempiere, non deve indurlo ad assumere rischi per scongiurare la prospettiva di subire una perdita patrimoniale. Ecco perché non sono da condividere le pronunce giurisprudenziali in base alle quali il debitore sarebbe esonerato dalla corresponsione degli interessi solo dopo che si è privato della disponibilità della somma rifiutata dal creditore effettuando il deposito ⁽³⁶⁾. La soluzione, che sarebbe stata giustificata nella vigenza del codice civile del 1865 (art. 1259, comma 2°) ⁽³⁷⁾, è evidentemente incompatibile con la disciplina attuale dell'istituto. Essa si fonda su una rigida equivalenza tra la disponibilità del denaro — considerata come intrinsecamente produttiva di utilità — e la decorrenza di interessi; senza considerare che quando l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria risulta preclusa dal difetto di cooperazione, la disponibilità del denaro viene *imposta* al debitore, il quale non può essere costretto a valorizzarla mediante investimenti più o meno rischiosi.

Ci si chiede, poi, se il debitore debba corrispondere al creditore gli interessi conseguiti investendo la somma illegittimamente rifiutata. Si pensi all'ipotesi in cui il debitore abbia utilizzato il denaro nell'erogazione di un mutuo, ottenendo il pagamento di interessi corrispettivi: è da valutare se questi ultimi debbano essere attribuiti al creditore. Alcuni autori risolvono positivamente la questione, qualificando gli interessi incassati dal debitore quali frutti da lui percepiti. La soluzione viene argomentata sulla base del combinato disposto dell'art. 1207, comma 1° — in base al quale il debitore è obbligato a corrispondere al creditore i frutti effettivamente percepiti — e dell'art. 820, comma 3° c.c., che annovera tra i frutti civili gli interessi decorrenti sui capi-

(36) Cfr. Cass. 6 gennaio 1983, n. 79, in *Foro it.*, Rep. 1983, v. «obbligazioni in genere», n. 22.

(37) V., *supra*, cap. I, § 3.

tali ⁽³⁸⁾. Per agevolare l'applicazione della regola, sarebbe dato presumere che il debitore abbia ricavato dalla somma offerta e illegittimamente rifiutata utilità commisurate all'interesse legale. Sarebbe onere dello stesso debitore dimostrare che gli interessi effettivamente percepiti investendo la somma sono inferiori; spetterebbe al creditore provare che il loro ammontare è superiore a quello presunto ⁽³⁹⁾.

Più convincenti gli argomenti a sostegno della tesi che vuole il debitore esonerato dal pagamento degli interessi percepiti ⁽⁴⁰⁾. Essendo il denaro un bene fungibile, risulta estremamente difficile accertare se gli interessi percepiti dal debitore sono stati prodotti proprio dalle somme illegittimamente rifiutate dal creditore: è sempre possibile, infatti, che il debitore avrebbe compiuto l'investimento produttivo di interessi anche se non avesse avuto a disposizione la somma rifiutata dal creditore. Il denaro, d'altra parte, non genera frutti — che presuppongono l'impiego economicamente produttivo del bene principale — ma soltanto interessi, «la cui misura è predeterminata e del tutto indipendente dal fatto che l'obbligato abbia potuto o voluto impiegare il denaro in modo fruttifero» ⁽⁴¹⁾: se allora, quanto meno in relazione agli effetti della mora, frutti e interessi sono nettamente differenziati, quando l'offerta illegittimamente rifiutata ha ad oggetto una somma di denaro il debitore è esonerato dal pagamento degli interessi senza essere tenuto a corrispondere al creditore i frutti percepiti. Si prende poi in considerazione, per superarla efficacemente, l'obiezione in base alla quale il debitore conseguirebbe un arricchimento ingiustificato, in quanto pur avendo ricavato un utile dalla somma investita non corrisponde al creditore interessi. Si ripropone su questo terreno quella stessa esigenza di semplificazione che giustifica la corresponsione degli interessi moratori a prescindere dalla prova del danno subito dal creditore (art. 1224, comma 1° c.c.): il regime speciale delle obbligazioni pecuniarie si differenzia da quello ordinario per l'adozione di soluzioni che privilegiano la semplicità dell'applicazione sull'aderenza

(38) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 150 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 281. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. 22 febbraio 1952, n. 481, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, II, 308.

(39) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, p. 398, testo e nt. 21.

(40) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 116 ss., e più di recente F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 258.

(41) Così CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 117.

alla posizione delle parti. Ebbene, come il creditore può esigere gli interessi moratori anche se ha effettivamente subito un danno inferiore, così il debitore è esonerato del pagamento degli interessi corrispettivi sebbene abbia conseguito un utile investendo la somma rifiutata dal creditore.

Non solo. Come si è ricordato, esonerandolo dal pagamento degli interessi e dei frutti non percepiti il legislatore intende evitare che il debitore sia indotto ad assumere rischi ai quali non sarebbe stato esposto se il creditore gli avesse permesso di adempiere l'obbligazione. Qualora, tuttavia, per conseguire un utile il debitore abbia scelto di investire il denaro in modo più o meno aleatorio — per esempio, concludendo un mutuo oneroso avente ad oggetto la somma rifiutata dal creditore — il rischio assunto resta in capo a lui, considerato che a seguito della costituzione in mora permane obbligato ad adempiere l'obbligazione avente ad oggetto il capitale. Ora, se il debitore fosse tenuto a corrispondere gli interessi effettivamente percepiti sul capitale quali “frutti civili”, avrebbe assunto un rischio (quello relativo alla mancata restituzione del denaro) a fronte del quale non consegue alcun vantaggio, che viene invece devoluto al creditore costituito in mora. Se il denaro rifiutato dal creditore, e successivamente investito, non viene restituito al debitore in tutto o in parte, egli resta obbligato ad adempiere e subisce una perdita patrimoniale: il rischio inerente all'investimento grava interamente su di lui. È ragionevole, allora, che, quando l'investimento viene premiato dalla percezione di interessi che remunerano l'assunzione del relativo rischio, il vantaggio patrimoniale conseguito dal debitore resti in capo a lui anziché essere devoluto al creditore costituito in mora.

Il debitore, tuttavia, non può abusare della tutela offertagli dalla disposizione approfittando della somma rifiutata dal creditore e differendo indefinitamente il deposito ⁽⁴²⁾; in questa ipotesi, a nostro parere, egli sarebbe tenuto (non a corrispondere gli interessi ⁽⁴³⁾, ma) a risarcire il danno derivante dalla violazione del precetto che gli impone

(42) Per uno spunto in questo senso, cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 272.

(43) Così invece, sebbene incidentalmente, Cass. 9 marzo 2001, n. 3481, in *Foro it.*, Rep. 2001, v. «obbligazioni in genere», n. 32, in motivazione. Dopo aver affermato che ai fini del tempestivo esercizio del diritto di riscatto è sufficiente che l'offerta reale sia stata effettuata entro il termine previsto dalla legge — potendo il deposito essere compiuto successivamente (v., *supra*, cap. III, § 16, *sub a*) — la S.C. aggiunge che non è facoltà «del debitore procrastinare *sine die* il deposito della somma dovuta, ben potendo il relativo ingiustificato ritardo essere compensato con la corresponsione quanto meno degli interessi legali: i quali conseguono in tal caso non più alla mora del

di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

Si è già fatto riferimento alla disposizione, di origine romanistica (44), in base alla quale il debitore deve i soli frutti percepiti, essendo invece esonerato dalla corresponsione di quelli che avrebbe potuto ricavare dal bene utilizzandolo in modo economicamente produttivo. La sua ragione giustificativa — si è detto — è analoga a quella della regola relativa agli interessi: si vuole evitare che a causa del difetto di cooperazione il debitore sia indotto a sostenere costi dei quali potrebbe non conseguire il rimborso, esponendosi ad un rischio che non avrebbe assunto se — stante il concorso del creditore — fosse stato posto in condizione di adempiere. La *mora accipiendi*, d'altra parte, non può comportare per il debitore un arricchimento ingiustificato: di qui l'obbligo di corrispondere i frutti effettivamente percepiti (45). Natu-

creditore (e come tali non sarebbero dovuti ai sensi del citato art. 1207 c.c.) ma appunto a detto ritardo ingiustificato...».

(44) Cfr. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 146.

(45) Se il debitore è tenuto a corrispondere i frutti effettivamente percepiti, non è invece obbligato a compensare il creditore per il valore di godimento del bene che sia stato illegittimamente rifiutato: ad escludere questo effetto sembra essere sufficiente l'offerta non formale, non essendo necessaria la costituzione in mora per proteggere il debitore contro il rischio di una imposizione dello scambio. Il creditore, in altri termini, non può pretendere di essere compensato del valore d'uso del bene ingiustamente rifiutato a prescindere dalle modalità dell'offerta. La questione è considerata da Cass., sez. un., 25 giugno 2009, n. 14886, in *Riv. giur. edil.*, 2009, I, 1764. Nella fattispecie, un terreno viene occupato dalla P.A., che successivamente conclude con il proprietario un accordo — qualificato dalla S.C. quale «negozio di diritto pubblico» — versandogli un'indennità per l'occupazione del fondo. Sopravviene la revoca della dichiarazione di pubblica utilità, che comporta la risoluzione dell'accordo, sicché la P.A. offre al privato la restituzione del terreno e pretende la restituzione dell'indennità. A seguito del rifiuto di ricevere il terreno opposto dal proprietario, la P.A. lo costituisce in mora mediante offerta formale, senza tuttavia effettuare il sequestro dell'immobile. Al termine di una complessa vicenda processuale, la S.C. si pronuncia sugli effetti dell'offerta del terreno, che — essendo stata effettuata con le modalità previste dagli artt. 1216, comma 1° c.c. e 75 disp. att. — è idonea a costituire in mora il proprietario. Con riferimento alla domanda del proprietario, che aveva chiesto di essere indennizzato per l'uso del terreno, si afferma che a seguito della costituzione in mora egli non poteva ottenere il pagamento di alcuna indennità: a questo scopo non è necessario il sequestro (art. 1216, comma 2° c.c.), essendo sufficiente l'offerta formale (art. 1216, comma 1° c.c.). Si può obiettare, tuttavia, che quello appena indicato non è un effetto della *mora accipiendi*: la stessa esonera il debitore dalla corresponsione dei frutti non percepiti (art. 1207, comma 1° c.c.), ma non incide sulla restituzione del valore di godimento del bene. Ad escludere la responsabilità della pubblica amministrazione per il ritardo nella restitui-

ralmente, la disposizione non risulta applicabile quando già anteriormente alla costituzione in mora il debitore era obbligato a corrispondere i soli frutti effettivamente percepiti: è il caso del depositario (art. 1775 c.c.)⁽⁴⁶⁾.

È possibile che l'omessa percezione dei frutti prodotti dal bene ne comporti il deterioramento, come può avvenire quando la mancata raccolta dei prodotti agricoli pregiudica le condizioni del terreno sottostante. Ora, siccome a seguito della costituzione in mora il debitore resta obbligato ad eseguire la prestazione, il deterioramento del bene conseguente alla mancata percezione dei frutti può comportare la sua responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), il cui ambito si presta ad essere identificato facendo riferimento al principio di buona fede: sulla base di esso è possibile distinguere quando il comportamento del debitore risponde alla condivisibile esigenza di evitare i pregiudizi derivanti dal difetto di cooperazione e quando, invece, pregiudica irragionevolmente la sfera del creditore⁽⁴⁷⁾.

Ora, il debitore non potrà essere ritenuto responsabile quando i costi necessari per percepire i frutti, al netto del valore degli stessi, sono più elevati del valore del bene: oltre che economicamente razionale, la scelta effettuata risulta vantaggiosa per lo stesso creditore, che deve compensare le spese sostenute a titolo di risarcimento del danno⁽⁴⁸⁾ (art. 1207, comma 2° c.c.). Il debitore andrà ugualmente esente da responsabilità quando i costi necessari per percepire i frutti sono elevati e sussiste il rischio che essi non possano essere compensati a causa

zione del terreno sarebbe stata dunque sufficiente un'offerta non formale (art. 1220 c.c.). Con riferimento alla *domanda con cui la P.A. aveva chiesto il pagamento di interessi sull'indennità versata al privato* anteriormente alla revoca della dichiarazione di pubblica utilità, la S.C. disattende la sentenza di secondo grado, in base alla quale gli interessi sulla somma di denaro sarebbero decorsi dal momento in cui il privato aveva illegittimamente rifiutato l'offerta del terreno, e ignorato la contestuale sollecitazione a restituire quanto ricevuto. Il giudice di legittimità osserva che la decorrenza degli interessi sul debito restitutorio non consegue alla *mora accipiendi*; gli interessi sull'indennità decorrono invece, in base alla disciplina dell'indebito, dal momento in cui viene proposta la domanda di restituzione, dovendosi presumere la buona fede dell'*accipiens* (art. 2033 c.c.).

(46) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 118.

(47) Riferimenti al principio di buona fede si rinvencono in VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 198, nt. 59; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 118 s., nt. 3.

(48) Ritiene che il creditore costituito in mora sia tenuto a compensare le spese sostenute dal debitore per la percezione dei frutti BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6.

dell'insolvenza del creditore: conclusione che appare coerente con la *ratio* della disposizione in esame. La responsabilità del debitore potrà invece essere affermata quando a fronte del deterioramento di un bene di valore rilevante i costi necessari per la percezione dei frutti siano contenuti: in questa ipotesi la condotta del debitore appare contraria a buona fede, in quanto caratterizzata da un intento sostanzialmente emulativo nei confronti del creditore costituito in mora.

6. *La tutela dell'affidamento nell'estinzione del vincolo: il risarcimento del danno e il rimborso delle spese.* — Il creditore costituito in mora è obbligato a risarcire i danni subiti dal debitore a causa della dilatazione del rapporto e a compensare «le spese per la conservazione e la custodia della cosa dovuta» (art. 1207, comma 2° c.c.). A causa del difetto di cooperazione, il vincolo al quale è assoggettato il debitore si protrae oltre il momento in cui egli si sarebbe altrimenti liberato. Al debitore viene riconosciuto il diritto di conseguire il risarcimento del danno derivante dalla lesione del suo affidamento nell'estinzione dell'obbligazione: affidamento avvalorato dal requisito dell'offerta, ed in particolare dall'esibizione della prestazione.

Siccome compensa la lesione dell'affidamento, il risarcimento del danno conseguente alla dilatazione del rapporto obbligatorio è commisurato all'interesse negativo⁽⁴⁹⁾, nelle sue componenti emergente e lucrocessante. Il debitore viene compensato delle spese sostenute e delle occasioni di guadagno perse a causa del protrarsi del vincolo, sicché il risarcimento del danno tende a collocarlo nella situazione in cui si sarebbe trovato se — stante il concorso del creditore — avesse adempiuto tempestivamente l'obbligazione. Il risarcimento previsto dall'art. 1207, comma 2° c.c. non compensa, invece, la perdita dei vantaggi che il debitore avrebbe ricavato dall'attuazione del rapporto (interesse positivo)⁽⁵⁰⁾: quando l'obbligazione nasce da un contratto di

(49) L'opinione è diffusa in dottrina: cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 258; CAMARDI, *Effetti*, cit., pp. 803 s.; D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 94; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 439; Id., *Della mora del creditore*, cit., p. 120 s.

(50) Nel panorama dottrinale, si esprime diversamente solo ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, p. 308, il quale, considerando l'ipotesi in cui «il contegno omissivo del creditore risulti volontariamente preordinato alla realizzazione di un mero interesse a non ricevere la prestazione», ritiene che «in tali casi, il conflitto tra creditore e debitore potrà riguardare non la mera liberazione, bensì l'effettiva esecuzione della prestazione», per poi concludere che «nella disciplina della mora

scambio, il debitore non può pretendere di essere collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato se il sinallagma fosse stato attuato.

Non sempre la tutela accordata al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione riproduce il suo interesse negativo. Quando a seguito della costituzione in mora la prestazione diviene impossibile per causa a lui non imputabile, il debitore conserva il diritto a conseguire il corrispettivo, detratte le spese risparmiate e i guadagni alternativi ottenuti grazie alla tempestiva liberazione dal vincolo (art. 1207, comma 1° c.c.): viene allora protetto il suo interesse positivo, in quanto egli viene collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato qualora lo scambio fosse stato attuato. La stessa conclusione, come vedremo, si addice alle fattispecie in cui il creditore — che pure non è stato costituito in mora — determina l'impossibilità della prestazione a lui dovuta (51). Se invece con il proprio comportamento il creditore non pregiudica definitivamente l'attuazione dello scambio, ma si limita a determinare la dilatazione del vincolo al quale è esposto il debitore, il risarcimento del danno dovuto a quest'ultimo è commisurato alla delusione del suo affidamento nella tempestiva estinzione dell'obbligazione. I rimedi accordati al debitore, in definitiva, sono modellati [non tanto sulla qualificazione dogmatica della cooperazione come oggetto di obbligo od onere (52), quanto] sulla qualità degli interessi pregiudicati dal comportamento del creditore. Sono oggetto di tutela l'affidamento nella tempestiva estinzione del vincolo (interesse negativo) se il mancato concorso del creditore comporta la dilatazione del rapporto; l'aspettativa di conseguire l'attuazione dello scambio (interesse positivo) quando il difetto di cooperazione preclude definitivamente la realizzazione dell'operazione economica programmata dalle parti.

La tutela accordata al debitore dal capoverso dell'art. 1207 c.c. è sostanzialmente unitaria, essendo orientata a compensare i pregiudizi conseguenti alla dilatazione del rapporto. L'espressa previsione delle «spese per la conservazione e la custodia della cosa dovuta» costituisce, con ogni probabilità, il frutto dell'impostazione — riscontrabile in molti luoghi del diritto delle obbligazioni — che riconosce valore paradigmatico alle prestazioni di dare (*sach-orientiert*), così come di

anche quest'ultimo conflitto trova la sua composizione, nella misura in cui alimenta la determinazione quantitativa del danno risarcibile *ex art. 1207, comma 2° c.c.*».

(51) V., *infra*, cap. VI, § 7.

(52) V., *supra*, cap. I, § 13.

reminiscenze di carattere romanistico ⁽⁵³⁾: non sembra che alla base di essa sussista una giustificazione diversa da quella che sorregge il risarcimento del danno ⁽⁵⁴⁾.

In altra parte del presente volume è stato ricostruito il dibattito relativo al fondamento della *mora accipiendi* e sono state analizzate le implicazioni che ne derivano in ordine ai criteri sulla base dei quali viene affermata la responsabilità del creditore ⁽⁵⁵⁾. Si è allora sostenuto che la colpa del creditore non è necessaria perché egli possa essere costituito in mora e il debitore sia legittimato ad avvalersi dei corrispondenti rimedi. Il legislatore imputa al creditore il rischio di non poter cooperare per causa a lui non imputabile, obbligandolo a risarcire i danni derivanti dalla dilatazione del vincolo a prescindere dalla sua colpa, allo scopo di favorire gli investimenti funzionali all'attuazione del rapporto obbligatorio. Il debitore è indotto ad investire perché sa che quando, offrendo la prestazione, dimostrerà di essere pronto ad adempiere, otterrà la necessaria cooperazione o verrà tutelato dalla legge a prescindere dalle ragioni che hanno impedito al creditore di fornirla; sarebbe invece riluttante ad investire se, dopo aver compiuto quanto necessario per essere pronto ad adempiere, dovesse assumere i rischi e subire i pregiudizi derivanti dal difetto di cooperazione qualora esso non sia imputabile al creditore. Siccome la costituzione in mora presuppone che il debitore, tramite l'offerta, abbia dimostrato di essere pronto ad eseguire la prestazione, il rischio di un

(53) Cfr. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 147.

(54) In questo senso ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 98; CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 804; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 198; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 119; RAVAZZONI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 903. In giurisprudenza, Cass. 21 gennaio 1985, n. 202, in *Foro it.*, Rep. 1985, v. «obbligazioni in genere», n. 21: «le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta», che il creditore in mora, secondo la previsione dell'art. 1207, comma 3° c.c., è tenuto a rifondere al debitore, integrano una componente dell'obbligazione risarcitoria conseguente alla *mora accipiendi*, e, quindi, un debito di valore, come tale sottratto al principio nominalistico e suscettibile di rivalutazione monetaria». Per una diversa opinione, cfr. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 258; D'AMICO, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 236; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 973, i quali ritengono che il rimborso delle spese non costituisca una componente dell'obbligazione risarcitoria, ma sia piuttosto giustificato dal «principio secondo il quale il debitore non è tenuto a sopportare l'aggravio che il prolungamento del rapporto obbligatorio, imputabile al fatto del creditore, eventualmente dovesse comportare» (così D'AMICO, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 236).

(55) V., *supra*, cap. I, §§ 11-13.

evento fortuito che preclude la cooperazione necessaria per l'adempimento viene imputato al creditore. Se da un lato (in una prospettiva *ex post*) l'affidamento del debitore, concretizzatosi nella formulazione dell'offerta, giustifica tale criterio di imputazione del rischio, dall'altro (in una prospettiva *ex ante*) la regola rassicura il debitore, che altrimenti sarebbe riluttante a compiere gli investimenti necessari per attuare il rapporto ⁽⁵⁶⁾.

Il danno *emergente* subito dal debitore si identifica con le spese relative alla conservazione e alla custodia del bene e con gli altri costi sostenuti per conservare la possibilità di adempiere l'obbligazione. La misura di questi ultimi, naturalmente, dipende dalla complessità del rapporto e dai requisiti fattuali e legali che devono sussistere perché il debitore conservi la possibilità di adempiere. Così, quando la difettosa collaborazione del committente pubblico comporta una sensibile dilatazione dei tempi di realizzazione dell'opera, l'appaltatore viene compensato per l'incremento delle spese generali, gli oneri relativi al prolungamento della polizza fideiussoria, i costi sostenuti per lo svolgimento di lavori non previsti dal contratto e gli esborsi conseguenti all'aumento dei prezzi delle materie prime verificatosi in un momento successivo a quello in cui l'opera sarebbe stata realizzata se fosse stato adeguatamente assistito ⁽⁵⁷⁾.

(56) V., *supra*, cap. I, § 13. Nel panorama dottrinale, tuttavia, non mancano opinioni diverse. Secondo alcuni il creditore — che, pure, può essere costituito in mora per il semplice fatto di non concorrere all'adempimento — sarebbe obbligato a risarcire il danno solo quando il difetto di cooperazione è ascrivibile sua colpa: si assume, dunque, che il risarcimento sia subordinato a presupposti più selettivi di quelli che condizionano gli altri effetti della *mora accipiendi* (G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 972). Altri ritengono applicabile al risarcimento il regime della responsabilità contrattuale, declinato in termini oggettivi: il creditore potrebbe andare esente da responsabilità dimostrando che la cooperazione è divenuta impossibile per una causa estranea alla sua sfera di organizzazione e controllo (F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 258 s.; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 235; ID., *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 106).

(57) Cfr. Trib. Roma 15 ottobre 2012, n. 19275, per esteso in *Pluris*, sintetizzata *supra*, cap. II, nt. 32, la quale, peraltro, considera una fattispecie in cui non era stata effettuata una formale costituzione in mora, in quanto attinente alla responsabilità del committente pubblico nel "regime delle riserve". Fattispecie analoghe sono considerate da Trib. Roma 2 luglio 1982, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1983, II, 175; Coll. Arb. 10 luglio 1989, *ivi*, 1991, 35.

Occorre tuttavia ricordare che su questo terreno il difetto di cooperazione del committente può comportare l'applicazione di rimedi incompatibili con la *mora accipiendi*, come accade quando viene omesso o ritardato il collaudo dell'opera: v.,

Anche su questo terreno, si riscontra nel diritto applicato la tendenza a depotenziare gli effetti della *mora accipiendi*, differendoli al momento in cui il debitore consegue la liberazione dal vincolo. Si è infatti ritenuto che il conduttore resti obbligato a pagare al locatore gli «oneri condominiali» benché a seguito della risoluzione del contratto di locazione abbia offerto in forma solenne la restituzione dell'immobile: perché le spese condominiali gravino sul locatore, non sarebbe sufficiente l'offerta per intimazione, essendo invece necessaria la consegna dell'immobile al sequestratario ai sensi del secondo comma dell'art. 1216 c.c. ⁽⁵⁸⁾ Come già riscontrato in relazione alla pronuncia che esclude la decorrenza degli interessi solo dal momento del deposito ⁽⁵⁹⁾, la soluzione appare tanto in sintonia con la disciplina del codice civile previgente, quanto incompatibile con quella attuale, in

supra, cap. II, § 6, ove peraltro si documenta che all'appaltatore pregiudicato dal ritardo del collaudo viene riconosciuto il diritto di ottenere il risarcimento delle spese di custodia dell'opera sebbene non abbia formalmente costituito in mora il committente pubblico (nt. 69). Una volta effettuato il collaudo, invece, la costituzione in mora del committente si configura quale necessario presupposto del diritto dell'appaltatore a conseguire il rimborso delle spese di guardiania e di custodia: cfr. Cass. 20 giugno 2000, n. 8389, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. «obbligazioni in genere», n. 33; App. Bari 10 maggio 1995, in *Giur. pugliese*, 1995, 209; Trib. Bari 14 novembre 1990, *ibidem*.

Quando il comportamento del committente non determina la dilatazione del tempo necessario per compiere l'opera, ma l'impossibilità di realizzarla, l'art. 1207, comma 2° c.c. non risulta applicabile; il contratto si risolve e l'appaltatore consegue un risarcimento commisurato all'interesse positivo. Se il creditore è stato preventivamente costituito in mora, trova applicazione il primo comma dell'art. 1207 c.c.; altrimenti, non si configura *mora accipiendi*, ma impossibilità della prestazione per causa imputabile al creditore, che dunque è tenuto a compensare il debitore per la lesione del suo interesse positivo (v., *infra*, cap. VI, §§ 7-9). Occorre leggere sulla base di questa consapevolezza massime potenzialmente fuorvianti come quella di Cass. 1° settembre 2011, n. 18002, in *Foro it.*, 2012, I, 1857: «qualora l'opera pubblica risulti non realizzabile per errori o carenze progettuali, che l'amministrazione appaltante non provveda ad eliminare, l'impossibilità dell'esecuzione dell'opera stessa da parte dell'appaltatore non determina la nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto, *ma integra un'ipotesi di mora credendi, le cui conseguenze sono quelle di cui all'art. 1207 c.c.*». Siccome nella fattispecie il difetto di cooperazione del committente aveva reso impossibile la realizzazione dell'opera, non si configura propriamente *mora accipiendi*, sicché — ove non si ritenga che il contratto si sia risolto per inadempimento del committente, e che all'appaltatore spetti il risarcimento del danno (art. 1453, comma 1° c.c.) — l'art. 1207, comma 1° c.c. può essere applicato solo in via analogica.

(58) Cfr. Cass. 27 aprile 2004, n. 7982, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «locazione», n. 123.

(59) Cfr. Cass. 6 gennaio 1983, n. 79, cit., su cui v., *supra*, § 5.

base alla quale le spese relative alla conservazione e alla custodia del bene gravano sul creditore dal momento della costituzione in mora, non essendo invece necessario a giustificare tale effetto che il debitore si liberi effettuando il deposito o il sequestro.

Si concorda sul fatto che in base alla disposizione in commento il creditore sia tenuto a compensare le sole spese necessarie ed utili ⁽⁶⁰⁾: ci si riferisce, evidentemente, ai soli costi che il debitore è tenuto ad affrontare per mantenersi in grado di adempiere l'obbligazione. Delle altre spese sostenute, come quelle che comportano miglioramenti e addizioni, il debitore potrà essere indennizzato sulla base della disciplina dell'arricchimento senza causa, a lui meno favorevole (art. 2041 c.c.) ⁽⁶¹⁾. Il ricorso alla gestione di affari altrui (art. 2028 c.c.) — pure, evocato in dottrina ⁽⁶²⁾ — sembra invece essere precluso in considerazione del fatto che il creditore è normalmente in grado di provvedere accettando la prestazione e valutando in un secondo tempo l'opportunità di sostenere le spese non strettamente necessarie (per quanto esse possano risultare opportune): il requisito dell'assenza dell'interessato che condiziona l'applicabilità dell'istituto è ipotizzabile solo nel caso limite in cui il creditore sia impossibilitato a cooperare all'adempimento per causa a lui non imputabile.

Si ritiene che il creditore sia tenuto a compensare anche le spese che pur essendo state determinate dal difetto di cooperazione non sono inerenti alla prestazione: il debitore può ottenere il rimborso dei costi sostenuti per depositare nei magazzini generali merci — destinate ad altri clienti — che non ha potuto accogliere nei locali aziendali, interamente occupati dai beni rifiutati dal creditore ⁽⁶³⁾. Non sono invece risarcibili in base all'art. 1207, comma 2° c.c. i danni alla persona o ad altri interessi patrimoniali del debitore verificatisi a causa della dilatazione del rapporto obbligatorio: si pensi ai danni subiti dal

(60) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 95; CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 805; CURSI, *Il fondamento giuridico della mora del creditore*, cit., p. 846; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 198; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 428; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 152; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 973 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 119 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 284; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 149.

(61) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 152; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 120.

(62) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 96; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 153.

(63) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 120.

conduttore o dai suoi beni per effetto della rovina dell'immobile del quale il locatore ha rifiutato la restituzione ⁽⁶⁴⁾. Benché tali pregiudizi siano causalmente riconducibili al difetto di cooperazione, il creditore non ne risponde ai sensi della disposizione in commento — che protegge esclusivamente l'affidamento del debitore nella tempestiva estinzione del vincolo — ma in base alla disciplina ordinaria della responsabilità aquiliana.

Il danno lucrocessante si identifica con le occasioni di guadagno trascurate dal debitore a causa del protrarsi del vincolo: così, l'appaltatore può ottenere dal committente a cui è imputabile il difetto di cooperazione il risarcimento del pregiudizio subito a causa dell'immobilizzazione del proprio apparato produttivo, che altrimenti avrebbe potuto destinare all'esecuzione di altri contratti ⁽⁶⁵⁾. Certo, la perdita di opportunità di guadagno incompatibili con l'obbligazione assunta (e protrattasi a causa del difetto di cooperazione) può risultare difficilmente dimostrabile: se infatti il debitore non ha già concluso l'affare che si trova impossibilitato ad attuare a causa della dilatazione del vincolo, il danno non può essere provato, ma soltanto congetturato tramite la formulazione di un giudizio ipotetico ⁽⁶⁶⁾. Si ripropongono inevitabilmente, anche su questo terreno, le difficoltà che ostacolano la prova della componente lucrocessante dell'interesse negativo, giustificando la preferenza per l'interesse positivo quale misura del danno conseguente alla risoluzione ⁽⁶⁷⁾. È ipotizzabile, tuttavia, che in sede applicativa il risarcimento possa essere determinato sulla base di presunzioni incentrate sull'attività ordinariamente svolta dal debitore [si pensi al caso dell'appaltatore, che consegue mediamente un utile dall'uso dell'apparato produttivo immobilizzato a causa del protrarsi del rapporto] ⁽⁶⁸⁾, mentre in dottrina se ne suggerisce la quantificazione per via equitativa (art. 1226 c.c.) ⁽⁶⁹⁾.

(64) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 122.

(65) Cfr. Trib. Roma 15 ottobre 2012, n. 19275, cit.

(66) Sul punto v., incisivamente, CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 805 s.

(67) Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 86 s.; ID., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 639. Nella letteratura anglosassone, cfr. FARNSWORTH, *Changing Your Mind. The Law of Regretted Decisions*, Yale, 1998, p. 57; ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995, p. 445; COOTER & EISENBERG, *Damages for Breach of Contract*, 73 *Calif. L. Rev.* 1434, 1461 (1985).

(68) Sembra essere questa la soluzione adottata da Trib. Roma 15 ottobre 2012, n. 19275, cit.

(69) Cfr. CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 806 s.

Non è invece risarcibile il danno derivante dalla perdita di altri vantaggi che il debitore avrebbe ricavato dall'adempimento dell'obbligazione, come l'incremento della notorietà nel contesto professionale e imprenditoriale e il conseguente ampliamento del giro d'affari ⁽⁷⁰⁾. Il risarcimento previsto dall'art. 1207, comma 2° c.c. compensa la lesione dell'affidamento nella tempestiva estinzione dell'obbligazione, e non la perdita delle utilità che il debitore avrebbe conseguito attuando il rapporto. Quest'ultima, invece, potrà assumere rilevanza ai fini della determinazione del risarcimento del danno, commisurato all'interesse positivo, che — dato l'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva — il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione può domandare contestualmente alla risoluzione del contratto (art. 1453, comma 1° c.c.).

7. *La qualificazione della responsabilità e l'esercizio del credito risarcitorio.* — La responsabilità del creditore costituito in mora è assimilabile a quella contrattuale, in quanto consegue all'alterazione del rapporto obbligatorio intercorrente con la controparte ⁽⁷¹⁾. L'opinione — sostenuta in dottrina indipendentemente dalla qualificazione della cooperazione come obbligo, piuttosto che come onere — trova riscontro nella più recente giurisprudenza di legittimità, che riconduce al *genus* contrattuale un'altra fattispecie di responsabilità da lesione dell'affidamento, parimenti commisurata all'interesse negativo, come la *culpa in contrahendo* ⁽⁷²⁾. Il risarcimento del danno subito dal debitore in conseguenza della dilatazione del rapporto obbligatorio viene determinato — oltre che sulla base degli artt. 1223, 1226, 1227, parimenti applicabili alla responsabilità aquiliana (art. 2056 c.c.) — anche in virtù

(70) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 121.

(71) Cfr. CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 804; D'AMICO, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 235; ID., *Mancata cooperazione del creditore*, cit., 94 s.; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 7; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 427 s.; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 973; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 153 s.

(72) Cfr. Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno resp.*, 2016, 1051, con nota di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Corr. giur.*, 2016, 1504, con nota di CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *NGCC*, 2016, 1451, con nota di IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale* ed in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1942, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato"*.

dell'art. 1225 c.c., sicché il creditore che non ha dolosamente omesso la dovuta cooperazione risponde solo nei limiti del danno prevedibile quando è sorta l'obbligazione (73).

Si ripropongono su questo terreno, sebbene in una prospettiva ribaltata, le ragioni che giustificano l'applicazione della disposizione con riferimento alla responsabilità contrattuale (74). Siccome la responsabilità del creditore è limitata al danno prevedibile, il debitore che ha un interesse particolarmente intenso a liberarsi tempestivamente del vincolo — per ipotesi, perché ha concluso un contratto la cui esecuzione è incompatibile con il protrarsi del rapporto obbligatorio — è indotto ad informare la controparte delle circostanze che lo giustificano. Il criterio induce le parti a superare le asimmetrie informative che riguardano (non solo l'interesse del creditore a conseguire tempestivamente la prestazione, ma anche) l'interesse del debitore ad ottenere la tempestiva estinzione dell'obbligazione. Grazie alle informazioni comunicate dal debitore interessato ad ottenere il risarcimento integrale del danno, il creditore può calcolare i rischi ai quali si espone assumendo la posizione di parte attiva del rapporto, in modo tale da adeguare ad essi le precauzioni e le spese necessarie per cooperare all'adempimento. Su questa base, egli può negoziare un corrispettivo adeguato alla misura della sua responsabilità e alle precauzioni che deve adottare per evitarla: quando alla luce delle informazioni fornite dal debitore il costo della cooperazione risulta essere particolarmente elevato, il corrispettivo che il creditore sarà disposto a concedere a fronte della prestazione risulterà inferiore a quello accordato alle controparti che hanno un interesse meno intenso alla tempestiva estinzione del rapporto. Qualora invece il criterio non fosse applicabile,

(73) Tra coloro che ammettono l'applicazione del criterio della prevedibilità, cfr. CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 804; D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 95.

(74) Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 172 ss.; ID., *Causalità giuridica e danno*, in Visintini (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 5 ss.; ID., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 520; ID., *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 99 s.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contratto Roppo*, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, p. 927 ss.; DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, p. 184 s.; ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Giur. Bigiavi, La responsabilità civile*, agg. 1988-1996 diretto da Alpa e Bessone, I, Torino, 1997, p. 131; ID., *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, p. 22 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 644.

il creditore distribuirebbe i costi mediamente sostenuti per risarcire il danno imprevedibile riducendo indifferentemente il corrispettivo accordato a tutte le sue controparti: il risarcimento del danno imprevedibile verrebbe, così, indirettamente compensato anche dai debitori che non hanno un interesse particolarmente intenso a liberarsi tempestivamente del vincolo.

Se tuttavia il creditore non concorre all'adempimento con la coscienza e la volontà di pregiudicare gli interessi della controparte, vengono meno le ragioni che giustificano la limitazione della sua responsabilità al danno prevedibile quando è sorta l'obbligazione. Il dolo è evidentemente incompatibile con l'esigenza di favorire la razionale programmazione delle precauzioni necessarie per cooperare all'adempimento.

Il debitore, d'altra parte, non può ottenere il risarcimento dei danni che avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2° c.c.). Va ricordato, a questo proposito, che la tutela offerta dalla *mora accipiendi* è strutturalmente interinale e provvisoria: se il creditore costituito in mora non muta orientamento, offrendo il concorso necessario per l'adempimento, il debitore può liberarsi mediante il deposito (sequestro) o la risoluzione del contratto. Ora, se a seguito della costituzione in mora il debitore subisce passivamente il difetto di cooperazione — restando vincolato al rapporto per un periodo di tempo irragionevolmente lungo, nonostante sia evidente che il creditore permane disinteressato a ricevere la prestazione — non può ottenere il risarcimento del danno che avrebbe potuto evitare affrancandosi dal rapporto inattuato.

In quanto oggetto di un debito di valore il risarcimento è sottratto al principio nominalistico, sicché il *quantum* determinato con riferimento alla data del danno deve essere adeguato al mutato potere di acquisto della moneta al momento della liquidazione (75).

Talvolta la somma dovuta al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione viene predeterminata mediante una clausola penale: si pensi alle condizioni generali di contratto che addebitano ai clienti una somma forfetariamente determinata qualora non ritirino beni ingombranti — affidati al predisponente per determinate lavorazioni (riparazione, lavaggio, tintura ecc.) — entro un termine decorrente dal giorno in cui gli stessi sono pronti per la riconsegna. Nessun dubbio che siano applicabili alla fattispecie le disposizioni relative alla clausola penale

(75) In questo senso si pronuncia Cass. 21 gennaio 1985, n. 202, in *Foro it.*, Rep. 1985, v. «obbligazioni in genere», n. 21.

rivenibili nel codice civile (art. 1382-1384) e nella disciplina consumeristica (art. 33, comma 2, lett. *f Cod. cons.*).

Si discute, infine, sulle modalità di esercizio del credito risarcitorio.

Si ritiene che il debitore obbligato al pagamento di una somma di denaro non possa detrarre il risarcimento dal *quantum* dovuto e liberarsi depositando la differenza: dovrebbe invece depositare l'intero importo dovuto, per poi esercitare il credito risarcitorio promuovendo una distinta azione di condanna ⁽⁷⁶⁾. La rilevanza pratica della questione è modesta, in quanto i danni conseguenti al rifiuto di ricevere un pagamento in denaro opposto dal creditore sono limitati: piuttosto che essere protetto dal risarcimento, il debitore di somme di denaro sembra essere tutelato dalla norma che esclude la decorrenza degli interessi (art. 1207, comma 1° c.c.). Fatta questa premessa, non sembra da escludere che la disciplina della compensazione giudiziale possa essere applicata in sede di convalida: se il credito risarcitorio è di facile e pronta liquidazione, il giudice può provvedere ad essa e convalidare il deposito della somma correttamente quantificata dal debitore (art. 1243, comma 2° c.c.).

Ci si chiede, poi, se — qualora il creditore costituito in mora muti orientamento, ed esiga l'adempimento dell'obbligazione — il debitore possa ritenere il bene dovuto fino al momento in cui il risarcimento gli viene corrisposto. Sul punto, la dottrina appare divisa. Alcuni autori escludono che il debitore possa eccepire la mancata corresponsione del risarcimento a giustificazione del proprio rifiuto di adempiere osservando che il diritto di ritenzione, come altri rimedi amministrabili "in autotutela", non può essere esercitato al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ⁽⁷⁷⁾. Altri ritengono, invece, che il debitore possa ritenere il bene dovuto o rifiutare l'esecuzione di una prestazione di fare fino alla corresponsione del risarcimento rilevando che in caso contrario si troverebbe costretto a prestare più del dovuto: una volta adempiuta l'obbligazione, sarebbe onere del debitore esercitare un'autonoma azione per conseguire il risarcimento del danno derivante dal difetto di cooperazione ⁽⁷⁸⁾.

(76) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 152 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 284 s.; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 157.

(77) Cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 429; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 285; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 157.

(78) Cfr. VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 199; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 123 s. Favorevole a riconoscere al debitore un diritto di ritenzione anche G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 973.

Se si considera la questione assumendo il punto di vista del creditore costituito in mora, la sua pretesa di ottenere l'esecuzione della prestazione in un primo tempo rifiutata senza compensare i pregiudizi derivanti dal difetto di cooperazione è evidentemente contraria a buona fede. Il diritto di ritenzione, del resto, risulta essere uno dei primi rimedi accordati al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione: esso risulta attestato dalle fonti romane, mentre permane il dubbio che il debitore fosse legittimato ad ottenere il pagamento del risarcimento mediante l'esercizio di un'azione di condanna ⁽⁷⁹⁾.

L'opinione favorevole all'opponibilità dell'eccezione è in definitiva preferibile, in quanto contribuisce all'effettività di un rimedio — quello risarcitorio — la cui applicazione è subordinata al rispetto di onerosi requisiti procedurali. La soluzione opposta sembra invece assecondare la condotta scorretta del creditore, che dopo avere illegittimamente rifiutato di cooperare all'adempimento esige l'esecuzione della prestazione, costringendo il debitore ad agire in un secondo momento per ottenere il risarcimento del danno.

Non solo. La facoltà di eccepire la mancata corresponsione del risarcimento è coerente con il regime della *mora accipiendi*, orientato a proteggere il debitore dai rischi conseguenti alla dilatazione del rapporto. È questa la ragione giustificativa delle regole che imputano al creditore il rischio dell'impossibilità della prestazione (art. 1207, comma 1° c.c.), escludono la decorrenza degli interessi e l'obbligo di corrispondere i frutti non percepiti (art. 1207, comma 1° c.c.), consentono al debitore di vendere i beni rifiutati dal creditore e depositare il prezzo se le spese di custodia sono troppo elevate (art. 1211 c.c.): quando a causa del protrarsi del vincolo il debitore assume rischi che avrebbe altrimenti evitato, il regime del rapporto obbligatorio viene modellato dalla legge in modo tale da neutralizzarli o quanto meno ridurli.

Ora, se il debitore non potesse eccepire la mancata corresponsione del risarcimento a giustificazione della ritenzione del bene o del rifiuto di eseguire una prestazione di fare, sarebbe esposto senza rimedio a un rischio generato dalla *mora accipiendi*: quello di eseguire la prestazione senza alcuna garanzia di essere compensato delle spese sostenute e delle occasioni di guadagno perse, essendo sempre possibile che il creditore divenga insolvente. In questa ipotesi, per di più, al danno subito ma non risarcito dovrebbero aggiungersi le spese funzionali all'esercizio

(79) V., *supra*, cap. I, § 5.

dell'azione risarcitoria. Uno scenario che appare incompatibile con la funzione dell'istituto.

8. *Gli altri effetti dell'offerta: rapporti con la mora del debitore; diritto di conseguire la liberazione dal vincolo; rimborso delle spese relative all'offerta.* — Passiamo a considerare alcuni effetti che possono prodursi *in occasione* della costituzione in mora del creditore: si tratta di conseguenze non propriamente riconducibili alla mora — che tutela il debitore contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto — ma piuttosto all'offerta solenne (o, per le prestazioni di fare, all'offerta nelle forme d'uso). Gli effetti che ci apprestiamo ad esaminare, in altri termini, non corrispondono alla fisionomia e alla funzione dell'istituto, ma derivano direttamente dalla valida formulazione dell'offerta.

a) *Offerta formale e mora del debitore. Mora accipiendi e mora debendi* sono mutualmente esclusive. Il debitore non può essere ritenuto responsabile quando il ritardo nell'adempimento è ascrivibile al mancato concorso del creditore; quest'ultimo, d'altra parte, non risponde del difetto di cooperazione fino al momento in cui il debitore, formulando l'offerta, dimostra di essere pronto ad adempiere ⁽⁸⁰⁾.

Se il nostro istituto è incompatibile con la *mora debendi*, esso non condiziona in alcun modo l'applicazione dei rimedi che reagiscono al ritardo nell'adempimento. La costituzione in mora del creditore non è necessaria per escludere che il debitore sia responsabile del ritardo ed esonerarlo dalle conseguenze che ne derivano (decorrenza degli interessi moratori ed assunzione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione; legittimazione della controparte ad opporre l'eccezione di inadempimento e ad ottenere la risoluzione del contratto ecc.): per evitare le responsabilità inerenti al ritardo, il debitore può limitarsi ad effettuare un'offerta non formale (art. 1220 c.c.).

In quest'ottica assume rilevanza il procedimento delineato dall'art. 1214 c.c., che permette al debitore di liberarsi dell'obbligazione senza costituire in mora il creditore effettuando un'offerta nelle forme d'uso e procedendo successivamente al deposito. Grazie all'offerta nelle forme d'uso — che al di fuori del campo delle prestazioni di fare non è idonea alla costituzione in mora (art. 1217 c.c.) — il debitore si pone al riparo dalle responsabilità inerenti al ritardo, pur non potendo essere

(80) La dottrina è concorde: cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 124 s.; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 974; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 282.

tutelato contro le conseguenze della dilatazione del rapporto; per effetto del successivo deposito (o, deve ritenersi, del sequestro ⁽⁸¹⁾) egli consegue la liberazione dal vincolo. Anche assumendo questo particolare punto di vista, risulta evidente che la responsabilità conseguente al ritardo nell'adempimento si fonda su presupposti affatto diversi da quelli che giustificano la costituzione in mora del creditore.

Se è pacifico che per *evitare la mora debendi* è sufficiente un'offerta non formale, si è ritenuto che per *interromperla* sia necessaria un'offerta solenne, idonea come tale a provocare la mora del creditore ⁽⁸²⁾. A sostegno di tale opinione si osserva che in base all'art. 1220 c.c. il debitore interessato ad evitare le responsabilità inerenti al ritardo può effettuare un'offerta non formale purché la stessa sia tempestiva; se ne deduce, argomentando *a contrario*, che quando il debitore non ha offerto tempestivamente la prestazione, così da incorrere in *mora debendi*, la può interrompere solo osservando le formalità prescritte dalla legge per la costituzione in mora del creditore.

A nostro parere l'offerta non formale è idonea tanto a evitare, quanto ad interrompere la mora del debitore. Sotto il profilo esecutivo è sostenibile che richiedendo la tempestiva formulazione dell'offerta — ed esonerando il debitore dal rispetto delle formalità prescritte per la *mora accipiendi* — il legislatore abbia voluto semplicemente identificare i presupposti necessari e sufficienti perché il debitore eviti le responsabilità inerenti al ritardo. Non sembra, invece, che sia stata considerata, neppure per implicito, l'eventualità che il debitore sia già stato costituito in mora: e allora, è da ritenere che a farne cessare gli effetti sia sufficiente quella stessa offerta non formale che se tempestivamente effettuata consente di evitarla.

Quanto alle conseguenze che la tesi qui considerata comporta sul piano applicativo, non si comprende perché il debitore interessato alla cessazione delle responsabilità inerenti al ritardo sia tenuto ad offrire la prestazione osservando le onerose formalità prescritte dalla legge per la costituzione in mora del creditore. Appare invece sufficiente, anche a

(81) V., *infra*, cap. V, § 23.

(82) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 282 s.; ID., *Risoluzione giudiziale e offerta reale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, p. 441. Ritengono invece sufficiente l'offerta ordinaria C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*², in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, *sub* art. 1220, p. 231 s.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 300 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 125, testo e nt. 1.

questi effetti, che il debitore effettui un'offerta non formale, purché dimostri di essere in grado di eseguire la prestazione; se il creditore rifiuta un'offerta seria e attendibile — ancorché non effettuata con le modalità prescritte per la *mora accipiendi* — la sua pretesa di invocare la responsabilità del debitore per il ritardo maturato successivamente ad essa è contraria a buona fede ⁽⁸³⁾.

b) *Il diritto di conseguire la liberazione dal vincolo.* È da valutare se tra gli effetti della costituzione in mora possa essere annoverato anche il diritto del debitore di liberarsi dell'obbligazione interessata dal difetto di cooperazione.

In relazione alle obbligazioni di dare, l'offerta formale viene configurata dalla legge come il normale presupposto del deposito (art. 1210, comma 1° c.c.) e del sequestro (art. 1216, comma 2° c.c.). Questi ultimi, tuttavia, possono essere preceduti, ai termini dell'art. 1214 c.c., anche da un'offerta nelle forme d'uso, come tale inidonea a costituire in mora il creditore. Per questo motivo, la *mora accipiendi* non può essere considerata un presupposto necessario dei procedimenti che conducono all'estinzione del rapporto obbligatorio ⁽⁸⁴⁾.

Il debitore si libera indipendentemente dalla costituzione in mora anche quando, essendo obbligato a eseguire una prestazione di fare, non può effettuare il deposito o il sequestro. Su questo terreno la costituzione in mora non condiziona la liberazione del debitore, ma incide piuttosto sulle conseguenze che ne derivano.

Una volta costituito in mora, il creditore assume il rischio dell'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (art. 1207, comma 1° c.c.): la sua responsabilità, commisurata all'interesse positivo, si configura quando la prestazione diviene impossibile tanto a causa del difetto di cooperazione (art. 1256, comma 2° c.c.), quanto in dipendenza di un fattore estraneo al rapporto obbliga-

(83) Come si è avuto occasione di ricordare (*supra*, cap. II, §§ 10, 12), nel contesto dei contratti a prestazioni corrispettive il creditore è legittimato a rifiutare la prestazione offerta con grave ritardo e l'esecuzione della controprestazione sebbene non abbia ancora proposto domanda di risoluzione. Date queste condizioni, un'offerta gravemente tardiva può essere rifiutata anche se compiuta in forma solenne, risultando inidonea a provocare la mora del creditore: a seguito del rifiuto legittimamente opposto da quest'ultimo — che può successivamente domandare la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno — gli effetti della *mora debendi* vengono meno, in quanto il debitore non è più tenuto ad adempiere ed è responsabile per la mancata attuazione dello scambio.

(84) Nitidamente, sul punto, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 125 s.

torio quale può essere il fatto di un terzo o il caso fortuito. Qualora invece non sia stato costituito in mora, il creditore risulta responsabile nella misura dell'interesse positivo se ha provocato l'impossibilità della prestazione precludendo al debitore l'attuazione del rapporto, mentre non assume alcuna responsabilità quando la prestazione è divenuta impossibile per caso fortuito o fatto di un terzo: in questa seconda ipotesi il contratto si risolve per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.), sicché il debitore consegue la liberazione dal vincolo ma non può pretendere di essere compensato per la mancata attuazione dello scambio.

La mora accipiendi, dunque, non interferisce con la liberazione del debitore — che consegue comunque all'impossibilità sopravvenuta della prestazione — ma comporta, piuttosto, la dilatazione della responsabilità del creditore, che risulta estesa all'ipotesi in cui la prestazione di fare non possa essere eseguita per cause diverse dal difetto di cooperazione, quali il caso fortuito o il fatto del terzo.

c) *Il rimborso delle spese relative all'offerta*. Quando il creditore viene validamente costituito in mora, il debitore ha diritto di conseguire il rimborso delle spese sostenute per effettuare l'offerta (art. 1215 c.c.)⁽⁸⁵⁾. Il credito avente ad oggetto il rimborso delle spese presuppone non solo che l'offerta sia stata effettuata con le modalità prescritte dalla legge, ma anche che sia stata accettata dal creditore o convalidata dal giudice (art. 1207, comma 3° c.c.)⁽⁸⁶⁾. In assenza di tali presupposti trova applicazione l'art. 1196 c.c., in base al quale le spese del pagamento sono sostenute dal debitore⁽⁸⁷⁾.

(85) Le spese relative all'offerta reale e al deposito che il creditore è tenuto a rimborsare comprendono anche l'onorario spettante al difensore del debitore: lo afferma Pret. Salerno 9 novembre 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 269.

(86) In giurisprudenza si è precisato che se la sentenza di secondo grado che rigetta la domanda relativa alle spese non viene impugnata sul punto specifico con ricorso per cassazione, il relativo credito non può essere fatto valere nel giudizio di rinvio: cfr. Cass. 19 maggio 2004, n. 9474, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «rinvio civile», n. 19.

(87) Sulla validità dell'offerta quale presupposto necessario del credito avente ad oggetto il rimborso delle spese v., in motivazione, Cass. 19 maggio 2004, n. 9474, cit.: «la domanda del debitore di rimborso delle spese affrontate per l'offerta reale e il deposito della somma di danaro che il creditore ha rifiutato di ricevere è fondata sulla validità dell'una e dell'altro, secondo le disposizioni di cui agli artt. 1208 e 1212 c.c.». Non può dunque ottenere il rimborso delle spese sostenute il debitore che abbia offerto la somma dovuta inviando al creditore un assegno circolare tramite il servizio postale: cfr. Cass. 21 dicembre 2002, n. 18240, in *Vita not.*, 2003, 284. Né il creditore è obbligato a rimborsare le spese relative all'offerta effettuata per conto del debitore da

Sebbene il testo dell'art. 1215 c.c. menzioni solo l'offerta reale, la disposizione è certamente applicabile anche all'offerta per intimazione e a quella effettuata nelle forme d'uso⁽⁸⁸⁾. Se è vero che il rimborso delle spese relative all'offerta costituisce il complemento della responsabilità del creditore costituito in mora per i danni derivanti dalla dilatazione del rapporto⁽⁸⁹⁾, una sua eventuale limitazione comporterebbe irragionevoli disparità di trattamento e sarebbe incompatibile con la ragione giustificativa dell'istituto.

Benché tale evenienza sia rara, non si può escludere che il debitore effettui "in prima battuta" l'offerta solenne, senza averle anteposto quella ordinaria. Anche in questa ipotesi l'offerta deve ritenersi idonea a costituire in mora il creditore che non l'abbia tempestivamente accettata⁽⁹⁰⁾; il debitore, correlativamente, potrà ottenere il rimborso delle spese sostenute per compiere l'offerta ogni qualvolta la prestazione non sia stata tempestivamente ricevuta o la cooperazione richiesta non sia stata tempestivamente fornita. È quanto avviene quando il creditore accetta la prestazione una volta decorso un certo periodo di tempo dalla formulazione dell'offerta; ammette di essere tenuto a cooperare senza tuttavia ricevere la prestazione; si limita a rifiutare il concorso necessario per l'adempimento, inducendo il debitore a chiedere e ottenere la convalida giudiziale dell'offerta. In definitiva, la circostanza che l'offerta formale non sia stata preceduta da quella ordinaria non preclude la costituzione in mora, né tanto meno il rimborso delle spese. Se l'obbligazione è pecuniaria, è ipotizzabile che il credito relativo alle spese possa essere detratto dal *quantum* dovuto in virtù di compensazione legale (se, come avviene di regola, le spese

un notaio che anziché seguire il procedimento previsto dagli artt. 1209, comma 1° c.c. e 74 disp. att. si sia limitato a redigere un verbale di avvenuto pagamento: cfr. Pret. Terni 1° dicembre 1993, in *Rass. giur. umbra*, 1994, 97. Ancora, non può ottenere il rimborso delle spese dell'offerta il soggetto decaduto dall'esercizio del diritto di riscatto agrario, avendo offerto il prezzo al terzo acquirente oltre la scadenza del termine di tre mesi dal momento in cui la sentenza che ha accolto la sua domanda è passata in giudicato: in questo senso Cass. 4 novembre 2005, n. 21388, in *Vita not.*, 2006, 259.

(88) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 266 s.; MANIACI, *Spese*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, *sub* art. 1215, p. 912; implicitamente, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 240.

(89) Cfr. MANIACI, *Spese*, cit., p. 913; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 240.

(90) V., *supra*, cap. II, § 12.

sono liquide) o giudiziale (quando pur non essendo ancora determinate sono di facile e pronta liquidazione) ⁽⁹¹⁾.

Quando invece l'offerta formale è stata tempestivamente accettata, certamente il creditore non viene costituito in mora. Quanto al rimborso delle spese relative all'offerta, occorre distinguere. Se l'offerta formale è stata preceduta da quella ordinaria — evidentemente, rifiutata dal creditore — il debitore consegue il rimborso delle spese benché non possa invocare gli effetti della *mora accipiendi*: esito che viene giustificato configurando il credito relativo alle spese quale effetto dell'offerta in sé e per sé considerata ⁽⁹²⁾. Se invece il debitore ha effettuato senz'altro l'offerta formale, senza anteporle quella ordinaria, non può pretendere di essere indennizzato delle spese sostenute ⁽⁹³⁾: benché l'offerta possa presentare tutti i requisiti previsti dall'art. 1208 c.c., il relativo credito risulta inesigibile in quanto la pretesa di conseguire il rimborso risulta contraria a buona fede.

Il regime dell'obbligazione avente ad oggetto il rimborso delle spese sembra poter essere ricostruito in analogia con quello dei debiti restitutori aventi ad oggetto somme di denaro, quanto meno nella normale ipotesi in cui le somme dovute al debitore siano liquide. Trattandosi di un debito di valuta, il *quantum* oggetto di rimborso non

(91) In senso opposto si esprime tuttavia una recente sentenza di legittimità, sia pure relativa ad una controversia incentrata sulla risoluzione di un contratto preliminare di vendita (Cass. 16 novembre 2017, n. 27255, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «obbligazioni in genere», n. 38). I promissari acquirenti offrono in un primo tempo il prezzo davanti al notaio mediante assegni circolari; stante il rifiuto opposto dal promittente alienante, effettuano successivamente offerta reale condizionata al rimborso delle relative spese: dal prezzo dovuto, sostanzialmente, vengono detratte le spese sostenute per compiere l'offerta. Pur considerando priva di efficacia solutoria l'offerta di assegni circolari avvenuta davanti al notaio, la Corte d'Appello addebita la risoluzione del preliminare al promittente alienante, in quanto ritiene illegittimo il rifiuto dell'offerta reale del prezzo con detrazione delle spese successivamente compiuta dai promissari acquirenti. Accogliendo il ricorso proposto dal promittente alienante, la S.C. disattende tale conclusione. Secondo il giudice di legittimità, il credito avente ad oggetto il rimborso delle spese previsto dall'art. 1215 c.c. presuppone che il debitore abbia esattamente offerto la prestazione in forma amichevole; e siccome nella fattispecie la sentenza di secondo grado, non impugnata sul punto specifico, aveva ritenuto inesatta l'offerta precedentemente effettuata davanti al notaio, il promissario acquirente non ha diritto al rimborso delle spese sostenute per compiere l'offerta reale né, tanto meno, può detrarre dalla somma dovuta.

(92) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6.

(93) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 240; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, Milano, 1956, p. 99.

dovrà essere rivalutato ⁽⁹⁴⁾; su di esso decorreranno gli interessi legali dal momento del pagamento a quello del rimborso, così da indennizzare integralmente il debitore degli oneri sostenuti a causa del difetto di cooperazione ⁽⁹⁵⁾.

9. *Cessazione degli effetti della mora.* — Possono verificarsi sopravvenienze che impediscono al debitore di invocare per il futuro gli effetti della mora, senza pregiudicare quelli prodottisi anteriormente.

È quanto avviene, in primo luogo, quando l'obbligazione non adempiuta a causa del difetto di cooperazione si estingue. Il debitore non può pretendere di essere tutelato contro la dilatazione del rapporto dopo che si è liberato effettuando il deposito (sequestro) o conseguendo la risoluzione del contratto.

Gli effetti della mora cessano, parimenti, quando il creditore manifesta in modo serio e attendibile l'intenzione di cooperare all'adempimento ⁽⁹⁶⁾. Se tuttavia a seguito della costituzione in mora è sopravvenuto un impedimento non imputabile al debitore che preclude l'esecuzione della prestazione, esso resta a carico del creditore nonostante la sopravvenuta disponibilità a cooperare ⁽⁹⁷⁾. Anche in questa ipotesi, il creditore sarà tenuto a risarcire il danno derivante dal protrarsi del rapporto se l'impedimento è temporaneo, sicché la prestazione resta possibile (art. 1207, comma 2° c.c.); assumerà invece il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1207, comma 1° c.c.) se l'impedimento perdura fino al momento in cui il debitore non possa più essere ritenuto obbligato ad adempiere (art. 1256, comma 2° c.c.).

(94) V., con riferimento ai debiti restitutori conseguenti alla risoluzione del contratto per inadempimento, Cass., sez. un., 17 maggio 1995, n. 5391, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «contratto in genere», n. 498. In senso conforme, nella giurisprudenza più recente, Cass. 12 marzo 2014, n. 5639, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «danni civili», n. 287; Cass. 14 aprile 2004, n. 7066, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «contratto in genere», n. 599; Cass. 15 marzo 2004, n. 5237, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «contratto in genere», n. 600; Cass. 17 luglio 2002, n. 10373, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2886; Cass. 8 novembre 2002, n. 15696, in *Foro it.*, Rep. 2002, v. «contratto in genere», n. 514; Cass. 27 marzo 1999, n. 2941, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1118.

(95) Cfr. MANIACI, *Spese*, cit., p. 917; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 240.

(96) Cfr. MARASCO, *La mora del creditore*, cit., p. 676; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, cit., p. 976; G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 126 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 273; SCUTO, *Mora del creditore*, cit., p. 245.

(97) Lo evidenzia CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 126.

Per giustificare la cessazione degli effetti della mora non è necessario che il creditore solleciti l'esecuzione della prestazione; occorre, piuttosto, che la disponibilità a cooperare sia avvalorata da indizi che ne attestano l'attendibilità, come il ricorso alla forma scritta o la predisposizione dell'organizzazione necessaria per ricevere la prestazione⁽⁹⁸⁾. Se poi il creditore sollecita l'adempimento, la cessazione della *mora accipiendi* si coniuga con la costituzione in mora del debitore.

Si intende che se a seguito della dichiarazione con cui manifesta la volontà di cooperare il creditore non concorre all'adempimento per causa a lui non imputabile, gli effetti della mora non vengono meno. Il creditore può essere costituito in mora anche quando il difetto di cooperazione non gli è imputabile; a maggior ragione, non può pretendere che la sua responsabilità venga meno quando la sopravvenuta disponibilità a concorrere all'adempimento viene vanificata da circostanze non ascrivibili a sua colpa⁽⁹⁹⁾.

Si è sostenuto che il debitore è legittimato a ritenere il bene dovuto — o rifiutare, comunque, l'esecuzione della prestazione — fino al momento in cui il creditore non compensa i danni derivanti dal difetto di cooperazione⁽¹⁰⁰⁾. Ne consegue inevitabilmente che il creditore interessato alla cessazione degli effetti della mora ha l'onere di offrire alla controparte il risarcimento del danno e il rimborso delle spese sostenute⁽¹⁰¹⁾.

Si è poi affermato che il debitore può validamente costituire in mora il creditore offrendo la prestazione subordinatamente all'esecuzione della controprestazione, in quanto l'eccezione di inadempimento — di cui l'offerta subordinata all'esecuzione della controprestazione costituisce un adattamento — risulta compatibile con la tutela contro il difetto di cooperazione garantita dalla *mora accipiendi*⁽¹⁰²⁾. Con una altrettanto inevitabile implicazione: il creditore interessato alla cessazione degli effetti della mora ha l'onere di offrire al debitore la controprestazione alla cui esecuzione è subordinata l'offerta⁽¹⁰³⁾.

(98) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 126 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 273.

(99) Condividiamo qui l'opinione di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 105.

(100) V., *supra*, § 7.

(101) Nello stesso senso CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 127; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 273; SCUTO, *Mora del creditore*, cit., p. 245.

(102) V., *supra*, § 7 e cap III, § 13.

(103) Cfr. SCUTO, *Mora del creditore*, cit., p. 245. V. tuttavia in senso contrario CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 127; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 273 s.

Sezione seconda
Alterazioni e adattamenti dell'istituto.
L'offerta formale di restituzione dell'immobile
nelle locazioni commerciali

SOMMARIO: 10. Premessa. Offerta della prestazione e *mora accipiendi* in due contratti di scambio: obbligazione *vs.* *sinallagma*. — 11. Al termine della locazione commerciale: la facoltà del conduttore di subordinare la restituzione dell'immobile al pagamento dell'indennità di avviamento. — 12. *Segue*. Il pagamento del canone e l'onere di effettuare l'offerta formale: analisi critica della giurisprudenza. — 13. Per una più stretta aderenza al dato normativo: una ricostruzione alternativa a quella adottata dalla giurisprudenza.

10. *Premessa. Offerta della prestazione e mora accipiendi in due contratti di scambio: obbligazione vs. sinallagma.* — Per completare l'indagine sugli effetti della mora è necessario ricostruire gli orientamenti giurisprudenziali relativi a due contratti caratterizzati da una particolare rilevanza sociale, quali la locazione commerciale e il lavoro subordinato. Come si evince dalla consultazione dei repertori, in relazione ad entrambi i riferimenti alla mora del creditore — in generale, non proprio numerosi — ricorrono con molta frequenza.

All'offerta della prestazione e alla conseguente costituzione in mora del creditore, tuttavia, si riconoscono effetti che non appaiono coerenti con la funzione dell'istituto. Nell'applicazione giurisprudenziale, la *mora accipiendi* che consegue alla formulazione dell'offerta non vale a proteggere il debitore contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del vincolo; la figura viene invece evocata — a nostro avviso, impropriamente — per giustificare soluzioni relative all'attuazione del *sinallagma* di cui la prestazione offerta costituisce parte integrante.

Se questo è vero, i riferimenti alla mora del creditore sembrano da un lato incompatibili con la disciplina positiva dell'istituto; dall'altro, inidonei a favorire l'individuazione di soluzioni equilibrate e aderenti agli interessi delle parti.

Appare allora preferibile la scelta di affrontare le medesime questioni nella prospettiva delle regole — e dei rimedi — che governano l'attuazione dello scambio.

11. *Al termine della locazione commerciale: la facoltà del conduttore di subordinare la restituzione dell'immobile al pagamento dell'indennità di avviamento.* — Quando un contratto di locazione di un

immobile adibito ad uso commerciale non viene rinnovato per causa non imputabile al conduttore, quest'ultimo ha diritto di conseguire dal locatore il pagamento di un'indennità che compensa la perdita dell'avviamento inerente all'immobile e favorisce il tempestivo trasferimento della sua attività in altra sede (art. 34 l. 27 luglio 1978, n. 392).

Ci si chiede, allora, se il conduttore possa subordinare la restituzione dell'immobile preso in locazione al pagamento dell'indennità di cui è creditore. In giurisprudenza si delinea una risposta positiva: a partire da una pronuncia resa a sezioni unite all'inizio del secolo⁽¹⁰⁴⁾, si osserva che la legge istituisce un rapporto di corrispettività tra la restituzione dell'immobile e la corresponsione dell'indennità di avviamento (artt. 34, comma 3°; 69, comma 10° l. 392/1978) che vede l'esigibilità della prima prestazione (restituzione dell'immobile) subordinata all'esecuzione della seconda (pagamento dell'indennità). Avvalendosi dell'eccezione di inadempimento, il conduttore può rifiutare la restituzione dell'immobile fino al momento in cui gli sia stata corrisposta l'indennità di avviamento (art. 1460 c.c.)⁽¹⁰⁵⁾; nello stesso modo, egli può offrire la restituzione subordinandola al pagamento dell'indennità⁽¹⁰⁶⁾. L'opinione viene giustificata sulla base della funzione dell'indennità di avviamento: non solo compensare la perdita di un valore pre-

(104) Cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, in *Foro it.*, 2001, I, 928, in *Corr. giur.*, 2001, 1324, con nota di GIOVE, *Danni da ritardato rilascio e indennità di avviamento*, in *Arch. loc.*, 2001, 70 e in *Giust. civ.*, 2001, I, 347.

(105) Cfr. Cass. 13 dicembre 2012, n. 22924, in *Guida dir.*, 2013, 4, 35 (s.m.); Cass. 9 marzo 2010, n. 5661, in *Arch. loc.*, 2011, 47 (s.m.), con nota di DE TILLA, *Indennità di avviamento, rifiuto di restituzione dell'immobile e pagamento del canone*; Cass. 20 aprile 2009, n. 9353, in *Giur. it.*, 2010, 829; Cass. 11 luglio 2006, n. 15721, in *Rass. loc.*, 2006, 361; Cass. 28 marzo 2003, n. 4690, in *Arch. loc.*, 2003, 636 ed in *Giur. it.*, 2004, 528, con nota di PETRI, *Diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale e ius retentionis del conduttore*; Cass. 10 febbraio 2003, n. 1930, in *Giur. it.*, 2003, 2023 ed in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1166, con nota di DE TILLA, *Rilascio dell'immobile ed indennità di avviamento sono legate da un rapporto di reciproca dipendenza*; Cass. 21 luglio 1993, n. 8134, in *Foro it.*, 1994, I, 2452, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, 290 ed in *Giust. civ.*, 1994, I, 3201, con nota di IZZO, *Inesistenza del diritto al risarcimento del danno in caso di mancata corresponsione dell'indennità di avviamento*.

(106) La subordinazione dell'offerta al pagamento dell'indennità è espressamente ammessa da Cass. 25 giugno 2013, n. 15876, in *Arch. loc.*, 2014, 68, in *Guida dir.*, 2013, f. 33, 31 ed in *Riv. giur. edil.*, 2013, 1028, con nota di DE TILLA, *L'obbligo del conduttore di versare il canone in attesa del pagamento dell'indennità di avviamento*; Cass. 25 marzo 2010, n. 7179, in *Foro it.*, Rep. 2010, v. «locazione», 249; Cass., sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, cit.

giudicato dal distacco dell'attività dal locale, ma anche favorire la prosecuzione della medesima attività in un nuovo contesto ⁽¹⁰⁷⁾.

La soluzione è pienamente condivisibile. L'offerta subordinata all'esecuzione della controprestazione trova riscontro nell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.): essa risulta dall'adattamento del rimedio all'ipotesi in cui anziché attendere la richiesta della controparte il contraente legittimato assuma l'iniziativa ed offra la prestazione, subordinandola all'esecuzione della prestazione corrispettiva. Come il conduttore può rifiutare la restituzione dell'immobile fino alla percezione dell'indennità di avviamento, così, e a maggior ragione, è legittimato ad offrire la riconsegna del bene subordinandola al pagamento della medesima indennità ⁽¹⁰⁸⁾.

L'offerta di restituzione subordinata alla corresponsione dell'indennità denota, anzi, una propensione ad attuare lo scambio che non necessariamente sussiste quando viene opposta eccezione di inadempimento: il conduttore manifesta la sua attuale disponibilità ad eseguire la prestazione di cui è debitore, dimostrando tramite l'offerta che a seguito del pagamento dell'indennità il rapporto può essere attuato. Il locatore, in definitiva, è stimolato ad adempiere più di quanto accada quando gli viene opposta eccezione di inadempimento, in quanto l'offerta formulata dal conduttore dimostra che l'immobile è pronto per essere restituito.

D'altra parte, la subordinazione dell'offerta alla corresponsione dell'indennità di avviamento consente di realizzare più efficacemente la funzione di quest'ultima. Il locatore è indotto a pagare l'indennità se vuole acquisire la disponibilità dell'immobile, e questo rende più probabile la risoluzione stragiudiziale della controversia; se invece il conduttore fosse obbligato a restituire l'immobile senza poterne condizionare la consegna al pagamento dell'indennità si troverebbe probabilmente costretto ad esercitare in un secondo tempo un'azione di condanna nei confronti del locatore. Il pagamento tempestivo dell'indennità di avviamento — incompatibile con il tempo necessario per pervenire ad una pronuncia di condanna — è invece necessario perché

(107) In questo senso v., nuovamente, Cass., sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, cit., ai termini della quale l'indennità prevista dall'art. 34 l. 27 luglio 1978, n. 392 «serve al conduttore, non soltanto per ristorarlo del pregiudizio della perdita dell'avviamento, che egli si era fatto esercitando la propria attività nei locali che si accinge a dover abbandonare, ma anche per agevolarlo nella fase di impianto dell'azienda in nuovi locali, in una situazione in cui un avviamento va di nuovo suscitato».

(108) Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 6 maggio 1966, n. 1159, in *Giur. it.*, 1967, I, 326, con nota adesiva di CATTANEO.

la somma possa non solo compensare un valore perduto dal conduttore, ma anche essere investita per favorire il riavvio dell'attività imprenditoriale in altra sede.

Non solo. Legittimando il conduttore a subordinare la restituzione dell'immobile alla percezione dell'indennità di avviamento si favorisce una razionale programmazione dell'attività imprenditoriale. Il conduttore che non attende la richiesta del locatore, ma assume l'iniziativa di offrire la restituzione dell'immobile, dimostra di mal sopportare la condizione di precarietà in cui si viene a trovare a seguito dell'estinzione del rapporto, e di essere invece interessato ad intraprendere una nuova fase della propria attività in un mutato contesto.

12. *Segue. Il pagamento del canone e l'onere di effettuare l'offerta formale: analisi critica della giurisprudenza.* — Posto che il conduttore può subordinare la restituzione dell'immobile al pagamento dell'indennità, è da valutare se per effetto di un'offerta così congegnata egli sia esonerato solo dal risarcimento del maggior danno o anche dal pagamento del canone fino al momento della riconsegna (art. 1591 c.c.).

Si riscontra, in primo luogo, un orientamento in base al quale il conduttore che rifiuta la restituzione dell'immobile eccependo la mancata percezione dell'indennità è esonerato dal risarcimento del maggior danno, ma non dal pagamento del canone di locazione (art. 1591 c.c.)⁽¹⁰⁹⁾.

La soluzione non cambia quando è il conduttore ad assumere l'iniziativa offrendo la restituzione dell'immobile subordinatamente alla corresponsione dell'indennità di avviamento: benché anche in questa ipotesi il conduttore operi legittimamente evitando la mora *debendi*, egli è esonerato solo dal risarcimento del maggior danno, restando obbligato a pagare il canone fino alla data della restituzione. Qui entra in gioco la *mora accipiendi*: per liberarsi dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del canone, il conduttore sarebbe tenuto ad

(109) Per i riferimenti giurisprudenziali v., *supra*, nt. 105. In dottrina, la soluzione è condivisa da CUFFARO, *Le locazioni non abitative*, in *Tratt. contratti Roppo-Benedetti*, II, Milano, 2014, p. 1162; DE TILLA, *L'obbligo del conduttore di versare il canone*, cit., p. 1033; MONEGAT, *Nessun diritto di ritenzione nell'uso diverso: il conduttore deve pagare il canone sino al rilascio in attesa dell'indennità*, in *Imm. propr.*, 2013, p. 533 s.; GRECO, *Sul risarcimento del danno da mancato rilascio dell'immobile locato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 97 s.; SINISI e TRONCONE, *Le locazioni ad uso commerciale*², Padova, 2005, p. 406 s. In linea con tale orientamento anche la ricostruzione di M. TRIMARCHI, *La locazione*, in *Tratt. dir. civ. notariato Perlingieri*, Esi, 2013, p. 355 s.

offrire la restituzione in forma solenne, con la conseguente costituzione in mora del locatore (art. 1216, comma 1° c.c.) ⁽¹¹⁰⁾.

A tale orientamento sembra contrapporsi un indirizzo in base al quale l'offerta non formale di restituzione dell'immobile (art. 1220 c.c.) sarebbe sufficiente ad escludere non solo il risarcimento del maggior danno, ma anche il pagamento del canone di locazione: non essendo in mora, il conduttore non incorre in nessuna delle conseguenze previste dall'art. 1591 c.c. ⁽¹¹¹⁾

Il contrasto giurisprudenziale è solo apparente, in quanto i due orientamenti insistono su fattispecie diverse. Quando il conduttore è creditore dell'indennità di avviamento, può liberarsi dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del canone solo offrendo la restituzione dell'immobile in forma solenne (art. 1216, comma 1° c.c.); se invece l'indennità di avviamento non gli è dovuta, come accade quando l'immobile è adibito ad uso di abitazione, può limitarsi ad effettuare un'offerta non formale (art. 1220 c.c.) ⁽¹¹²⁾.

(110) Cfr. Cass. 15 novembre 2017, n. 26950, in *Riv. giur. edil.*, 2017, I, 90; Cass. 25 giugno 2013, n. 15876, in *Arch. loc.*, 2014, 68; Cass. 17 dicembre 2010, n. 25638, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2043; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «locazione», n. 154 ed in *Dir. prat. soc.*, 2006, f. 23, 52; Cass. 14 febbraio 2006, n. 3184, in *Guida dir.*, 2006, 18, 80 (s.m.) ed in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «locazione», 155; Cass. 10 febbraio 2003, n. 1941, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1810, in *Giur. it.*, 2003, 1574 ed in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1479; Cass. 13 febbraio 2002, n. 2086, in *Foro it.*, Rep. 2002, v. «obbligazioni in genere», n. 64; Cass. 17 ottobre 1995, n. 10820, in *NGCC*, 1997, I, 292, con nota di DEL BENE, *Sull'inesigibilità del credito all'indennità per perdita di avviamento commerciale in assenza di offerta*, ex parte conductoris, di riconsegna dell'immobile locato, ai sensi dell'art. 1216 c.c., in epoca successiva alla cessazione del rapporto di locazione - Costituzione in mora del locatore e responsabilità ex art. 1224 c.c. Nella giurisprudenza di merito, v. App. Bari 20 dicembre 2012, n. 1153, per esteso in *De Jure*.

(111) Cfr. Cass. 16 maggio 2017, n. 12006 (ord.), in *Imm. propr.*, 2017, 462; Cass. 4 aprile 2017, n. 8672, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «locazione», n. 43; Cass. 14 febbraio 2017, n. 3788, in *Imm. propr.*, 2017, 257; Cass. 29 gennaio 2014, n. 1980, in *Guida dir.*, 2014, f. 15, 82 (s.m.); Cass. 20 giugno 2013, n. 15433, per esteso in *De Jure*; Cass. 17 gennaio 2012, n. 550, in *Arch. loc.*, 2012, 153; Cass. 20 gennaio 2011, n. 1337 (ord.), in *Foro it.*, Rep. 2011, v. «locazione», n. 119; Cass. 27 gennaio 2010, n. 1684, per esteso in *De Jure*; Cass. 3 settembre 2007, n. 18496, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «obbligazioni in genere», n. 60; Cass. 26 aprile 2002, n. 6090, in *Arch. loc.*, 2002, 400 ed in *Dir. giust.*, 2002, f. 23, 31; Cass. 17 marzo 1999, n. 2419, in *Foro it.*, Rep. 1999, v. «obbligazioni in genere», n. 44.

(112) La relazione rilevata in giurisprudenza tra la titolarità dell'indennità di avviamento e la forma dell'offerta (solenne se il conduttore è creditore dell'indennità; ordinaria nel caso contrario) risulta disattesa da Cass. 26 aprile 2002, n. 6090, cit.: la sentenza afferma che l'offerta non formale è sufficiente ad escludere l'obbligazione di

È da valutare se tale divaricazione sia fondata sul dato normativo; se, in altri termini, trovi riscontro nella disciplina legislativa l'assunto in base al quale solo se esige la corresponsione dell'indennità — alla quale subordina l'efficacia dell'offerta — il conduttore è tenuto ad adottare le formalità necessarie per la costituzione in mora del creditore.

La risposta è negativa. La distinzione tra le due ipotesi scaturisce da una costruzione elaborata dalla giurisprudenza in autonomia rispetto al dato normativo, nel contesto del quale la circostanza che il conduttore sia creditore dell'indennità di avviamento non condiziona in alcun modo la forma dell'offerta.

In base a tale costruzione, *se il conduttore non vanta nei confronti del locatore un credito al pagamento dell'indennità* può offrire la restituzione dell'immobile nelle forme ordinarie; come si evince dal “combinato disposto” degli artt. 1220 e 1591 c.c., un'offerta non formale è sufficiente per consentirgli di evitare la mora e sottrarsi, così, al pagamento del canone di locazione e al risarcimento del maggior danno. *Se invece il conduttore può esigere dal locatore la corresponsione dell'indennità di avviamento*, è legittimato a rifiutare la restituzione dell'immobile opponendo l'eccezione di inadempimento o ad offrirne la restituzione subordinandola al pagamento della somma di cui è creditore. In entrambi i casi, il conduttore che ritiene l'immobile in attesa di ricevere l'indennità non può essere considerato in mora, sicché non incorre nelle conseguenze previste dall'art. 1591 c.c. Egli è esonerato dal risarcimento del maggior danno, ma pur avendo legittimamente rifiutato la restituzione del locale è ugualmente obbligato a pagare il canone fino al momento della riconsegna, in quanto tra lui e il locatore si instaura *ex lege* un rapporto che riproduce nei suoi tratti essenziali quello generato dal contratto estinto.

In quest'ottica, il conduttore che rifiuta la restituzione dell'immobile — o che ne offre la restituzione subordinandola al pagamento dell'indennità — non è responsabile del ritardo, sicché non è obbligato a risarcire il maggior danno (art. 1591 c.c.). Il semplice fatto che abbia conservato la disponibilità del locale, tuttavia, gli impone di pagare il canone: una volta esclusa l'applicabilità dell'art. 1591 c.c., per giustificare tale conclusione si ipotizza che a seguito dell'estinzione del rapporto contrattuale si instauri tra le parti un nuovo sinallagma, che riproduce nei suoi tratti essenziali la fisionomia di quello estinto. Si

pagare il canone in relazione ad una fattispecie che vede il conduttore di un immobile adibito ad uso commerciale creditore dell'indennità di avviamento.

riconosce però al conduttore la facoltà di liberarsi dal pagamento del canone costituendo in mora il locatore tramite un'offerta formale di restituzione dell'immobile (art. 1216, comma 1° c.c.).

L'orientamento si espone a due ordini di valutazioni. Oltre a una critica "esterna", che investe i presupposti a partire dai quali viene condotta l'argomentazione, risulta giustificata una critica "interna", che senza discutere tali presupposti interessa le relative conseguenze.

Assumendo, ora, il primo punto di vista, ci sembra che una volta esclusa la mora del conduttore — il cui ritardo nel restituire l'immobile è giustificato dalla mancata corresponsione dell'indennità di avviamento — si debba concludere che lo stesso è esonerato non solo dal risarcimento del maggior danno, ma anche dal pagamento del canone di locazione. La conclusione è coerente con il testo dell'art. 1591 c.c., che subordina entrambe le obbligazioni alla mora del conduttore. Non solo. Secondo un'opinione diffusa in dottrina — e, del resto, pienamente condivisibile — il canone di locazione dovuto dal conduttore a seguito dell'estinzione del rapporto costituisce la misura minima del risarcimento che compensa la ritardata restituzione dell'immobile⁽¹¹³⁾, sicché appare arbitrario differenziarne i presupposti da quelli del "maggior danno": per entrambe le obbligazioni non sussiste il fondamento richiesto dalla legge, vale a dire la mora del conduttore.

La differenziazione tra risarcimento del maggior danno (non dovuto dal conduttore, in assenza del presupposto della mora) e pagamento del canone (dovuto fino al momento dell'effettiva restituzione) viene poi motivata assumendo sussistente tra le parti un rapporto *ex lege* che rifletterebbe nei suoi lineamenti essenziali quello derivante dal contratto di locazione. Non è chiaro, tuttavia, quale ne sia il fondamento. Da un lato tale rapporto, in assenza di un rinnovato consenso

(113) Cfr. M. TRIMARCHI, *La locazione*, cit., p. 351 ss.; CUFFARO, *La locazione di immobili*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2008, p. 50 s.; TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 12², Torino, 2007, p. 76 s.; G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*², Padova, 2001, p. 458 s.; PROVERA, *Locazione. Disposizioni generali, Art. 1571-1606 c.c.*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980, p. 320; TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XXV, Milano, 1972, p. 477. In giurisprudenza, cfr. Cass. 27 gennaio 2010, n. 1684, cit.; Cass. 10 ottobre 2008, n. 24996, in *Foro it.*, Rep. 2008, v. «locazione», n. 227; Cass. 17 ottobre 1995, n. 10820, cit. Per un'analisi critica delle opinioni sul punto, si rinvia a GUERRINI, *Responsabilità per ritardata restituzione della cosa locata: corrispettivo, risarcimento o restituzione?*, in *Danno resp.*, 2008, p. 663 ss.

delle parti, non può essere stato generato da un nuovo accordo contrattuale; dall'altro l'assunto appare incompatibile con il dettato legislativo, che subordina alla mora del conduttore l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del canone, escludendola implicitamente in assenza di tale requisito (art. 1591 c.c.).

Del tutto arbitraria è, ancora, la valenza assegnata all'offerta formale di restituzione dell'immobile ed alla conseguente costituzione in mora del locatore (art. 1206 ss. c.c.). Solo grazie all'offerta formale, e non a seguito di quella ordinaria, il conduttore potrebbe liberarsi dell'obbligo di pagare il canone fino alla data della riconsegna. Ora, la *mora accipiendi* protegge il debitore contro i rischi e i pregiudizi derivanti dalla dilatazione del rapporto determinato dal difetto di cooperazione. Una volta costituito in mora il locatore, il conduttore può ottenere a titolo di risarcimento del danno il pagamento delle spese sostenute per la prolungata custodia dell'immobile (art. 1207, comma 2° c.c.), così come può essere tenuto indenne dell'eventuale risarcimento corrisposto a terzi in qualità di custode del bene (art. 2051 c.c.). È ipotizzabile, inoltre, che — stante il rapporto di corrispettività tra la restituzione del locale e la corresponsione dell'indennità di avviamento — la stessa gli sia dovuta anche nel caso di perimento fortuito dell'immobile: il locatore costituito in mora, infatti, assume il rischio dell'impossibilità della restituzione derivante da causa non imputabile al conduttore (art. 1207, comma 1° c.c.). Per contro, l'offerta formale della riconsegna non esonera il conduttore dall'adempimento dell'obbligazione dovuta (restituzione dell'immobile e conseguente pagamento del canone), della quale, invece, la *mora accipiendi* presuppone la persistenza.

Di qui la critica "interna". Anche se — contrariamente a quanto appena sostenuto — si ritiene che il conduttore sia obbligato a pagare il canone per il semplice fatto che conserva la detenzione dell'immobile, sulla base di un rapporto *ex lege* intercorrente con il locatore, l'offerta formale non vale a liberarlo: tale esito può risultare giustificato solo se il conduttore si libera dell'obbligazione relativa alla restituzione dell'immobile tramite il sequestro (art. 1216, comma 2° c.c.). A differenza della costituzione in mora, che presuppone la persistenza dell'obbligazione, il sequestro libera il conduttore: ormai affrancato dall'obbligazione avente ad oggetto la restituzione dell'immobile, egli è esonerato dal pagamento del canone.

In questo senso si esprime una recente sentenza di legittimità⁽¹¹⁴⁾, che evidenzia correttamente le differenze di ordine funzionale tra *mora accipiendi* e sequestro liberatorio: si ritiene, infatti, che se il locatore rifiuta l'offerta (formale) di restituzione dell'immobile, subordinata alla corresponsione dell'indennità, il conduttore interessato a liberarsi del pagamento del canone è tenuto a procedere al sequestro dell'immobile, il quale richiede la convalida giudiziale (art. 1216, comma 2° c.c.). Sebbene venga formulata a partire da presupposti che non riteniamo condivisibili (quelli dell'orientamento giurisprudenziale appena criticato), la precisazione è opportuna, in quanto evidenzia che l'offerta formale, in sé e per sé considerata, non può liberare il conduttore dalle obbligazioni a lui imputabili — a tal fine essendo necessario il sequestro — ma solo proteggerlo contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto.

13. *Per una più stretta aderenza al dato normativo: una ricostruzione alternativa a quella adottata dalla giurisprudenza.* — Sulla base dell'analisi appena svolta, è possibile ricostruire il regime dei rapporti intercorrenti tra le parti quando alla pretesa del locatore di ottenere la restituzione dell'immobile si contrappone quella del conduttore di ricevere l'indennità di avviamento.

La soluzione che ci accingiamo a proporre si fonda su un'interpretazione aderente al dato normativo ed orientata a distinguere la mora del debitore (nella fattispecie, il conduttore) da quella del creditore (in questo contesto, il locatore), nella convinzione che sia necessario evitare commistioni tra due istituti:

a) La disciplina di settore prevede che qualora la cessazione del rapporto non sia imputabile al conduttore, egli possa esigere dal locatore la corresponsione dell'indennità di avviamento (art. 34, comma 1° l. 392/1978). Coerentemente, l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile è subordinata al pagamento dell'indennità (artt. 34, comma 3° e 69, comma 10° l. 392/1978): il locatore, che

(114) Cfr. Cass. 20 gennaio 2016, n. 890, in *Arch. loc.*, 2016, 402, in *NGCC* 2016, 889, con nota di FERMEGLIA, *Subordinazione dell'offerta di riconsegna dell'immobile locato al pagamento dell'indennità di avviamento*, ed in *Contratti* 2016, 321, con nota di DELLACASA, *Quando la locazione commerciale giunge al termine: restituzione dell'immobile e corresponsione dell'indennità di avviamento tra mora accipiendi e mora debendi*, e 645 (s.m.), con nota di DELLA CHIESA, *Indennità di avviamento e restituzione dell'immobile locato*.

ha scelto di interrompere il rapporto, può ottenere coattivamente la restituzione del locale solo indennizzando il conduttore. La disposizione ha carattere processuale, ma presuppone un rapporto sostanziale tra le due prestazioni che vede la restituzione dell'immobile subordinata al pagamento dell'indennità.

b) Se tra le due prestazioni sussiste un nesso di corrispettività istituito dalla legge, il conduttore può rifiutare la restituzione dell'immobile fino alla corresponsione dell'indennità di avviamento (art. 1460 c.c.), così come è legittimato ad offrire la riconsegna del locale subordinandola alla percezione dell'indennità. Come si è anticipato, l'offerta subordinata all'esecuzione della controprestazione costituisce un semplice adattamento della fisionomia dell'eccezione di inadempimento all'ipotesi in cui la parte legittimata ad opporla assuma l'iniziativa di offrire la prestazione.

c) Tanto l'eccezione di inadempimento, quanto l'offerta di restituzione subordinata al pagamento dell'indennità escludono la mora del conduttore, in quanto giustificano il rifiuto di riconsegnare l'immobile. Ai termini dell'art. 1591 c.c., dunque, il conduttore non è obbligato a risarcire il maggior danno né a pagare il canone di locazione fino al momento in cui percepisce l'indennità di avviamento. Se anziché rimanere in posizione di attesa ed opporre l'eccezione di inadempimento il conduttore offre la restituzione dell'immobile subordinandola alla corresponsione dell'indennità mediante intimazione scritta, il locatore può ritenersi costituito in *mora debendi* ed è tenuto a pagare gli interessi sulla somma dovuta (art. 1219 c.c.).

d) L'offerta di restituzione dell'immobile subordinata al pagamento dell'indennità — che esonera il conduttore dal pagamento del canone, oltre che dal risarcimento del maggior danno — non richiede la forma solenne. Lo si desume chiaramente dal dettato dell'art. 1220 c.c., in base al quale anche un'offerta non formale vale ad escludere la mora del debitore ⁽¹¹⁵⁾.

(115) In senso conforme v., incisivamente, STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 386; PAROLA, *Effetti giuridici dell'offerta informale di restituzione dell'immobile locato*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 761 ss. Ritengono invece necessaria un'offerta formale, in sintonia con la giurisprudenza più recente, CUFFARO, *Le locazioni non abitative*, cit., p. 1162; DE TILLA, *L'obbligo del conduttore di versare il canone*, cit., p. 1033; MONEGAT, *Nessun diritto di ritenzione nell'uso diverso*, cit., p. 533 s.; GRECO, *Sul risarcimento del danno*, cit., p. 97 s.; SINISI, TRONCONE, *Le locazioni ad uso commerciale*², cit., p. 406.

Se non per escludere la mora del conduttore, l'offerta solenne è necessaria per costituire in mora il locatore che rifiuta di ricevere l'immobile (art. 1206 ss. c.c.). Grazie all'offerta solenne — successivamente accettata dal locatore o convalidata dal giudice (art. 1207, comma 3° c.c.) — il conduttore viene tutelato contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto obbligatorio: dilatazione dovuta al rifiuto di ricevere il bene opposto dal locatore. Quest'ultimo sarà tenuto a compensare le spese sostenute per la custodia e la conservazione dell'immobile e a risarcire i danni derivanti dal protrarsi del rapporto: si pensi alle responsabilità derivanti dalla custodia del bene, che continuano a gravare sul conduttore. Il locatore costituito in mora, inoltre, assume il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione derivante da causa non imputabile al conduttore: a seguito della costituzione in mora, l'indennità di avviamento resta dovuta anche se il bene perisce o si deteriora fortuitamente (art. 1207, commi 1°, 2° c.c.).

Per le ragioni indicate ⁽¹¹⁶⁾, l'offerta formale deve ritenersi idonea ad effettuare la costituzione in mora anche quando è subordinata all'esecuzione della prestazione corrispettiva. E siccome la disciplina di settore istituisce tra le due prestazioni un rapporto di scambio (artt. 34, comma 3° e 69, comma 10° l. 392/1978), l'offerta di restituzione dell'immobile subordinata al pagamento dell'indennità di avviamento vale a costituire in mora il locatore.

In definitiva, il conduttore che offre la restituzione dell'immobile a condizione che gli venga corrisposta l'indennità di avviamento induce il locatore ad adempiere e giustifica il proprio ritardo nella riconsegna del bene evitando la *mora debendi*. Nello stesso tempo, tuttavia, egli merita di essere protetto contro gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto dovuta al rifiuto di ricevere l'immobile opposto dal locatore. Se fatta in forma solenne, l'offerta di restituzione dell'immobile subordinata al pagamento dell'indennità di avviamento costituisce in mora il locatore, il quale incorre nelle responsabilità previste dall'art. 1207 c.c.

e) Se è sufficiente un'offerta non formale per evitare il protrarsi dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del canone — essendo necessaria l'offerta solenne solo per costituire il locatore in *mora accipiendi* — a maggior ragione il conduttore non ha l'onere di ricorrere

(116) V., *supra*, cap. III, § 13.

al sequestro liberatorio. Va dunque disattesa la soluzione, recentemente adottata dalla S.C., in base alla quale se il locatore rifiuta (il pagamento dell'indennità, e) la restituzione del locale il conduttore può liberarsi dell'obbligazione relativa al canone solo consegnando l'immobile al sequestratario ed ottenendo dal giudice una sentenza di convalida (artt. 1216, comma 2°; 1210, comma 2° c.c.) ⁽¹¹⁷⁾.

La pronuncia costituisce lo sviluppo di un orientamento giurisprudenziale non condivisibile, in quanto opera una criticabile sovrapposizione tra *mora accipiendi* e *mora debendi*: quello in base al quale il conduttore, che rifiuta legittimamente la restituzione dell'immobile, è obbligato a pagare il canone in virtù di un rapporto *ex lege* intercorrente con il locatore a meno che non offra il bene in forma solenne.

Ora osserviamo che l'onere di ricorrere al sequestro liberatorio vanifica, di fatto, la facoltà di subordinare la restituzione dell'immobile al pagamento dell'indennità di avviamento. Se infatti — come accade ogni qualvolta la controversia approda davanti al giudice — il locatore rifiuta la riconsegna del bene e la corresponsione dell'indennità, il conduttore può liberarsi del pagamento del canone solo attraverso una procedura assai complessa e defatigante, che comprende la convalida giudiziale del sequestro. Il locatore, d'altra parte, non è indotto a corrispondere tempestivamente l'indennità in quanto il canone di locazione gli è dovuto almeno fino alla consegna del bene al sequestratario (art. 1216, comma 2° c.c.). La funzione di stimolo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale assolta dall'indennità di avviamento ne risulta inevitabilmente compromessa.

Qualora invece, come appare preferibile, si ritenga sufficiente un'offerta ordinaria, l'onere gravante sul conduttore può essere realisticamente soddisfatto e il locatore è indotto a corrispondere tempestivamente l'indennità di avviamento in quanto la mancata disponibilità dell'immobile non è compensata dal canone pattuito nel contesto del contratto di locazione. Offrendo la restituzione, il conduttore ha maggiori probabilità di ottenere in tempi rapidi il pagamento dell'indennità, la cui funzione è quella di favorire la prosecuzione dell'attività commerciale in altro contesto ⁽¹¹⁸⁾.

f) L'ultima considerazione svolta induce a considerare una possibile obiezione. Il conduttore che rifiuta la restituzione dell'immobile, o ne offre la restituzione subordinatamente al pagamento dell'indennità,

(117) Cfr. Cass. 20 gennaio 2016, n. 890, cit.

(118) Cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, cit.

conserva la detenzione del locale, ma non essendo in mora non è obbligato a pagare il canone (art. 1591 c.c.). Sembra allora prodursi uno squilibrio nel rapporto tra le parti, perché a fronte del godimento del bene non è dovuto alcun corrispettivo.

Per risolvere il problema, la giurisprudenza meno recente ha sostenuto che il conduttore sia legittimato a rifiutare la restituzione in virtù di un diritto di ritenzione incompatibile con l'utilizzazione dell'immobile⁽¹¹⁹⁾, sicché qualora abbia continuato a fruirne sarebbe obbligato a pagare il canone, commisurato a valori di mercato, in base alla disciplina dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.)⁽¹²⁰⁾. Sulla stessa linea, si è ritenuto che una volta estinto il rapporto di locazione il conduttore non abbia più titolo per godere del bene — pur essendo legittimato a rifiutarne la restituzione fino alla corresponsione dell'indennità — sicché se lo utilizza è responsabile verso il locatore a titolo extracontrattuale⁽¹²¹⁾. In base a un'altra pronuncia, il conduttore che rifiuta la restituzione dell'immobile fino al momento in cui percepisce l'indennità di avviamento è esonerato dal risarcimento del maggior danno, ma non dal pagamento del canone di locazione: è tuttavia liberato da questa seconda obbligazione, che risulterebbe priva di causa, se dimostra di non aver utilizzato l'immobile⁽¹²²⁾.

(119) Si è così ritenuto che — escludendo il diritto di ritenzione l'obbligo del conduttore di pagare il canone — il locatore non possa compensare il relativo credito con il debito relativo all'indennità di avviamento: cfr. Cass. 8 giugno 1993, n. 6387, in *Foro it.*, Rep. 1993, v. «locazione», n. 424; Cass. 29 aprile 1993, n. 5016, in *Foro it.*, 1994, I, 2452; Cass. 14 ottobre 1988, n. 5579, in *Foro it.*, 1989, I, 1874, con nota redazionale di PIOMBO, in *NGCC*, 1989, I, 265, con nota di GIOVE ed in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1907, con nota di A. BARBA, *Sul «diritto» di ritenzione riconosciuto al conduttore di immobile adibito ad uso non abitativo*. Nella dottrina più recente, la tesi in base alla quale il conduttore sarebbe titolare di un diritto di ritenzione che gli consente di trattenere l'immobile, ma non di utilizzarlo, è sostenuta da BELLI, *Indennità di avviamento commerciale, diritto di ritenzione ed utilizzazione abusiva dell'immobile*, in *NGCC*, 2015, II, p. 108 ss. Sulle differenze intercorrenti tra diritto di ritenzione ed eccezione di inadempimento v., nella trattatistica più recente, A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, Artt. 1460-1462, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 25 ss.

(120) Cfr. Cass. 23 dicembre 1993, n. 12737, in *Foro it.*, 1994, I, 2451, in *Arch. loc.*, 1994, 795 ed in *Giust. civ.*, 1994, I, 3201, con nota di Izzo, *Inesistenza del diritto al risarcimento del danno*, cit.

(121) Cfr. Cass. 10 luglio 1997, n. 6270, in *Foro it.*, 1998, I, 150 ed in *Vita not.*, 1998, 228.

(122) Cfr. Cass. 29 ottobre 1993, n. 10784, in *Foro it.*, 1994, I, 2451 ed in *Giust. civ.*, 1994, I, 3201, con nota di N. Izzo, *Inesistenza del diritto al risarcimento del danno*,

A tali soluzioni, la giurisprudenza posteriore ha giustamente obiettato che l'uso dell'immobile da parte del conduttore è irrilevante sul piano normativo, in quanto non appare valorizzato dalla disciplina codicistica né dalla legislazione speciale. Né sembra essere razionale ed economicamente opportuno riconoscere al conduttore la facoltà di ritenere l'immobile a condizione che non lo utilizzi: il criterio disincentiva, anziché favorire, l'uso economicamente produttivo del bene ⁽¹²³⁾.

Se allora il problema non si presta ad essere risolto ancorando il pagamento del canone all'effettiva utilizzazione del locale, l'obiezione può essere superata considerando l'attitudine delle disposizioni che prevedono l'indennità di avviamento e subordinano alla sua corresponsione il rilascio dell'immobile (art. 34, 69 l. 392/1978). Esse non hanno la funzione — perseguita, invece, dalla disciplina codicistica (art. 1571 ss.) — di offrire un assetto equilibrato al rapporto tra locatore e conduttore, ma sono piuttosto finalizzate a promuovere la continuità dell'attività imprenditoriale e a favorirne una razionale programmazione. Il regime dei rapporti tra le parti, allora, deve essere strutturato in modo tale da indurre il locatore a pagare tempestivamente l'indennità di avviamento per consentire al conduttore di riavviare la sua attività in un altro locale.

Ebbene, se il locatore può contare sulla percezione del canone non è indotto a pagare tempestivamente l'indennità. Il conduttore, d'altra parte, si viene a trovare in una condizione precaria, incompatibile con la programmazione dell'attività imprenditoriale. Quando il locatore paga l'indennità di avviamento deve rilasciare immediatamente l'immobile; per evitare il rischio di vedersi costretto a trasferire l'azienda in tutta fretta — e programmare il riavvio della sua attività con i tempi necessari — dovrebbe allora riconsegnare l'immobile confidando nel fatto che il locatore pagherà tempestivamente l'indennità. In questa

cit. Analogamente, in dottrina, GIOVE, *Locazioni ad uso diverso dall'abitazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli, I contratti di utilizzazione dei beni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2008, p. 239, secondo il quale «il conduttore uscente conserva la legittima detenzione fino al momento del pagamento — o all'offerta — dell'indennizzo, potendo continuare a lavorare *in loco* con la *sola* corresponsione periodica dell'ultimo canone. In alternativa potrà anche *non* versare quest'ultimo ove l'utilizzo del bene locato sia venuto meno risultando *consentita* la “conservazione delle chiavi” fino al momento in cui il locatore non avrà adempiuto».

(123) Cfr. Cass. 25 giugno 2013, n. 15876, cit.; Cass., sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, cit.; Cass. 17 ottobre 1995, n. 10820, cit.

situazione, da un lato spetta al locatore la scelta in ordine all'effettivo rilascio dell'immobile, che coincide con la corresponsione dell'indennità; dall'altro, il conduttore viene a trovarsi in una condizione di precarietà incompatibile con la programmazione dell'attività commerciale.

Per contro, l'esonero del conduttore dal pagamento del canone — che risponde ad una ricostruzione aderente al dato normativo — induce il locatore a pagare tempestivamente l'indennità di avviamento ed appare coerente con la sua funzione. Il conflitto insorto a seguito dell'estinzione del rapporto contrattuale è destinato a risolversi in tempi rapidi: il locatore è stimolato a pagare l'indennità, mentre il conduttore è obbligato a riconsegnare l'immobile per proseguire la sua attività in un altro contesto.

Il canone pattuito con il nuovo locatore compenserà, tra l'altro, la stabilità nell'esercizio dell'attività commerciale e la conseguente possibilità di programmare lo svolgimento nella sede prescelta per un certo numero di anni; laddove il canone di locazione pagato al precedente locatore avrebbe remunerato uno sfruttamento dell'immobile necessariamente precario — ed incompatibile, come tale, con le esigenze di una razionale programmazione dell'attività d'impresa — in quanto subordinato al protrarsi del ritardo nella corresponsione dell'indennità di avviamento.

Sezione terza

Offerta della prestazione e mora del creditore nel rapporto di lavoro subordinato

SOMMARIO: 14. Rapporto di lavoro e mora del creditore: fortuna (apparente) dell'istituto. — 15. *Segue*. Attraverso lo specchio: *mora accipiendi* del datore di lavoro e rimedi sinallagmatici. — 16. La traiettoria della mora del creditore nella dottrina di settore... — 17. ...tra razionalità e tradizione. — 18. L'offerta della prestazione lavorativa nel diritto applicato: costituzione in mora del datore di lavoro o manifestazione di interesse per l'attuazione dello scambio? Risoluzione automatica del rapporto di lavoro, termine illegittimamente apposto al contratto, dimissioni rassegnate nel periodo successivo al matrimonio. — 19. Licenziamento e trasferimento illegittimo del lavoratore subordinato. — 20. *Segue*. Le fattispecie (impropriamente dette) di «sospensione del rapporto di lavoro»: trattamento di cassa integrazione guadagni non accordato, cessato, non prorogato; «sospensione» del rapporto per fatto del lavoratore. — 21. Sopravvenienze non imputabili al datore di lavoro e risoluzione (parziale) per impossibilità sopravvenuta della prestazione. — 22. Una sintesi: applicazione solo apparente della *mora accipiendi*

e responsabilità oggettiva del datore di lavoro. — 23. Sul credito del lavoratore che subisce l'interruzione del rapporto: retribuzione o risarcimento? — 24. *Segue.* L'intervento della Consulta: nel segno dell'armonia tra giurisprudenza ordinaria e costituzionale.

14. *Rapporto di lavoro e mora del creditore: fortuna (apparente) dell'istituto.* — Nella giurisprudenza relativa all'attuazione del rapporto di lavoro la mora del creditore viene evocata di frequente. Apparentemente, il contenzioso in materia di lavoro rivitalizza un istituto che, per quanto nobile, ha rilevanza limitata sul piano applicativo.

In questo ambito, per di più, i riferimenti alla mora interessano fattispecie assai eterogenee: per ricordarne alcune, l'interruzione del rapporto di lavoro conseguente alla scadenza di un termine illegittimamente pattuito e alla richiesta del trattamento di cassa integrazione non accordato dalle autorità competenti, il licenziamento illegittimo per il difetto dei requisiti formali previsti dalla legge, il rifiuto della prestazione lavorativa conseguente all'occupazione dello stabilimento industriale o all'attuazione di uno sciopero articolato.

La produzione giurisprudenziale è supportata da una consistente elaborazione teorica. La letteratura di settore, infatti, sembra essere prevalentemente orientata a superare le obiezioni di chi, nella dottrina civilistica, ritiene la *mora accipiendi* radicalmente incompatibile con il rapporto di lavoro ⁽¹²⁴⁾. Benché non manchino analisi critiche del diritto applicato, la dottrina specialistica reputa sussistenti anche in questo ambito i presupposti ai quali è subordinata l'applicazione degli artt. 1206 ss. ⁽¹²⁵⁾

Anticipando, qui, i risultati della nostra analisi, riteniamo invece che fisionomia e funzione dell'istituto non siano compatibili con la conformazione del rapporto di lavoro, sicché su questo terreno la mora del creditore viene richiamata impropriamente. Il successo che essa riscuote, almeno in apparenza, sul terreno dei rapporti di lavoro si giustifica in considerazione del fatto che soddisfa esigenze di economia argomentativa: il giudice impegnato a decidere una questione incentrata sull'attuazione del contratto trova nella disciplina della *mora accipiendi* soluzioni precostituite e facilmente argomentabili mediante l'adozione di formulazioni standardizzate.

(124) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 73 ss.

(125) V., *infra*, §§ 16, 17.

Se dunque i riferimenti all'istituto rispondono alla comprensibile esigenza di motivare la decisione in modo semplice ed economico in un settore in cui il flusso del contenzioso è particolarmente intenso, le questioni ricondotte dalla giurisprudenza alla mora del creditore richiedono un diverso inquadramento. Le fattispecie in relazione alle quali si riscontrano riferimenti alla mora sono assai variegate, ma presentano un tratto comune. Il datore di lavoro interrompe il rapporto tenendo un comportamento incompatibile con la volontà di ricevere la prestazione lavorativa e rifiutando di pagare la retribuzione. A seguito dell'interruzione del rapporto, una frazione di esso risulta definitivamente inattuata — vale a dire, si risolve — in quanto la prestazione lavorativa deve essere necessariamente eseguita nei termini contrattualmente previsti.

Se questo è vero, il lavoratore non può pretendere di essere tutelato contro la dilatazione del vincolo ed invocare, così, gli effetti della mora. Egli si libera progressivamente con il decorso del tempo durante il quale l'attività lavorativa avrebbe dovuto essere svolta: per questo motivo non può avvalersi dei rimedi previsti dall'art. 1207 c.c., che presuppongono la permanenza dell'obbligazione.

Occorre invece valutare se la risoluzione del rapporto — o meglio, di un suo segmento — sia imputabile ad entrambe le parti o solo al datore di lavoro. L'indagine non differisce da quella che impegna la giurisprudenza civile ogni qualvolta si riscontra un inadempimento bilaterale: anche su questo terreno, l'interprete è chiamato a verificare se la risoluzione sia imputabile ad una delle parti — che in tal caso dovrà essere individuata — piuttosto che ad entrambe. Se la mancata attuazione dello scambio è ascrivibile al datore di lavoro merita di essere tutelato l'interesse positivo del lavoratore, che risulterà legittimato ad ottenere, a seconda delle soluzioni adottate, il pagamento della retribuzione o il risarcimento del danno ⁽¹²⁶⁾. Quando invece il medesimo esito è imputabile ad entrambe le parti — ad esempio, perché il lavoratore tollera l'interruzione del rapporto, o vi acconsente — resta il fatto che il contratto è destinato a risolversi per il segmento in seguito, ma il lavoratore non può esigere, a tutela del proprio interesse positivo, il pagamento della retribuzione o il risarcimento del danno.

In definitiva, le questioni che la giurisprudenza è chiamata ad affrontare a seguito dell'interruzione del rapporto operata dal datore di

(126) V., *infra*, §§ 16, 17, 23, 24.

lavoro non presentano alcun punto di contatto con la *mora accipiendi*, che è orientata a proteggere il debitore contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del vincolo. Il giudice, piuttosto, ha il compito di valutare se la risoluzione del rapporto corrispondente al segmento inattuato sia imputabile al datore di lavoro piuttosto che ad entrambe le parti: ciò che è tenuto a fare sulla base dei principi comunemente applicabili ai rimedi sinallagmatici.

15. *Segue. Attraverso lo specchio: mora accipiendi del datore di lavoro e rimedi sinallagmatici.* — Nella prospettiva adottata dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina di settore, il datore di lavoro viene considerato in mora quando non riceve la prestazione a seguito dei più diversi fattori di perturbazione del rapporto. Alcuni di essi sono chiaramente imputabili allo stesso datore di lavoro: si pensi alla “disdetta” fondata su un termine illegittimamente pattuito o su una clausola risolutiva automatica parimenti illegittima, al licenziamento intimato in difetto dei requisiti formali prescritti dalla legge, all’interruzione del rapporto di lavoro effettuata in assenza di un fondamento legale o determinata dalla richiesta di ammissione al trattamento di cassa integrazione non accolta dalle autorità competenti. In queste ipotesi, come vedremo, si tratta di valutare se la mancata attuazione del rapporto di lavoro possa essere ascritta oltre che al datore di lavoro anche al suo dipendente, parimenti disinteressato alla realizzazione dello scambio. Si può discutere, invece, se siano imputabili al datore di lavoro altre sopravvenienze, a seguito delle quali egli tiene un comportamento tale da precludere l’esercizio dell’attività lavorativa: si allude all’occupazione dello stabilimento industriale effettuata nel corso di una manifestazione sindacale, alla requisizione dei locali aziendali per atto della pubblica autorità, a forme di sciopero articolate in modo tale da interferire con le fasi dell’attività produttiva non direttamente interessate dall’astensione dal lavoro.

Ebbene, quando la prestazione lavorativa viene offerta e il datore di lavoro la rifiuta si avrebbe *mora accipiendi*: ne conseguirebbe il diritto del lavoratore a conseguire la retribuzione, qualificato ora come corrispettivo, ora come risarcimento del danno. Nella prospettiva “evolutiva” propria delle parti del rapporto di lavoro, i riferimenti alla mora implicano che solo a seguito dell’offerta il lavoratore può esigere il pagamento della retribuzione; mentre nell’ottica “retrospettiva” del giudice impegnato a decidere la controversia, essi valgono a giustificare

il rigetto della domanda volta ad ottenere il pagamento della retribuzione esigibile anteriormente alla formulazione dell'offerta.

L'orientamento qui sintetizzato si espone a giustificate obiezioni. Come si è opportunamente osservato, il rifiuto della prestazione opposto dal datore di lavoro non comporta la dilatazione del vincolo, ma la liberazione del lavoratore, sia pure limitata al segmento di rapporto definitivamente inattuato ⁽¹²⁷⁾. Perché sia soddisfatto l'interesse del datore di lavoro e sia opportunamente salvaguardata la sfera esistenziale ed organizzativa del dipendente, la prestazione lavorativa deve essere eseguita e può essere pretesa nei termini concordati dalle parti con l'orario di lavoro. Quando il datore di lavoro ne impedisce l'esecuzione, la prestazione diviene definitivamente impossibile e il lavoratore si libera della relativa obbligazione in relazione al segmento di rapporto inattuato. A seguito del rifiuto opposto dal datore di lavoro, nessuna delle due parti può pretendere l'esecuzione differita *di quella stessa prestazione*: se da un lato essa non risponde all'interesse originario del datore di lavoro — che avrebbe potuto essere soddisfatto solo qualora la prestazione fosse stata eseguita nei termini contrattualmente previsti — è da escludere che il lavoratore permanga obbligato oltre l'orario pattuito, dovendosi altrimenti riconoscere alla controparte il diritto di modificare unilateralmente l'oggetto del contratto in relazione a una prestazione che impegna in modo particolarmente intenso la persona e le energie del debitore ⁽¹²⁸⁾.

In definitiva, decorso il tempo durante il quale il lavoro avrebbe dovuto essere svolto, la prestazione diviene impossibile e la relativa obbligazione si estingue: è questo il significato della diffusa formula in base alla quale le *operae preteritae* devono considerarsi *peritae* ⁽¹²⁹⁾.

(127) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 73 ss.

(128) Per un'argomentazione meno sommaria v., *infra*, § 17, sub (c).

(129) Come risulta dal noto passo di MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, p. 282 s.: «il ritardo della prestazione di una o più singole opere, cioè di una o più giornate di lavoro, si risolve immediatamente in inadempimento definitivo, in quanto l'opera, nel momento stesso in cui scade senza che sia eseguito il lavoro, si consuma: le “*operae praeteritae*” sono, appunto “*operae peritae*”. Corrispondentemente, giusta l'art. 1463, il datore di lavoro rimane liberato “pro rata” dall'obbligazione di pagare la mercede»; dello stesso autore v. anche *Note sull'inadempimento volontario nell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 270 ss. Sulla stessa linea CAMARDI, *Effetti*, cit., p. 796, la quale afferma che «dal punto di vista del diritto civile, il rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione non configura tecnicamente...una

Senonché, l'intera disciplina della mora del creditore assume a presupposto che il debitore conservi la possibilità di adempiere. Se da un lato i rimedi previsti dall'art. 1207 c.c. lo tutelano contro i pregiudizi e i rischi conseguenti alla dilatazione del vincolo — vale a dire, alla persistenza dell'obbligazione, altrimenti adempiuta — dall'altro lo stesso presupposto dell'offerta implica la perdurante possibilità di eseguire la prestazione ⁽¹³⁰⁾.

Per converso, è evidente che subordinando l'esigibilità della retribuzione alla costituzione in mora del datore di lavoro la giurisprudenza attribuisce all'offerta della prestazione lavorativa effetti che non appaiono riconducibili alla *mora accipiendi*, ma piuttosto ad un rimedio sinallagmatico qual è l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.).

Quando, a seguito di determinate sopravvenienze, il datore di lavoro interrompe l'attuazione del rapporto, si ritiene che il lavoratore sia legittimato ad ottenere il pagamento della retribuzione solo dopo aver offerto la prestazione. Nella prospettiva del datore di lavoro, focalizzata sullo sviluppo del rapporto, l'offerta della prestazione esclude la legittimazione ad avvalersi dell'eccezione di inadempimento per giustificare il mancato pagamento della retribuzione; mentre nell'ottica del giudice, orientata retrospettivamente verso i comportamenti tenuti dalle parti, l'inerzia del lavoratore, che si astiene dalla formulazione dell'offerta, denota la sua tolleranza verso l'interruzione del rapporto, giustificando, così, il rigetto dell'azione volta ad ottenere il pagamento della retribuzione. Il requisito dell'offerta — al quale è condizionata la tutela dell'interesse positivo del lavoratore che subisce l'interruzione del rapporto — risponde all'esigenza di preservare l'equilibrio del rapporto di scambio: esigenza presidiata non tanto dalla mora del creditore, che risponde alla logica unilaterale propria dell'obbligazione, quanto da rimedi sinallagmatici quali l'eccezione di inadempimento e la risoluzione del contratto.

In definitiva, l'offerta della prestazione denota che il lavoratore è interessato all'attuazione del rapporto, sicché il datore di lavoro, che lo ha illegittimamente interrotto, non può astenersi dal pagare la retribu-

situazione di *mora credendi* (perché la prestazione lavorativa, una volta rifiutata e non eseguita, si estingue e diventa impossibile)...»; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004, p. 362; CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 10, nt. 10, p. 33 s., p. 95; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 132.

(130) Nitidamente, sul punto, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 76 s.

zione opponendo l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.); quando invece la prestazione lavorativa non viene offerta la mancata realizzazione dello scambio può ritenersi rispondente al volere di entrambe le parti, sicché al lavoratore non è dato pretendere il pagamento della retribuzione che compensa le prestazioni non eseguite.

Anche su questo terreno, come nell'ambito della locazione commerciale, la giurisprudenza attribuisce all'offerta effetti che non si identificano con quelli della *mora accipiendi*, ma attengono, piuttosto, alle responsabilità derivanti dalla mancata attuazione del sinallagma. Certamente l'esigibilità della retribuzione che consegue alla formulazione dell'offerta non può essere ricondotta alla responsabilità del creditore costituito in mora per il protrarsi del vincolo (art. 1207, comma 2° c.c.): decorso il tempo durante il quale la prestazione lavorativa avrebbe dovuto essere eseguita, la relativa obbligazione si estingue. D'altra parte, l'esigibilità della retribuzione non costituisce la realizzazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione assunto dal creditore costituito in mora (art. 1207, comma 1° c.c.): l'impossibilità della prestazione lavorativa, infatti, non *consegue* alla costituzione in mora del creditore, quale realizzazione di un rischio determinato dal difetto di cooperazione, ma *discende direttamente* dalla condotta del datore di lavoro. Più lineare e realistico ci sembra ritenere che offrendo la prestazione — e manifestando, così, il suo interesse per l'attuazione del rapporto — il lavoratore precluda al datore di lavoro di avvalersi dell'eccezione di inadempimento che avrebbe altrimenti giustificato il mancato pagamento della retribuzione; laddove, considerando "in negativo" la condotta del lavoratore, l'omessa formulazione dell'offerta giustifica il mancato pagamento della retribuzione in quanto denota che la determinazione di interrompere il rapporto assunta dal datore di lavoro è stata tollerata o addirittura condivisa.

Le considerazioni svolte fino a questo momento presuppongono che l'offerta della prestazione sia considerata necessaria per ottenere il pagamento della retribuzione. In relazione ad alcune fattispecie, tuttavia, si riconosce al lavoratore la legittimazione ad esigere il pagamento della retribuzione anche se non ha reagito all'interruzione del rapporto offrendo la prestazione ⁽¹³¹⁾. Talvolta la conclusione viene correttamente giustificata omettendo ogni riferimento alla *mora accipiendi* e collocando la decisione sul terreno dei rimedi contro l'inadempimento;

(131) V., *infra*, §§ 19, 20.

ma non mancano pronunce in cui i riferimenti alla mora del creditore permangono, con la precisazione che l'offerta non è necessaria o si risolve nel ricorso proposto dal lavoratore. Si ricava così un'indiretta ma significativa conferma della tesi, qui sostenuta, in base alla quale la mora del creditore viene richiamata impropriamente: per conservare il riferimento all'istituto, i giudici si vedono costretti ad alterarlo elidendo il presupposto essenziale dell'offerta.

Per giustificare l'opinione appena espressa e soddisfare la vocazione anche ricostruttiva del volume, è necessario compiere una sintetica ricognizione della letteratura e degli orientamenti giurisprudenziali.

Come si è anticipato la dottrina di settore — che, pure, non ignora le obiezioni espresse dalla civilistica — assume una posizione prevalentemente conservativa, forse preoccupata di sottrarre alla giurisprudenza uno strumento che sembra idoneo a risolvere una serie di problemi diversi.

Dall'analisi della giurisprudenza risulta tuttavia evidente che il riferimento alla *mora accipiendi* non prelude all'applicazione dell'istituto, ma assume una valenza meramente descrittiva: quando si afferma che il datore di lavoro è in mora, si intende dire semplicemente che ha interrotto l'attuazione del rapporto, senza che ne discendano le conseguenze previste dall'art. 1207 c.c. Parimenti evidente dalla lettura delle motivazioni una certa confusione tra la mora del creditore (a nostro avviso, non pertinente) e i rimedi che reagiscono all'inadempimento (ai quali, invece, andrebbero ricondotte le questioni affrontate), spesso evocati nel contesto della stessa unità sintattica, o addirittura integrati in una figura unitaria⁽¹³²⁾. Come è intuitivo, distinguere con chiarezza i due ambiti è invece necessario per affrontare correttamente i problemi sottesi alla mancata attuazione del rapporto di lavoro.

(132) V., sin d'ora, Cass. 19 luglio 2012, n. 12501, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «lavoro (rapporto)», n. 1207: «è inadempiente per *mora credendi* il datore di lavoro che rifiuta la prestazione del lavoratore il quale, assente dal lavoro per malattia, chiedi di riprendere l'attività, allegando e documentando la cessazione della malattia stessa *ante tempus*»; Cass. 27 maggio 2009, n. 12343, per esteso in *De Jure*; Cass. 25 novembre 2003, n. 17987, in *Notiz. giur. lav.*, 2004, 345; Cass. 26 maggio 2003, n. 8366, in *Foro it.*, Rep. 2003, v. «lavoro (rapporto)», n. 883; Cass. 26 maggio 2003, n. 8352, in *Notiz. giur. lav.*, 2003, 706; Cass., sez. un., 8 ottobre 2002, n. 14381, in *Foro it.*, Rep. 2002, v. «lavoro (rapporto)», n. 679; Cass. 13 giugno 1998, n. 5932, in *Foro it.*, Rep. 1998, v. «lavoro (rapporto)», n. 698.

16. *La traiettoria della mora del creditore nella dottrina di settore...* — La frequenza con cui la mora del creditore viene evocata nel diritto applicato trova riscontro in una consistente elaborazione dottrinale, di cui in questa sede, operando un'inevitabile selezione, intendiamo ripercorrere i passaggi più significativi:

a) Nella letteratura di settore è ricorrente il tema del rapporto tra la disciplina codicistica della *mora accipiendi* e la legislazione speciale, ora ricostruito nei termini di una integrazione, ora risolto nella prospettiva di una netta separazione tra le rispettive disposizioni.

Nel primo senso è orientato un importante studio monografico pubblicato a metà degli anni '60 del secolo scorso⁽¹³³⁾. Nella ricostruzione proposta, l'interruzione del rapporto operata dal datore di lavoro ne giustifica la costituzione in mora, con il solo limite dell'impossibilità della prestazione lavorativa⁽¹³⁴⁾. Quest'ultima si configura quando la prestazione sarebbe divenuta impossibile anche qualora il datore di lavoro avesse fornito la cooperazione necessaria per l'adempimento: in tal caso il datore di lavoro non può essere costituito in mora, in quanto la mancata attuazione del rapporto non è evidentemente ascrivibile al suo difetto di cooperazione⁽¹³⁵⁾.

Per identificare in modo più sicuro la sfera di immunità del datore di lavoro dalla *mora accipiendi* e dalle conseguenti responsabilità si fa riferimento alla nozione di substrato, che si identifica con l'insieme dei presupposti fattuali ed organizzativi necessari perché la prestazione possa essere eseguita⁽¹³⁶⁾. E siccome il substrato della prestazione lavorativa è l'azienda, nelle sue componenti materiali ed organizzative, l'impossibilità che preclude la costituzione in mora si ravvisa essenzialmente nelle ipotesi in cui per causa non imputabile al datore di lavoro i locali aziendali risultino inagibili o difettino ulteriori presupposti, parimenti necessari perché possa essere prestata l'attività lavorativa. Su questa base, si prospetta un'articolata casistica di fattispecie al verificarsi delle quali il datore di lavoro non può essere costituito in

(133) Cfr. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965.

(134) GHEZZI, *La mora del creditore*, cit., *passim*, spec. pp. 35 s., 51-53.

(135) «Unico limite della mora appare...l'impossibilità della prestazione dovuta dalla controparte: non si dà mora, insomma, là dove, anche nell'ipotesi di pronta collaborazione da parte dell'imprenditore, l'adempimento risulterebbe egualmente impossibile»: così GHEZZI, *La mora del creditore*, cit., p. 64 s.

(136) GHEZZI, *La mora del creditore*, cit., p. 54 ss.

mora⁽¹³⁷⁾: il riferimento è alla requisizione o alla chiusura dell'azienda disposta dalla P.A. [purché il relativo provvedimento non sia stato determinato da violazioni ascrivibili al datore di lavoro], all'assoluta irreperibilità delle materie prime destinate ad essere utilizzate nel ciclo produttivo [ma non ad una semplice difficoltà di approvvigionamento, né a situazioni di crisi imprenditoriale], all'assoluta inutilità della prestazione offerta dai dipendenti che non si astengono dal lavoro nelle ipotesi di sciopero articolato [potendo invece il datore di lavoro essere costituito in mora quando le medesime prestazioni sono suscettibili di essere valorizzate organizzando diversamente l'attività imprenditoriale].

Come è evidente, benché l'autore affermi che solo l'impossibilità della prestazione preclude la costituzione in mora il requisito non è sufficiente, essendo anche necessario che essa non sia imputabile al datore di lavoro.

Per contro, ogni qualvolta la prestazione può essere eseguita — in quanto il substrato aziendale non è venuto meno — il lavoratore ha l'onere di costituire in mora il datore di lavoro mediante offerta nelle forme d'uso (art. 1217 c.c.). Se la tutela accordata al lavoratore a seguito dell'interruzione del rapporto implica necessariamente la costituzione in mora, l'offerta della prestazione viene ritenuta necessaria anche nelle ipotesi di licenziamento illegittimo⁽¹³⁸⁾.

L'autore concorda sul fatto che le prestazioni rifiutate dal datore di lavoro non possano essere successivamente eseguite (*operae preteritae sunt peritae*)⁽¹³⁹⁾, ma ritiene che questo non precluda la costituzione in mora. Decorso il tempo durante il quale la prestazione avrebbe dovuto essere eseguita, il rapporto prosegue — «sia pure con contenuto ridotto»⁽¹⁴⁰⁾ — e il datore di lavoro assume le responsabilità derivanti dalla *mora accipiendi*.

L'impossibilità di un'esecuzione differita della prestazione lavorativa giustifica la conclusione in base alla quale il lavoratore non può esigere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva, ma piuttosto il risarcimento del danno derivante dal difetto di cooperazione⁽¹⁴¹⁾. La misura di quest'ultimo viene tuttavia identificata con quella della

(137) GHEZZI, *La mora del creditore*, cit., p. 209 ss.

(138) GHEZZI, *La mora del creditore*, cit., p. 255 ss.

(139) V., *supra*, nt. 129.

(140) Così GHEZZI, *La mora del creditore*, cit., p. 167. V. anche p. 128 s.

(141) Cfr. GHEZZI, *La mora del creditore*, cit., p. 129 ss.

retribuzione sulla base del dettato dell'art. 6 della c.d. legge sull'impiego privato ⁽¹⁴²⁾. La disposizione, ritenuta applicabile anche agli operai ⁽¹⁴³⁾, prevede che all'impiegato spetti «la retribuzione normale» quando il lavoro è stato sospeso «per fatto dipendente dal principale», sicché il datore di lavoro non sembra poter detrarre le spese risparmiate e i guadagni conseguiti dal lavoratore per il fatto di non aver eseguito la prestazione.

La tesi valorizza la *mora accipiendi* quale strumento di tutela del lavoratore, ma le riconosce una funzione radicalmente diversa da quella che si ricava dalla disciplina positiva dell'istituto. Essa non protegge il lavoratore contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del vincolo; tutela piuttosto il suo interesse positivo permettendogli di esigere il pagamento della retribuzione, sia pure considerata quale oggetto di un'obbligazione risarcitoria.

Disciplina codicistica e legislazione di settore risultano, poi, strettamente integrate. Se da un lato l'offerta della prestazione costituisce un presupposto indefettibile della tutela accordata al lavoratore, gli effetti che ne discendono vengono individuati in virtù di una disposizione rinvenibile nella legislazione speciale: di qui la conclusione in base alla quale il risarcimento del danno accordato al lavoratore è commisurato alla retribuzione, senza che sia possibile detrarre le spese risparmiate e i guadagni conseguiti per non aver dovuto eseguire la prestazione.

Si è poi ricordato che secondo l'autore il lavoratore avrebbe l'onere di effettuare l'offerta anche quando l'interruzione del rapporto consegue al suo licenziamento illegittimo. Come vedremo, in questa ipotesi la giurisprudenza prevalente esclude che il lavoratore interessato al pagamento della retribuzione sia tenuto ad offrire la prestazione lavorativa sul presupposto (implicito) che non abbia tollerato l'interruzione del rapporto ⁽¹⁴⁴⁾.

È, invece, tuttora accolta l'opinione che configura l'impossibilità della prestazione lavorativa come un limite della *mora accipiendi* ⁽¹⁴⁵⁾. Senonché, la formula è ellittica: l'impossibilità della prestazione non è

(142) Si tratta, per la precisione, del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825 convertito in l. 18 marzo 1926, n. 562 - *Disposizioni relative al contratto d'impiego privato*. L'atto normativo risulta essere stato abrogato, a decorrere dal 16 dicembre 2009, dall'articolo 2, comma 1, d.l. 22 dicembre 2008 n. 200. Successivamente, la sua vigenza è stata ripristinata, in sede di conversione, dall'articolo 1 l. 18 febbraio 2009, n. 9.

(143) GHEZZI, *La mora del creditore*, cit., p. 147.

(144) V., *infra*, § 19.

(145) V., *infra*, § 21.

sufficiente a giustificare il mancato pagamento della retribuzione, essendo necessario che essa non sia imputabile al datore di lavoro.

A ben vedere, l'operazione compiuta dall'autore e dalla giurisprudenza che ne adotta l'impostazione consiste nell'identificare le fattispecie al verificarsi delle quali un segmento del rapporto di lavoro si risolve per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.): con la conseguenza che il lavoratore non può ottenere il pagamento della retribuzione né il risarcimento del danno. Ci sembra evidente che per compiere tale operazione è necessario non solo accertare l'impossibilità della prestazione (o la sua radicale inidoneità a soddisfare l'interesse del creditore), ma anche verificare che essa non sia imputabile al datore di lavoro.

Non può sfuggire, infine, l'ambiguità della posizione sostenuta in ordine alla compatibilità tra la mora del creditore e la conformazione del rapporto di lavoro. Da un lato, si ritiene che l'inammissibilità di un'esecuzione differita della prestazione rifiutata dal datore di lavoro non precluda la costituzione in mora, che tuttavia — come riconosce lo stesso autore — incontra un limite proprio nell'impossibilità della prestazione. Dall'altro, l'impossibilità di "recuperare" la prestazione in un primo tempo rifiutata viene valorizzata per qualificare in termini di risarcimento del danno il credito del dipendente nei confronti del datore di lavoro.

b) Alcuni anni dopo il tema viene nuovamente affrontato da due autori che condividono l'assunto in base al quale la prestazione rifiutata dal datore di lavoro diviene impossibile, non potendo essere differita nel tempo ⁽¹⁴⁶⁾. Si ritiene, tuttavia, che questo non precluda l'applica-

(146) Cfr. GHERA e LISO, voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *EdD*, XXVI, Milano, 1976, p. 977. I due autori ammettono che la disciplina della *mora accipiendi* «si fonda evidentemente, come ipotesi normale, sul presupposto della persistenza dell'obbligo in capo al debitore: orbene, il rapporto di lavoro si distacca da tale disciplina perché la sua obbligazione caratteristica (cosiddetta conformatrice del tipo negoziale) è caratterizzata dal fatto che nel suo ambito la liberazione del debitore (prestazione di lavoro) consegue direttamente *pro rata* dal semplice trascorrere del tempo connesso al permanere del creditore (datore di lavoro) in una situazione di mora, senza che sia necessario lo svolgimento di una particolare procedura liberatoria. Ed invero si ritiene generalmente che per la prestazione di lavoro — essendo essa dedotta in un contratto di durata nel quale il tempo costituisce una "misura quantitativa" della prestazione — la possibilità di un adempimento tardivo sia necessariamente esclusa e che quindi le *operae praeteritae* siano *operae peritae* e non più recuperabili». Nello stesso senso v. già LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1064 s.

zione della disciplina della *mora accipiendi*, alla quale si riconosce la capacità di adattarsi alle peculiarità del rapporto di lavoro. Se gli *effetti* della mora implicano la perdurante possibilità di eseguire la prestazione, essa non costituisce, secondo gli autori, un *presupposto* indefettibile dell'istituto: in base all'art. 1206 c.c., perché il creditore possa essere costituito in mora è sufficiente che risultino dimostrati l'offerta della prestazione e il difetto di cooperazione⁽¹⁴⁷⁾.

Si ammette, poi, che il lavoratore possa offrire le prestazioni non ancora esigibili: la costituzione in mora precederebbe, allora, l'impossibilità della prestazione lavorativa, destinata a verificarsi, nel futuro, in conseguenza della condotta non cooperativa del datore di lavoro. Il decorso del tempo comporta la perdita delle prestazioni attualmente esigibili, ma non di quelle future: rispetto ad esse, gli effetti della mora potrebbero utilmente esplicarsi⁽¹⁴⁸⁾.

Si aggiunge che l'impossibilità della prestazione lavorativa non è direttamente provocata dal difetto di cooperazione, ma consegue ad essa: tra i presupposti della mora (offerta e difetto di cooperazione) e l'impossibilità della prestazione sembra sussistere un intervallo che giustifica l'applicazione dell'istituto al rapporto di lavoro⁽¹⁴⁹⁾.

Diversamente dall'autore già analizzato, le due voci dottrinali ritengono che per effetto della costituzione in mora il lavoratore possa esigere non tanto il risarcimento, quanto il pagamento del corrispettivo a lui dovuto ai sensi dell'art. 1207, comma 1° c.c.⁽¹⁵⁰⁾ Nonostante tale divergenza, si perviene alla medesima conclusione: il datore di lavoro è tenuto a corrispondere la retribuzione senza poter detrarre i costi risparmiati dal lavoratore e i guadagni alternativi da lui conseguiti grazie all'interruzione del rapporto⁽¹⁵¹⁾.

È da condividere l'opinione di chi osserva che nessuno degli argomenti indicati è realmente idoneo ad avvalorare la compatibilità della

(147) Cfr. GHERA e LISO, voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, cit., p. 978.

(148) «La verità è che la mancanza di cooperazione del creditore della prestazione a esecuzione continuata, oltre a bruciare le *operae* ineseguite, incombe su quelle che ancora devono essere compiute e si riflette su di esse, pienamente giustificando una intimazione da parte del debitore»: così GHERA e LISO, voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, p. 978. V. anche LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore*, cit., p. 1080.

(149) Cfr. GHERA e LISO, voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, p. 979.

(150) Cfr. GHERA e LISO, voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, p. 997 ss.; LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore*, cit., p. 1089.

(151) Cfr. GHERA e LISO, voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, p. 1000 ss.

mora accipiendi con il rapporto di lavoro ⁽¹⁵²⁾. Se si riconosce che le prestazioni lavorative non possono essere eseguite oltre i termini pattuiti, è inevitabile concludere che il rifiuto opposto dal datore di lavoro ne determina l'impossibilità. La fattispecie è evidentemente incompatibile con la disciplina della *mora accipiendi*, che presuppone la perdurante possibilità di eseguire la prestazione (non potendo essere altrimenti soddisfatto il requisito dell'offerta) e reagisce contro la dilatazione dell'obbligazione avente ad oggetto la prestazione rifiutata dal creditore (sul presupposto che il difetto di cooperazione non ne comporti la contestuale estinzione). In particolare, se è vero che l'offerta può avere ad oggetto prestazioni future, resta il fatto che quando, divenute esigibili, il datore di lavoro le rifiuta, esse divengono definitivamente impossibili; perché sia configurabile la *mora accipiendi* occorre, invece, che la prestazione offerta, e rifiutata dal creditore, possa essere successivamente eseguita.

17. ...tra razionalità e tradizione. — c) Nei primi anni '90 del secolo scorso, gli studi sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro si arricchiscono di un altro importante contributo ⁽¹⁵³⁾. Nel contesto di esso codice civile e legislazione di settore non vengono integrati — come avviene, invece, nell'indagine monografica già dedicata all'argomento ⁽¹⁵⁴⁾ — ma ricostruiti in modo indipendente e prospettati come regimi alternativi.

L'autore ritiene che l'interruzione del rapporto di lavoro e il conseguente rifiuto della prestazione siano regolati (non dalla normativa codicistica, ma) da norme speciali, quali sono quelle rinvenibili nell'articolo 6, ultimo comma della legge sull'impiego privato ⁽¹⁵⁵⁾ e negli accordi confederali applicabili *erga omnes* ⁽¹⁵⁶⁾. Nel regime della normativa di settore, come ricostruito dall'autore, il lavoratore che

(152) Cfr. SPEZIALE, *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 698 ss.; ID., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, p. 170.

(153) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit. Per una sintesi effettuata dallo stesso autore, v. *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, cit., p. 700 ss. V. anche, sul tema, ID., *L'impossibilità della prestazione per ragioni attinenti al datore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 419 ss.

(154) Ci si riferisce a GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit.

(155) La disposizione — su cui v., *supra*, nt. 142 e testo corrispondente — viene ritenuta direttamente applicabile anche ai quadri e ai dirigenti, e per analogia agli operai: cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 47 ss.

(156) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 105.

subisce l'interruzione del rapporto può conseguire il pagamento della retribuzione anche quando non ha offerto la prestazione lavorativa (157). L'esigibilità della retribuzione non consegue alla formulazione dell'offerta e alla prova del difetto di cooperazione, ma al semplice fatto dell'interruzione del rapporto di lavoro.

Nell'ottica della normativa speciale, il datore di lavoro assume il rischio di non poter ricevere la prestazione, restando obbligato a pagare la relativa retribuzione anche quando l'interruzione del rapporto dipende da causa a lui non imputabile: il rifiuto della prestazione e il mancato pagamento della retribuzione sono giustificati solo in presenza di uno sciopero attuato con modalità tali da comportare un rischio per l'incolumità fisica degli stessi lavoratori e per l'integrità degli impianti (158). Dalla retribuzione spettante al lavoratore, d'altra parte, non possono essere detratte le spese risparmiate e i guadagni conseguiti per non aver dovuto eseguire la prestazione: il credito del lavoratore ha ad oggetto il pagamento del corrispettivo, sicché non può essere ridotto in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* (159). In definitiva, si esclude che il rapporto di lavoro possa risolversi per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) quando la prestazione non viene eseguita per una qualsiasi causa riconducibile alla sfera del datore di lavoro; quest'ultimo resta obbligato a pagare l'intera retribuzione anche se ha interrotto il rapporto a seguito di una sopravvenienza a lui non imputabile.

Se dunque lo scenario conseguente all'interruzione del rapporto di lavoro è governato, secondo l'autore, dalla normativa di settore, si riconosce che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti definiscono le controversie insorte tra le parti sulla base della disciplina della *mora accipiendi* (160). Ci si chiede, allora, se l'istituto sia compatibile con la conformazione del rapporto di lavoro e si risponde alla questione in modo articolato.

Se si ritiene che la prestazione rifiutata dal datore di lavoro non possa essere "recuperata" mediante un'esecuzione differita nel tempo, la disciplina della mora non è applicabile: l'istituto presuppone, infatti, la perdurante possibilità di adempiere. In antitesi all'opinione degli autori ricordati nel paragrafo precedente, si afferma che l'adesione alla

(157) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 108.

(158) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 98.

(159) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 94.

(160) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., pp. 105 s., 225.

formula in base alla quale le «*operae preteritae*» devono considerarsi «*peritae*» mette fuori gioco la *mora accipiendi* ⁽¹⁶¹⁾. Se questo è vero, per ammettere l'applicazione dell'istituto occorre confutare il presupposto in base al quale le prestazioni lavorative rifiutate dal creditore divengono impossibili in quanto non suscettibili di essere eseguite oltre l'orario di lavoro. Ed effettivamente, secondo l'autore, il decorso del tempo durante il quale il lavoro avrebbe dovuto essere svolto non ne preclude il recupero, potendosi ammettere l'esecuzione differita della prestazione ⁽¹⁶²⁾. In quest'ottica, anche il lavoro differito oltre l'orario pattuito risulta eseguibile (in quanto permane idoneo a soddisfare l'interesse del creditore) ed esigibile (perché il lavoratore permane obbligato a prestarlo).

Certo, il recupero delle prestazioni eseguite incontra dei limiti, rispondenti tanto all'interesse del datore di lavoro di ricevere *operae* idonee ad integrarsi con l'attività produttiva, quanto all'interesse del lavoratore di liberarsi della relativa obbligazione. Nell'economia di questa ricostruzione, tuttavia, l'interesse del lavoratore di disporre del proprio tempo al di fuori dell'orario di lavoro sembra avere un rilievo secondario, l'attenzione essendo focalizzata sulla posizione del datore di lavoro. Quest'ultimo non potrebbe pretendere l'esecuzione della prestazione lavorativa «dopo molto tempo dal venir meno del fatto impeditivo» ⁽¹⁶³⁾: il recupero del lavoro inizialmente precluso sarebbe possibile purché non troppo differito nel tempo, essendo rimessa all'interprete una delicata valutazione di carattere quantitativo.

Ebbene, se la prestazione permane possibile decorso il tempo durante il quale avrebbe dovuto essere eseguita, il datore di lavoro può essere validamente costituito in mora mediante offerta effettuata nelle forme d'uso (art. 1217 c.c.); e qualora a seguito dell'offerta la prestazione divenga impossibile — per il permanere del rifiuto del datore di lavoro, o di altro impedimento — al lavoratore spetta ai sensi dell'art. 1207, comma 1° c.c. il pagamento della retribuzione ⁽¹⁶⁴⁾. Non trattandosi di un risarcimento, ma del corrispettivo pattuito, il datore di lavoro non può opporre in compensazione le spese risparmiate dal

(161) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 170 ss.

(162) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 181 ss.; ID., *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, cit., p. 700 ss.; ID., *L'impossibilità della prestazione per ragioni attinenti al datore di lavoro*, cit., p. 447.

(163) Così SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 185.

(164) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., pp. 189, 318.

lavoratore e i guadagni alternativi da lui conseguiti per non aver dovuto eseguire la prestazione ⁽¹⁶⁵⁾.

Una volta affermata l'applicabilità della disciplina della *mora accipiendi*, l'autore propone di ricondurre alla nozione di «motivo legittimo» la gestione delle sopravvenienze che precludono al datore di lavoro di ricevere la prestazione (requisizione od occupazione aziendale; irreperibilità delle materie prime da utilizzare nel ciclo produttivo; sciopero articolato ecc.) ⁽¹⁶⁶⁾. Perché sia configurabile un motivo legittimo di rifiuto — con la conseguente esclusione della *mora accipiendi* — dovrebbe verificarsi una sopravvenienza imprevedibile e inevitabile dal datore di lavoro e tale da privare la prestazione di ogni plausibile utilità ⁽¹⁶⁷⁾.

Il regime così ricostruito risulta evidentemente diverso da quello governato dalla normativa di settore. Il datore di lavoro non è tenuto a pagare la retribuzione quando la prestazione è divenuta radicalmente priva di utilità per un caso fortuito. L'offerta della prestazione, non contemplata dalla disciplina speciale, è invece richiesta per la costituzione in mora del datore di lavoro; il lavoratore ha l'onere di effettuarla anche quando la controparte ha manifestato la volontà di non ricevere la prestazione, per esempio intimando un licenziamento illegittimo ⁽¹⁶⁸⁾. Si ritiene, per di più, che l'offerta nelle forme d'uso debba essere convalidata dal giudice perché il datore di lavoro possa essere validamente costituito in mora ⁽¹⁶⁹⁾. Come è evidente, al regime della legislazione speciale — agile ed estremamente favorevole per il lavoratore — si contrappone una disciplina, quella codicistica, che richiede il rispetto di requisiti procedurali assai impegnativi.

È da condividere l'assunto sulla base del quale viene indagata la compatibilità della *mora accipiendi* con il rapporto di lavoro: se si ritiene — come noi riteniamo — che la prestazione di lavoro illegittimamente rifiutata non possa essere eseguita né pretesa al di fuori dell'orario pattuito, il suo debitore (lavoratore) deve ritenersi liberato e il creditore (datore di lavoro) non può essere costituito in mora.

Non ci trova concordi, invece, l'ulteriore argomentazione con cui

(165) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., pp. 322 ss., 341.

(166) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 266; ID., *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, cit., p. 707 ss.; ID., *L'impossibilità della prestazione per ragioni attinenti al datore di lavoro*, cit., pp. 447 ss., 458.

(167) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 291 s.

(168) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., pp. 351 s., 356.

(169) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 355 s.

l'autore, coerentemente, avvalora l'applicabilità della disciplina della *mora accipiendi*: la prestazione rifiutata dal datore di lavoro permane possibile — purché non sia decorso troppo tempo dal verificarsi della sopravvenienza — in quanto la sua esecuzione differita è compatibile con il regime del rapporto di lavoro. A nostro avviso, infatti, il datore di lavoro che ha provocato l'interruzione del rapporto non può esigere l'esecuzione differita della prestazione lavorativa.

Come si ricava dal dettato dell'art. 1256, comma 2° c.c., perché la prestazione resti possibile a seguito del verificarsi di un impedimento che ne preclude l'esecuzione è necessario non solo che risponda all'interesse del creditore, ma anche che il debitore possa essere ritenuto obbligato ad adempiere. Il campo visivo dell'interprete deve estendersi a comprendere entrambi i lati del rapporto obbligatorio. Non basta che la prestazione in un primo tempo preclusa permanga idonea a soddisfare l'interesse del creditore; è parimenti necessario che la sua esecuzione sia compatibile con la sfera personale ed organizzativa del debitore. Tale seconda valutazione, naturalmente, deve essere condotta alla luce delle caratteristiche della prestazione e del regime del rapporto in cui la stessa si trova inserita.

Ebbene, la prestazione lavorativa impegna in modo particolarmente intenso il tempo e le energie del debitore: se quest'ultimo potesse essere obbligato a prestare la propria attività oltre l'orario di lavoro in dipendenza di sopravvenienze imputabili alla controparte, dovrebbe inevitabilmente sacrificare il tempo altrimenti dedicato ad altri aspetti della propria vita. Se dal punto di vista del datore di lavoro il recupero della prestazione comporta pur sempre la soddisfazione di un suo interesse — ancorché differita nel tempo — per il lavoratore esso implica un inevitabile sacrificio del tempo e delle energie che avrebbe altrimenti impegnato per arricchire la propria sfera personale e relazionale. Nei contratti di durata, il tempo costituisce un elemento identificativo della prestazione dovuta, nelle sue componenti quantitativa e qualitativa, sicché riconoscendo al datore di lavoro la legittimazione a pretendere l'esecuzione differita della prestazione inizialmente rifiutata gli si consente di alterare unilateralmente l'oggetto del contratto.

L'opinione qui considerata, in definitiva, non sembra valorizzare adeguatamente l'interesse del lavoratore di disporre del proprio tempo al di fuori dell'orario di lavoro. È appena il caso di aggiungere che il tempo sacrificato dal lavoratore nel fine settimana ha un valore maggiore, in considerazione del fatto che nello stesso periodo le relazioni

sociali e familiari sono agevolate dalla contemporanea astensione dal lavoro della maggior parte delle altre persone.

Certo, nella contrattazione collettiva si prevede il recupero delle prestazioni lavorative non eseguite a causa di sopravvenienze non imputabili all'imprenditore ⁽¹⁷⁰⁾. È significativo, tuttavia, che il diritto di esigerne l'esecuzione sia stato espressamente pattuito (non risultando la previsione necessaria qualora fosse avvalorato dalla legge) e che sia subordinato al verificarsi di impedimenti non imputabili al datore di lavoro.

Anche alla luce di questo ulteriore, importante contributo è da ritenere che la prestazione lavorativa divenga impossibile una volta decorso il tempo durante il quale avrebbe dovuto essere eseguita, con la conseguenza che la mora del creditore risulta incompatibile con la struttura del rapporto di lavoro.

d) La ricognizione appena svolta conferma che nella dottrina di settore prevale un indirizzo conservativo, essendo gli studi più rilevanti orientati ad avvalorare l'applicabilità della *mora accipiendi* al rapporto di lavoro. Se questo è vero, non mancano contributi che, valutando criticamente i riferimenti alla mora del creditore rinvenibili in giurisprudenza, prospettano soluzioni incentrate sulla corrispettività del contratto.

In un noto studio dedicato alla relazione tra trattamento di cassa integrazione e rapporto di lavoro si sostiene che il diritto del lavoratore di esigere il pagamento della retribuzione qualora, interrotto il rapporto, il beneficio non sia stato accordato, non presuppone la costituzione in mora, ma discende dal carattere sinallagmatico del contratto ⁽¹⁷¹⁾. In assenza di una causa legittima di interruzione del rapporto il datore di lavoro è obbligato a ricevere le *operae* e non può modificare unilateralmente l'orario di lavoro, che costituisce parte integrante del regolamento contrattuale ⁽¹⁷²⁾. Il lavoratore che subisce l'interruzione del rapporto, dunque, non è tenuto ad effettuare la costituzione in mora, ma può legittimamente pretendere l'attuazione dello scambio.

In un contributo più recente, incentrato sui «poteri di autotutela» nel contratto di lavoro subordinato, si sostiene che la disciplina della

(170) Sul punto v. ancora SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 183.

(171) Cfr. BALLESTRERO, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Milano, 1985, p. 393 ss.

(172) Cfr. BALLESTRERO, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, cit., p. 388.

mora accipiendi non si presta ad essere applicata quando le parti possono avvalersi di rimedi sinallagmatici, destinati a prevalere sugli istituti riconducibili al diritto delle obbligazioni «in forza del principio ermeneutico della specialità»⁽¹⁷³⁾. Per valutare il comportamento del datore di lavoro che interrompe l'attuazione del rapporto — come quello del lavoratore che non offre la prestazione — occorre considerare non tanto la disciplina della *mora accipiendi*, quanto quella dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.).

La prospettiva in cui si collocano entrambi i contributi anticipa quella adottata in questa sede: anche noi riteniamo, infatti, che le questioni sollevate dall'attuazione del rapporto di lavoro vadano ricondotte al campo dei rimedi sinallagmatici.

18. *L'offerta della prestazione lavorativa nel diritto applicato: costituzione in mora del datore di lavoro o manifestazione di interesse per l'attuazione dello scambio? Risoluzione automatica del rapporto di lavoro, termine illegittimamente apposto al contratto, dimissioni rassegnate nel periodo successivo al matrimonio.* — Passiamo a considerare in modo più dettagliato la rilevanza riconosciuta in giurisprudenza all'offerta della prestazione lavorativa.

Per ricostruire correttamente lo stato attuale del diritto applicato, occorre distinguere le regole menzionate nel contesto delle sentenze [ciò che la giurisprudenza *dichiara*] da quelle effettivamente applicate [ciò che la giurisprudenza *fa*]. Nel contesto delle motivazioni l'offerta della prestazione viene declinata quale presupposto necessario della costituzione in mora del datore di lavoro (art. 1206 c.c.); a nostro parere, invece, la sua funzione è quella di evitare che l'inerzia del lavoratore possa essere ragionevolmente interpretata come espressione di tolleranza verso l'interruzione del rapporto. Se nell'ottica delle parti l'offerta impedisce al datore di lavoro di rifiutare il pagamento della retribuzione opponendo l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), nella prospettiva del giudice — che ha cognizione di un rapporto definitivamente inattuato — essa smentisce la tolleranza del lavoratore, che altrimenti avrebbe potuto giustificare il rigetto dell'azione volta ad ottenere il pagamento della retribuzione.

Come si apprestiamo a constatare, l'offerta viene ritenuta necessaria nelle fattispecie in cui è realisticamente ipotizzabile una tolleranza

(173) Così V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004, p. 359.

del lavoratore verso l'interruzione del rapporto, che — sebbene illegittima — è contemplata dal contratto di lavoro: è il caso della clausola risolutiva automatica con cui si prevede lo scioglimento del rapporto di lavoro al raggiungimento della massima anzianità contributiva o del termine illegittimamente apposto al contratto ⁽¹⁷⁴⁾. A conclusioni diverse si perviene quando l'interruzione del rapporto, rivelatasi parimenti illegittima, consegue a un atto del datore di lavoro che non trova alcuna rispondenza negli accordi intercorsi con il lavoratore e le organizzazioni sindacali: ci si riferisce in particolare al licenziamento illegittimo e alle diverse ipotesi di sospensione illegittima del rapporto di lavoro ⁽¹⁷⁵⁾.

L'analisi della giurisprudenza denota, poi, l'esistenza di una relazione empirica tra le ragioni che giustificano l'offerta e le modalità della stessa. Per non disattendere in modo troppo evidente la disciplina della *mora accipiendi* — alla quale, pure, fanno riferimento — alcune sentenze affermano che il lavoratore ha l'onere di offrire la prestazione anche nelle fattispecie in cui non è realisticamente ipotizzabile che abbia tollerato l'interruzione del rapporto di lavoro o acconsentito ad essa. Si ritiene, tuttavia, che il requisito venga soddisfatto anche se non risulta dimostrato che il lavoratore è pronto ad adempiere, ravvisandolo, per esempio, nel ricorso con cui viene impugnato il licenziamento illegittimo o contestata la sospensione del rapporto: benché menzionato nel contesto delle motivazioni, il presupposto dell'offerta è dunque evanescente ⁽¹⁷⁶⁾.

Per rappresentare nitidamente lo stato della giurisprudenza si è scelto di articolare l'esposizione per fattispecie omogenee, in relazione alle quali si ritiene che il lavoratore interessato ad ottenere il pagamento della retribuzione abbia l'onere di formulare l'offerta della prestazione di lavoro o, all'opposto, non sia tenuto a effettuarla. Analizzeremo in primo luogo vicende in cui l'interruzione del rapporto è certamente imputabile al datore di lavoro, dovendosi valutare se l'inerzia del lavoratore possa essere interpretata come manifestazione di tolleranza (*a-f*); successivamente, prenderemo in considerazione fattispecie in cui, si discute se la sopravvenienza che ha determinato l'interruzione del rapporto sia imputabile o non imputabile al datore di lavoro, con le

(174) V., *infra*, nell'ambito di questo stesso paragrafo.

(175) V., *infra*, §§ 19, 20.

(176) V., *infra*, §§ 19, 20.

conseguenze che ne derivano in ordine al diritto del lavoratore di esigere il pagamento della retribuzione o il risarcimento del danno (g).

a) Le clausole, rinvenibili in alcuni contratti collettivi, che prevedono lo scioglimento automatico del rapporto di lavoro al raggiungimento della massima anzianità contributiva, sono considerate nulle. Quando sulla base di esse il datore di lavoro colloca in quiescenza il dipendente, si ritiene che quest'ultimo possa conseguire il pagamento della retribuzione solo a seguito dell'offerta della prestazione lavorativa⁽¹⁷⁷⁾. La conclusione viene argomentata affermando che, in considerazione della natura sinallagmatica del contratto di lavoro, l'esigibilità della retribuzione presuppone la prestazione delle *operae*, «salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di *mora accipiendi* nei confronti del dipendente»⁽¹⁷⁸⁾.

L'offerta della prestazione lavorativa è prevista in alternativa alla sua esecuzione quale requisito di esigibilità della retribuzione. Non è difficile concludere che essa è effettivamente richiesta non per costituire in mora il datore di lavoro, ma per escludere che il lavoratore abbia tollerato l'interruzione del rapporto o addirittura acconsentito ad essa. Se la mancata attuazione del rapporto di lavoro, o meglio di un suo segmento, risponde al volere di entrambe le parti, il dipendente non è legittimato ad ottenere il pagamento della retribuzione.

In quanto elemento costitutivo della domanda volta ad ottenere la condanna al pagamento della retribuzione, l'offerta della prestazione deve essere provata dal lavoratore⁽¹⁷⁹⁾. Quest'ultimo deve mettere effettivamente la prestazione a disposizione del datore di lavoro, l'offerta non potendosi ritenere inclusa nel ricorso con cui vengono domandati l'annullamento dell'atto che lo colloca in quiescenza e la conseguente reintegrazione nel posto di lavoro⁽¹⁸⁰⁾.

L'onere di provare l'offerta trova riscontro nel regime probatorio elaborato dalle sezioni unite in relazione a tutti i rimedi contro l'ina-

(177) Cfr. Cass. 30 aprile 2010, n. 10527, in *Foro it.*, Rep. 2010, v. «lavoro (rapporto)», n. 1501; Cass. 10 dicembre 2008, n. 29001, per esteso in *De Jure*; Cass. 7 giugno 2007, n. 13292, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «lavoro (rapporto)», n. 1507; Cass. 10 ottobre 2006, n. 22342, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «lavoro (rapporto)», n. 1581; Cass. 5 agosto 2004, n. 15130, in *Giust. civ.*, 2005, I, 104; Cass. 25 novembre 2003, n. 17987, in *Notiz. giur. lav.*, 2004, 345 ed in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «lavoro (rapporto)», n. 927.

(178) Così Cass. 30 aprile 2010, n. 10527, cit.

(179) Cfr. Cass. 10 ottobre 2006, n. 22342, cit.

(180) Cfr. Cass. 7 giugno 2007, n. 13292, cit.

dempimento ⁽¹⁸¹⁾. In base ad esso, la parte che oppone l'eccezione di inadempimento (nel nostro caso, il datore di lavoro) può limitarsi ad allegare l'inadempimento dell'altro contraente (su questo terreno, il lavoratore), spettando a quest'ultimo dimostrare di aver eseguito od offerto la prestazione dovuta.

È ragionevole che l'offerta non possa essere ravvisata nel ricorso proposto dal dipendente contro l'atto che lo colloca in quiescenza: solo provando di essere effettivamente pronto ad adempiere il lavoratore dimostra di essere interessato ad attuare lo scambio (e non solo a percepire la retribuzione). Le *operae*, d'altra parte, precedono il pagamento della retribuzione, sicché è giustificato che il lavoratore sia tenuto ad assumere l'iniziativa dell'offerta anziché attendere la sollecitazione del datore di lavoro.

b) Non molto diverso il regime elaborato dalla giurisprudenza quando contratto di lavoro è sottoposto a un termine illegittimo, in quanto non ricorre una delle fattispecie in relazione alle quali la legge ammette la stipulazione di contratti a tempo determinato.

Su questo specifico terreno, tuttavia, il quadro è più articolato, in considerazione di due fattori. Il flusso del contenzioso è più intenso, e ad un orientamento maggioritario — in base al quale il lavoratore interessato ad ottenere il pagamento della retribuzione è tenuto ad offrire la prestazione — si contrappone un indirizzo minoritario, che invece esclude la necessità dell'offerta. Il legislatore è poi intervenuto a disciplinare il regime del rapporto di lavoro conseguente all'illecita pattuizione di un termine nel periodo che intercorre tra la sua scadenza e la sentenza che ne accerta la nullità, con la conseguente conversione del contratto intercorrente tra le parti come avente ad oggetto la prestazione di lavoro "a tempo indeterminato" (art. 32, commi 5, 6, 7 l. 4 novembre 2010, n. 183). In questa sede analizzeremo in primo luogo gli orientamenti giurisprudenziali delineatisi in relazione alle norme di diritto comune, per poi prendere in considerazione le soluzioni adottate dal legislatore speciale.

Ebbene, quando la controversia viene affrontata sulla base del diritto comune — vale a dire, della disciplina codicistica — il dipendente interessato a ottenere il pagamento della retribuzione ha l'onere

(181) Cfr. Cass., sez. un., 13 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammento*, ed in *Contratti*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*.

di offrire la prestazione lavorativa ⁽¹⁸²⁾. Anche su questo terreno, si ritiene prevalentemente che l'offerta non possa essere ravvisata nel ricorso con cui il lavoratore reagisce all'interruzione del rapporto di lavoro chiedendo che venga accertata la nullità del termine illegittimamente pattuito: occorre invece che manifesti la disponibilità di riprendere il lavoro alle dipendenze della controparte ⁽¹⁸³⁾.

A sostegno di tale conclusione, si osserva che l'atto di «disdetta» con cui il datore di lavoro interrompe il rapporto non può essere equiparato al licenziamento, a seguito del quale, come vedremo subito, il lavoratore non è tenuto a offrire la prestazione: esso non deriva da un'iniziativa unilateralmente assunta dal datore di lavoro, ma attua una clausola — quella che prevede il termine illegittimo — che il lavoratore

(182) Cfr. Cass. 26 settembre 2013, n. 22057, per esteso in *De Jure*; Cass. 2 luglio 2009, n. 15515, in *Foro it.*, Rep. 2009, v. «lavoro (rapporto)», n. 952; Cass. 27 maggio 2009, n. 12333, in *Notiz. giur. lav.*, 2009, 455; Cass. 3 ottobre 2008, n. 24592, per esteso in *De Jure*; Cass. 29 settembre 2008, n. 24294, in *Foro it.*, Rep. 2009, v. «lavoro (rapporto)», n. 885; Cass. 13 aprile 2007, n. 8903, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «lavoro (rapporto)», n. 852; Cass. 21 novembre 2006, n. 24655, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «lavoro (rapporto)», n. 848; Cass. 3 marzo 2006, n. 4677, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2338; Cass. 21 febbraio 2006, n. 3717, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «lavoro (rapporto)», n. 884; Cass. 27 ottobre 2005, n. 20858, in *Foro it.*, Rep. 2005, v. «lavoro (rapporto)», n. 792; Cass. 5 ottobre 2004, n. 19899, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 3083; Cass. 25 novembre 2003, n. 17987, in *Notiz. giur. lav.*, 2004, 345; Cass. 22 ottobre 2003, n. 15827, in *Arch. civ.*, 2004, 332 ed in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «lavoro (rapporto)», n. 928; Cass. 26 maggio 2003, n. 8366, in *Foro it.*, Rep. 2003, v. «lavoro (rapporto)», n. 883; Cass. 26 maggio 2003, n. 8352, in *Notiz. giur. lav.*, 2003, 706; Cass., sez. un., 8 ottobre 2002, n. 14381, cit.; Cass. 17 ottobre 2001 n. 12697, in *Foro it.*, 2001, I, 3515; Cass. 26 maggio 2001 n. 7186, in *Foro it.*, Rep. 2001, v. «lavoro (rapporto)», n. 655; Cass. 27 febbraio 1998 n. 2192, in *Foro it.*, Rep. 1998, v. «lavoro (rapporto)», n. 707; Cass. 15 dicembre 1997, n. 12665, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 546 ed in *Dir. lav.*, 1998, II, 212; Cass. 4 ottobre 1996, n. 8695, in *Foro it.*, Rep. 1996, v. «lavoro (rapporto)», n. 540; Cass. 27 giugno 1996 n. 5930, in *Notiz. giur. lav.*, 1996, 512; Cass. 18 maggio 1995, n. 5482, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «obbligazioni in genere», n. 34; Cass. 21 ottobre 1994, n. 8672, in *Notiz. giur. lav.*, 1995, 129; Cass., sez. un., 5 marzo 1991, n. 2334, in *Foro it.*, 1991, I, 1100 ed in *Dir. lav.*, 1991, II, 149.

(183) Cfr. Cass. 26 settembre 2013, n. 22057, cit.; Cass. 21 novembre 2006, n. 24655, cit.; Cass., sez. un., 8 ottobre 2002, n. 14381, cit. In senso contrario, v. Cass. 27 maggio 2009, n. 12333, cit., e Cass. 18 maggio 1995, n. 5482, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «obbligazioni in genere», n. 34, che identificano la costituzione in mora con la notifica del ricorso introduttivo del giudizio. Si ritiene poi idonea a costituire in mora il datore di lavoro la richiesta di assunzione formulata in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione: cfr. Cass. 2 luglio 2009, n. 15515, cit.

ha accettato concludendo il contratto ⁽¹⁸⁴⁾. L'affermazione può essere così interpretata: mentre non è realisticamente ipotizzabile che il lavoratore tolleri il licenziamento, quando l'interruzione del rapporto di lavoro è stata da lui preventivamente accettata — sia pure mediante la sottoscrizione di una clausola illegittima, quale quella relativa al termine — la sua inerzia può essere ragionevolmente considerata come acquiescenza verso la mancata attuazione dello scambio. Di qui l'onere del lavoratore di smentire tale deduzione offrendo la prestazione.

Nel testo delle motivazioni si riscontra la già rilevata commistione tra *mora accipiendi* e rimedi sinallagmatici: si argomenta, infatti, che l'esigibilità della retribuzione è subordinata all'esecuzione della prestazione lavorativa, a meno che il datore di lavoro non sia stato costituito in mora tramite la formulazione dell'offerta.

Osserviamo nuovamente che l'offerta della prestazione — presentata, nel contesto di tale argomentazione, quale alternativa alla sua effettiva esecuzione — non comporta effettivamente la costituzione in mora del datore di lavoro, ma piuttosto, manifestando l'interesse del lavoratore per l'attuazione dello scambio, vale ad escludere che egli abbia tollerato o condiviso l'interruzione del rapporto. Il requisito si giustifica alla luce della struttura sinallagmatica del contratto di lavoro, nel contesto del quale le *operae* vengono scambiate con la retribuzione. In una prospettiva volta al futuro, che contempla la frazione di rapporto non ancora attuata, l'offerta formulata dal lavoratore preclude al datore di lavoro di rifiutare il pagamento della retribuzione opponendo l'eccezione di inadempimento; mentre in un'ottica orientata al passato — e focalizzata sul segmento di rapporto definitivamente inattuato — la medesima offerta denota che il lavoratore non ha avallato o condiviso l'interruzione del rapporto, sicché il mancato pagamento della retribuzione non può trovare giustificazione nella sua tolleranza. I riferimenti alla mora del creditore hanno, quindi, una valenza esclusivamente descrittiva: essi non denotano l'applicazione delle norme che integrano il corrispondente istituto, ma si limitano a rappresentare la condotta dell'imprenditore che avendo interrotto il rapporto rifiuta la prestazione lavorativa.

Apparentemente contrastanti con tale orientamento sono alcune pronunce giurisprudenziali, in base alle quali il pagamento della retri-

(184) Cfr. Cass. 26 settembre 2013, n. 22057, cit.; Cass., sez. un., 8 ottobre 2002, n. 14381, cit.; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2192, cit.; Cass. 6 luglio 1991, n. 7471, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 523.

bUZIONE non è subordinato all'offerta della prestazione lavorativa. Se si adotta la prospettiva qui delineata, tuttavia, il contrasto giurisprudenziale si attenua fino a scomparire. Risulta infatti evidente che il lavoratore è esonerato dalla formulazione dell'offerta nelle fattispecie in cui la stessa non è necessaria per escludere la sua tolleranza verso l'interruzione del rapporto di lavoro.

Si è così ritenuto che il lavoratore potesse esigere il pagamento della retribuzione nonostante la mancata formulazione dell'offerta in relazione ad una fattispecie in cui il datore di lavoro non si era limitato ad interrompere il rapporto intimando «disdetta», ma aveva reiteratamente affermato di non essere disposto a riammettere al lavoro il dipendente ⁽¹⁸⁵⁾. Nel contesto della motivazione il comportamento del datore di lavoro, che denotava senza possibilità di equivoci una volontà contraria al ripristino del rapporto, viene equiparato al licenziamento, a seguito del quale il lavoratore interessato ad ottenere il pagamento della retribuzione non ha l'onere di compiere l'offerta. L'argomentazione può essere svolta in questi termini: stante il comportamento tenuto dal datore di lavoro dopo l'interruzione del rapporto, l'inerzia del lavoratore non può essere ragionevolmente interpretata come espressione di tolleranza verso la mancata attuazione dello scambio, sicché egli consegue il pagamento della retribuzione senza dover offrire prestazione lavorativa.

L'onere di offrire la prestazione viene parimenti escluso quando la condotta del lavoratore denota che ha acconsentito all'interruzione del rapporto ⁽¹⁸⁶⁾. Nella fattispecie, la lavoratrice che chiedeva il pagamento della retribuzione aveva anticipato la scadenza del termine rassegnando le dimissioni; subito dopo aveva concluso un altro contratto di lavoro, attendendo un considerevole periodo di tempo prima di agire in giudizio nei confronti del datore di lavoro. La situazione è speculare rispetto a quella considerata dalla precedente pronuncia; il comportamento tenuto dal lavoratore indica con chiarezza che ha acconsentito allo scioglimento del rapporto, sicché anche offrendo il proprio lavoro non potrebbe conseguire il pagamento della retribuzione tanto in relazione alle prestazioni pregresse, quanto in relazione a quelle future. Date tali condizioni, l'offerta della prestazione non viene ritenuta necessaria in quanto inutile: siccome il lavoratore ha

(185) Cfr. Cass. 28 dicembre 1991, n. 13977, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 989.

(186) Cfr. Cass. 2 febbraio 1999, n. 866, in *Foro it.*, Rep. 1999, v. «lavoro (rapporto)», n. 789.

condiviso la scelta di interrompere il rapporto, non può esigere il pagamento della retribuzione neppure manifestando un sopravvenuto interesse per l'attuazione dello scambio.

Si ravvisa una sensibile differenza tra la tolleranza del lavoratore verso l'interruzione del rapporto e il suo consenso allo scioglimento dello stesso. L'inerzia del lavoratore al quale viene intimata «disdetta» in ottemperanza al termine illegittimamente pattuito fa presumere una sua tolleranza verso l'interruzione del rapporto: presunzione che il lavoratore interessato ad ottenere il pagamento della retribuzione può superare offrendo la prestazione. Quando invece lo stesso lavoratore non si limita a rimanere inerte, ma tiene un comportamento che denota la sua adesione allo scioglimento del vincolo, non può conseguire il pagamento della retribuzione nemmeno offrendo la prestazione: date queste condizioni l'offerta non giustifica il pagamento della retribuzione, in quanto la condotta del lavoratore alimenta l'affidamento del datore di lavoro nello scioglimento del rapporto ⁽¹⁸⁷⁾.

Come si è anticipato, peraltro, la fattispecie è oggi disciplinata da norme speciali, che risolvono il conflitto tra le parti del rapporto di lavoro sulla base di criteri diversi da quelli in precedenza adottati in applicazione dei principi di diritto comune. Ai sensi dell'art. 35, comma 5 l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro 2010), quando — stante la nullità del termine — il contratto si considera pattuito a tempo indeterminato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al dipendente «un'indennità omnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità della retribuzione globale di fatto», avuto riguardo ai criteri rinvenibili nella disciplina dei licenziamenti individuali (art. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604).

La disposizione riconosce al lavoratore un'indennità a prescindere tanto dall'offerta della prestazione, quanto dal danno effettivamente subito a causa dell'interruzione del rapporto. Se è vero che la misura dell'indennità può essere adeguata alle circostanze del caso concreto in applicazione dei criteri enunciati dalla disciplina dei licenziamenti individuali, e richiamati nel contesto della disposizione, il lavoratore la può ottenere anche se non ha offerto la prestazione e sebbene a seguito dell'interruzione del rapporto abbia percepito una diversa retribuzione

(187) In questo senso v., oltre a Cass. 2 febbraio 1999, n. 866, cit., Cass. 11 febbraio 2016, n. 2732, in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «lavoro (rapporto)», n. 876; Cass. 27 ottobre 2015, n. 21876, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «lavoro (rapporto)», n. 757.

in attuazione di un altro contratto di lavoro ⁽¹⁸⁸⁾. Per semplificare il regime del rapporto di lavoro conseguente all'illegittima pattuizione di un termine il legislatore speciale ignora il requisito dell'offerta, che — ricondotto dalla giurisprudenza anteriore alla *mora accipiendi* — trova invece giustificazione, a nostro avviso, nel rapporto di corrispettività tra le prestazioni contrattuali. Escludendo la necessità dell'offerta ed accordando al lavoratore un'indennità svincolata dal danno effettivamente subito si intende promuovere l'adozione di soluzioni maggiormente prevedibili e sicure.

La Corte Costituzionale, intervenuta sul punto con una sentenza interpretativa di rigetto, ha precisato che l'indennità prevista dalla disposizione citata non esaurisce la tutela accordata al lavoratore, ma si aggiunge alla declaratoria di nullità del termine e alla conseguente riqualificazione del contratto come concluso "a tempo indeterminato" ⁽¹⁸⁹⁾. L'indennità riconosciuta al lavoratore compensa la lesione del suo interesse alla prosecuzione del rapporto verificatasi nel c.d. «periodo intermedio»: quello decorrente dalla scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto fino alla data della «sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto». A partire da questo secondo momento, la tutela provvisoria assicurata dall'indennità viene meno, essendo il datore di lavoro obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli la retribuzione.

L'art. 35, comma 5 l. 183/2010 è stato abrogato dal d.lg. 15 giugno 2015, n. 81 (c.d. *jobs act*), che ne ha riprodotto il contenuto recependo le indicazioni della Consulta. Ferma la previsione dell'indennità dovuta al lavoratore a tutela del suo interesse alla prosecuzione del rapporto — ed immutati i criteri di calcolo — si dispone che il rimedio ristori il pregiudizio da lui subito nel periodo compreso tra la scadenza del termine e la sentenza che ne accerta la nullità: a seguito di essa, il lavoratore ha diritto di essere riammesso in servizio e di percepire la retribuzione pattuita.

(188) Cfr. Cass. 2 marzo 2012, n. 3305, in *Foro it.*, 2012, I, 1410; Cass. 5 giugno 2012, n. 9023, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «lavoro (rapporto)», n. 1403; Cass. 29 febbraio 2012, n. 3056, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 796; Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411, in *Foro it.*, 2012, I, 730 e *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 400; Cass. 31 gennaio 2012, n. 1409, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «lavoro (rapporto)», n. 881; Trib. Lodi 28 ottobre 2011, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 877.

(189) Cfr. C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *Foro it.*, 2012, I, 717, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 252 ed in *Giust. civ.*, 2011, I, 2768.

c) Le dimissioni rassegnate dalla lavoratrice nel periodo decorrente dal giorno della richiesta di pubblicazioni del matrimonio fino a un anno dopo la celebrazione dello stesso sono nulle se non «confermate entro un mese alla Direzione della città metropolitana e dell'ente di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56» (art. 35, comma 4 d.lg. 11 aprile 2006, n. 198): per assicurare che l'atto rifletta la genuina volontà della lavoratrice e non derivi da indebiti condizionamenti del datore di lavoro, si richiede che l'intenzione di estinguere il rapporto venga ribadita all'autorità competente. In assenza di tale requisito, evidentemente, si presume che le dimissioni rassegnate nel periodo immediatamente successivo al matrimonio siano state provocate dalle pressioni esercitate dal datore di lavoro allo scopo di evitare lo scenario conseguente a un'ipotetica gravidanza.

Ora, secondo alcune pronunce giurisprudenziali rese in applicazione della legislazione previgente ⁽¹⁹⁰⁾ la lavoratrice che ha rassegnato le dimissioni nel periodo protetto senza averle successivamente confermate può ottenere il pagamento della retribuzione solo a seguito dell'offerta della prestazione lavorativa, con la conseguente costituzione in mora del datore di lavoro ⁽¹⁹¹⁾.

Anche in questo caso, a nostro parere, l'offerta della prestazione vale non tanto a costituire in mora il datore di lavoro, quanto ad escludere che lo stesso possa astenersi dal pagare la retribuzione opponendo l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.).

La soluzione, inoltre, non appare coerente con le ragioni che giustificano l'illegittimità delle dimissioni non confermate. Se la lavoratrice è stata indotta a rassegnare le dimissioni dal datore di lavoro — o almeno, così si presume — per la stessa ragione sarà riluttante ad offrire la prestazione: quegli stessi condizionamenti che determinano la

(190) E in particolare dell'art. 1, commi 3°, 4° della l. 9 gennaio 1963, n. 7, di cui si riporta il testo: «3. Si presume che il licenziamento della dipendente nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa, sia stato disposto per causa di matrimonio. 4. Sono nulle le dimissioni presentate dalla lavoratrice nel periodo di cui al precedente comma, salvo che siano dalla medesima confermate entro un mese all'Ufficio del lavoro».

(191) Cfr. Cass. 7 maggio 2011, n. 10817, in *Notiz. giur. lav.*, 2011, 352 ed in *Giur. it.*, 2012, 637; Cass. 4 febbraio 1987, n. 1087, in *Orient. giur. lav.*, 1987, 164 ed in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «lavoro (rapporto)», n. 2204; Trib. Torino 20 luglio 1989, in *Foro it.*, Rep. 1990, v. «lavoro (rapporto)», n. 1771.

decisione di rassegnare le dimissioni rendono estremamente improbabile l'offerta della prestazione.

Deve ritenersi, piuttosto, che a seguito delle dimissioni illegittime sia onere dell'imprenditore sollecitare la dipendente a riprendere il lavoro: un eventuale rifiuto opposto dalla lavoratrice potrà giustificare il rigetto dell'azione successivamente esercitata per ottenere il pagamento della retribuzione — risultando il relativo credito inesigibile in base a buona fede (art. 1375 c.c.) — o in alternativa una riduzione del risarcimento del danno conseguente alla mancata attuazione del rapporto (art. 1227, comma 2° c.c.).

19. *Licenziamento e trasferimento illegittimo del lavoratore subordinato.* — *d)* Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, avallato dalle sezioni unite ⁽¹⁹²⁾, nei rapporti sottratti al regime di tutela reale riconducibile all'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 il lavoratore al quale sia stato intimato un licenziamento nullo per la mancanza dei requisiti formali prescritti dalla legge non potrebbe conseguire il pagamento della retribuzione ma solo il risarcimento del danno, da determinarsi in base ai criteri di diritto comune. In virtù di questa premessa si è ritenuto che l'azione di responsabilità esercitata dal lavoratore illegittimamente licenziato non presupponga l'offerta delle *operae*, essendo sufficiente che il lavoratore non abbia tenuto una condotta incompatibile con la volontà di proseguire il rapporto, come potrebbe accadere qualora rifiuti l'invito di riprendere servizio formulato dall'imprenditore ⁽¹⁹³⁾. Una posizione analoga viene espressa con riferimento al licenziamento nullo, in quanto intimato alla lavoratrice nel periodo immediatamente successivo al matrimonio ⁽¹⁹⁴⁾.

È evidente la differenza rispetto alle soluzioni analizzate nel paragrafo precedente, come intuibili ne sono le ragioni. Siccome il licenziamento esprime la volontà del solo datore di lavoro, e non risulta previsto da alcuna clausola contrattuale, non è ipotizzabile che il lavoratore abbia tollerato l'interruzione del rapporto; l'inerzia del

(192) Cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 1999, n. 508, in *Foro it.*, 1999, I, 2818 ed in *Lav. giur.*, 1999, 955.

(193) Cfr. Cass. 10 luglio 2013, n. 17122, per esteso in *De Jure*; Cass. 18 maggio 2006, n. 11670, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 936; Cass. 18 febbraio 2003, n. 2392, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 157 ed in *Notiz. giur. lav.*, 2003, 477; Cass. 21 marzo 2000, n. 3345, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, 467 ed in *Notiz. giur. lav.*, 2000, 485.

(194) Cfr. Cass. 10 agosto 2007, n. 17606, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «lavoro (rapporto)», n. 1344.

lavoratore illegittimamente licenziato non può essere ragionevolmente interpretata come manifestazione di acquiescenza, sicché egli può esigere il pagamento della retribuzione sebbene non abbia offerto la prestazione lavorativa. Qualora, invece, il lavoratore abbia tenuto un comportamento incompatibile con la volontà di dare attuazione al rapporto, l'azione di responsabilità successivamente esercitata nei confronti del datore di lavoro merita di essere rigettata: si può infatti ritenere che il lavoratore abbia acconsentito allo scioglimento del rapporto, o, in alternativa, che non possa esigere in buona fede il risarcimento del danno — in base al precetto che vieta di *venire contra factum proprium* (art. 1375 c.c.) — in quanto la sua condotta giustifica l'affidamento del datore di lavoro nella risoluzione del contratto.

In sintonia con la ricordata sentenza delle sezioni unite ⁽¹⁹⁵⁾, lo scenario conseguente all'intimazione del licenziamento viene opportunamente svincolato dalla *mora accipiendi* e ricondotto sul terreno dei rimedi che reagiscono all'inadempimento.

I riferimenti alla figura — invero, rari e sporadici — confermano l'impressione che essa abbia su questo terreno una rilevanza esclusivamente descrittiva: tanto che dopo averla evocata i giudici non applicano coerentemente il corrispondente istituto, esonerando il lavoratore dall'offerta della prestazione o ravvisandola nel ricorso con cui egli reagisce al licenziamento illegittimo.

Così, dopo aver ricondotto alla *mora accipiendi* la responsabilità del datore di lavoro che aveva illegittimamente licenziato il lavoratore si aggiunge che l'offerta della prestazione è incompatibile con il dettato dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, ritenuto applicabile alla fattispecie ⁽¹⁹⁶⁾. Nella motivazione di un'altra sentenza — in cui si riscontra la già rilevata commistione tra mora del creditore e rimedi sinallagmatici — si afferma che stante il carattere corrispettivo delle prestazioni derivanti dal contratto di lavoro il dipendente illegittimamente licenziato a seguito di un trasferimento aziendale nullo può conseguire il pagamento della retribuzione solo costituendo in mora il datore di lavoro: l'offerta della prestazione viene tuttavia ravvisata nella notifica

(195) Cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 1999, n. 508, cit.

(196) Cfr. Cass. 28 settembre 1995, n. 10247, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «lavoro (rapporto)», n. 1672.

del ricorso con cui il lavoratore reagisce al licenziamento illegittimo ⁽¹⁹⁷⁾.

Il requisito dell'offerta non assume alcuna rilevanza sul piano applicativo, essendo soddisfatto dal ricorso proposto contro il licenziamento illegittimo; d'altra parte, esso non risulta collegato ad uno degli effetti della mora previsti dall'art. 1207 c.c., ma viene richiesto — sebbene in forma alquanto attenuata — per giustificare la condanna del datore di lavoro a corrispondere un risarcimento che risulta commisurato alla retribuzione dovuta. Ancora una volta, la mora del creditore viene richiamata strumentalmente per avvalorare una conclusione che avrebbe potuto essere argomentata in modo più limpido sul terreno dei rimedi contro l'inadempimento.

Se ne ricava una indiretta ma significativa conferma dall'analisi di un'altra sentenza di legittimità, che — questa volta, in netto ed effettivo contrasto con l'orientamento prevalente — imputa al lavoratore illegittimamente licenziato l'onere di offrire la prestazione ⁽¹⁹⁸⁾. Il requisito viene giustificato facendo riferimento alla «natura sinallagmatica del rapporto», essendo opportunamente pretermesso il riferimento alla *mora accipiendi* rinvenibile nel ricorso del datore di lavoro.

e) La già rilevata commistione tra *mora accipiendi* e rimedi contro l'inadempimento si riscontra in una sentenza di legittimità relativa ad una fattispecie di trasferimento illegittimo di alcuni lavoratori ⁽¹⁹⁹⁾.

Questi ultimi avevano domandato la revoca del trasferimento manifestando la disponibilità ad eseguire la prestazione lavorativa nella sede originaria, dove avevano ripreso servizio solo alcuni mesi dopo. Benché il datore di lavoro non sia stato costituito in mora ai sensi dell'art. 1217 c.c., viene ritenuta fondata l'azione, esercitata dai dipendenti, volta ad ottenere il pagamento della retribuzione dovuta nel periodo durante il quale il rapporto era rimasto inattuato. Per giustificare tale conclusione si afferma che il datore di lavoro, «versando in *mora credendi*, era obbligato a corrispondere la retribuzione ai suoi dipendenti ai sensi dell'art. 1453 c.c.».

(197) Cfr. Cass. 2 febbraio 2011, n. 2460, in *Foro it.*, Rep. 2011, v. «lavoro (rapporto)», n. 1338. In senso conforme v. Cass. 16 settembre 2014, n. 19497, per esteso in *De Jure*, che ravvisa l'offerta della prestazione nel ricorso proposto dal lavoratore contro il licenziamento illegittimo.

(198) Cfr. Cass. 11 luglio 2011, n. 15165, per esteso in *De Jure*.

(199) Cfr. Cass. 29 gennaio 1990, n. 577, in *Arch. civ.*, 1990, 477.

Ancora una volta, la *ratio decidendi* sostanziale della sentenza si colloca sul terreno dei rimedi contro l'inadempimento, mentre il riferimento alla mora del creditore ha una valenza puramente esornativa. Nella fattispecie, i lavoratori avevano chiesto che venisse accertata l'illegittimità del trasferimento, dichiarandosi disponibili a proseguire la loro attività nella sede originaria. Tale comportamento denota che essi non avevano accettato il trasferimento, e siccome lo stesso era stato disposto illegittimamente dal datore di lavoro l'azione volta ad ottenere il pagamento della retribuzione maturata dopo di esso viene ritenuta meritevole di essere accolta.

In quest'ottica — alla quale la disciplina della *mora accipiendi* è del tutto estranea — la circostanza che la prestazione lavorativa non sia stata offerta nelle forme d'uso non preclude l'esigibilità della retribuzione.

20. Segue. *Le fattispecie (impropriamente dette) di «sospensione del rapporto di lavoro»: trattamento di cassa integrazione guadagni non accordato, cessato, non prorogato; «sospensione» del rapporto per fatto del lavoratore.* — f) L'offerta della prestazione viene ritenuta parimenti necessaria in relazione a una serie eterogenea di fattispecie che configurano una «sospensione del rapporto per iniziativa del datore di lavoro».

L'espressione, ricorrente nella giurisprudenza e nella letteratura di settore, appare fuorviante, in quanto a seguito dell'atto con cui il datore di lavoro congeda il dipendente, precludendogli di eseguire la prestazione, una frazione del rapporto risulta definitivamente inattuata. Sembra allora più corretto avvalersi anche su questo terreno del termine «interruzione», che non sottende la possibilità di recuperare la prestazione ineseguita, ma ne denota la definitiva perdita.

Fatta questa precisazione, occorre osservare che le fattispecie ricondotte sotto l'insegna della sospensione, per quanto eterogenee, presentano un tratto comune: il datore di lavoro non intende risolvere il rapporto intercorrente con il dipendente, ma interrompere l'esecuzione del contratto, per poi riprendere in un secondo momento l'attuazione dello scambio. Potremmo concludere che mentre il licenziamento implica la volontà di sciogliere senz'altro il rapporto di lavoro, nelle fattispecie impropriamente qualificate in termini di «sospensione» la risoluzione è parziale, in quanto limitata nel tempo: venuto meno il fattore che giustifica (o dovrebbe giustificare) l'interruzione del rapporto, il sinallagma si presta ad essere nuovamente attuato.

In questa sede, la nostra attenzione sarà concentrata su un aspetto specifico: ci interessa verificare se — qualora il datore di lavoro abbia interrotto illegittimamente il rapporto, in quanto non sussistono i presupposti che giustificano la mancata attuazione dello scambio — il lavoratore interessato ad ottenere il pagamento della retribuzione abbia l'onere di offrire la prestazione.

In una prima serie di casi il datore di lavoro interrompe il rapporto in assenza di un qualsiasi fondamento normativo. Si ritiene, allora, che il lavoratore possa esigere il pagamento della retribuzione fino al momento in cui viene reintegrato in servizio sebbene non abbia offerto la prestazione ⁽²⁰⁰⁾. Anche in questa fattispecie, come in quella del licenziamento illegittimo, l'interruzione del rapporto di lavoro non è stata preventivamente concordata dalle parti, sicché l'inerzia del lavoratore non può essere ragionevolmente interpretata come espressione di una sua tolleranza verso la mancata attuazione dello scambio. Se è vero che in una occasione la S.C. ha ritenuto necessaria l'offerta della prestazione, il requisito subisce una degradazione tale da risultare evanescente: sarebbe sufficiente ad integrarlo una generica disponibilità a proseguire l'attività lavorativa, essendo onere del datore di lavoro dimostrare che il dipendente non è effettivamente pronto a eseguire la prestazione ⁽²⁰¹⁾.

Un'ulteriore fattispecie, ricorrente con maggior frequenza nel diritto applicato, si configura quando il datore di lavoro interrompe (nel lessico della giurisprudenza, «sospende») illegittimamente il rapporto richiedendo contestualmente il trattamento di cassa integrazione guadagni poi non accordato dalle autorità competenti. Anche in questo caso si ritiene che il lavoratore — il quale non beneficia dell'indennità integrativa prevista dalla legge — possa ottenere il pagamento della retribuzione sebbene non abbia offerto la prestazione ⁽²⁰²⁾. Su questo terreno torna ad essere evocata con frequenza la *mora accipiendi*: la

(200) Cfr. Cass. 11 aprile 2012, n. 5711, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «lavoro (rapporto)», n. 980; Cass. 16 aprile 2004, n. 7300, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «lavoro (rapporto)», n. 1148. La sospensione del rapporto di lavoro, peraltro, viene considerata legittima quando la prestazione risulta inutile «per i particolari fini produttivi per cui era stata rispettivamente offerta e richiesta»: così Cass. 29 agosto 1988, n. 4987, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 1218.

(201) Cfr. Cass. 13 marzo 1997, n. 2232, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2480.

(202) Cfr. Cass. 4 maggio 2009, n. 10236, in *Foro it.*, Rep. 2009, v. «lavoro (rapporto)», n. 1399; Cass. 27 marzo 2009, n. 7524, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 474; Cass. 28 luglio 1995, n. 8269, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «lavoro (rapporto)», n. 1219;

fisionomia dell'istituto, tuttavia, viene alterata così profondamente da confermare l'ipotesi che la sua applicazione sia solo apparente.

Quanto ai presupposti, si ritiene non necessaria l'offerta della prestazione, in quanto il datore di lavoro sarebbe automaticamente costituito in mora a seguito dell'interruzione illegittima del rapporto. È appena il caso di ricordare, invece, che l'offerta costituisce un presupposto logico, prima ancora che normativo, della *mora accipiendi*, in quanto dimostra che la dilatazione del rapporto è esclusivamente ascrivibile alla condotta non cooperativa del creditore. Se poi si concentra l'attenzione sul versante degli effetti, appare evidente che i riferimenti alla mora del creditore non valgono a giustificare le conseguenze previste dall'art. 1207 c.c., ma piuttosto l'accoglimento della domanda con cui il lavoratore chiede il pagamento della retribuzione.

L'abitudine di menzionare la mora nel contesto delle motivazioni non sembra dunque produttiva, in quanto solleva problemi più rilevanti di quelli che è orientata a risolvere. L'interprete evoca l'istituto per descrivere la condotta del datore di lavoro che interrompe illegittimamente l'attuazione del rapporto, ma si trova immediatamente costretto a disattivarne uno dei presupposti essenziali qual è l'offerta della prestazione.

Per evitare simili distorsioni è necessario, ancora una volta, ricondurre l'argomentazione sul terreno dei rimedi che reagiscono all'inaidempimento. Quando si afferma che il datore di lavoro è automaticamente costituito in mora si intende significare che l'inerzia del lavoratore non può essere ragionevolmente interpretata come manifestazione di tolleranza verso l'interruzione del rapporto, essendo essa giustificata dall'attesa del trattamento di cassa integrazione guadagni poi non accordato dalle autorità competenti. L'offerta della prestazione lavorativa non è allora necessaria per smentire tale ipotetica tolleranza e conseguire il pagamento della retribuzione.

Si ritiene, invece, che il lavoratore interessato ad ottenere il pagamento della retribuzione abbia l'onere di offrire la prestazione a seguito della mancata proroga⁽²⁰³⁾, della revoca⁽²⁰⁴⁾ e della cessazione⁽²⁰⁵⁾ del trattamento di cassa integrazione. Ad ulteriore conferma della tesi qui

Cass. 18 maggio 1995, n. 5485, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2077 ed in *Foro it.*, Rep. 1996, v. «lavoro (rapporto)», n. 1196.

(203) Cfr. Cass. 13 marzo 2009, n. 6225, in *Foro it.*, Rep. 2009, v. «lavoro (rapporto)», n. 1401.

(204) Cfr. Cass. 19 dicembre 1998, n. 12735, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 741.

sostenuta, al verificarsi di fattispecie che presentano evidenti affinità la soluzione viene argomentata ora in considerazione della «struttura sinallagmatica del contratto di lavoro» (206), ora subordinando l'esigibilità della retribuzione alla costituzione in mora dell'imprenditore (207).

In entrambi i casi, il datore di lavoro interrompe legittimamente il rapporto, in quanto i suoi dipendenti beneficiano del trattamento integrativo previsto dalla legge: quando lo stesso cessa di essere erogato si ritiene che il lavoratore abbia l'onere di offrire la prestazione, dovendosi altrimenti concludere che non sia interessato all'esecuzione del contratto. Siccome nella fattispecie nessuna delle due parti può essere considerata inadempiente, la mancata attuazione del rapporto contrattuale nella fase conseguente alla cessazione del trattamento integrativo previsto dalla legge non viene imputata a nessuna di esse.

Nel merito, tuttavia, la soluzione solleva alcune perplessità in quanto equipara la posizione delle due parti, ritenendole parimenti tenute ad assumere le iniziative necessarie alla prosecuzione del rapporto. Se è vero che spetta all'imprenditore l'organizzazione dei fattori produttivi, tra i quali il lavoro assume una rilevanza preminente, è suo onere predisporre le condizioni necessarie per la ripresa dell'attività lavorativa e sollecitare il dipendente a prestarla. Per contro l'inerzia del lavoratore, in sé e per sé considerata, non denota una sua acquiescenza verso il prolungarsi dell'interruzione, potendo risultare giustificata dalla ragionevole convinzione che non siano state ripristinate le condizioni necessarie per la ripresa dell'attività lavorativa.

g) Il lavoratore interessato ad ottenere il pagamento della retribuzione ha l'onere di offrire la prestazione quando l'interruzione del rapporto è a lui imputabile o consegue a un evento attinente alla sua sfera personale.

Viene così rigettata la domanda del dipendente che non essendo rientrato tempestivamente dalle ferie esige il pagamento della retribuzione senza avere offerto l'esecuzione della prestazione lavorativa (208),

(205) Cfr. Cass. 24 gennaio 1991, n. 670, in *Foro it.*, Rep. 1991, v. «lavoro (rapporto)», n. 1217.

(206) Così Cass. 13 marzo 2009, n. 6225, cit. Riferimenti alla struttura sinallagmatica del rapporto di lavoro si riscontrano anche nella motivazione di Cass. 19 dicembre 1998, n. 12735, cit.

(207) Cfr. Cass. 24 gennaio 1991, n. 670, cit.

(208) Cfr. Cass. 6 febbraio 2013, n. 2670, in *Notiz. giur. lav.*, 2013, 624.

come l'azione dei lavoratori che dopo avere occupato i locali aziendali nell'ambito di una manifestazione sindacale affermano di averli poi frequentati per prestare le *operae* senza, tuttavia, aver offerto all'imprenditore la loro rinnovata collaborazione ⁽²⁰⁹⁾.

L'azione volta ad ottenere il pagamento della retribuzione viene parimenti rigettata quando a seguito dell'interruzione del rapporto determinata da un evento inerente alla sfera del lavoratore — ancorché a lui non imputabile — egli non comunica il venir meno del fattore impeditivo omettendo l'offerta della prestazione. Così, una volta verificatasi la guarigione dalla malattia che ha determinato il congedo il dipendente ha l'onere di informare il datore di lavoro e di offrire le *operae*, non potendo ottenere altrimenti il pagamento della retribuzione ⁽²¹⁰⁾. Analogamente, il dipendente sospeso a causa di un procedimento penale aperto a suo carico ha l'onere di comunicare tempestivamente al datore di lavoro l'avvenuta assoluzione e di offrire contestualmente la prestazione lavorativa ⁽²¹¹⁾.

Anche nel contesto delle pronunce qui considerate si riscontrano riferimenti alla mora del creditore, la quale tuttavia, anziché essere effettivamente applicata, "evapora" confondendosi con l'inadempimento del datore di lavoro: si legge così nella motivazione di una sentenza che rifiutando la prestazione offerta dal dipendente il datore di lavoro si rende «inadempiente per *mora credendi*» ⁽²¹²⁾.

Ancora una volta, la mora del creditore riflette soluzioni più correttamente argomentabili sul terreno dei rimedi che reagiscono all'inadempimento. Nelle fattispecie considerate l'interruzione del rapporto non è ascrivibile al datore di lavoro, il quale non assume alcuna responsabilità per la mancata attuazione dello scambio. Una volta venuto meno l'impedimento imputabile al dipendente o inerente alla sua sfera personale, è onere dello stesso lavoratore informare il datore di lavoro ed offrire la prestazione. Il rifiuto di corrispondere la retribuzione troverebbe altrimenti giustificazione in un'eccezione di inadempimento a fondamento della quale il datore di lavoro potrebbe allegare la mancata offerta della prestazione lavorativa e, prima ancora, la violazione dell'obbligo di portare a sua conoscenza la cessazione

(209) Cfr. Cass. 23 luglio 2008, n. 20316, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2723.

(210) Cfr. Cass. 19 luglio 2012, n. 12501, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «lavoro (rapporto)», n. 1207.

(211) Cfr. Cass. 11 aprile 1996, n. 3370, in *Notiz. giur. lav.*, 1996, 722.

(212) Così Cass. 19 luglio 2012, n. 12501, cit.

dell'impedimento riconducibile al precetto di buona fede (artt. 1175; 1375 c.c.).

21. *Sopravvenienze non imputabili al datore di lavoro e risoluzione (parziale) per impossibilità sopravvenuta della prestazione.* — *b)* Fino a questo momento sono state considerate fattispecie in cui l'interruzione del rapporto è imputabile al datore di lavoro, essendo allora necessario valutare se l'inerzia del lavoratore, che si astiene dall'offrire la prestazione, possa essere ragionevolmente interpretata come espressione di una sua tolleranza verso la mancata attuazione dello scambio. Si è allora sostenuto che l'offerta della prestazione non vale a costituire in mora il datore di lavoro, ma a smentire la tolleranza del lavoratore verso l'interruzione del rapporto, giustificando, così, l'esercizio dell'azione volta ad ottenere il pagamento della retribuzione.

In altri casi, l'interruzione dell'attività lavorativa non consegue a un atto del datore di lavoro, ma piuttosto al verificarsi di sopravvenienze che precludono la prestazione delle *operae*. Occorre allora verificare se in relazione alla frazione di rapporto inattuato il contratto si risolva per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) o per inadempimento (art. 1453 c.c.). Nella prima ipotesi, che si verifica quando la sopravvenienza non è imputabile al datore di lavoro, il contratto si scioglie per il segmento di rapporto inattuato senza che il lavoratore possa esigere il risarcimento del danno a tutela del proprio interesse positivo. Nella seconda, in cui l'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa è imputabile al datore di lavoro, il lavoratore può conseguire il risarcimento del danno conseguente alla mancata realizzazione dello scambio.

In entrambi i casi la disciplina della *mora accipiendi* non potrà essere applicata, in quanto implica la perdurante possibilità di eseguire la prestazione. Sono da condividere le affermazioni, rinvenibili nella giurisprudenza e nella dottrina di settore, in base alle quali la costituzione in mora dell'imprenditore incontra un limite nell'impossibilità della prestazione lavorativa ⁽²¹³⁾. Senonché, occorre precisare che il

(213) Cfr. Cass. 21 gennaio 1986, n. 376, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1933; Cass. 2 dicembre 1985, n. 6032, in *Foro it.*, Rep. 1985, v. «lavoro (rapporto)», n. 1805; Cass. 9 maggio 1983, n. 3159, in *Foro it.*, Rep. 1983, v. «lavoro (rapporto)», n. 1478; Cass. 4 dicembre 1982, n. 6614, in *Foro it.*, 1983, I, 1953 e *Notiz. giur. lav.*, 1983, 39; Cass. 17 maggio 1979, n. 2856, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1362. Le sentenze citate recepiscono l'opinione di GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., *passim*, spec. pp. 35 s., 51-53, in relazione alla quale v., *supra*, § 16.

datore di lavoro non può essere costituito in mora neppure quando l'impossibilità della prestazione discende dal difetto di cooperazione o da altra circostanza a lui imputabile; in tale evenienza egli risponde della mancata attuazione dello scambio, dovendo corrispondere al lavoratore il risarcimento del danno.

Ebbene, perché il rapporto di lavoro si risolva per impossibilità sopravvenuta — e il datore di lavoro sia liberato tanto dal pagamento della retribuzione, quanto dal risarcimento del danno — occorre il concorso di due fattori: è necessario che la prestazione lavorativa sia divenuta impossibile e che l'impossibilità non sia imputabile al datore di lavoro ⁽²¹⁴⁾.

I due requisiti si riscontrano sovente in una prima serie di casi, in cui la prestazione lavorativa risulta impedita dal comportamento di soggetti terzi quali sono, in genere, altri lavoratori che occupano i locali aziendali o impediscono ai colleghi di accedervi ⁽²¹⁵⁾. Se certamente l'occupazione dell'azienda o il c.d. "picchettaggio" determinano l'impossibilità di eseguire la prestazione lavorativa, non si può escludere che essa sia imputabile al datore di lavoro. È quanto avviene quando tali iniziative costituiscono una reazione contro licenziamenti discriminatori o altre condotte antisindacali del datore di lavoro: in tale ipotesi, la risoluzione parziale del rapporto di lavoro sarebbe ascrivibile all'imprenditore, e il lavoratore potrebbe conseguire il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio.

Una seconda serie di casi ha origine da fattispecie di sciopero articolato, che pur interessando direttamente solo alcune fasi dell'attività produttiva pregiudica l'utilità delle prestazioni offerte dai lavoratori non aderenti ad esso. Si ritiene, allora, che l'imprenditore non sia obbligato a corrispondere la retribuzione quando le prestazioni dei lavoratori non scioperanti sono prive di interesse, in quanto non possono essere integrate in alcun modo nel processo produttivo ⁽²¹⁶⁾:

(214) In senso conforme SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., pp. 232, 263 ss.

(215) Cfr. Cass. 21 gennaio 1986, n. 376, cit.; Cass. 2 dicembre 1985, n. 6032, cit.; Cass. 9 maggio 1983, n. 3159, cit.; Cass. 4 dicembre 1982, n. 6614, cit.; Cass. 23 aprile 1982, n. 2522, in *Foro it.*, 1982, I, 2487 ed in *Orient. giur. lav.*, 1982, 1218.

(216) Cfr. Cass. 13 gennaio 1988, n. 150, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 13 ed in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1545; Cass. 7 gennaio 1986, n. 61, in *Orient. giur. lav.* 1986, 16 ed in *Mass. giur. lav.*, 1986, 172; Cass. 28 luglio 1983, n. 5186, in *Foro it.* 1983, I, 2400 ed in *Notiz. giur. lav.* 1983, 428; Cass. 27 luglio 1983, n. 5167, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, 394 ed in *Orient. giur. lav.*, 1984, 667; Cass. 6 luglio 1983, n. 4540, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3230

requisito che non si ritiene soddisfatto se, per ipotesi, il lavoratore può essere adibito a mansioni che non presuppongono il funzionamento dell'impianto bloccato a causa dello sciopero degli altri dipendenti.

Viene opportunamente adottata, su questo terreno, una nozione di «impossibilità della prestazione» non naturalistica, ma giuridica. Benché i dipendenti che non aderiscono allo sciopero siano materialmente in grado di svolgere il loro lavoro, la relativa prestazione risulta impossibile *in quanto oggetto di obbligazione* perché del tutto priva di utilità per il datore di lavoro; a causa dello sciopero effettuato dagli altri lavoratori viene meno la rispondenza all'interesse del creditore che costituisce un requisito essenziale della prestazione quale oggetto di obbligazione (art. 1174 c.c.). È tuttavia necessario che le prestazioni offerte dai lavoratori non aderenti allo sciopero non possano essere utilizzate dall'imprenditore modificando opportunamente la propria organizzazione produttiva: altrimenti la prestazione non può dirsi impossibile, e la sua mancata esecuzione è imputabile al datore di lavoro che rifiuta di riceverla ⁽²¹⁷⁾.

Anche quando lo sciopero rende del tutto priva di utilità la prestazione dei lavoratori non aderenti ad esso, determinandone così l'impossibilità quale oggetto di obbligazione, occorre che non sia imputabile al datore di lavoro; ancora una volta, il requisito non sarebbe soddisfatto qualora lo sciopero sia stato indetto a fronte di licenziamenti discriminatori o ad altre condotte antisindacali del datore di lavoro.

I due requisiti si ripropongono in relazione a fattispecie che non contemplano l'esercizio del diritto di sciopero: per escludere la responsabilità del datore di lavoro, occorre che la prestazione sia divenuta oggettivamente impossibile in dipendenza di un fatto a lui non imputabile ⁽²¹⁸⁾. Così, la semplice difficoltà di reperire le materie prime

ed in *Notiz. giur. lav.*, 1983, 445; Cass. 28 novembre 1979, n. 6245, in *Orient. giur. lav.*, 1980, 8; Cass. 2 novembre 1978, n. 4983, in *Dir. lav.*, 1979, II, 223; Cass. 13 febbraio 1978, n. 688, in *Orient. giur. lav.*, 1978, 13.

(217) Cfr. SPEZIALE, *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, cit., p. 709; Id., *L'impossibilità della prestazione per ragioni attinenti al datore di lavoro*, cit., p. 455.

(218) Il requisito non si riscontra quando a causa dell'andamento del mercato o di difficoltà di approvvigionamento delle materie prime l'attività produttiva viene ridotta o sospesa: cfr. Cass. 16 aprile 2004, n. 7300, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «lavoro (rapporto)», n. 1148; Cass. 25 marzo 1992, n. 3695, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 670; Cass. 17 luglio 1990, n. 7302, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 401; Cass. 11 giugno 1990, n.

destinate ad essere impiegate nel processo produttivo non esclude la responsabilità del datore di lavoro per l'interruzione del rapporto: è invece necessario che si riscontri l'effettiva impossibilità di rinvenire la merce sul mercato ⁽²¹⁹⁾. D'altra parte, la requisizione dell'azienda ad opera della P.A. determina l'impossibilità della prestazione di lavoro, ma non vale ad escludere la responsabilità dell'imprenditore nei confronti dei dipendenti se il provvedimento è giustificato dalla violazione delle disposizioni che regolano l'esercizio dell'attività produttiva ⁽²²⁰⁾.

22. *Una sintesi: applicazione solo apparente della mora accipiendi e responsabilità oggettiva del datore di lavoro.* — La ricognizione della letteratura e della giurisprudenza di settore conferma l'ipotesi formulata inizialmente ⁽²²¹⁾. Benché gli interpreti siano prevalentemente orientati ad ammetterne l'applicazione ⁽²²²⁾, la mora del creditore è radicalmente incompatibile con la fisionomia del rapporto di lavoro. Il rifiuto della prestazione opposto dal datore di lavoro che interrompe l'attuazione del rapporto ne preclude definitivamente l'attuazione: le *operae* in un primo tempo rifiutate, infatti, non possono essere eseguite né pretese oltre i termini contrattualmente previsti. La *mora accipiendi* presuppone, invece, che la prestazione rifiutata dal creditore permanga possibile, con la conseguente dilatazione del rapporto obbligatorio.

L'opinione trova riscontro nell'analisi della giurisprudenza. Nel contesto delle motivazioni l'istituto viene evocato frequentemente, ma la sua applicazione è solo apparente; il riferimento alla mora permette al giudice di argomentare con formulazioni standardizzate soluzioni

5653, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 407; Cass. 6 marzo 1990, n. 1767, in *Foro it.*, Rep. 1990, v. «lavoro (rapporto)», n. 1346; Cass. 9 settembre 1988, n. 5116, in *Foro it.*, Rep. 1988, v. «lavoro (rapporto)», n. 1664; Cass. 29 agosto 1988, n. 4987, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 1218; Cass. 6 luglio 1983, n. 4540, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3230. In senso conforme, in dottrina, SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 267; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 217 s. Per un'analisi critica di tale orientamento, cfr. SPEZIALE, *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, cit., p. 709; Id., *L'impossibilità della prestazione*, cit., pp. 424, 437 s.

(219) Cfr. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 217 s. In senso conforme SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 268. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 11 giugno 1990, n. 5653, cit.

(220) Sul punto v. ancora GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 212.

(221) V., *supra*, §§ 14, 15.

(222) V., *supra*, §§ 16, 17.

che sarebbe più appropriato ricondurre all'ambito dei rimedi contro l'inadempimento.

Accade spesso che il lavoratore al quale viene comunicata l'interruzione del rapporto si astenga dall'offrire la prestazione, per poi chiedere in un secondo momento il pagamento della retribuzione o il risarcimento del danno. Il giudice competente a decidere sulla domanda ha cognizione di un rapporto inattuato da entrambe le parti per un suo segmento rilevante: si configura, allora, una nitida alternativa.

Se l'inerzia del lavoratore, che si astiene dall'offrire la prestazione, può essere ragionevolmente interpretata come manifestazione di tolleranza verso l'interruzione del rapporto, concluderà che la mancata attuazione dello scambio è ascrivibile ad entrambe le parti e rigetterà l'azione di condanna proposta contro il datore di lavoro. Al verificarsi di queste condizioni, la retribuzione diviene esigibile dal momento in cui il lavoratore offre la prestazione, manifestando così il proprio interesse per l'attuazione del sinallagma. Si perviene a tale conclusione quando l'interruzione del rapporto di lavoro attua una clausola, sia pure illegittima, sottoscritta dal lavoratore o dalle organizzazioni sindacali che lo rappresentano: stante il consenso preventivamente espresso dal lavoratore o da chi ha il potere di rappresentarlo, la sua inerzia può essere ragionevolmente interpretata come manifestazione di tolleranza verso l'interruzione del rapporto. È questa la lettura più convincente della giurisprudenza relativa alle clausole di risoluzione automatica ed al termine illegittimamente inserito nel contratto di lavoro ⁽²²³⁾.

In altri casi dall'inerzia del lavoratore, che si astiene dall'offrire la prestazione, non si può realisticamente evincere una sua tolleranza verso l'interruzione del rapporto. L'azione volta ad ottenere il pagamento della retribuzione, allora, è destinata ad essere accolta sebbene il lavoratore che la esercita non abbia offerto la prestazione. Si perviene a tale conclusione quando l'interruzione del rapporto non trova riscontro in una clausola contrattuale, sia pure illegittima, ma consegue a una decisione assunta singolarmente dal datore di lavoro. In queste ipotesi non risulta che il lavoratore abbia preventivamente acconsentito all'interruzione del rapporto, sicché la sua inerzia non può essere ragionevolmente interpretata come manifestazione di tolleranza: d'altra parte, a fronte della chiara volontà di non attuare il contratto espressa dal

(223) V., *supra*, § 18.

datore di lavoro l'offerta della prestazione appare inutile, in quanto destinata ad essere rifiutata. Al di là dei riferimenti alla *mora accipiendi*, è questa la posizione assunta dalla giurisprudenza in relazione alle fattispecie di licenziamento illegittimo e di "sospensione" (*rectius*, interruzione) del rapporto di lavoro (224).

La situazione è diversa quando il rifiuto di ricevere la prestazione e corrispondere la retribuzione opposto dal datore di lavoro non consegue a un atto negoziale, ma al verificarsi di una sopravvenienza che interferisce con l'attuazione del rapporto.

In questa ipotesi, l'interprete è chiamato a valutare se in relazione alla frazione di rapporto ineseguita il contratto si è risolto per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.), con la conseguenza che il datore di lavoro è esonerato dal pagamento della retribuzione o dal risarcimento del danno. Per approdare a tale conclusione, è tenuto a verificare in primo luogo che la prestazione sia divenuta impossibile: come si è constatato, l'indagine assume a riferimento la prestazione *quale oggetto di obbligazione* (art. 1174 c.c.), sicché il requisito deve ritenersi sussistente quando a causa della sopravvenienza il lavoro è divenuto del tutto privo di utilità per l'imprenditore (225).

Perché il datore di lavoro sia liberato dal pagamento della retribuzione e dal risarcimento del danno, è poi necessario che l'impossibilità della prestazione non derivi da causa a lui imputabile: una valutazione, questa, che merita di essere condotta sulla base di un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità. Come gli altri creditori dell'imprenditore, i lavoratori confidano non tanto nella sua diligente condotta, quanto nella disponibilità di un'organizzazione idonea a supportare l'adempimento delle sue obbligazioni; egli risponde, dunque, delle sopravvenienze — anche non ascrivibili a sua colpa — che si verificano all'interno della sua sfera di organizzazione e controllo. Spetta al datore di lavoro predisporre le condizioni materiali e organizzative necessarie perché la prestazione lavorativa possa essere eseguita: quando una di esse viene meno, egli risponde della mancata attuazione del rapporto sebbene non possa essergli addebitato un difetto di diligenza. Si pensi all'ipotesi in cui un reparto dell'azienda sia stato chiuso a causa di un cortocircuito dell'impianto elettrico realizzato dal migliore operatore del settore e sottoposto alla prescritta manutenzione: benché durante i giorni di chiusura la prestazione lavorativa sia divenuta impossibile e

(224) V., *supra*, §§ 19, 20.

(225) V., *supra*, § 21.

non gli sia imputabile alcuna negligenza, il datore di lavoro permane obbligato a pagare la retribuzione ⁽²²⁶⁾.

L'opinione qui sostenuta trova riscontro in dottrina, che la avvalora sulla base dell'art. 6, ultimo comma della legge sull'impiego privato. Come si è anticipato, la disposizione riconosce al dipendente il diritto di esigere il pagamento della retribuzione quando il rapporto di lavoro sia stato sospeso «per fatto dipendente dal principale»: locuzione che viene interpretata in modo tale da comprendere nella sua estensione tutti gli impedimenti verificatisi all'interno della sfera di controllo ed organizzazione aziendale del datore di lavoro, ancorché non ascrivibili a sua colpa ⁽²²⁷⁾.

23. *Sul credito del lavoratore che subisce l'interruzione del rapporto: retribuzione o risarcimento ?* — Per concludere questa breve incursione nel campo giuslavoristico, occorre valutare se il lavoratore impossibilitato ad adempiere a causa del rifiuto opposto dall'imprenditore possa esigere il pagamento della retribuzione o il risarcimento del danno.

La questione assume rilevanza, sul piano applicativo, quando a seguito dell'interruzione del rapporto il lavoratore consegue un reddito che altrimenti non avrebbe percepito: si pensi alla retribuzione derivante da un rapporto di lavoro instaurato dopo la scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto ⁽²²⁸⁾, al corrispettivo pagato dall'imprenditore che somministra prestazioni di lavoro quando — stante l'irregolarità della somministrazione, o la violazione del divieto di interposizione di manodopera — viene instaurato un rapporto contrattuale diretto tra lavoratore ed utilizzatore ⁽²²⁹⁾ e, ancora, alla

(226) Per un'analogia conclusione v., incisivamente, SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 270.

(227) V., pur con accenti diversi, SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 69 ss.; RIVA SANSEVERINO *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale*⁶, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1986, sub art. 2110, p. 493; BALLESTRERO, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, cit., p. 454; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 88; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 108 ss.

(228) V., *supra*, § 18, sub (b).

(229) Cfr. art. 27, commi 1, 2 d.lg. 10 novembre 2003, n. 276, abrogato dall'art. 55, comma 1 lett. d) d.lg. 15 giugno 2015, n. 81 (c.d. *Jobs Act*), ma riprodotto, nei contenuti, dall'art. 38, commi 2, 3 del medesimo decreto legislativo; art. 29 comma 3-bis d.lg. 10 novembre 2003, n. 276.

retribuzione corrisposta dal cessionario dell'azienda quando il trasferimento della stessa risulta essere nullo, sicché il lavoratore resta alle dipendenze del cedente.

Ora, se il credito del lavoratore impossibilitato ad adempiere ha carattere risarcitorio, dalla retribuzione dovuta devono essere detratti i redditi percepiti grazie all'interruzione del rapporto; mentre se si ritiene che il lavoratore sia legittimato ad esigere il pagamento della retribuzione la facoltà del datore di lavoro di detrarre l'*aliunde perceptum* incontra limiti significativi.

Talvolta, la misura della prestazione esigibile dal lavoratore viene determinata da apposite disposizioni, che delineando un regime speciale "sdrammatizzano" l'alternativa tra retribuzione e risarcimento. È il caso del termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro: come si è ricordato ⁽²³⁰⁾, una speciale indennità compensa l'interruzione del rapporto tra la scadenza del termine e la sentenza che ne accerta l'illegittimità, a seguito della quale il lavoratore può esigere il pagamento integrale della retribuzione. In assenza di una disciplina specifica, la soluzione della questione appare fortemente condizionata dalle opzioni di politica del diritto adottate dall'interprete, impegnato nel difficile compito di adattare i principi di diritto comune alla materia giuslavoristica.

Nella logica dei contratti a prestazioni corrispettive, l'impossibilità della prestazione conseguente al rifiuto opposto dal datore di lavoro comporta la risoluzione del rapporto, sia pure limitatamente al segmento inattuato. Il lavoratore non è legittimato ad esigere il pagamento della retribuzione — ciò che presuppone la permanenza del sinallagma — ma piuttosto il risarcimento del danno ⁽²³¹⁾. E siccome il risarcimento non può eccedere la misura del pregiudizio effettivamente subito dal creditore (art. 1223, c.c.), né compensare i danni che egli avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2° c.c.), il credito del lavoratore ha ad oggetto il pagamento della retri-

(230) V., *supra*, § 18, *sub b*).

(231) Nella dottrina giuslavoristica, l'opinione è sostenuta da GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 132: «non può quindi parlarsi di un diritto alla retribuzione in senso tecnico per un'opera che, in ogni caso, è definitivamente perita, perché è trascorsa la relativa frazione temporale e, con essa, quella porzione di vincolo sulla quale il sinallagma funzionale si articola». In giurisprudenza v., in questa prospettiva, Cass. 22 ottobre 2003, n. 15827, cit.; Cass. 26 maggio 2003, n. 8352, cit.; Cass., sez. un., 27 luglio 1999, n. 508, in *Foro it.*, 1999, I, 2818 ed in *Lav. giur.*, 1999, 955.

buzione detratti i guadagni percepiti o percepibili a causa dell'interruzione del rapporto. Ad analoga conclusione, del resto, sembra doversi pervenire se, diversamente da quanto qui sostenuto, si ritiene applicabile alla fattispecie la disciplina della *mora accipiendi*: il debitore viene tutelato contro il difetto di cooperazione, ma non può pretendere di essere collocato in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il rapporto obbligatorio fosse stato regolarmente attuato.

Nella giurisprudenza meno recente, in sintonia con questa prospettiva, si delinea un orientamento favorevole ad ammettere la detrazione dei redditi percepiti dal lavoratore in conseguenza della mancata attuazione del rapporto ⁽²³²⁾. La dottrina di settore, per contro, appare

(232) Cfr. Cass. 31 gennaio 2017, n. 2499, in *Notiz. giur. lav.*, 2017, 314 ed in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «lavoro (rapporto)», n. 676; Cass. [ord.] 5 dicembre 2016, n. 24817, in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «lavoro (rapporto)», n. 1144 (cessione di ramo d'azienda ritenuta illegittima); Cass. 24 giugno 2015, n. 13117, in *Notiz. giur. lav.*, 2015, 648 (licenziamento illegittimo); Cass. 9 gennaio 2015, n. 151, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «lavoro (rapporto)», n. 780 (termine illegittimo); Cass. 12 maggio 2015, n. 9616, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «lavoro (rapporto)», n. 1094 (licenziamento illegittimo); Cass. 11 settembre 2014, n. 19218, per esteso in *De Jure* (trasferimento di azienda illegittimo); Cass. 9 settembre 2014, n. 18955, in *Foro it.*, 2014, I, 2723 (trasferimento di azienda illegittimo); Cass. 10 aprile 2012, n. 5676, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «lavoro (rapporto)», n. 874 (termine illegittimo); Cass. 20 gennaio 2010, n. 954, in *Notiz. giur. lav.* 2010, 323; Cass. 29 settembre 2008, n. 24294, cit. (termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro); Cass. 17 luglio 2008, n. 19740, in *Notiz. giur. lav.*, 2008, 772 (trasferimento di azienda illegittimo); Cass. 10 agosto 2007, n. 17606, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «lavoro e previdenza (controversie)», n. 140 (licenziamento illegittimo della lavoratrice madre nel periodo di tutela); Cass. 20 giugno 2006, n. 14131, in *Lav. giur.*, 2007, 477 ed in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 137 (licenziamento illegittimo ex art. 18 Stat. Lav.); Cass. 16 maggio 2005, n. 10155, in *Foro it.*, Rep. 2005, v. «lavoro (rapporto)», n. 1497; Cass. [ord.] 26 ottobre 2010, n. 21919, in *Foro it.*, Rep. 2010, v. «lavoro (rapporto)», n. 922 (termine illegittimo); Cass. 17 novembre 2010, n. 23226, in *Foro it.*, Rep. 2010, v. «lavoro (rapporto)», n. 1516 (licenziamento illegittimo); Cass. 20 gennaio 2010, n. 954, in *Notiz. giur. lav.*, 2010, 323 (licenziamento illegittimo); Cass. 21 aprile 2009, n. 9464, in *Foro it.*, Rep. 2009, v. «lavoro (rapporto)», n. 880 (termine illegittimo); Cass. 23 gennaio 2009, n. 1707, in *Lav. giur.*, 2009, 589 (licenziamento illegittimo); Trib. Venezia 4 ottobre 2012, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «lavoro (rapporto)», n. 1225 (trasferimento illegittimo del lavoratore); Trib. Prato 11 aprile 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 470 (licenziamento illegittimo); Trib. Milano 25 maggio 2010, *ivi*, 2010, p. 1084 (termine illegittimo).

Si esclude, tuttavia, la detrazione delle somme percepite dal lavoratore a titolo di indennità di mobilità: cfr. Cass. 27 marzo 2017, n. 7794, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «lavoro (rapporto)», n. 634; Cass. 28 aprile 2010, n. 10164, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, 489 ed in *Dir. rel. ind.*, 2010, 1139 (s.m.); Cass. 16 marzo 2009, n. 6342, in *Foro it.*, 2010, I, 184; Trib. Milano 23 novembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 345.

prevalentemente indirizzata ad escludere la detrazione valorizzando l'art. 6, ultimo comma della legge sull'impiego privato ⁽²³³⁾, che riconosce al lavoratore il diritto di esigere il pagamento dell'intera retribuzione ⁽²³⁴⁾.

A seguito di alcune recenti pronunce giurisprudenziali sembra oggi prevalere anche nel diritto applicato un punto di vista che riconoscendo al credito del lavoratore carattere retributivo accentua le specificità della materia giuslavoristica, svincolandola almeno in parte dai principi di diritto comune.

L'occasione per tale mutamento di indirizzo è offerta da una controversia relativa ad un contratto di appalto concluso in violazione del divieto di interposizione della manodopera: nella fattispecie, l'appaltatore (interposto) si era limitato a fornire al committente (interponente) prestazioni di lavoro, senza integrarle nella propria organizzazione imprenditoriale ed esercitare alcun potere direttivo nei confronti dei dipendenti. Questi ultimi ottenevano, allora, la costituzione di un rapporto diretto alle dipendenze del committente ⁽²³⁵⁾ e a seguito della sentenza che aveva accolto la loro domanda gli offrivano la prestazione lavorativa esigendo il pagamento della retribuzione. Stante il rifiuto di attuare il rapporto opposto dal committente (interponente), i lavoratori continuavano a percepire il salario dallo pseudo appaltatore interposto, esercitando poi nei confronti del primo un'azione di condanna avente ad oggetto il pagamento della retribuzione. Di qui il quesito sottoposto alle sezioni unite, sollecitate a chiarire se il diritto di credito esercitato dai lavoratori abbia carattere retributivo o risarcitorio e se il committente (interponente) possa detrarre dal corrispettivo dovuto le somme che il lavoratore abbia percepito dallo pseudo appaltatore (interposto).

Come si è anticipato, inoltre, l'indennità prevista dall'art. 35, comma 5 l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro 2010) è dovuta al lavoratore a prescindere dalla circostanza che a seguito dell'interruzione del rapporto sia stato retribuito in attuazione di un altro contratto di lavoro: v., *supra*, nt. 188.

(233) r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825 convertito in l. 18 marzo 1926, n. 562 - *Disposizioni relative al contratto d'impiego privato*.

(234) Cfr. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., pp. 88 ss., 313 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 131 ss., il quale, tuttavia, ritiene che la regola in base alla quale il lavoratore ha diritto alla retribuzione integrale non abbia portata generale; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 133 ss. Alla medesima conclusione pervengono anche autori che fanno esclusivamente riferimento a norme di diritto comune: cfr. GHERA e LISO, voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, cit., p. 1000 ss.

(235) Sulla base delle disposizioni indicate *supra*, nt. 229.

Ebbene, secondo le sezioni unite l'interponente che a seguito della costituzione del rapporto di lavoro rifiuta illegittimamente la prestazione offerta dal lavoratore è obbligato non a risarcire il danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio, ma a corrispondere la retribuzione ⁽²³⁶⁾. Anche in questa occasione, i riferimenti alla *mora accipiendi* rinvenibili in motivazione hanno carattere puramente esornativo: le sezioni unite fanno riferimento ad essa, ma subito dopo riconoscono che la questione sottoposta alla loro attenzione interessa piuttosto il rapporto tra la legislazione di settore e la «normativa generale del codice civile in tema di contratti a prestazioni corrispettive (artt. 1453 ss. c.c.)». Ancora una volta, l'applicazione dell'istituto è solo apparente: il giudice lo menziona per *descrivere* il comportamento del datore di lavoro che rifiuta l'offerta e, contestualmente, il pagamento della retribuzione, ma appare consapevole del fatto che la questione sottoposta al suo sindacato interessa, in realtà, il rapporto tra l'azione di adempimento e il binomio risoluzione-risarcimento del danno.

In base ai principi di diritto comune, quando il creditore di un'opera o di un servizio manifesta — o preannuncia — il rifiuto di riceverli, il contratto si risolve e alla controparte spetta il risarcimento del danno: la misura di quest'ultimo si identifica con il corrispettivo promesso, detratte le spese risparmiate dal debitore e i guadagni alternativi da lui conseguiti. La conclusione è coerente con il rapporto di corrispettività tra le prestazioni contrattuali e trova riscontro nelle regole che disciplinano il risarcimento del danno (artt. 1223, 1227, comma 2° c.c.) e i recessi discrezionali rinvenibili nei contratti generati dall'archetipo della *locatio operis* (artt. 1671; 1685; 2227 c.c.): se a causa del rifiuto di attuare il rapporto opposto dalla controparte il debitore di un'opera o di un servizio evita (può evitare) costi che avrebbe altrimenti sostenuto e consegue (può conseguire) guadagni che non avrebbe altrimenti percepito, non può esigere il pagamento del corrispettivo pecuniario ma solo il risarcimento del danno, ciò che presupp-

(236) Cfr. Cass., sez. un., 7 febbraio 2018, n. 2990, in *Giur. it.*, 2018, 2185, con nota di LUCCHETTI, *Il "diritto vivente" sulla natura dei compensi da mancata ricostituzione del rapporto*, in *Lav. giur.*, 2018, 699, con nota di MARINELLI, *Mora del datore di lavoro e risarcimento del danno nella somministrazione illecita*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 787, in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, 330 (s.m.), con nota di BOLOGNA, *Mora del creditore, esternalizzazioni fittizie e profili di legittimità costituzionale* ed in *Labor*, 2018, 439, con nota di TREGLIA, *Interposizione di mano d'opera e conseguenze economiche in caso di mancato ripristino del rapporto di lavoro*.

pone la risoluzione del contratto in relazione al segmento inattuato ⁽²³⁷⁾.

Secondo le sezioni unite la prospettiva delineata dai principi di diritto comune sul presupposto, implicito, di una relazione paritaria tra le parti, non è compatibile con una tutela realmente efficace delle ragioni del lavoratore. Sulla base di tale premessa, si ritiene che il credito vantato da quest'ultimo nei confronti dell'interponente non abbia ad oggetto il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio, ma il pagamento della retribuzione, la quale è esigibile dal momento in cui la prestazione lavorativa è stata offerta.

A fondamento di tale conclusione vengono richiamati gli artt. 3, 36, 41 Cost. e soprattutto una sentenza della Corte Costituzionale alla quale abbiamo già avuto occasione di fare riferimento ⁽²³⁸⁾. In relazione al termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro, la Consulta afferma che l'indennità prevista dall'art. 35, comma 5 l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. "collegato lavoro 2010") compensa il danno subito dal lavoratore per l'interruzione del rapporto fino al momento in cui viene pronunciata la sentenza che accerta l'illegittimità del termine, mentre a seguito di essa il lavoratore ha diritto di ottenere il pagamento della retribuzione ⁽²³⁹⁾. Se la tutela accordata al lavoratore si esaurisse nella percezione dell'indennità, infatti, il datore di lavoro «non subirebbe alcun deterrente idoneo ad indurlo a riprendere» ⁽²⁴⁰⁾ l'attuazione del rapporto. Come risulta dal riferimento a tale precedente giurisprudenziale — riprodotto per estratto nel contesto della motivazione — la svolta delle sezioni unite risponde all'esigenza di assicurare al divieto di interposizione di manodopera un'adeguata efficacia deterrente. In nome di tale esigenza vengono sacrificati i principi di diritto comune e si ammette che il lavoratore possa essere collocato, per effetto dell'applicazione dei rimedi legali, in una posizione migliore di quella

(237) Sulla ragione giustificativa dei recessi discrezionali previsti a favore della parte committente, cfr. BANDIERA, *Il recesso del committente nei contratti per l'esecuzione di opere o servizi*, ed. provv., Cagliari, 2000, p. 74; ID., *Recesso unilaterale dal contratto*, in Luminoso (a cura di), *Codice dell'appalto privato*, Milano, 2010, p. 681; GABRIELLI e PADOVINI, voce *Recesso*, in *EdD*, XXXIX, Milano, 1988, p. 37; GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 82. Più di recente v., volendo, DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 54 ss.

(238) Cfr. C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, cit.

(239) Sulla legislazione posteriore alla pronuncia della Consulta v., *supra*, § 18, *sub b*.

(240) Così la motivazione di C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, cit.

in cui si sarebbe trovato se il rapporto di lavoro fosse stato regolarmente attuato.

Nella fattispecie, tuttavia, si esclude che i lavoratori possano ottenere la condanna del committente (interponente) al pagamento del corrispettivo, in quanto a seguito della sentenza che aveva costituito il rapporto — e del rifiuto illegittimo della prestazione lavorativa — avevano continuato ad essere retribuiti dallo pseudo appaltatore (interposto). In base alla disciplina di settore, infatti, tanto nelle ipotesi di somministrazione di lavoro irregolare [effettuata in assenza dei requisiti di ammissibilità prescritti dalla legge], quanto in quelle di appalto fittizio [concluso per eludere il divieto di interposizione di manodopera] le somme pagate dall'interposto liberano l'interponente dalle sue obbligazioni retributive e contributive ⁽²⁴¹⁾. Viene così confermata la sentenza di secondo grado, che aveva rigettato l'azione con cui i lavoratori avevano chiesto la condanna del committente a pagare la retribuzione benché avessero ricevuto dallo pseudo appaltatore l'intero importo delle somme dovute.

Le sezioni unite non si limitano a richiamare sul punto specifico la legislazione speciale, ma si preoccupano di agganciare la soluzione adottata alla disciplina generale delle obbligazioni: se l'interponente è obbligato a corrispondere ai lavoratori la retribuzione (e non un risarcimento), il pagamento effettuato dallo pseudo appaltatore interposto costituisce adempimento del terzo, idoneo ad estinguere l'obbligazione retributiva ai sensi dell'art. 1180 c.c. Come vedremo subito, il collegamento con la disciplina generale delle obbligazioni permette di estendere la soluzione adottata alla fattispecie del trasferimento di azienda illegittimo, anch'essa caratterizzata da una struttura trilaterale.

La posizione assunta dalle sezioni unite in ordine al carattere retributivo del credito vantato dal lavoratore nei confronti dell'interponente perde gran parte della sua rilevanza, sul piano applicativo, in considerazione del fatto che i pagamenti effettuati dall'interposto estinguono l'obbligazione. In concreto, l'interponente potrà detrarre dalla retribuzione dovuta le somme che i lavoratori hanno percepito dall'interposto, non diversamente da quanto avverrebbe se la sua obbligazione avesse carattere risarcitorio.

(241) Cfr. art. 27, comma 2 d.lg. 10 novembre 2003, n. 276, abrogato dall'art. 55, comma 1 lett. (d) d.lg. 15 giugno 2015, n. 81 (c.d. *Jobs Act*), ma riprodotto, nei contenuti, dall'art. 38, comma 3 del medesimo decreto legislativo; art. 29 comma 3-bis d.lg. 10 novembre 2003, n. 276.

Se questo è vero, il principio di diritto permane rilevante, sul piano applicativo, nell'ipotesi in cui il lavoratore non venga retribuito né dall'interponente — che rifiuta di attuare il rapporto costituito nei suoi confronti — né dall'interposto. Infatti, se a seguito del rifiuto della prestazione offerta all'interponente il lavoratore conclude un ulteriore contratto di lavoro per effetto del quale riceve un corrispettivo, può ottenere ugualmente il pagamento della retribuzione: siccome l'obbligazione dell'interponente ha carattere retributivo e non risarcitorio, dalla somma dovuta non può essere detratto il reddito percepito dal dipendente sulla base di un ulteriore contratto di lavoro. Neppure — è appena il caso di aggiungere — i pagamenti effettuati da tale ipotetico, ulteriore datore di lavoro possono contribuire ad estinguere l'obbligazione retributiva dell'interponente in qualità di adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), in quanto essi danno attuazione ad un distinto rapporto.

24. *Segue. L'intervento della Consulta: nel segno dell'armonia tra giurisprudenza ordinaria e costituzionale.* — Qualche mese dopo la pronuncia delle sezioni unite, la Corte Costituzionale è stata chiamata a valutare la legittimità di alcune norme relative alla mora del creditore — ed in particolare, degli artt. 1206, 1207, 1217 c.c. — in rapporto agli artt. 3, 24, 111 e 117, comma 1° Cost. ⁽²⁴²⁾ La questione sottoposta all'attenzione della Consulta solleva un dubbio sulla legittimità costituzionale delle norme citate in quanto applicabili al trasferimento d'azienda dichiarato nullo. La disciplina della *mora accipiendi*, come interpretata dalla giurisprudenza anteriore ⁽²⁴³⁾, sarebbe costituzionalmente illegittima nella misura in cui riconosce al lavoratore un credito non retributivo, ma risarcitorio; con la conseguenza che l'imprenditore il quale abbia trasferito illegittimamente l'azienda o un suo ramo può detrarre dal corrispettivo dovuto al lavoratore rimasto alle sue dipendenze le somme che questi abbia ricevuto dal cessionario.

La questione viene rigettata sulla base di un'argomentazione tutta incentrata sulla sentenza delle sezioni unite alla quale abbiamo appena

(242) Cfr. C. cost. 28 febbraio 2019, n. 29, in *Dir. prat. lav.*, 2019, 643, in *Dir. giust.*, 2019, f. 40, 24, con nota di MARINO, *Cessione d'azienda illegittima: il cedente che rifiuta di ricevere la prestazione deve pagare le retribuzioni*. La questione è stata sollevata da App. Roma 2 ottobre 2017, in *Giur. it.*, 2018, 2185, con nota di LUCCHETTI, *Il "diritto vivente" sulla natura dei compensi*, cit.

(243) V., *supra*, nt. 232.

fatto riferimento ⁽²⁴⁴⁾. Benché affermato in relazione ad una fattispecie differente da quella del trasferimento illegittimo di azienda, l'obbligo del datore di lavoro di retribuire (e non risarcire) il lavoratore non riammesso in servizio sarebbe stato riconosciuto «con portata tendenzialmente generale». In definitiva la Corte Costituzionale, interpretando estensivamente il precedente delle sezioni unite, prospetta un regime che vede l'imprenditore cedente obbligato a pagare la retribuzione dopo l'offerta della prestazione lavorativa conseguente alla declaratoria di nullità della cessione.

Se avesse condiviso l'opinione sostenuta in questa sede, la Corte avrebbe potuto rigettare la questione, molto semplicemente, limitandosi ad osservare che all'interruzione del rapporto di lavoro conseguente al trasferimento illegittimo dell'azienda non si applica la disciplina della *mora accipiendi*. La Consulta — che avrebbe potuto approdare a tale conclusione accogliendo un'eccezione opportunamente sollevata dall'Avvocatura Generale dello Stato — sceglie, invece, di avvalorare l'orientamento che riconduce la fattispecie alla disciplina della mora del creditore.

Anche in questa occasione si riscontra quella tendenza a sovrapporre l'istituto ai rimedi contro l'inadempimento che è stata già rilevata in sede di analisi della giurisprudenza di legittimità. Dopo aver ribadito la pertinenza della questione alla disciplina della *mora accipiendi*, la Corte osserva che essa «verte sull'inadempimento di un datore di lavoro che non ha eseguito l'ordine giudiziale di riassunzione e ha rifiutato senza alcun motivo legittimo (art. 1206 c.c.) la prestazione ritualmente offerta dal lavoratore».

La motivazione si conclude con l'invito, rivolto al giudice rimettente, di valutare se alla luce delle coordinate indicate dalle sezioni unite «il lavoratore ceduto, già retribuito dal cessionario», sia legittimato a «rivendicare la retribuzione anche nei confronti del cedente». Ebbene, una recente pronuncia di legittimità estende al trasferimento d'azienda le soluzioni indicate dalle sezioni unite in relazione al divieto di interposizione di manodopera ⁽²⁴⁵⁾. Come quella dell'interponente al quale è imputabile la violazione del divieto, anche l'obbligazione del cedente che permane titolare dell'azienda a causa della nullità del trasferimento ha carattere retributivo. Il pagamento effettuato dal cessionario, tuttavia, estingue il debito del cedente, potendo essere

(244) Cass., sez. un., 7 febbraio 2018, n. 2990, cit.

(245) Cass. [ord.] 31 maggio 2018, n. 14019, in *Notiz. giur. lav.*, 2018, 683.

qualificato quale adempimento del terzo (art. 1180 c.c.): benché «adempita da un soggetto diverso dal debitore», l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento della retribuzione «rimane unica e non si duplica» (246).

Il cedente che a seguito della declaratoria di nullità del trasferimento abbia rifiutato la prestazione lavorativa può, dunque, detrarre dalla retribuzione dovuta le somme che il lavoratore abbia ricevuto dal cessionario. Nondimeno, come già osservato in relazione alla violazione del divieto di interposizione di manodopera, il carattere retributivo (e non risarcitorio) dell'obbligazione può assumere rilevanza, sul piano applicativo, quando non essendo stato pagato nemmeno dal cessionario il dipendente abbia concluso un ulteriore contratto di lavoro sulla base del quale sia stato retribuito. Egli potrà ottenere dal cedente il pagamento integrale del corrispettivo dovuto benché proprio in conseguenza del rifiuto della prestazione offerta abbia potuto impiegare diversamente le proprie energie lavorative, ricavandone un reddito che altrimenti non avrebbe percepito.

Non è possibile, in questa sede, effettuare una valutazione critica della traiettoria della giurisprudenza: sarebbe infatti necessario accantonare la prospettiva incentrata sulla *mora accipiendi* — alla quale è invece dedicato il presente contributo — ed adottare un'ottica sensibile alle peculiarità della materia giuslavoristica. Ci limitiamo ad aggiungere, allora, che per quanto divergente dai principi di diritto comune la tesi contraria alla deduzione dell'*aliunde perceptum* appare giustificata dalla dinamica che caratterizza i rapporti di lavoro. Se da un lato essa può avere una valenza sanzionatoria nei confronti del datore di lavoro — che dopo aver interrotto illegittimamente l'attuazione del rapporto rifiuta di ottemperare alle sentenze pronunciate nei suoi confronti — dall'altro stimola il lavoratore a reperire tempestivamente altra occupazione.

L'irrogazione di una sanzione nei confronti del datore di lavoro si giustifica alla luce della circostanza che sovente la sua responsabilità non viene accertata, in quanto il dipendente non reagisce all'illegittima interruzione del rapporto. Come è dato riscontrare in relazione ad altre prestazioni sanzionatorie previste dalla legge civile, il pagamento integrale della retribuzione contribuisce ad assicurare il rispetto dei provvedimenti giurisdizionali che tutelano i diritti dei lavoratori e a sup-

(246) Così la motivazione di Cass. [ord.] 31 maggio 2018, n. 14019, cit.

portare la funzione deterrente della responsabilità ⁽²⁴⁷⁾. In una data percentuale di casi la responsabilità dei datori di lavoro non viene accertata, come dimostrano le pronunce che rigettano le azioni esercitate dai lavoratori in considerazione della mancata offerta della prestazione; l'efficacia deterrente della normativa di settore viene allora recuperata imputando ai datori di lavoro prestazioni di carattere sanzionatorio, che corrispondono alle retribuzioni conseguite dai dipendenti sulla base dei rapporti contrattuali instaurati a seguito del rifiuto illegittimo delle *operae* offerte.

D'altra parte, l'esigibilità dell'intera retribuzione stimola il pieno impiego della forza lavoro, in quanto induce il dipendente a reperire tempestivamente altra occupazione per conseguire un lucro; qualora, invece, il datore di lavoro potesse dedurre dalla retribuzione l'*aliunde perceptum*, tale incentivo verrebbe meno ⁽²⁴⁸⁾.

La soluzione, infine, risulta preferibile in quanto prefigura un regime agevolmente applicabile in un settore in cui il flusso del contenzioso è particolarmente intenso. Mentre ammettendo la detrazione dei guadagni percepiti dal lavoratore — e soprattutto di quelli che avrebbe potuto percepire ricercando diligentemente un'altra occupazione a seguito del rifiuto della prestazione offerta — la determinazione del *quantum* risulterebbe certamente più complessa.

(247) V., volendo, DELLACASA, Punitive damages, *risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *CeI*, 2017, pp. 1157 ss., 1178 ss.

(248) A tale considerazione si potrebbe obiettare che il lavoratore sarebbe invece incentivato a reperire altra occupazione qualora dalla retribuzione dovessero essere detratte non solo le somme *effettivamente percepite*, ma anche quelle che *avrebbe potuto percepire* qualora dopo il rifiuto illegittimo della prestazione avesse concluso un altro contratto di lavoro (art. 1227, comma 2° c.c.). Come si osserva nel testo, tuttavia, l'indagine sulla diligenza usata dal lavoratore nella ricerca di altra occupazione può risultare estremamente delicata, tanto da dimostrarsi difficilmente compatibile con l'esigenza di una rapida definizione del conflitto tra le parti che caratterizza il contenzioso in materia di lavoro. Lo dimostra, tra l'altro, la difficoltà con cui la giurisprudenza definisce lo *standard* di diligenza applicabile ai fini della valutazione del comportamento tenuto dal lavoratore illegittimamente licenziato nella ricerca di altra occupazione: v., a titolo esemplificativo, Cass. 5 luglio 2018, n. 17683, in *Foro it.*, Rep. 2018, v. «lavoro (rapporto)», n. 323; Cass. 11 gennaio 2018, n. 512, in *Lav. giur.*, 2018, 1147; Cass. 21 settembre 2012, n. 16076, in *Giust. civ.*, 2013, I, 2126. D'altra parte, se si può convenire che sia onere del lavoratore ricercare altra occupazione a seguito del licenziamento illegittimo, è quanto meno dubbio che egli sia tenuto a farlo quando una sentenza riconosce i suoi diritti nei confronti del datore di lavoro, e quest'ultimo rifiuta di osservarla.

CAPITOLO V
LA LIBERAZIONE COATTIVA DEL DEBITORE

Sezione prima
Il deposito liberatorio

SOMMARIO: 1. Dalla tutela contro la dilatazione del rapporto alla liberazione del debitore. Il presupposto dell'offerta. — 2. Il deposito liberatorio e il suo fondamento negoziale: come gli effetti del contratto si integrano con quelli del procedimento di liberazione. — 3. Il contratto di deposito: soggetti, oggetto, effetti. L'eccezione di deposito. — 4. Dal deposito come contratto al deposito come procedimento: la sequenza che conduce alla liberazione del debitore. — 5. *Segue*. La redazione del verbale di deposito e la sua notificazione al creditore assente. — 6. I debiti pecuniari non estinguibili mediante pagamento in contanti e la liberazione del debitore. — 7. L'accertamento giudiziale della validità del deposito. — 8. L'accettazione del deposito. — 9. Gli effetti del deposito: decorrenza e ritiro. — 10. Deposito effettuato a seguito di offerta nelle forme d'uso; imputazione delle spese; altri eventuali effetti. — 11. Una variante del deposito: la vendita coattiva (e il deposito del prezzo). — 12. I presupposti sostanziali e il procedimento. — 13. Ancora sulla vendita coattiva: gli effetti.

1. *Dalla tutela contro la dilatazione del rapporto alla liberazione del debitore. Il presupposto dell'offerta.* — La tutela accordata dalla *mora accipiendi* al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione è interinale e provvisoria, in quando assume a presupposto la permanenza del rapporto obbligatorio che non è stato attuato a causa del mancato concorso del creditore. Se tuttavia il difetto di cooperazione permane, restando così precluso l'adempimento dell'obbligazione, una soluzione definitiva del conflitto intercorrente tra le parti può essere ottenuta solo permettendo al debitore di liberarsi contro la volontà del creditore.

L'esercizio di tale diritto, tuttavia, è subordinato al rispetto di un procedimento complesso e strutturato in modo tale da contemperare l'interesse del debitore a liberarsi dal vincolo con la salvaguardia delle prerogative del creditore. Il suo presupposto è rappresentato dall'offerta della prestazione (artt. 1210, comma 1°, 1214, 1216, comma 2°

c.c.)⁽¹⁾: come già osservato in relazione alla mora⁽²⁾, essa dimostra che il debitore è pronto ad adempiere, sicché la mancata attuazione del rapporto obbligatorio è ascrivibile alla condotta non cooperativa del creditore. Se il rifiuto dell'offerta non è giustificato da un motivo legittimo, il debitore obbligato a consegnare cose mobili può depositarle presso un soggetto che si obbliga a custodirle e riconsegnarle al creditore (art. 1210, comma 1° c.c.); mentre quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di immobili, gli stessi vengono affidati a un sequestratario che assume nei confronti del creditore le medesime obbligazioni (art. 1216, comma 2° c.c.). Viene così interposto tra le parti un terzo soggetto (depositario o sequestratario) che, sostituendo il debitore, gli consente di uscire dal rapporto senza pregiudicare il diritto del creditore: quest'ultimo, naturalmente, sosterrà le spese che l'operazione comporta (art. 1215 c.c.), in quanto ha determinato con il proprio comportamento la necessità di ricorrere ad essa.

Deposito e sequestro non sono tuttavia sufficienti a determinare l'estinzione dell'obbligazione inadempita a causa del difetto di cooperazione. A tutela dell'interesse del creditore — che al termine del procedimento perde il diritto nei confronti dell'obbligato, potendo esigere la consegna del bene solo dal depositario o dal sequestratario — si prevede il controllo necessario e preventivo del giudice. Il deposito e il sequestro, infatti, divengono irrevocabili e comportano la liberazione del debitore solo se accettati dal creditore o convalidati con sentenza passata in giudicato⁽³⁾, alla quale si riconosce carattere costitutivo⁽⁴⁾: e siccome l'accettazione del creditore appare assai

(1) Per un riscontro, in dottrina, cfr. ZANCHI, *Facoltà di deposito e suoi effetti liberatori*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2010, p. 847 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore, Artt. 1206-1217*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 182 s.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 91.

(2) V., *supra*, cap. II, § 3.

(3) La convalida giudiziale è espressamente prevista solo in relazione al deposito (art. 1210, comma 2° c.c.), ma si ritiene necessaria anche in relazione al sequestro liberatorio: v., *infra*, § 27.

(4) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger, Artt. 1206-1217*, Milano, 2017, p. 177 s.; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 871; GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, in *EdD*, XXIX, Milano, 1979, p. 800 s.; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 442; ID., *Della mora del creditore*, cit., p. 196; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 96. V. tuttavia in senso contrario NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 183; p. 133 s.; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, a cura di Bianca, Milano, 1956, p. 133 s.

improbabile, in quanto dovrebbe verificarsi al termine di un procedimento in cui la prestazione è stata rifiutata più volte ⁽⁵⁾, il procedimento di liberazione si conclude con la convalida giudiziale ⁽⁶⁾.

La vicenda viene inquadrata dogmaticamente riconoscendo al debitore il diritto potestativo di liberarsi dal vincolo — destinato ad essere necessariamente esercitato nel contesto giudiziale — a fronte del quale sussiste in capo al creditore una posizione di soggezione ⁽⁷⁾. A seguito del rifiuto dell'offerta non giustificato da un motivo legittimo, il debitore può liberarsi del rapporto obbligatorio contro la volontà della controparte, sebbene per ottenere tale risultato debba sottoporre il deposito al controllo necessario e preventivo del giudice ⁽⁸⁾.

Un procedimento analogo non è invece previsto dalla legge in relazione alle obbligazioni di fare: quando la prestazione non ha ad oggetto la consegna di una *res*, non è concepibile che il conflitto generato dal difetto di cooperazione venga risolto affidando ad un terzo la risorsa destinata al creditore. Siccome, tuttavia, anche quando è obbligato a eseguire una prestazione di fare l'interesse del debitore a liberarsi dal vincolo è meritevole di tutela, una soluzione viene individuata per via interpretativa nella disciplina della risoluzione ⁽⁹⁾.

Nel codice civile vigente, il deposito e il sequestro liberatori sono disciplinati nell'ambito di un'unità sistematica dedicata alla mora del creditore ⁽¹⁰⁾. Si realizza, così, un ribaltamento di prospettiva rispetto alla codificazione previgente, nel contesto della quale la tutela accordata al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione si esauriva nel

(5) Il deposito è infatti preceduto dall'offerta della prestazione (art. 1210, comma 1° c.c.) e da un'intimazione, notificata al creditore, contenente «l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui la cosa offerta sarà depositata» (art. 1212, n. 1 c.c.).

(6) La rilevanza dalla sentenza di convalida, quale «elemento centrale e decisivo di tutta la procedura», viene evidenziata da FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 96.

(7) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, p. 410; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2015, p. 261; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 847; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 169; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 182.

(8) Sul carattere giudiziale del rimedio v., in particolare, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 410; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 261.

(9) V., *infra*, §§ 28, 29.

(10) Ed in particolare nella sezione III del capo II, dove di rinviene la disciplina «dell'adempimento delle obbligazioni».

deposito liberatorio, mentre la mora del creditore costituiva il frutto di un'elaborazione teorica creativa e non sempre lineare ⁽¹¹⁾.

La scelta di disciplinare la mora del creditore e di ricondurre ad essa i procedimenti che conducono alla liberazione del debitore non smentisce, tuttavia, l'autonomia funzionale e strutturale dei due istituti e dei corrispondenti rimedi.

Sotto il primo profilo, quello funzionale, mentre la *mora accipiendi* protegge il debitore contro i pregiudizi e i rischi derivanti dal protrarsi dell'obbligazione, il deposito e il sequestro ne comportano l'estinzione.

Quanto al secondo, quello strutturale, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione può avvalersi della *mora accipiendi* senza ricorrere al deposito (sequestro) liberatorio: è quanto accade se il creditore costituito in mora offre in un secondo momento la necessaria cooperazione, sicché la prestazione viene fisiologicamente eseguita ⁽¹²⁾, o quando il difetto di cooperazione si coniuga con un inadempimento di non scarsa importanza legittimando il debitore a conseguire la risoluzione del contratto e disporre nuovamente della prestazione ⁽¹³⁾.

Per converso, il debitore può liberarsi ricorrendo al deposito o al sequestro senza aver preventivamente costituito in mora il creditore. Il riferimento è al procedimento che contempla un'offerta nelle forme d'uso — come tale inidonea, in relazione alle prestazioni di dare, a giustificare la costituzione in mora — seguita dal deposito del bene (art. 1214 c.c.). Non si può escludere, poi, che dopo avere offerto la prestazione in forma solenne il debitore abbia effettuato il deposito e chiesto solo la convalida giudiziale di quest'ultimo: anche in questa ipotesi, a rigore, non sarebbero integrati i presupposti della *mora accipiendi*, che richiede la convalida giudiziale dell'offerta (art. 1207, comma 3° c.c.), pur riscontrandosi quelli del deposito liberatorio.

Sul piano applicativo, tuttavia, la complessità del procedimento di costituzione in mora limita l'autonomia dell'istituto dal deposito (sequestro) liberatorio. Qualora, come si ammette nel diritto tedesco ⁽¹⁴⁾, il creditore potesse essere costituito in mora mediante offerta ordinaria,

(11) V., *supra*, cap. I, §§ 3, 4.

(12) L'ipotesi viene prospettata da ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 845, nt. 4.

(13) Sul rapporto tra *mora accipiendi* e risoluzione del contratto v., *supra*, cap. I, §§ 15, 16.

(14) Cfr. § 294 BGB. È appena il caso di ricordare che a seguito della recente riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti una soluzione analoga è oggi adottata dal legislatore francese: v., *supra*, cap. III, § 2, nt. 23 e testo corrispondente.

il debitore avrebbe buon gioco a ricercare un altro soggetto interessato a ricevere il bene illegittimamente rifiutato e, risolto il contratto, alienarglielo: la *mora accipiendi* conseguente all'offerta informale neutralizzerebbe la dilatazione del vincolo, mentre il risarcimento del danno da risoluzione compenserebbe la mancata attuazione dello scambio. Nella legislazione vigente — che, tramite la mediazione del codice abrogato, subisce l'influenza del modello francese — la costituzione in mora del creditore è invece subordinata al rispetto di requisiti procedurali assai impegnativi; è ragionevole che il debitore si impegni a soddisfarli quando il mercato non offre una più agevole soluzione al conflitto determinato dal difetto di cooperazione, in quanto non è facilmente reperibile un interlocutore interessato a ricevere la prestazione rifiutata dal creditore. È probabile, allora, che il debitore effettui la costituzione in mora quando non potendo ricollocare la prestazione sul mercato è indotto a procedere al deposito e ad esigere contestualmente il pagamento del corrispettivo: il deposito (sequestro) liberatorio giustifica agli occhi del debitore anche gli oneri funzionali alla costituzione in mora, che altrimenti sarebbe riluttante a sostenere ⁽¹⁵⁾.

Siccome incidono sull'obbligazione interessata dal difetto di cooperazione, e non sul sinallagma di cui essa fa parte, i procedimenti che comportano la liberazione coattiva del debitore non pregiudicano il suo diritto di conseguire, in qualità di creditore, l'esecuzione della prestazione corrispettiva ⁽¹⁶⁾. Per questo motivo, mentre la risoluzione prelude alla conclusione di un contratto sostitutivo avente ad oggetto la prestazione rifiutata dal creditore, il deposito o il sequestro si coniugano con l'esercizio di un'azione di condanna volta ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva ⁽¹⁷⁾.

Tra i procedimenti che comportano la liberazione coattiva del debitore e l'esecuzione forzata sussistono analogie e connessioni. Nonostante le perplessità espresse in dottrina ⁽¹⁸⁾, riproponiamo in questa sede uno spunto offerto da una voce autorevole, che prospetta un

(15) Per un'argomentazione meno sommaria v., *supra*, cap. I, §§ 4, 6.

(16) Lo conferma CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 181.

(17) V., *supra*, cap. I, § 16.

(18) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 183; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 182; ASQUINI, *Recensione a FALZEA, L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 99.

parallelismo tra liberazione coattiva ed esecuzione forzata⁽¹⁹⁾. Il deposito e il sequestro liberatorio tutelano in forma specifica l'interesse del debitore a conseguire la liberazione dal vincolo, interponendo tra le parti del rapporto obbligatorio un terzo soggetto che si obbliga a custodire e consegnare il bene; nello stesso modo, l'esecuzione forzata tutela in forma specifica l'interesse del creditore a conseguire la prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione. Di qui la centralità dei provvedimenti giurisdizionali che assicurano al debitore e al creditore, rispettivamente, la liberazione dal vincolo e la prestazione attesa: la convalida giudiziale del deposito o del sequestro e l'esecuzione forzata della sentenza di condanna sono necessarie per superare il difetto di cooperazione e l'inadempimento, che precludono rispettivamente la liberazione del debitore e l'esercizio del diritto di credito⁽²⁰⁾.

Da parte nostra, abbiamo evidenziato la connessione tra i due rimedi: quando l'obbligazione deriva da un contratto sinallagmatico, il debitore che si è liberato mediante il deposito o il sequestro può esigere contestualmente l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva. La scelta di procedere al deposito o al sequestro si contrappone idealmente a quella di risolvere il contratto, in quanto appare orientata verso l'attuazione coattiva dello scambio.

Passando a considerare, ora, i presupposti della liberazione coattiva del debitore, occorre ribadire che essi non includono la *mora accipiendi*. Il deposito e il sequestro liberatorio richiedono l'offerta della prestazione, che al verificarsi delle condizioni previste dalla legge può determinare (ma non necessariamente produce) la costituzione in mora del creditore.

Ai termini dell'art. 1210, comma 2° c.c., il deposito deve essere preceduto dall'offerta solenne, reale o per intimazione in dipendenza del luogo dove deve avvenire la consegna del bene. Il debitore può chiedere contestualmente la convalida dell'offerta e quella del deposito, con la conseguenza che il creditore viene costituito in mora dal

(19) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 89 ss. Nella letteratura più recente, la prospettiva delineata da Falzea viene valorizzata da ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 164 s.

(20) Quando invece, come avviene in relazione alle prestazioni di fare, il debitore si libera dell'obbligazione tramite la risoluzione, egli viene tutelato per equivalente, in quanto lo scioglimento del sinallagma comporta l'estinzione dell'obbligazione corrispettiva: il rimedio non riproduce l'assetto di interessi prefigurato dalla conclusione del contratto, ma lo sostituisce con gli effetti liberatori e restitutori che conseguono alla rimozione dello scambio.

momento dell'offerta (art. 1207, comma 3° c.c.) e l'obbligazione si estingue dalla data del deposito (art. 1210, comma 2° c.c.)⁽²¹⁾: è questa la linea di condotta che appare più razionale e probabile. Non si può escludere, tuttavia, che il debitore chieda solo la convalida del deposito e non quella dell'offerta, ottenendo così la liberazione dal vincolo senza poter invocare gli effetti della *mora accipiendi*.

In base all'art. 1214 c.c., presupposto del deposito può anche essere un'offerta che, in quanto espressa nelle forme d'uso, è inidonea a costituire in mora il creditore⁽²²⁾. Benché il dettato della disposizione faccia riferimento agli effetti della mora — apparentemente differiti dal momento dell'offerta a quello del deposito — è da ritenere che il relativo procedimento conduca senz'altro alla liberazione del debitore⁽²³⁾. Grazie all'offerta nelle forme d'uso il debitore evita le responsabilità inerenti alla *mora debendi*⁽²⁴⁾, per poi liberarsi mediante il deposito: l'estinzione dell'obbligazione, che ne consegue, è incompatibile con la costituzione in mora del creditore.

L'offerta nelle forme d'uso, d'altra parte, non si differenzia in modo apprezzabile da quella ordinaria (art. 1220 c.c.), essendo sufficiente che sia dotata dei requisiti di serietà ed attendibilità necessari per giustificare l'affidamento del creditore nella prontezza ad adempiere: si rinvia, sul punto, a quanto sostenuto in relazione alla costituzione in mora del creditore di prestazioni di fare⁽²⁵⁾. La conclusione è coerente con la funzione del procedimento delineato dall'art. 1214 c.c., che permette al debitore di evitare la *mora debendi* e, accertato il rifiuto di ricevere il bene opposto dal creditore, liberarsi senz'altro dell'obbligazione. In quest'ottica, la tutela contro la dilatazione del rapporto offerta dalla *mora accipiendi* viene ritenuta da un lato inutile [perché l'esito del conflitto determinato dal difetto di cooperazione sembra poter essere solo il deposito, anziché l'adempimento tardivo dell'obbligazione o la

(21) È pacifico, infatti, che la convalida dell'offerta formale e quella del deposito possano essere contestualmente domandate ed accordate: cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, *ad vocem*, p. 6; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 133; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 400.

(22) Al di fuori, si intende, del campo delle prestazioni di fare: cfr. art. 1217 c.c. e *supra*, cap. III, §§ 18-20.

(23) Per i riferimenti dottrinali v., *infra*, nt. 181.

(24) Per un'analogia constatazione, cfr. SENIGAGLIA, *Offerta secondo gli usi e deposito*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, *sub* art. 1214, p. 900.

(25) V., *supra*, cap. III, § 20.

risoluzione del contratto]; dall'altro, troppo impegnativa [a causa delle formalità prescritte in relazione all'offerta solenne].

Sulla base della stessa disposizione, è da ritenere che il debitore sia legittimato ad effettuare il deposito anche quando ha compiuto un'offerta formale, che tuttavia difetta dei requisiti previsti dalla legge per la costituzione in mora del creditore ⁽²⁶⁾. Certamente l'offerta solenne, benché inidonea a costituire in mora il creditore, soddisfa i requisiti necessari perché possa ravvisarsi un'offerta nelle forme d'uso ⁽²⁷⁾.

In definitiva, l'offerta costituisce un presupposto del deposito in quanto dimostra che la pretesa del debitore di liberarsi coattivamente dell'obbligazione si fonda sul difetto di cooperazione del creditore: effettuando l'offerta il debitore prova di essere pronto ad adempiere, sicché la sua pretesa di affrancarsi dal vincolo è giustificata da un impedimento riconducibile alla sfera del creditore. La *mora accipiendi*, invece, non può essere annoverata tra i presupposti del deposito, in quanto il debitore può scegliere di svincolarsi senz'altro dal rapporto inattuato senza pretendere di essere protetto dalle conseguenze della sua dilatazione.

È già stata considerata l'eventualità che, a causa dell'obiettivo incertezza relativa all'identità del creditore, il debitore non possa indirizzargli l'offerta. Si è allora constatato che nelle fattispecie più rilevanti sul piano applicativo il debitore è legittimato a ricorrere direttamente al deposito, omettendo l'offerta, e si è ipotizzato che tale soluzione possa essere estesa alle ipotesi non espressamente previste dalla legge ⁽²⁸⁾.

2. Il deposito liberatorio e il suo fondamento negoziale: come gli effetti del contratto si integrano con quelli del procedimento di liberazione. — La liberazione del debitore è subordinata al verificarsi di una fattispecie complessa, nel contesto della quale si riscontrano un aspetto negoziale e un aspetto procedimentale. Il deposito liberatorio, infatti, scaturisce dall'integrazione tra un contratto intercorrente tra debitore e

(26) Si pensi al caso in cui il verbale che documenta l'offerta formale sia nullo: cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 183.

(27) Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 23 agosto 1986, n. 5143, per esteso in *De Jure*. Come si legge in motivazione, «la circostanza che il deposito fosse stato effettuato con riferimento a un'offerta formale ritenuta invalida non lo rendeva per ciò stesso inefficace, quel deposito essendo pur sempre seguito a una valida ed efficace offerta secondo gli usi».

(28) V., *supra*, cap. III, § 3, *sub d*).

depositario e una sequenza di atti destinata a terminare con la convalida giudiziale o con l'accettazione del creditore (artt. 1212; 1210, comma 2° c.c.).

Nessun dubbio sul fatto che la stipulazione del contratto non sia sufficiente a determinare l'estinzione dell'obbligazione, che si verifica solo in conseguenza della convalida giudiziale o dell'accettazione del creditore sebbene l'effetto estintivo retroagisca al momento in cui il deposito è stato effettuato (art. 1210, comma 2° c.c.) (29).

Se è certo che il contratto di deposito costituisce un presupposto necessario, ma non sufficiente della liberazione coattiva del debitore, in dottrina si riscontrano rilevanti divergenze in ordine alla sua qualificazione. Alla base di esse si percepisce una diversa visione del rapporto tra le due componenti della complessa fattispecie che produce l'effetto liberatorio.

Chi privilegia il momento negoziale adotta una qualificazione che riconosce all'accordo tra debitore e depositario la funzione di prefigurare l'estinzione dell'obbligazione, destinata pur sempre a verificarsi solo a seguito della convalida giudiziale o dell'accettazione del creditore: si allude alla tesi che ravvisa nel contratto una combinazione tra deposito a favore del terzo e acollo (30).

Per coloro che, invece, riconoscono al momento negoziale un ruolo più limitato, la funzione dell'accordo intercorrente tra debitore e depositario si esaurisce nel preconstituire le condizioni necessarie perché il primo possa liberarsi senza pregiudicare le ragioni del creditore. In quest'ottica, la liberazione e la costituzione coattiva di un nuovo rapporto obbligatorio tra il depositario e il creditore non sono prefigurati in sede negoziale, ma discendono esclusivamente dal procedimento destinato a terminare con la convalida o l'accettazione del deposito. Si collocano in questa prospettiva gli autori che, in sintonia con una tesi radicata nella tradizione, riconducono l'accordo intercorrente tra debitore e depositario esclusivamente alla figura del contratto di deposito a favore del terzo (31).

(29) Per un chiaro riscontro, cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 291.

(30) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 290-311. L'opinione viene condivisa da CURSI, *La liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 853 ss.; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, Milano, 2009, p. 237 s.; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio come vicenda dell'obbligazione*, Milano, 1984, p. 50 ss.; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 798.

(31) Cfr. MARASCO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 679, nt. 96; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 412;

In base a un'ulteriore ipotesi ricostruttiva, il depositario assumerebbe un'obbligazione solo nei confronti del debitore, che indicherebbe il creditore quale soggetto legittimato a ricevere il pagamento, o *adiectus solutionis causa* (art. 1188 c.c.); solo a seguito della convalida giudiziale o dell'accettazione del deposito, il creditore acquisirebbe nei confronti del depositario un vero e proprio *ius ad rem*, sulla base del quale potrebbe esigere la riconsegna del bene ⁽³²⁾.

La prima delle tesi indicate muove da una critica dell'opinione tradizionale, in base alla quale l'accordo intercorrente tra debitore e depositario dovrebbe essere qualificato come contratto a favore del terzo che vede il primo in qualità di stipulante e il secondo nella posizione di promittente delle prestazioni di custodia e riconsegna destinate ad essere eseguite a favore del creditore. La disciplina del contratto a favore del terzo viene ritenuta incompatibile con quella del deposito liberatorio. L'adesione del beneficiario comporta esclusivamente l'irrevocabilità della stipulazione (art. 1411, comma 2° c.c.), mentre l'accettazione del deposito compiuta dal creditore determina la liberazione del debitore (art. 1210, comma 2° c.c.). Il rifiuto del diritto opposto dal beneficiario implica l'inefficacia della stipulazione (la prestazione restando a beneficio dello stipulante ⁽³³⁾), mentre a seguito della sentenza di convalida del deposito il creditore acquisisce coattivamente il diritto di ottenere dal depositario la custodia e la riconsegna del bene ⁽³⁴⁾. Il contratto a favore del terzo genera un nuovo diritto, per attribuirlo al beneficiario, mentre il depositario assume quella stessa obbligazione che il debitore non ha potuto adempiere a causa del difetto di cooperazione ⁽³⁵⁾. Ne deriva quale rilevante conseguenza che il depositario al quale il creditore abbia domandato in un secondo tempo la riconsegna del bene è legittimato a rifiutarla opponendo le eccezioni fondate sul rapporto originario: se il diritto del creditore

CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 188 ss.; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 130 s.; PACCHIONI, *Obbligazioni e contratti. Succinto commento al libro quarto del codice civile*, a cura di Grassetti, Padova, 1950, p. 16; SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, p. 178 s.

(32) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 7; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., pp. 188, 190 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, IV, Milano, 1964, p. 117 ss. A tale posizione aderisce recentemente ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 857.

(33) Cfr. art. 1411, comma 3° c.c.

(34) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 291, 295, 296 s.

(35) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 292 s., 295 s.

verso il depositario coincide con quello che vantava nei confronti del debitore, il suo esercizio è assoggettato ai medesimi limiti ⁽³⁶⁾.

Si ritiene, allora, che i rapporti intercorrenti tra i soggetti coinvolti nell'operazione non possano fondarsi esclusivamente su un contratto di deposito a favore del terzo: quest'ultimo non giustifica la legittimazione del debitore ad opporre l'eccezione di deposito — grazie alla quale può rifiutare la consegna del bene richiesta dal creditore, in quanto affidato al depositario — e neppure la liberazione coattiva e la contestuale costituzione del rapporto tra depositario e creditore. Tali effetti sarebbero invece giustificati assumendo che l'accordo intercorrente tra debitore e depositario abbia struttura composita, risultando dal collegamento di un contratto di deposito a favore del terzo con un contratto di accollo ⁽³⁷⁾.

In un primo momento, il depositario assumerebbe un'obbligazione avente il medesimo oggetto di quella del debitore: è questo l'effetto del contratto di deposito a favore del terzo, la cui efficacia resterebbe circoscritta al rapporto tra debitore e depositario. La congruenza dell'obbligazione assunta dal depositario con quella del debitore è destinata ad essere accertata nel contesto del giudizio di convalida: qualora l'indagine abbia esito negativo si configura un deposito ordinario, che non concorre come tale alla liberazione del debitore. In una fase logicamente distinta, ancorché collegata alla precedente, il depositario si sostituirebbe al debitore, assumendo il debito originario nei confronti del creditore: il mezzo che consente di pervenire a tale risultato è il contratto di accollo.

Se dunque, in questa prospettiva, l'accollo prefigura la liberazione del debitore e la costituzione coattiva di un rapporto tra depositario e creditore, tali effetti si producono pur sempre solo a seguito della sentenza di convalida o dell'accettazione del deposito (art. 1210, comma 2° c.c.). A fronte di un dato normativo univoco si riconosce che gli accordi intercorrenti tra debitore e depositario non sono sufficienti a determinare la liberazione del primo e la costituzione del rapporto tra il secondo e il creditore: la combinazione di deposito a favore del terzo e accollo prefigura un effetto che discende pur sempre dal procedimento di liberazione previsto dalla legge ⁽³⁸⁾. La ricostruzione ha quale

(36) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale* cit., pp. 296, 307 s.

(37) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 298 ss.

(38) «Su tale fattispecie [vale a dire, sulla combinazione di deposito e accollo] si innesta la pronuncia giurisdizionale di liberazione, che tien luogo della dichiarazione

rilevante conseguenza la legittimazione del depositario ad opporre al creditore le eccezioni fondate sul rapporto originario: anche a seguito della sentenza di convalida, la riconsegna del bene potrebbe essere rifiutata sulla base delle medesime eccezioni opponibili dal debitore (39).

La seconda opinione — che ravvisa nell'accordo intercorrente tra debitore e depositario un contratto di deposito a favore del terzo, e segnatamente del creditore — riscuote consenso già nella vigenza del codice del 1865, per poi essere avvalorata con nuovi argomenti dalla dottrina contemporanea (40). Sono evidenti le analogie tra il deposito liberatorio — o meglio, il suo fondamento negoziale — e la struttura giuridica del contratto a favore del terzo: il creditore diviene titolare del diritto di ottenere la riconsegna del bene nei confronti del depositario per effetto della conclusione del contratto, mentre l'accettazione del deposito (art. 1210, comma 2° c.c.), al pari dell'adesione del terzo (art. 1411, comma 2°), rende irrevocabile la stipulazione, precludendo al debitore di ritirare il bene (41).

In quest'ottica il depositario non subentra nella posizione del debitore, ma si obbliga nei confronti del creditore sulla base di un nuovo titolo, qual è il contratto di deposito: di conseguenza egli può opporre al creditore che esige la consegna del bene solo le eccezioni fondate su di esso, e non quelle relative al rapporto originario (42). Gli effetti ulteriori del deposito liberatorio non trovano riscontro nella disciplina del contratto a favore del terzo, ma sono riconducibili al procedimento previsto dalla legge ed in particolare alla convalida giudiziale e all'accettazione del creditore, che ne costituiscono l'esito (art. 1210, comma 2° c.c.): ci si riferisce, in particolare, all'opponibilità

liberatoria del creditore nell'accollo privativo, producendo appunto la liberazione del debitore e dando così modo all'accollo di spiegare l'efficacia che gli è propria, vale a dire la costituzione del rapporto obbligatorio tra il terzo e il creditore. La fattispecie deposito-accollo è il presupposto dell'effetto liberatorio, la sentenza c.d. di convalida la causa immediata di tale effetto»: così FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 309.

(39) V., *supra*, nt. 36.

(40) V., *supra*, nt. 31.

(41) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 188

(42) Sul punto v. F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 263; MARASCO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 679, nt. 96; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 412; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., pp. 187 s., 189; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 130 s.

dell'eccezione di deposito, alla liberazione del debitore e alla costituzione coattiva del rapporto tra depositario e creditore ⁽⁴³⁾.

Alla tesi che ravvisa nella fattispecie una combinazione di deposito a favore del terzo e acollo si obietta che la seconda componente del binomio non consente di giustificare la liberazione del debitore e la costituzione coattiva del rapporto tra depositario e creditore.

Con riferimento al primo aspetto si afferma che l'acollo — come del resto la cessione del credito — non costituisce una figura negoziale tipica, ma un effetto giuridico compatibile con contratti diversi: per riscontrare un acollo occorre verificare se nel contesto di un contratto caratterizzato da una determinata causa una delle parti abbia assunto il debito che l'altra ha nei confronti di un terzo soggetto. Non solo. Affinché si configuri un acollo esterno — si ritiene — occorre che l'accordo in virtù del quale viene assunto il debito abbia fatto espresso riferimento all'obbligazione del debitore originario (accollato) nei confronti del creditore (accollatario); se invece il rapporto di valuta non viene menzionato non si realizza un acollo, ma un semplice contratto a favore del terzo, nel contesto del quale il promittente (assuntore del debito) non può opporre al creditore le eccezioni fondate sul rapporto intercorrente tra lo stesso e lo stipulante (debitore originario) ⁽⁴⁴⁾.

Sulla base di tali premesse si osserva che per potersi ravvisare un acollo il contratto intercorrente tra debitore e depositario deve espressamente prevedere l'assunzione del debito originario. Senonché il dettato legislativo — nel contesto del quale si riscontrano solo riferimenti al deposito — non prevede in alcun luogo che il depositario subentri nella posizione del debitore; è sufficiente che il depositario si obblighi a riconsegnare al creditore la somma o la cosa ricevuta, senza che debba assumere il debito corrispondente al rapporto di valuta. La disciplina positiva del deposito liberatorio, in definitiva, avvalorà l'opinione in base alla quale la liberazione del debitore non richiede che il depositario si accoli il debito originario, essendo sufficiente che egli

(43) In questo senso v., nitidamente, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 191 s.

(44) Entrambe le opinioni sono sostenute da CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 189 s., sulla base dei contributi di GUGLIELMUCCI, *L'acollo nella recente dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1129 ss.; MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 103 ss.; CICALA, *Gli «studi sull'acollo»*, di Pietro Rescigno (acollo e stipulazione a favore di terzo), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 1423 ss.; SCHLESINGER, *Recensione a Rescigno, Studi sull'acollo*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 651 ss.

assuma una nuova obbligazione nei confronti del creditore. Se questo è vero, la posizione del depositario è congruente con quella in cui si colloca il promittente nel contesto di un contratto a favore del terzo ⁽⁴⁵⁾.

Più rilevante il fatto che il riferimento all'accollo non raggiunga il suo scopo: quello di giustificare, oltre alla legittimazione del debitore ad opporre l'eccezione di deposito, la sua liberazione e la costituzione coattiva del rapporto tra depositario e creditore. L'eccezione di deposito e la liberazione coattiva del debitore contrastano, infatti, con la disciplina positiva dell'accollo, nel contesto della quale l'estinzione del rapporto di valuta implica necessariamente il consenso del creditore (art. 1273, comma 2° c.c.). Neppure può essere giustificata su base negoziale la costituzione coattiva del rapporto tra depositario e creditore, il quale sarebbe legittimato a rifiutare l'attribuzione del diritto di credito, in base al principio di sovranità formale, ancorché ne derivi una modificazione esclusivamente favorevole della sua sfera giuridica.

Evidentemente gli effetti indicati non si fondano su un congegno negoziale, per quanto elaborato esso possa essere, ma derivano dalla disciplina legale del deposito liberatorio: essi si producono, infatti, quando — con la convalida giudiziale o l'accettazione del deposito — si conclude il procedimento che governa la liberazione coattiva del debitore ⁽⁴⁶⁾.

In definitiva, l'accollo non trova riscontro nel dettato normativo, che contempla esclusivamente il deposito senza prevedere quale suo effetto l'assunzione del debito originario; per altro verso, non permette di giustificare la liberazione del debitore e la costituzione coattiva del rapporto tra depositario e creditore, che discendono dalla procedura di liberazione prevista dalla legge. Di qui la conferma dell'opinione in base alla quale tra debitore e depositario intercorre esclusivamente un contratto a favore del terzo.

Come si è anticipato, in base a una terza opinione il depositario si obbliga esclusivamente nei confronti del debitore, che indica il creditore quale soggetto legittimato a ricevere il pagamento, o *adiectus solutionis causa* (art. 1188, comma 1° c.c.) ⁽⁴⁷⁾. Se per effetto del

(45) È questa la conclusione a cui perviene CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 191.

(46) Sul punto v. ancora CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 191 s. Nella medesima prospettiva v., più di recente, ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 854 s.

(47) V., *supra*, nt. 32.

contratto il creditore può ricevere la consegna del bene — che poi ha ragione di ritenere sulla base del rapporto fondamentale — solo a seguito della convalida giudiziale o dell'accettazione acquisisce nei confronti del depositario un vero e proprio diritto di credito (*ius ad rem*). La ricostruzione condivide con quella incentrata sul contratto a favore del terzo l'assunto in base al quale ricevendo il bene dal debitore il depositario assume una nuova obbligazione anziché subentrare nel rapporto originario⁽⁴⁸⁾; se ne differenzia in quanto solo a seguito della sentenza di convalida del deposito o della sua accettazione il creditore può esigere la riconsegna del bene da parte del depositario.

Tra le opinioni qui sintetizzate, appare preferibile quella che ravvisa a fondamento del deposito liberatorio un contratto a favore del terzo. Sono da condividere, infatti, le critiche rivolte alla ricostruzione incentrata sul collegamento tra deposito a favore del terzo e accollo. Se da un lato il dettato del codice non prevede che il depositario subentri nel rapporto originario, dall'altro la liberazione del debitore e la costituzione coattiva del rapporto tra creditore e depositario si configurano come un effetto legale del procedimento destinato a concludersi con la sentenza di convalida o con l'accettazione del deposito.

In questa sede si può aggiungere che il deposito convalidato dal giudice o accettato dal creditore produce un effetto novativo⁽⁴⁹⁾. L'obbligazione del debitore originario si estingue — con il conseguente venir meno delle garanzie che la assistono — per essere sostituita da una nuova obbligazione, quella del depositario, diversa non per l'oggetto, ma per il titolo e l'identità del soggetto che assume la posizione debitoria. Fermo restando che il depositario assume nei confronti del creditore una nuova obbligazione, fondata sul contratto stipulato con il debitore e non sul rapporto originario, il giudice competente a pronunciare la sentenza di convalida è tenuto a verificare, a garanzia della posizione del creditore, che la prestazione coincida con quella che costituisce oggetto del suo diritto; in alternativa tale valutazione può essere svolta dallo stesso creditore nel momento in cui accetta il deposito. Una volta passata in giudicato la sentenza di convalida o accettato il deposito, l'obbligazione non adempiuta a causa del difetto di cooperazione si estingue, e con essa le garanzie fornite al creditore

(48) Gli stessi autori, infatti, valutano criticamente la tesi che fa riferimento all'accollo: cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 185 ss.

(49) Per un'analoga conclusione v., incisivamente, NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., pp. 185 s., 192 s.

(art. 1213, comma 2° c.c.); essa viene sostituita da una nuova obbligazione, quella del depositario, che ha il medesimo oggetto ma un diverso titolo (vale a dire, il contratto di deposito) e naturalmente un altro debitore.

Certamente quest'ultimo non potrà opporre al creditore le eccezioni fondate sul rapporto originario, ormai estinto, ma solo quelle derivanti dal contratto di deposito. La conclusione appare non solo fondata su presupposti attendibili, ma anche auspicabile alla luce delle conseguenze che ne derivano: non sembra infatti opportuno permettere al depositario di rifiutare la riconsegna del bene opponendo le medesime eccezioni che competono al debitore.

Fino al momento in cui il deposito viene convalidato con sentenza passata in giudicato o accettato dal creditore, il debitore può revocarlo ritirando il bene (art. 1213, comma 1° c.c.); se non si avvale di tale facoltà e porta a termine il procedimento di convalida, il debitore — che certamente si trova in una posizione migliore di quella del depositario per valutare la fondatezza delle eccezioni opponibili al creditore — ritiene evidentemente di essere obbligato ad adempiere. A seguito della convalida giudiziale o dell'accettazione del deposito si consolida in capo al debitore un ragionevole affidamento nella liberazione dal vincolo, mentre il creditore può confidare altrettanto ragionevolmente nel diritto di esigere la riconsegna del bene da parte del depositario. Ora, se quest'ultimo potesse rifiutare la riconsegna sulla base delle eccezioni che competono al debitore tale ragionevole affidamento risulterebbe deluso sulla base di un'iniziativa assunta da un soggetto terzo, che in quanto estraneo al rapporto obbligatorio dal quale il debitore pretende di essere liberato dispone certamente di informazioni meno accurate. Si verificherebbe, così, una situazione di stallo, che potrebbe essere risolta solo qualora il debitore venisse autorizzato dal creditore a ritirare il bene depositato (art. 1213, comma 2° c.c.).

Divenuta definitiva la sentenza di convalida, d'altra parte, le eccezioni sollevate dal depositario contrasterebbero probabilmente con il giudicato, se è vero che il giudizio si estende a comprendere non solo la validità del deposito inteso come atto, ma anche l'esistenza dell'obbligazione che ne costituisce il presupposto ⁽⁵⁰⁾.

(50) V., *supra*, cap. III, § 21 ed *infra*, § 7.

3. *Il contratto di deposito: soggetti, oggetto, effetti. L'eccezione di deposito.* — Prima di delineare il procedimento mediante il quale il debitore consegue la liberazione dal vincolo, è necessario completare l'analisi del sottostante contratto di deposito. Nel paragrafo precedente, in sintonia con l'opinione prevalente in dottrina, si è sostenuto che esso risulta riconducibile alla figura del contratto a favore del terzo, nel contesto del quale il debitore assume la posizione dello stipulante e il depositario quella del promittente, essendo le prestazioni di custodia e riconsegna del bene destinate ad essere eseguite a beneficio del creditore.

In questa sede prenderemo in considerazione alcuni aspetti del contratto di deposito, e segnatamente i soggetti interessati alla sua conclusione, l'oggetto e gli effetti anteriori alla liberazione del debitore.

a) *Le parti e il beneficiario.* Stante il carattere reale del contratto di deposito — e in considerazione della funzione che esso svolge nel contesto della procedura di liberazione — l'accordo intercorrente tra debitore e depositario deve essere necessariamente accompagnato dalla consegna del bene ⁽⁵¹⁾. Il requisito appare giustificato tanto sul versante negoziale (quale attributo del contratto ⁽⁵²⁾) quanto sul piano procedimentale (quale elemento della procedura di liberazione ⁽⁵³⁾).

Si concorda sul fatto che il deposito possa essere effettuato da un terzo negli stessi limiti in cui lo stesso può adempiere l'obbligazione (art. 1180 c.c.) ⁽⁵⁴⁾: limiti già considerati in relazione alla formulazione dell'offerta volta a costituire in mora il creditore ⁽⁵⁵⁾. Il debitore può opporsi al deposito effettuato dal terzo — ed evitare, così, l'estinzione dell'obbligazione — fino al momento in cui, con il passaggio in giudicato della sentenza di convalida o l'accettazione del creditore, termina il procedimento di liberazione ⁽⁵⁶⁾. Non si può escludere che il deposito e l'offerta siano compiuti da soggetti diversi: si pensi all'ipotesi in cui il debitore depositi un bene preventivamente offerto da un

(51) In questo senso ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 859; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 7.

(52) Cfr. art. 1766 c.c.

(53) Cfr. art. 1212, comma 1°, n. 2 c.c.

(54) Cfr. G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 798 s.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 170; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 185; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 231, 347. Nella vigenza del codice abrogato, cfr. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 176.

(55) V., *supra*, cap. III, § 4.

(56) Sul punto v. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 185 s.

terzo ⁽⁵⁷⁾. Si ritiene, invece, che il soggetto legittimato a domandare la convalida giudiziale debba necessariamente coincidere con quello che ha compiuto il deposito (sia egli debitore o terzo).

Diversamente dall'offerta — che è funzionale alla realizzazione di un comportamento dovuto, qual è l'adempimento — il deposito costituisce un atto negoziale. Esso presuppone una valutazione di opportunità che richiede un adeguato livello di consapevolezza: si pensi, a titolo esemplificativo, alla possibilità di ottenere dal creditore il rimborso delle spese di deposito, che deve essere attentamente valutata per comprendere se è opportuno procedere ad esso anziché risolvere il contratto e disporre nuovamente del bene. Opportunamente, dunque, si ritiene che il deposito richieda la capacità di agire non solo se effettuato da un terzo, ma anche quando compiuto dal debitore ⁽⁵⁸⁾.

Quando l'obbligazione è solidale, ciascuno dei condebitori è legittimato ad effettuare il deposito, il cui effetto liberatorio si produce anche a beneficio degli altri ⁽⁵⁹⁾. Si ripropone su questo terreno il principio, già ricordato a proposito della costituzione in mora, in base al quale gli effetti favorevoli delle vicende intercorrenti tra il creditore ed uno dei condebitori solidali si estendono agli altri ⁽⁶⁰⁾. Sulla base dello stesso principio, è da ritenere che il deposito possa essere compiuto da un condebitore diverso da quello che ha formulato l'offerta: gli effetti di quest'ultima si estendono a tutti i consorti, che acquisiscono la legittimazione ad effettuare il deposito ⁽⁶¹⁾.

Passando a considerare la posizione dei creditori beneficiari del deposito, se l'obbligazione è attivamente solidale o indivisibile dal lato attivo il contratto può essere stipulato a favore di uno solo dei contitolari: qualora il bene gli fosse stato consegnato, infatti, il debitore si sarebbe liberato anche nei confronti dei consorti. È tuttavia necessario che il deposito sia stato effettuato a beneficio del creditore al quale è stata indirizzata una valida offerta: quest'ultima costituisce il presupposto del deposito e i suoi effetti, in quanto sfavorevoli, non si

(57) V., *supra*, cap. III, § 4, *sub b*).

(58) Cfr. ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 861; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale*, cit., p. 799; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 186.

(59) Cfr. ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 862; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 170; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 347.

(60) V., *supra*, cap. III, § 4, *sub c*).

(61) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 347.

estendono agli altri concreditori solidali ⁽⁶²⁾. Compiuto validamente il deposito, i concreditori non potranno pretendere la riconsegna dal depositario, che si è obbligato esclusivamente verso il beneficiario, ma solo agire in via di regresso nei confronti di quest'ultimo. Il diritto di regresso potrà essere esercitato dal momento in cui, con l'accettazione del deposito o il passaggio in giudicato della sentenza di convalida, il beneficiario acquisisce definitivamente il credito nei confronti del depositario a fronte della liberazione del debitore ⁽⁶³⁾.

Quando invece, come avviene di regola, l'obbligazione è parziaria, il debitore ha l'onere di depositare a favore di ciascuno dei creditori le somme di denaro o i beni corrispondenti alle quote di cui sono titolari. In giurisprudenza, l'onere di effettuare distinte offerte quanti sono i creditori — e in un secondo tempo, di designare ciascuno di essi quale beneficiario del deposito — viene opportunamente temperato: si è infatti ritenuto che qualora i creditori siano risultati irreperibili il debitore — interessato a riscattare il fondo alienato in violazione del suo diritto di prelazione — possa limitarsi a depositare il prezzo dovuto su un libretto cointestato ad essi ⁽⁶⁴⁾.

Se poi l'adempimento richiede il concorso congiunto di più creditori si ripropone una soluzione analoga a quella indicata in relazione all'offerta ⁽⁶⁵⁾: tutti i creditori saranno indicati quali beneficiari del contratto di deposito in quanto devono congiuntamente concorrere con il depositario alla riconsegna del bene così come avrebbero dovuto concorrere all'adempimento ⁽⁶⁶⁾.

(62) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 187. Nello stesso senso ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 862.

(63) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 186 s., la cui opinione viene condivisa da ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 863.

(64) Cfr. Cass. 14 agosto 2014, n. 17975, in *Vita not.*, 2015, 316; Cass. 18 settembre 2008, n. 23844, in *Giust. civ.*, 2009, I, 630. Benché in base a entrambe le sentenze il deposito del denaro su un conto o su un libretto bancario intestato a tutti i creditori sia stato validamente effettuato, la conclusione viene argomentata in modo diverso. Dalla motivazione di Cass. 14 agosto 2014, n. 17975, cit., si ricava che il deposito è valido benché nessuno dei creditori possa disporre del denaro se non con il consenso dell'altro: un inconveniente imputabile agli stessi creditori, che rifiutando l'offerta delle somme rispettivamente dovute hanno reso necessario il deposito sul conto (libretto) ad essi cointestato. Secondo Cass., 18 settembre 2008, n. 23844, invece, il deposito è valido in quanto la semplice cointestazione del conto o del libretto non priva i creditori della facoltà di esigere dall'istituto di credito il pagamento delle somme rispettivamente dovute.

(65) V., *supra*, cap. III, § 3, *sub c*).

(66) Sul punto v. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 187.

L'individuazione del depositario non è rimessa all'autonomia del debitore, ma governata da criteri legali (artt. 76, 77 disp. att.). Si tratta di un aspetto non connaturato al contratto di deposito, ma integrato nel procedimento di liberazione previsto dalla legge ⁽⁶⁷⁾.

b) L'oggetto. Si concorda sul fatto che se la *res* è infungibile il deposito sia regolare, sicché il depositario non può servirsi del bene ed è tenuto a restituirlo in natura; se invece il debito è pecuniario, il deposito si configura inevitabilmente come irregolare, con la conseguenza che il depositario (ovvero, l'intermediario abilitato) diviene proprietario del denaro, che può investire e deve restituire nella medesima quantità (art. 1782 c.c.) ⁽⁶⁸⁾.

Quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di beni fungibili diversi dal denaro, il deposito che prelude alla liberazione del debitore si configura nuovamente nella variante regolare. Si ritiene, infatti, che la prestazione del depositario debba identificarsi, per quanto possibile, con quella dedotta ad oggetto dell'obbligazione ⁽⁶⁹⁾, mentre al di fuori del caso limite della prestazione pecuniaria il debitore che intraprende la procedura di liberazione non può concedere al depositario lo *ius utendi* ⁽⁷⁰⁾.

Quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di titoli, gli stessi dovranno essere depositati in amministrazione a tutela del diritto del creditore di percepire interessi, dividendi ed altri accessori ⁽⁷¹⁾.

(c) Gli effetti. Anteriormente alla convalida giudiziale o all'accettazione del creditore, il deposito produce effetti che possono essere inquadrati senza difficoltà nella disciplina del contratto a favore del terzo.

Il creditore può immediatamente esigere dal depositario la riconsegna del bene; se invece rifiuta la stipulazione effettuata a suo favore perde il diritto verso il depositario, che custodisce il bene a beneficio del debitore (art. 1411, comma 3° c.c.). Quest'ultimo, tuttavia, può ricostituire coattivamente il rapporto tra il depositario e il creditore

(67) V., *infra*, § 4.

(68) Cfr. ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 864; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 187 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 340 s.; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 188.

(69) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 188.

(70) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 340.

(71) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 340 s. In senso conforme ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 864.

portando a termine il procedimento di liberazione ⁽⁷²⁾. La facoltà di rifiutare il diritto nei confronti del depositario, garantita dalla disciplina del contratto a favore del terzo, risulta evidentemente incompatibile con la funzione del procedimento di liberazione.

Prima che il deposito sia stato accettato o convalidato con sentenza passata in giudicato, il debitore può ritirarlo, rendendolo così inefficace nei confronti del creditore (art. 1213, comma 1° c.c.): facoltà che trova riscontro nella revoca della stipulazione a favore del terzo (art. 1411, comma 2° c.c.) e nella disciplina del deposito contratto nell'interesse del terzo (artt. 1771, comma 1°, 1773 c.c.) ⁽⁷³⁾.

Anche prima dell'accettazione del creditore o del passaggio in giudicato della sentenza di convalida il debitore può rifiutare la consegna del bene opponendo l'eccezione di deposito ⁽⁷⁴⁾. Si tratta, a ben

(72) Nitidamente, sul punto, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 193.

(73) Nonostante l'opinione di una dottrina autorevole (FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 337 s.), è da ritenere che i creditori del depositante non possano pignorare o sequestrare il suo diritto di conseguire la restituzione del bene: opinione che trova riscontro nel § 377(1) BGB, in base al quale «il diritto alla restituzione non può essere sottoposto a pignoramento». A seguito della stipulazione del contratto, infatti, tale diritto integra il patrimonio del creditore, e il debitore può acquisirlo solo ritirando il deposito ai sensi dell'art. 1213 c.c. (in questo senso CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 192 s., nt. 2).

Si ritiene che tale ulteriore diritto non possa essere esercitato dai creditori del depositante mediante l'azione surrogatoria (sul punto v. ancora CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 192 s., nt. 2; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 189 ss.). Se invece il debitore è fallito, il curatore potrà scegliere di subentrare nel contratto di deposito — ed eventualmente ritirare il bene ex art. 1213 c.c., o condurre a termine il procedimento di liberazione previsto dalla legge — o, in alternativa, sciogliere unilateralmente il rapporto (art. 72, comma 1° l. fall.; art. 172, comma 1 d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*): tanto se viene esercitato il diritto di ritirare il deposito, quanto se il contratto viene sciolto, il credito avente ad oggetto la restituzione del bene diviene parte integrante del patrimonio fallimentare.

I creditori non sembrano neppure legittimati ad aggredire il bene mediante l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria: essendo la funzione del deposito quella di surrogare l'adempimento, lo preclude il dettato dell'art. 2901, comma 3° c.c., in base al quale non può essere revocato il pagamento di un debito scaduto. La preclusione viene meno quando il debitore ha effettuato il deposito anteriormente alla scadenza del debito, o il debitore è fallito (art. 67, comma 2° l. fall.; art. 166, comma 2 d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*). Il curatore fallimentare, peraltro, può tutelare più agevolmente le ragioni dei creditori subentrando nel contratto e revocando il deposito o, in alternativa, optando per lo scioglimento del rapporto.

(74) Lo ritengono D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 238; MARASCO, *La mora del creditore*, cit., p. 679, nt. 96; C.M. BIANCA, *Diritto civile*,

vedere, di un'eccezione dilatoria — compatibile, come tale, con la permanenza del rapporto obbligatorio — per mezzo della quale il debitore può legittimamente rifiutare la consegna del bene inducendo il creditore a rivolgersi al depositario: la soddisfazione del diritto di credito è differita al momento in cui il deposito verrà accettato.

Benché non risulti espressamente contemplata dalla disciplina positiva dell'istituto, l'eccezione di deposito sembra avere un idoneo fondamento normativo. Alla base di essa si riscontra in primo luogo il principio di buona fede (artt. 1175, 1375 c.c.): siccome il deposito consegue all'inutile formulazione di un'offerta che il creditore ha rifiutato in assenza di un motivo legittimo, la pretesa di ottenere la consegna del bene dal debitore è evidentemente contraddittoria. A seguito del rifiuto, il debitore può ragionevolmente limitare i rischi e gli inconvenienti ai quali è esposto ricorrendo al deposito: la soluzione risponde, a ben vedere, allo stesso interesse del creditore in quanto può contribuire a ridurre la misura delle responsabilità conseguenti alla *mora accipiendi*. Ne consegue che anche anteriormente all'accettazione o alla convalida giudiziale il creditore non può pretendere che il debitore gli consegni il bene, essendo suo onere rivolgersi al depositario.

L'opponibilità dell'eccezione di deposito trova riscontro nella regola in base alla quale anteriormente all'accettazione del creditore o alla convalida giudiziale il debitore ha facoltà di ritirare il bene (art. 1213, comma 1° c.c.): essa presuppone, evidentemente, che una volta effettuato il deposito il debitore non sia obbligato, ma solo facoltizzato, a ritirare il bene per consegnarlo al creditore. In definitiva, l'eccezione favorisce la soluzione stragiudiziale del conflitto intercorrente tra le parti, in quanto induce il creditore ad esigere la prestazione dal depositario e ad accettare il deposito, liberando il debitore dal rapporto inattuato a causa del difetto di cooperazione e sollevandolo dall'onere di intraprendere il giudizio di convalida.

La nostra lettura differisce da quella della dottrina prevalente, che considera l'eccezione di deposito un riflesso dell'efficacia retroattiva del

IV, *L'obbligazione*, cit., p. 412; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 53 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 193 s.; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 130; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 192. Esclude invece che il debitore sia legittimato ad opporre l'eccezione ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 866 s.

procedimento di liberazione ⁽⁷⁵⁾. La liberazione del debitore è subordinata al passaggio in giudicato della sentenza di convalida o all'accettazione del creditore (art. 1210, comma 2° c.c.), ma retroagisce al momento in cui è stato compiuto il deposito; la relativa eccezione non avrebbe rilevanza autonoma, ma risulterebbe legittimata *a posteriori* dal procedimento previsto dalla legge. Il debitore, di conseguenza, potrebbe legittimamente opporre l'eccezione solo qualora il deposito sia stato convalidato dal giudice o accettato dal creditore: in caso contrario, incorrerebbe in *mora debendi*.

A nostro parere, invece, l'eccezione di deposito può essere sollevata anche se il procedimento di liberazione non si conclude. Ipotizziamo che il creditore al quale è stata opposta l'eccezione non si rivolga al depositario: il debitore, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, può risolvere il contratto da cui deriva l'obbligazione inattuata a causa del difetto di cooperazione e, revocato il deposito, disporre nuovamente del bene. Se il creditore non accetta il deposito — prolungando, così, il conflitto determinato dal difetto di cooperazione — il debitore può liberarsi mediante la risoluzione e ritornare sul mercato, senza che la mancata convalida del deposito possa comportare, per così dire retroattivamente, l'illegittimità della precedente eccezione.

4. *Dal deposito come contratto al deposito come procedimento: la sequenza che conduce alla liberazione del debitore.* — Esaurita l'analisi del contratto di deposito, passiamo a delineare il procedimento che conduce alla liberazione del debitore. Occorre tuttavia premettere che in questo ambito il termine «deposito» risulta caratterizzato da una notevole ambiguità semantica: se nel significato considerato nelle pagine precedenti esso designa il contratto che costituisce il presupposto della liberazione del debitore, nel contesto delle disposizioni che ci accingiamo ad esaminare indica il procedimento che conduce all'estinzione del vincolo, mentre in una terza accezione denota gli effetti che ne derivano (irrevocabilità del deposito e liberazione del debitore).

Nonostante la formulazione dell'art. 1212 c.c., i requisiti previsti dalla disposizione non condizionano, dunque, la validità del contratto di deposito: essi sono invece necessari perché il procedimento di cui

(75) Cfr. MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 60; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 181; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 193 s.

esso costituisce parte integrante liberi il debitore. In sede applicativa, il rispetto di tali requisiti verrà verificato nel contesto del giudizio di convalida, che investe tanto gli aspetti sostanziali, quanto quelli procedurali del deposito liberatorio ⁽⁷⁶⁾.

Qualora il debitore effettui un deposito privo dei requisiti prescritti dall'art. 1212 c.c. e il creditore lo accetti, ricevendo il bene dal

(76) Non mancano riscontri giurisprudenziali: alcune sentenze, infatti, escludono la convalida del deposito a causa del difetto dei requisiti procedurali previsti dalla legge. Ci si riferisce, in particolare, alla mancata notificazione dell'intimazione che precede il deposito [Cass. 17 agosto 2005, n. 16962, in *Foro it.*, Rep. 2005, v. «obbligazioni in genere», n. 56], alla mancata notificazione del verbale di deposito al creditore assente [Cass. 25 maggio 1984, n. 3228, in *Foro it.*, Rep. 1984, v. «obbligazioni in genere», n. 27], alla restituzione al debitore — da parte della banca depositaria — del libretto al portatore che permette di disporre della somma dovuta [si ritiene, infatti, che a seguito della restituzione del libretto al portatore il deposito effettuato presso la banca sia stato implicitamente ritirato: Cass. 2 marzo 2012, n. 3248, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «obbligazioni in genere», n. 58; per contro, quando i libretti che rappresentano le somme depositate presso la banca sono (non già al portatore, ma) «vincolati ed intestati ai singoli creditori», la loro restituzione al notaio richiedente il deposito non ne pregiudica la validità, non essendo il debitore in grado di disporre del denaro: cfr. Cass. 14 aprile 1995, n. 4281, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «obbligazioni in genere», n. 27]. Sulla necessità di accertare nell'ambito del giudizio di convalida il rispetto dei requisiti che integrano il procedimento di deposito v. anche Cass. 18 settembre 2008, n. 23844, cit.; Cass. 28 marzo 1983, n. 2222, in *Foro it.*, Rep. 1983, v. «contratti agrari», n. 245.

Nel diritto applicato, tuttavia, affiora talvolta una tendenza antiformalistica. Si ritiene, così, validamente esercitato il diritto di riscatto sebbene il deposito del prezzo — che la giurisprudenza considera pacificamente necessario per superare il rifiuto del compratore — si sia realizzato con modalità evidentemente atipiche: il riferimento è a Cass. 28 aprile 1990, n. 3594, in *Foro it.*, Rep. 1990, v. «agricoltura», n. 193. Nella fattispecie, il prezzo offerto dal retraente, sotto forma di assegni circolari, nel corso del giudizio promosso per ottenere il riscatto del bene viene custodito, per disposizione del giudice istruttore, nella cassaforte della cancelleria del tribunale. La S.C. conferma la soluzione data alla controversia da entrambi i giudici di merito — secondo i quali il diritto di riscatto è stato validamente esercitato — sulla base di una duplice argomentazione. In primo luogo, il termine per il pagamento del prezzo è a favore del retraente, il quale può offrire la somma prima che sia riconosciuto il suo diritto senza dover attendere la sentenza che dispone il riscatto. Secondariamente, grazie al deposito della somma presso la cancelleria del tribunale il retraente mette il denaro a disposizione del compratore, risultando così legittimato ad esercitare validamente il diritto di riscatto. In quest'ottica, la circostanza che il prezzo rifiutato dal compratore sia stato depositato senza osservare il procedimento delineato dall'art. 1212 c.c. e dalle disposizioni di attuazione appare essere del tutto irrilevante: la mancata osservanza del procedimento prescritto dalla legge perde significato a fronte della constatazione empirica che il denaro è stato messo a disposizione del creditore.

depositario, l'obbligazione deve ritenersi estinta in conseguenza dell'adempimento, ancorché esso si sia verificato tardivamente a causa del difetto di cooperazione (77). L'accettazione del bene effettuata dal creditore neutralizza l'eventuale assenza dei requisiti ai quali la legge subordina la liberazione del debitore: il creditore che abbia accettato il bene depositato, di conseguenza, non potrà pretendere in un secondo tempo che il debitore resti obbligato ad adempiere deducendo il mancato rispetto del procedimento di liberazione. Per converso, il difetto dei requisiti prescritti dalla legge assume rilevanza quando il debitore è indotto a chiedere la convalida giudiziale del deposito, in quanto il creditore permane fermo nel suo rifiuto di ricevere il bene (78).

Per questa ragione il procedimento di liberazione è articolato in modo tale da indurre il creditore a valutare ripetutamente l'opportunità di ricevere la consegna del bene sia prima che dopo l'affidamento della *res* al depositario. La scelta di ricevere il bene *in extremis*, dopo che è stata rifiutata l'offerta, risponde in primo luogo all'interesse del creditore, che evita di sostenere le spese relative al deposito (se accetta il bene prima che esso avvenga) o ne limita l'entità (se riceve il bene dal depositario, essendosi già perfezionato il contratto). Essa risulta, poi, vantaggiosa per il debitore, che è sollevato dall'onere di portare a compimento il procedimento di liberazione e di chiedere la convalida giudiziale del deposito: con il risultato, auspicabile in termini generali, di una notevole riduzione dei costi inerenti alla liberazione del debitore e dell'incertezza relativa all'esito del giudizio di convalida.

Ora, il procedimento di deposito — che presuppone, come sappiamo, la preventiva formulazione dell'offerta (79) — inizia con l'intimazione di ricevere il bene, notificata al creditore tramite ufficiale giudiziario e «contenente l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui la cosa offerta sarà depositata» (art. 1212, comma 1°, n. 1 c.c.) (80). L'intimazione ha la funzione di permettere al creditore di evitare *in extremis* il deposito, con l'addebito delle relative spese,

(77) Sul punto v., nitidamente, FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 381.

(78) Cfr. ZANCI, *Requisiti del deposito*, cit., p. 887 s.

(79) V., *supra*, § 1.

(80) Secondo una dottrina autorevole (FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 343), il termine «intimazione» adottato dal legislatore sarebbe improprio, perché il debitore non sollecita il creditore a ricevere il bene che si appresta a depositare, ma lo avvisa semplicemente del deposito. L'atto avrebbe, dunque, una valenza esclusivamente informativa.

ricevendo il bene dal debitore nella data e nel luogo indicati ⁽⁸¹⁾: proprio allo scopo di permettere al creditore di raggiungere il luogo del deposito e predisporre l'organizzazione necessaria per ricevere il bene si dispone che tra la notificazione dell'intimazione e la data del deposito debba intercorrere un intervallo non minore di tre giorni (art. 74, comma 4° disp. att.). Si concorda sul fatto che l'omissione dell'intimazione precluda la convalida del deposito e la conseguente liberazione del debitore ⁽⁸²⁾.

Per favorire una più fluida interazione tra *mora accipiendi* e deposito liberatorio, si dispone che l'intimazione di ricevere il bene possa essere notificata al creditore contestualmente al verbale dell'offerta reale (art. 74, comma 4° disp. att.): notificazione che presuppone, come si è ricordato, l'assenza del creditore ⁽⁸³⁾. È da condividere l'opinione, espressa in dottrina, in base alla quale anche quando il bene deve essere consegnato al creditore in luogo diverso dal suo domicilio (art. 1209, comma 2° c.c.) l'atto che lo informa del deposito possa essergli notificato contestualmente all'offerta per intimazione ⁽⁸⁴⁾.

È ipotizzabile, inoltre, che il debitore possa formulare l'intimazione, indicando contestualmente gli estremi del deposito, anche quando il creditore è presente all'offerta reale: il pubblico ufficiale che sovrintende ad essa potrà verbalizzare oltre al rifiuto opposto dal creditore la dichiarazione con cui il debitore indica la data e il luogo del deposito, invitandolo a ricevere il bene. Appare, infatti, difficilmente giustificabile l'onere di notificare un apposito atto di intimazione quando il creditore è presente all'offerta e — stante la presenza del pubblico ufficiale — la dichiarazione con cui il debitore indica la data e il luogo del deposito può essere prontamente verbalizzata ⁽⁸⁵⁾.

(81) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 8; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 172 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 343, 346.

(82) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 173; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 343. In giurisprudenza, cfr. Cass. 17 agosto 2005, n. 16962, cit.

(83) V., *supra*, cap. III, § 16.

(84) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 225. In senso conforme v. ZANCHI, *Requisiti del deposito*, cit., p. 889, il quale tuttavia sembra ritenere ammissibile la notificazione contestuale all'offerta solo quando in base all'art. 1209 c.c. la stessa avviene "per intimazione".

(85) Come si osserva in dottrina, se è vero che può essere notificata contestualmente al verbale dell'offerta reale (e a nostro avviso verbalizzata insieme ad essa, quando il creditore è presente) l'intimazione prevista dall'art. 1212 c.c. ha un contenuto

Nella data e nel luogo indicati il debitore consegnerà al depositario il bene o la somma di denaro «con gli interessi e i frutti dovuti fino al giorno dell'offerta» (art. 1212, n. 2 c.c.). A differenza di quanto si prevede nella disciplina dell'offerta — dove si ammette, in relazione alle spese, la formulazione di una riserva di supplemento ⁽⁸⁶⁾ — i beni o le somme depositate devono corrispondere integralmente a quelli che costituiscono oggetto dell'obbligazione: conclusione coerente con l'effetto del deposito, che determina la definitiva estinzione del vincolo ⁽⁸⁷⁾.

Il regime dei frutti e degli interessi dipende dall'eventualità che il creditore sia stato precedentemente costituito in mora. Il debitore dovrà depositare i frutti e gli interessi dovuti fino al giorno dell'offerta quando la stessa è stata effettuata in forma solenne: da questo momento il creditore è in *mora accipiendi*, sicché, ai sensi dell'art. 1207 c.c., non gli sono dovuti gli interessi né i frutti che il debitore ha ommesso di percepire. Se invece il deposito è stato preceduto, ai sensi dell'art. 1214 c.c., da un'offerta nelle forme d'uso, a carico del creditore non si producono gli effetti della mora, sicché il debitore è esonerato dal pagamento degli interessi e dei frutti non percepiti solo dal momento in cui, con il deposito, si libera dell'obbligazione ⁽⁸⁸⁾.

Il luogo in cui deve essere effettuato il deposito coincide con quello nel quale l'obbligazione avrebbe dovuto essere adempiuta: il debitore è tenuto a depositare i beni dove li avrebbe consegnati se il creditore fosse stato disposto a riceverli.

Ci si chiede se, essendo stata effettuata l'offerta reale presso il

nettamente differenziato da quello dell'offerta, in quando deve fare espresso riferimento al deposito indicandone le coordinate spazio-temporali: cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 225.

(86) Cfr. art. 1208, comma 1°, n. 3 c.c.

(87) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 174. Sul requisito della completezza del deposito v., in giurisprudenza, Trib. Bari 27 settembre 2012, per esteso in *De Jure*.

Se tuttavia il debito non può essere determinato nel suo ammontare a causa del difetto di cooperazione del creditore, che non fornisce le informazioni necessarie per la sua liquidazione, il debitore può liberarsi depositando una somma che risulta essere congrua alla luce dei dati di cui dispone; fermo restando che qualora il *quantum* successivamente liquidato sia superiore sarà tenuto a pagare il residuo. Per un'analisi meno sommaria v., *supra*, cap. III, § 5.

(88) V., sia pure con accenti diversi, ZANCHI, *Requisiti del deposito*, cit., p. 890; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 225; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 122 s.

domicilio del creditore (art. 1209, comma 1° c.c.), il debitore sia legittimato ad effettuare il deposito nello stesso luogo.

Una prima voce dottrinale risponde negativamente: l'offerta reale viene effettuata presso il domicilio del creditore in quanto intimazione ed esibizione sono contestuali, mentre il deposito è preceduto da una specifica intimazione proprio per permettere al creditore di recarsi a ricevere il bene nel luogo dove l'obbligazione avrebbe dovuto essere adempiuta⁽⁸⁹⁾. Su questo terreno, in altri termini, non si riscontrano le ragioni che giustificano, in relazione all'offerta, lo scollamento della fisionomia del rimedio da quella del rapporto obbligatorio. L'opinione sembra trovare riscontro nel dettato dell'art. 77, comma 2° disp. att., che subordina la designazione giudiziale del depositario all'assenza di stabilimenti di pubblico deposito «nel luogo in cui deve essere eseguita la prestazione». Altri ipotizzano che il deposito possa essere effettuato anche presso il domicilio del creditore: quest'ultimo non avrebbe ragione di contestare la scelta di effettuare il deposito presso il proprio domicilio, risultando per lui più agevole ricevere il bene⁽⁹⁰⁾.

È preferibile la seconda soluzione, che se da un lato non è incompatibile con il dato normativo, dall'altro appare coerente con la funzione del deposito. Il rimedio è orientato a risolvere il conflitto determinato dal difetto di cooperazione (piuttosto che a riprodurre i lineamenti del rapporto obbligatorio), per cui può ritenersi che venga attuato correttamente quando non lede un interesse meritevole di tutela del creditore: di regola, quest'ultimo è agevolato dal deposito effettuato presso il suo domicilio, sicché qualora ne contestasse la legittimità agirebbe contro buona fede. In sintonia con lo stesso criterio, è da ritenere che se per ipotesi i mezzi e le risorse necessarie per ricevere il bene siano stati dislocati altrove, il creditore possa invece pretendere che il deposito venga effettuato nel luogo dove l'obbligazione deve essere adempiuta.

È anche possibile che nelle immediate vicinanze del luogo dove l'obbligazione deve essere adempiuta o del domicilio del creditore non sia reperibile un depositario legittimato a ricevere il bene. Si prospettano, allora, soluzioni elastiche, ispirate al principio di buona fede. Il debitore potrà effettuare il deposito entro il territorio del medesimo comune; se al suo interno non è dato individuare un soggetto legittimato a ricevere il bene, lo stesso potrà essere depositato nei comuni

(89) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 345.

(90) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 226.

vicini, assumendo quale criterio guida quello della prossimità geografica ⁽⁹¹⁾.

L'identità del depositario varia in dipendenza delle caratteristiche del bene. Le somme di denaro e i titoli di credito devono essere depositati presso la cassa depositi e prestiti o gli istituti di credito (art. 1212, comma 2° c.c.; 76 disp. att.), mentre per tutti gli altri beni mobili il debitore dovrà rivolgersi agli stabilimenti di pubblico deposito, quali sono i magazzini generali e i depositi franchi, osservando la relativa regolamentazione (art. 77, comma 1° disp. att.).

Se tuttavia nei pressi del luogo dove deve essere eseguita la prestazione (o, deve ritenersi, del domicilio del creditore) non si rinviene un depositario legittimato a ricevere il bene, o se ricorrono particolari ragioni, il debitore ha facoltà di ricorrere al presidente del tribunale, che può autorizzare con decreto il deposito presso altro locale idoneo (art. 77, comma 2° disp. att.). Il provvedimento viene emesso al termine di un procedimento camerale promosso dal debitore; essendo esso riconducibile alla categoria della volontaria giurisdizione, il creditore non deve essere necessariamente sentito. Ci si chiede, poi, se il debitore o il terzo che intendono effettuare il deposito possano proporre reclamo contro il decreto presidenziale: alla soluzione positiva prospettata in dottrina ⁽⁹²⁾, si replica in giurisprudenza che la disciplina dei procedimenti di volontaria giurisdizione rinvenibile nel codice di rito (art. 739) non contempla il reclamo contro i provvedimenti presidenziali ⁽⁹³⁾.

(91) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 226.

(92) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 227 s., sia pure con riferimento alla legislazione previgente, nel contesto della quale la competenza ad autorizzare il deposito spettava al pretore. Stante il silenzio dell'art. 739 c.p.c. sul reclamo contro i decreti presidenziali, si ipotizza che la competenza a decidere su di esso spetti al presidente della corte d'appello: cfr. MANDRIOLI e CARRATTA, *Diritto processuale civile*²⁶, IV, Torino, 2017, p. 420, nt. 18. La soluzione trova riscontro in un'ordinanza della S.C. (Cass. 28 gennaio 2008, n. 1764, in *Riv. not.*, 2009, p. 729) ed in alcune sentenze di merito: cfr. App. Palermo 15 ottobre 1998, in *Società*, 1999, 80; App. Lecce 29 gennaio 1983, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1322; App. Perugia 4 ottobre 1982, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1983, II, 324; App. Ancona 13 agosto 1981, in *Foro it.*, 1983, I, 784. Essa coincide con quella adottata dall'art. 750 del codice di rito in relazione ai provvedimenti con cui il presidente del tribunale pone una cauzione a carico dell'erede o del legatario o interviene sull'attività degli esecutori testamentari: contro l'ordinanza del presidente del tribunale, infatti, «è ammesso reclamo al presidente della corte d'appello a norma dell'articolo 739» (art. 750, comma 4° c.p.c.).

(93) Cfr. Cass. 12 marzo 2008, n. 6628, in *Foro it.*, 2009, I, 1205; Cass. 19 gennaio 2006, n. 1017, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «arbitrato», n. 156; Cass. 12 maggio 2003, n.

Nel contesto del giudizio camerale il presidente del tribunale si limiterà a constatare la sussistenza dei presupposti ai quali la legge subordina la designazione giudiziale del depositario (assenza di stabilimenti di pubblico deposito e particolari ragioni), mentre non estenderà la sua cognizione ai presupposti della liberazione del debitore che sono invece destinati ad essere accertati, nel contraddittorio delle parti, nell'ambito del giudizio di convalida.

La disciplina del procedimento di liberazione o l'eventuale decreto presidenziale non impongono al soggetto prescelto o designato di ricevere il bene dal debitore: un obbligo a contrarre può eventualmente scaturire dalle disposizioni che regolano l'attività del depositario ⁽⁹⁴⁾.

Dalla violazione delle regole che disciplinano il luogo del deposito e identificano i soggetti legittimati a ricevere il bene deriva l'invalidità del deposito, da intendersi, naturalmente, non quale atto negoziale, ma quale elemento della sequenza che conduce alla liberazione del debitore ⁽⁹⁵⁾.

L'opinione, che risulta avvalorata dal dettato dell'art. 1212 c.c., non è tuttavia unanime: nella dottrina meno recente si è sostenuto che il deposito effettuato in un luogo diverso rispetto a quello previsto dalla legge sarebbe ugualmente valido, essendo il debitore obbligato a risarcire il danno eventualmente subito dal creditore a causa dell'ubicazione del bene ⁽⁹⁶⁾. La tesi trova riscontro nel diritto tedesco, dove il deposito effettuato presso un operatore diverso da quello avente sede nel luogo dove la prestazione deve essere eseguita permane valido,

7259, in *Foro it.*, Rep. 2003, v. «trascrizione», n. 32; Cass. 15 dicembre 2000, n. 15834, in *Giust. civ.*, 2001, I, 632; Cass. 28 ottobre 1993, n. 10737, in *Foro it.*, Rep. 1993, v. «titoli di credito», n. 46; Cass. 1° agosto 1992, n. 9159, in *Foro it.*, Rep. 1992, v. «arbitrato», n. 133; Cass. 20 dicembre 1982, n. 7052, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1342; App. Palermo 14 luglio 2009, in *Dir. fallim.*, 2010, II, 257; App. Bari 10 ottobre 2000, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 432; App. Milano 30 giugno 1997, in *Società*, 1997, 1299; App. Roma 30 settembre 1989, in *Giur. mer.*, 1991, 275; App. Bari 24 febbraio 1989, in *Società*, 1989, 855; App. Roma 24 febbraio 1987, in *Giur. mer.*, 1987, 575; App. Roma 28 marzo 1985, in *Temi rom.*, 1985, 526; App. Lecce 9 novembre 1983, in *Banca borsa*, 1984, II, 485; Trib. Minorenni Catania 27 dicembre 1990, in *Dir. fam.*, 1992, 682.

(94) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 228; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 348.

(95) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 228; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 346.

(96) Cfr. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 124; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 176 s.

fermo il diritto del creditore di ottenere il risarcimento del danno [§ 374(1) BGB].

La soluzione è astrattamente preferibile, in quanto neutralizza il rischio che un procedimento assai oneroso come quello che conduce al deposito possa risultare vanificato in dipendenza di una circostanza che non pregiudica seriamente l'interesse del creditore: il risarcimento del danno, a differenza dell'invalidità del deposito, permette di adeguare il rimedio alla reale conformazione dell'interesse leso, scongiurando il rischio che esso possa operare "oltre misura". Nondimeno, essa è incompatibile con il dato normativo: lo dimostra proprio il confronto tra il testo dell'art. 1212 c.c. [dove il luogo indicato dalla legge o dal giudice viene annoverato tra i requisiti di validità del deposito] e il dettato del § 374 BGB [in cui si fa espresso riferimento al risarcimento del danno] ⁽⁹⁷⁾.

5. Segue. *La redazione del verbale di deposito e la sua notificazione al creditore assente.* — Nonostante la formulazione dell'art. 73, comma 1° disp. att., il deposito costituisce un atto del debitore (o del terzo), mentre il notaio o l'ufficiale giudiziario sovrintendono ad esso redigendo il relativo verbale ⁽⁹⁸⁾: si ripropongono a questo proposito considerazioni analoghe a quelle svolte in relazione all'offerta reale ⁽⁹⁹⁾. Mentre non vi è dubbio che il contratto debba essere concluso dal debitore (o dal terzo), la consegna del bene al depositario può essere affidata al pubblico ufficiale o compiuta dallo stipulante: in entrambi i casi, il notaio o l'ufficiale giudiziario presenzieranno al deposito e redigeranno il verbale che costituisce il presupposto del giudizio di convalida.

I requisiti di tale documento si ricavano, oltre che dallo stesso art. 1212 c.c., dall'art. 78 disp. att., che contiene un rinvio all'art. 126 c.p.c. Il verbale dovrà documentare in primo luogo la natura e la quantità

(97) Si ritiene, d'altra parte, che quando il debitore ottempera al decreto presidenziale emesso ai sensi dell'art. 77, comma 2° disp. att. il deposito permanga valido benché il soggetto designato dal giudice non sia dotato dei requisiti prescritti dalla legge: la violazione dei criteri che governano l'identificazione del depositario potrà essere fatta valere in sede di reclamo [che tuttavia, come si è ricordato, la giurisprudenza prevalente esclude], ma non nel contesto del giudizio di convalida. Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 228.

(98) Cfr. ZANCHI, *Requisiti del deposito*, cit., pp. 888, 891; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 229; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 347.

(99) V., *supra*, cap. III, § 16.

delle cose offerte: trattandosi di beni diversi dal denaro, esso identificherà le *species* a cui appartengono facendo riferimento alla corrispondente categoria merceologica. Qualora l'identificazione dei beni risulti difficoltosa, è nuovamente ipotizzabile, su questo terreno, l'applicazione analogica dell'art. 518 c.p.c., già prospettata in relazione all'offerta reale⁽¹⁰⁰⁾. In base alla disposizione, l'ufficiale giudiziario incaricato della redazione del verbale di pignoramento «descrive le cose pignorate, nonché il loro stato, mediante rappresentazione fotografica ovvero altro mezzo di ripresa audiovisiva»: le fotografie o i filmati potranno essere allegati al verbale, nel contesto del quale il pubblico ufficiale attesterà la fedeltà della riproduzione.

Dovranno essere poi verbalizzati il rifiuto di ricevere il bene da parte del creditore o la sua mancata comparizione (art. 1212, comma 1°, n. 3 c.c.). La menzione del rifiuto del creditore implica che se è presente nel luogo del deposito la *res* debba essergli offerta ancora una volta prima di essere consegnata al custode⁽¹⁰¹⁾. A ben vedere, se il creditore sceglie di recarsi presso il luogo del deposito è probabile che manifesti l'intenzione di ricevere il bene, prevenendo così la formulazione dell'invito. Nell'improbabile ipotesi in cui il creditore non si dichiari disposto a ricevere il bene pur essendosi recato nel luogo del deposito, il debitore è spontaneamente portato a formulare l'offerta: grazie all'accettazione del creditore, sia pure tardiva, egli eviterebbe di anticipare le spese di deposito e sarebbe sollevato dall'onere di intraprendere il giudizio di convalida. Appare allora estremamente improbabile che la mancata formulazione dell'offerta possa assumere rilevanza nell'ambito del giudizio di convalida giustificando il rigetto della domanda proposta dal debitore.

Il verbale — che naturalmente richiede la sottoscrizione del pubblico ufficiale redigente e l'indicazione della relativa qualifica — deve recare menzione delle persone intervenute [e segnatamente del depositante, del depositario e del creditore] oltre ad indicare le circostanze di tempo e luogo dove gli atti sono stati compiuti (art. 126 c.p.c.). Copia del documento deve essere consegnata al depositario — che può così dimostrare, a fronte di eventuali addebiti, l'esatto adempimento

(100) V., *supra*, cap. III, § 16.

(101) Cfr. ZANCHI, *Requisiti del deposito*, cit., p. 892; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 229 s., il quale, peraltro, dubita che la mancanza di tale verbalizzazione costituisca causa di nullità del procedimento di deposito; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 343 s.

dell'obbligazione di custodia — e al creditore comparso che ne abbia fatto richiesta (art. 78, comma 1° disp. att.). La mancata consegna non comporta, tuttavia, l'invalidità del deposito: se da un lato il depositario può dimostrare con gli ordinari mezzi di prova, al pari di qualsiasi altro debitore, l'esatto adempimento delle sue obbligazioni, dall'altro il creditore può prendere visione del verbale nel contesto del giudizio di convalida, avendo il debitore l'onere di produrlo qualora la validità del deposito sia stata contestata ⁽¹⁰²⁾.

Analogamente all'offerta reale, il deposito non richiede la presenza di testimoni ⁽¹⁰³⁾.

Se il creditore non è presente al deposito, il debitore dovrà notificargli il relativo verbale «con l'invito a ritirare» (art. 1212, n. 4 c.c.) il bene osservando le forme prescritte per gli atti di citazione (art. 78, comma 2° disp. att.). A ben vedere, tuttavia, notificando il verbale del deposito il debitore sollecita implicitamente la controparte a ritirare il bene, sicché l'invito previsto dalla legge non deve essere necessariamente espresso: qualora non venga formulato, il deposito sarebbe ugualmente valido ⁽¹⁰⁴⁾. Se questo è vero, non appare condivisibile l'opinione in base alla quale il debitore sarebbe obbligato a risarcire il danno subito dal creditore a causa dell'omissione dell'invito di ricevere il bene ⁽¹⁰⁵⁾: la notificazione del verbale non può avere altro significato che quello di indurre il creditore a ricevere il bene dal depositario, sicché la mancata formulazione dell'invito non sembra idonea a cagionare alcun pregiudizio.

Siccome la legge non prevede un termine entro il quale la notificazione deve essere effettuata, è da valutare se essa possa essere surrogata dagli atti compiuti dal debitore nel contesto del giudizio di convalida. Anche in relazione a questo profilo, si avverte l'esigenza di evitare che l'impegno sostenuto dal debitore nell'ambito del procedi-

(102) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 230, testo e nt. 2.

(103) Si rinvia, sul punto, all'esposizione relativa all'offerta reale: *supra*, cap. III, § 16.

(104) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 227; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 414; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 175; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 230; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 344 s. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. App. Firenze 1° settembre 1960, in *Giur. tosc.*, 1961, 32. Sembra invece ritenere necessaria l'espressa formulazione dell'invito GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 122.

(105) Il riferimento è a FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 345.

mento di deposito possa essere vanificato in assenza di una rilevante lesione dell'interesse del creditore.

La questione non riceve tuttavia una soluzione univoca. Secondo una prima opinione, più rigorosa, l'omessa notificazione del verbale di deposito al creditore assente comporta senz'altro l'invalidità della procedura⁽¹⁰⁶⁾; in base a una seconda tesi, che trova un limitato riscontro giurisprudenziale, l'atto potrebbe essere surrogato dalla notificazione della citazione con cui il debitore chiede la convalida del deposito⁽¹⁰⁷⁾; in una posizione intermedia si colloca chi ritiene che la notificazione del verbale possa essere sostituita (non dalla notificazione dell'atto di citazione con cui si dà notizia del deposito, ma) dalla produzione del documento nel contesto del giudizio di convalida⁽¹⁰⁸⁾.

Come già sostenuto trattando dell'offerta reale, tale soluzione appare condivisibile, in quanto assicura un opportuno margine di elasticità al procedimento di deposito senza pregiudicare le ragioni del creditore. A differenza di quanto avviene quando gli viene semplicemente notificato l'atto di citazione, che si limita a dare notizia del deposito, a seguito della produzione in giudizio del verbale il creditore può prendere visione del documento come se gli fosse stato notificato.

6. *I debiti pecuniari non estinguibili mediante pagamento in contanti e la liberazione del debitore.* — Per contrastare l'evasione fiscale e le attività finanziarie della criminalità organizzata il legislatore speciale vieta i trasferimenti di denaro contante o titoli al portatore per importi pari o superiori a 3000 €: quando la somma dovuta eguaglia o supera questo limite, il debitore è tenuto ad adempiere l'obbligazione tramite intermediari bancari e finanziari appositamente legittimati. Questi ultimi accettano per iscritto la disposizione del debitore dopo aver ricevuto il denaro; decorsi tre giorni dall'accettazione dell'intermediario, il creditore che beneficia del trasferimento può esigere il pagamento nella provincia del proprio domicilio. L'obbligazione si considera adempiuta quando il debitore comunica al creditore l'accettazione

(106) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 345. In giurisprudenza, cfr. Cass. 25 maggio 1984, n. 3228, cit. Nello stesso senso, nella vigenza del codice civile del 1865, App. Messina 27 gennaio 1930, in *Giur. it.*, Rep. 1930, v. «offerta reale», n. 3.

(107) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 228; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 414. In giurisprudenza, cfr. App. Torino 26 aprile 1982, in *Arch. giur. circ.*, 1983, 143; App. Torino 17 gennaio 1955, in *Giust. civ.*, Rep. 1955, v. «obbligazioni e contratti», n. 20.

(108) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 230 s., testo e nt. 4.

scritta dell'intermediario ⁽¹⁰⁹⁾; «nei casi di mora del creditore», tale comunicazione produce «gli effetti di cui all'art. 1210» c.c. (art. 49, comma 1 d.lg. 21 novembre 2007, n. 231).

Come è evidente, in tale contesto normativo l'espressione «mora del creditore» non designa il corrispondente istituto, ma assume un significato atecnico e descrittivo: il legislatore se ne avvale per indicare genericamente la situazione in cui il creditore, non essendo intenzionato a ricevere il pagamento, non si rivolge all'intermediario. Il debitore, infatti, non viene tutelato contro la dilatazione del rapporto — come avverrebbe qualora il creditore fosse stato effettivamente costituito in mora — ma si libera senz'altro dell'obbligazione: è questo il senso del riferimento all'art. 1210 c.c.

Il procedimento che conduce a tale risultato si esaurisce in una sequenza assai più agile e leggera di quella prefigurata dalla normativa codicistica: è sufficiente che l'intermediario, previa consegna della somma di denaro, abbia accettato per iscritto l'incarico conferitogli dal debitore, e che quest'ultimo abbia comunicato al creditore l'accettazione dell'intermediario. Non è onere del debitore intimare preventivamente al creditore di ricevere il pagamento, né è prevista la verbalizzazione del deposito ad opera di un pubblico ufficiale e la notificazione del documento al creditore.

Il legislatore non chiarisce, tuttavia, se per affrancarsi dal vincolo il debitore debba ugualmente ottenere la convalida giudiziale.

Secondo una prima tesi, a seguito della comunicazione dell'accettazione dell'intermediario il debitore non potrebbe revocare il deposito e sarebbe esonerato dalla convalida: sarebbe invece onere del creditore promuovere l'accertamento giudiziale della permanenza del rapporto, per la mancanza dei requisiti sostanziali e procedurali previsti dalla legge. Nel procedimento delineato dalla legislazione speciale, dunque, il sindacato giudiziale sulla validità del deposito sarebbe solo eventuale, in quanto rimesso all'iniziativa del creditore. Il debitore, correlativa-

(109) In dottrina si osserva che siccome il debitore si libera quando comunica al creditore l'accettazione scritta dell'intermediario — e non nel momento posteriore in cui l'intermediario consegna al creditore la somma dovuta — la disposizione introduce una scissione tra l'estinzione del debito e la soddisfazione dell'interesse del creditore: cfr. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale*, Torino, 2018, p. 231.

mente, fruirebbe del doppio vantaggio di una sequenza semplificata e del probabile esonero dalla successiva fase giudiziale ⁽¹¹⁰⁾.

Più persuasiva un'altra opinione, in base alla quale il debitore che aspira a liberarsi dal vincolo deve pur sempre ottenere la convalida giudiziale del deposito effettuato presso l'intermediario ⁽¹¹¹⁾. Se infatti il procedimento previsto dalla legge risulta apprezzabilmente semplificato, resta la necessità di accertare i presupposti sostanziali della liberazione: basi pensare all'esistenza dell'obbligazione e alla corrispondenza della somma consegnata all'intermediario a quella dovuta. Effettivamente, il procedimento semplificato previsto dalla legge non esclude la necessità di verificare i presupposti sostanziali su cui si basa la pretesa del debitore di liberarsi dal vincolo. Se il legislatore ritiene che tali presupposti debbano essere accertati mediante il controllo necessario e preventivo del giudice, esso si impone anche quando la sequenza che lo precede risulta semplificata rispetto a quella ordinaria.

Su questa base, è da ritenere che il debitore possa avvalersi del medesimo procedimento anche quando la somma dovuta è di importo inferiore a 3000 € ⁽¹¹²⁾. La riduzione degli oneri formali e procedurali ai quali è subordinata la liberazione dal vincolo è auspicabile in termini generali ed appare ulteriormente giustificata quando il debito è di importo scarsamente rilevante: al verificarsi di queste condizioni, infatti, il debitore può essere riluttante ad intraprendere il procedimento di liberazione in considerazione del fatto che i suoi costi sono sproporzionati rispetto all'entità del debito. Il creditore, d'altra parte, appare adeguatamente garantito dalla convalida giudiziale, e — stante la diffusione degli intermediari autorizzati ad effettuare i pagamenti — può conseguire agevolmente la somma che costituisce oggetto del suo diritto.

Un ulteriore argomento a favore dell'opinione qui sostenuta si ricava dalle oscillazioni che hanno caratterizzato nel recente passato la soglia oltre la quale sono preclusi i pagamenti mediante denaro con-

(110) Cfr. SICCHIERO, voce *Offerta reale e deposito delle cose dovute*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 25; ID., *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Padova, 1992, p. 98.

(111) Cfr. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 442.

(112) Rispondiamo così positivamente al quesito sollevato da CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 442.

tante (113). Tali oscillazioni, determinate da fattori politici o congiunturali, possono essere neutralizzate, almeno in relazione al profilo di cui ci occupiamo, riconoscendo al debitore il diritto di percorrere il procedimento semplificato previsto dalla legislazione speciale anche quando la somma dovuta è inferiore alla soglia oltre la quale è precluso il pagamento in contanti.

7. *L'accertamento giudiziale della validità del deposito.* — Per quanto impegnativo, il procedimento delineato nelle pagine precedenti non è sufficiente a giustificare la liberazione del debitore. Perché l'obbligazione si estingua e il deposito divenga irrevocabile, è necessario che esso sia stato accettato dal creditore o dichiarato valido con sentenza passata in giudicato (art. 1210, comma 2° c.c.).

Quando il deposito viene accettato dal creditore, l'estinzione dell'obbligazione e il venir meno della facoltà di ritirare il bene trovano giustificazione sul piano negoziale. Nella prospettiva del rapporto inattuato, l'accettazione del creditore giustifica la liberazione del debitore dall'obbligazione originaria, che viene in un primo tempo affiancata [dopo la conclusione del contratto di deposito], quindi sostituita [dopo l'accettazione] da quella del depositario. La vicenda può essere assimilata alla novazione, in quanto, sebbene in due fasi, comporta l'estinzione dell'obbligazione originaria e la sua sostituzione con una nuova obbligazione che ha un diverso debitore (il depositario) e un diverso titolo (il contratto di deposito), quando non un differente oggetto (arg. ex art. 1211 c.c.) (114). Se invece si considera il rapporto tra il debitore e il depositario, l'accettazione del creditore si identifica con l'atto mediante il quale il beneficiario aderisce alla stipulazione a favore del terzo (art. 1411, comma 2° c.c.): ad essa consegue l'irrevocabilità del deposito, in quanto l'accettazione del creditore, come l'adesione del terzo, denota che egli ripone un legittimo affidamento nelle prestazioni del depositario.

Quando il creditore accetta il deposito, l'obbligazione si estingue a prescindere dal rispetto dei requisiti formali e procedurali previsti

(113) V., procedendo a ritroso nel tempo, art. 1, comma 898 l. 28 dicembre 2015, n. 208; art. 12, comma 1 d. l. 6 dicembre 2011, n. 201; art. 2, comma 4 d.l. 13 agosto 2011 n. 138; art. 20, comma 1 d. l. 31 maggio 2010, n. 78; art. 32, comma 1 d.l. 25 giugno 2008, n. 112; art. 49, comma 1 d.lg. 21 novembre 2007, n. 231; art. 1, comma 1 d. l. 3 maggio 1991, n. 143.

(114) Per un'argomentazione meno sommaria v., *infra*, § 8.

dalla legge: eventualità, questa, gradita al debitore, il quale considera certamente con favore l'opportunità di evitare i costi e i rischi del giudizio di convalida.

Se tuttavia, come appare probabile, il creditore conferma il rifiuto di ricevere il bene già espresso in relazione all'offerta, tanto l'estinzione dell'obbligazione quanto l'irrevocabilità del deposito non possono trovare giustificazione sul piano negoziale. In sintonia con il principio in base al quale a nessun soggetto può essere imposta una modificazione potenzialmente sfavorevole della propria sfera giuridica, la novazione e la *datio in solutum* richiedono il consenso del creditore⁽¹¹⁵⁾; d'altra parte, fino al momento in cui il terzo [in questo contesto, il creditore] non aderisce alla stipulazione effettuata in suo favore, la stessa può essere revocata (art. 1411, comma 2° c.c.). Se dunque, in base ai principi che regolano gli atti negoziali, entrambi gli effetti richiedono il consenso del creditore, quando esso manca possono essere costituiti solo mediante un provvedimento giurisdizionale: di qui la previsione della convalida giudiziale del deposito in alternativa all'accettazione del creditore⁽¹¹⁶⁾.

Secondo una dottrina assai autorevole, l'effetto immediato della sentenza di convalida si identificherebbe con la sola liberazione del debitore, essendo l'irrevocabilità del deposito una conseguenza dell'estinzione dell'obbligazione originaria e della sua assunzione da parte del depositario. Nella ricostruzione dell'autore la sentenza che accerta la validità del deposito giustifica la liberazione del debitore e la conseguente assunzione dell'obbligazione da parte del depositario, mentre la perdita della legittimazione a ritirare il bene ne costituirebbe un effetto derivato⁽¹¹⁷⁾.

Si replica efficacemente che entrambi gli effetti altrimenti riferibili al consenso del creditore sono direttamente riconducibili alla sentenza di convalida: benché integrati in un unico congegno, essi non derivano l'uno dall'altro, in quanto attengono a rapporti distinti⁽¹¹⁸⁾. Se l'estinzione dell'obbligazione interessa il rapporto originario, intercorrente tra debitore e creditore, la perdita della facoltà di ritirare il bene incide

(115) Cfr. artt. 1197, 1268, comma 1°, 1272, comma 1°, 1273, comma 2° c.c.

(116) Cfr. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 442; ID., *Della mora del creditore*, cit., pp. 165, 196.

(117) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 384, 404 s.

(118) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 196.

sul contratto di deposito, nel contesto del quale il debitore assume la posizione di stipulante e il depositario quella di promittente.

Il sindacato giudiziale sulla validità del deposito è orientato tanto a tutelare l'interesse del creditore, quanto a salvaguardare l'affidamento del debitore, che a seguito del deposito confida ragionevolmente nell'estinzione dell'obbligazione. In primo luogo, il controllo sui presupposti sostanziali e procedurali del deposito è funzionale a scongiurare il rischio che il rimedio possa pregiudicare l'interesse del creditore; esso protegge, tuttavia, anche l'affidamento del debitore, che a seguito del deposito confida ragionevolmente nello scioglimento del vincolo ed organizza su questa base la propria attività.

È già stata criticata la scelta, operata dal codificatore del 1942, di imporre l'accertamento giudiziale della validità dell'offerta funzionale alla costituzione in mora del creditore: siccome la *mora accipiendi* non modifica la posizione delle parti — in quanto il debitore permane obbligato ad adempiere e il creditore resta titolare del relativo diritto — il controllo necessario e preventivo del giudice non appare opportuno ⁽¹¹⁹⁾.

Il deposito, invece, cambia radicalmente la posizione delle parti in relazione al rapporto obbligatorio alterato a causa del difetto di cooperazione. Il creditore perde il diritto nei confronti del debitore originario, che si libera della corrispondente obbligazione: a seguito del deposito, sarà portato ad orientare in altre direzioni l'organizzazione che aveva predisposto per adempiere e a trascurare la prospettiva di ricollocare sul mercato il bene rifiutato dal creditore. Se in un secondo momento il creditore, orientandosi diversamente, potesse pretendere dal debitore l'adempimento dell'obbligazione, tale affidamento verrebbe compromesso con notevole pregiudizio per le ragioni del debitore: egli si vedrebbe costretto a ricostituire l'organizzazione necessaria per adempiere l'obbligazione della quale riteneva di essersi definitivamente liberato.

Per evitare un simile scenario, il legislatore subordina la liberazione del debitore e l'irrevocabilità del deposito al sindacato necessario e preventivo del giudice: si vuole evitare l'impatto che un accertamento giurisdizionale eventuale e successivo potrebbe avere sulla posizione di entrambe le parti, per ipotesi private di un diritto che ritenevano di avere [se il creditore riteneva invalido il deposito, invece convalidato]

(119) V., *supra*, cap. III, § 21.

o gravate da un vincolo che ritenevano estinto [se il debitore confidava nella regolarità del deposito, ritenuto invece invalido]. Perché il debitore possa ritenersi liberato (e il creditore perda la titolarità del corrispondente diritto) occorre, allora, che il deposito sia dichiarato valido con sentenza passata in giudicato (art. 1210, comma 2° c.c.): regola che trova puntuale riscontro nel diritto applicato ⁽¹²⁰⁾.

Alla luce di queste considerazioni, è da ritenere che l'oggetto del giudizio di convalida non risulti limitato ai requisiti di validità del deposito, ma si estenda a comprendere i suoi presupposti sostanziali e procedurali: ci si riferisce, in particolare, all'esistenza dell'obbligazione, al difetto di cooperazione del creditore e alla preventiva formu-

(120) Cfr. Cass. 13 gennaio 2015, n. 302, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «obbligazioni in genere», n. 49. Nel caso di specie, in virtù di una precedente sentenza — che aveva accolto un'azione di impugnativa negoziale esercitata dal venditore — il compratore era stato condannato a restituire al venditore un certo numero di contenitori, o, in difetto, a pagare il relativo prezzo. Il venditore rifiuta l'offerta dei contenitori, effettuata in un secondo momento, ed agisce nei confronti del compratore chiedendo che venga condannato a pagare il prezzo: il compratore convenuto in giudizio eccepisce il deposito dei contenitori, di cui, tuttavia, non ha ottenuto la convalida. La S.C. ritiene che l'azione di adempimento avente ad oggetto il pagamento del prezzo meriti di essere accolta, in quanto in difetto della convalida giudiziale il compratore non si è liberato dell'obbligazione avente ad oggetto la restituzione della merce. Su questa base viene disattesa la soluzione data da entrambi giudici di merito, che avevano rigettato l'azione di condanna esercitata dal venditore ritenendo che il compratore si fosse liberato limitandosi ad effettuare il deposito. Ribadiscono che in assenza della convalida giudiziale il debitore non può ritenersi liberato Cass. 29 aprile 2015, n. 8711, in *Foro it.*, 2015, I, 3931; Cass. 27 gennaio 1983, n. 743, in *Foro it.*, Rep. 1983, v. «obbligazioni in genere», n. 21. La convalida del deposito non viene invece ritenuta necessaria per il rilascio dei terreni agricoli oggetto di concessione edilizia prevista dall'art. 50 l. 3 maggio 1982, n. 203. In questo senso v. Cass. 10 gennaio 1995, n. 229, in *Foro it.*, 1995, I, 799: «il concedente che, ai sensi dell'art. 50 l. 3 maggio 1982 n. 203, ha chiesto all'affittuario coltivatore diretto il rilascio dell'area necessaria per la realizzazione di un'opera urbanistica di cui abbia già ottenuto regolare concessione previo pagamento del valore delle coltivazioni in atto, quale risulta dalla stima dell'ispettorato provinciale dell'agricoltura, e dell'indennizzo previsto dall'art. 43 della legge medesima, può effettuare il pagamento, nel caso di rifiuto dell'affittuario, mediante deposito bancario della somma dovuta, ai sensi del comma 6 dell'art. 50 cit.; da questo deposito decorre il termine di 30 giorni assegnato all'affittuario dalla predetta disposizione per il rilascio del fondo, senza necessità della sua convalida, non essendo applicabili al predetto deposito, che ha solo funzione di accelerare il rilascio del fondo, le norme del codice civile che regolano l'offerta reale (art. 1209; 1210) con lo scopo di spostare sul creditore il rischio della sopravvenuta impossibilità della prestazione per cause non imputabili al debitore e di eliminare l'obbligo del pagamento degli interessi sulla somma dovuta e dei frutti che sono stati percepiti dal debitore (art. 1207 c.c.)».

lazione dell'offerta. Si ripropongono su questo terreno considerazioni analoghe a quelle svolte in relazione al giudizio volto ad accertare la validità dell'offerta formale: come si è ricordato in quella sede, ad un orientamento in base al quale il giudice, in assenza di una specifica domanda di parte, può limitarsi ad accertare la regolarità dell'atto (offerta o deposito) ⁽¹²¹⁾ si contrappone un indirizzo che estende l'oggetto del giudizio di convalida e l'ambito del corrispondente giudicato ai suoi presupposti sostanziali ⁽¹²²⁾.

Di regola, il contesto processuale in cui si inserisce l'accertamento della validità del deposito impone al giudice di verificarne i presupposti sostanziali, a partire dall'esistenza stessa dell'obbligazione. Spesso il debitore non si limita a chiedere l'accertamento della validità del deposito, che costituisce, invece, il presupposto di una domanda ulteriore: così, il retraente chiede che venga convalidato il deposito del prezzo dovuto al compratore per conseguire il rilascio del fondo riscattato. In altre occasioni, l'accertamento della validità del deposito viene domandato per ottenere il rigetto di un'azione di condanna o di un'azione esecutiva promossa dal creditore. In entrambe le ipotesi il giudice non può limitarsi ad accertare la sussistenza dei requisiti di validità dell'atto, ma deve verificarne i presupposti, a partire da quello costituito dall'esistenza dell'obbligazione.

Non solo. Se si ritenesse che l'oggetto del giudizio di convalida sia circoscritto ai requisiti di validità del deposito, senza estendersi a comprenderne i presupposti sostanziali, gli stessi non sarebbero coperti dal giudicato. Lo scenario che ne deriva sembra essere incompatibile con il disegno perseguito dal legislatore nella disciplina dell'istituto, ed in particolare con l'espressa previsione del sindacato giudiziale sulla validità del deposito. La liberazione del debitore è subordinata al rispetto di un procedimento assai oneroso e presuppone il controllo necessario e preventivo del giudice: quando il debitore — dimostrando di essere fortemente motivato a conseguire il risultato sperato — ottiene la convalida del deposito con sentenza passata in giudicato, può confidare ragionevolmente nella definitiva liberazione dal vincolo. Qu allora in un secondo momento il creditore potesse far valere l'inefficacia del deposito deducendo la mancanza di un suo presupposto sostan-

(121) V., *supra*, cap. III, § 21, nt. 326.

(122) V., *supra*, cap. III, § 21, nt. 327. Con specifico riferimento al deposito v. anche ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 178; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 871; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 198; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 399 s.

ziale, l'affidamento del debitore nella propria liberazione risulterebbe irragionevolmente compromesso.

Siccome, in assenza dell'accettazione del creditore, la liberazione del debitore presuppone necessariamente l'accertamento giudiziale della validità del deposito, la relativa sentenza ha carattere costitutivo⁽¹²³⁾. In assenza di essa il deposito permane revocabile e l'effetto liberatorio non si produce: se il giudizio si estingue o la domanda viene respinta per ragioni di carattere processuale — così come, naturalmente, quando viene rigettata per ragioni di merito — il debitore permane obbligato e conserva la facoltà di ritirare il bene affidato al depositario.

La legittimazione a chiedere l'accertamento giudiziale della validità del deposito spetta esclusivamente a chi lo ha compiuto⁽¹²⁴⁾. Non si può ammettere, infatti, che per effetto di un'iniziativa assunta da altri l'autore del deposito perda la facoltà di ritirare il bene. Se dunque il terzo che ha compiuto il deposito è l'unico soggetto legittimato a chiedere l'accertamento della sua validità, si ritiene che il debitore debba essere convenuto in giudizio⁽¹²⁵⁾: apprenderà, così, che per effetto dell'iniziativa intrapresa dal terzo può conseguire la liberazione dal vincolo, e potrà evitare tale effetto, per ipotesi non gradito, opponendosi al deposito prima che la sentenza che ne accerta la validità passi in giudicato (arg. ex art. 1180 c.c.). Si ritiene che il depositario non debba essere necessariamente convenuto in giudizio⁽¹²⁶⁾ ma che possa partecipare ad esso effettuando un intervento volontario⁽¹²⁷⁾, in quanto — specie nell'ipotesi di insolvenza del debitore — ha interesse

(123) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 177 s.; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 870 s.; CURSI, *La liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 853; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., p. 420; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 800; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 196; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., pp. 383, 386 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 18 settembre 2008, n. 23844, cit. Sostengono invece il carattere dichiarativo della sentenza di convalida NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 133; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 133 s.; con riferimento alla legislazione previgente SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 185.

(124) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 175 s.; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 871; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 197; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 403 s.

(125) Cfr. ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 872; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 197.

(126) Cfr. Cass. 18 settembre 2008, n. 23844, cit.

(127) Condividiamo qui uno spunto di ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 872.

alla convalida del deposito e alla conseguente imputazione delle relative spese in capo al creditore.

Nessun dubbio che il creditore a favore del quale è stato effettuato il deposito debba essere convenuto in giudizio. Ci si chiede se, nel caso in cui l'obbligazione sia attivamente solidale, debbano essere convenuti in giudizio anche i concreditori del beneficiario del deposito, realizzandosi così un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

Chi risponde negativamente osserva che il deposito surroga l'adempimento: come il debitore si sarebbe liberato consegnando il bene ad uno solo dei concreditori solidali, così può ottenere la convalida convenendo in giudizio quello solo di essi a favore del quale ha depositato il bene ⁽¹²⁸⁾. Siccome però l'effetto estintivo si produce nei confronti di tutti i concreditori e presuppone, nel disegno del legislatore, un giudizio di carattere contenzioso, la soluzione comporta il sacrificio del diritto di difesa dei consorti rimasti estranei al processo. Proprio per tutelare il diritto di difesa di questi ultimi, l'art. 1306 c.c. prevede che la sentenza pronunciata tra il debitore ed uno dei creditori in solido non abbia effetto nei confronti degli altri: ai creditori che non sono stati convenuti in giudizio non può essere opposta la sentenza di liberazione ottenuta dal debitore nei confronti del beneficiario del deposito ⁽¹²⁹⁾.

Ne consegue che il debitore interessato a liberarsi dell'obbligazione ha l'onere di convenire in giudizio tutti i creditori solidali ⁽¹³⁰⁾: si configura un'ipotesi di litisconsorzio necessario, che consente al debitore di liberarsi dal vincolo nei confronti di tutti i concreditori senza sacrificare il loro diritto di difesa. A ben vedere, quando il debitore adempie l'obbligazione i consorti del creditore che ha accettato la prestazione possono sempre sostenere che l'obbligazione non si è estinta in quanto non è stata esattamente adempiuta e su questa base esigere l'adempimento: se il debitore ricorre al deposito, coerentemente, può liberarsi nei confronti di tutti i concreditori solo se essi

(128) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 419, nt. 35.

(129) In base all'art. 1306, comma 2° c.c., d'altra parte, i concreditori rimasti estranei al giudizio potranno opporre al debitore — che per ipotesi abbia sollevato nei loro confronti l'eccezione di deposito — la sentenza che abbia rigettato la domanda di convalida, salva la facoltà del debitore di opporre loro le c.d. eccezioni personali.

(130) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 197 s. Nello stesso senso ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 872.

hanno potuto esercitare il diritto di difesa in quanto convenuti in giudizio ⁽¹³¹⁾.

L'accertamento giudiziale della validità del deposito può essere domandato nel contesto di differenti scenari processuali ⁽¹³²⁾. Il debitore lo può chiedere, oltre che in via principale, nel contesto di una domanda riconvenzionale e facendo opposizione a decreto ingiuntivo. In giurisprudenza si ammette che la domanda possa essere proposta nel contesto di un giudizio già pendente tra debitore e creditore ⁽¹³³⁾, così come in sede di opposizione al precetto (se l'esecuzione non è ancora iniziata) o all'esecuzione (quando è già stata intrapresa) ⁽¹³⁴⁾. Come si è anticipato, il debitore può domandare contestualmente l'accertamento della validità dell'offerta formale e del conseguente deposito: la sentenza che accoglie entrambe le domande comporterà la costituzione in mora del creditore (dal momento dell'offerta) e la liberazione del debitore (a decorrere dal deposito) ⁽¹³⁵⁾.

(131) Viene poi considerata, sia pure per escluderla, una soluzione alternativa al litisconsorzio necessario: quella che vedrebbe il debitore liberato nei confronti del creditore convenuto in giudizio limitatamente alla quota di quest'ultimo, con la conseguente riduzione della prestazione esigibile dagli altri concreditori. È questo lo scenario che consegue al verificarsi di vicende estintive che intercorrono tra il debitore ed uno solo dei concreditori solidali (cfr. artt. 1300, comma 2°; 1301, comma 2°; 1302, comma 2°; 1303, comma 2°). Come è evidente, tuttavia, a questi ultimi spetterebbe solo una parte della prestazione che altrimenti avrebbero potuto esigere integralmente. E siccome tale conseguenza è incompatibile con il principio che riconosce al creditore il diritto di rifiutare un adempimento parziale anche se la prestazione è divisibile (art. 1180 c.c.), viene ritenuta ammissibile solo nell'ipotesi in cui le parti, derogando ad esso, abbiano espressamente previsto che il creditore avrebbe accettato un adempimento parziale: cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 198.

(132) In assenza di una specifica disciplina — come quella prevista, nella legislazione abrogata, dall'art. 908 c.p.c. 1865 — la competenza viene determinata sulla base delle ordinarie norme processuali: cfr. ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 872 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 198.

(133) Cfr. Cass. 14 luglio 1965, n. 1496, in *Giur. it.*, Rep. 1965, v. «offerta reale», n. 3: «la necessità di un giudizio autonomo avente per oggetto la convalida dell'offerta reale sussiste solo allorché non sia già pendente una lite tra creditore e debitore; se invece sia già in corso tra le parti il giudizio medesimo, quello di convalida può essere attratto da quello già in corso, divenendone accessorio, e sulla convalida dell'offerta reale decide lo stesso giudice della causa già pendente, anche se questa si trovi in grado di appello».

(134) Cass. 15 gennaio 2015, n. 302, cit.; Cass. 23 giugno 2014, n. 14155, in *Riv. es. forz.*, 2014, 797.

(135) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 6; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 198; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 133; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 400.

Anche l'accertamento della validità del deposito, come quello relativo alla validità dell'offerta, può essere sottratto alla giurisdizione del giudice civile per essere devoluto ad arbitri: l'approdo, che appare pienamente condivisibile, viene giustificato base del fatto che il conflitto intercorrente tra debitore e creditore incide su diritti disponibili, sicché le parti del rapporto obbligatorio possono liberamente pattuire modalità di accertamento della validità del deposito alternative rispetto a quelle previste dalla legge. Di qui l'ammissibilità del ricorso all'arbitrato irrituale ⁽¹³⁶⁾.

Qualora la domanda volta ad ottenere l'accertamento della validità del deposito sia stata rigettata, il debitore permane obbligato e non può conseguire il rimborso delle spese relative alla custodia del bene ⁽¹³⁷⁾. Qualora il depositario abbia concesso a terzi il godimento del bene, destinando il corrispettivo ricavato a copertura delle spese di custodia, il debitore non può pretendere alcun risarcimento, in quanto in conseguenza della locazione del bene non ha subito alcun pregiudizio ⁽¹³⁸⁾.

8. L'accettazione del deposito. — Benché si tratti di un'evenienza improbabile, in quanto conseguirebbe al reiterato rifiuto del bene, può accadere che il creditore accetti il deposito, sollevando il debitore dall'onere di promuovere l'accertamento giudiziale della sua validità: anche a seguito dell'accettazione, infatti, l'obbligazione si estingue e il deposito diviene irrevocabile (art. 1210, comma 2° c.c.). Quando il creditore accetta il deposito entrambi gli effetti trovano giustificazione sul piano negoziale; l'accettazione, tuttavia, si configura diversamente in considerazione della ricostruzione adottata ⁽¹³⁹⁾.

Se, come appare preferibile, si riconduce l'accordo intercorrente tra debitore e depositario alla figura del contratto a favore del terzo, l'atto esprime il consenso del creditore all'estinzione del rapporto obbligatorio. Il fatto stesso del deposito e le sollecitazioni a ricevere il bene che in base all'art. 1212 c.c. vengono indirizzate al creditore denotano senza possibilità di equivoci che il debitore intende affran-

(136) Cfr. Cass. 15 marzo 2003, n. 7520, in *Foro it.*, 2003, I, 1942. Per una sintesi della fattispecie v., *supra*, cap. III, § 21, nt. 316.

(137) La conclusione, raggiunta in relazione al sequestro liberatorio, è certamente estensibile al deposito: cfr. Cass. 13 luglio 1998, n. 6856, in *Arch. loc.*, 1999, 269.

(138) Cass. 23 giugno 1986, n. 4162, in *Foro it.*, Rep. 1986, v. «locazione», n. 456.

(139) Sul fondamento negoziale del deposito, e sulle ricostruzioni diffuse in dottrina, v., *supra*, § 2.

carsi dal vincolo, mentre accettando il deposito il creditore acconsente allo scioglimento del rapporto. A seguito dell'accettazione del deposito e della conseguente estinzione dell'obbligazione originaria il creditore può esigere la riconsegna del bene solo dal depositario, che si è obbligato nei suoi confronti in qualità di promittente già con la conclusione del contratto (artt. 1411, comma 2°; 1773 c.c.).

Si realizza così, sebbene in due fasi, una vicenda di carattere novativo. Una volta effettuato il deposito l'obbligazione originaria persiste, benché il debitore possa rifiutare la consegna eccependo che il bene è stato affidato al depositario ⁽¹⁴⁰⁾; quest'ultimo è obbligato nei confronti del creditore in qualità di promittente (artt. 1411, 1773 c.c.). Quando, in un secondo momento, il deposito viene accettato, il debitore è liberato e l'unico soggetto obbligato nei confronti del creditore risulta essere il depositario. L'obbligazione originaria viene in un primo tempo affiancata, quindi sostituita da una nuova obbligazione che risulta differente per l'identità del debitore (il depositario), per il titolo (il contratto di deposito) ed eventualmente per l'oggetto ⁽¹⁴¹⁾.

Quando, come appare realisticamente ipotizzabile ⁽¹⁴²⁾, il creditore manifesta la sua accettazione per fatti concludenti, recandosi presso il depositario a ricevere il bene, l'obbligazione originaria e quella contratta dal depositario si estinguono contestualmente: il consenso alla liberazione del debitore viene espresso dal creditore nello stesso momento in cui egli esige la prestazione dal depositario. Forse per questa ragione, la figura viene accostata alla *datio in solutum*: con l'adesione al deposito, il creditore accetterebbe «di attribuire efficacia estintiva ad un fatto diverso dal pagamento, ossia al deposito effettuato in suo favore presso un terzo» ⁽¹⁴³⁾.

Ora, nonostante sia probabile che l'obbligazione del debitore e quella del depositario si estinguano contestualmente, la fattispecie non sembra compatibile con la disciplina della «prestazione in luogo dell'adempimento» (art. 1197 c.c.): l'obbligazione originaria, infatti, si estingue per effetto del consenso del creditore e non quando viene

(140) V., *supra*, § 3.

(141) Si pensi all'eventualità che in luogo dei beni dovuti sia stato depositato il prezzo ricavato dalla loro vendita: cfr. art. 1211 c.c.

(142) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 182.

(143) Così CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 194; v. anche pp. 165, 196. In senso conforme v. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 179 s.; VISINTINI, *Mora del creditore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 9², Torino, 1999, p. 203.

eseguita la diversa prestazione che si identifica con la riconsegna del bene da parte del depositario. Come risulta chiaramente dal testo dell'art. 1210, comma 2° c.c., il debitore si libera per effetto dell'accettazione del deposito: ne consegue che se per ipotesi il creditore non riceve immediatamente il bene dal depositario, il debitore non può essere ritenuto responsabile del perimento o del deterioramento del bene verificatisi dopo l'accettazione. Nell'ottica della *datio in solutum*, invece, il debitore assumerebbe la responsabilità di tali eventi, in quanto resterebbe obbligato fino al momento in cui la *res* non sia stata effettivamente consegnata al creditore.

L'irrevocabilità del deposito, che costituisce l'altro effetto dell'accettazione, trova puntuale riscontro nella disciplina del contratto a favore del terzo (artt. 1411, comma 2°; 1773 c.c.): come l'adesione del beneficiario, l'accettazione del creditore preclude al debitore di ritirare il deposito e di revocare la stipulazione ⁽¹⁴⁴⁾.

L'accettazione del creditore viene ricostruita diversamente da chi ritiene che tra debitore e depositario intercorra un contratto di deposito collegato a un negozio di acollo. In questa prospettiva, il creditore non può dirsi titolare di alcun diritto verso il depositario fino al momento dell'accettazione: siccome anteriormente ad essa l'acollo non ha rilevanza esterna, il depositario è obbligato solo nei confronti del debitore, e quest'ultimo — che, pure, non può ancora dirsi liberato — è legittimato a rifiutare la consegna del bene opponendo l'eccezione di deposito ⁽¹⁴⁵⁾. Fino al momento dell'accettazione, in definitiva, l'obbligazione originaria persiste, ma la prestazione che ne costituisce oggetto risulta inesigibile in quanto la pretesa del creditore può essere contrastata dal debitore opponendo l'eccezione di deposito. Ora, accettando il deposito il creditore acquisisce nei confronti del depositario quello stesso diritto che poteva vantare nei confronti del debitore originario [in quanto l'acollo assume rilevanza esterna] e libera il debitore dalla sua obbligazione [in considerazione del fatto che l'acollo collegato al deposito ha carattere liberatorio]. In quest'ottica, quando il creditore riceve il bene l'obbligazione si estingue, sia pure tardivamente, mediante adempimento: il depositario che riconsegna il

(144) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 180; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 194.

(145) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 334 s.

bene al creditore, infatti, è subentrato nella posizione del debitore-depositante ⁽¹⁴⁶⁾.

Le differenze che intercorrono tra le due ricostruzioni sono certamente rilevanti, ma non sembrano comportare conseguenze apprezzabili sul piano applicativo. Si concorda sul fatto che l'accettazione costituisca un atto recettizio e che debba essere indirizzata tanto al debitore quanto al depositario ⁽¹⁴⁷⁾: conclusione avvalorata dalla disciplina del contratto a favore del terzo che costituisce, a nostro avviso, il fondamento negoziale del deposito (artt. 1411, comma 2°; 1773 c.c.).

In quanto atto negoziale — che comporta, per di più, un effetto giuridico sfavorevole per il creditore — l'accettazione richiede la sua capacità di agire ⁽¹⁴⁸⁾. Nessun dubbio che la volontà di accettare il deposito possa essere manifestata per comportamento concludente, come accade quando il creditore si reca presso il depositario a ricevere il bene ⁽¹⁴⁹⁾: è questa l'ipotesi che sembra poter ricorrere con maggior frequenza. Si è poi ritenuto che qualora, pur ricevendo la somma dal depositario, il creditore ne abbia rilevato l'insufficienza rispetto all'importo dovuto, il debitore non può ritenersi liberato: per affrancarsi dal vincolo sarà tenuto a promuovere l'accertamento giudiziale della validità del deposito ⁽¹⁵⁰⁾.

Proprio perché — a prescindere dalla ricostruzione accolta — l'accettazione del creditore permette di giustificare l'estinzione dell'obbligazione su un piano esclusivamente negoziale, non è necessario che il deposito rispetti i requisiti procedurali previsti dall'art. 1212 c.c. ⁽¹⁵¹⁾: si è già osservato che questi ultimi sono destinati ad assumere

(146) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 336.

(147) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 180; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 868; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale*, cit., p. 800; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 194; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 335.

(148) Sul punto ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 181; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 868.

(149) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 181; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 869; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 182; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 335.

(150) Cfr. Cass. 27 gennaio 1983, n. 743, in *Foro it.*, Rep. 1983, v. «obbligazioni in genere», n. 21.

(151) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 179 s.; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 868 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 195; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 297. Sembrano orientati diversamente alcuni autori, che, invece, rimarcano l'identità funzionale della sentenza di convalida e dell'accettazione del creditore, quali «momenti confermativi della regolarità della procedura seguita dal debitore»: così

rilevanza sul piano applicativo solo nel contesto del giudizio di convalida⁽¹⁵²⁾. Ne consegue che l'accettazione del creditore giustifica l'estinzione dell'obbligazione e l'irrevocabilità del deposito sebbene, per ipotesi, lo stesso non sia stato preceduto da alcuna intimazione, né sia stato verbalizzato da un pubblico ufficiale⁽¹⁵³⁾: è sufficiente che il contratto sia valido, venendo meno altrimenti il fondamento negoziale della liberazione del debitore⁽¹⁵⁴⁾.

Certamente all'accettazione del creditore non equivale la rinuncia preventiva del debitore alla revoca del deposito. Come si osserva in dottrina⁽¹⁵⁵⁾, l'impegno assunto dal debitore nei confronti del depositario non è vincolante verso il creditore: se dunque non si è effettivamente obbligato anche nei confronti di quest'ultimo a tenere fermo il deposito, resta aperta la possibilità che il debitore pattuisca la revoca con il depositario. Più rilevante il fatto che un effetto giuridico sfavorevole qual è l'estinzione dell'obbligazione non può essere imposto al creditore senza il suo consenso: il debitore non può liberarsi unilateralmente dal vincolo, essendo necessaria a questo scopo una determinazione del creditore.

9. *Gli effetti del deposito: decorrenza e ritiro.* — Il deposito accettato dal creditore o dichiarato valido con sentenza passata in giudicato non può essere revocato dal debitore e comporta l'estinzione della sua obbligazione (art. 1210, comma 2° c.c.). Nelle pagine che seguono vengono considerate alcune questioni che attengono agli effetti del rimedio, a partire dalla loro decorrenza.

a) Benché in base al dettato dell'art. 1210, comma 2° c.c. gli effetti del deposito sembrano decorrere dal momento dell'accettazione del creditore o del passaggio in giudicato della sentenza di convalida, non vi è dubbio che essi retroagiscano al momento della conclusione del contratto, che si identifica con quello in cui il bene viene consegnato al depositario⁽¹⁵⁶⁾. L'accettazione del creditore e il passaggio in

NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 183; sulla stessa linea G. GIACOBBE, voce *Offerta reale*, cit., p. 800.

(152) V., *supra*, § 4.

(153) V., invece, art. 1212, comma 1°, nn. 1, 4 c.c.

(154) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 195.

(155) Il riferimento è a CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 195.

(156) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 176 s.; ZANGHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 874; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 203; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 430; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 8; CATTANEO, voce *Mora del*

giudicato della sentenza che accerta la validità del deposito ne condizionano l'efficacia, ma gli effetti del rimedio decorrono dal momento anteriore in cui il debitore si priva della detenzione del bene consegnandolo al depositario.

Alla base di tale conclusione, che trova gli interpreti concordi, si percepisce l'esigenza di ricostruire la fisionomia del rimedio in sintonia con la sua funzione e con il contesto normativo in cui si trova inserito.

La retroattività della sentenza di convalida e dell'accettazione del deposito — che del resto era espressamente prevista dalla legislazione previgente⁽¹⁵⁷⁾ — trova riscontro nella disciplina della *mora accipiendi*, i cui effetti decorrono dal giorno dell'offerta successivamente accettata dal creditore o dichiarata valida con sentenza passata in giudicato (art. 1207, comma 3° c.c.). Non solo. Quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di immobili, il debitore si libera fin dal momento in cui ha consegnato il bene al sequestratario (art. 1216, comma 2° c.c.). Anche sul versante mobiliare, se il debitore ha effettuato un'offerta nelle forme d'uso gli effetti del deposito decorrono dal momento in cui esso è stato effettuato, sebbene richiedano l'accettazione del creditore o il passaggio in giudicato della sentenza di convalida (art. 1214 c.c.). Come è evidente, escludere la retroattività del deposito preceduto da un'offerta formale darebbe luogo a una grave contraddizione con le soluzioni adottate dal legislatore nello stesso contesto normativo⁽¹⁵⁸⁾. Sul piano esegetico, è sostenibile che prevedendo la liberazione del debitore e l'irrevocabilità del deposito «quando» il creditore lo abbia accettato o sia passata in giudicato la sentenza di convalida il legislatore abbia inteso identificare i requisiti di efficacia del rimedio, piuttosto che determinare la decorrenza dei suoi effetti⁽¹⁵⁹⁾.

creditore, cit., p. 442; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 193 s.; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale*, cit., p. 801; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 199; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 406 s.; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 185. In senso contrario v. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 136.

(157) Cfr. art. 909 c.p.c. 1865: «1. Quando l'autorità giudiziaria dichiara la validità dell'offerta, autorizza il deposito non ancora fatto, e pronunzia la liberazione del debitore dal momento in cui il deposito sia eseguito nelle forme dalla legge richieste. 2. Se dichiara la validità del deposito già eseguito, questo produce effetto dal giorno in cui fu fatto».

(158) Il rilievo è diffuso: cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 8; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 194; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 199; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 407.

(159) Cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 8. In senso conforme v. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 177.

La decorrenza degli effetti del deposito dal momento in cui il debitore si priva della detenzione del bene è coerente con la fisionomia e la funzione del rimedio. Consegnando il bene al depositario, il debitore dimostra non solo di essere in grado di adempiere l'obbligazione — come avviene quando formula l'offerta — ma anche di confidare nella propria liberazione dal vincolo. Ora, quando il deposito viene accettato dal creditore o convalidato dal giudice con sentenza passata in giudicato risulta evidente che tale affidamento è meritevole di tutela: è ragionevole, allora, che esso venga protetto dal momento in cui si è consolidato, quello della consegna del bene, anziché dalla data posteriore in cui maturano i presupposti di efficacia del rimedio.

Effettuando il deposito, il debitore rinuncia ad avvalersi del valore d'uso e di scambio del bene: non a caso, se cambia opinione e ritira il deposito lo stesso non può essere successivamente convalidato, essendo necessario ripetere l'intera procedura. Ora, è parimenti ragionevole che alla rinuncia, consapevole e coerente, alle utilità ricavabili dal bene consegua il venir meno dei relativi rischi: il debitore che si è spogliato della *res* affidandola ad un soggetto qualificato a riceverla deve ritenersi immediatamente liberato dai rischi conseguenti alla sua detenzione.

Come si osserva in dottrina, infine, qualora il vincolo si prolungasse oltre il momento del deposito, fino alla data del passaggio in giudicato della sentenza di convalida, il creditore potrebbe esigere opportunisticamente dal debitore la consegna del bene ⁽¹⁶⁰⁾: se nonostante la validità del deposito il debitore fosse ritenuto ancora obbligato, l'iniziativa assunta dal creditore potrebbe costituirlo in *mora debendi* o addirittura precludere la pronuncia della sentenza di convalida per la sopravvenuta mancanza del presupposto del difetto di cooperazione. Si tratta, evidentemente, di uno scenario incompatibile con la funzione di un rimedio che reagisce a un comportamento scorretto del creditore e protegge il ragionevole affidamento del debitore nella liberazione dal vincolo.

b) Anteriormente all'estinzione dell'obbligazione — che si verifica per effetto dell'accettazione del creditore o del passaggio in giudicato della sentenza di convalida (art. 1210, comma 2° c.c.) — il debitore può ritirare il deposito e privarlo, così, dei suoi effetti attuali e potenziali (art. 1213, comma 1° c.c.): a seguito del ritiro, infatti, il debitore perde la legittimazione ad opporre l'eccezione di deposito,

(160) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 193 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 199.

mentre l'accettazione del creditore e l'eventuale convalida giudiziale, ormai prive di oggetto, non comportano l'estinzione dell'obbligazione.

Il ritiro del deposito si identifica con la revoca della stipulazione a favore del terzo ⁽¹⁶¹⁾, e come quest'ultima costituisce oggetto di un diritto potestativo del debitore (stipulante) ⁽¹⁶²⁾: quando non si è ancora verificata l'estinzione dell'obbligazione, egli è legittimato a revocare il deposito sulla base di una determinazione unilaterale, in quanto in assenza dell'adesione del creditore o di una sentenza di convalida passata in giudicato non può dirsi consolidato l'affidamento nell'estinzione del vincolo dello stesso creditore o di terzi (coobbligati, garanti, creditori chirografari dello stesso debitore, che per ipotesi abbia costituito garanzie reali su beni di sua proprietà).

La disciplina del ritiro del deposito rinvenibile nel primo comma dell'art. 1213 c.c. risulta da un lato armonica con il regime del contratto a favore del terzo, che costituisce il fondamento negoziale del procedimento di liberazione; dall'altro, coerente con il disposto in base al quale l'irrevocabilità del deposito e l'estinzione dell'obbligazione si producono solo con l'accettazione del creditore e il passaggio in giudicato della sentenza di convalida (art. 1210, comma 2° c.c.).

Se si condivide la qualificazione del deposito come contratto a favore del terzo, la disposizione può apparire superflua ⁽¹⁶³⁾. L'espressa previsione del ritiro del deposito ha, infatti, una valenza retorica: il legislatore ribadisce che anteriormente al verificarsi dei presupposti dai quali dipende l'estinzione dell'obbligazione e l'irrevocabilità del deposito il debitore può ritirarlo e riguadagnare, così, l'opportunità di valorizzare il bene. Per ritornare su una prospettiva considerata nella prima parte di questo lavoro ⁽¹⁶⁴⁾, il ritiro del deposito può preludere — sempre che ne sussistano i presupposti — alla risoluzione del contratto e ad una nuova destinazione della *res*. Il deposito comporta la definitiva attribuzione del bene ad un soggetto che, non essendo motivato a riceverlo, non sembra essere nella posizione migliore per adibirlo ad un uso economicamente produttivo: se effettuata anterior-

(161) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 234; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 231 s.

(162) Cfr. ZANCHI, *Ritiro del deposito*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2010, *sub* art. 1213, p. 895; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 338, il quale tuttavia, coerentemente con la ricostruzione adottata, riconduce il ritiro del deposito alla revoca dell'accollo.

(163) In questa prospettiva ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 232.

(164) V., *supra*, cap. I, §§ 15, 16.

mente all'estinzione dell'obbligazione, la sua revoca (nel lessico del legislatore, «ritiro») non lede affidamenti meritevoli di tutela e può favorire una soluzione più efficiente del conflitto determinato dal difetto di cooperazione. Per questa ragione il legislatore la prevede espressamente, rimettendola ad una determinazione unilaterale del debitore.

Nessun dubbio sul fatto che la facoltà di ritirare il deposito spetti esclusivamente al soggetto che lo ha compiuto ⁽¹⁶⁵⁾: se il deposito è stato effettuato da un terzo, il debitore può opporsi ad esso ed impedire così l'estinzione dell'obbligazione (art. 1180 c.c.) ⁽¹⁶⁶⁾, ma non ha il potere di revocarlo. Il ritiro del deposito — che è efficace anche se il debitore non esige contestualmente la restituzione del bene ⁽¹⁶⁷⁾ — ha carattere recettizio, e come la revoca della stipulazione a favore del terzo deve essere comunicato tanto al depositario (promittente), quanto al creditore (beneficiario) ⁽¹⁶⁸⁾: mentre il primo apprende che deve restituire il bene al debitore anziché al creditore, il secondo — che in precedenza è stato sollecitato a ritirare il bene depositato a suo favore ⁽¹⁶⁹⁾ — viene a sapere che non ha più alcuna pretesa nei confronti del depositario, dovendosi eventualmente rivolgere al debitore.

Non essendo prescritta una particolare forma, il ritiro del deposito può essere effettuato per fatti concludenti ⁽¹⁷⁰⁾. Gli estremi del ritiro sono stati ravvisati nella restituzione al debitore del libretto al portatore sul quale era stata annotata la somma depositata presso un istituto di credito ⁽¹⁷¹⁾. Per converso, quando anziché al portatore i libretti sui quali sono annotate le somme depositate presso la banca sono «vinco-

(165) Cfr. ZANCHI, *Ritiro del deposito*, cit., p. 896; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 233.

(166) V., *supra*, § 3, sub (a).

(167) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 234; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 232.

(168) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 234; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 232. Ritiene invece che il ritiro sia efficace anche se comunicato al solo depositario ZANCHI, *Ritiro del deposito*, cit., p. 896. Secondo FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 338, il creditore sarebbe libero di scegliere se indirizzare il ritiro «al creditore o al depositario o ad entrambi».

(169) Cfr. art. 1212 c.c. e *supra*, §§ 4, 5.

(170) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 235; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 338 s.

(171) Cfr. Cass. 2 marzo 2012, n. 3248, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «obbligazioni in genere», n. 58.

lati ed intestati ai singoli creditori» la loro restituzione al notaio richiedente il deposito non ne comporta il ritiro, in quanto il debitore non è in grado di disporre del denaro ⁽¹⁷²⁾.

Come si è anticipato, la rinuncia a ritirare il deposito compiuta dal debitore non libera il debitore, in quanto l'estinzione dell'obbligazione si produce solo con l'accettazione del creditore o la convalida giudiziale ⁽¹⁷³⁾. Se questo è vero, l'impegno di non ritirare il deposito assunto dal debitore induce il creditore a valutare con attenzione l'opportunità di accettarlo: la situazione presenta alcune analogie con quella che consegue alla formulazione di una proposta irrevocabile (art. 1329 c.c.). È probabile, allora, che il debitore rinunci a ritirare il deposito quando vede nell'accettazione del creditore l'esito preferibile del conflitto determinato dal difetto di cooperazione, in quanto pensa di non poter rivendere il bene e vuole evitare di intraprendere il giudizio di convalida.

Una volta ritirato il deposito, viene meno il fondamento negoziale e procedimentale della liberazione del debitore: l'obbligazione, che non si è ancora estinta, continua ad esistere anche se dopo la revoca il creditore ha accettato il deposito o lo stesso è stato convalidato con sentenza passata in giudicato. Il ritiro non interferisce, tuttavia, con l'offerta che prelude al deposito e con le conseguenze che ne derivano: il debitore resta legittimato ad avvalersi degli effetti della *mora accipiendi* e può effettuare un nuovo deposito sulla base della precedente offerta ⁽¹⁷⁴⁾.

D'altra parte, il ritiro incide inevitabilmente anche sugli effetti che il deposito produce, in modo per così dire interinale, anteriormente all'accettazione del creditore o al passaggio in giudicato della sentenza di convalida. Venuto meno il deposito, il creditore può esigere dal debitore la consegna del bene ⁽¹⁷⁵⁾; si ritiene, poi, che il ritiro, operando retroattivamente, privi di effetto l'eccezione di deposito fin dal mo-

(172) Cfr. Cass. 14 aprile 1995, n. 4281, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «obbligazioni in genere», n. 27.

(173) V., *supra*, § 8.

(174) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 237; ZANCHI, *Ritiro del deposito*, cit., p. 896; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 232; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 339.

(175) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 336.

mento in cui viene opposta, risultando così il debitore costituito in *mora solvendi* ⁽¹⁷⁶⁾.

Il secondo comma dell'art. 1213 c.c. presuppone invece che l'obbligazione si sia estinta in conseguenza dell'accettazione del creditore o del passaggio in giudicato della sentenza di convalida. Il deposito, allora, può essere ritirato solo con il consenso del creditore, che — stante l'estinzione dell'obbligazione — non è legittimato ad agire «contro i condebitori e i fideiussori», né può «valersi dei privilegi, del pegno e delle ipoteche che garantivano il credito».

Una volta estinta l'obbligazione, il ritiro del deposito e la conseguente ricostituzione del rapporto obbligatorio richiede l'accordo delle parti. In virtù del principio di relatività degli effetti del contratto (art. 1372, comma 1° c.c.), quest'ultimo non può incidere in alcun modo sui diritti dei terzi, quali conseguono all'estinzione dell'obbligazione: il creditore, dunque, non ha alcuna pretesa nei confronti dei condebitori e dei fideiussori (liberati a seguito dell'estinzione dell'obbligazione), né può escutere le garanzie fornite dallo stesso debitore o avvalersi dei

(176) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 239; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 232.

Sul terreno della locazione commerciale, la S.C. è stata indotta a considerare il rapporto tra il ritiro dell'indennità di avviamento depositata a favore del conduttore e l'esecuzione della sentenza di rilascio dell'immobile (Cass. 31 agosto 2009, n. 18899, in *Foro it.*, Rep. 2009, v. «locazione», n. 191). Tra la restituzione dell'immobile e il pagamento dell'indennità di avviamento sussiste un rapporto di corrispettività che assume rilevanza normativa proprio in relazione al momento esecutivo [lo si è ricordato trattando della *mora accipiendi*: v., *supra*, cap. IV, § 11]: l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile, infatti, è subordinata all'avvenuta corresponsione dell'indennità (artt. 34, comma 3°; 69, comma 10° l. 27 luglio 1978, n. 392). Ora, se l'indennità, offerta al conduttore e da lui rifiutata, viene depositata a suo favore, l'opposizione all'esecuzione del provvedimento di rilascio è certamente infondata. Alla medesima conclusione si perviene quando il deposito dell'indennità viene ritirato a seguito dell'esecuzione della sentenza di condanna, in quanto la fondatezza dell'opposizione deve essere valutata in relazione al momento in cui è stata sollevata: se allora il ritiro non era ancora avvenuto, l'opposizione merita di essere rigettata. Qualora, diversamente da quanto era avvenuto nella fattispecie, il deposito fosse stato ritirato prima che l'esecuzione del provvedimento di rilascio fosse stata portata a termine, il conduttore avrebbe potuto proporre una nuova opposizione all'esecuzione, che avrebbe potuto essere accolta e precludere così la consegna coattiva dell'immobile. Una volta conclusa l'esecuzione, il conduttore non può invece proporre una nuova opposizione né tanto meno impugnare la sentenza che ha rigettato l'opposizione proposta quando l'indennità era depositata a suo favore: il ritiro del deposito giustifica, piuttosto, l'esercizio di un'azione volta ad ottenere la condanna del locatore al pagamento dell'indennità.

privilegi che assistevano il credito estinto (risultando altrimenti pregiudicati gli interessi dei creditori chirografari).

Si ripropongono su questo terreno considerazioni analoghe a quelle svolte in relazione al primo comma dello stesso articolo. Un'apposita disciplina della fattispecie non appare strettamente necessaria, potendosi pervenire alle medesime conclusioni sulla base dei principi che governano gli atti negoziali: il consenso delle parti è necessario ogni qualvolta possa prodursi una modificazione potenzialmente sfavorevole della loro sfera giuridica e l'accordo che ne consegue non può incidere sui diritti dei terzi.

Prevedendo espressamente il ritiro del deposito anche a seguito dell'estinzione dell'obbligazione, il legislatore ha inteso evidenziare che esiste un'ultima *chance* per evitare che la *res* venga definitivamente attribuita a un soggetto non interessato a riceverla. Non si può escludere che anche una volta completato il procedimento di deposito ed estinta l'obbligazione si prospetti al debitore la possibilità di valorizzare il bene, mentre incontra difficoltà ad ottenere dal creditore — per ipotesi insolvente — il pagamento del corrispettivo. A fronte del consenso al ritiro del deposito, che consente al debitore di utilizzare il bene o di alienarlo a terzi, il creditore potrà allora ottenere la remissione totale o parziale dell'obbligazione corrispettiva. In tale evenienza, il ritiro del deposito si inserisce nel contesto di un accordo che, sia pure *in extremis*, prefigura una soluzione radicalmente diversa del conflitto determinato dal difetto di cooperazione.

Se il dettato della disposizione è univoco, la ricostruzione della fattispecie non trova gli interpreti concordi. Secondo una dottrina autorevole, il ritiro del deposito concordato dalle parti comporterebbe la reviviscenza dell'obbligazione originaria: se infatti l'accordo intercorrente tra le parti generasse un'obbligazione affatto nuova la disposizione sarebbe inutile, essendo scontato che il debitore e il creditore, al pari di qualsiasi altro soggetto, possono generare un nuovo rapporto obbligatorio⁽¹⁷⁷⁾. La scelta di prevedere espressamente il ritiro del deposito anche a seguito dell'estinzione dell'obbligazione indicherebbe che l'accordo delle parti ripristina il rapporto preesistente, sebbene con i limiti dettati dall'esigenza di salvaguardare gli interessi dei terzi.

In base a una diversa opinione⁽¹⁷⁸⁾, il ritiro del deposito concordato dalle parti non comporta la reviviscenza del rapporto obbligatorio

(177) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 196 s.

(178) Quella di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 233 s.

inattuato a causa del difetto di cooperazione, ma la nascita di un'obbligazione del tutto nuova: una lettura che appare più convincente, in quanto l'espressa previsione del ritiro del deposito risponde all'opportunità di indicare alle parti una soluzione più efficiente del conflitto determinato dal difetto di cooperazione. Si osserva, infatti, che quando ammette la reviviscenza del rapporto obbligatorio il legislatore esclude che il creditore possa avvalersi delle garanzie precedentemente prestate da terzi, ma gli consente di escutere quelle fornite dallo stesso debitore (artt. 1197, comma 3°, 1251, 1276, 2926, comma 2° e 2927, comma 2° c.c.); e siccome il creditore che acconsente al ritiro del deposito non può avvalersi delle garanzie reali fornite dallo stesso debitore, è da ritenere che l'accordo intercorrente tra le parti non ripristini il debito originario, ma generi una nuova obbligazione. Quest'ultima può fondarsi su un titolo diverso da quello su cui si basava il debito originario: il denaro o gli altri beni depositati possono essere restituiti al debitore sulla base di contratti di mutuo, deposito, locazione, comodato. È sempre possibile, tuttavia, che al ritiro del deposito non si accompagni la nascita di alcuna obbligazione a carico del debitore: è quanto potrebbe avvenire qualora il creditore acconsentisse al ritiro per donare il bene al debitore o estinguere un precedente debito contratto nei suoi confronti.

10. *Deposito effettuato a seguito di offerta nelle forme d'uso; imputazione delle spese; altri eventuali effetti.* — c) Il deposito accettato dal creditore o convalidato con sentenza passata in giudicato libera il debitore anche se preceduto da un'offerta effettuata nelle forme d'uso (art. 1214 c.c.) ⁽¹⁷⁹⁾. Nel dettato del codice, quest'ultima ha una duplice valenza: se da un lato vale a costituire in mora il creditore di prestazioni di fare (art. 1217 c.c.), dall'altro concorre insieme al deposito a giustificare la liberazione coattiva del debitore (art. 1214 c.c.).

Nell'ambito della prima disposizione, il riferimento alle «forme d'uso» si giustifica alla luce della varietà della cooperazione necessaria

(179) Come si è sostenuto trattando della mora del creditore, l'offerta nelle forme d'uso non si differenzia in modo apprezzabile da quella ordinaria, *id est* informale (art. 1220 c.c.): il rispetto delle forme d'uso — che si identificano con le pratiche degli operatori economici — garantisce quegli stessi requisiti di serietà generalmente richiesti per l'offerta ordinaria. La dottrina prevalente, tuttavia, ritiene che l'offerta nelle forme d'uso si differenzi dalla variante informale: v., *supra*, cap. III, § 20.

per l'esecuzione delle prestazioni di fare e della conseguente difficoltà di individuare *a priori* — e definire sul piano normativo — i contenuti e le modalità dell'offerta ⁽¹⁸⁰⁾.

Nel contesto della seconda, l'offerta integra insieme al deposito un procedimento che permette al debitore di liberarsi in modo più agile del rapporto obbligatorio inattuato a causa del difetto di cooperazione, rinunciando a costituire in mora il creditore. Il debitore — che grazie all'offerta evita le responsabilità riconducibili alla *mora debendi* — guadagna direttamente la liberazione dal vincolo effettuando il deposito ⁽¹⁸¹⁾. Quest'ultimo non si differenzia da quello che consegue all'offerta formale: anche il debitore che abbia scelto di ottenere direttamente la liberazione, offrendo la prestazione nelle forme d'uso, deve seguire il procedimento delineato dall'art. 1212 c.c. ed ottenere la convalida giudiziale del deposito o in alternativa l'accettazione del creditore.

Il debitore che ritira il deposito non può avvalersi degli effetti della mora, in quanto l'offerta nelle forme d'uso non è idonea a produrli; tuttavia, siccome il ritiro non pregiudica gli effetti dell'offerta egli può compiere un nuovo deposito, che lo libera dal rapporto inattuato una volta accettato del creditore o passata in giudicato la sentenza di convalida ⁽¹⁸²⁾.

Certo, la ricostruzione proposta implica un'interpretazione corret-

(180) Per un'argomentazione meno sommaria v., *supra*, cap. III, § 18.

(181) L'opinione espressa nel testo è diffusa in dottrina: cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 246 ss.; SENIGAGLIA, *Offerta secondo gli usi e deposito*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, sub art. 1214, p. 903 s.; NIVARRA, *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2011, p. 116; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 417; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 7; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 158; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 440 s.; Id., *Della mora del creditore*, cit., p. 234 s. Secondo un'altra lettura — più aderente al tenore letterale della disposizione, ma a nostro avviso meno convincente sotto il profilo sistematico — la sequenza prevista dall'art. 1214 c.c. non comporterebbe la liberazione del debitore, ma la costituzione in mora del creditore, che verrebbe posticipata dal momento dell'offerta a quello del deposito: cfr. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 260; ZANCHI, *Facoltà di deposito*, cit., p. 850; CURSI, *La liberazione coattiva del debitore dal vincolo obbligatorio*, nel *Tratt. obbligazioni Garofalo-Talamanca*, Padova, 2010, p. 848, nt. 2; SICCHIERO, voce *Offerta reale*, cit., pp. 24, 26; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 782; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 267.

(182) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 251; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 235.

tiva dell'art. 1214 c.c. In base alla disposizione, quando l'offerta è stata effettuata nelle forme d'uso gli effetti della mora decorrono dal momento del deposito: il perfezionamento della fattispecie, che si verifica solo con la convalida giudiziale o l'accettazione del deposito, non sembra comportare la liberazione del debitore, ma la costituzione in mora del creditore. Anche la relazione al codice civile avvalorata una lettura strettamente aderente al dato letterale: quando il debitore offre la consegna del bene nelle forme d'uso, gli effetti della mora verrebbero posticipati al momento del deposito ⁽¹⁸³⁾.

Per quanto la formulazione della disposizione non possa essere ignorata, è da ritenere che a seguito dell'accettazione del deposito o del passaggio in giudicato della sentenza di convalida il debitore sia liberato: l'estinzione dell'obbligazione "assorbe" gli effetti della mora, che presuppongono la permanenza del rapporto obbligatorio. In definitiva, è probabile che nel formulare l'art. 1214 c.c. il legislatore sia caduto in un errore di prospettiva determinato dalla preoccupazione di chiarire che l'offerta nelle forme d'uso, a differenza di quella formale, non è sufficiente a giustificare gli effetti della mora. Se è vero che gli effetti previsti dall'art. 1207 c.c. si producono solo al momento del deposito [e non da quello dell'offerta], è anche vero che essi non conseguono alla costituzione in mora del creditore, ma all'estinzione del rapporto obbligatorio ⁽¹⁸⁴⁾.

Non ci sembra sostenibile che a seguito del deposito accettato dal creditore o convalidato dal giudice il debitore permanga obbligato ad adempiere, potendo fruire solo della tutela provvisoria riconducibile alla *mora accipiendi*. Quando procede all'offerta il debitore conserva il controllo sul bene, che resta obbligato a consegnare anche dopo l'accettazione del creditore o il passaggio in giudicato della sentenza di convalida (art. 1207, comma 3° c.c.). Se effettua il deposito, invece, il

(183) Cfr. *Relazione del Guardasigilli al Codice civile*, n. 568; *Relazione al Re sul libro «Delle obbligazioni»*, n. 34, in PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, *Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942, p. 77 s.

(184) In questa prospettiva v. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 159. Gli autori ritengono che alla base del «riferimento agli effetti della mora contenuto nell'art. 1214» sussista «un equivoco», derivante dalla «mancata distinzione degli effetti che derivano dalla vera e propria *mora accipiendi* da quelli che, invece, trovano la loro base nella liberazione del debitore e che sostanzialmente comprendono tutti i primi o, per lo meno, quelli che di essa sono ritenuti essenziali, perché degli altri sarebbe ormai del tutto inutile parlare».

debitore si priva della detenzione del bene consegnandolo ad un soggetto qualificato: coerentemente, egli può immediatamente rifiutare la consegna opponendo al creditore l'eccezione di deposito, per poi liberarsi del rapporto alterato (art. 1210, comma 2° c.c.). Il contratto di deposito che costituisce il fondamento negoziale della liberazione del debitore e il procedimento delineato dalla legge (art. 1212 c.c.) sono evidentemente orientati a realizzare tale risultato: si vuole permettere al debitore di uscire dal rapporto inattuato a causa del difetto di cooperazione senza pregiudicare le ragioni del creditore.

Sarebbe allora difficilmente giustificabile, oltre che incoerente con la fisionomia dell'istituto, che il debitore restasse obbligato ad adempiere dopo aver compiuto validamente il deposito per il solo fatto di avervi anteposto un'offerta nelle forme d'uso. D'altra parte, se al perfezionamento del deposito conseguissero gli effetti della mora il procedimento risulterebbe, anziché più agile, più oneroso e complesso di quello incentrato sull'offerta formale: il debitore si priverebbe del controllo sul bene e dovrebbe ottemperare ai requisiti previsti dall'art. 1212 c.c. per ottenere, con decorrenza dal momento del deposito, lo stesso risultato conseguibile tramite la formulazione di un'offerta formale. Ancora, se davvero al perfezionamento del deposito conseguissero gli effetti della mora resterebbe aperto il problema di individuare il modo in cui il debitore potrebbe conseguire la liberazione dal vincolo.

Nonostante la formulazione dell'art. 1214 c.c., dunque, è da ritenere che una volta validamente effettuato il deposito l'obbligazione si estingua: quando il debitore sceglie di seguire l'itinerario tracciato dalla disposizione rinuncia ad avvalersi della tutela provvisoria accordata dalla *mora accipiendi*, per guadagnare direttamente, con il perfezionamento del deposito, la liberazione dal vincolo. In definitiva, effettuando l'offerta nelle forme d'uso il debitore accede più rapidamente al deposito: per ottenere tale vantaggio rinuncia ad avvalersi degli effetti della mora, che altrimenti si sarebbero prodotti dal momento dell'offerta formale.

Alla luce delle considerazioni svolte merita adesione la tesi che avvalora l'applicazione analogica dell'art. 1214 c.c. alla fattispecie in cui il creditore rifiuta la consegna di un immobile⁽¹⁸⁵⁾. Effettuata l'offerta nelle forme d'uso, il debitore può liberarsi mediante il sequestro, a

(185) Cfr. VISALLI, *Una riflessione in tema di mora del creditore: l'offerta nelle forme d'uso (art. 1214 c.c.), il campo di applicabilità e gli effetti in rapporto all'offerta*

condizione che esso sia stato accettato dal creditore o convalidato con sentenza passata in giudicato. Anche sul terreno dei rapporti immobiliari è ragionevole che il debitore possa rinunciare ad avvalersi della tutela interinale riconducibile alla *mora accipiendi* per ottenere più rapidamente la liberazione dal vincolo. L'applicazione analogica della disposizione consente di evitare una disparità di trattamento che risulterebbe irragionevole, in quanto non sarebbe giustificata dalle caratteristiche del bene di cui il creditore rifiuta la consegna.

d) Quando il deposito è stato validamente effettuato, le relative spese sono a carico del creditore (art. 1215 c.c.). La soluzione, che riproduce quella già esaminata in relazione all'offerta formale ⁽¹⁸⁶⁾, si fonda sulla medesima ragione giustificativa: imputando al creditore le spese del deposito, come quelle dell'offerta, si vuole accordare al debitore una tutela integrale, idonea a neutralizzare tutti gli inconvenienti derivanti dal difetto di cooperazione ⁽¹⁸⁷⁾.

Benché il legislatore faccia esclusivamente riferimento al deposito, la disposizione può essere applicata per analogia alle spese relative al sequestro, spesso più elevate ⁽¹⁸⁸⁾: la ragione che giustifica l'imputazione delle spese si ripropone immutata sul terreno dei rapporti immobiliari. Trattando della mora del creditore, d'altra parte, si è constatato che la formulazione dell'art. 1215 c.c. è alquanto ellittica ⁽¹⁸⁹⁾, essendo caratterizzata da un'evidente sineddoche: come facendo riferimento all'offerta reale il legislatore intende designare l'offerta formale in tutte le sue declinazioni, così menzionando il deposito vuole indicare anche il sequestro, che assolve la medesima funzione sul versante immobiliare. È da ritenere, poi, che quando il deposito accettato dal creditore o convalidato con sentenza passata in giudicato consegue ad un'offerta effettuata nelle forme d'uso (art. 1214 c.c.) il debitore possa ottenere anche il rimborso delle spese relative a quest'ultima, in sintonia con l'esigenza, già segnalata, che i rimedi

solenne (art. 1209 c.c.), in *Giust. civ.*, 2002, p. 561; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale*, cit., p. 782 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 234, 247.

(186) V., *supra*, cap. IV, § 8.

(187) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 266; MANIACI, *Spese*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, *sub* art. 1215, p. 913; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore (dir. civ.)*, in *EdD*, XXVI, Milano, 1976, p. 973; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 240.

(188) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 267; MANIACI, *Spese*, cit., p. 913 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 421.

(189) V., *supra*, cap. IV, § 8.

previsti dalla legge lo proteggano integralmente contro le conseguenze del difetto di cooperazione ⁽¹⁹⁰⁾. Non è invece riconducibile alla disposizione in esame (art. 1215 c.c.), ma governato dalla disciplina processuale (artt. 91, 92 c.p.c.), il rimborso delle spese sostenute dal debitore per conseguire l'accertamento giudiziale della validità del deposito ⁽¹⁹¹⁾.

Perché il debitore possa esigere il rimborso delle spese sostenute è necessario che il deposito o il sequestro siano stati accettati dal creditore o dichiarati validi con sentenza passata in giudicato: si rinvia, sul punto, all'esposizione svolta in relazione a entrambi i requisiti ⁽¹⁹²⁾. Se invece il deposito o il sequestro non vengono accettati, né convalidati con sentenza definitiva, le spese sostenute dal debitore restano a suo carico ⁽¹⁹³⁾.

È appena il caso di aggiungere che il debitore può chiedere il rimborso delle spese relative al deposito nel contesto del giudizio di convalida ⁽¹⁹⁴⁾. Qualora invece il deposito sia stato accettato dal creditore, è probabile che le parti abbiano raggiunto un accordo che contempla il rimborso delle spese; se l'accordo viene raggiunto mentre è pendente il giudizio di convalida, quest'ultimo si estingue per cessazione della materia del contendere senza che venga pregiudicato il diritto del debitore di conseguire il rimborso ⁽¹⁹⁵⁾.

Si ritiene, coerentemente, che quando ritira il deposito prima dell'accettazione del creditore o del passaggio in giudicato della sentenza di convalida (art. 1213, comma 1° c.c.) il debitore non possa conseguire il rimborso delle spese: il relativo credito presuppone, infatti, che il deposito abbia prodotto la liberazione del debitore ⁽¹⁹⁶⁾. Se poi il deposito viene ritirato a seguito dell'accettazione del creditore o del passaggio in giudicato della sentenza di convalida (art. 1213,

(190) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 269; MANIACI, *Spese*, cit., p. 916.

(191) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 422.

(192) V., *supra*, §§ 7, 8.

(193) Cfr. Cass. 13 luglio 1998, n. 6856, cit.; Cass. 23 giugno 1986, n. 4162, cit.

(194) Cfr. MANIACI, *Spese*, cit., p. 916; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 421.

(195) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 422. In senso conforme MANIACI, *Spese*, cit., p. 917; MARASCO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 679, nt. 98.

(196) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 271; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 240.

comma 2° c.c.), è probabile che il rimborso delle spese entri nella negoziazione intercorrente tra le parti e sia contemplato dall'accordo che ne costituisce il prodotto: in questo scenario, il creditore acconsentirebbe al ritiro ottenendo quale contropartita la remissione totale o parziale del debito relativo alle spese.

Le spese di cui il debitore può ottenere il rimborso si identificano, in primo luogo, con le somme corrisposte al depositario ai sensi dell'art. 1781 c.c. Esse comprendono, inoltre, i costi sostenuti dal debitore per trasportare il bene presso il depositario così come gli onorari dei pubblici ufficiali verbalizzanti⁽¹⁹⁷⁾ e del difensore che ha curato il deposito per conto del debitore⁽¹⁹⁸⁾.

Come già sostenuto in relazione all'offerta, sulle spese decorrono interessi dal momento in cui sono state sostenute alla data del rimborso: soluzione rispondente all'esigenza di compensare integralmente il debitore dei pregiudizi subiti a causa del difetto di cooperazione⁽¹⁹⁹⁾.

Si ritiene che il depositario — per ipotesi, non retribuito dal debitore — non possa esigere dal creditore il pagamento delle somme a lui dovute ai sensi dell'art. 1781 c.c.⁽²⁰⁰⁾. Dall'art. 1215 c.c. non si ricava l'esistenza di un'obbligazione del creditore nei confronti del depositario, essendo la disposizione orientata a regolare esclusivamente il rapporto intercorrente tra debitore e creditore; d'altra parte, il contratto (di deposito) a favore del terzo può attribuire al beneficiario un diritto di credito, ma non imporgli un'obbligazione nei confronti del promittente.

Il debitore, che si libera dell'obbligazione assunta nei confronti del creditore per effetto dell'accettazione del deposito o della sentenza di convalida, resta obbligato verso il depositario: solo se quest'ultimo dichiara espressamente di liberarlo egli si affranca dalle obbligazioni assunte concludendo il contratto di deposito.⁽²⁰¹⁾ Anche a seguito

(197) In relazione ad entrambi gli aspetti, cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 270; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 240.

(198) Cfr. Pret. Salerno 9 novembre 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 269.

(199) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 271; MANIACI, *Spese*, cit., p. 917; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 240.

(200) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 240 s., il quale svolge a sostegno di tale opinione le argomentazioni sintetizzate nel testo. Nello stesso senso v. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 272; MARASCO, *La mora del creditore*, cit., p. 680; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 422.

(201) Secondo una voce autorevole, tuttavia, a seguito dell'accettazione del creditore o del passaggio in giudicato della sentenza di convalida il depositario sarebbe

dell'estinzione del vincolo, dunque, il debitore rischia di dover sostenere le spese relative al deposito: è quanto può verificarsi nell'eventualità che il creditore risulti insolvente ⁽²⁰²⁾.

Se il depositario non può esigere dal creditore il pagamento di quanto dovuto ai sensi dell'art. 1781 c.c., è tuttavia legittimato a rifiutare la riconsegna del bene in virtù del diritto di ritenzione riconosciutogli dalla legge (artt. 2761, comma 4°; 2756, comma 3° c.c.). Lo stesso risultato può essere giustificato sulla base di un'eccezione di inadempimento, che — in quanto «fondata sul contratto» e non su «altri rapporti» con lo stipulante (art. 1413 c.c.) — può essere opposta dal depositario al creditore qualora il debitore non gli corrisponda le somme dovute in virtù del contratto di deposito ⁽²⁰³⁾. Il creditore al quale viene opposta l'eccezione è indotto ad attuare il rapporto di provvista (quello intercorrente con il debitore, e riconducibile all'art. 1215 c.c.) per stimolare l'attuazione di quello di valuta (che invece intercorre tra il debitore e il depositario, sulla base dell'art. 1781 c.c.): è ipotizzabile che entrambi i rapporti vengano attuati, in virtù di un congegno analogo alla *delegatio solvendi*, mediante il pagamento delle somme dovute effettuato dal creditore (delegato), su incarico del debitore (delegante), direttamente nelle mani del depositario.

Il credito di cui quest'ultimo è titolare, infine, è assistito da un privilegio speciale sul bene affidato alla sua custodia (art. 2761, comma 3° c.c.).

11. *Una variante del deposito: la vendita coattiva (e il deposito del prezzo).* — Talvolta il deposito dei beni rifiutati dal creditore risulta evidentemente inadatto a risolvere il conflitto determinato dal difetto

legittimato ad esigere dal creditore il pagamento di quanto dovuto (FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 341): opinione che appare coerente con la ricostruzione dell'autore, in base alla quale a seguito dell'accettazione del creditore o del passaggio in giudicato della sentenza di convalida il depositario subentra integralmente nella posizione del debitore.

(202) Il fatto che il deposito esponga il debitore a rischi rilevanti anche dopo che si è liberato conferma l'opportunità di valutare attentamente soluzioni alternative ad esso: ci si riferisce in particolare alla risoluzione e alla conclusione di un contratto sostitutivo. Come si è anticipato [v., *supra*, § 9, lett. b], la scelta di disciplinare espressamente il ritiro del deposito denota che il legislatore non è estraneo a tale prospettiva.

(203) Cfr. MARASCO, *La mora del creditore*, cit., p. 680; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 422.

di cooperazione. Questo accade, in particolare, quando i beni, in quanto deperibili, rischiano di deteriorarsi; quando per altre ragioni, come la mancanza di operatori dotati dell'organizzazione necessaria per la custodia, il deposito risulta impraticabile; quando, ancora, le spese di custodia sono eccessive, in quanto sproporzionate rispetto al valore delle merci.

Innovando rispetto alla legislazione previgente, il codificatore del '42 prevede, allora, una variante del procedimento di deposito, che consente ad esso di adattarsi alle caratteristiche della fattispecie e agli interessi delle parti. Il debitore che abbia inutilmente offerto i beni al creditore può, previa autorizzazione del tribunale, venderli «nei modi stabiliti per le cose pignorate e...depositarne il prezzo» (art. 1211 c.c.). Per liberarsi dal vincolo, il debitore ha l'onere di effettuare il deposito osservando le modalità prescritte dalla legge (art. 1212 c.c.) e di ottenerne l'accettazione o la convalida giudiziale (art. 1210, comma 2° c.c.): cambia tuttavia l'oggetto del deposito, che si identifica ora con il ricavato della vendita.

Contemplata dal BGB (§ 383) — nel contesto del quale, come nella legislazione italiana, risulta circoscritta alle obbligazioni aventi ad oggetto la consegna di beni mobili — la “vendita per autorità del debitore” non era prevista dal codice civile previgente⁽²⁰⁴⁾ e dal testo originario del *Code Napoléon*⁽²⁰⁵⁾. A seguito della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti portata a termine nel febbraio 2016, anche nella legislazione francese si prevede che qualora il deposito (*séquestre*) sia troppo oneroso il debitore possa essere autorizzato dal giudice a vendere il bene con o senza incanto: il debitore si libera depositando il ricavato, dedotte le spese della vendita, presso la *Caisse des dépôts et consignations* (art. 1345-1, 2° al. *Code civil*). La fattispecie, che presenta evidenti analogie con quelle delineata dal § 383 BGB e dall'art. 1211 c.c., se ne differenzia per l'ambito di applicazione, essendo il debitore legittimato a ricorrere alla vendita anche quando l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di un immobile. La scelta del legislatore francese appare opportuna, in quanto la difficoltà o l'onerosità della custodia, così come la tendenza ad un rapido deterioramento, possono riscontrarsi anche in relazione agli immobili.

(204) In dottrina, tuttavia, si riteneva che la vendita coattiva, benché non espressamente prevista dalla legge, fosse compatibile con il dettato normativo: cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 351, testo e nt. 124.

(205) Sul punto v. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 215, nt. 1.

La legittimazione a vendere i beni rifiutati dal creditore e a depositare il ricavato è funzionale a limitare il danno subito dal debitore in conseguenza del difetto di cooperazione e i rischi ai quali è esposto. In astratto, la responsabilità del creditore costituito in mora per le spese e i danni conseguenti al rifiuto di ricevere il bene (art. 1207, comma 2° c.c.), l'assunzione del rischio dell'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore (art. 1207, comma 1° c.c.) e il rimborso delle spese sostenute per l'offerta e il deposito (art. 1215 c.c.) neutralizzano integralmente i rischi e gli inconvenienti ai quali il debitore è esposto. È sempre possibile, tuttavia, che il creditore risulti insolvente, sicché i pregiudizi causati dal suo comportamento restano a carico del patrimonio del debitore: non si tratta di un'evenienza improbabile, in quanto il rifiuto di ricevere il bene può essere determinato dalla mancanza della liquidità necessaria a sostenere il pagamento del corrispettivo.

Ora, grazie alla vendita il debitore limita incisivamente l'impatto negativo del difetto di cooperazione: dunque, il rischio esso venga a gravare interamente sul suo patrimonio qualora la *mora accipiendi* e il deposito liberatorio non lo proteggano efficacemente. La vendita delle *res* rifiutate dal creditore consente di ridurre in modo significativo le spese di custodia che il debitore è tenuto a sostenere a seguito dell'offerta per mantenersi in condizione di adempiere, mentre il deposito del prezzo è certamente meno oneroso di quello relativo agli altri beni mobili. Grazie alla vendita, inoltre, è possibile limitare gli altri pregiudizi che conseguono al difetto di cooperazione: si pensi all'ingombro dei magazzini del debitore, che ostacolando l'attuazione di altri rapporti contrattuali può comportare la perdita di opportunità di guadagno. Per altro verso, la vendita coattiva risponde evidentemente anche all'interesse del creditore, in quanto limita la misura delle responsabilità che egli assume a seguito della costituzione in mora e del deposito (artt. 1207, 1215 c.c.). Se poi i beni sono deperibili la vendita consente di evitare l'impossibilità della prestazione, che costituisce un'evenienza estremamente sfavorevole per il creditore costituito in mora in quanto lo priva del suo diritto senza esonerarlo dal pagamento del corrispettivo (art. 1207, comma 1° c.c.).

Se allora, in presenza delle condizioni che sconsigliano il ricorso al deposito, la vendita dei beni rifiutati dal creditore risponde all'interesse di entrambe le parti, ci si può chiedere se il debitore non abbia l'obbligo di effettuarla. Qualora la risposta fosse positiva, il debitore che avesse trascurato tale prospettiva non potrebbe esigere dal credi-

tore il risarcimento dell'intero pregiudizio subito, o il rimborso di tutte le spese sostenute a causa del difetto di cooperazione, ma avrebbe titolo ad essere compensato solo dei costi e dei pregiudizi che non avrebbe potuto evitare ricorrendo tempestivamente alla vendita.

È questa, con ogni probabilità, l'impostazione prevalente nei sistemi anglosassoni — e nei principi internazionali modellati su di essi — nel contesto dei quali la cooperazione all'adempimento viene ricondotta al novero delle obbligazioni e si ritiene che il creditore sia tenuto a limitare le conseguenze dannose dell'inadempimento concludendo un contratto sostitutivo. Se la controparte rifiuta illegittimamente i beni offerti, il debitore (in quanto creditore della cooperazione necessaria per l'adempimento) può liberarsi mediante la risoluzione, ma ha l'onere di tornare sul mercato per limitare il danno derivante dalla mancata attuazione del rapporto. Coerentemente, il debitore di una prestazione "in natura" per la quale la controparte abbia perso interesse non può ottenere il pagamento del corrispettivo pecuniario quando può disporre nuovamente di essa a favore di un soggetto interessato a riceverla senza sostenere sacrifici irragionevoli ⁽²⁰⁶⁾.

Diversa l'impostazione del diritto italiano, dove, sebbene in modo non sempre univoco ⁽²⁰⁷⁾, si assume che la cooperazione non costituisca oggetto di obbligazione, sicché qualora non venga fornita il debitore non può avvalersi dei rimedi contro l'inadempimento. Si è così ritenuto, in relazione ad una vicenda assai singolare, che qualora *dopo aver pagato il prezzo* il compratore abbia restituito i beni ricevuti deducendo vizi in realtà inesistenti, il venditore non sia legittimato ad alienare nuovamente la merce, sul presupposto implicito della risoluzione del contratto, ma possa liberarsi dell'obbligazione relativa alla consegna solo effettuando il deposito, eventualmente preceduto dalla vendita coattiva, o "per autorità del debitore" (art. 1211 c.c.) ⁽²⁰⁸⁾.

Senonché, l'attivazione dei rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione risulta essere alquanto impegnativa, in quanto richiede il rispetto di un procedimento complesso. Non fa eccezione la fattispecie in esame. Per approdare validamente al deposito del prezzo, e liberarsi

(206) V., *supra*, cap. I, §§ 7, 8, 10.

(207) V., *supra*, cap. I, § 9.

(208) Cfr. Cass. 8 gennaio 2013, n. 267, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «indebito», n. 7. Per una valutazione critica della sentenza v., volendo, M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *CeI*, 2018, p. 1151 ss.

così dell'obbligazione, il debitore deve condurre a termine una sequenza che prevede un doppio sindacato giurisdizionale, volto ad accertare, rispettivamente, la sussistenza dei presupposti della vendita e quelli della liberazione coattiva del debitore.

L'onerosità del procedimento e l'elevato tasso di formalismo che lo caratterizza può giustificare la riluttanza del debitore ad intraprendere tale itinerario: ipotesi, questa, che appare confermata dall'esiguità della casistica giurisprudenziale. Nella stessa prospettiva, si comprende che in letteratura la soluzione della questione qui considerata non riceva una risposta univoca: se certamente la vendita dei beni rifiutati dal creditore costituisce la soluzione preferibile per entrambe le parti quando le circostanze del caso sconsigliano il ricorso al deposito, sanzionare il debitore che non si è sobbarcato l'onere di portare a termine un procedimento tanto oneroso può comportare un esito iniquo.

In letteratura, dunque, si riscontra un ampio ventaglio di opinioni. Alla voce di chi esclude che il debitore possa ritenersi obbligato a seguire il procedimento previsto dall'art. 1211 c.c. — essendo esso previsto esclusivamente nel suo interesse ⁽²⁰⁹⁾ — si contrappone l'opinione che configura come doveroso il ricorso alla vendita quando i beni sono deperibili, in quanto permette di evitare un irreparabile pregiudizio alle ragioni del creditore ⁽²¹⁰⁾. Su questa linea, ma estendendo l'area di obbligatorietà del procedimento, si colloca chi ritiene che sia onere del debitore ricorrere alla vendita ogni qualvolta essa risponde anche all'interesse della controparte ⁽²¹¹⁾: è quanto si verifica non solo quando le cose sono deperibili, ma anche nell'ipotesi in cui le spese di custodia, che graverebbero sul creditore, sono sproporzionate al valore del bene. Si prospetta, ancora, la necessità di operare una valutazione differenziata, che distingue la vendita dal deposito ⁽²¹²⁾. Quest'ultimo consegue sempre ad una libera valutazione del debitore; al verificarsi dei presupposti previsti dall'art. 1211 c.c., tuttavia, il debitore che intende ottenere la liberazione dal vincolo è tenuto ad effettuare la vendita perché il deposito delle *res* (anziché del loro controvalore

(209) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 217. In senso conforme v. ZANCHI, *Cose deperibili o di dispendiosa custodia*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2010, p. 882, testo e nt. 9.

(210) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 416.

(211) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 193 s.

(212) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 354.

pecuniario) non è idoneo a governare efficacemente il conflitto generato dal difetto di cooperazione.

Da parte nostra, osserviamo che il debitore può rivendere liberamente i beni sul mercato quando consegue la risoluzione del contratto, in quanto al creditore è imputabile, oltre al rifiuto illegittimo dei beni offertigli, l'inadempimento, attuale o anticipato, dell'obbligazione corrispettiva⁽²¹³⁾. Se invece non sussistono i presupposti della risoluzione, il debitore può vendere i beni rifiutati dal creditore solo osservando il procedimento previsto dall'art. 1211 c.c.

Non essendo possibile affermare *a priori* che è obbligato a farlo, sostenendo l'onere di un procedimento assai impegnativo, si rende necessaria una valutazione flessibile, governata dal principio di buona fede. In quest'ottica possono assumere rilevanza, a titolo esemplificativo, il valore dei beni rifiutati dal creditore, la probabilità che essi deperiscano o si svalutino dopo il deposito, l'entità delle spese di custodia che è possibile risparmiare grazie alla vendita, le ragioni indicate dal creditore a giustificazione del rifiuto [si pensi all'ipotesi in cui non disponga dello spazio sufficiente a custodire i beni nel proprio magazzino]. Se alla luce dei principi di correttezza e buona fede si può pretendere che il debitore venda i beni rifiutati dal creditore osservando il procedimento delineato dall'art. 1211 c.c., qualora non si orienti in questo senso il credito avente ad oggetto il risarcimento del danno e il rimborso delle spese sostenute è almeno in parte inesigibile: il debitore non può infatti ottenere il risarcimento del danno — e il rimborso delle spese — che avrebbe potuto evitare ricorrendo alla vendita (arg. *ex art.* 1227, comma 2° c.c.). La stessa soluzione può essere espressa in altri termini, se si ritiene il creditore obbligato a risarcire interamente il danno derivante dal difetto di cooperazione e a rimborsare integralmente le spese, ai sensi degli artt. 1207 e 1215 c.c., ma gli si riconosce nei confronti del debitore che non procede alla vendita un credito risarcitorio fondato sulla violazione del precetto di buona fede: anche in questa ipotesi, il risarcimento del danno e il rimborso delle spese esigibili dal debitore risulterà diminuito, in quanto destinato a compensarsi con il credito risarcitorio conseguente alla violazione del canone di buona fede.

La fattispecie in esame si differenzia dalle ipotesi di vendita in danno del debitore inadempiente prevista dall'art. 1515 c.c. e da altre

(213) Per un'analisi dei rapporti tra rimedi contro il difetto di cooperazione e risoluzione del contratto v., *supra*, cap. I, §§ 15, 16.

disposizioni che ad essa fanno riferimento (artt. 1536, 1551, 1796 c.c.): nel contesto di esse, infatti, il venditore — o comunque, il contraente fedele — viene tutelato non in quanto debitore di una prestazione rifiutata dalla controparte, ma in quanto creditore della prestazione corrispettiva ⁽²¹⁴⁾. In questa diversa prospettiva, la legittimazione della parte fedele la protegge contro il rischio di non conseguire il pagamento del prezzo, piuttosto che contro gli inconvenienti del difetto di cooperazione.

Sono invece funzionalmente assimilabili alla disposizione in esame altre previsioni, che accordano al debitore la legittimazione a vendere i beni rifiutati dal creditore proteggendolo contro le conseguenze del difetto di cooperazione: peraltro, se la funzione coincide la disciplina è differente, in quanto il legislatore rinvia alla vendita in danno del debitore (art. 1515 c.c.). Il riferimento è alla vendita delle cose depositate prevista a favore del gestore dei magazzini generali nel contesto dell'art. 1789 c.c. ed alla vendita delle merci trasportate che il vettore è legittimato a compiere sulla base degli artt. 1690, 1686 c.c. e 450 cod. nav. ⁽²¹⁵⁾

È comprensibile che il legislatore abbia scelto di riproporre proprio in relazione a tali rapporti contrattuali la “vendita per autorità del debitore”, adottandone una variante che, grazie al rinvio all'art. 1515 c.c., comporta un procedimento meno impegnativo per la parte protetta di quello delineato dalla normativa di parte generale (art. 1211 c.c.). Quelle del depositario e del vettore sono obbligazioni di carattere restitutorio, che sopravvivono allo scioglimento del rapporto contrattuale: il debitore permane obbligato a restituire il bene affidato alla sua custodia anche dopo aver attivato con successo un rimedio sinallagmatico. Anche i testi normativi internazionali accordano al debitore la legittimazione a vendere i beni di cui il creditore rifiuta la restituzione, riconoscendogli il diritto di liberarsi depositando il prezzo rica-

(214) Lo evidenziano CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 216; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 355 s.

(215) Non è invece riconducibile al modello dell'art. 1211 c.c. la fattispecie disciplinata dall'art. 1718, comma 2° c.c., in base al quale il mandatario, nell'interesse del mandante, può vendere con urgenza le cose che ha ricevuto per suo conto: la legittimazione del mandatario ad effettuare la vendita non si fonda, infatti, sul difetto di cooperazione del mandante, ma risponde all'esigenza di curare efficacemente i suoi interessi in situazioni di urgenza. Sul punto v. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 223.

vato ⁽²¹⁶⁾: siccome l'obbligazione restitutoria resiste allo scioglimento del rapporto di scambio, occorre fornire al debitore uno strumento che gli consenta di liberarsi ugualmente.

Come è evidente, inoltre, il perdurare dell'obbligazione di custodia pregiudica in modo particolarmente serio tanto il gestore dei magazzini generali, quanto il vettore: in entrambi i casi, si tratta di soggetti che esercitano attività imprenditoriali nel contesto delle quali la disponibilità di locali e mezzi idonei alla custodia assume una particolare rilevanza.

12. *I presupposti sostanziali e il procedimento.* — Il debitore può intraprendere il procedimento previsto dall'art. 1211 c.c. quando il creditore rifiuta di ricevere beni che sono già di sua proprietà o sono destinati a divenire tali: il deposito del prezzo che conclude la sequenza implica, infatti, che il creditore possa vantare un diritto in virtù del quale il bene è destinato ad integrarsi a titolo definitivo nel suo patrimonio ⁽²¹⁷⁾.

Come risulta dalla sua collocazione sistematica, la disposizione — che costituisce parte integrante della disciplina del deposito, e non viene richiamata da quella del sequestro — deve ritenersi applicabile solo alle obbligazioni aventi ad oggetto la consegna di beni mobili ⁽²¹⁸⁾: senonché, anche sul versante immobiliare può affiorare, e risultare meritevole di tutela, un interesse del debitore a limitare gli inconvenienti derivanti dal difetto di cooperazione ricorrendo vendita.

La vendita coattiva è subordinata al verificarsi di un triplice presupposto. Certamente il debitore può ricorrere ad essa quando i beni, in quanto deperibili, sono destinati a perire o deteriorarsi benché adeguatamente custoditi. Può accadere, inoltre, che la liberazione risulti ostacolata dalla mancanza o dalla difficile reperibilità di un soggetto idoneo a ricevere i beni in deposito: il presupposto si verifica anche quando i beni possono essere conservati solo dal debitore, il quale sarebbe altrimenti costretto a protrarre indefinitamente la custo-

(216) V., *supra*, cap. I, § 10.

(217) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 216. Nello stesso senso v. ZANCHI, *Cose deperibili*, cit., p. 881. Secondo una voce autorevole (FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 379), il titolo sulla base del quale il creditore ha diritto di ricevere il bene sarebbe irrilevante ai fini dell'applicabilità dell'art. 1211 c.c., che tutela esclusivamente l'interesse del debitore a liberarsi del rapporto obbligatorio.

(218) Cfr. ZANCHI, *Cose deperibili*, cit., p. 881; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 216.

dia ⁽²¹⁹⁾. È ipotizzabile, ancora, che la conservazione dei beni sia tecnicamente possibile, ma richieda costi sproporzionati rispetto al loro valore ⁽²²⁰⁾. In sintesi, il debitore può ricorrere alla vendita ogni qualvolta la conservazione dei beni nello stato in cui si trovano appare irragionevole [in quanto gli stessi beni sono deperibili], tecnicamente difficile [per la difficoltà di reperire soggetti dotati dell'organizzazione necessaria ad assumere la custodia] o eccessivamente onerosa [per la sproporzione tra i costi della custodia e il valore della *res*].

La legittimazione ad effettuare la vendita (e a depositare il prezzo che ne deriva) si modella su quella esaminata in relazione al deposito ⁽²²¹⁾: ne consegue che anche un soggetto terzo può vendere i beni rifiutati dal creditore e, tramite il deposito del prezzo, liberare il debitore dal vincolo ⁽²²²⁾.

La vendita per autorità del debitore presuppone l'«offerta reale» delle cose o «l'intimazione a ritirarle» (art. 1211 c.c.). In dottrina si ritiene che con tali espressioni il legislatore abbia inteso effettuare un rinvio alle due varianti dell'offerta formale contemplate dall'art. 1209 c.c.: il ricorso alla vendita richiederebbe necessariamente la preventiva costituzione in mora del creditore ⁽²²³⁾, sebbene l'offerta possa essere convalidata, al termine del procedimento, contestualmente al deposito del prezzo. Secondo una voce autorevole, quando i beni destinati al creditore sono deperibili e sono già stati individuati il debitore potrebbe limitarsi ad effettuare un'offerta ordinaria, in quanto in tale evenienza l'esigenza di salvaguardare il diritto del creditore prevale sull'osservanza delle formalità ordinariamente prescritte dalla legge ⁽²²⁴⁾.

A nostro parere, il debitore può limitarsi ad effettuare un'offerta nelle forme d'uso — che non ci sembra differire in modo apprezzabile da quella ordinaria ⁽²²⁵⁾— anche qualora i beni non siano deperibili. Il

(219) Condividiamo qui una notazione di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 217.

(220) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 194; ZANCHI, *Cose deperibili*, cit., p. 881 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 415.

(221) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 195; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 376.

(222) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 376.

(223) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 195; ZANCHI, *Cose deperibili*, cit., p. 882, nt. 9; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 216.

(224) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 416.

(225) V. *supra*, § 10 e cap. III, § 20.

legislatore consente al debitore che ritenga di non poter essere efficacemente tutelato contro le conseguenze della dilatazione del rapporto di liberarsi senza la preventiva costituzione in mora del creditore, mediante un'offerta nelle forme d'uso seguita dal deposito (art. 1214 c.c.). È da ritenere, allora, che dopo aver effettuato un'offerta nelle forme d'uso il debitore possa percorrere l'itinerario tracciato dall'art. 1211 c.c., il quale costituisce una variante del procedimento di deposito. Ricorrendo alla vendita, il debitore può limitare i rischi e gli inconvenienti derivanti dal rifiuto del creditore, mentre in luogo della *res* viene depositato il prezzo. La figura si integra armonicamente con la sequenza delineata dall'art. 1214 c.c.: entrambe le disposizioni sono orientate a limitare il danno derivante dal difetto di cooperazione, in quanto assecondano la pretesa del debitore di liberarsi tempestivamente dal vincolo evitando il protrarsi del rapporto obbligatorio. Sotto il profilo esegetico, la tesi qui sostenuta è compatibile con il dettato normativo: «l'intimazione di ritirare» i beni che prelude alla vendita (art. 1211 c.c.) si riscontra, infatti, anche nell'offerta effettuata nelle forme d'uso.

Oltre ad offrire la consegna dei beni, il debitore è tenuto a comunicare al creditore la volontà di procedere alla vendita con un certo preavviso: benché non espressamente previsto dal testo della disposizione (art. 1211 c.c.), l'atto è ritenuto necessario per salvaguardare adeguatamente, sul piano procedimentale, il diritto del creditore di ricevere la *res*. Si osserva poi, a sostegno della tesi, che, come la vendita, anche il deposito deve essere preceduto da un'intimazione che permette al creditore di recuperare la fisiologia del rapporto recandosi a ricevere il bene (art. 1212, n. 1 c.c.)⁽²²⁶⁾.

Se gli argomenti a favore dell'obbligatorietà di un atto di preavviso

(226) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 216. Nello stesso senso v. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 195. Un'altra, autorevole voce dottrinale ritiene necessaria una seconda intimazione, dopo quella compiuta con l'offerta (FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 371 ss.): se ne rinviene il fondamento normativo nell'art. 2797 c.c., relativo alla vendita delle cose date in pegno, al quale secondo questa opinione l'art. 1211 c.c. rinvia. Analogamente al preavviso che precede il deposito, anche l'intimazione con cui si preannuncia la vendita può essere fatta, secondo l'autore, tramite la notificazione del verbale di offerta, come prevede l'art. 74, comma 4° disp. att. Si conclude, poi, che l'assenza o l'irregolarità dell'intimazione comporta l'invalidità della vendita, non ritenendosi che il creditore possa essere adeguatamente tutelato sul piano risarcitorio (p. 373). Tanto per le premesse, quanto per le conclusioni, la tesi differisce da quella sostenuta nel testo.

sono convincenti, la sua omissione non determina l'inefficacia della vendita, ma solo effetti di carattere risarcitorio: il creditore potrà ottenere il risarcimento del danno subito in conseguenza della vendita se dimostra che, qualora avvertito, avrebbe ricevuto la consegna dei beni e ne avrebbe ricavato utilità superiori a quelle espresse in forma monetaria dal prezzo depositato a suo favore. Non è infatti realisticamente ipotizzabile che il deposito del prezzo sia invalido, e il debitore resti obbligato ad eseguire la prestazione in natura, qualora la vendita non sia stata preceduta da un atto non espressamente previsto dalla legge.

La vendita, d'altra parte, consegue pur sempre all'offerta della prestazione e deve essere autorizzata dal giudice, il quale è tenuto a verificare la sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 1211 c.c.; non si può dire che il dettato della disposizione trascuri le ragioni del creditore. Ad autorizzare la vendita è, in composizione monocratica (art. 73 *bis* disp. att.), il tribunale del luogo dove la prestazione deve essere eseguita, in analogia con quanto dispone l'art. 77 cpv. disp. att. ⁽²²⁷⁾

Il procedimento che conduce all'autorizzazione, riconducibile alla categoria della volontaria giurisdizione, è di tipo camerale, sicché risulta disciplinato dagli artt. 737 ss. c.p.c. Ci si chiede se nel contesto di esso il creditore debba essere necessariamente sentito, ma non si perviene a una risposta univoca; la questione, infatti, appare condizionata dall'interpretazione della disciplina di carattere processuale. Esclude che il creditore debba partecipare al procedimento chi, in un'ottica restrittiva, ritiene necessaria un'espressa previsione legislativa ⁽²²⁸⁾. Diversa, e a nostro avviso più convincente, la posizione di chi, in una prospettiva espansiva, estende la partecipazione al giudizio camerale a tutti i soggetti titolari di interessi sui quali lo stesso è destinato a incidere, sebbene essi non possano vantare un'espressa

(227) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 196; ZANCHI, *Cose deperibili*, cit., p. 882 s.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 176; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 217; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 374 s.

(228) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 218. Anche FALZEA ritiene che l'autorizzazione possa essere pronunciata «senza che sia provocato il contraddittorio del creditore» (*L'offerta reale*, cit., p. 370). Secondo l'autore, tuttavia, a seguito dell'autorizzazione giudiziale e dell'intimazione inviatagli dal debitore il creditore può fare opposizione alla vendita: per una sintesi di tale posizione v., *infra*, nel corso di questo stesso paragrafo.

legittimazione legislativa ⁽²²⁹⁾. In questa prospettiva, l'autorizzazione alla vendita richiederebbe certamente la partecipazione del creditore.

Si concorda, invece, sul fatto che il tribunale competente ad accordare l'autorizzazione debba limitarsi ad accertare la sussistenza dei presupposti sostanziali e procedurali appena esaminati — vale a dire, di quelli delineati dall'art. 1211 c.c. — mentre il diritto del debitore di liberarsi contro la volontà del creditore è destinato ad essere accertato in sede di convalida del deposito del prezzo ⁽²³⁰⁾. In assenza dell'accettazione del creditore, dunque, la liberazione del debitore comporta un doppio passaggio giurisdizionale.

Contro il decreto pronunciato dal tribunale può essere proposto reclamo «con ricorso alla corte d'appello, che pronuncia anch'essa in camera di consiglio» (art. 739, comma 1° c.p.c.). La legittimazione a proporre reclamo spetta al solo debitore (se l'autorizzazione viene negata) o anche al creditore (quando invece viene concessa) in dipendenza della soluzione accolta in ordine alla partecipazione del secondo al giudizio camerale: se si ritiene che il creditore ne sia parte, deve essere necessariamente legittimato a proporre reclamo contro il decreto pronunciato in prima istanza. In quanto atto di volontaria giurisdizione, il provvedimento che dispone sulla richiesta di autorizzazione non può essere impugnato con ricorso per cassazione ⁽²³¹⁾.

Ottenuta l'autorizzazione del tribunale, il debitore può procedere

(229) Sul punto v., anche per i riferimenti, la puntuale ricostruzione di VALITUTTI, *I procedimenti in camera di consiglio*, in Chiarloni e Consolo (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, III, *Procedimenti possessori e camerali*, Torino, 2005, p. 262 s.: «la dottrina meno recente aveva elaborato una nozione atecnica di parte legittimata al ricorso, ritenendo che tale nozione fosse diversa da quella in uso nel processo ordinario di cognizione, e perfino di quella propria del processo di esecuzione. E ciò in considerazione della preponderante incidenza che, nel più generale ambito dei procedimenti camerali, rivestono i procedimenti di volontaria giurisdizione, che si ritenevano deputati alla mera gestione di interessi, e non alla tutela di posizioni soggettive attive. La dottrina più recente ha, per contro, operato una distinzione fondamentale tra procedimenti unilaterali e procedimenti bilaterali o plurilaterali [ai quali è evidentemente riconducibile quello al quale si fa riferimento nel testo, n.d.a.], evidenziando, in relazione a questi ultimi, la necessità del rispetto del principio del contraddittorio, ed elaborando per gli stessi la nozione di controinteressato, o soggetto passivo del procedimento». Su questa linea v., nella dottrina civilistica, ZANCHI, *Cose deperibili*, cit., p. 884, testo e nt. 16.

(230) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 196; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 219; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 370.

(231) Cfr. Cass. 22 giugno 1994, n. 549 (ord.), in *Foro it.*, Rep. 1994, v. «camera di consiglio», n. 13.

alla vendita «nei modi stabiliti per le cose pignorate» (art. 1211 c.c.). Sull'interpretazione di tale espressione, la dottrina non concorda.

Secondo una prima opinione, essa rinvia alla disciplina della vendita delle cose assoggettate a pegno (art. 2797 c.c.)⁽²³²⁾. Su questa base, si ritiene che una volta offerta la consegna e conseguita l'autorizzazione del tribunale il debitore abbia l'onere di intimare al creditore di ricevere il bene, comunicandogli che in caso di inottemperanza procederà alla vendita. Il creditore potrebbe opporsi alla vendita entro cinque giorni dall'intimazione e se l'opposizione investe (non i presupposti della vendita delineati dall'art. 1211 c.c., ma) il diritto del debitore di conseguire la liberazione dal vincolo, il giudizio che ne consegue si identifica con quello di convalida⁽²³³⁾; quando l'opposizione non viene proposta o viene rigettata, il debitore potrebbe procedere alla vendita mediante pubblico incanto o a mezzo di persona autorizzata.

Una prospettiva analoga, ancorché non del tutto coincidente, è stata adottata da una pronuncia della S.C., che infatti — in sintonia con la dottrina appena considerata — riconduce il procedimento delineato dall'art. 1211 c.c. alla categoria dell'esecuzione forzata⁽²³⁴⁾. Anche il giudice di legittimità identifica i «modi stabiliti per le cose pignorate» con il procedimento che disciplina la vendita dei beni assoggettati a pegno (art. 2797 c.c.). Si ritiene tuttavia — a differenza della tesi appena sintetizzata — che il creditore possa proporre opposizione a seguito dell'offerta con cui il debitore lo sollecita a ricevere la *res*, preavvisandolo della vendita, sebbene il secondo non abbia ancora conseguito l'autorizzazione del tribunale: si reputa infatti irragionevole che il creditore al quale sia stata intimata la vendita dei beni contestualmente all'offerta sia costretto ad attendere l'autorizzazione del tribunale per opporsi efficacemente alla pretesa del debitore. L'atto con cui il creditore si contrappone alla vendita viene qualificato come opposizione all'esecuzione (art. 615, comma 1° c.p.c.) ed è soggetto alla relativa disciplina (art. 616 c.p.c.): in quest'ottica, la sentenza che decide sull'opposizione alla vendita proposta dal creditore deve rite-

(232) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 370 ss.

(233) Resta il fatto, però, che qualora l'opposizione venisse rigettata e il debitore procedesse alla vendita, per poi depositare il prezzo, in assenza dell'accettazione del creditore si renderebbe necessario un terzo accertamento giurisdizionale: quello relativo alla validità del deposito.

(234) Cfr. Cass. 29 agosto 2008, n. 21908, in *Giur. it.*, 2009, 1199 ed in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1045.

nersi appellabile, essendo stato ripristinato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 il regime ordinario delle impugnazioni.

Come è evidente, la tesi che ravvisa nei «modi stabiliti per le cose pignorate» un rinvio alla disciplina della vendita dei beni assoggettati a pegno garantisce incisivamente la posizione del creditore — che risulta legittimato a proporre opposizione — ma aggrava il procedimento di liberazione, nel contesto del quale può aprirsi un accertamento giurisdizionale non previsto dagli artt. 1210 s. c.c.: quello volto a verificare la fondatezza della medesima opposizione. Per effettuare validamente la vendita — che trova applicazione a situazioni caratterizzate da una certa urgenza — il debitore rischia di trovarsi impegnato in un procedimento troppo lungo e defatigante.

Appare allora preferibile — perché coerente con la funzione della disposizione e compatibile con la sua formulazione — l'opinione in base alla quale il dettato dell'art. 1211 c.c. fa riferimento ai modi stabiliti dal codice di rito per la vendita delle cose assoggettate a pignoramento⁽²³⁵⁾. Oggetto di rinvio sono le sole disposizioni che regolano le modalità della vendita forzata, prevedendo che essa possa avvenire con incanto o senza (art. 503 c.p.c.) e delineando nei due casi il relativo procedimento (artt. 532 ss. c.p.c.)⁽²³⁶⁾. In quest'ottica, il debitore procede senz'altro alla vendita una volta ottenuta l'autorizzazione del tribunale, senza che il creditore possa fare opposizione promuovendo un nuovo giudizio.

La somma ricavata dalla vendita viene corrisposta al debitore, che si libera depositandola con le modalità previste dalla legge (art. 1212 c.c.). Siccome a seguito della vendita l'obbligazione ha ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, il debitore potrà adottare il più agile procedimento previsto dalla legislazione speciale in relazione alle obbligazioni pecuniarie non estinguibili mediante denaro contante, comunicando al creditore l'accettazione dell'intermediario abilitato (art. 49, comma 1 d.lg. 21 novembre 2007, n. 231)⁽²³⁷⁾. Se tuttavia, come appare probabile, il creditore non accetta il deposito, il debitore dovrà ottenere l'accertamento giudiziale della sua validità.

(235) Cfr. ZANCHI, *Cose deperibili*, cit., p. 882 s.; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 203; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 176; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 218 s.

(236) Sul punto v. ZANCHI, *Cose deperibili*, cit., p. 882 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 218 s.

(237) V., *supra*, § 6.

13. *Ancora sulla vendita coattiva: gli effetti.* — Sono ancora da considerare gli effetti che la vendita produce sul rapporto intercorrente tra le parti:

a) Nel contesto italiano si ritiene che la vendita comporti una modificazione dell'oggetto dell'obbligazione: la somma ricavata dalla vendita si sostituisce, infatti, ai beni rifiutati dal creditore. Viene così disattesa l'opinione — diffusa, invece, nella dottrina tedesca — in base alla quale a seguito della vendita l'obbligazione diverrebbe facoltativa, in quanto il debitore potrebbe consegnare in luogo della cosa dovuta, e rifiutata dal creditore, la somma ricavata ⁽²³⁸⁾.

Pur valutando in termini critici tale posizione, si è sostenuto che se per ipotesi il debitore riacquista la disponibilità del bene venduto può liberarsi consegnandolo al creditore (o depositandolo a suo favore) ⁽²³⁹⁾. La tesi solleva qualche perplessità, perché a seguito del preavviso, dell'autorizzazione giudiziale e della vendita che ne consegue il creditore può confidare ragionevolmente di essere esonerato dalla cooperazione necessaria per la consegna del bene e di ricevere in luogo di esso il pagamento del prezzo.

b) Si discute, poi, se la legittimità della vendita sia condizionata al successivo deposito del prezzo. Chi risponde positivamente ritiene che il debitore sia tenuto a depositare senza indugio il prezzo ricavato dalla vendita ⁽²⁴⁰⁾: l'autorizzazione giudiziale prevista dall'art. 1211 c.c. avrebbe ad oggetto la vendita *in quanto seguita dal deposito* ⁽²⁴¹⁾, essendo la prima «un semplice incidente della procedura» ⁽²⁴²⁾ che conduce al secondo. Non vengono tuttavia individuate con altrettanta chiarezza le conseguenze che derivano dal mancato ricorso al deposito: sono astrattamente compatibili con le premesse indicate tanto l'inefficacia della vendita nei rapporti tra le parti [risultando dunque invariato l'oggetto

(238) Si rinvia sul punto, anche per i riferimenti dottrinali, alla trattazione di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 219 s. V. anche FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 360 ss.

(239) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 220.

(240) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 364 ss. L'opinione è condivisa da ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 199 e da NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., pp. 177, 179.

(241) «Il pretore [oggi, il tribunale] invero non accorda la autorizzazione soltanto per la vendita, ma insieme per la vendita e per il deposito del ricavato»: così FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 364.

(242) Sono parole di NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., pp. 177, 179.

dell'obbligazione], quanto la responsabilità del debitore per il pregiudizio eventualmente subito del creditore.

In sintonia con una ulteriore opinione espressa in dottrina ⁽²⁴³⁾ riteniamo, invece, che la legittimità della vendita non sia subordinata al deposito del prezzo, fermo restando che solo a seguito di esso il debitore si libera della sua obbligazione. Anche se non immediatamente seguita dal deposito, la vendita assolve efficacemente la sua funzione: essa consente, infatti, di limitare i pregiudizi e i rischi derivanti dal difetto di cooperazione, e qualora i beni siano deperibili permette di preservare il diritto del creditore. Dopo aver effettuato la vendita, il debitore può astenersi dal deposito in quanto ha ragione di ritenere che il creditore accetterà il pagamento del prezzo. In questa ipotesi, naturalmente, il debitore deve mantenersi pronto ad adempiere, in quanto se non è in grado di corrispondere tempestivamente la somma pretesa dal creditore incorre in *mora debendi*.

c) Strettamente connessa alla precedente è un'ulteriore questione, che assume speciale rilevanza, sul piano applicativo, quando l'obbligazione avente ad oggetto la consegna dei beni rifiutati dal creditore deriva da un contratto a prestazioni corrispettive. In tale evenienza, alla prestazione "in natura" (destinata ad essere sostituita, ai termini dell'art. 1211 c.c., dal prezzo della vendita) fa riscontro, ordinariamente, un corrispettivo in denaro. Occorre allora valutare se il debito avente ad oggetto il pagamento del prezzo ricavato dalla vendita coattiva possa compensarsi con il credito relativo al corrispettivo pecuniario.

Come è evidente, la parte che abbia venduto ai sensi dell'art. 1211 c.c. i beni rifiutati dall'altro contraente ha interesse a compensare il suo debito con il credito relativo al corrispettivo pecuniario piuttosto che effettuare il deposito ed attendere che il suo diritto venga soddisfatto. Siccome comporta una soddisfazione totale o parziale del suo diritto di credito, la compensazione permette al debitore che ha effettuato la vendita di ridurre il rischio di non ottenere il pagamento del corrispettivo.

Ebbene, secondo una prima opinione il debito relativo al pagamento del prezzo ricavato dalla vendita non potrebbe essere dedotto in compensazione: la legittimazione a vendere i beni accordata al debitore sarebbe esclusivamente orientata a favorirne la liberazione, mentre non potrebbe essere utilizzata allo scopo di assicurare la

(243) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 221. Nello stesso senso v., più di recente, ZANCHI, *Cose deperibili*, cit., p. 884 s.

soddisfazione di un suo diritto di credito ⁽²⁴⁴⁾. Si tratta di una posizione coerente con l'assunto, già considerato criticamente, in base al quale la validità della vendita è subordinata al deposito del prezzo.

Più persuasiva, a nostro parere, l'opinione favorevole ad ammettere la compensazione ⁽²⁴⁵⁾. A sostegno di essa si osserva che la compensazione comporta non solo la soddisfazione di un credito, ma anche l'estinzione di un debito, che si identifica, nella fattispecie, con quello avente ad oggetto il pagamento del prezzo ricavato dalla vendita. Il ricorso alla compensazione, dunque, non altera la funzione della vendita per autorità del debitore.

Non solo. Se è vero che grazie alla compensazione il debitore fedele al contratto limita il rischio di non ottenere il pagamento del corrispettivo — in quanto il relativo diritto risulta almeno in parte soddisfatto — la *ratio* dell'art. 1211 c.c. viene rispettata. Il debitore ricorre alla vendita per circoscrivere i pregiudizi derivanti dal difetto di cooperazione, che non sempre il creditore è in condizione di risarcire; successivamente, egli opera la compensazione tra il debito relativo al prezzo ricavato dalla vendita e il credito avente ad oggetto il corrispettivo per limitare il rischio di essere esposto all'inadempimento. A ben vedere, tanto la vendita coattiva disciplinata dall'art. 1211 c.c., quanto l'estinzione per compensazione del debito relativo al prezzo tutelano il debitore contro l'eventualità che il creditore risulti insolvente, con la conseguente inefficacia dei rimedi ordinariamente applicabili a suo favore.

Sezione seconda

La "sfera" del deposito e quella dell'offerta

SOMMARIO: 14. Sui rapporti tra offerta e deposito: nella prospettiva monofocale propria del diritto del diritto delle obbligazioni... — 15. ...ed in quella multifocale dei contratti a prestazioni corrispettive: scambio *vs.* condizionamento. — 16. Quando il rapporto nasce dall'accordo delle parti. Esecuzione in forma specifica del contratto preliminare e offerta del prezzo. — 17. Quando il rapporto non è voluto, ma imposto dalla legge: il deposito funzionale all'esercizio dei diritti di prelazione e riscatto riconosciuti al coltivatore diretto.

14. *Sui rapporti tra offerta e deposito: nella prospettiva monofocale propria del diritto del diritto delle obbligazioni...* — Delineata la fisionomia del deposito, occorre identificare le fattispecie in cui esso viene

(244) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 366.

(245) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 221 s. Nello stesso senso v., nella letteratura più recente, ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 201.

ritenuto necessario in sede applicativa. Nell'esposizione che segue prenderemo in considerazione, in particolare, il rapporto tra il deposito e l'offerta del bene. Fermo restando che solo il primo comporta l'estinzione dell'obbligazione, è da valutare quando il debitore interessato alla produzione di un altro effetto giuridico debba effettuarlo e quando, invece, possa limitarsi all'offerta. Si tratta di tracciare in modo sufficientemente netto una linea di confine — quella tra l'offerta e il deposito — che non sembra richiamare l'attenzione della dottrina e viene percepita dalla giurisprudenza in modo non sempre nitido.

Benché in sede applicativa interessi prevalentemente il deposito di somme di denaro, la questione si configura anche in relazione al sequestro: le considerazioni che seguono, dunque, si riferiscono ad entrambi gli istituti, nei loro rapporti con l'offerta. E siccome quest'ultima assume rilevanza tanto nel contesto del diritto delle obbligazioni, quanto nell'ambito dei contratti di scambio, la linea di tensione che la contrappone al deposito attraversa almeno due settori: la relazione con le due varianti della mora nella prospettiva monocorde propria del diritto delle obbligazioni, incentrata sul singolo rapporto; la relazione con l'eccezione di inadempimento nell'ottica multifocale che caratterizza i contratti di scambio, dove l'esecuzione della prestazione — o la sua offerta — si riflette sull'esigibilità della prestazione corrispettiva (art. 1460 c.c.).

Non sempre l'elaborazione giurisprudenziale offre risposte univoche, ed anche quando le soluzioni raggiunte sono condivisibili esse appaiono, talvolta, non adeguatamente motivate. In questa sede, formuleremo ipotesi sulle ragioni che giustificano l'onere di effettuare il deposito anziché limitarsi all'offerta.

Anticipiamo qui che la preferenza accordata ad una delle due soluzioni sottende una scelta relativa alla distribuzione del rischio tra le parti del rapporto obbligatorio inattuato a causa del difetto di cooperazione. Il deposito assicura al creditore la disponibilità del bene, di cui, invece, egli potrebbe trovarsi impossibilitato ad ottenere la consegna in un momento successivo a quello in cui ha rifiutato l'offerta. Per converso, il debitore che effettua il deposito assume il rischio di non ottenere dal creditore il rimborso delle spese sostenute (art. 1215 c.c.): rischio che si aggiunge a quello di non ottenere l'esecuzione della prestazione corrispettiva e il risarcimento del danno da ritardo, se il rapporto interessato dal difetto di cooperazione si colloca nel contesto di un contratto di scambio. In definitiva, il deposito protegge il

creditore assicurandogli la disponibilità del bene, mentre può esporre il debitore ad oneri e rischi rilevanti.

Ebbene, se si considerano le applicazioni dell'istituto nell'ottica del diritto delle obbligazioni — ed in particolare, in relazione alle due varianti della mora — appare giustificata una valutazione complessivamente critica del ruolo assegnato al deposito, di cui talvolta il debitore risulta onerato quando avrebbe potuto limitarsi all'offerta.

Si è ritenuto che per essere esonerato dal pagamento degli oneri condominiali straordinari sostenuti a seguito del rifiuto opposto dal creditore, il debitore debba procedere al sequestro dell'immobile⁽²⁴⁶⁾. In un'altra pronuncia, già considerata trattando degli effetti della mora⁽²⁴⁷⁾, si è affermato che per essere esonerato dal pagamento degli interessi convenzionali il debitore ha l'onere di depositare validamente la somma dovuta⁽²⁴⁸⁾. In entrambe le occasioni il debitore chiede che vengano riconosciuti a suo favore gli effetti della *mora accipiendi* (art. 1207 c.c.), che non presuppongono il sequestro o il deposito, ma l'offerta formale. È probabile che le pronunce citate costituiscano il retaggio della concezione, avvalorata dalla legislazione previgente⁽²⁴⁹⁾, in base alla quale solo liberandosi dell'obbligazione il debitore potrebbe essere tutelato contro gli inconvenienti del difetto di cooperazione. È appena il caso di osservare che a seguito della scelta di recepire la mora del creditore compiuta dal codificatore del '42 entrambi gli effetti non presuppongono il deposito o il sequestro, essendo giustificati dall'offerta formale.

Sul versante dei rapporti con la *mora debendi*, ci siamo imbattuti in una sentenza di legittimità in base alla quale per essere esonerato dal pagamento del canone di locazione il conduttore di un immobile adibito ad uso commerciale sarebbe tenuto ad effettuarne validamente il sequestro⁽²⁵⁰⁾. Secondo la giurisprudenza prevalente, dalla quale la sentenza si discosta, il conduttore potrebbe invece limitarsi ad offrire la restituzione dell'immobile in forma solenne⁽²⁵¹⁾. Si è allora sostenuto, in termini critici nei confronti di entrambe le soluzioni, che anche sul

(246) Cfr. Cass. 27 aprile 2004, n. 7982, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «locazione», n. 123.

(247) V., *supra*, cap. IV, § 5.

(248) Cfr. Cass. 6 gennaio 1983, n. 79, in *Foro it.*, Rep. 1983, v. «obbligazioni in genere», n. 22.

(249) Per una retrospettiva v., *supra*, cap. I, §§, 3, 4.

(250) Cfr. Cass. 20 gennaio 2016, n. 890, in *Contratti*, 2016, 321.

(251) Lo si è ricordato *supra*, cap. IV, §§ 10-13.

terreno dei contratti di locazione commerciale — come in relazione a quelli aventi ad oggetto immobili adibiti ad uso di abitazione — il conduttore è esonerato dall'obbligo di pagare il canone quando offre in modo informale la restituzione del locale (art. 1220 c.c.): non è necessaria a questi effetti l'offerta solenne, né tanto meno occorre il sequestro dell'immobile. Se infatti — come si ritiene in relazione alle locazioni abitative — l'offerta ordinaria, purché seria e attendibile, è sufficiente ad escludere la mora del conduttore e il conseguente obbligo di pagare il canone (art. 1591 c.c.), la circostanza che il medesimo conduttore sia creditore dell'indennità di avviamento non giustifica la necessità di ricorrere all'offerta formale o al sequestro liberatorio.

Non appare condivisibile neppure un'ulteriore pronuncia giurisprudenziale, che considera il deposito nelle sue relazioni con l'onere di evitare il danno derivante dall'inadempimento (art. 1227, comma 2°, c.c.) (252). Si è ritenuto che quando grazie al risarcimento il creditore può evitare l'aggravarsi del danno, il debitore abbia l'onere di depositare la somma dovuta: se invece si limita ad offrirla, la sua responsabilità si estende al danno che il creditore avrebbe potuto evitare impiegandola tempestivamente. Nella fattispecie un appaltatore, condannato in primo grado al risarcimento del danno, offre al committente la somma dovuta, ma a seguito del rifiuto non effettua il deposito. In sede di gravame, chiede che il risarcimento venga ridotto ai sensi dell'art. 1227, comma 2° c.c. perché se il committente avesse impiegato la somma offerta dopo il giudizio di primo grado per compiere le necessarie riparazioni il danno non si sarebbe aggravato. Confermando la sentenza di secondo grado, la S.C. nega la riduzione del risarcimento in considerazione del fatto che l'appaltatore non ha effettuato validamente il deposito.

La soluzione non appare condivisibile, in quanto irrigidisce la regola che esclude il risarcimento del danno evitabile subordinandone l'applicazione ad un requisito, quello del deposito, privo di riscontro nel dato normativo (art. 1227, comma 2° c.c.). A ben vedere, l'accettazione del risarcimento seriamente offerto (e liquidato, nel caso di specie, dalla sentenza di primo grado) e la destinazione del denaro allo scopo di evitare l'aggravarsi del danno costituisce un comportamento ordinariamente diligente: il rifiuto di un'offerta seria e attendibile — che ben potrebbe essere accettata con riserva di pretendere un risar-

(252) Cfr. Cass. 15 novembre 2013, n. 25775, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «obbligazioni in genere», n. 59.

cimento ulteriore, eventualmente liquidato dal giudice di secondo grado — giustifica l'applicazione dell'art. 1227, comma 2° c.c. se impiegando tempestivamente la somma il creditore avrebbe potuto evitare alcune conseguenze dell'inadempimento.

15. ...ed in quella multifocale dei contratti a prestazioni corrispettive: scambio vs. condizionamento. — Appriamo sul terreno dei contratti di scambio, e consideriamo quando un soggetto interessato a ricevere una prestazione contrattuale o un'attribuzione patrimoniale prevista a suo favore da una norma di legge può limitarsi ad offrire il corrispettivo e quando, invece, è tenuto a depositarlo. Si delineano, allora, due possibili ricostruzioni del rapporto intercorrente tra le parti e delle prestazioni che ne costituiscono parte integrante.

Quando ognuna di esse giustifica vicendevolmente l'esecuzione dell'altra sulla base di un rapporto di scambio, la parte interessata ad ottenere il corrispettivo può limitarsi ad offrire la prestazione dovuta, non essendo necessario che la stessa sia effettivamente eseguita. Come risulta chiaramente dal tenore letterale dell'art. 1460 c.c., l'offerta della prestazione, purché seria e attendibile, è sufficiente a neutralizzare l'eccezione di inadempimento e a giustificare, così, l'esigibilità della controprestazione ⁽²⁵³⁾.

In alternativa, la relazione tra le due prestazioni — o tra le attribuzioni patrimoniali previste dalla disposizione di legge che istituisce il rapporto — può essere modellato sul meccanismo della condizione: perché una delle prestazioni risulti esigibile, occorre che l'altra sia stata effettivamente eseguita. Ne consegue che quando la *prestazione condizionante* viene rifiutata dal suo creditore, il debitore interessato ad ottenere la *prestazione condizionata* è tenuto ad effettuare il deposito: surrogando l'adempimento, quest'ultimo realizza contro la volontà del creditore la condizione al verificarsi della quale è subordinata l'esigibilità dell'altra prestazione.

Esiste una relazione tra le soluzioni appena delineate e la fonte del rapporto intercorrente tra le parti. L'offerta sembra essere sufficiente

(253) Per un riscontro, in dottrina, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*², Milano, 2012, p. 364, testo e nt. 15; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Giuffrè, 2011, *sub* art. 1460, p. 76; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, *Artt. 1460-1462*, Bologna-Roma, 1988, p. 20 ss. In giurisprudenza, ritiene sufficiente un'offerta irrituale Cass. 27 dicembre 1975, n. 4233, in *Foro it.*, Rep. 1975, v. «contratto in genere», n. 333.

quando tra le prestazioni contrattuali sussiste un rapporto di scambio, che presuppone l'accordo delle parti. Se una di esse disattende lo scambio prefigurato dal contratto rifiutando l'offerta della prestazione, l'altra può esigere l'esecuzione della controprestazione, non essendo opponibile nei suoi confronti l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.). Rifiutando la prestazione offertagli, il creditore impedisce lo scambio che egli stesso ha programmato concludendo il contratto: avendo disatteso un impegno liberamente assunto, e con esso l'affidamento della controparte, è giustificato che egli sia tenuto a eseguire la prestazione dovuta senza aver conseguito la disponibilità di quella illegittimamente rifiutata. Il contraente che violando l'accordo precedentemente concluso rifiuta l'offerta può essere condannato ad adempiere senza avere la garanzia di ottenere in un secondo momento l'esecuzione della prestazione corrispettiva.

Se poi si considera il punto di vista della controparte — che offre la prestazione per poi esigere il pagamento del corrispettivo — appare evidente che la scelta di chiedere l'adempimento, trascurando la prospettiva della risoluzione, la espone già ad un rischio non indifferente. Chi esercita l'azione di adempimento assume il rischio di non ottenere l'esecuzione della prestazione di cui è creditore [se l'esecuzione forzata della sentenza di condanna non va a buon fine] né il risarcimento del danno che compensa il ritardo maturato nel corso del giudizio: porre a suo carico anche l'onere di effettuare il deposito — con la prospettiva, non troppo remota, di non conseguire il rimborso delle relative spese (art. 1215 c.c.) — significa rendere ancor più scomoda la sua posizione. Ecco perché per neutralizzare l'eccezione di inadempimento ed esigere il pagamento del corrispettivo si ritiene sufficiente un'offerta ordinaria, purché seria e attendibile (art. 1460 c.c.).

Certo, questo comporta la possibilità che la controversia relativa all'attuazione dello scambio si frammenti in due fasi, corrispondenti alle prestazioni che integrano il sinallagma, mentre configurando (l'adempimento o) il deposito quale condizione di esigibilità della prestazione corrispettiva l'attuazione del rapporto contrattuale sarebbe concentrata in un'unica sede: la parte interessata a ricevere la prestazione corrispettiva può chiedere contestualmente l'accertamento giudiziale della validità del deposito e la condanna ad adempiere. Alla luce dell'analisi appena svolta, tale vantaggio non è tuttavia sufficiente a giustificare l'onere di depositare il bene posto a carico del contraente interessato ad attuare lo scambio: quanto meno, ogni qualvolta l'azione di adempimento sia finalizzata al conseguimento di una prestazione che

costituisce oggetto di un'obbligazione, come tale ottenibile solo mediante il processo di esecuzione. L'onere di effettuare il deposito può invece risultare giustificato quando il debitore non è esposto al rischio di non conseguire la controprestazione, che, risolvendosi in un effetto reale, egli riceve automaticamente senza la necessità di agire in sede esecutiva. In questa situazione entrambe le parti sono al riparo dal rischio di non ottenere la prestazione attesa, e il contenzioso relativo all'attuazione del rapporto è concentrato in un'unica sede.

Se il quadro appena tracciato riflette la normale dinamica delle relazioni tra privati, talvolta un rapporto giuridico patrimoniale viene costituito sulla base di una disposizione di legge, che a tutela di interessi sottratti alla disponibilità delle parti limita l'autonomia privata: è il caso delle prelazioni agrarie e del diritto di riscatto che ne sanziona la violazione. La relazione tra le prestazioni contrattuali — o meglio, tra le attribuzioni patrimoniali dovute alle parti al verificarsi delle fattispecie previste dalla legge — è allora modellata sul paradigma della condizione. Perché si produca l'effetto giuridico condizionato, è necessario che la prestazione condizionante sia stata eseguita; e qualora la sua esecuzione sia preclusa dal rifiuto del creditore, è onere del debitore effettuare validamente il deposito. In questa ipotesi, siccome l'effetto giuridico condizionato non è stato voluto (es. riscatto del fondo acquistato in violazione del diritto di prelazione), ma viene imposto dalla legge ad una delle parti, il rifiuto della prestazione che ne costituisce la contropartita non contraddice l'assetto di interessi programmato dalle parti e può, anzi, essere considerato alla stregua di un'evenienza fisiologica. Per questa ragione, l'effetto giuridico imposto ad una delle parti viene condizionato al pagamento del corrispettivo o al deposito: la legge ammette che un soggetto possa subire un effetto giuridico non voluto, ma lo protegge contro il rischio di non ottenere l'esecuzione della prestazione che ne costituisce la contropartita. Così, come vedremo subito, l'acquirente di un fondo alienato dal proprietario in violazione del diritto di prelazione riconosciuto al coltivatore diretto è esposto all'esercizio del diritto di riscatto, che tuttavia risulta condizionato al pagamento del prezzo; qualora egli lo rifiuti, il retraente ha l'onere di effettuare il deposito.

Come è evidente, ravvisando nel nesso tra le prestazioni uno scambio piuttosto che un condizionamento si giustifica una ripartizione del rischio coerente con la fonte — negoziale o legale — della relazione intercorrente tra le parti: dunque, rispondente al ruolo svolto dall'autonomia privata nella genesi del rapporto.

Quando la prestazione rifiutata dal creditore è stata offerta in attuazione di un accordo contrattuale liberamente concluso, trova applicazione il regime dello scambio (art. 1460 c.c.). Per ottenere l'esecuzione della controprestazione il debitore può generalmente limitarsi ad effettuare l'offerta — risultando esonerato dal deposito e dalle relative spese — mentre il creditore è esposto al rischio di essere condannato ad adempiere senza poi conseguire la prestazione inizialmente rifiutata.

Quando invece — come avviene in relazione alle prelazioni legali ed ai connessi diritti di riscatto — un dato effetto giuridico viene imposto dalla legge ad una delle parti, esso risulta condizionato all'esecuzione della prestazione che ne costituisce la contropartita economica: la parte interessata alla produzione dell'effetto imposto dalla legge ha l'onere di pagare il prezzo e qualora esso sia stato rifiutato è tenuta ad effettuare validamente il deposito.

Il soggetto che subisce un effetto non voluto in conseguenza di una disposizione di legge che comprime la sua autonomia non agisce in modo contraddittorio, in quanto non delude un affidamento generato da un proprio precedente comportamento. Per questo motivo, la legge lo protegge contro il rischio di non conseguire la prestazione che compensa l'effetto subito imponendo alla controparte di adempiere la relativa obbligazione o effettuare validamente il deposito.

16. *Quando il rapporto nasce dall'accordo delle parti. Esecuzione in forma specifica del contratto preliminare e offerta del prezzo.* — È da verificare, ora, se, e in che misura, la ricostruzione dei rapporti tra offerta e deposito appena delineata trovi riscontro nel dato normativo e nella produzione giurisprudenziale, considerando in primo luogo la situazione in cui il rapporto inattuato derivi dall'accordo delle parti.

Va considerato con favore — in quanto rispondente al dettato dell'art. 1460 c.c. — l'orientamento giurisprudenziale in base al quale, stante l'inadempimento del contratto preliminare, il promissario acquirente interessato ad ottenere il trasferimento coattivo della proprietà del bene può limitarsi ad offrire il prezzo, non essendo tenuto ad effettuarne il deposito. Anche sulle modalità dell'offerta la giurisprudenza è sostanzialmente univoca: interpretando liberamente il rinvio alle «forme di legge» rinvenibile nell'art. 2932 c.c., si ritiene sufficiente

un'offerta informale, purché seria e attendibile ⁽²⁵⁴⁾, e solo incidentalmente si afferma che quando il corrispettivo è esigibile al momento della proposizione della domanda il promissario acquirente ha l'onere di offrirlo in forma solenne ⁽²⁵⁵⁾.

(254) Cfr. Cass. 11 aprile 2017, n. 9314, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «contratto in genere», n. 202; Cass. 30 gennaio 2013, n. 2217, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «contratto in genere», n. 431; Cass. 23 dicembre 2010, n. 26011, in *Foro it.*, Rep. 2010, v. «contratto in genere», n. 449; Cass. 24 ottobre 1989, n. 4323, in *Foro it.*, Rep. 1989, v. «contratto in genere», n. 299; Cass. 23 febbraio 1987, n. 1915, in *Arch. civ.*, 1987, 490; Cass. 8 febbraio 1982, n. 739, in *Foro it.*, Rep. 1982, v. «contratto in genere», n. 140; Trib. Torino 28 agosto 2008, per esteso in *Pluris*. V. tuttavia in senso contrario Cass. 22 ottobre 1998, n. 10473, in *Foro it.*, Rep. 1998, v. «contratto in genere», n. 425, nella motivazione della quale si legge che il promissario acquirente interessato ad ottenere il trasferimento coattivo del bene è tenuto a manifestare il proposito di adempiere «in forma reale. Ciò significa che, se si tratta di offerta informale, all'offerta deve necessariamente seguire il deposito».

Si precisa, poi, che una volta formulata l'offerta contestualmente alla citazione che introduce il giudizio di primo grado il promissario acquirente non è tenuto a rinnovarla in sede di gravame: cfr. Cass. 25 giugno 2012, n. 10590, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «contratto in genere», n. 537.

(255) L'affermazione è incidentale, perché si riscontra in relazione a una fattispecie in cui — dovendo essere il prezzo pagato contestualmente alla stipulazione del contratto definitivo — il promissario acquirente è esonerato dalla formulazione dell'offerta (si veda, sul punto, la nota seguente). Cfr. Cass. 28 luglio 2010, n. 17688, in *Contratti*, 2010, 911: «in tema di contratto preliminare, ai fini dell'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., l'offerta del pagamento del residuo prezzo della vendita deve essere effettuata formalmente solo nell'ipotesi in cui il contratto preliminare abbia previsto che il versamento del prezzo debba avvenire in un momento antecedente alla stipula dell'atto traslativo, mentre nella ipotesi di prevista contestualità, non è necessaria una offerta formale, essendo sufficiente la manifestazione dell'intendimento di adempiere la controprestazione, anche implicito». Analoga la formulazione adottata da Cass. 23 novembre 2011, n. 24739, in *Contratti*, 2012, 261 ed in *Giur. it.*, 2012, 2551; Cass. 15 ottobre 2008, n. 15185, in *Obbl. contr.*, 2009, 972.

Nel caso considerato da Cass. 13 dicembre 2007, n. 26226, in *Contratti*, 2008, 665, invece, l'affermazione secondo cui il promissario acquirente è tenuto ad effettuare l'offerta formale si riferisce ad una somma dovuta anteriormente alla stipulazione del contratto definitivo, in quanto qualificata dalle parti quale caparra confirmatoria: anche in questo caso, tuttavia, la ritenuta solennità dell'offerta non è decisiva, in quanto il promissario acquirente non aveva effettuato neppure un'offerta ordinaria. Nemmeno in Cass. 19 agosto 1998, n. 8196, in *Foro it.*, Rep. 1998, v. «contratto in genere», n. 427, la ritenuta necessità dell'offerta formale risulta decisiva al fine di giustificare il rigetto della domanda, in quanto dopo l'offerta del corrispettivo effettuata informalmente dal promissario acquirente — e ritenuta inidonea dalla S.C. — i suoi eredi avevano compiuto validamente il deposito: rilevando che il promittente alienante non aveva chiesto la risoluzione del contratto, il giudice di legittimità conferma la sentenza di

Se nel momento in cui viene proposta la domanda il corrispettivo non è ancora esigibile, in quanto deve essere pagato contestualmente o successivamente alla stipulazione del contratto definitivo, il giudice può pronunciare la sentenza costitutiva sebbene il promissario acquirente non abbia offerto il prezzo. Per rendere possibile l'applicazione del rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. anche quando il corrispettivo non è ancora esigibile, una giurisprudenza pretoria inietta nel rapporto di scambio una dose di condizionamento: il trasferimento della proprietà del bene viene infatti sospensivamente condizionato al pagamento del corrispettivo ⁽²⁵⁶⁾.

merito che aveva accolto la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare.

(256) Cfr. Cass. 31 maggio 2017, n. 13707, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «contratto in genere», n. 254; Cass. 5 maggio 2015, n. 8913 (ord.), in *Notariato*, 2015, 526; Cass. 30 agosto 2013, n. 19984, in *Foro nap.*, 2014, 535 e *Foro it.*, Rep. 2014, v. «contratto in genere», n. 387; Cass. 24 agosto 2012, n. 14621, in *NGCC*, 2013, I, 127; Cass. 14 gennaio 2010, n. 477, in *Foro it.*, Rep. 2010, v. «contratto in genere», n. 463; Cass. 7 aprile 2006, n. 8212, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «contratto in genere», n. 536; Cass. 1° agosto 2001, n. 10469, in *Foro it.*, Rep. 2001, v. «contratto in genere», n. 425. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Genova 16 luglio 2010, per esteso in *Pluris*.

Conduce al medesimo risultato la massima in base alla quale quando il preliminare prevede che il pagamento del prezzo debba avvenire contestualmente o successivamente alla stipulazione del definitivo il promissario acquirente potrebbe limitarsi ad invitare il promittente alienante a presentarsi davanti al notaio per la sottoscrizione del rogito, realizzando così una valida offerta secondo gli usi (art. 1214 c.c.); in alternativa, si osserva che la stessa proposizione della domanda "incorpora l'offerta", in quanto costituisce manifestazione di una seria volontà di adempiere. In concreto, il promissario acquirente viene temporaneamente sollevato dall'onere di effettuare un'offerta seria e attendibile, e gli effetti della sentenza che dispone il trasferimento del diritto sono condizionati al pagamento del prezzo. Cfr. Cass. 5 giugno 2018, n. 14372, in *Foro it.*, Rep. 2018, v. «contratto in genere», n. 65; Cass. 16 ottobre 2017, n. 24339, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «contratto in genere», n. 233; Cass. 22 maggio 2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, 1518; Cass. 29 dicembre 2011, n. 29849, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «contratto in genere», n. 546; Cass. 23 novembre 2011, n. 24739, cit.; Cass. 28 luglio 2010, n. 17688, cit.; Cass. 31 luglio 2007, n. 16881, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «contratto in genere», n. 481; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20867, in *Vita not.*, 2005, 264; Cass. 16 marzo 2006, n. 5875, per esteso in *Pluris*; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20867, in *Vita not.*, 2005, 264; Cass. 29 luglio 2004, n. 14378, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «contratto in genere», n. 509. Nella giurisprudenza di merito, cfr. App. Roma 24 gennaio 2013; Trib. Latina 12 marzo 2018; Trib. Treviso 13 luglio 2016; Trib. Perugia 9 febbraio 2016; Trib. Aosta 11 settembre 2014, tutte per esteso in *Pluris*.

Come è noto, la sentenza pronunciata ex art. 2932 c.c. diviene esecutiva solo una volta passata in giudicato, in relazione ai capi che interessano il trasferimento del diritto e il suo corrispettivo, sicché prima del momento in cui diviene definitiva il promittente

Come si osserva in dottrina, la soluzione riproduce fedelmente la fisionomia dell'operazione economica programmata dalle parti quando esse hanno previsto che il prezzo dovesse essere pagato contestualmente alla conclusione del contratto definitivo; mentre qualora al promissario acquirente sia stato concesso di saldare il prezzo successivamente al trasferimento della proprietà del bene sarebbe preferibile — in quanto maggiormente coerente con l'assetto di interessi concordato all'atto del preliminare — disporre senz'altro il trasferimento del diritto e condannare in futuro il promissario acquirente a pagare il prezzo ⁽²⁵⁷⁾. In giurisprudenza, tuttavia, si riscontra un'unica massima, che non differenzia le ipotesi in cui il pagamento del prezzo sia stato previsto come contestuale o differito rispetto alla stipulazione del rogito ⁽²⁵⁸⁾.

Il contenzioso più rilevante che la prassi della sentenza condizionata solleva in sede applicativa scaturisce dal mancato pagamento del prezzo. Il condizionamento tra le prestazioni si manifesta, allora, nella sua reale portata — quella di un semplice espediente empirico volto ad agevolare la funzionalità di un rimedio — in quanto la giurisprudenza adotta nuovamente la prospettiva dello scambio: il mancato pagamento del prezzo non comporta l'inefficacia del rapporto generato dalla sentenza costitutiva, ma ne giustifica la risoluzione ⁽²⁵⁹⁾. I presupposti e il regime di quest'ultima sono evidentemente più idonei del rigido meccanismo condizionale a governare il complesso scenario che consegue al mancato pagamento del prezzo: si pensi al duttile requisito della gravità dell'inadempimento (art. 1455 c.c.) e alla compatibilità della risoluzione con il risarcimento del danno conseguente allo scioglimento del rapporto (art. 1453, comma 1° c.c.).

alienante non perde la titolarità del diritto e non può agire in sede esecutiva per ottenere il pagamento del prezzo: cfr. Cass. 3 maggio 2016, n. 8693, in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «esecuzione provvisoria», n. 3; Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4059, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 171.

(257) Cfr. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 629.

(258) Cfr. SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*⁴, nel *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2016, p. 1255.

(259) Cfr. Cass. 23 maggio 2016, n. 10605, in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «contratto in genere», n. 392; Cass. 7 aprile 2006, n. 8212, cit.; Cass. 16 gennaio 2006, n. 691, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «contratto in genere», n. 540; Cass. 6 agosto 2001, n. 10827, in *Foro it.*, Rep. 2001, v. «contratto in genere», n. 424; Cass. 9 febbraio 1993, n. 1588, in *Foro it.*, Rep. 1993, v. «contratto in genere», n. 379.

Accade invece meno frequentemente che il promittente alienante rifiuti di ricevere il prezzo al cui pagamento è condizionato il trasferimento del diritto. In giurisprudenza si ammette che il promissario acquirente possa effettuare il deposito ⁽²⁶⁰⁾ — ed ottenere, così il trasferimento del diritto — ma non si afferma espressamente che è tenuto a farlo, non essendo sufficiente la semplice offerta.

A nostro parere, quando il promittente alienante rifiuta di ricevere il prezzo il promissario acquirente ha l'onere di effettuare il deposito: la soluzione è coerente con il meccanismo condizionale elaborato dalla giurisprudenza per giustificare la pronuncia della sentenza costitutiva e consente di neutralizzare i rischi inerenti all'attuazione del rapporto. Quando, come appare probabile, il proprietario accetta il prezzo offertogli, il promissario acquirente ottiene senz'altro la prestazione, che si identifica con il trasferimento del diritto sul bene. Per la stessa ragione, se invece il prezzo viene rifiutato è ragionevole che il promissario acquirente proceda al deposito, in quanto a seguito di esso ottiene senz'altro il trasferimento del diritto.

A differenza di quanto avverrebbe qualora fosse creditore di una prestazione tale da richiedere il ricorso al processo di esecuzione, il promissario acquirente che procede al deposito non corre alcun rischio, se non quello di sostenere le spese del procedimento senza poi ottenerne il rimborso (art. 1215 c.c.). Siccome, tuttavia, è obbligato a pagare una somma di denaro di importo significativo, può avvalersi del procedimento previsto dalla legislazione speciale — più semplice e meno oneroso — nel contesto del quale l'accettazione scritta dell'intermediario comunicata al creditore equivale al deposito (art. 49, comma 1 d. lg. 21 novembre 2007, n. 231) ⁽²⁶¹⁾. Per converso, se il promittente alienante perdesse la proprietà del bene per effetto della semplice offerta sarebbe esposto al rischio di non conseguire in un secondo momento il pagamento del corrispettivo che compensa il trasferimento del diritto, e si troverebbe costretto a domandare la risoluzione. In definitiva, il ricorso al deposito appare preferibile perché permette di minimizzare i rischi inerenti all'attuazione dello scambio e preclude ulteriori sviluppi della controversia intercorrente tra le parti.

Per la stessa ragione, merita di essere condivisa l'opinione in base al quale nella vendita con riserva di proprietà il trasferimento del diritto

(260) Cfr. Cass. 21 luglio 2005, n. 15286, in *Guida dir.*, 2005, f. 38, 55.

(261) V., *supra*, § 6.

si verifica solo quando il compratore ha depositato il prezzo rifiutato dal venditore ⁽²⁶²⁾. Gli altri effetti del contratto si sono prodotti contestualmente alla conclusione dell'accordo (consegna del bene, imputazione del rischio), sicché il compratore può pretendere solo il trasferimento del diritto, che si verifica automaticamente in conseguenza del pagamento del prezzo (art. 1523 c.c.). Non essendo esposto al rischio di non conseguire l'esecuzione della controprestazione pur essendo adempiente, il compratore ha l'onere di depositare il prezzo rifiutato dal venditore. Per converso, se si ritenesse sufficiente la semplice offerta il venditore correrebbe il rischio di non conseguire il corrispettivo in un primo tempo rifiutato e in tale evenienza si troverebbe costretto a domandare in un secondo tempo la risoluzione del contratto. Anche su questo terreno, in definitiva, il ricorso al deposito garantisce l'attuazione integrale dello scambio ed impedisce che la controversia intercorrente tra le parti possa avere ulteriori sviluppi.

Non appare condivisibile, invece, la scelta di estendere tale soluzione a fattispecie in cui la prestazione "condizionata" al pagamento del corrispettivo non si identifica con un effetto reale — suscettibile, come tale, di prodursi automaticamente a seguito del pagamento del prezzo — ma può essere ottenuta coattivamente solo mediante il processo di esecuzione. Anche in queste ipotesi, l'operazione che consiste nel sostituire lo scambio prefigurato dalle parti con una relazione strutturata sul modello della condizione ha quale corollario l'onere, imposto al debitore, di depositare la prestazione rifiutata dal creditore.

Così, risolto il contratto per inadempimento del venditore, il compratore sarebbe legittimato ad ottenere la restituzione del prezzo solo depositando il macchinario a beneficio del venditore: stante il condizionamento tra le prestazioni restitutorie istituito dalla sentenza di risoluzione, l'offerta della *res* non viene ritenuta sufficiente ⁽²⁶³⁾. Nella fattispecie, la sentenza di risoluzione sostituisce al "sinallagma rovesciato" un rapporto di condizionamento tra le prestazioni restitutorie: perché la prestazione condizionata possa essere pretesa in sede esecutiva è allora necessario che la prestazione condizionante sia stata eseguita o depositata.

(262) Cfr. Cass. 13 agosto 1996, n. 7555, in *Foro it.*, Rep. 1996, v. «obbligazioni in genere», n. 30.

(263) Cfr. Cass. 17 maggio 1994, n. 4818, in *Foro it.*, Rep. 1994, v. «sentenza civile», n. 57.

Sulla stessa linea una sentenza di legittimità che — stante il rapporto di condizionamento ravvisato tra le due prestazioni da una precedente pronuncia — ritiene che il venditore non possa agire in sede esecutiva per ottenere il pagamento del prezzo limitandosi a provare di aver offerto la *res*, essendo invece tenuto a depositarla validamente a beneficio del compratore ⁽²⁶⁴⁾.

In entrambi i casi, lo scambio prefigurato dalle parti con la conclusione del contratto viene arbitrariamente sostituito da una relazione di tipo condizionale, con la conseguenza che l'equilibrio del rapporto e il rischio inerente alla sua mancata attuazione — su questo terreno, non irrilevante — risultano evidentemente alterati. Nella prima vicenda, il compratore rischia di non ottenere la restituzione del prezzo in considerazione dell'eventualità che il venditore risulti insolvente; ma quando quest'ultimo (forse proprio perché impossibilitato a restituire il prezzo) rifiuta di ricevere il macchinario, il medesimo compratore viene onerato del deposito e delle relative spese, senza alcuna garanzia di un effettivo rimborso. Nel secondo caso il venditore rischia, parimenti, di non ottenere il pagamento del prezzo, ma quando il compratore rifiuta di ricevere la *res* si vede costretto ad effettuare il deposito, che costituisce il surrogato della prestazione "condizionante", sebbene non gli sia garantito il rimborso delle spese sostenute.

In definitiva, quando il debitore è esposto al rischio di non poter ottenere la controprestazione — che non si identifica con un effetto reale, ma costituisce oggetto di un'obbligazione — non è necessario il deposito, essendo sufficiente la formulazione dell'offerta. La soluzione, che appare coerente con la ricostruzione proposta e con il dettato dell'art. 1460 c.c., trova riscontro in una sentenza di merito: il venditore può esigere il pagamento del prezzo benché non abbia proceduto al deposito, essendosi limitato ad offrire seriamente la consegna del bene ⁽²⁶⁵⁾.

17. *Quando il rapporto non è voluto, ma imposto dalla legge: il deposito funzionale all'esercizio dei diritti di prelazione e riscatto riconosciuti al coltivatore diretto.* — Il deposito guadagna terreno sull'offerta quando il rapporto non deriva dall'accordo contrattuale, ma viene

(264) Cfr. Cass. 28 giugno 2010, n. 15395, in *Foro it.*, Rep. 2010, v. «sentenza civile», n. 15.

(265) Cfr. Pret. Taranto-Manduria 21 luglio 1991, per esteso in *Pluris*.

imposto ad una delle parti da una disposizione di legge che ne comprime l'autonomia.

Così, il coltivatore diretto che — in quanto affittuario di un fondo rustico o proprietario di un fondo confinante — esercita il diritto di prelazione o il diritto di riscatto, ha l'onere di depositare il prezzo rispettivamente rifiutato dal proprietario o dall'acquirente per ottenere il trasferimento coattivo della proprietà del terreno ⁽²⁶⁶⁾.

Sul piano esegetico, l'assunto viene argomentato osservando che in base alla disciplina di settore il trasferimento della proprietà del fondo è condizionato al pagamento del prezzo ⁽²⁶⁷⁾, il quale, dunque, deve essere depositato dal coltivatore diretto. Se è vero che tale orientamento risulta avvalorato dal dato normativo, esso trova giustificazione, sul piano sostanziale, nelle ragioni indicate ⁽²⁶⁸⁾.

Se si considera la genesi del rapporto — che non deriva dall'accordo delle parti, ma da una disposizione di legge limitativa dell'autonomia privata — non desta stupore che il proprietario e il compratore del fondo acquistato in violazione del diritto di prelazione rifiutino l'offerta del prezzo: quest'ultima è orientata ad attuare un rapporto che non hanno voluto, e che invece è stato loro imposto. Proprio perché il rifiuto del prezzo offerto dal titolare del diritto di prelazione o dal retraente può considerarsi un'evenienza fisiologica, la legge protegge il proprietario e l'acquirente contro il rischio di perdere la proprietà del terreno senza ricevere il corrispettivo dovuto: di qui l'onere di effettuare il deposito imposto alla controparte.

Una seconda ragione attiene all'effetto giuridico conseguente all'esercizio dei diritti di prelazione e riscatto; esso si risolve nel trasferimento della proprietà del fondo e come tale è destinato a prodursi automaticamente a seguito del pagamento del prezzo o del suo deposito. Analogamente a quanto si è riscontrato in relazione alla sentenza condizionata pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c., il soggetto che esercita il diritto di prelazione o di riscatto non corre il rischio di non ricevere la prestazione, che si risolve nel trasferimento del diritto sul bene. Per converso, il proprietario e l'acquirente che subiscono l'esercizio dei diritti di prelazione e riscatto vengono salvaguardati contro il

(266) Cfr. art. 8 l. 26 maggio 1965, n. 590; art. 7 l. 14 agosto 1971, n. 817; articolo unico l. 8 gennaio 1979, n. 2.

(267) V., in particolare, art. 8, commi 6, 8 l. 26 maggio 1965, n. 590.

(268) V., *supra*, § 15.

rischio di perdere la proprietà del fondo senza ricevere il corrispettivo dovuto.

Considerati gli aspetti che accomunano le due figure, passiamo a considerare separatamente il ruolo svolto dal deposito in relazione ad esse e le soluzioni adottate nel diritto applicato.

Il coltivatore diretto affittuario del fondo o proprietario del fondo confinante devono esercitare il diritto di *prelazione* entro il termine di trenta giorni decorrenti dal momento in cui il proprietario notifica loro la proposta di alienazione, «trasmettendo il preliminare di compravendita in cui devono essere indicati il nome dell'acquirente, il prezzo di vendita e le altre norme pattuite compresa la clausola per l'eventualità della prelazione» (art. 8, comma 5° l. 26 maggio 1965, n. 590). Se il prezzo non viene contestualmente versato, il trasferimento della proprietà del fondo è condizionato al pagamento, che, qualora non diversamente pattuito, deve avvenire entro il termine perentorio di tre mesi, «decorrenti dal trentesimo giorno dall'avvenuta notifica da parte del proprietario» (art. 8, commi 6°, 8° l. 26 maggio 1965, n. 590).

In giurisprudenza, si è opportunamente ritenuto che il titolo dell'acquisto debba essere ravvisato — anziché in un contratto intercorrente tra proprietario e coltivatore diretto — nel perfezionamento di una fattispecie legale, di cui il pagamento del prezzo costituisce parte integrante ⁽²⁶⁹⁾: il diritto di prelazione attribuito al coltivatore diretto limita incisivamente l'autonomia privata del proprietario, sicché risulterebbe evidentemente forzato ricondurre il trasferimento del diritto a un fondamento negoziale. Ora, quando il prezzo viene rifiutato dal proprietario il coltivatore diretto ha l'onere di depositarlo entro il termine previsto per il pagamento: per le ragioni indicate, non viene ritenuta sufficiente la semplice offerta, ancorché seria e attendibile, così come l'invito a comparire davanti al notaio per la stipulazione del rogito ⁽²⁷⁰⁾.

La soluzione può risultare penalizzante per il coltivatore diretto, in considerazione dell'obiettivo difficoltà di completare il deposito entro il termine previsto dalla legge. Di qui il ricorso ad un temperamento di

(269) Cass. 21 novembre 1990, n. 11236, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1237 ed in *Vita not.*, 1991, 141.

(270) Cfr. Cass. 6 settembre 1999, n. 9401, in *Riv. not.*, 2000, 643; Cass. 27 gennaio 1999, n. 723, in *Vita not.*, 1999, 89; Cass. 18 luglio 1992, n. 8726, in *Foro it.*, Rep. 1992, v. «agricoltura», n. 138; Cass. 21 novembre 1990, n. 11236, cit.

carattere equitativo, già riscontrato trattando dell'offerta reale ⁽²⁷¹⁾: si ritiene sufficiente che entro il termine previsto dalla legge si sia perfezionata l'offerta, purché tempestivamente seguita dal deposito ⁽²⁷²⁾. Se, a queste condizioni, il deposito del prezzo può essere effettuato dopo la scadenza del termine, resta ferma la necessità che sia accettato dal proprietario o dichiarato valido con sentenza passata in giudicato ⁽²⁷³⁾.

Il procedimento dell'offerta reale, d'altra parte, deve essersi esaurito anteriormente alla scadenza del termine: ne consegue che se il proprietario è assente, il coltivatore diretto ha l'onere di notificargli il verbale d'offerta entro il termine per evitare la decadenza dal diritto di prelazione ⁽²⁷⁴⁾. È ipotizzabile che nella giurisprudenza futura non venga ulteriormente avvertita la necessità di apportare temperamenti equitativi di questo genere: il più snello procedimento previsto dalla legislazione speciale in relazione alle obbligazioni pecuniarie non estinguibili mediante denaro contante agevola, infatti, il rispetto del termine di decadenza previsto dalla legge ⁽²⁷⁵⁾.

Quando il proprietario aliena il terreno in violazione del diritto di prelazione, il coltivatore diretto può *riscattare* il fondo dall'acquirente e dai successivi, eventuali aventi causa entro un anno dalla trascrizione del contratto di compravendita ⁽²⁷⁶⁾. Anche in questa evenienza, il trasferimento del diritto nel patrimonio del retraente è condizionato al pagamento del prezzo, destinato ad avvenire a pena di decadenza dal diritto di riscatto entro tre mesi «a decorrere dalla comunicazione scritta dell'adesione del terzo acquirente, o di successivo avente causa, alla dichiarazione di riscatto, oppure, ove sorga contestazione, dal passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il diritto» (art. unico l. 8 gennaio 1979, n. 2): termine previsto da una legge di interpretazione autentica che a ben vedere — anziché determinare il significato della disciplina originaria — sopperisce a una sua lacuna integrandola.

Ebbene, se l'acquirente rifiuta di ricevere il prezzo il retraente è

(271) V., *supra*, cap. III, § 16.

(272) Cass. 3 settembre 1987, n. 7189, in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «agricoltura», n. 193.

(273) Sul punto v. ancora Cass. 21 novembre 1990, n. 11236, cit.

(274) Cfr. Cass. 3 settembre 1987, n. 7189, cit.

(275) Cfr. art. 49, comma 1 d.lg. 21 novembre 2007, n. 231; v., *supra*, § 6.

(276) Cfr. art. 8, comma 5° l. 26 maggio 1965, n. 590.

tenuto ad effettuare il deposito — che dovrà essere dichiarato valido con sentenza passata in giudicato — non essendo sufficiente una semplice offerta ⁽²⁷⁷⁾. Anche su questo versante, il rigore del principio viene temperato per evitare che esso ostacoli irragionevolmente l'esercizio del diritto di riscatto. Si ritiene, dunque, che benché il deposito si sia perfezionato dopo la scadenza del termine, il coltivatore diretto non decada dal diritto di riscatto se ha compiuto l'offerta reale anteriormente ad esso ⁽²⁷⁸⁾. Funzionalmente omogenea, ancorché formulata in modo diverso, un'altra massima giurisprudenziale, in base alla quale il coltivatore diretto non decada dal diritto di riscatto quando l'acquirente gli comunica la decisione di rifiutare il prezzo nell'imminenza della scadenza del termine, precludendo il tempestivo deposito della somma ⁽²⁷⁹⁾.

Siccome il termine entro il quale il prezzo deve essere corrisposto all'acquirente è a favore del debitore, vale a dire del coltivatore diretto, quest'ultimo può depositare il prezzo nel corso del giudizio volto ad accertare la legittimità del riscatto, e non necessariamente dopo il passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il diritto ⁽²⁸⁰⁾. Nella stessa occasione, come si è ricordato ⁽²⁸¹⁾, è stato riconosciuto valido ai fini dell'esercizio del diritto di riscatto il deposito del prezzo effettuato, in modo alquanto irrituale, mediante assegni circolari custoditi nella cancelleria del tribunale competente a risolvere la controversia insorta tra le parti. Come è evidente, una volta esclusa l'idoneità dell'offerta ed affermata la necessità del deposito, si promuovono soluzioni che — in

(277) Cfr. Cass. 2 marzo 2012, n. 3248, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «agricoltura», n. 119; Cass. 6 dicembre 2005, n. 26688, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2739; Cass. 17 dicembre 2003, n. 15547, in *Foro it.*, Rep. 2003, v. «agricoltura», n. 158; Cass. 22 febbraio 1996, n. 1374, in *Vita not.*, 1996, 832; Cass. 26 ottobre 1994, n. 8789, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. «agricoltura», n. 168. Se poi il proprietario aliena il fondo a un terzo in pendenza del termine entro il quale il prezzo dovuto in conseguenza dell'esercizio del diritto di prelazione avrebbe dovuto essere depositato a suo favore, il coltivatore diretto è legittimato ad esercitare il diritto di riscatto nei confronti del compratore benché non abbia effettuato il deposito: prima che essere precluso dal mancato deposito del prezzo dovuto al proprietario, il diritto di prelazione risulta infatti violato dall'alienazione del fondo compiuta in pendenza del termine. Lo ha ritenuto Cass. 4 giugno 2013, n. 14049, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «agricoltura», n. 109.

(278) Cfr. Cass. 17 gennaio 2013, n. 1016, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «agricoltura», n. 120 (in motivazione).

(279) Cfr. Cass. 22 febbraio 1996, n. 1374, cit.; Cass. 26 ottobre 1994, n. 8789, cit.

(280) Cfr. Cass. 28 aprile 1990, n. 3594, cit.

(281) V., *supra*, § 4, nt. 76.

sintonia con l'esigenza di tutelare il coltivatore diretto, perseguita dalla disciplina di settore — smorzano sensibilmente il rigore della disciplina codicistica.

Un orientamento di favore verso il coltivatore diretto viene poi ribadito in relazione all'ipotesi in cui l'acquirente del fondo — che già ha rifiutato il pagamento del prezzo — ne rifiuti il rilascio. Si ritiene che l'accertamento giudiziale della validità del deposito non costituisca un presupposto processuale della condanna al rilascio del fondo conseguente all'esercizio del diritto di riscatto. Le due azioni possono procedere in parallelo, sicché il coltivatore diretto può ottenere la condanna al rilascio del fondo anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza che accerta la validità del deposito. Se poi quest'ultima viene negata, la consequenziale condanna al rilascio ne risulta inevitabilmente travolta ⁽²⁸²⁾.

Sezione terza

Oltre il titolo "delle obbligazioni": il deposito e il sequestro liberatori nei contratti tipici e nel codice di rito

SOMMARIO: 18. Il deposito liberatorio semplificato: vendita di beni mobili, trasporto, cambiale. — 19. Il deposito funzionale, o complementare, all'estromissione del debitore dal processo (artt. 1777 c.c.; 109 c.p.c.). — 20. Il sequestro liberatorio "ordinato dal giudice" in rapporto ai procedimenti di liberazione previsti dal codice civile: ragione e funzione dell'istituto (art. 687 c.p.c.). — 21. La legittimazione a domandare il sequestro e i presupposti del provvedimento. — 22. Il procedimento.

18. *Il deposito liberatorio semplificato: vendita di beni mobili, trasporto, cambiale.* — Esaurita l'analisi del deposito liberatorio regolamentato nel titolo delle obbligazioni (artt. 1210-1215 c.c.), occorre considerare, sia pur sinteticamente, la fisionomia che la figura assume in altre sedi: ci si riferisce, in particolare, alla disciplina dei contratti tipici e a quella del codice di rito.

Nelle pagine che seguono concentreremo l'attenzione su disposizioni che si distinguono da quelle "di parte generale" in quanto permettono al debitore di liberarsi mediante un procedimento semplificato. È quanto si riscontra nella vendita mobiliare e nel trasporto.

(282) Cfr. Cass. 14 aprile 1995, n. 4281, in *Vita not.*, 1996, 425.

Quando il compratore «non si presenta per ricevere la cosa acquistata», il venditore è legittimato a depositarla «per conto e a spese del compratore medesimo, in un locale di pubblico deposito», oppure in altro locale determinato tribunale ⁽²⁸³⁾, nel luogo in cui è obbligato ad effettuare la consegna (art. 1514, comma 1° c.c.); una volta eseguito il deposito, il venditore ha l'onere di darne «pronta notizia» al compratore (art. 1514, comma 2° c.c.).

Analoga facoltà è riconosciuta al vettore impossibilitato a iniziare o continuare il trasporto per il verificarsi di impedimenti a lui non imputabili, quando le circostanze gli impediscono di chiedere istruzioni al mittente o le stesse non possono essere attuate (art. 1686 c.c.); e allo stesso vettore nelle ipotesi in cui la riconsegna dei beni trasportati sia preclusa dal verificarsi di una serie di circostanze variamente riconducibili alla sfera del destinatario (art. 1690 c.c.). Entrambe le disposizioni rinviano alla disciplina della vendita mobiliare (art. 1514 c.c.), sicché l'analisi del procedimento semplificato di deposito che svolgeremo in questa sede può essere riferita ad entrambi i contratti.

Seguono la medesima traccia alcune disposizioni rinvenibili nel codice della navigazione, che rinviano anch'esse, direttamente o indirettamente, alla disciplina del deposito nella vendita mobiliare (artt. 449, comma 2°; 450; 454, comma 1° cod. nav.).

Non stupisce che il legislatore si sia avvalso della tecnica del rinvio, in quanto la semplificazione del procedimento di deposito ha un fondamento comune. Tanto il venditore “professionale” quanto il vettore hanno un interesse particolarmente intenso a liberarsi tempestivamente delle rispettive obbligazioni di custodia, per acquisire in tempi rapidi la disponibilità di risorse essenziali per l'esercizio delle rispettive attività (magazzini, mezzi di trasporto ecc.). Il legislatore, dunque, asseconda la pretesa di conseguire la liberazione dalle obbligazioni di custodia e (ri-)consegna dei beni agevolando il ricorso al deposito. Risponde alla medesima ragione giustificativa la contestuale previsione della facoltà di vendere i beni non tempestivamente ricevuti dal creditore e depositare il prezzo ricavato sulla base di modalità semplificate rispetto a quelle ordinarie (artt. 1686, comma 2° c.c.; 1690, comma 2° c.c.).

Un procedimento agevolato di deposito è previsto anche a favore dell'emittente di cambiali, quando alla scadenza del termine il portatore del titolo non si sia presentato a ricevere il pagamento (art. 48 r.d. 14

(283) Quest'ultimo decide in composizione monocratica: cfr. art. 73 *bis* disp. att.

dicembre 1933, n. 669). Il debitore può depositare la somma dovuta senza averla preventivamente offerta e la sua liberazione dal vincolo non è subordinata alla convalida giudiziale: il sindacato sulla validità del deposito non è necessario e preventivo, ma rimesso all'iniziativa del creditore. Peraltro, se è vero che, come ci apprestiamo a constatare, entrambi gli aspetti si riscontrano anche nel procedimento agevolato di deposito rinvenibile nella disciplina della vendita e del trasporto, la ragione che giustifica la semplificazione è diversa: quando il debitore cambiario non conosce l'identità del creditore, non può effettuare l'offerta ed ottenere la convalida giudiziale del deposito, che presuppone necessariamente la partecipazione dello stesso creditore. Sarà quest'ultimo a promuovere il giudizio sulla validità del deposito qualora, contestando la liberazione del debitore, esiga l'adempimento dell'obbligazione cartolare.

Come risulta immediatamente evidente ad una prima lettura della disposizione, l'art. 1514 c.c. non prevede che il deposito debba essere preceduto dall'offerta dei beni venduti o trasportati. Certamente l'offerta non è necessaria nella situazione, testualmente prevista, in cui la consegna debba avvenire presso il domicilio del venditore e il compratore non si sia recato presso di lui a ricevere il bene: in questa ipotesi, l'inerzia del compratore può essere interpretata come manifestazione di disinteresse per la consegna del bene, sicché è ragionevole che il venditore proceda senz'altro al deposito. Se invece la consegna deve avvenire presso il domicilio o la sede del compratore, è onere del venditore effettuare preventivamente l'offerta, ancorché in modo informale: siccome l'inerzia del compratore non denota necessariamente il suo disinteresse per la consegna, il deposito non preceduto dall'offerta risulterebbe contrario a buona fede⁽²⁸⁴⁾. In definitiva, la disposizione deve ritenersi applicabile anche alla fattispecie, non espressamente prevista, in cui la consegna debba avvenire presso il domicilio o la sede del compratore⁽²⁸⁵⁾: in questa ipotesi, tuttavia, il venditore ha

(284) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 201. Secondo l'autore, il principio di buona fede richiede che il deposito sia preceduto da un'offerta nelle forme d'uso, al di fuori delle ipotesi in cui l'urgenza o l'incertezza sull'identità del creditore impediscano al debitore di effettuarla.

(285) Cfr. F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili²*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Giuffrè, 2004, p. 224; RUBINO, *La compravendita²*, rist., in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1971, p. 960.

l'onere di offrire preventivamente il bene per consentirgli di evitare il deposito e l'imputazione delle relative spese ⁽²⁸⁶⁾.

Il venditore e il vettore sono esonerati dall'osservanza dei requisiti formali e procedurali previsti dall'art. 1212 c.c.: non occorre che il deposito sia preceduto da un atto di preavviso e documentato dal verbale di un pubblico ufficiale, né che lo stesso sia notificato al creditore assente. In sintonia con la disciplina ordinaria, è invece necessario che il bene venga depositato presso un «locale di pubblico deposito» o «altro locale idoneo determinato dal tribunale del luogo in cui la consegna doveva essere fatta»; occorre, poi, che il creditore venga tempestivamente informato dell'avvenuto deposito (art. 1514, comma 2° c.c.).

Come si è anticipato, i locali di pubblico deposito si identificano con i magazzini generali e i depositi franchi. In mancanza di essi, il venditore o il vettore dovranno rivolgersi al tribunale, che, in composizione monocratica (art. 73 *bis* disp. att.), designerà un depositario legittimato a ricevere il bene. Si tratta di un procedimento camerale analogo a quello già considerato in relazione al deposito liberatorio di parte generale (art. 77, comma 2° disp. att.) ⁽²⁸⁷⁾.

In giurisprudenza si è ritenuto che il vettore sia solidalmente responsabile con il depositario per il deterioramento della merce non adeguatamente custodita; dopo aver compensato il destinatario, lo stesso vettore sarebbe legittimato ad agire in regresso nei confronti del depositario per l'intero importo del risarcimento pagato ⁽²⁸⁸⁾. Dalla narrativa della sentenza, tuttavia, non risulta chiaro se il depositario che aveva provocato l'avaria della merce — non essendo dotato dei mezzi necessari per custodirla adeguatamente — fosse legittimato a riceverla ai sensi dell'art. 1514 c.c. Si tratta di un aspetto non secondario. Qualora il venditore o il vettore abbiano affidato i beni a un soggetto legittimato a riceverli non possono essere ritenuti responsabili per *culpa*

(286) Il venditore, per la precisione, può esigere dal compratore il pagamento della differenza tra le spese di deposito e quelle che avrebbe sostenuto per la consegna del bene: sul punto v. PAGLIANTINI, *Le obbligazioni del compratore*, in *Tratt. contratti Roppo-Benedetti*, I, Giuffrè, 2014, p. 180; CIATTI, *Deposito della cosa venduta*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Utet, 2011, *sub* art. 1514, p. 411.

(287) V., *supra*, § 4.

(288) Cfr. Cass. 15 gennaio 1985, n., 73, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 77, con nota di R. CONTE, *Appunti sul deposito liberatorio nel contratto di trasporto*, ed in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1501, con nota di IACUANIELLO BRUGGI, *Impedimenti alla riconsegna e deposito liberatorio nel contratto di trasporto*.

in eligendo: il deposito libera il debitore dall'obbligazione di custodia, e non si può pretendere che il venditore o il vettore siano tenuti a verificare l'idoneità del depositario a conservare adeguatamente la merce (289). Qualora invece il bene sia stato affidato ad un soggetto privo della richiesta legittimazione, il venditore o il vettore non sarebbero liberati dalle obbligazioni di custodia e (ri)consegna: essi risponderebbero della perdita o dell'avaria dei beni venduti o trasportati ai sensi dell'art. 1228 c.c., il depositario dovendo essere considerato quale loro ausiliario.

Peraltro, nel caso limite in cui pur essendo legittimato a ricevere il bene ai sensi dell'art. 1514 c.c. il depositario risulti evidentemente inadoneo a custodirlo — eventualmente, per il verificarsi di circostanze transitorie — la condotta del venditore o del vettore che procedessero ugualmente al deposito risulterebbe contraria a buona fede: sarebbero ugualmente liberati dalle obbligazioni di custodia e (ri)consegna, ma risponderebbero dei danni subiti dai rispettivi creditori ai sensi dell'art. 1375 c.c. (290) In definitiva, è sufficiente che il depositario sia legittimato a ricevere la merce perché il venditore o il vettore si liberino delle rispettive obbligazioni; se tuttavia l'operatore che gestisce il magazzino è evidentemente inadoneo a prestare il servizio di custodia, il venditore o il vettore che procedono ugualmente al deposito violano il precetto di buona fede e rispondono in solido con il depositario della perdita e dell'avaria.

Una volta effettuato il deposito, il venditore (vettore) deve darne prontamente notizia al compratore (mittente o destinatario) per consentirgli di ottenere la consegna delle merci ed informarlo che sarà tenuto a sostenere i costi della custodia (art. 1514, comma 2° c.c.). In assenza della comunicazione il procedimento di deposito non si perfe-

(289) Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, II, Utet, 1993, p. 1114; IACUANIELLO BRUGGI, *Impedimenti alla riconsegna*, cit., c. 1503 s.; RUBINO, *La compravendita*², cit., p. 960, nt. 92; R. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 389 s.

(290) Sulla base della fattispecie esaminata da Cass. 15 gennaio 1985, n. 73, ipotizziamo che — magari a causa di una temporanea avaria dell'impianto di refrigerazione — il gestore di uno stabilimento di pubblico deposito sia sprovvisto di celle frigorifere idonee a conservare alla richiesta temperatura una partita di pesce surgelato; se pur essendo a conoscenza di tale circostanza il venditore o il vettore procedessero ugualmente al deposito, si libererebbero delle obbligazioni di custodia e (ri)consegna ai sensi dell'art. 1514 c.c. e delle norme che rinviano ad esso, ma risponderebbero nei confronti del compratore o del destinatario per il deterioramento della merce.

ziona, sicché il venditore (vettore) non è liberato né può esigere dal compratore (mittente o destinatario delle merci) il rimborso delle spese di deposito ⁽²⁹¹⁾.

Il ritardo con cui viene comunicato il deposito non ne comporta l'invalidità: il venditore e il vettore, tuttavia, rispondono dei danni subiti dalle rispettive controparti ⁽²⁹²⁾. Se tempestivamente avvertiti, il compratore, il mittente o il destinatario avrebbero potuto rivolgersi al depositario ed ottenere la consegna del bene; il venditore e il vettore, dunque, non possono esigere per intero il rimborso delle spese di deposito, in quanto il relativo credito è destinato a compensarsi con il debito risarcitorio.

Tanto l'art. 1514 c.c., quanto le disposizioni che fanno riferimento ad esso non prevedono quale requisito di efficacia del deposito l'accettazione del creditore o l'accertamento giudiziale della sua validità.

Valorizzando questo aspetto — che differenzia nettamente il procedimento considerato in questa sede da quello prefigurato dalle norme “di parte generale” (art. 1210, comma 2° c.c.) ⁽²⁹³⁾ — si ritiene in dottrina che il venditore e il vettore si liberino delle rispettive obbligazioni effettuando validamente il deposito e comunicandolo alle rispettive controparti: sarebbe onere del creditore chiedere che venga giudizialmente accertata l'invalidità del deposito e la conseguente persistenza delle obbligazioni di custodia e (ri)consegna del bene assunte dal venditore e dal vettore ⁽²⁹⁴⁾. In definitiva, in assenza dell'accettazione del creditore il sindacato giudiziale sulla validità del

(291) Cfr. F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*², cit., p. 233 s.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², cit., p. 1113.

(292) Cfr. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, p. 646; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², cit., p. 1113; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 961; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*³, in *Comm. cod. civ. Utet*, Torino, 1991, p. 158.

(293) V., *supra*, § 7.

(294) V., con riferimento alla vendita, CALVO, *Diritto civile*, III, 1, *La vendita*, Bologna, 2016, p. 168; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 646; PAGLIANTINI, *Le obbligazioni del compratore*, cit., p. 178; CIATTI, *Deposito della cosa venduta*, cit., p. 410; D'AMICO, *La compravendita*, I, in *Tratt. dir. civ. notariato Perlingieri*, IV, 16, Napoli, 2013, p. 556; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 226 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², cit., p. 1110 s.; CARPINO, *La vendita di cose mobili*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 11, Torino, 1984, p. 293. In relazione al trasporto, cfr., ALVISI, in ZUNARELLI e ALVISI, *Del trasporto*, Artt. 1678-1702, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2014, pp. 411, 413; IANNUZZI, *Trasporto*², Artt. 1678-1702, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 213.

deposito non sarebbe necessario e preventivo, ma eventuale e successivo, in quanto attivabile su iniziativa del creditore. A sostegno di tale conclusione si osserva che il procedimento semplificato di deposito previsto a favore del venditore di beni mobili si inserisce nel contesto di un apparato di rimedi attivabili, in regime di autotutela, al di fuori del contesto processuale⁽²⁹⁵⁾; il controllo del giudice non è necessario e preventivo, ma eventuale e subordinato all'iniziativa del creditore.

In antitesi a tale opinione, altri autori sostengono che nonostante la formulazione dell'art. 1514 c.c. l'efficacia del deposito sia subordinata anche su questo terreno all'accettazione del creditore o all'accertamento giudiziale della sua validità⁽²⁹⁶⁾. Se il fondamento negoziale del deposito liberatorio si identifica con un contratto a favore del terzo, vale a dire del creditore, la stipulazione è revocabile fino al momento della sua adesione (art. 1411, comma 2° c.c.), e questo impedisce la liberazione del debitore: non è infatti concepibile che il venditore o il vettore si liberino delle rispettive obbligazioni pur restando legittimati a revocare il deposito e a conseguire la restituzione del bene. Ora, l'irrevocabilità del deposito, che ne giustifica l'effetto liberatorio, consegue necessariamente, in assenza dell'accettazione del creditore, ad un fattore esterno al suo fondamento negoziale qual è la convalida giudiziale. Se ne ricava che in assenza dell'accettazione del creditore anche il venditore di beni mobili e il vettore si liberano delle rispettive obbligazioni solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che accerta la validità del deposito⁽²⁹⁷⁾.

In base a una terza opinione, sarebbe necessario distinguere l'obbligazione di custodia e conservazione dei beni da quella avente ad oggetto la consegna degli stessi⁽²⁹⁸⁾. Il debitore potrebbe liberarsi della prima a seguito della comunicazione dell'avvenuto deposito, mentre resterebbe obbligato ad effettuare la consegna fino al passaggio in giudicato della sentenza di convalida. Il venditore e il vettore potrebbero affrancarsi dall'obbligazione di custodia — e riacquisire la disponibilità dei mezzi prima adibiti alla conservazione delle merci — senza dover promuovere alcun accertamento giudiziale; resterebbero invece

(295) Sul punto v. F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*², cit., p. 227 s.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², cit., p. 1111.

(296) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 201 s.

(297) Così argomenta CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 201 s.

(298) Cfr. GRECO e COTTINO, *Della vendita*², Artt. 1470-1547, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 380 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 207.

obbligati ad effettuare la consegna — che verrebbe verosimilmente compiuta dal depositario, in qualità di loro ausiliario — fino al momento in cui la validità del deposito non sia stata accertata con sentenza definitiva.

È preferibile la prima delle tesi qui sintetizzate, che del resto risulta prevalente in dottrina. Il venditore di beni mobili e il vettore si liberano in sede stragiudiziale comunicando il deposito ai rispettivi creditori (art. 1514, comma 2° c.c.); è onere di questi ultimi promuovere l'accertamento giudiziale dell'invalidità del deposito, se hanno interesse ad evitare l'imputazione delle relative spese e ad esigere dalle controparti le prestazioni di custodia e consegna.

Premesso che non appare condivisibile, in quanto priva di riscontro normativo, l'elaborazione di un regime differenziato, che distingua custodia e consegna, la tesi che esclude l'accertamento giudiziale della validità del deposito dai presupposti della liberazione trova riscontro nel dettato dell'art. 1514 c.c., dove non si fa menzione di tale requisito né si rinvia alla disciplina di parte generale (art. 1210, comma 2° c.c.). Convincenti anche le indicazioni che si ricavano dal contesto normativo in cui la disposizione è collocata, caratterizzato da un certo favore del legislatore per il ricorso a rimedi che possono essere attivati dalla parte protetta in sede stragiudiziale (artt. 1515-1517 c.c.). Come si vedrà subito, inoltre, un controllo giudiziale sulla validità del deposito, benché non espressamente previsto dalla legge, deve ritenersi alquanto probabile.

Il deposito "semplificato" disciplinato dall'art. 1514 c.c. può essere revocato fino al momento in cui viene comunicato al creditore; successivamente diviene irrevocabile, giustificando così la liberazione del debitore. L'irrevocabilità del deposito compensa adeguatamente la maggiore agilità del procedimento rispetto a quello delineato dalla disciplina di parte generale: il venditore di beni mobili e il vettore si liberano più agevolmente degli altri debitori, ma una volta comunicato il deposito ai rispettivi creditori perdono la facoltà di revocarlo.

Occorre poi considerare che i beni mobili depositati dal venditore sono certamente di proprietà del compratore. Se si tratta di beni infungibili, il trasferimento del diritto si è verificato al momento della formazione dell'accordo (art. 1376 c.c.); quando invece il contratto ha ad oggetto cose determinate solo nel genere, il diritto viene acquistato dal compratore per effetto del deposito, al quale si riconosce l'attitudine ad effettuare l'individuazione richiesta dalla legge per il prodursi

dell'effetto reale (art. 1378 c.c.) ⁽²⁹⁹⁾. Revocando il deposito, di conseguenza, il venditore acquisirebbe la detenzione di un bene che, essendo di proprietà della controparte, non può legittimamente sfruttare nel suo valore d'uso e di scambio.

Il legislatore sembra essere consapevole di questo aspetto quando riconosce al venditore la legittimazione a depositare il bene «per conto...del compratore». L'espressione rende evidente che una volta effettuato il deposito l'interesse del venditore perde rilevanza: mentre proprio disponendo dell'interesse di cui è portatore lo stipulante può revocare la stipulazione a favore del terzo (art. 1411, comma 2° c.c.), il venditore di beni mobili viene legislativamente equiparato al mandatario, in quanto, depositando beni di proprietà del compratore, non può sfruttarne il valore d'uso e di scambio ⁽³⁰⁰⁾.

Il venditore potrà ottenere la restituzione dei beni depositati solo qualora, come sembra improbabile, reagisca al mancato pagamento del prezzo imputabile al compratore non esercitando un'azione di adempimento, ma ottenendo la risoluzione ⁽³⁰¹⁾. In questa ipotesi, lo scioglimento del rapporto comporterebbe la retroversione dell'effetto reale e il venditore potrebbe esigere dal depositario la restituzione dei beni dei quali ha nuovamente acquistato la proprietà.

D'altra parte, sebbene si perfezioni al di fuori del contesto processuale è probabile che il deposito effettuato ai sensi dell'art. 1514 c.c. sia ugualmente sottoposto al sindacato del giudice. Esso prelude, spesso, all'esercizio di un'azione giudiziale avente ad oggetto la condanna del compratore al pagamento del prezzo e al rimborso delle spese. Meno realistici gli scenari alternativi a quello qui ipotizzato: quando chiede la risoluzione il venditore conserva in genere la detenzione del bene, che, una volta sciolto il rapporto, potrà più agevolmente ricollocare sul mercato; difficilmente, inoltre, il compratore avrà pagato il prezzo pattuito senza aver ricevuto la consegna della merce. Ora, quando il venditore effettua il deposito per poi esigere il pagamento del prezzo e il rimborso delle spese il compratore convenuto in giudizio è indotto a

(299) V., *infra*, nt. 306 e testo corrispondente.

(300) Nello stesso senso si esprime chi, valorizzando il dettato dell'art. 1514 c.c., configura il venditore o il vettore che effettua il deposito quale «mandatario *ex lege*» dei rispettivi creditori: cfr. ALVISI, in ZUNARELLI e ALVISI, *Del trasporto*, cit., p. 418 s.; CALVO, *Diritto civile*, III, 1, *La vendita*, cit., p. 167.

(301) È da ritenere, infatti, che il venditore possa conseguire la risoluzione del contratto anche dopo aver effettuato il deposito: v., *infra*, nt. 305 e testo corrispondente.

contestare la validità del deposito per ottenere il rigetto dell'azione di condanna esercitata nei suoi confronti: l'azione volta ad ottenere la condanna del compratore a pagare il prezzo e a rimborsare le spese sostenute implica, dunque, l'accertamento giudiziale della validità del deposito. Se è vero che quest'ultimo costituisce un rimedio attivabile in autotutela al di fuori del contesto processuale, è anche vero che probabilmente il suo esercizio viene sottoposto al sindacato del giudice.

Prima di concludere sul punto occorre fare riferimento, sia pure sinteticamente, alle relazioni intercorrenti tra il deposito liberatorio "semplificato" e il rapporto contrattuale nel contesto del quale viene compiuto.

Si ribadisce che il deposito non è necessario perché il venditore sia legittimato ad ottenere il pagamento del prezzo ⁽³⁰²⁾. siccome tra le parti del contratto di compravendita intercorre un rapporto di scambio, al venditore è sufficiente offrire in modo serio e attendibile la consegna del bene per neutralizzare l'eccezione di inadempimento opposta dal compratore convenuto in giudizio per il pagamento del prezzo ⁽³⁰³⁾.

Il deposito dei beni trasportati è invece necessario perché il vettore possa ritenersi esonerato dalla custodia degli stessi: la circostanza che il mittente non abbia comunicato le istruzioni richieste non è sufficiente ad escludere la responsabilità conseguente alla perdita o all'avaria della merce ⁽³⁰⁴⁾.

Ancora sul terreno della vendita mobiliare, si ritiene che il deposito sia compatibile con la risoluzione del contratto. Se dopo che il deposito è stato effettuato il compratore non paga il prezzo, il venditore può conseguire la risoluzione ed ottenere la restituzione del bene ⁽³⁰⁵⁾. L'opinione è certamente condivisibile, ma l'evenienza appare improbabile: il venditore che contempla l'eventualità della risoluzione è

(302) Cfr. Cass. 1° luglio 2004, n. 12017, in *Contratti*, 2005, 63; Cass. 28 marzo 1980, n. 2059, in *Foro it.*, Rep. 1980, v. «vendita», n. 99; Cass. 14 febbraio 1980, n. 1108, *ibidem*, v. «vendita», n. 100.

(303) La conclusione è coerente con la ricostruzione dei rapporti tra offerta e deposito svolta nelle pagine precedenti: v., *supra*, §§ 14-17.

(304) Cfr. Cass. 7 marzo 1981, n. 1288, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1613.

(305) Cfr. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 646; CALVO, *Diritto civile*, III, 1, *La vendita*, cit., p. 169; CIATTI, *Deposito della cosa venduta*, cit., p. 410 s.; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 230; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², cit., p. 1109; CARPINO, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 294. In senso contrario si esprimono RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 963; GRECO e COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 379.

indotto a conservare la detenzione del bene, mentre quando effettua il deposito è portato ad esigere il pagamento del prezzo.

Procedendo al deposito, il venditore può individuare le cose fungibili e realizzare, così, il presupposto necessario per il trasferimento del diritto di proprietà nel patrimonio del compratore. L'opinione, riscontrabile nella dottrina di settore ⁽³⁰⁶⁾, è in sintonia con quella già sostenuta trattando degli effetti della *mora accipiendi* ⁽³⁰⁷⁾: come l'offerta formale, anche il deposito compiuto dal debitore che subisce il difetto di cooperazione vale ad individuare i beni fungibili giustificando, così, il trasferimento della proprietà (art. 1378 c.c.).

19. *Il deposito funzionale, o complementare, all'estromissione del debitore dal processo (artt. 1777 c.c.; 109 c.p.c.).* — Talvolta il deposito è funzionale o complementare all'estromissione del debitore dal processo: è quanto si riscontra, sia pure con significative differenze, negli artt. 1777, comma 2° c.c. e 109 c.p.c.

Nell'ambito di entrambe le disposizioni la liberazione che consegue al deposito si combina con un effetto di carattere processuale, in virtù del quale il debitore perde la qualità di parte e diviene terzo rispetto ad una controversia che prosegue in sua assenza. A conferma della stretta interazione tra aspetti sostanziali e processuali, le modalità del deposito — che, pure, comporta la liberazione del debitore — vengono determinate dal giudice competente a decidere sulla controversia dalla quale il debitore ottiene di essere estromesso. La valenza anche processuale dell'istituto, quale strumento di semplificazione del contraddittorio, giustifica la scelta di derogare ai rigidi requisiti rinvenibili nel titolo delle obbligazioni (art. 1212 c.c.) a favore di soluzioni più duttili e flessibili, in quanto elaborate dal giudice in relazione alla fattispecie di cui ha cognizione.

Se tra le due disposizioni sussistono evidenti analogie ⁽³⁰⁸⁾, non mancano rilevanti differenze ⁽³⁰⁹⁾. Nella nostra prospettiva queste

(306) Cfr. CIATTI, *Deposito della cosa venduta*, cit., p. 411; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 225; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², cit., p. 1110; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 961, testo e nt. 96.

(307) V., *supra*, cap. IV, § 4.

(308) Sulla base di tali analogie, voci autorevoli ritengono la fattispecie delineata dall'art. 1777, comma 2° c.c. «direttamente riconducibile» a quella regolata dall'art. 109 c.p.c.: cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*², II, *Profili generali*, Torino, 2012, p. 403.

(309) Le evidenzia CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 202 ss.

ultime assumono particolare rilievo, in quanto interessano anche e soprattutto il ruolo svolto dal deposito nel meccanismo che determina l'estromissione del debitore:

a) In base all'art. 1777, comma 2° c.c., il depositario convenuto in giudizio «da chi rivendica la proprietà della cosa o pretende di avere diritti su di essa» è tenuto a «denunciare la controversia al depositante» e risponde, in caso di omissione, del danno subito da quest'ultimo per il mancato esercizio del diritto di difesa. Peraltro, in base al principio di vicinanza della prova il nesso di causalità tra l'omissione della denuncia e il danno dovrà essere avvalorato dal depositante, essendo onere di quest'ultimo dimostrare che qualora — in quanto tempestivamente avvertito — si fosse costituito in giudizio, avrebbe ottenuto il rigetto dell'azione esercitata dal terzo ⁽³¹⁰⁾.

Ora, al depositario convenuto in giudizio è sufficiente indicare la persona del depositante per essere estromesso dal processo, che è destinato a proseguire tra l'attore e lo stesso depositante. Benché ormai terzo rispetto al giudizio, il depositario resta obbligato a custodire e restituire il bene che costituisce oggetto della pretesa dell'attore; può tuttavia liberarsi depositandolo «nei modi stabiliti dal giudice, a spese del depositante». Il deposito liberatorio non è, dunque, un presupposto necessario dell'estromissione — essendo sufficiente a questo effetto la semplice indicazione del depositante (*electio auctoris*) — ma assume rispetto ad essa una funzione complementare: se l'indicazione del creditore (depositante) è sufficiente perché il debitore (depositario) dismetta la qualità di parte del processo, per liberarsi delle obbligazioni di custodia e restituzione egli è tenuto a compiere il deposito.

L'azione esercitata nei confronti del depositario che pretende di essere estromesso dal giudizio implica secondo alcuni la titolarità di un diritto reale ⁽³¹¹⁾, mentre in base a un orientamento estensivo potrebbe essere promossa a tutela di un diritto personale di godimento, come quello del conduttore ⁽³¹²⁾. La seconda opinione appare preferibile, in quanto compatibile con il dato normativo e coerente con l'obiettivo,

(310) V. tuttavia in senso contrario DE GENNARO, *Del deposito*, in *Comm. cod. civ. D'Amelio-Finzi*, II, 1, Firenze, 1947, p. 636: secondo l'autore, sarebbe onere del depositario dimostrare che l'azione del terzo sarebbe stata ugualmente accolta anche qualora il depositante si fosse costituito in giudizio.

(311) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 203; DE MARTINI, voce *Deposito (diritto civile)*, in *Nss. D. I.*, V, Torino, 1960, p. 515.

(312) Cfr. A. SCALISI, *Il contratto di deposito*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2011, *sub* art. 1777, p. 168 s.; MASTROPAOLO, voce *Deposito (in generale)*, in *Enc.*

perseguito dalla disposizione, di assecondare la pretesa del depositario di uscire da una controversia alla soluzione della quale non è interessato e favorire un'apprezzabile semplificazione dello scenario processuale. In quest'ottica, risulterebbe difficilmente giustificabile la scelta di ammettere l'estromissione del depositario convenuto in giudizio dall'usufruttuario negandola, invece, quando l'azione è stata esercitata dal conduttore.

Più difficile, alla luce del dettato normativo, appare invece giustificare l'estromissione del depositario convenuto in giudizio da un soggetto che non può vantare la titolarità di un diritto, ma una semplice posizione di possesso⁽³¹³⁾. L'applicazione analogica della disposizione è tuttavia condivisibile, in quanto anche in questa ipotesi il depositario — per ipotesi, convenuto in giudizio con un'azione di reintegrazione che consegue allo spoglio compiuto dal depositante — avrebbe ragione di chiedere l'estromissione dal processo, all'esito del quale non è interessato.

Se prima di essere convenuto in giudizio il depositario può fisiologicamente adempiere la sua obbligazione restituendo il bene al depositante⁽³¹⁴⁾, dopo questo momento è tenuto ad attendere l'esito della controversia intercorrente tra lo stesso depositante e il terzo, o in alternativa liberarsi mediante il deposito: è irrilevante, a questo riguardo, la circostanza che il depositario abbia scelto di rimanere parte del processo o, come appare probabile, abbia chiesto ed ottenuto l'estromissione. Se certamente quest'ultima non presuppone il deposito — che assume rispetto ad essa una funzione complementare, operando sul versante sostanziale — il depositario interessato ad uscire dal processo non ha l'onere di chiamare in giudizio il depositante né di denunciargli la con-

giur., XII, Roma, 1989, p. 17 s.; FUNAIOLI, *Deposito. Sequestro convenzionale. Cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. civ. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1961, p. 78.

(313) Favorevoli all'applicazione della disposizione anche in questa ipotesi A. SCALISI, *Il contratto di deposito*, cit., p. 168 s.; FUNAIOLI, *Deposito*, cit., p. 78.

(314) Cfr. Cass. 20 luglio 2000, n. 9521, in *Contratti*, 2000, 1156: «in tema di contratto di deposito, essendo il depositario obbligato a consegnare al depositante l'oggetto del deposito e potendo tale obbligo, nel caso in cui terzi vantino diritti sul medesimo oggetto, essere paralizzato soltanto dall'esperimento dell'azione di rivendica da parte del terzo, l'omesso esercizio di detta azione esclude che sia configurabile una responsabilità del depositario nascente dalla restituzione effettuata in conformità all'art. 1777, comma 1°, c.c.»; Cass. 11 settembre 1957, n. 3472, in *Giust. civ.*, 1957, II, 136. In dottrina cfr. IVONE, *Persona a cui deve essere restituita la cosa*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Dei singoli contratti*, artt. 1655-1802, a cura di Valentino, Milano, 2011, p. 802; MASTROPAOLO, voce *Deposito (in generale)*, cit., p. 18.

troversia, potendosi limitare ad indicarlo ⁽³¹⁵⁾. Ferma restando la responsabilità conseguente all'omissione della denuncia, l'indicazione del depositante viene considerata non solo necessaria, ma anche sufficiente a giustificare l'estromissione del depositario, essendo onere dell'attore integrare il contraddittorio nei confronti del primo. L'estromissione, d'altra parte, presuppone che il depositario non sia affatto interessato all'esito della lite: egli non può ottenerla quando, costituendosi in giudizio, ha contestato la fondatezza dell'azione esercitata dal terzo, che gli addebita la violazione dei suoi doveri di custodia ⁽³¹⁶⁾.

La disposizione può essere applicata per analogia ad altri rapporti contrattuali nel contesto dei quali un soggetto detiene un bene che è obbligato a restituire alla controparte ⁽³¹⁷⁾. Sono evidenti le affinità con la fattispecie delle molestie di diritto che turbano il godimento del bene concesso al conduttore (art. 1586 c.c.), in relazione alla quale non è tuttavia prevista una speciale legittimazione ad effettuare il deposito liberatorio. Anche su questo terreno — come su quello del comodato, del mandato e di altri rapporti nell'ambito dei quali il detentore è obbligato alla restituzione del bene — è da ritenere che egli non debba attendere l'esito della controversia promossa dal terzo che vanta diritti sulla cosa, ma possa ottenere l'estromissione dal giudizio e liberarsi dell'obbligazione restitutoria effettuando il deposito con le modalità determinate dal giudice.

Il deposito liberatorio non deve essere autorizzato dal giudice, che può limitarsi ad individuarne le modalità ⁽³¹⁸⁾: in sintonia con la funzione della disposizione — quella di agevolare l'uscita del depositario da una vicenda processuale e sostanziale alla quale è sostanzialmente estraneo — sembra opportuno che il giudice permetta di depositare il bene osservando modalità semplificate rispetto a quelle previste dalla disciplina di parte generale (art. 1212 c.c.). Non essendo compatibile con la funzione della disposizione l'accettazione del deposito da parte del creditore (depositante), la liberazione del debitore (depositario) implica necessariamente l'accertamento giudiziale della

(315) Cfr. Cass. 7 maggio 1957, n. 1562, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 54 e in *Giust. civ.*, 1957, I, 1721.

(316) Cfr. Cass. 11 febbraio 1976, n. 457, in *Foro it.*, 1977, I, 1536; Cass. 5 luglio 1969, n. 2488, in *Giust. civ.*, 1969, 1173.

(317) Cfr. IVONE, *Persona*, cit., p. 803; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 203 s. In giurisprudenza, v. Cass. 11 febbraio 1976, n. 457, cit.

(318) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 204.

validità del deposito, destinato ad avvenire con sentenza passata in giudicato. Anteriormente ad essa, il deposito può essere revocato senza interferire con l'estromissione⁽³¹⁹⁾: la scelta del depositario di uscire da un giudizio al cui esito non è interessato è compatibile con la decisione di riacquisire la detenzione del bene, che dovrà essere custodito in attesa della definizione della controversia.

Si è sostenuto che dopo aver effettuato il deposito osservando le modalità determinate dal giudice competente a decidere la controversia il debitore (depositario) sarebbe tenuto ad intraprendere un «separato giudizio» per conseguire la convalida e liberarsi, così, delle obbligazioni assunte nei confronti del creditore (depositante)⁽³²⁰⁾. A nostro avviso, qualora — come appare probabile — il deposito liberatorio sia stato effettuato quando il debitore (depositario) è ancora parte del processo, il giudice competente a decidere la controversia, dopo averne determinato le modalità, può con la medesima sentenza disporre l'estromissione del debitore ed accertare contestualmente la validità del deposito. Quando invece il debitore (depositario) procede al deposito dopo aver effettuato l'*electio auctoris* ed avere così ottenuto l'estromissione dal processo, l'accertamento giudiziale della validità del deposito richiede l'esercizio di un'azione distinta, la quale tuttavia, essendo strettamente connessa con la controversia principale, è di competenza del medesimo giudice (art. 40 c.p.c.): sembra infatti opportuno che la validità del deposito sia accertata da quello stesso giudice che ne ha determinato le modalità.

b) Diverso il ruolo che il deposito assume nella disciplina dell'estromissione dell'obbligato rinvenibile nell'art. 109 c.p.c. La disposizione prevede un conflitto tra due o più soggetti che si contendono il diritto di ricevere la medesima prestazione; se il debitore convenuto in giudizio si dichiara pronto ad adempiere a favore di colui che risulterà essere il titolare del diritto, il giudice «può ordinare il deposito della somma o della cosa dovuta» e dopo di esso estromettere l'obbligato dal processo⁽³²¹⁾.

La controversia vede contrapposti due o più soggetti che esigono la

(319) Sul punto v. ancora CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 205.

(320) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 205.

(321) La disposizione presenta forti analogie con il § 75 dello z.p.o. tedesco, che certamente ne ha influenzato la formulazione: per un accurato confronto tra la disciplina italiana e quella tedesca si rinvia allo studio di M. NEGRI, *Sull'estromissione dell'obbligato*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1107 ss.

prestazione dovuta dal debitore convenuto in giudizio; quest'ultimo riconosce fondata la pretesa avanzata nei suoi confronti manifestando la disponibilità ad eseguire la prestazione a favore di colui che verrà riconosciuto suo creditore. Il contenzioso è incentrato sulla titolarità del diritto di credito azionato in giudizio — e conteso dai soggetti che esigono la prestazione — essendo invece incontrovertibile l'esistenza e il contenuto dello stesso. Se nella fattispecie delineata dall'art. 1777, comma 2° c.c. il depositario ottiene l'estromissione da un giudizio che vede contrapposti l'attore e il depositante, la disposizione in esame risulta applicabile ogni qualvolta la controversia non investe il lato passivo del rapporto obbligatorio, ma solo la titolarità del corrispondente diritto di credito: anche il depositario, dunque, può invocare l'applicazione dell'art. 109 c.p.c. quando insorge una lite tra il depositante e il «terzo interessato» (art. 1773 c.c.), che pretendono entrambi la riconsegna del bene ⁽³²²⁾.

La fattispecie — per la verità, non molto frequente nel diritto applicato ⁽³²³⁾ — può verificarsi a seguito dell'intervento principale o della chiamata in giudizio di uno dei creditori in conflitto o, ancora, per effetto della riunione di giudizi promossi da diversi attori contro il medesimo convenuto ⁽³²⁴⁾. Al verificarsi di queste condizioni, il legislatore agevola la semplificazione del contenzioso permettendo al debitore di essere estromesso da un giudizio all'esito del quale non è interessato: una volta riconosciuta la fondatezza della pretesa esercitata nei suoi confronti, per il debitore è indifferente eseguire la prestazione a favore di uno o dell'altro dei pretendenti, sicché la decisione di dismettere la qualità di parte del processo merita di essere assecondata. Grazie all'estromissione il debitore evita di sostenere le spese processuali, mentre il deposito che ne costituisce il presupposto gli permette di sottrarsi ai rischi e agli inconvenienti che sarebbero derivati dal protrarsi del rapporto obbligatorio, destinato a rimanere inattuato fino al termine del processo a causa dell'incertezza sull'identità del creditore ⁽³²⁵⁾.

A differenza di quanto appena constatato in relazione all'art. 1777,

(322) Condividiamo qui la precisazione di CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 204.

(323) Per un'analogha constatazione, cfr. NEGRI, *Sull'estromissione dell'obbligato*, cit., p. 1107.

(324) Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*², cit., p. 399 s.

(325) Sul punto v. ancora CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*², cit., p. 400.

comma 2° c.c. — dove il depositario interessato ad uscire dal processo può limitarsi ad indicare il depositante — quando l'oggetto della controversia si concentra sulla titolarità del diritto di credito il debitore può ottenere l'estromissione solo effettuando il deposito. Non vi sono alternative plausibili. Il debitore non può offrire la prestazione a causa dell'incertezza relativa all'identità del creditore, mentre se potesse limitarsi a manifestare la propria prontezza ad adempiere il pretendente riconosciuto titolare del diritto di credito rischierebbe di non ottenere la prestazione attesa: qualora al termine del processo il debitore risultasse inadempiente, si vedrebbe costretto ad esercitare un'azione di condanna nel contesto di un distinto giudizio. Quando risulta applicabile l'art. 1777, comma 2° c.c., invece, l'estromissione non è subordinata al deposito, in quanto l'azione esercitata dal terzo può essere utilmente proseguita nei confronti del depositante.

Il deposito che prelude all'estromissione del debitore viene «ordinato» dal giudice, che può determinarne contestualmente le modalità ⁽³²⁶⁾. Anche a questo riguardo, è ragionevole che vengano richiesti requisiti meno impegnativi di quelli prescritti dalla disciplina di parte generale (art. 1212 c.c.): quelli necessari e sufficienti perché al termine del processo il contendente ritenuto titolare del diritto di credito possa ottenere la prestazione attesa.

Una volta effettuato il deposito, il giudice pronuncia una sentenza di carattere non definitivo che assume rilevanza tanto sostanziale, quanto processuale. Sul piano sostanziale il giudice accerta la validità del deposito, verificando il rispetto dei requisiti prescritti con il provvedimento che lo ha precedentemente autorizzato e la corrispondenza tra il bene depositato e quello dovuto. A seguito della sentenza il deposito diviene irrevocabile fino al termine del processo ⁽³²⁷⁾, ma — come si vedrà subito — la liberazione del debitore è subordinata alla circostanza che la controversia venga positivamente risolta, nel merito, con il riconoscimento della titolarità del diritto in capo ad uno dei pretendenti. Sul terreno processuale, la sentenza che accerta la validità del deposito dispone l'estromissione del debitore dal processo, che a questo punto si concentra esclusivamente sul versante attivo del rapporto obbligatorio.

La qualificazione del provvedimento giurisdizionale che dispone l'estromissione dell'obbligato non trova la dottrina concorde. Diversa-

(326) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 204.

(327) Nello stesso senso CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 205.

mente da quanto qui sostenuto ⁽³²⁸⁾, voci autorevoli ritengono che l'estromissione possa essere disposta con ordinanza ⁽³²⁹⁾, o, ancora, che il provvedimento si identifichi con un'ordinanza in assenza di opposizione del creditore, dovendo invece essere pronunciata sentenza quando l'estromissione è oggetto di contraddittorio ⁽³³⁰⁾.

La pronuncia di una sentenza appare necessaria considerando tanto il versante sostanziale, quanto quello processuale. In relazione al primo il giudice, accertando la validità del deposito, libera il debitore, anche se gli effetti del provvedimento sono subordinati al positivo accertamento della titolarità del diritto di credito in capo ad uno dei pretendenti. Con riferimento al secondo, l'estromissione dell'obbligato comporta una riduzione dell'oggetto del processo, che — non essendo controversi l'esistenza e il contenuto dell'obbligazione — si concentra sulla titolarità del corrispondente diritto di credito ⁽³³¹⁾.

Ora, nessun problema sorge quando il processo — proseguito in assenza del debitore — termina con una sentenza definitiva che accerta, nel merito, la titolarità del diritto di credito in capo ad uno dei pretendenti: il bene o la somma depositati dal debitore per conseguire l'estromissione vengono attribuiti al creditore, mentre la parte soccombente sostiene le spese del deposito ⁽³³²⁾. Più complesso lo scenario che conseguirebbe all'estinzione del processo o ad una pronuncia che rigettasse nel merito entrambe le domande dei contendenti. Si discute,

(328) L'opinione espressa nel testo, in base alla quale il provvedimento di estromissione si identifica sempre con una sentenza, è sostenuta da MANDRIOLI e CARRATTA, *Diritto processuale civile*²⁶, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2017, p. 451 s., nt. 83; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*², cit., p. 401; TOMMASEO, voce *Estromissione della parte dal processo*, in *Enc. giur.*, XIII, 1989, p. 6; ID., *L'estromissione della parte dal giudizio*, Milano, 1975, pp. 238, nt. 48, 388.

(329) Cfr. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al c.p.c.* diretto da Allorio, Torino, 1973, *sub* art. 109, p. 1211; ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, I, Napoli, 1961, p. 308; COSTA, voce *Estromissione dell'obbligato*, in *Nss. D. I.*, VI, Torino, 1960, p. 1031.

(330) Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*⁷, I, *Principi generali*, Milano, 2013, p. 360; MENCHINI, voce *Pretendenti (lite tra)*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1996, pp. 326 s.; LEZZERINI, *Lite tra pretendenti ed estromissione dell'obbligato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 1425 ss.; SATTA, *Commento al c.p.c.*, I, Milano, 1957, p. 411; REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1953, p. 242.

(331) In questo senso v., incisivamente, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*², cit., p. 401 s.

(332) Sull'imputazione delle spese di deposito al soccombente, cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 205; LEZZERINI, *Lite tra pretendenti*, cit., p. 1434 s.

in primo luogo, sulla stessa ammissibilità di un duplice (o plurimo) rigetto nel merito, che alcune voci dottrinali ritengono confliggente con il divieto di *non liquet* ⁽³³³⁾: in quest'ottica, perché possa essere pronunciata una sentenza di accoglimento non è necessaria la prova della titolarità del diritto di credito, essendo sufficiente che il titolo di uno degli attori sia ritenuto preferibile a quello dell'altro. Benché autorevolmente sostenuta e sapientemente argomentata, la tesi non sembra poter essere accolta: il giudice, infatti, sarebbe tenuto ad accogliere una domanda che ritiene priva di un sufficiente supporto probatorio o addirittura infondata nel merito ⁽³³⁴⁾.

Se allora si deve ritenere che una sentenza di rigetto di entrambe le domande proposte dai pretendenti possa essere pronunciata ⁽³³⁵⁾, ad essa consegue inevitabilmente l'inefficacia del deposito convalidato nel corso del giudizio: la somma o il bene depositati saranno restituiti al debitore, mentre le relative spese verranno sostenute dai soccombenti. Il debitore non può dirsi liberato, in quanto ha depositato il bene affinché esso venisse attribuito ad uno dei contendenti: se la funzione del deposito previsto dall'art. 109 c.p.c. è quella di assicurare la soddisfazione del creditore, è inevitabile che perda efficacia quando nessuno dei due contendenti viene riconosciuto tale ⁽³³⁶⁾.

È evidente la differenza intercorrente tra la fattispecie in esame e il deposito della somma dovuta che il debitore cambiario è legittimato a compiere a seguito della scadenza del termine di pagamento (art. 48 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669). Mentre quest'ultimo può liberarsi in sede stragiudiziale depositando la somma presso l'istituto di emissione,

(333) Cfr. MENCHINI, voce *Pretendenti (lite tra)*, cit., p. 327; TOMMASEO, *L'estromissione della parte*, cit., pp. 234, nt. 44 e 237, nt. 48; LEZZERINI, *Lite tra pretendenti*, cit., p. 1432; SATTA, *Commento al c.p.c.*, cit., p. 412.

(334) Cfr. NEGRI, *Sull'estromissione dell'obbligato*, cit., p. 1112 s.

(335) Si tratta, infatti, di un'eventualità ammessa da CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*², cit., p. 402; LUISO, *Diritto processuale civile*⁷, I, cit., p. 359; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 205.

(336) La nostra opinione è in sintonia con quella di CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*², cit., p. 402. Secondo l'autore, una «eventuale sentenza di rigetto di entrambe le pretese caducherà l'accertamento parziale contenuto nella decisione di estromissione, poiché esso era provvisorio ed incompleto: ove non integrato con la decisione che creditore è uno degli attori, non manterrà senso l'accertamento che il convenuto fosse debitore di uno di essi». Condivide tale argomentazione NEGRI, *Sull'estromissione dell'obbligato*, cit., p. 1114. Pervengono alla medesima conclusione, sebbene sulla base di argomenti diversi, LUISO, *Diritto processuale civile*⁷, I, cit., p. 359; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 205.

il deposito che prelude all'estromissione dell'obbligato matura nell'ambito di un processo volto ad accertare l'identità del creditore e viene governato dal giudice: una volta concluso il processo, il deposito esaurisce la sua funzione, sicché quando il bene non può essere attribuito al creditore deve essere necessariamente restituito all'obbligato.

Qualora l'identità del creditore permanesse incerta, il debitore sarebbe pur sempre legittimato ad effettuare il deposito in base alla disciplina ordinaria (artt. 1210, 1212 c.c.) senza procedere preventivamente all'offerta: egli assumerebbe, tuttavia, il rischio di sostenere le relative spese, che graverebbero indefinitamente sul suo patrimonio qualora il creditore non potesse essere identificato.

20. *Il sequestro liberatorio "ordinato dal giudice" in rapporto ai procedimenti di liberazione previsti dal codice civile: ragione e funzione dell'istituto (art. 687 c.p.c.).* — Il debitore obbligato a consegnare beni mobili o immobili, ed impossibilitato ad adempiere a causa del rifiuto opposto dal creditore, può liberarsi effettuando rispettivamente il deposito o il sequestro disciplinati nel titolo delle obbligazioni e nelle disposizioni di attuazione (artt. 1210-1216 c.c.; 76-79 disp. att.). Del deposito si è già trattato, mentre il sequestro liberatorio applicabile all'obbligazione di consegnare beni immobili verrà esaminato nella prossima sezione del capitolo.

Con i due istituti concorre una disposizione, rinvenibile nel codice di rito, rubricata «casi speciali di sequestro», ma usualmente designata dagli interpreti con l'espressione «sequestro liberatorio» (art. 687 c.p.c.). In base ad essa, quando tra le parti intercorre una controversia relativa all'esistenza o al contenuto dell'obbligazione, al modo del pagamento o della consegna o all'idoneità della cosa offerta, «il giudice può ordinare il sequestro delle somme o delle cose che il debitore ha offerto o messo comunque a disposizione del creditore per la sua liberazione».

Analogamente a quanto accade per le altre figure di sequestro, la procedura che conduce all'adozione del relativo provvedimento e il regime dello stesso sono sottoposti alle regole generalmente applicabili a tutti i procedimenti cautelari (art. 669-*quaterdecies* c.p.c.).

Come si evince chiaramente dal dettato normativo, il sequestro liberatorio previsto dall'art. 687 c.p.c. implica che l'offerta della prestazione rifiutata dal creditore abbia generato una controversia tra le parti. Soddisfatto tale requisito, la disposizione può essere applicata

tanto ai rapporti immobiliari quanto a quelli mobiliari, sovrapponendosi non solo al sequestro, ma anche al deposito liberatorio disciplinati nel titolo delle obbligazioni (artt. 1216, 1210 ss. c.c.).

Se oggi l'istituto è collocato nel codice di rito — e segnatamente nel contesto dei provvedimenti cautelari — nella legislazione previgente era contemplato da una disposizione situata nel codice civile, in base alla quale «l'autorità giudiziaria» poteva «ordinare il sequestro...delle cose» offerte dal debitore «per la sua liberazione» (art. 1875 c.c. del 1865) ⁽³³⁷⁾. In passato il sequestro ordinato dal giudice permetteva di integrare un sistema normativo lacunoso, che non prevedeva un procedimento mediante il quale il debitore obbligato a consegnare beni immobili avrebbe potuto liberarsi superando il rifiuto opposto dal creditore. Secondo una tesi sostenuta in dottrina, infatti, il giudice avrebbe potuto ordinare il sequestro solo quando l'obbligazione il cui adempimento risultava precluso dal difetto di cooperazione aveva ad oggetto la consegna di immobili ⁽³³⁸⁾. Nella legislazione vigente l'istituto svolge inevitabilmente una diversa funzione, in quanto il codice civile prevede un procedimento di liberazione coattiva del debitore anche sul versante immobiliare (artt. 1216, comma 2° c.c.; 79 disp. att.).

Si comprende, dunque, come allo stato attuale il principale problema ricostruttivo che si pone all'interprete sia quello di definire la relazione intercorrente tra il sequestro liberatorio ordinato dal giudice

(337) La disposizione era evidentemente modellata sul testo dell'art. 1961, n. 3 *Code civil*, rubricato *Du séquestre ou dépôt judiciaire*, ai termini del quale «La justice peut ordonner le séquestre...3. des choses qu'un débiteur offre pour sa libération». Benché la riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti del febbraio 2016 abbia interessato anche il procedimento di liberazione coattiva del debitore (Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016), l'art. 1961 *Code civil* è tuttora vigente. Per una ricostruzione delle radici dottrinali del sequestro liberatorio ordinato dal giudice — rintracciabili nell'elaborazione di *Potbier* — si rinvia a TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio (art. 687 c.p.c.)*, Bari, 2011, p. 27 ss.; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio come vicenda dell'obbligazione*, Milano, 1984, p. 8 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 206 ss.

(338) In questo senso v. CONIGLIO, *Sequestro giudiziario chiesto dal debitore sugli stessi beni già oggetto d'esecuzione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, p. 109 ss.; ID., *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Torino, 1926, p. 110; A. SEGNI, voce *Sequestro giudiziario e convenzionale*, in *N.D.I.*, XII, 1, Torino, 1940, p. 134; SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 196. Un'opinione analoga è stata sostenuta anche a seguito della promulgazione del codice civile vigente. Secondo un autore, infatti, il debitore potrebbe ricorrere al sequestro ex art. 687 c.p.c. quando il creditore rifiuta di ricevere un immobile o l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di beni mobili che non potendo essere rimossi dal luogo in cui si trovano non sono suscettibili di deposito: cfr. IANNUZZI, *Questioni in tema di sequestro liberatorio*, in *Giur. it.*, 1951, IV, c. 73.

— e disciplinato nel codice di rito (art. 687 c.p.c.) — e i procedimenti di deposito e sequestro che il codice civile prevede a favore del debitore intenzionato ad affrancarsi dal vincolo (artt. 1210-1216 c.c.; 76-79 disp. att.). Senonché, l'elaborazione dottrinale non raggiunge, sul punto, conclusioni univoche, anche in considerazione del fatto che il tema è frequentato tanto da cultori del diritto sostanziale, quanto da studiosi di diritto processuale.

Con una certa approssimazione, si può affermare che mentre i primi tendono ad identificare il sequestro liberatorio *ex art. 687 c.p.c.* con i procedimenti regolamentati dal codice civile ⁽³³⁹⁾ — rispetto ai quali si differenzerebbe per il solo presupposto di una lite già pendente tra le parti ⁽³⁴⁰⁾ — i secondi, valorizzando la collocazione della disposizione, lo riconducono al *genus* dei provvedimenti cautelari ⁽³⁴¹⁾. Si propone poi — e si tratta, come vedremo subito, dell'opzione preferibile — una terza ricostruzione, che ravvisa nel sequestro *ex art. 687*

(339) In questo senso v., sia pure con accenti diversi, ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 186 s.; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale*, cit., p. 803 s.; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 203 s.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 198 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 206 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 312 ss. Tra gli studiosi del diritto civile sostanziale che riconducono il sequestro *ex art. 687 c.p.c.* al novero dei provvedimenti cautelari v. tuttavia MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 138 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 417 s.; CECCHERINI, *Funzione cautelare del c.d. sequestro liberatorio*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 401 ss.

(340) V., *infra*, § 21.

(341) Cfr. GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, in Tarzia e Saletti (a cura di), *Il processo cautelare*⁵, Milano, 2015, p. 93; DALFINO, *Il sequestro liberatorio*, in Carratta (a cura di), *I procedimenti cautelari*, Bologna, 2013, p. 593 s.; LUISSO, *Diritto processuale civile*⁷, IV, *I processi speciali*, Milano, 2013, p. 264; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, in Chiarloni e Consolo (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, Torino, 2005, p. 117 ss.; FERRI, voce *Sequestro*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 485; BOVE, *In tema di sequestro speciale ex art. 687 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 3223. Nella dottrina processualistica meno recente si riscontra la tendenza a ricondurre la figura alle altre due fattispecie di sequestro: ora a quello giudiziario (ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, IV, Napoli, 1964, p. 219; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*⁵, III, Roma, 1956, p. 148 s.; REDENTI, *Diritto processuale civile*², III, Milano, 1954, p. 55), ora a quello conservativo (ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, V, Torino, 1966, p. 154). Per un'accurata ricostruzione del dibattito dottrinale successivo alla codificazione del 1940, si rinvia allo studio monografico di TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 116 ss. Ritiene invece che il sequestro *ex art. 687 c.p.c.* non abbia funzione cautelare VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, Padova, 2006, p. 110 s.

c.p.c. un provvedimento giurisdizionale finalizzato a produrre la liberazione del debitore, ma fortemente caratterizzato dalla connessione con la controversia intercorrente tra le parti: grazie alla disposizione citata il giudice decide contestualmente sulla liberazione del debitore e sul merito della controversia, sicché ogni aspetto della lite insorta tra le parti viene definito nella medesima sede. In quest'ottica il sequestro non presenta i tratti propri dei provvedimenti cautelari: esso favorisce la liberazione del debitore — che viene accordata o rifiutata contestualmente alla definizione della controversia — ma non ha la funzione di neutralizzare il rischio che l'interesse ad affrancarsi dal vincolo venga irrimediabilmente pregiudicato durante il processo, né quella di anticipare gli effetti della decisione sul merito della lite, qualora il tempo necessario per pervenire ad essa possa ridurre l'efficacia della tutela giurisdizionale ⁽³⁴²⁾.

Da ognuna delle ricostruzioni discendono conseguenze rilevanti. Dalla tesi in base alla quale il sequestro ordinato dal giudice riproduce sullo scenario processuale i procedimenti di liberazione disciplinati dagli artt. 1210-1216 c.c., deriva quale inevitabile conseguenza che il regime dell'istituto — appena abbozzato nel contesto dell'art. 687 c.p.c. — risulta modellato su quello del codice civile: le deviazioni vengono ridotte al minimo, sicché il sequestro liberatorio contemplato dal codice di rito non si differenzia dal deposito e dal sequestro disciplinati nel titolo delle obbligazioni se non per il presupposto della lite pendente tra le parti. L'opinione — che si trova espressa in contributi assai autorevoli, ma risalenti nel tempo ⁽³⁴³⁾ — sembra oggi superata dall'evoluzione della normativa: per espressa disposizione di legge (art. 669-*quaterdecies* c.p.c.), infatti, i sequestri — *ivi* compreso quello liberatorio — sono assoggettati alla disciplina del c.d. rito cautelare uniforme introdotta dalla novella del 1990 ⁽³⁴⁴⁾ e rinvenibile negli artt. 669-*bis* ss. c.p.c. Qualunque sia l'opzione ricostruttiva adottata dall'interprete, il procedimento che conduce al sequestro ordinato dal giudice ai sensi dell'art. 687 c.p.c., come il regime del relativo

(342) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., *passim*, spec. p. 176 ss.

(343) Ci si riferisce, in particolare, a NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 198 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 206 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 312 ss.

(344) L. 6 novembre 1990, n. 353.

provvedimento, è delineato dalle disposizioni generalmente applicabili ai provvedimenti cautelari ⁽³⁴⁵⁾.

L'opinione che valorizza la collocazione sistematica dell'art. 687 c.p.c. implica, invece, che il paradigma di riferimento sia quello dei provvedimenti cautelari, mentre il deposito e il sequestro disciplinati dal codice civile perdono la loro capacità di attrazione. Il giudice competente a decidere sull'istanza di sequestro sarebbe tenuto a verificare la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* — che costituiscono i tradizionali presupposti della tutela cautelare — mentre si ammette che almeno al verificarsi di determinate fattispecie il sequestro possa liberare il debitore benché non convalidato dal giudice ⁽³⁴⁶⁾.

Perviene a conclusioni diverse chi ritiene che il sequestro liberatorio non costituisca un provvedimento cautelare, sebbene la sua funzione possa essere correttamente percepita solo in una prospettiva di carattere processuale: il provvedimento, infatti, permette al debitore di liberarsi nell'ambito dello stesso giudizio in cui si discute dell'esistenza del rapporto obbligatorio o della sua attuazione. In quest'ottica, se il sequestro ordinato dal giudice risulta disciplinato per gli aspetti procedurali dalle norme del c.d. rito cautelare uniforme (artt. 669-*bis* ss. c.p.c.), esso non annovera tra i suoi presupposti il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* che caratterizzano la tutela cautelare: il giudice potrà limitarsi ad accertare i requisiti previsti dall'art. 687 c.p.c., che si identificano con l'offerta o la messa a disposizione della prestazione e con la controversia conseguente al rifiuto opposto dal creditore ⁽³⁴⁷⁾. Si ritiene, d'altra parte, che la liberazione del debitore presupponga necessariamente l'accertamento giudiziale della validità del sequestro, destinato ad essere compiuto contestualmente alla sentenza che definisce il giudizio di merito ⁽³⁴⁸⁾.

È questa, a nostro avviso, la prospettiva che offre l'inquadramento più convincente al sequestro liberatorio disciplinato dall'artt. 687 c.p.c.

La questione che può contribuire ad orientare la riflessione, semplificando un quadro non sempre nitido, si presta ad essere sintetizzata

(345) Per un chiaro riscontro, v. GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario*, cit., p. 96 s.; DALFINO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 594; TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 212; VERDE, *I provvedimenti cautelari*, cit., p. 594; FERRI, voce *Sequestro*, cit., p. 485.

(346) È questa la posizione di M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., pp. 1117-1120.

(347) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., pp. 176-201, 241 s.

(348) Sul punto v. ancora TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., pp. 201, 252-254 e *passim*. Per ulteriori riferimenti v., *infra*, ntt. 379-381.

in questi termini: per quale motivo in presenza dei procedimenti di liberazione coattiva del debitore disciplinati dal codice civile il legislatore processuale prevede un'ulteriore figura di sequestro liberatorio, subordinato all'esistenza di una controversia ma applicabile a tutte le obbligazioni di dare.

La ragione che giustifica tanto l'espressa previsione di un'ulteriore figura di sequestro, quanto la sua collocazione all'interno del codice di rito, si identifica con la controversia intercorrente tra le parti: il sequestro ordinato ai sensi dell'art. 687 c.p.c., infatti, consente di definire nel contesto del medesimo giudizio il conflitto relativo all'esistenza o all'attuazione del rapporto obbligatorio e quello inerente alla liberazione del debitore impossibilitato ad adempiere a causa del difetto di cooperazione. Qualora il debitore potesse avvalersi solo del deposito o del sequestro disciplinati dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione, la sua pretesa di liberarsi dal vincolo verrebbe considerata in una sede processuale diversa da quella in cui viene definita la controversia relativa all'esistenza e all'attuazione del rapporto: anziché essere esaurito in un unico giudizio, il conflitto tra le parti troverebbe soluzione in due distinte sedi processuali. Ne risulterebbe inevitabilmente compromessa l'efficacia del processo quale strumento di soluzione della controversia innescata dal rifiuto del creditore, in quanto il giudizio relativo all'esistenza o all'attuazione del rapporto non sarebbe esauriente; il debitore, inoltre, sosterebbe inutilmente dei costi supplementari per vedere riconosciuto il suo diritto a liberarsi del rapporto inattuato a causa del difetto di cooperazione.

Come risulta dal dettato dell'art. 687 c.p.c., la controversia che giustifica l'istanza di sequestro può riguardare in primo luogo l'esistenza dell'obbligazione. Nella situazione più probabile, il debitore che offre la prestazione è interessato a sostenere l'esistenza del rapporto obbligatorio, negata invece dal creditore, per ottenere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva (art. 1453, comma 1° c.c.); non si può escludere, tuttavia, che il debitore chieda che il rapporto obbligatorio venga dichiarato esistente a fronte di un'azione di accertamento negativo esercitata dal creditore ⁽³⁴⁹⁾.

(349) Lo scenario delineato nel testo è ipotizzabile a condizione che si risolva positivamente la questione, dibattuta nella dottrina processualistica, relativa all'ammissibilità di un'azione di accertamento negativo dei diritti di credito: sul punto v., anche per i riferimenti alla letteratura in materia, TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 230 s., testo e nt. 46.

Il conflitto insorto tra le parti può riguardare, secondariamente, «il modo del pagamento o della consegna, o l'idoneità della cosa offerta» (art. 687 c.p.c.). Non si discute, in questa ipotesi, dell'esistenza dell'obbligazione, ma del suo oggetto e delle modalità di attuazione del rapporto, dovendosi valutare se l'offerta compiuta dal debitore prefigiuri un esatto adempimento o se, invece, il creditore l'abbia rifiutata per un motivo legittimo.

Ebbene, grazie all'art. 687 c.p.c. il sequestro viene ordinato dal giudice competente a decidere sulla controversia relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto, per poi essere convalidato con la sentenza che la risolve: il giudizio "di merito" esaurisce, dunque, il conflitto generato dal rifiuto dell'offerta in quanto include l'accertamento della validità del sequestro e la conseguente decisione in ordine alla liberazione del debitore. Se quest'ultimo decidesse di avvalersi dei procedimenti di deposito e sequestro liberatorio disciplinati dal codice civile (artt. 1210-1216 c.c.; 76-79 disp. att.), sarebbe tenuto a chiederne la convalida nell'ambito di un distinto giudizio. Oltre a un'irragionevole duplicazione degli scenari processuali, ne deriverebbe il rischio di un contrasto tra giudicati: si pensi all'ipotesi in cui un primo giudice accolga l'azione di adempimento esercitata dal creditore ritenendo l'offerta compiuta dal debitore non corrispondente al contenuto dell'obbligazione, mentre un secondo giudice, al quale sia stato chiesto di convalidare il deposito (art. 1210, comma 2°), ritenga fondata la domanda del debitore, liberandolo dalla sua obbligazione.

D'altra parte, il procedimento delineato dalla disciplina del rito cautelare uniforme applicabile al sequestro ordinato dal giudice (artt. 669-*bis* ss. c.c.) sembra essere più agile e spedito di quello che caratterizza il deposito e il sequestro regolamentati dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione (artt. 1210-1216 c.c.; 76-79 disp. att.). Il giudice competente a decidere sulla controversia relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto obbligatorio gode di una certa discrezionalità nella definizione delle modalità del sequestro, che possono essere configurate in modo tale da agevolare la dismissione del bene rifiutato dal creditore ⁽³⁵⁰⁾.

La scelta di collocare il sequestro ordinato dal giudice nel codice di rito appare giustificata sotto il profilo funzionale, nonché opportuna in considerazione della disciplina applicabile. Se da un lato la disposizione

(350) V., *infra*, § 22.

consente di esaurire la controversia nel medesimo giudizio — evitan-
done la frammentazione in un duplice scenario processuale — dall'al-
tro il contesto normativo in cui è collocata agevola l'adozione del
provvedimento ed offre soluzioni ragionevoli ad una serie di questioni
rilevanti sul piano applicativo.

Sebbene, per la ragione appena indicata, la sua collocazione siste-
matica vada considerata con favore, il sequestro liberatorio non costi-
tuisce a nostro avviso un provvedimento cautelare. A differenza del
sequestro giudiziario (art. 670 c.p.c.), esso non impedisce una lesione
irreparabile del diritto invocato dall'attore — quale potrebbe conse-
guire al deterioramento o all'alienazione del bene controverso —
suscettibile di prodursi nel corso del processo; né, come invece il
sequestro conservativo (art. 671 c.p.c.), è orientato a salvaguardare
l'efficacia della tutela giurisdizionale anticipandone gli effetti in consi-
derazione del rischio che essa possa risultare vanificata da evenienze
sopravvenute, e segnatamente dal deterioramento della situazione pa-
trimoniale del debitore.

Benché il procedimento disciplinato dal codice civile e dalle di-
sposizioni di attuazione sia impegnativo e complesso, resta il fatto che
la liberazione del debitore decorre dal momento in cui il bene viene
consegnato al depositario o al sequestratario: gli effetti della sentenza di
convalida o dell'accettazione del creditore retroagiscono alla data della
consegna (artt. 1210, comma 2°, 1216, comma 2° c.c.). Già dal mo-
mento dell'offerta, inoltre, il debitore pregiudicato dal difetto di coo-
perazione fruisce della tutela accordata dalla *mora accipiendi*: è appena
il caso di ricordare che anche la sentenza di convalida dell'offerta
retroagisce al momento in cui la stessa è stata effettuata (art. 1207,
comma 3° c.c.) ⁽³⁵¹⁾.

In definitiva, il sequestro liberatorio ordinato dal giudice ai sensi
dell'art. 687 c.p.c. non anticipa la soglia della tutela accordata al
debitore, né lo protegge contro il rischio che il suo interesse a liberarsi
dal vincolo possa essere definitivamente pregiudicato da fatti soprav-

(351) Condividiamo qui un rilievo di TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., pp. 176-183, spec. p. 181. Escludono che il sequestro *ex art. 687 c.p.c.* sia subordinato ai presupposti ordinariamente richiesti per la tutela cautelare anche VERDE, *I provvedimenti cautelari*, cit., p. 110; FERRI, voce *Sequestro*, cit., p. 485, nt. 135. In giurisprudenza, ritiene che il sequestro liberatorio *ex art. 687 c.p.c.* non costituisca un provvedimento cautelare, pur essendo assoggettato alla disciplina del c.d. rito cautelare uniforme, Trib. Rimini 16 febbraio 2015, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 365 (s.m.), con nota di TRABACE ed in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «sequestro conservativo», n. 12.

venuti nel corso del processo. Anche nella variante contemplata dal codice di rito, la liberazione del debitore si produce dal momento in cui il bene viene consegnato al sequestratario, ma richiede la convalida giudiziale.

D'altra parte, pure condividendo l'assunto in base al quale il sequestro comporterebbe la liberazione del debitore a prescindere dalla convalida giudiziale, esso non assolverebbe una funzione cautelare. Tanto ricorrendo al sequestro *ex art. 687 c.p.c.*, quanto percorrendo i procedimenti disciplinati dal codice civile, il debitore risulterebbe liberato dal momento della consegna del bene al soggetto legittimato a riceverlo (depositario o sequestratario), sicché qualunque evenienza verificatasi successivamente non potrebbe pregiudicarlo.

21. *La legittimazione a domandare il sequestro e i presupposti del provvedimento.* — La legittimazione a domandare il sequestro spetta esclusivamente al debitore ⁽³⁵²⁾. Il provvedimento presuppone, infatti, che l'obbligato abbia offerto o messo a disposizione per la sua liberazione le somme o le cose dovute (art. 687 c.p.c.): la disposizione prefigura chiaramente un'iniziativa del solo debitore, interessato a liberarsi dell'obbligazione.

Non si può ritenere che il creditore, mutando opinione, sia legittimato ad ottenere il sequestro dei beni precedentemente rifiutati in assenza di un motivo legittimo: la legge proteggerebbe paradossalmente la parte che ha ostacolato con il proprio comportamento l'attuazione

(352) In questo senso è attestata la dottrina prevalente: cfr. MANDRIOLI e CARRATTA, *Diritto processuale civile*²⁶, IV, cit., p. 332, testo e nt. 19; TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 214 ss.; DALFINO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 595; CANTILLO e SANTANGELI, *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 2003, p. 459; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1114; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio come vicenda dell'obbligazione*, cit., p. 97 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 209, nt. 7; TESORIERE, *I casi di sequestro speciale ex art. 687 cod. proc. civ. (Il cosiddetto sequestro liberatorio)*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 499; CALVOSA, *Il processo cautelare. I sequestri e i provvedimenti d'urgenza*, Torino, 1965, p. 528, nt. 326, p. 533 ss. Conforme la giurisprudenza: cfr. Cass. 11 settembre 2014, n. 19157, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «sequestro conservativo», n. 22; Cass. 14 luglio 2003, n. 10992, in *Foro it.*, Rep. 2003, v. «sequestro conservativo», n. 48; Cass. 28 settembre 1996, n. 8577, in *Foro it.*, Rep. 1997, v. «sequestro conservativo», n. 65; Cass. 6 agosto 1965, n. 1879, in *Giust. civ.*, 1966, I, 982 ed in *Foro it.*, 1966, I, 316. Sostengono invece che la legittimazione a domandare il sequestro spetterebbe anche al creditore, nell'ipotesi in cui egli intenda cautelarsi contro il rischio che il rifiuto della prestazione non venga ritenuto legittimo, ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, cit., p. 219; CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., III, p. 149.

del rapporto obbligatorio, assecondando il suo comportamento contraddittorio. Qualora invece l'offerta fosse inesatta e insieme ad altri elementi denotasse il rischio di un possibile pregiudizio alle ragioni del creditore, quest'ultimo potrebbe ottenere (non il sequestro liberatorio, ma) il sequestro giudiziario della *res* controversa o il sequestro conservativo dei beni che integrano il patrimonio del debitore.

In definitiva, il sequestro ordinato dal giudice ai sensi dell'art. 687 c.p.c. costituisce un rimedio a tutela del debitore intenzionato ad adempiere, che è, dunque, l'unico soggetto legittimato ad avvalersene. Lo conferma proprio il fatto che quando si configura il rischio di un pregiudizio alle ragioni del creditore, quest'ultimo può invocare altri rimedi, e segnatamente il sequestro giudiziario e quello conservativo ⁽³⁵³⁾.

Se sul punto gli interpreti concordano, in merito ai presupposti del sequestro si riscontrano divergenze significative. Esse interessano in primo luogo il requisito *della controversia relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto obbligatorio*.

Perché il sequestro possa essere accordato dal giudice, deve risultare «controverso l'obbligo, o il modo del pagamento o della consegna, o l'idoneità della cosa offerta» (art. 687 c.p.c.).

Gli autori che leggono “riduttivamente” la disposizione — ravvisando in essa un semplice adattamento al contesto processuale dei procedimenti di liberazione coattiva previsti dal codice civile — identificano il presupposto della controversia con una situazione di litispendenza: perché l'art. 687 c.p.c. possa essere applicato, sarebbe necessario che il conflitto tra le parti sia già approdato in sede giudiziale ⁽³⁵⁴⁾. Se si ritiene che il sequestro liberatorio ordinato dal giudice non si differenzia in modo apprezzabile dagli omologhi procedimenti disciplinati nel titolo delle obbligazioni, occorre individuare un criterio sicuro per evitare che il primo si dilati in modo tale da precludere, di fatto l'applicazione dei secondi: tale criterio viene identificato con la

(353) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 216.

(354) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 201; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 212; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 312; DI LUCIA, *Note intorno al sequestro liberatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1784 ss. Più di recente v., nello stesso senso, ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 293; MANIACI, *Intimazione a ricevere la consegna di un immobile*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, *sub* art. 1216, p. 936; CURSI, *La liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 859.

litispendenza, essendo necessario che la controversia sia sfociata in una lite approdata sul terreno giudiziale.

In antitesi a tale posizione, che risulta prevalentemente sostenuta dai cultori del diritto civile sostanziale, gli studiosi di diritto processuale osservano che nel lessico legislativo il termine «controversia» non designa solo la litispendenza, ma ha un'estensione più ampia: esso indica un conflitto tra interessi contrapposti che si manifesta con la formulazione di pretese incompatibili, ma non approda necessariamente sullo scenario processuale ⁽³⁵⁵⁾. Il debitore, di conseguenza, potrebbe chiedere al giudice di ordinare il sequestro anche prima dell'avvio del processo, purché il rifiuto della prestazione offerta abbia generato un conflitto tra il suo interesse ad adempiere — e liberarsi così dell'obbligazione — e il contrapposto interesse del creditore: il semplice rifiuto delle somme o delle cose offerte non sarebbe sufficiente a giustificare il provvedimento di sequestro, essendo invece necessario che a seguito di esso si sia sviluppata una controversia.

Senonché, se si adotta questa prospettiva il *quid* che distingue il semplice rifiuto dalla controversia ad esso conseguente appare tanto sottile da risultare impalpabile: il rifiuto dell'offerta implica sempre un conflitto tra pretese contrapposte, e la circostanza che anteriormente o posteriormente ad esso le parti le abbiano esplicitate mediante l'uso del linguaggio non sembra costituire un attendibile criterio discrezionale. In realtà, una volta escluso che il conflitto tra le parti del rapporto obbligatorio debba essere approdato in sede giudiziale sembra necessario concludere che una controversia sussista ogni qualvolta il creditore abbia rifiutato la prestazione offertagli; con la conseguenza che il debitore sarebbe legittimato a chiedere al giudice di ordinare il sequestro ogni qualvolta si sia visto rifiutare le somme o le cose offerte per la sua liberazione. In definitiva, l'opinione che ravvisa la controversia in un conflitto tra interessi contrapposti non necessariamente approdato sullo scenario processuale permette al debitore che non abbia ancora intrapreso un giudizio di scegliere se invocare l'applicazione dell'art. 687 c.p.c. o percorrere i procedimenti di liberazione disciplinati dal titolo delle obbligazioni (artt. 1210-1216 c.c.; 76-79 disp. att.).

Del resto, gli autori che sostengono l'opportunità di non limitare alla situazione di litispendenza l'adozione del provvedimento ricostrui-

(355) Cfr. DALFINO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 586 s.; TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 107 s.; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1102; ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, cit., p. 220; CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., III, p. 148.

scono diversamente il rapporto tra il sequestro ordinato dal giudice *ante causam* e il giudizio che definisce il merito della controversia. Secondo alcuni, quando il conflitto intercorrente tra le parti verte sull'oggetto dell'offerta o sulle modalità di attuazione del rapporto il sequestro ordinato dal giudice ai sensi dell'art. 687 c.p.c. libera il debitore anche se non viene successivamente convalidato, in quanto il giudizio di merito non si instaura o non perviene a sentenza ⁽³⁵⁶⁾. Altri ritengono invece necessario per la liberazione del debitore che il sequestro ordinato *ante causam* sia dichiarato valido con la sentenza che definisce il giudizio di merito ⁽³⁵⁷⁾.

La questione sembra trovare una soluzione equilibrata nella disciplina del c.d. rito cautelare uniforme. In base ad essa, il provvedimento emesso *ante causam* «deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito» (art. 669-*octies*, comma 1° c.p.c.); se entro il termine fissato dal giudice quest'ultimo non viene intrapreso, «o se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia» (art. 669 *novies*, comma 1° c.p.c.). Tali disposizioni devono ritenersi applicabili al sequestro liberatorio ordinato *ex art.* 687 c.p.c., che d'altra parte non può essere considerato un «provvedimento cautelare idoneo ad anticipare gli effetti della sentenza di merito» (art. 669-*octies*, comma 4° c.p.c.) in quanto — come si è già osservato — l'effetto liberatorio si produrrebbe dal momento della consegna del bene al depositario o al sequestratario anche se il debitore ricorresse ai procedimenti disciplinati nel titolo delle obbligazioni (artt. 1210-1216 c.c.; 76-79 disp. att.). Sembra da escludere, allora, che il sequestro liberatorio possa essere compreso nel novero dei provvedimenti che a seguito della novella del 2009 ⁽³⁵⁸⁾ conservano la loro efficacia a prescindere dalla successiva instaurazione del giudizio di merito ⁽³⁵⁹⁾.

In definitiva, il debitore può domandare il sequestro quando la controversia innescata dal rifiuto opposto dal creditore non è ancora approdata in sede giudiziale; per evitare che il provvedimento perda efficacia, tuttavia, ha l'onere di intraprendere il giudizio di merito entro

(356) Cfr. M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1119 s.

(357) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 252 ss.

(358) L. 18 giugno 2009, n. 69.

(359) Per un'analoga conclusione v., incisivamente, TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 254 s. In giurisprudenza v., in senso conforme, Trib. Rimini 16 febbraio 2015, cit.

il termine perentorio indicato nello stesso provvedimento e di compiere gli atti necessari perché pervenga a sentenza. Da un lato il sequestro *ex art. 687 c.p.c.* non presuppone la litispendenza, per cui può essere domandato e concesso *ante causam*: al debitore è riconosciuta la facoltà di dismettere la custodia del bene anteriormente all'avvio del processo. Dall'altro, esso esplica la sua funzione quando la controversia approda sullo scenario giudiziale, in quanto permette di concentrare in un'unica sede il contenzioso relativo all'esistenza o all'attuazione del rapporto e quello inerente alla liberazione del debitore.

Ebbene, nella disciplina del rito cautelare uniforme i due punti di vista vengono armonicamente integrati. Il provvedimento può essere emesso prima che la controversia sia approdata in sede giudiziale, ma la sua efficacia liberatoria richiede che venga instaurata una lite e che la stessa venga definita, nel merito, con una sentenza favorevole al debitore; quest'ultimo, invece, non sarebbe liberato qualora il processo si estinguesse o la sua domanda venisse rigettata, nel giudizio di merito, per ragioni di carattere sostanziale o processuale.

Il sequestro richiede, poi, che le somme o le cose dovute siano state «*offerte o messe comunque a disposizione del creditore*» (art. 687 c.p.c.). Sembra essere sufficiente un'offerta informale ⁽³⁶⁰⁾, che d'altra parte — se si condivide l'opinione, qui sostenuta, in base alla quale l'offerta nelle forme d'uso non si differenzia in modo apprezzabile da quella ordinaria ⁽³⁶¹⁾ — è contemplata dalla disciplina del deposito liberatorio (art. 1214 c.c.) e deve ritenersi ammissibile anche in relazione al sequestro immobiliare (art. 1216 c.c.) ⁽³⁶²⁾. Ammettendo che possa limitarsi a mettere a disposizione i beni dovuti senza osservare alcuna formalità, il legislatore ha inteso agevolare il debitore interessato ad ottenere il sequestro. La riduzione delle formalità necessarie per effettuare l'offerta è compensata dal fatto che il sequestro viene ordinato dal giudice ad esito di un procedimento che vede coinvolte entrambe le parti. Il contraddittorio sui presupposti dell'offerta e del difetto di cooperazione sostituisce le formalità richieste dalla disciplina del codice civile: ci si riferisce, oltre all'offerta formale, al preavviso che precede il deposito (art. 1212, n. 1 c.c.) ⁽³⁶³⁾.

(360) Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. App. Bologna 3 aprile 1996, in *Foro it.*, 1996, I, 2903.

(361) V., *supra*, § 10 e cap. III, § 20.

(362) V., *supra*, § 10.

(363) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 213.

Ora, perché somme o le cose dovute possano dirsi «offerte» o «messe a disposizione del creditore» è necessario che egli possa acquisirne immediatamente la disponibilità, senza dover attendere la conclusione del processo. Il requisito, invece, non può dirsi soddisfatto quando il bene viene sottoposto a sequestro e così sottratto al creditore, che può riceverlo solo al termine del giudizio. In quest'ottica, che riconosce al requisito dell'offerta una concreta rilevanza sul piano applicativo, il sequestro può essere ordinato dal giudice solo quando il debitore è effettivamente intenzionato ad adempiere, e la consegna del bene risulta preclusa dal rifiuto opposto dal creditore. Perché il sequestro possa essere accordato, in altri termini, è necessario che il debitore abbia dimostrato tramite l'offerta la propria *attuale* attitudine ad adempiere l'obbligazione, sicché la sua pretesa di conseguire la liberazione per via giudiziale è giustificata dal rifiuto opposto dal creditore.

È quanto si verifica in primo luogo quando la controversia tra le parti verte sull'esistenza dell'obbligazione. È ipotizzabile che il creditore rifiuti la somma o le cose offertegli deducendo l'inesistenza dell'obbligazione per ottenere il rigetto dell'azione di condanna avente ad oggetto l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva; non si può escludere, tuttavia, che il debitore formuli l'offerta per reagire ad un'azione di accertamento negativo del creditore, interessato a sostenere l'inesistenza dell'obbligazione ⁽³⁶⁴⁾.

La controversia intercorrente tra le parti, inoltre, può essere incentrata sulla corrispondenza delle cose (somme) offerte all'oggetto dell'obbligazione o sulle modalità dell'adempimento: in questa ipotesi, il creditore rifiuta l'offerta non perché contesta l'esistenza dell'obbligazione (e dell'obbligazione corrispettiva), ma in quanto deduce che l'adempimento prefigurato dall'offerta non è idoneo a soddisfare il suo diritto. In entrambi i casi, l'adempimento dell'obbligazione risulta precluso dal rifiuto opposto dal creditore e l'offerta attuale della prestazione — che la legge configura quale *presupposto* del sequestro (art. 687 c.p.c.) — giustifica la pretesa del debitore di liberarsi del rapporto inattuato mediante il provvedimento del giudice.

Non riteniamo invece condivisibili — benché diffusi nella dottrina processualistica e accolti dalla giurisprudenza — quegli indirizzi interpretativi che, svalutando il requisito dell'offerta, estendono il sequestro alle situazioni in cui il debitore non è attualmente disposto ad adem-

(364) V., *supra*, nt. 349.

piere. In quest'ottica, sarebbe legittimato ad avvalersi del rimedio il debitore che — opponendosi, in genere, all'azione di adempimento esercitata dal creditore — contesta l'esistenza dell'obbligazione, e si cautela mediante il sequestro dalle conseguenze che potrebbero derivare tanto da un esito sfavorevole, quanto da una conclusione favorevole della controversia di merito. In entrambi i casi, come ci apprestiamo a constatare, il debitore non offre le somme o le cose dovute, permettendo al creditore di riceverle immediatamente, ma chiede che vengano sottoposte a sequestro per essere attribuite al creditore solo qualora il giudice accerti l'esistenza dell'obbligazione.

Così, secondo un orientamento interpretativo consolidato il debitore convenuto in giudizio con una domanda di adempimento potrebbe ottenere il sequestro quando pur contestando l'esistenza dell'obbligazione teme che l'azione di condanna esercitata nei suoi confronti venga accolta; grazie al sequestro delle somme o delle cose dovute — che vengono attribuite al creditore, al termine del giudizio, quando l'obbligazione viene ritenuta esistente — il debitore riuscirebbe a evitare le responsabilità derivanti dalla *mora debendi* ⁽³⁶⁵⁾.

La soluzione non appare condivisibile, in quanto il sequestro verrebbe accordato senza che i beni siano stati offerti o messi a disposizione del creditore: quest'ultimo non potrebbe riceverli immediatamente, ma solo al termine del processo, nell'eventualità che esso si concluda con l'accertamento dell'esistenza dell'obbligazione ⁽³⁶⁶⁾. Ol-

(365) La tesi è formulata da REDENTI, *Diritto processuale civile*², III, Milano, 1954, p. 56, e condivisa da FALQUI MASSIDDA, *Appunti sul sequestro liberatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 194. Nella dottrina più recente, cfr. RICCI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2008, p. 240.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 11 settembre 2014, n. 19157, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «sequestro conservativo», n. 22; Cass. 14 luglio 2003, n. 10992, *ivi*, Rep. 2003, v. «sequestro conservativo», n. 48; Cass. 28 settembre 1996, n. 8577, *ivi*, Rep. 1997, v. «sequestro conservativo», n. 65; Cass. 5 giugno 1987, n. 4923, *ivi*, Rep. 1987, v. «sequestro conservativo», n. 66; Trib. Rimini 16 febbraio 2015, cit.; Trib. S.M. Capua Vetere 22 gennaio 2013, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 521 (m.), con nota di TRABACE; Trib. Lucca 11 ottobre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 2058, con nota di TRABACE; Trib. Bolzano 28 ottobre 2004, *ivi*, Rep. 2005, v. «sequestro conservativo», n. 33, e *Corr. giur.*, 2005, 1721, con nota di FORNACIARI, *Spunti per un inquadramento del sequestro ex art. 687 c.p.c.*; Trib. Milano 13 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 3436; Trib. Catania 9 marzo 1989, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1112, con nota di GRASSO, *Sequestro liberatorio e compensazione*; Trib. Prato 4 maggio 1988 (ord.), in *Foro it.*, 1989, I, 2298.

(366) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 133 s.; LUIISO, *Diritto processuale civile*⁷, IV, *I processi speciali*, cit., p. 264; CATTANEO, *Della mora del creditore*,

tre che essere incompatibile con il dettato normativo — che richiede l'offerta attuale della prestazione perché il debitore effettui il deposito (art. 687 c.p.c.) e non incorra in *mora debendi* (art. 1220) — l'orientamento avvalorava un esito iniquo nei confronti del creditore: siccome quest'ultimo non ha avuto la possibilità di ricevere i beni a lui dovuti se non al termine del processo, merita di essere compensato per le conseguenze del ritardo maturato nel corso di esso. Se invece, come pure è stato sostenuto in dottrina ⁽³⁶⁷⁾, si ritiene che il sequestro sia ammissibile, ma non escluda la *mora debendi*, la soluzione sembra essere estremamente penalizzante per il debitore, in quanto è responsabile del ritardo pur essendosi privato della disponibilità della somma o della cosa dovuta.

A ben vedere, il sequestro sottrae il bene o la somma di denaro alla disponibilità di entrambe le parti per l'intera durata del processo, sicché tanto escludendo la responsabilità del debitore per il ritardo, quanto affermandola si produce una situazione di squilibrio. L'inammissibilità del sequestro, pertanto, risulta avvalorata non solo sul piano esecutivo, ma anche sotto il profilo funzionale.

In base a un ulteriore orientamento affiorante nella dottrina processualistica, il debitore convenuto in giudizio per l'adempimento sarebbe legittimato a ricorrere al sequestro per cautelarsi contro il rischio di non conseguire la restituzione del bene o della somma di denaro che — per ipotesi, consegnati alla controparte — non risultino dovuti al termine del processo, essendo stata accertata l'inesistenza dell'obbligazione. Anche secondo questa lettura, il sequestro potrebbe essere ottenuto dal debitore che anziché essere disposto ad adempiere deduce l'inesistenza dell'obbligazione: il provvedimento, tuttavia, assumerebbe una connotazione "difensiva", in quanto pur non essendo idoneo a proteggere il debitore dalle responsabilità connesse al ritardo (nell'ipotesi che l'obbligazione venga ritenuta esistente), lo tutela contro il rischio di non riuscire a conseguire la restituzione della presta-

cit., p. 209, nt. 7. In giurisprudenza, escludono che il debitore possa ricorrere al sequestro per evitare le responsabilità inerenti al ritardo, qualora venga ritenuto obbligato, Cass. 5 giugno 1987, n. 4923, in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «sequestro conservativo», n. 66; Pret. Milano 16 luglio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1596; Pret. Milano 25 settembre 1986, in *Giust. civ.*, 1986, I, 3220.

(367) Cfr. FORNACIARI, *Spunti per un inquadramento del sequestro ex art. 687 c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1734.

zione (che sarebbe legittimato ad ottenere qualora al termine del giudizio di merito non venisse ritenuto obbligato) ⁽³⁶⁸⁾.

Anche in questa situazione, a nostro avviso, il sequestro non può essere ordinato dal giudice. Manca, in primo luogo, il requisito dell'offerta delle somme o delle cose dovute, che il creditore non può ricevere immediatamente e incondizionatamente, ma solo se, al termine del processo, il giudice avrà accertato l'esistenza dell'obbligazione e convalidato il provvedimento. L'offerta della prestazione si configura, in quest'ottica, come un *esito* del sequestro (potendo il creditore ricevere il bene solo quando l'obbligazione viene ritenuta esistente e il provvedimento viene convalidato), mentre la legge la identifica chiaramente come un *presupposto* del rimedio.

Non solo. Per cautelarsi contro il rischio di non ricevere la restituzione del bene nel caso di esito favorevole della lite, il debitore si troverebbe costretto a tenere un comportamento contraddittorio, che appare difficilmente giustificabile. Nel momento in cui propone il ricorso per ottenere il sequestro — che costituisce, secondo questa ipotesi, un provvedimento cautelare — sarebbe indotto ad avvalorarne i presupposti, a partire da quello, fondamentale, costituito dall'esistenza dell'obbligazione (*fumus boni iuris*); nel giudizio di merito, in cui contrasta l'azione di adempimento esercitata dal creditore, avrebbe invece interesse che venga accertata l'inesistenza dell'obbligazione per ottenere la restituzione dei beni sottoposti a sequestro ⁽³⁶⁹⁾.

(368) Cfr. GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, cit., p. 95 s.; DALFINO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 589 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1113; DELLA CROCE, *Sequestro liberatorio: casi, esecuzione e il «conflitto tra cautele»*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 218 ss.; CECCHERINI, *Funzione cautelare del c.d. sequestro liberatorio*, cit., p. 410; BOVE, *In tema di sequestro speciale ex art. 687 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 3224. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano 11 aprile 2006, in *Annali it. dir. aut.*, 2007, 831 ed in *Foro it.*, Rep. 2008, v. «sequestro conservativo», n. 16: «l'istituto del sequestro liberatorio, di cui all'art. 687 c.p.c., può trovare applicazione anche nel caso in cui il debitore, pur contestando di essere tenuto ad eseguire una determinata prestazione, la metta a disposizione del creditore, ma con modalità che gli assicurino la restituzione ove la sua contestazione dovesse risultare fondata (nella specie, peraltro, è stata respinta, per difetto di prova del *periculum in mora*, l'istanza di alcuni produttori di supporti sonori volta ad ottenere il sequestro liberatorio delle somme che essi avrebbero corrisposto alla Siae per compensi per copia privata)».

(369) Se poi si ammette che determinati beni possano essere sottoposti a sequestro, con funzione difensiva, anche in considerazione dell'ipotesi che il debitore risulti soccombente nel giudizio di merito e venga condannato ad adempiere, allora si deve riconoscere che il provvedimento possa interferire con il processo di esecuzione. È

Una variante dell'opinione qui disattesa assegna al sequestro ordinato dal giudice una specifica funzione in relazione ai contratti a prestazioni corrispettive: come si vedrà subito, anch'essa si caratterizza per la svalutazione del requisito dell'offerta. Il contraente convenuto in giudizio con un'azione di adempimento può ottenerne il rigetto opponendo l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.). Quest'ultima può essere neutralizzata dall'attore offrendo la prestazione dovuta, ma se l'offerta viene accettata e la controparte permane inadempiente [così giustificando la risoluzione (art. 1453, comma 2° c.c.)], ovvero il contratto risulta essere invalido [con il conseguente rigetto dell'azione di adempimento], l'attore può incontrare difficoltà ad ottenere la restituzione della prestazione eseguita. Si ritiene, allora, che per cautelarsi contro questo rischio il contraente che esercita l'azione di adempimento possa ricorrere al sequestro liberatorio: il convenuto che ha opposto l'eccezione di inadempimento otterrebbe la somma o le cose a

questa, effettivamente, una tesi sostenuta in dottrina: il sequestro ottenuto dal debitore prima dell'inizio dell'esecuzione potrebbe interferire con il relativo procedimento ponendo a carico del creditore l'onere di aggredire in primo luogo i beni sequestrati e permettendo così al debitore di evitare gli inconvenienti derivanti dalla posizione di soggetto passivo della procedura esecutiva [cfr. M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali*, cit., p. 1122; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 194 ss.; DELLA CROCE, *Sequestro liberatorio*, cit., p. 222; nello stesso senso Trib. Prato 4 maggio 1998, in *Foro it.*, 1989, I, 2298]. Il debitore non potrebbe invece ottenere il sequestro dopo l'inizio dell'esecuzione, in quanto in questa ipotesi è esclusivamente legittimato a proporre ricorso al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 615, comma 2° c.p.c. [cfr. M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali*, cit., p. 1121; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 190 ss.; DELLA CROCE, *Sequestro liberatorio*, cit., p. 221; v. tuttavia, in senso contrario, Trib. Cremona 26 aprile 1950, in *Giur. it.*, 1951, I, 2, 341, che accorda il sequestro liberatorio al debitore a seguito del pignoramento immobiliare]. Più convincente la tesi in base alla quale il sequestro non può incidere sul processo di esecuzione nemmeno anteriormente al suo inizio: essa appare coerente con un dato normativo che tende a tipizzare le modalità mediante le quali il debitore può interferire con l'esercizio dell'azione esecutiva (art. 615 c.p.c.); difficilmente, del resto, il creditore dotato di un titolo esecutivo indugerebbe nell'esercizio della relativa azione in modo tale da consentire al debitore di ottenere il sequestro [il rilievo è di TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 272 ss.]. L'opinione trova riscontro nella massima giurisprudenziale che subordina la concessione del sequestro liberatorio alla *persistenza* di una controversia relativa all'obbligazione o alle modalità del suo adempimento: quando il creditore ottiene un titolo esecutivo giudiziale, la controversia relativa agli aspetti sostanziali del rapporto è ormai definita, sicché il debitore non può sottrarsi al pignoramento ricorrendo al sequestro [Cass. 21 aprile 1990, n. 3354, in *Foro it.*, Rep. 1990, v. «sequestro conservativo», n. 35].

lui dovute solo dopo essere stato condannato ad adempiere⁽³⁷⁰⁾. Anche tale opinione, in definitiva, è funzionale a proteggere il debitore (non contro le conseguenze della *mora debendi*, ma) contro il rischio di non conseguire la restituzione della prestazione eseguita qualora il sinalagma non possa essere attuato: rischio al quale il debitore sarebbe esposto se anziché ricorrere al sequestro avesse offerto al creditore le somme o le cose dovute.

A ben vedere, la tesi implica una sorta di ribaltamento del dettato normativo: se in base al testo dell'art. 687 c.p.c. il sequestro liberatorio *richiede* l'offerta della somma o delle cose dovute, secondo questa opinione il rimedio permette al debitore di cautelarsi contro il rischio di non ottenere la restituzione della prestazione al quale sarebbe esposto se effettuasse l'offerta. Occorre ribadire, a questo proposito, che il sequestro ordinato dal giudice presuppone la formulazione di un'offerta che consente al creditore di ricevere immediatamente la consegna del bene: in base alla lettura qui criticata, invece, il creditore potrebbe conseguire le somme o le cose dovute solo al termine del processo, quando il giudice lo abbia condannato a eseguire la prestazione corrispettiva convalidando contestualmente il sequestro⁽³⁷¹⁾.

(370) Risalente a un'intuizione di SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1959, p. 235, la tesi viene sviluppata da NARDO, *Il sequestro speciale c.d. liberatorio*, negli *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Milano, 2004, p. 470; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1113; BOVE, *In tema di sequestro speciale*, cit., p. 3224.

(371) Se concludendo il contratto il debitore ha accettato di adempiere prima della controparte, ha assunto consapevolmente il rischio di eseguire la prestazione dovuta senza ottenere il pagamento del corrispettivo (se si orienta verso l'adempimento), o di non riuscire ad ottenerne la restituzione (quando, stante l'inadempimento della controparte, opta per la risoluzione). Quando invece le prestazioni che integrano il sinalagma devono essere eseguite contestualmente, "mano contro mano", il debitore può offrire la prestazione dovuta subordinatamente all'esecuzione della controprestazione: per poter ricevere le somme o le cose dovute il creditore dovrà eseguire contestualmente la prestazione corrispettiva. In entrambi i casi il debitore può liberarsi ricorrendo al sequestro — e ancor prima, a nostro avviso, può costituire in mora il creditore offrendogli la prestazione [v., *supra*, cap. III, § 13] — ma deve effettuare un'offerta in virtù della quale il creditore possa ricevere immediatamente le somme o le cose a lui dovute senza dover attendere la conclusione del giudizio di merito. Se poi il debitore è legittimato ad eseguire la sua prestazione *dopo* quella della controparte, quest'ultima non può opporgli l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), ma solo l'eccezione fondata sul mutamento delle sue condizioni patrimoniali (art. 1461 c.c.). Il debitore potrà allora neutralizzare tale eccezione ed ottenere l'esecuzione della controprestazione fornendo un'idonea garanzia; in assenza di un termine a favore del

La controversia intercorrente tra le parti e l'offerta delle somme o delle cose dovute esauriscono i presupposti che il giudice è tenuto ad accertare per concedere il sequestro. E siccome il primo di essi risulta dimostrato, *a latere debitoris*, dalla stessa proposizione del ricorso con cui egli domanda l'emissione del provvedimento (art. 669-*bis* c.p.c.), ciò che il giudice può limitarsi ad accertare è, oltre alla formulazione dell'offerta, il rifiuto opposto dal creditore. Per le ragioni già indicate, il sequestro liberatorio non può essere considerato un provvedimento cautelare, sicché il giudice competente ad accordarlo non è tenuto a verificare il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*; d'altra parte, l'esistenza dell'obbligazione e gli altri presupposti che condizionano la liberazione del debitore — quali sono, a titolo esemplificativo, la corrispondenza tra i beni sottoposti a sequestro e quelli dovuti e l'illegittimità del rifiuto — sono destinati ad essere accertati nel contesto della sentenza che definisce il merito della controversia e accerta la validità del sequestro.

Si ritiene, poi, che quando il sequestro viene chiesto *ante causam* il ricorso proposto dal debitore debba consentire di identificare la domanda di merito alla quale il provvedimento si collega ⁽³⁷²⁾. L'opinione risponde all'esigenza di salvaguardare il diritto di difesa del creditore — che non può efficacemente contrapporsi all'istanza di sequestro senza conoscere la ragione per cui il debitore pretende di essere liberato dal vincolo — e trova riscontro nel collegamento istituito dalla legge tra il provvedimento e la sentenza che definisce il giudizio di merito (art. 669-*octies* s. c.p.c.). Se il sequestro accordato *ante causam* deve essere necessariamente seguito dal giudizio di merito — al termine del quale il provvedimento è suscettibile di essere convalidato con la stessa sentenza che definisce la controversia tra le parti — il ricorso proposto dal debitore deve permettere l'identificazione della domanda che giustifica la sua pretesa di liberarsi dal rapporto inattuato.

22. *Il procedimento.* — Il sequestro ordinato dal giudice ai sensi dell'art. 687 c.p.c. è assoggettato al c.d. rito cautelare uniforme. In presenza di un'indicazione normativa univoca come quella che si ricava dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., non ha alcuna valenza preclusiva la

creditore, non si può tuttavia escludere che egli offra anticipatamente la somma o le cose dovute, e a seguito del rifiuto eventualmente opposto dal creditore si liberi mediante il sequestro accordatogli ai sensi dell'art. 687 c.p.c.

(372) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., pp. 234-238.

circostanza che a differenza delle altre due varianti di sequestro disciplinate nella stessa sezione quello liberatorio non costituisca un provvedimento cautelare.

La competenza a decidere sulla domanda di sequestro viene regolata distintamente in considerazione del fatto che il relativo ricorso (art. 669-*bis* c.p.c.) venga proposto nel corso della causa di merito o anteriormente ad essa. Nel primo caso, la domanda deve essere proposta al giudice davanti al quale pende la causa; se si tratta del tribunale — come avviene necessariamente, quando il sequestro viene chiesto nel corso del primo grado di giudizio — il ricorso deve essere indirizzato al giudice istruttore, mentre qualora egli non sia stato ancora designato o il giudizio sia stato sospeso o interrotto dovrà essere rivolto al presidente del tribunale, che provvederà a individuare il magistrato al quale è affidato il procedimento (art. 669-*quater*, comma 2° c.p.c.). Se invece il sequestro viene domandato *ante causam*, il ricorso deve essere indirizzato al giudice competente in relazione alla controversia di merito, e questo conferma la necessità che esso contenga gli elementi necessari per l'identificazione della relativa domanda ⁽³⁷³⁾; come nell'ipotesi della domanda proposta in corso di causa in assenza di un giudice istruttore, il presidente del tribunale, ricevuto il fascicolo d'ufficio, designa il magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento (art. 669-*ter*, comma 4° c.p.c.).

In entrambe le ipotesi, il giudice di pace non ha competenza a decidere sulla domanda di sequestro: ne consegue che se anche la causa di merito pende davanti a lui o è di sua competenza il ricorso deve essere proposto al tribunale (artt. 669-*ter*, comma 2°; 669-*quater*, comma 3° c.p.c.).

In giurisprudenza si è poi ritenuto che il sequestro possa essere ordinato dal giudice di secondo grado, se la controversia di merito pende davanti a lui ⁽³⁷⁴⁾: la soluzione appare condivisibile ⁽³⁷⁵⁾. Nel corso del giudizio di primo grado, il debitore può ragionevolmente sperare che il creditore, ravvedendosi, accetti l'offerta ed esegua la controprestazione (se la controversia verte sull'esistenza dell'obbligazione) o rinunci all'azione di adempimento (se il conflitto ha ad oggetto

(373) V., *supra*, § 21.

(374) Cfr. Cass. 11 giugno 1987, n. 5078, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1376 ed in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «sequestro conservativo», n. 33.

(375) V. tuttavia in senso contrario CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 213, nt. 15.

l'attuazione del rapporto). Se tuttavia il rifiuto delle somme o delle cose dovute permane anche nel successivo grado di giudizio, la prospettiva di un ravvedimento del creditore si allontana, e il debitore è portatore un interesse meritevole di tutela a liberarsi coattivamente mediante il sequestro. Si ripropone a questo proposito, ma in relazione alla cooperazione del creditore, una prospettiva analoga a quella che giustifica il mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione (art. 1453, comma 2° c.c.): il rifiuto di ricevere i beni che si protrae nel corso del giudizio giustifica il sopravvenuto interesse del debitore a liberarsi dal vincolo. Se dunque la soluzione appare giustificata sotto il profilo funzionale, sul piano esegetico sembra potersi sostenere che l'accertamento giudiziale della validità del sequestro e delle altre condizioni alle quali è subordinata la liberazione del debitore non costituisca oggetto di una domanda nuova — come tale, inammissibile ai sensi dell'art. 345 c.p.c. — in quanto è da ritenere assorbito nel giudizio relativo all'esistenza o all'attuazione del rapporto obbligatorio instaurato in primo grado.

È tuttavia necessario che già a fondamento della domanda di merito inizialmente proposta il debitore abbia dedotto l'offerta della prestazione e il rifiuto del creditore, giacché altrimenti — per la stretta relazione tra il sequestro e la controversia di merito — il giudizio di appello verterebbe su fatti diversi da quelli considerati in prima istanza. D'altra parte, la prova dell'offerta della prestazione e del rifiuto del creditore fornita nel giudizio di primo grado dimostra che il difetto di cooperazione si è protratto nel corso del processo, giustificando, così, la sopravvenuta determinazione del debitore di liberarsi mediante il sequestro.

L'ordinanza con cui il giudice decide sul ricorso richiede la preventiva convocazione del creditore (art. 669-*sexies*, comma 1° c.p.c.): quest'ultimo, naturalmente, può sollevare eccezioni processuali (incompetenza del giudice) o di merito (assenza del requisito dell'offerta; accettazione della prestazione che invece il debitore assume essere stata rifiutata) ⁽³⁷⁶⁾. Oltre a promuovere il contraddittorio sui presupposti

(376) In letteratura, tuttavia, si è ipotizzato che il sequestro possa essere accordato *inaudita altera parte* ai sensi dell'art. 669-*sexies*, comma 2° c.p.c., quando la tutela dell'interesse del debitore esige che il provvedimento venga adottato in tempi brevissimi, incompatibili con l'audizione del creditore e il conseguente contraddittorio (cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., pp. 243-245). La convocazione del creditore, tuttavia, è solo differita, in quanto con lo stesso decreto con cui provvede sul ricorso

del provvedimento, la convocazione del creditore scongiura il rischio che il provvedimento di sequestro risulti inutile, in quanto gli consente di manifestare in sede processuale la volontà di accettare le somme o le cose offertegli ⁽³⁷⁷⁾. Proprio in considerazione della relazione instauratasi tra le parti nel contesto processuale si ritiene che, una volta accordato il provvedimento, il debitore possa procedere al sequestro senza effettuare l'intimazione richiesta, in relazione al deposito, dall'art. 1212, n. 1 c.c. ⁽³⁷⁸⁾

Il sequestro, accordato dal giudice con ordinanza (art. 669-*octies* c.p.c.), libera il debitore solo se la sua validità viene successivamente accertata con la sentenza che definisce il giudizio di merito. In questo senso appare orientata la dottrina civilistica ⁽³⁷⁹⁾ e parte di quella processualistica ⁽³⁸⁰⁾, anche se non mancano, nell'ambito di quest'ultima, opinioni attestate in senso contrario: quando la controversia non investe l'esistenza del rapporto obbligatorio, ma la sua attuazione, il sequestro avrebbe effetto liberatorio anche se non convalidato da una sentenza di merito favorevole al debitore ⁽³⁸¹⁾.

La liberazione del debitore, ci sembra, presuppone necessariamente che sia accertata tanto l'esistenza del rapporto obbligatorio [se il creditore la contesta], quanto il contenuto e le modalità di attuazione dello stesso [se, invece, il creditore ritiene la prestazione o le modalità dell'offerta inadeguate a soddisfare il suo diritto]. Tale accertamento — che nei procedimenti di liberazione disciplinati dal codice civile viene compiuto nell'ambito del giudizio di convalida (art. 1210, comma 2° c.c.) — avviene, in presenza di una controversia, nel contesto della sentenza che la definisce nel merito. L'effetto liberatorio implica l'accoglimento della domanda proposta dal debitore, sicché non si pro-

il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti entro un termine non superiore a quindici giorni.

(377) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 243.

(378) V., *supra*, nt. 363.

(379) Cfr. MATROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 142; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 203 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 214 s., testo e nt. 17; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 315; IANNUZZI, *Questioni in tema di sequestro*, cit., c. 75.

(380) TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., pp. 252-254; FALQUI MASSIDA, *Appunti sul sequestro liberatorio*, cit., p. 199 ss.; CALVOSA, *Il processo cautelare*, cit., p. 537 s.

(381) Cfr. M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1119 s. L'opinione è condivisa da DALFINO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 592 s.

duce se il processo si estingue o se il giudizio di merito ha un esito sfavorevole all'obbligato per ragioni di carattere sostanziale o processuale.

Certamente il sequestro non libera il debitore se il giudice ritiene inesistente il rapporto obbligatorio, disattendendo la pretesa del debitore di affrancarsi dal vincolo ed ottenere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva. Il debitore sarà invece liberato, con il conseguente accoglimento dell'azione volta ad ottenere l'esecuzione della controprestazione, quando il giudice accerti che il rapporto obbligatorio è stato validamente costituito tra le parti: per ottenere la somma o la cosa a lui dovuta, il creditore dovrà rivolgersi al sequestratario.

Quando invece la controversia verte sul contenuto o sulle modalità di attuazione del rapporto obbligatorio, la liberazione del debitore presuppone che il giudice abbia ritenuto le somme o le cose offerte, e successivamente sottoposte a sequestro, corrispondenti all'oggetto dell'obbligazione e le modalità dell'offerta idonee a soddisfare il diritto del creditore: ancora una volta, il creditore soccombente nel giudizio di merito sarà tenuto a rivolgersi al sequestratario. Il debitore, invece, non sarà liberato — e risponderà delle conseguenze del proprio inadempimento — quando sulla base del contenuto e delle modalità dell'offerta il giudice ritiene che le somme o le cose assoggettate a sequestro non corrispondano al diritto del creditore.

La nostra opinione trova riscontro nella disciplina del rito cautelare uniforme, che istituisce un collegamento necessario tra il provvedimento adottato *ante causam* e il giudizio di merito. Come si è ricordato, l'ordinanza che accorda il sequestro fissa un termine perentorio entro il quale deve essere iniziato il giudizio di merito (art. 669-*octies*, comma 1° c.p.c.); se lo stesso non viene intrapreso o si estingue successivamente al suo inizio, il provvedimento perde efficacia (art. 669-*novies*, comma 1° c.p.c.). Siccome, per le ragioni indicate, il sequestro liberatorio non rientra nel novero dei provvedimenti svincolati dal giudizio di merito (art. 669-*octies*, comma 5° c.p.c.), la sua efficacia è subordinata alla pronuncia di una sentenza che risolve la controversia accogliendo la domanda del debitore.

Quanto all'attuazione del rimedio, i sequestri vengono espressamente sottratti all'applicazione delle regole generalmente applicabili ai provvedimenti cautelari (art. 669-*duodecies* c.p.c.). Non resta che ricercare la relativa disciplina nella sezione II del relativo capo (artt. 670 ss. c.p.c.), dove tuttavia mancano disposizioni specificamente dedicate al sequestro liberatorio.

Si tende oggi ad escludere l'applicazione analogica delle norme relative all'attuazione del sequestro giudiziario ⁽³⁸²⁾, essendo esse orientate a predisporre misure in grado di vincere la resistenza della controparte del sequestrante ⁽³⁸³⁾; nel sequestro liberatorio la tensione verso tale risultato non ha ragion d'essere, in quanto le somme o le cose su cui il provvedimento è destinato ad incidere si trovano nella disponibilità del debitore istante. Una significativa eccezione si rinviene tuttavia nell'art. 685 c.p.c., in base al quale quando i beni sequestrati rischiano di deteriorarsi il giudice «può ordinarne la vendita nei modi stabiliti per le cose pignorate», restando sottoposto a sequestro il prezzo così ricavato. È appena il caso di rilevare l'analogia tra il procedimento così delineato e la vendita per autorità del debitore regolata dall'art. 1211 c.c. ⁽³⁸⁴⁾

In assenza di una disciplina idonea a governare compiutamente l'attuazione del provvedimento, si ritiene che spetti al debitore attivarsi per dismettere la custodia dei beni consegnandoli al sequestratario individuato dal giudice ⁽³⁸⁵⁾. In applicazione analogica dell'art. 79 disp. att., la consegna dovrà essere verbalizzata da un notaio o da un ufficiale giudiziario ⁽³⁸⁶⁾; il documento, che in caso di assenza del creditore dovrà essergli notificato (art. 79, comma 3° disp. att.), verrà consultato dal giudice nel momento in cui, pronunciando la sentenza di merito, accerterà la validità del sequestro. Si ritiene che quando accorda il sequestro il giudice possa adottare discrezionalmente soluzioni che non trovano riscontro nei procedimenti di liberazione disciplinati nel titolo delle obbligazioni e nelle disposizioni di attuazione (artt. 1210-1216 c.c.; 76-79 disp. att.): si può ammettere che il sequestro venga attuato depositando

(382) Come, invece, si riteneva autorevolmente nella dottrina processualistica meno recente: cfr. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, cit., p. 220; CALVOSA, voce *Sequestro giudiziario*, in *Nss. D. I.*, XVII, Torino, 1970, p. 77; ID., *Il processo cautelare*, cit., p. 537. In questo senso sembrano orientati anche NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 210.

(383) Cfr. GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario*, cit., p. 97; TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 263; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1128; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 116; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 210; NARDO, *Il sequestro speciale*, cit., p. 479 ss.

(384) V., *supra*, §§ 11-13.

(385) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 264; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1128; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 117.

(386) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 265; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1129; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 117; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 214.

i beni presso la cancelleria del tribunale che accorda il provvedimento ed è competente a decidere sul merito della controversia ⁽³⁸⁷⁾.

Spostando l'attenzione, ora, sulla posizione del sequestratario, si riscontrano posizioni diverse in ordine al titolo sulla base del quale egli detiene e custodisce i beni.

Chi riconduce il sequestro *ex art. 687 c.p.c.* al modello dei procedimenti liberatori disciplinati nel titolo delle obbligazioni, ritiene che il giudice si limiti a nominare il sequestratario, ma non gli conferisca alcun potere. In quest'ottica, il titolo sulla base del quale il sequestratario riceve la consegna del bene e si impegna a custodirlo è un contratto a favore del terzo analogo a quello che costituisce la "base negoziale" del deposito liberatorio. Ne consegue che le somme o le cose sottoposte a sequestro possono essere ritirate dal debitore e accettate dal creditore senza la necessità di ottenere la revoca dell'ordinanza giudiziale ⁽³⁸⁸⁾.

Più diffusa l'opinione in base alla quale il sequestratario deriva i suoi poteri dal provvedimento del giudice, potendo essere annoverato tra i suoi ausiliari ⁽³⁸⁹⁾. Ne consegue che tanto il ritiro delle somme o

(387) In questo senso v., infatti, TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 265 s. Per una fattispecie analoga, relativa al deposito liberatorio, cfr. Cass. 28 aprile 1990, n. 3594, in *Foro it.*, Rep. 1990, v. «agricoltura», n. 193, sintetizzata *supra*, nt. 76. Riconoscono al giudice una sfera di discrezionalità nell'individuazione delle modalità del sequestro anche M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1129 e NARDO, *Il sequestro speciale*, cit., p. 481. *Contra*, con particolare riferimento al deposito di somme di denaro, MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., pp. 82 s., 120.

In letteratura ci si chiede, poi, se il giudice possa designare quale sequestratario lo stesso debitore. Alcuni autori non escludono l'ammissibilità di tale soluzione, in quanto non espressamente preclusa da alcuna disposizione [TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 266 s.; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1129]; una volta ottenuto il sequestro, inoltre, il debitore deterrebbe le somme o le cose dovute sulla base di un diverso titolo e questo giustificherebbe un suo interesse ad ottenere il provvedimento pur restando obbligato a custodire i beni. Non sembra casuale che l'ipotesi resti limitata al terreno della riflessione dottrinale, non trovando alcun riscontro in giurisprudenza. L'eventualità che il debitore chieda la propria designazione in qualità di sequestratario appare effettivamente alquanto improbabile. È ipotizzabile, inoltre, che una domanda così congegnata possa essere rigettata per mancanza di interesse ad agire (art. 100 c.p.c.): il debitore, infatti, resterebbe gravato — sebbene sulla base di un diverso titolo — di quella stessa obbligazione di custodia per dismettere la quale chiede l'adozione del provvedimento.

(388) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 213 s.

(389) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 268; M. DE CRISTOFARO, *Casi speciali di sequestro*, cit., p. 1130; MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 120.

delle cose sottoposte a sequestro da parte del debitore, quanto la loro accettazione ad opera del creditore richiedono la revoca del provvedimento giudiziale. In base all'art. 669-*decies*, comma 1° c.p.c., quest'ultima implica il verificarsi di «mutamenti di circostanze o...fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento». Ora, se certamente può essere considerata una circostanza ulteriore la scelta del creditore di ricevere la consegna del bene in un primo tempo rifiutato, tale non è il semplice mutamento di opinione del debitore, che dopo aver chiesto e ottenuto il sequestro si pente e intende acquisire nuovamente la disponibilità del bene offerto alla controparte: sembra invece necessario il verificarsi di una sopravvenienza esterna alla sfera soggettiva dell'obbligato, quale potrebbe essere la conclusione di un accordo con il creditore avente ad oggetto definizione transattiva della controversia.

Con ogni probabilità, effettivamente, tanto l'accettazione dei beni da parte del creditore quanto il ritiro degli stessi ad opera del debitore sono determinati dalla soluzione stragiudiziale della controversia di merito, nel contesto della quale il creditore acconsente a ricevere la prestazione offertagli [ottenendo, eventualmente, una riduzione del corrispettivo dovuto] o il debitore rinuncia ad attuare il rapporto [tale rinuncia essendo eventualmente remunerata dal creditore, che ha un interesse contrario all'attuazione dello scambio].

L'opinione che richiede la revoca dell'ordinanza giudiziale per il ritiro dei beni sequestrati o per la loro accettazione appare preferibile, in quanto avvalorata dalla disciplina del rito cautelare uniforme. Quest'ultima riconosce al giudice un ruolo che non si esaurisce nella semplice indicazione del sequestratario, e prevede la revoca del provvedimento (quale che sia la variante di sequestro adottata) escludendo implicitamente che esso possa perdere efficacia per effetto di circostanze verificatesi in sede stragiudiziale.

Occorre tuttavia giustificare la differenza intercorrente tra il regime appena delineato e quello del deposito disciplinato nel titolo delle obbligazioni, che può essere revocato dal debitore anche in assenza di circostanze sopravvenute (art. 1213, comma 1° c.c.). La giustificazione si rinviene nella presenza di una controversia nel contesto della quale il sequestro ordinato dal giudice permette di coniugare la definizione del

Sulla stessa linea v. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 8 e, sia pure dubitativamente, NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., pp. 210-213.

giudizio di merito con la liberazione del debitore. Una volta accordato il sequestro, la revoca dello stesso non è più solo una “questione privata”, perché pregiudica l’attitudine del processo a definire integralmente la controversia intercorrente tra le parti, prefigurando la necessità di intraprendere un ulteriore procedimento avente ad oggetto la liberazione del debitore. Coerentemente con la giustificazione del sequestro quale importante complemento del giudizio di merito, la revoca del provvedimento sembra giustificata, nell’ipotesi più probabile, dalla soluzione stragiudiziale della controversia di merito: i beni vengono liberati e consegnati ad una delle parti del rapporto quando la lite innescata dal rifiuto del creditore è stata ricomposta in sede stragiudiziale. È probabile, dunque, che oltre a disporre la revoca del sequestro il giudice pronunci una sentenza con cui constatando la soluzione negoziale della controversia dichiara cessata la materia del contendere.

Contro l’ordinanza che accorda o nega il sequestro il creditore (se il provvedimento viene accordato) o il debitore (se viene invece negato) possono proporre reclamo ai sensi dell’art. 669-terdecies c.p.c. Il giudice competente a decidere sul reclamo — che si identifica con lo stesso tribunale in composizione collegiale, nel caso in cui il sequestro sia stato ordinato dal giudice istruttore — può conoscere solo delle questioni considerate in prima istanza. Neppure in sede di reclamo il creditore può dedurre che l’obbligazione è inesistente o che le cose assoggettate a sequestro sono diverse da quelle che ha diritto di ricevere in base al contratto, tali questioni essendo destinate ad essere considerate dal giudice nel momento in cui definisce la controversia di merito e decide in ordine alla convalida del provvedimento: il creditore, invece, può dedurre a fondamento del reclamo — oltre a ragioni di carattere processuale — la circostanza che il beni sottoposti a sequestro non gli siano stati offerti, o che il provvedimento sia stato emesso nonostante abbia manifestato la volontà di riceverli. La decisione sul reclamo, coerentemente, non si riflette in alcun modo sul giudizio di merito, proprio perché si fonda solo sui presupposti dell’offerta e del rifiuto del creditore: il giudice può rigettare la domanda del debitore, e con essa la convalida del sequestro, sebbene in sede di reclamo il provvedimento sia stato confermato ⁽³⁹⁰⁾.

Quando il reclamo viene accolto i beni vengono restituiti al

(390) Cfr. TRABACE, *Il sequestro c.d. liberatorio*, cit., p. 278 s.

debitore, che potrà chiedere nuovamente il sequestro dopo aver integrato i presupposti richiesti dall'art. 687 c.p.c.

A differenza della sentenza che definisce il giudizio di merito, il provvedimento che decide sul reclamo non ha efficacia di giudicato, in quanto non è idoneo ad incidere sui diritti delle parti. Si ritiene, dunque, che esso non possa essere impugnato con il ricorso straordinario per Cassazione previsto dall'art. 111, comma 7° Cost. ⁽³⁹¹⁾

Sezione quarta

Il sequestro liberatorio immobiliare

SOMMARIO: 23. Il sequestro liberatorio immobiliare tra codice civile (art. 1216) e codice di rito (art. 687). — 24. *Segue*. Fisionomia ed ambito di applicazione dell'istituto. Offerta e sequestro nella locazione commerciale: rinvio. — 25. Il procedimento: la nomina del sequestratario. — 26. L'attuazione del sequestro. — 27. L'accertamento giudiziale della validità del sequestro.

23. *Il sequestro liberatorio immobiliare tra codice civile (art. 1216) e codice di rito (art. 687).* — Sensibile ai rilievi della dottrina civilistica, che evidenziava le lacune della legislazione previgente ⁽³⁹²⁾, il codificatore del '42 prevede specifici rimedi a favore del debitore obbligato a consegnare beni immobili, e pregiudicato dal difetto di coopera-

(391) Cfr. Cass. 4 settembre 2017, n. 20745, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «obbligazioni in genere», n. 39.

In giurisprudenza, ai fini della soluzione di specifiche questioni applicative, si riscontra la tendenza a ricondurre alla disciplina del sequestro ordinato dal giudice del reclamo contro il decreto di nomina del sequestratario previsto dall'art. 79, comma 2° disp. att.: v. — oltre a Cass. 4 settembre 2017, n. 20745, cit. — Cass. 21 giugno 2013, n. 15669, in *Foro it.*, 2014, I, 904, con nota di TRABACE, *Sul procedimento di sequestro ex art. 1216 c.c. e sui rapporti con la misura cautelare dell'art. 687 c.p.c.*: «è inammissibile il ricorso straordinario in cassazione avverso la sola statuizione sulle spese emessa, nel 2007, dalla corte d'appello in sede di reclamo nell'ambito del procedimento per la nomina del sequestratario ex art. 79 disp. att., trattandosi di determinazione soggetta alle regole del rito cautelare uniforme e quindi a quella dell'art. 669 septies c.p.c., nella formulazione anteriore alla l. 69/09, che ne prevedeva l'impugnabilità solo mediante l'opposizione ex art. 645 seg. stesso codice».

(392) Tra le voci più autorevoli v. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 194 ss.; LORIZIO, voce *Offerta reale*, in *Dizionario pratico del diritto privato* fondato da Scialoja e diretto da Bonfante, De Ruggiero, Maroi, IV, Milano, 1913, p. 366; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, VII, Firenze, 1910, p. 373 s.

zione ⁽³⁹³⁾. In primo luogo, egli può reagire alla dilatazione del rapporto costituendo in mora il creditore mediante offerta per intimazione effettuata nelle forme prescritte dall'art. 1209, comma 2° c.c. (art. 1216, comma 1° c.c.) ⁽³⁹⁴⁾. Gli si riconosce, poi, il diritto di liberarsi del rapporto inattuato: formulata l'offerta, potrà ottenere dal giudice la nomina di un sequestratario, e liberarsi dell'obbligazione a decorrere «dal momento in cui [gli] ha consegnato...la cosa dovuta» (art. 1216, comma 2° c.c.).

Nella legislazione previgente il debitore non era affatto privo di tutela, essendo legittimato a liberarsi mediante il sequestro delle cose da lui stesso offerte ai sensi dell'art. 1875, n. 2 c.c. 1865. Se alla luce del suo tenore letterale il rimedio sembrava essere compatibile con entrambe le categorie di beni — alle quali il legislatore alludeva genericamente con il termine «cosa», senza operare alcuna differenziazione — secondo una tesi espressa in dottrina sarebbe stato applicabile solo agli immobili ⁽³⁹⁵⁾. Certamente la disposizione — collocata nell'ambito della disciplina dei contratti tipici, e segnatamente nel capo dedicato al sequestro — sopperiva a una lacuna del titolo delle obbligazioni (artt. 1259-1266): quest'ultimo contemplava esclusivamente il deposito liberatorio — compatibile, per tradizione più che per necessità, solo con le cose mobili — senza affiancare ad esso un analogo rimedio sul versante immobiliare.

L'applicazione dell'art. 1875, n. 2, peraltro, richiedeva la soluzione di alcuni problemi interpretativi. Siccome il sequestro delle cose offerte dal debitore per la sua liberazione doveva essere necessariamente «ordinato dall'autorità giudiziaria», era ragionevole chiedersi se — e soprattutto, come — egli avrebbe potuto affrancarsi dal vincolo in assenza di una controversia che lo vedesse contrapposto al creditore. L'interprete, in altre parole, era chiamato a ricostruire in assenza di indicazioni normative univoche l'itinerario che il debitore avrebbe dovuto seguire per liberarsi dell'obbligazione quando la necessità di ricorrere all'autorità giudiziaria era determinata proprio dal rifiuto di

(393) Sui precedenti legislativi delle disposizioni attualmente vigenti e sull'elaborazione dottrinale relativa ad essi si rinvia allo studio monografico di MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 8 ss.

(394) Si rinvia, sul punto, alla trattazione relativa alla *mora accipiendi*: v., *supra*, cap. III, §§ 10, 15, 17.

(395) V., *supra*, nt. 338.

ricevere il bene opposto dal creditore, non essendo pendente al momento dell'istanza di sequestro una lite tra le parti.

Ora, grazie all'attuale previsione del sequestro (art. 1216 c.c.) quale figura correlata al deposito (art. 1210 c.c.), è certo che il debitore possa liberarsi dell'obbligazione avente ad oggetto la consegna di un immobile anche se non è in corso una lite relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto. Il sequestro liberatorio immobiliare si configura come un istituto di diritto sostanziale, sicché la scelta di collocarlo nel titolo delle obbligazioni, accostandolo al deposito, va considerata con favore.

Senonché, l'applicazione degli artt. 1216 c.c. e 79 disp. att. implica la soluzione di due questioni preliminari, che nascono dall'adozione di una tecnica legislativa non proprio accurata. Da un lato, le disposizioni citate concorrono con il sequestro liberatorio ordinato dal giudice ai sensi dell'art. 687 c.p.c. e governato dalla normativa del c.d. rito cautelare uniforme (artt. 669-*bis* ss. c.p.c.): di qui la necessità di identificare con chiarezza i rispettivi ambiti di applicazione. Dall'altro, la disciplina rinvenibile nel codice civile e nella normativa di attuazione non è completa, ma alquanto lacunosa: occorre, allora, individuare le disposizioni sulla base delle quali essa può essere integrata per approdare a soluzioni equilibrate e coerenti con il contesto normativo di riferimento.

In ordine alla prima questione, si registra in primo luogo l'opinione che ravvisa nella litispendenza il *discrimen* tra il sequestro ordinato dal giudice ai sensi dell'art. 687 c.p.c. e quello ottenuto dal debitore sulla base degli artt. 1216 c.c. e 79 disp. att. Si ritiene che la controversia sull'esistenza o sull'attuazione del rapporto obbligatorio alla quale è subordinata l'applicazione della prima disposizione debba essere approdata sullo scenario processuale, mentre il sequestro liberatorio disciplinato nel titolo delle obbligazioni presuppone che non vi sia un «giudizio pendente» tra le parti (art. 79, comma 1° disp. att.).

Come si è osservato ⁽³⁹⁶⁾, tuttavia, anche a prescindere dal significato che il termine «controversia» assume nell'ambito dell'art. 687 c.p.c. tale ricostruzione — elaborata nel contesto di contributi risalenti ⁽³⁹⁷⁾, e tralattivamente riproposta dalla dottrina più recente ⁽³⁹⁸⁾ —

(396) V., *supra*, § 21.

(397) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 201; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 212; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 312; DI LUCIA, *Note intorno al sequestro liberatorio*, cit., p. 1784 ss.

(398) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 293; MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 936; CURSI, *La liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 859.

risulta incompatibile con la disciplina del rito cautelare uniforme introdotta dalla novella del '90 (artt. 669-*bis* ss. c.p.c.) ed applicabile, sulla base di una chiara disposizione di legge (art. 669-*quaterdecies* c.p.c.), anche al sequestro liberatorio ordinato dal giudice. In quanto assoggettato alle norme uniformemente applicabili ai provvedimenti cautelari, anche il sequestro liberatorio può essere chiesto ed ottenuto *ante causam*, essendo onere del debitore proporre la domanda di merito entro il termine indicato dal giudice con l'ordinanza che adotta il provvedimento — comunque non superiore a sessanta giorni — e assicurare le condizioni necessarie perché il giudizio approdi a sentenza (artt. 669-*octies*, comma 1°, 669-*novies*, comma 1° c.p.c.).

Dal confronto tra la normativa sostanziale e quella processuale si ricava un quadro così articolato:

a) In pendenza di una lite relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto, il debitore interessato a liberarsi dell'obbligazione può ottenere il sequestro ai sensi dell'art. 687 c.p.c. osservando il procedimento delineato dalla disciplina del c.d. rito cautelare uniforme (art. 669-*bis* ss. c.p.c.). La conclusione è necessaria, in quanto per liberarsi sulla base delle disposizioni rinvenibili nel titolo delle obbligazioni il debitore deve ottenere dal giudice la nomina del sequestratario (art. 1216, comma 2° c.c.), ciò che presuppone l'assenza di un giudizio pendente tra le parti (art. 79, comma 1° disp. att.).

b) Il debitore è legittimato a liberarsi mediante il sequestro *ex* art. 687 c.p.c. anche quando il giudizio relativo all'esistenza o all'attuazione del rapporto obbligatorio è pendente in appello⁽³⁹⁹⁾. Non appare necessario — come, pure, ritiene una voce autorevole⁽⁴⁰⁰⁾ — imporre al debitore di effettuare il sequestro ai sensi degli artt. 1216, comma 2° c.c. e 79 disp. att., per poi promuoverne la convalida nell'ambito di un separato giudizio. È sostenibile, infatti, che l'accertamento giudiziale delle condizioni alle quali è subordinata la liberazione del debitore non costituisca oggetto di una domanda nuova, nella misura in cui il suo esito dipende dall'accoglimento o dal rigetto della domanda di merito formulata in primo grado⁽⁴⁰¹⁾.

(399) Come si è constatato (*supra*, § 22), la soluzione trova riscontro in giurisprudenza: cfr. Cass. 11 giugno 1987, n. 5078, cit.

(400) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 213, nt. 15, 247. Nello stesso senso v., nella dottrina più recente, MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 936.

(401) Uno spunto in questo senso è offerto da un passo di FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 316, il quale osserva che quando all'atto del sequestro è in corso una lite

Il debitore può ragionevolmente confidare durante il primo grado di giudizio che il creditore, mutando opinione, accetti la prestazione offertagli, e maturare un interesse a liberarsi coattivamente dal vincolo quando, nel corso del processo, risulta evidente che il rifiuto opposto dal creditore è destinato a perdurare nel tempo. È evidente l'analogia con la posizione del creditore, che dopo aver chiesto l'adempimento può domandare la risoluzione del contratto nel corso del processo se, contrariamente ai suoi auspici, la controparte permane inadempiente (art. 1453, comma 2° c.c.).

È tuttavia necessario che già a fondamento della domanda di merito proposta in prima istanza il debitore abbia dedotto l'offerta della prestazione e il rifiuto del creditore. Tali elementi dimostrano che il difetto di cooperazione si è protratto durante il processo, risultando così giustificata la scelta di chiedere il sequestro nel corso di esso per ottenere la liberazione; per altro verso, qualora essi fossero dedotti per la prima volta in sede di gravame il giudizio di secondo grado verterebbe su fatti diversi da quelli considerati in prima istanza.

c) Gli artt. 1216 c.c. e 79 disp. att. trovano applicazione, invece, quando il conflitto tra le parti non è approdato in sede processuale, e il debitore è esclusivamente interessato a liberarsi dell'obbligazione in quanto non vanta nei confronti del creditore una pretesa ulteriore, tale da richiedere l'esercizio di un'azione giudiziale. Se è vero che il debitore può chiedere al giudice di ordinare il sequestro *ante causam* in applicazione dell'art. 687 c.p.c., è anche vero che il provvedimento perde efficacia qualora non sia stata tempestivamente proposta una domanda di merito (art. 669-*octies*, comma 1°, 669-*novies*, comma 1° c.p.c.). Al debitore che non intenda agire nei confronti del creditore — come accade, invece, quando l'obbligazione nasce da un contratto di scambio, e sussiste un suo interesse ad ottenere l'esecuzione della prestazione corrispettiva — non resta che seguire il procedimento delineato dal codice civile.

d) In astratto, il debitore sembra poter scegliere quale itinerario percorrere in una quarta ipotesi: quella in cui una lite non sia ancora pendente, ma egli sia interessato a proporre nei confronti del creditore una domanda incentrata sull'esistenza o sull'attuazione del rapporto. Il debitore, allora, sembra potersi liberare sulla base degli artt. 1216 c.c.

concernente l'esistenza o l'attuazione del rapporto obbligatorio «il giudizio di convalida *viene assorbito* in quello, già pendente, relativo all'obbligazione o all'adempimento» (corsivo aggiunto).

e 79 disp. att., per poi esercitare una distinta azione nei confronti del creditore, così come, in alternativa, ottenere un'ordinanza di sequestro in applicazione dell'art. 687 c.p.c. ed intraprendere il giudizio di merito entro il termine fissato nel provvedimento (art. 669-*octies*, comma 1° c.p.c.).

In concreto, la seconda soluzione è certamente più vantaggiosa, oltre che oggettivamente preferibile, sicché appare probabile che la scelta del debitore ricada su di essa. Grazie al sequestro *ex art. 687 c.p.c.*, la controversia relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto e quella che concerne la liberazione del debitore possono essere definite contestualmente: la sentenza che conclude il giudizio "di merito" accerta nello stesso tempo la validità del sequestro e la sussistenza delle altre condizioni che giustificano la liberazione del debitore ⁽⁴⁰²⁾.

La gestione del conflitto intercorrente tra le parti risulterebbe, invece, assai più complessa e difficoltosa qualora la lite relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto e quella attinente alla liberazione del debitore si svolgessero in due sedi distinte. Debitore e creditore si troverebbero impegnati da un lato nel procedimento di nomina giudiziale del sequestratario (art. 79 disp. att.) e convalida del sequestro effettuato *ex art. 1216 c.c.*; dall'altro, in una distinta controversia relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto obbligatorio, con il conseguente incremento dei costi processuali e il rischio di giudicati incompatibili. Sebbene tali inconvenienti possano essere superati ricorrendo alla connessione (art. 40 c.p.c.) — in virtù della quale la causa accessoria avente ad oggetto la convalida del sequestro verrebbe riassunta davanti al giudice della causa principale, relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto — è auspicabile che il debitore interessato a esercitare nei confronti del creditore un'azione fondata sul rapporto inattuato opti per il sequestro *ex art. 687 c.p.c.*: si pensi all'ipotesi in cui il debitore intenda non solo liberarsi della custodia dell'immobile che si è obbligato a consegnare, ma anche ottenere il pagamento del prezzo.

In definitiva, il debitore ricorrerà al procedimento liberatorio disciplinato dagli artt. 1216, comma 2° c.c. e 79 disp. att. quando non ha interesse ad esercitare un'azione ulteriore nei confronti del creditore, o quando tale interesse non è attuale, ma solo eventuale. La normativa processuale impone al debitore che abbia ottenuto il seque-

(402) V., *supra*, § 20.

stro di intraprendere il giudizio di merito entro il termine indicato nel provvedimento — e comunque non superiore a sessanta giorni (art. 669-*octies*, comma 1° c.p.c.) — sicché non si può escludere che il debitore segua il procedimento disciplinato dal codice civile quando intende valutare in un secondo momento l'opportunità esercitare l'azione.

24. *Fisionomia ed ambito di applicazione dell'istituto. Offerta e sequestro nella locazione commerciale: rinvio.* — Per altro verso — e veniamo al secondo ordine di problemi che l'applicazione dell'art. 1216, comma 2° c.c. comporta — la disciplina del sequestro immobiliare è alquanto lacunosa. Restano infatti irrisolte alcune importanti questioni, incentrate sul titolo in base al quale il sequestratario riceve il bene e sul carattere necessario o eventuale del controllo giurisdizionale.

Per ovviare alla reticenza del legislatore, è inevitabile ricorrere all'analogia. Si concorda sul fatto che la funzione del sequestro immobiliare coincide con quella del deposito liberatorio: il legislatore designa l'istituto con un diverso termine per esigenze di uniformità semantica, essendo il deposito espressamente definito — in sintonia con la tradizione dei principali sistemi continentali ⁽⁴⁰³⁾ — come un contratto avente ad oggetto la custodia dei soli beni mobili (art. 1766 c.c.) ⁽⁴⁰⁴⁾. Se si tiene conto di questo fattore, che giustifica il ricorso a vocaboli diversi, appare evidente che sequestro e deposito costituiscono semplicemente due varianti dello stesso istituto: le differenze, che pure esistono, non interessano la fisionomia delle due figure, ma solo aspetti secondari delle rispettive discipline. Sulla base di questa constatazione, la laconica regolamentazione del sequestro viene integrata mediante l'applicazione analogica delle norme in tema di deposito ⁽⁴⁰⁵⁾.

(403) Peraltro, «le ragioni che inducono ad escludere il deposito di beni immobili non sono logiche ma storiche», come risulta dal fatto che «ordinamenti di altre epoche...o di altri paesi...ammettono la soluzione contraria»: così MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., p. 61.

(404) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 243.

(405) In questo senso v., sia pure con accenti diversi, ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 298 ss.; MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 933; D'AMICO, *Comportamento del creditore*, cit., p. 239; CURSI, *La liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 861 ss.; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 443; Id., *Della mora del creditore*, cit., pp. 243 ss.; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 204; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 8 s.; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 805; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 320 ss.

In sintonia con tale premessa, si ritiene che il ruolo del giudice adito ai sensi dell'art. 79 disp. att. sia solo quello di individuare un soggetto idoneo a ricevere il bene ⁽⁴⁰⁶⁾; anche a seguito della designazione giudiziale, il debitore è libero di decidere se conservare la detenzione dell'immobile o consegnarlo al sequestratario ⁽⁴⁰⁷⁾. Il titolo sulla base del quale quest'ultimo detiene e custodisce l'immobile non è il provvedimento di nomina, ma un contratto intercorrente con il debitore, in relazione al quale si ripropone l'alternativa già riscontrata in relazione al deposito: se per alcuni il (negozio di) sequestro costituisce un contratto a favore del terzo ⁽⁴⁰⁸⁾, altri lo qualificano come una combinazione di contratto a favore del terzo e acollo ⁽⁴⁰⁹⁾.

Quale che sia la ricostruzione adottata, si concorda sul fatto che la liberazione del debitore sia subordinata all'accettazione del creditore o all'accertamento giudiziale della validità del sequestro ⁽⁴¹⁰⁾; quando ancora non si sono verificati tali requisiti, il debitore che ha affidato la custodia dell'immobile al soggetto designato dal giudice è legittimato a rifiutarne la consegna opponendo al creditore un'eccezione analoga a quella di deposito ⁽⁴¹¹⁾, ma non può dirsi liberato dal vincolo. D'altra parte, fino al momento della convalida giudiziale o dell'accettazione del creditore il debitore può revocare il sequestro ed ottenere la restituzione dell'immobile; il creditore, correlativamente, può accettare il sequestro ed evitare di sostenere i costi relativi al procedimento di convalida o derivanti dal protrarsi della custodia ⁽⁴¹²⁾.

Un'ulteriore questione, risolta uniformemente in dottrina e in giurisprudenza, attiene non tanto al regime del sequestro, quanto al suo ambito di applicazione. Ci si chiede, infatti, sulla base di quali disposizioni il debitore possa effettuare la costituzione in mora ed ottenere la liberazione dal vincolo quando — come avviene nel trasferimento di azienda — l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di beni mobili e immobili.

Il problema non si pone, in realtà, quando l'interesse del debitore a liberarsi dell'obbligazione matura durante la pendenza del giudizio

(406) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 245; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 321.

(407) Sul punto v., nitidamente, FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 324.

(408) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 249.

(409) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 333.

(410) V., *infra*, § 27.

(411) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 326.

(412) V., *infra*, § 26.

relativo all'esistenza o all'attuazione del rapporto o quando lo stesso debitore ha deciso di agire entro breve termine nei confronti del creditore: la liberazione consegue, allora, all'applicazione dell'art. 687 c.p.c., che — prevedendo genericamente il sequestro (delle somme e) «delle cose» offerte dall'obbligato — risulta compatibile con entrambe le categorie di beni. Nessun dubbio, poi, che l'offerta anteriore al sequestro possa essere effettuata per intimazione, non essendo realisticamente ipotizzabile la separazione di un complesso di beni funzionalmente unitario: l'offerta reale dei beni mobili contenuti nell'azienda — si pensi ai macchinari o agli arredi — avrebbe, infatti, inconvenienti pratici troppo rilevanti.

Se invece non è in corso una lite, né il debitore intende promuoverla entro breve termine, si applica la disciplina del codice civile, che prevede regole distinte, ancorché funzionalmente omogenee, in relazione ai beni mobili (art. 1210 ss. c.c.; 76 ss. disp. att.) e immobili (art. 1216 c.c.; 79 disp. att.). Si ritiene, allora, che tanto la costituzione in mora del creditore, quanto la liberazione del debitore siano disciplinate dall'art. 1216 c.c.: il debitore potrà effettuare l'offerta per intimazione (comma 1°) ⁽⁴¹³⁾ e conseguire la liberazione ricorrendo al sequestro (comma 2°) ⁽⁴¹⁴⁾. Anche al di fuori del contesto giudiziale non è plausibile porre a carico del debitore l'onere di effettuare l'offerta, per poi liberarsi dal vincolo, con modalità differenziate in base alla natura dei beni dovuti: ne deriverebbe un irragionevole frazionamento dell'azienda (o di altro complesso di beni funzionalmente omogenei), con il rischio di una perdita di valore delle sue componenti.

Si ritiene che il debitore possa effettuare l'offerta per intimazione e ricorrere al sequestro anche quando è obbligato a consegnare beni mobili che non possono essere rimossi dal luogo in cui si trovano, come nel caso in cui una disposizione di legge o un ordine dell'autorità ne vietino lo spostamento ⁽⁴¹⁵⁾.

(413) Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 4 febbraio 1987, n. 994, in *Foro it.*, Rep. 1987, v. «obbligazioni in genere», n. 18. La sentenza è stata analizzata *supra*, cap. III, § 1.

(414) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 278; MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., pp. 919, 927; CURSI, *La liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 860; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 251; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 127 s.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 314.

(415) Si ipotizza il caso di «un'opera d'arte, rispetto alla quale esista il vincolo di un'esposizione perpetua al pubblico in una determinata galleria»: così FALZEA, *L'offerta*

Le applicazioni giurisprudenziali più rilevanti dell'art. 1216 c.c. interessano il contratto di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione. Secondo un orientamento consolidato, quando a seguito della scadenza o della risoluzione del contratto il conduttore non ottiene dalla controparte l'indennità di avviamento, può sottrarsi al pagamento del canone solo offrendo formalmente la restituzione dell'immobile, con la conseguente costituzione in mora del locatore (art. 1216, comma 1° c.c.)⁽⁴¹⁶⁾; una recente pronuncia di legittimità, per ora senza seguito, ritiene invece insufficiente l'offerta per intimazione, essendo onere del conduttore ottenere il sequestro dell'immobile (art. 1216, comma 2° c.c.)⁽⁴¹⁷⁾.

La giurisprudenza in materia di locazione commerciale è stata analizzata criticamente nell'esposizione dedicata agli effetti della mora del creditore: si rinvia, sul punto, alla seconda sezione del capitolo precedente⁽⁴¹⁸⁾.

25. *Il procedimento: la nomina del sequestratario.* — Il sequestro liberatorio immobiliare implica il ricorso al giudice. Il debitore inte-

reale, cit., p. 313 s. In senso conforme, nella letteratura più recente, MANIACI, Intimazione a ricevere, cit., pp. 919, 927.

(416) Cfr. Cass. 15 novembre 2017, n. 26950, in *Riv. giur. edil.*, 2017, I, 90; Cass. 25 giugno 2013, n. 15876, in *Arch. loc.*, 2014, 68; Cass. 17 dicembre 2010, n. 25638, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2043; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «locazione», n. 154 ed in *Dir. prat. soc.*, 2006, f. 23, 52; Cass. 14 febbraio 2006, n. 3184, in *Guida dir.*, 2006, f. 18, 80 (s.m.) ed in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «locazione», n. 155; Cass. 10 febbraio 2003, n. 1941, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1810, in *Giur. it.*, 2003, 1574 ed in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1479; Cass. 13 febbraio 2002, n. 2086, in *Foro it.*, Rep. 2002, v. «obbligazioni in genere», n. 64; Cass. 17 ottobre 1995, n. 10820, in *NGCC*, 1997, I, 292, con nota di DEL BENE, *Sull'inesigibilità del credito all'indennità per perdita di avviamento commerciale in assenza di offerta, ex parte conductoris, di riconsegna dell'immobile locato, ai sensi dell'art. 1216 c.c., in epoca successiva alla cessazione del rapporto di locazione - Costituzione in mora del locatore e responsabilità ex art. 1224 c.c.* Nella giurisprudenza di merito, v. App. Bari 20 dicembre 2012, n. 1153, per esteso in *De Jure*.

(417) Cfr. Cass. 20 gennaio 2016, n. 890, in *Arch. loc.*, 2016, p. 402, in *NGCC*, 2016, 889, con nota di FERMEGLIA, *Subordinazione dell'offerta di riconsegna dell'immobile locato al pagamento dell'indennità di avviamento*, in *Contratti*, 2016, 321, con nota di DELLACASA, *Quando la locazione commerciale giunge al termine: restituzione dell'immobile e corresponsione dell'indennità di avviamento tra mora accipiendi e mora debendi* e 645 (s.m.), con nota di DELLA CHIESA, *Indennità di avviamento e restituzione dell'immobile locato*.

(418) V., *supra*, cap. IV, §§ 10-13.

ressato a liberarsi dell'obbligazione, infatti, ha l'onere di chiedere la nomina del sequestratario al presidente del tribunale del luogo dove si trova l'immobile (artt. 1216, comma 2° c.c.; 79, comma 1° disp. att.).

Proprio in relazione a questo aspetto si riscontra la differenza più rilevante tra il procedimento di sequestro e quello di deposito, il quale comporta il ricorso al giudice solo quando nel luogo in cui la prestazione deve essere eseguita non esistono soggetti legittimati a ricevere il bene (art. 77, comma 2° disp. att.). La ragione è intuitiva: mentre non mancano imprenditori dotati di mezzi funzionali alla custodia e alla conservazione dei beni mobili, non esistono soggetti che svolgono professionalmente tali attività in relazione agli immobili avvalendosi di un'apposita organizzazione, così da poter essere identificati *a priori* come dotati dei requisiti necessari per la prestazione del servizio ⁽⁴¹⁹⁾.

L'istanza di nomina del sequestratario deve essere preceduta dall'offerta dell'immobile (art. 1216, comma 2° c.c.), destinata ad essere accertata dal giudice competente ad effettuare la designazione insieme al perdurante rifiuto del creditore ⁽⁴²⁰⁾.

È da valutare se l'offerta debba essere necessariamente effettuata in forma solenne o possa essere compiuta nelle forme d'uso ⁽⁴²¹⁾.

Se si considera solo il dettato dell'art. 1216 c.c., la nomina del sequestratario sembra poter essere preceduta esclusivamente dall'offerta (formale) per intimazione ⁽⁴²²⁾: dopo aver prescritto per l'intima-

(419) Cfr. MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 926; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 245.

(420) In senso contrario si esprime autorevolmente CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 248, il quale esclude che il giudice competente ad effettuare la nomina debba verificare il presupposto dell'offerta. Ci sembra, tuttavia, che l'opinione espressa nel testo sia non solo imposta dal dato normativo (art. 1216, comma 2° c.c.), ma anche rispondente alla ragionevole esigenza di assicurare alla nomina giudiziale del sequestratario un fondamento adeguato. Il presidente del tribunale accerta l'offerta oggettivamente considerata [non, invece, la sua rispondenza al contenuto dell'obbligazione] ed essendo il creditore parte del procedimento verifica il suo rifiuto [non, invece, l'illegittimità dello stesso]. In questa fase, offerta e rifiuto vengono riscontrati nella loro consistenza fattuale, mentre la rispondenza dell'offerta all'oggetto dell'obbligazione e la conseguente illegittimità del rifiuto opposto dal creditore sono destinate ad essere accertate in sede di convalida del sequestro.

(421) Come già sostenuto, l'offerta nelle forme d'uso risulta difficilmente distinguibile da un'offerta informale seria e attendibile: v., *supra*, §§ 1, 10 e cap. III, § 20.

(422) È questa, infatti, l'opinione di ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 279; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 197; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 313.

zione la stessa forma prevista per l'offerta di beni mobili da consegnare in luogo diverso dal domicilio del creditore (art. 1216, comma 1° c.c.), il legislatore la ripropone quale necessaria premessa dell'istanza di nomina (art. 1216, comma 2° c.c.).

A conclusioni diverse si perviene, tuttavia, se si valorizza il contesto normativo in cui la disposizione si trova inserita. Come sappiamo, quando il debitore obbligato a consegnare beni mobili non è interessato a fruire degli effetti della mora può liberarsi senz'altro effettuando un'offerta nelle forme d'uso e procedendo al deposito (art. 1214 c.c.)⁽⁴²³⁾: se sul versante immobiliare il debitore non potesse adottare il medesimo procedimento verrebbe penalizzato irragionevolmente, in quanto la disparità di trattamento non trova giustificazione nella natura del bene. D'altra parte, il sequestro ordinato dal giudice ai sensi dell'art. 687 c.p.c. può essere preceduto da un'offerta informale, alla quale il legislatore fa riferimento quando prevede che il debitore interessato a liberarsi metta «a disposizione del creditore» le cose (mobili o immobili): ancora una volta, sembra difficile giustificare il trattamento peggiore al quale sarebbe sottoposto il debitore che procedesse al sequestro quando non pende, né sta per essere instaurata, una lite relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto⁽⁴²⁴⁾. Un argomento a favore dell'ammissibilità dell'offerta nelle forme d'uso si ricava anche dalla disposizione che richiede la partecipazione del creditore al procedimento di nomina del sequestratario (art. 79, comma 2° disp. att.). L'offerta non effettuata in forma solenne può essere accertata dal giudice, insieme al rifiuto opposto dal creditore, prima di procedere alla nomina del sequestratario: come avviene nel contesto del giudizio che prelude all'emissione dell'ordinanza di sequestro *ex* art. 687 c.p.c., il controllo preventivo del giudice sostituisce la solennità dell'offerta.

Una volta verificata l'offerta dell'immobile e il rifiuto del creditore, la designazione del sequestratario non può essere rifiutata dal giudice, che non ha alcuna discrezionalità nella decisione sull'istanza di nomina se non per quanto riguarda la scelta del soggetto legittimato a ricevere il bene: un eventuale decreto di rigetto potrebbe ledere il diritto del

(423) V., *supra*, § 10.

(424) Nello stesso senso è orientato CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 247.

debitore di liberarsi dell'obbligazione ⁽⁴²⁵⁾. Il presidente del tribunale non ha cognizione dei requisiti che giustificano la liberazione dal vincolo — si pensi all'esistenza dell'obbligazione, o alla corrispondenza dell'offerta al suo contenuto — dovendo essi essere accertati in sede di convalida del sequestro ⁽⁴²⁶⁾. D'altra parte, proprio alla luce del fatto che i presupposti della liberazione del debitore sono destinati ad essere accertati in una sede diversa, la nomina del sequestratario non può ledere gli interessi del creditore: se il giudice competente a convalidare il sequestro accerta che il debitore non può liberarsi dell'obbligazione, la nomina del sequestratario precedentemente effettuata non ha alcuna incidenza sul regime del rapporto obbligatorio e le spese sostenute restano a carico del debitore ⁽⁴²⁷⁾.

La nomina costituisce l'esito di un procedimento camerale riconducibile alla categoria della volontaria giurisdizione. Il sequestratario viene designato con decreto dal presidente del tribunale del luogo dove si trova l'immobile, sentito il creditore (art. 79, commi 1°, 2° disp. att.). Oltre a permettere l'accertamento dei presupposti dell'offerta e del rifiuto, la partecipazione del creditore al procedimento di nomina giustifica la mancata previsione dell'intimazione che, invece, prelude necessariamente al deposito (art. 1212, n. 1 c.c.): avendo ricevuto l'offerta e partecipato al procedimento di nomina, il creditore conosce l'identità del sequestratario e sa che il debitore è pronto a consegnargli il bene.

Contro il decreto di nomina il creditore (qualora ne ritenga insussistenti i presupposti) o il debitore (nel caso in cui dissenta sulla scelta del sequestratario) possono proporre reclamo al presidente della corte d'appello entro dieci giorni dalla notificazione (art. 79, comma 2° disp. att.) ⁽⁴²⁸⁾. Il provvedimento di nomina del sequestratario è necessario

(425) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 302; MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 933 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., pp. 245, 248; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 321.

(426) Sul punto v., nitidamente, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 248; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 321.

(427) V., *infra*, nt. 444.

(428) Come si è precisato in giurisprudenza (Cass. 25 settembre 2013, n. 21886, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «spese di giustizia», n. 45), il reclamo previsto dall'art. 79, comma 2° disp. att. non può essere esperito contro il provvedimento di liquidazione del compenso del sequestratario, essendo quest'ultimo disciplinato [non dagli artt. 1216 c.c. e 79 disp. att., ma] dagli artt. 168 e 170 del *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia* (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115). In base

perché il debitore possa liberarsi del rapporto inattuato a causa del difetto di cooperazione, ma non incide sui diritti soggettivi delle parti e non può dunque acquisire efficacia di giudicato. Per questo motivo, contro il decreto del presidente della corte d'appello che decide sul reclamo non può essere proposto il ricorso straordinario per cassazione previsto dall'art. 111, comma 7° Cost. (429).

26. *L'attuazione del sequestro.* — Una volta ottenuta la nomina giudiziale del sequestratario, il debitore gli consegna il bene sulla base di un contratto reale analogo a quello che costituisce il fondamento negoziale del deposito liberatorio (430). La qualificazione del sequestro come atto di parte, e segnatamente come contratto, si ricava dall'analogia funzionale con il deposito e trova riscontro nel dettato dell'art. 79, comma 3° disp. att.: se «la consegna dell'immobile al sequestratario deve risultare da processo verbale redatto dal notaio o dall'ufficiale giudiziario», il contributo dei due pubblici ufficiali si esaurisce nella documentazione dell'atto, alla cui formazione concorrono esclusivamente debitore e sequestratario (431).

Anche a seguito del decreto presidenziale di nomina (art. 79 disp.

all'art. 170, comma 1 del d.P.R. citato, contro il decreto di pagamento «emesso a favore dell'ausiliario del magistrato [o] del custode» — ai quali può essere ricondotto il sequestratario — il beneficiario e le parti processuali, compreso il pubblico ministero, possono proporre opposizione, che è disciplinata dall'articolo 15 del d.lg. 1° settembre 2011, n. 150.

(429) Cfr. Cass. 4 settembre 2017, n. 20745, cit. Si esclude, parimenti, l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione contro la statuizione sulle spese emessa dal presidente della corte d'appello in sede di reclamo: cfr. Cass. 26 giugno 2013, n. 15669, cit.

(430) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 299 s.; MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 928 s.; D'AMICO, *Comportamento del creditore*, cit., p. 238; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 443; ID., *Della mora del creditore*, cit., pp. 245 s., 248 s.; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 805; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 333. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Trib. Napoli 27 aprile 2001, in *Giur. mer.*, 2002, 1000: «il sequestro di cui all'art. 1216 c.c. ha natura contrattuale e si perfeziona mediante la consegna del bene ad un terzo che si obbliga a custodirlo, amministrarlo e consegnarlo al creditore e, salva l'accettazione del creditore, richiede un successivo giudizio di convalida».

(431) Condividiamo qui un rilievo di CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 245 s. Nello stesso senso v. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 209.

att.) il debitore resta libero di effettuare il sequestro, il quale presuppone, ma non attua, il provvedimento giurisdizionale ⁽⁴³²⁾.

Se sulla qualificazione del sequestro come contratto la dottrina concorda, in merito alla sua ricostruzione si ripropongono divergenze analoghe a quelle ravvisate in relazione al deposito ⁽⁴³³⁾. In sintonia con quanto sostenuto in quella sede ⁽⁴³⁴⁾, riteniamo più persuasiva l'opinione in base alla quale il fondamento negoziale del sequestro liberatorio si identifica con un contratto a favore del terzo, analogo al deposito, concluso dal debitore (in qualità di stipulante) con il sequestratario (nella veste di promittente) a beneficio del creditore ⁽⁴³⁵⁾. Il debitore, dunque, può revocare il sequestro ed ottenere la restituzione dell'immobile fino al momento dell'accettazione del creditore o a quello della convalida giudiziale ⁽⁴³⁶⁾; mentre il creditore può liberare il debitore ottenendo dal sequestratario la consegna del bene ⁽⁴³⁷⁾.

Il regime appena delineato differisce sensibilmente da quello del sequestro ordinato dal giudice ai sensi dell'art. 687 c.p.c. Come si è ricordato, infatti, in base alla disciplina del rito cautelare uniforme il debitore può ottenere la restituzione del bene sottoposto a sequestro — e il creditore conseguirne la consegna — solo a seguito della revoca dell'ordinanza (art. 669-*decies*, comma 1° c.p.c.), che può essere accordata quando nel corso del processo sopravvengono nuove circostanze o si apprendono fatti anteriori, ignoti nel momento in cui il provvedimento è stato emesso ⁽⁴³⁸⁾.

(432) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 324.

(433) V., *supra*, ntt. 408, 409.

(434) V., *supra*, § 2.

(435) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 248 s. Sul punto v. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 300; MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 929.

(436) Cfr. artt. 1213, comma 1°; 1411, comma 2° c.c.

(437) Si veda, sul punto, l'art. 1210, comma 2° c.c. Nonostante l'identità del sostantivo, la fattispecie non può essere ricondotta al sequestro convenzionale disciplinato dagli artt. 1798 ss. c.c.; la causa di quest'ultimo risulta incompatibile con la legittimazione delle parti ad ottenere discrezionalmente la restituzione del bene, essendo il sequestratario obbligato a custodirlo fino al momento della definizione della controversia. Il sequestro convenzionale, inoltre, non costituisce un contratto a favore del terzo, in quanto gli unici creditori delle prestazioni di custodia e restituzione del bene sono i contraenti. Cfr. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 443; ID., *Della mora del creditore*, cit., p. 249. Ritiene invece che il sequestro liberatorio — *id est*, il suo fondamento negoziale — costituisca un «sottotipo del sequestro convenzionale» C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 417.

(438) V., *supra*, § 22.

Dal punto di vista formale, la differenza trova giustificazione nel titolo sulla base del quale il sequestratario detiene e custodisce il bene. Nel sequestro liberatorio immobiliare disciplinato dal codice civile, si tratta di un contratto che attribuisce al terzo (creditore) il diritto di esigere dal sequestratario le prestazioni di custodia e riconsegna del bene; se tuttavia il creditore non accetta l'immobile sottoposto a sequestro, la prestazione può essere pretesa dallo stipulante (debitore), che ottiene così la restituzione del bene. Nel sequestro *ex art. 687 c.p.c.*, il titolo sulla base del quale il bene viene custodito è costituito dal provvedimento del giudice: ne consegue che l'immobile non può essere sottratto alla custodia del sequestratario se non a seguito della revoca dell'ordinanza.

Se poi si considerano gli interessi in gioco, il sequestro compiuto in assenza di una lite pendente tra le parti o destinata ad essere instaurata entro breve termine risponde esclusivamente all'interesse del debitore, il quale può liberamente disporre effettuando la revoca ed ottenendo la restituzione del bene: è questo il regime del rimedio disciplinato dagli artt. 1216 c.c. e 79 disp. att. Quando invece il sequestro viene ordinato dal giudice nel contesto di una lite relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto, o in previsione di essa, la revoca può pregiudicare la capacità del processo di definire integralmente il conflitto intercorrente tra le parti: una volta conclusa la controversia di merito, resterebbe da risolvere il conflitto relativo alla liberazione del debitore. Ragionevolmente, dunque, il sequestro *ex art. art. 687 c.p.c.* può essere revocato solo se sopravvengono circostanze nuove o non conosciute nel momento in cui il provvedimento è stato emesso (669-*decies*, comma 1° c.p.c.): come si è anticipato ⁽⁴³⁹⁾, nell'ipotesi che appare più probabile l'ordinanza verrà revocata quando la controversia di merito intercorrente tra le parti è stata definita per via transattiva.

Con riferimento al verbale del notaio o dell'ufficiale giudiziario che documenta il sequestro, si ripropongono considerazioni analoghe a quelle svolte in relazione al verbale di deposito ⁽⁴⁴⁰⁾. Si è ritenuto che la mancata verbalizzazione del deposito non impedisca necessariamente la liberazione del debitore, in quanto può essere sanata dall'accettazione del creditore — che chiede la consegna dell'immobile ritenendolo conforme al contenuto del suo diritto — o dall'accertamento

(439) V., *supra*, § 22.

(440) V., *supra*, § 5.

giudiziale compiuto in sede di convalida ⁽⁴⁴¹⁾: la tesi merita di essere condivisa, in quanto senza sacrificare gli interessi del creditore introduce un opportuno fattore di flessibilità nel procedimento di sequestro.

Se poi la custodia dell'immobile è impossibile o eccessivamente onerosa, il debitore può chiedere al tribunale di essere autorizzato a venderlo nei modi stabiliti per le cose pignorate e a depositarne il prezzo ⁽⁴⁴²⁾. La soluzione discende dall'applicazione analogica dell'art. 1211 c.c. — certamente opportuna, sul piano pratico, in considerazione del fatto che la custodia e la manutenzione di un immobile possono risultare estremamente onerose — e trova riscontro, in relazione al sequestro liberatorio ordinato dal giudice *ex art.* 687 c.p.c., nel dettato dell'art. 685 c.p.c. ⁽⁴⁴³⁾.

L'imputazione delle spese, infine, dipende dall'esito dell'accertamento giudiziale della validità del sequestro. Se lo stesso viene ritenuto valido le spese sono a carico del creditore, dal quale il debitore può esigere il rimborso dei costi sostenuti; quando invece il sequestro non è stato validamente effettuato, le spese restano a carico del debitore ⁽⁴⁴⁴⁾.

27. *L'accertamento giudiziale della validità del sequestro.* — L'art. 1216, comma 2° c.c. non subordina la liberazione del debitore all'accertamento giudiziale della validità del sequestro. Non-dimeno, esso viene ritenuto necessario sulla base dell'analogia funzionale con il deposito (art. 1210, comma 2° c.c.) ⁽⁴⁴⁵⁾, avvalorata da una ragione giustificativa comune: la sentenza che accerta la validità del sequestro stipulato a favore del creditore è necessaria per precluderne la revoca e giustificare la liberazione del debitore. Analogamente a quanto avviene in relazione al deposito, la convalida giudiziale è funzionale a “stabilizzare” il diritto attribuito al creditore nei confronti

(441) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 419.

(442) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 303; MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 927.

(443) V., *supra*, § 22.

(444) Cfr. Cass. 13 luglio 1998, n. 6856, in *Arch loc.*, 1999, 269.

(445) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 304 ss.; MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 936 ss.; D'AMICO, *Comportamento del creditore*, cit., p. 239; CURSI, *La liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 862; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 419; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 443; ID., *Della mora del creditore*, cit., pp. 246 s., 249 s.; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 204; G. GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, cit., p. 806; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 314 ss.

del sequestratario. Solo quando il debitore non può ottenere la restituzione del bene, la destinazione dell'immobile programmata con il sequestro assume carattere definitivo; il debitore può uscire dal rapporto inattuato a causa del difetto di cooperazione senza il rischio di ledere l'affidamento del creditore (446).

Come la sentenza che dichiara la validità del deposito, anche quella che convalida il sequestro libera il debitore dal momento in cui passa in giudicato, ma i suoi effetti retroagiscono alla data in cui l'immobile è stato consegnato al sequestratario (art. 1216, comma 2° c.c.) (447). Si riconosce alla sentenza che convalida il sequestro carattere costitutivo (448), mentre non ha avuto seguito, benché elegantemente argomentata, l'opinione in base alla quale la liberazione del debitore si produrrebbe al momento della consegna del bene al sequestratario, ma sarebbe risolutivamente condizionata all'accertamento della mancanza dei suoi presupposti giustificativi (449).

Anche prima della convalida giudiziale, il debitore può rifiutare la consegna dell'immobile eccependo l'avvenuto sequestro (450), sicché il creditore che intende ricevere il bene è indotto a rivolgersi al sequestratario. Tale eccezione corrisponde, evidentemente, a quella opponibile dal debitore a seguito del deposito dei beni mobili rifiutati dal

(446) In dottrina (FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 317) si ipotizza un procedimento alternativo a quello qui delineato, che ripropone, del resto, la ricostruzione più comune nella trattatistica. Nella sequenza proposta nel testo, il debitore offre l'immobile, ottiene la nomina del sequestratario mediante il procedimento camerale regolato dall'art. 79 disp. att., attua il sequestro e ne consegue la convalida giudiziale. Ora, si ritiene che percorrendo un diverso itinerario il debitore possa chiedere contestualmente la convalida dell'offerta — e con essa la costituzione in mora del creditore — e la nomina del sequestratario: con la sentenza che convalida l'offerta e nomina il sequestratario, il giudice libera il debitore, pronunciando in futuro, a condizione che effettui la consegna dell'immobile precedentemente offerto — e rifiutato dal creditore — al soggetto designato. Non vediamo alcuna ragione per escludere che il debitore possa adottare tale percorso, e il giudice assecondarlo; a differenza di quello delineato nel testo — che configura il controllo del giudice come successivo al sequestro — esso non assicura, tuttavia, che la controversia tra le parti approdi a una soluzione definitiva, essendo sempre possibile che il creditore contesti la conformità del sequestro all'offerta anteriormente convalidata dal giudice.

(447) In questo senso v., per tutti, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 247. In giurisprudenza, cfr. Cass. 27 aprile 2004, n. 7982, in *Arch. loc.*, 2004, 499.

(448) L'opinione è diffusa in dottrina: si vedano gli autori cit. *supra*, nt. 445.

(449) Cfr. MASTROPAOLO, *Il sequestro liberatorio*, cit., pp. 62-70.

(450) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 326.

creditore: si rinvia, dunque, a quanto osservato in relazione ad essa ⁽⁴⁵¹⁾.

Il giudice competente a decidere sulla validità del sequestro viene individuato sulla base delle ordinarie norme processuali e come avviene in relazione al deposito non è previsto un termine entro il quale il debitore è tenuto a proporre la relativa domanda. Sempre in analogia con quanto sostenuto in relazione al deposito, si ritiene che oltre al creditore debba essere convenuto in giudizio anche il sequestratario ⁽⁴⁵²⁾. È appena il caso di ricordare che il provvedimento di sequestro emesso ai sensi dell'art. 687 c.p.c. viene convalidato con la stessa sentenza che definisce la controversia di merito pendente tra le parti; se poi l'ordinanza viene chiesta e ottenuta *ante causam*, il debitore interessato a liberarsi dell'obbligazione è tenuto a intraprendere il giudizio di merito, nel contesto del quale chiederà la convalida del sequestro, entro il termine perentorio fissato nel provvedimento, che non può essere superiore a sessanta giorni (art. 669-*octies*, comma 1° c.p.c.).

Analogamente a quanto riscontrato in relazione al deposito ⁽⁴⁵³⁾, l'accertamento giudiziale della validità del sequestro può essere devoluto ad arbitri, tale conclusione non essendo ritenuta incompatibile con la circostanza che il sequestratario debba essere nominato dal giudice ⁽⁴⁵⁴⁾.

Siccome gli effetti del sequestro non differiscono da quelli del deposito, in questa sede ci limitiamo a rinviare alla trattazione di quest'ultimo: come il deposito, il sequestro accettato dal creditore o convalidato dal giudice ha un esito di carattere novativo ⁽⁴⁵⁵⁾. L'obbligazione che il debitore non ha potuto adempiere a causa del difetto di cooperazione si estingue e viene sostituita da una nuova obbligazione che differisce da quella originaria per l'identità del debitore (il sequestratario) e per il titolo (il contratto di sequestro).

(451) V., *supra*, § 3.

(452) Cfr. MANIACI, *Intimazione a ricevere*, cit., p. 250.

(453) Cfr. Cass. 15 marzo 2003, n. 7520, in *Foro it.*, 2003, I, 1942. V., *supra*, § 7.

(454) Cfr. Pret. Udine 18 marzo 1997, in *Arch. loc.*, 1997, 470: «la devoluzione al giudizio di arbitri della questione se sia o meno legittimo il rifiuto del locatore di ricevere in restituzione l'immobile locato non trova ostacolo nell'intervento del giudice ordinario con riguardo alla nomina del sequestratario».

(455) V., *supra*, §§ 2, 8.

Sezione quinta

La liberazione del debitore di prestazioni di fare

SOMMARIO: 28. La liberazione del debitore di prestazioni di fare: rilevanza della questione e analisi critica di alcune soluzioni. — 29. Il difetto di cooperazione quale causa di impossibilità della prestazione.

28. *La liberazione del debitore di prestazioni di fare: rilevanza della questione e analisi critica di alcune soluzioni.* — L'esposizione condotta nel presente capitolo sarebbe incompleta se non comprendesse l'analisi di una questione ricorrente nella trattatistica: si tratta di determinare come, e sulla base di quali presupposti, il debitore di una prestazione di fare non eseguibile a causa del difetto di cooperazione possa liberarsi dell'obbligazione. La questione nasce dal fatto che su questo terreno — a differenza di quanto si riscontra in relazione alle obbligazioni di dare — la legge prevede e disciplina la costituzione in mora del creditore (artt. 1217 c.c.; 80 disp. att.), ma non la liberazione coattiva del debitore.

L'asimmetria non scaturisce da una valutazione discrezionale, ma appare imposta, almeno in parte, dalla diversa conformazione delle due categorie di prestazioni. Quando l'obbligazione non ha ad oggetto la consegna di una *res*, ma la realizzazione di un'opera o lo svolgimento di un servizio, non è configurabile un meccanismo che — come, invece, il deposito e il sequestro — permette di coniugare la liberazione del debitore con la soddisfazione del diritto del creditore. Il debitore obbligato a eseguire una prestazione di dare si libera grazie all'interposizione di altro soggetto — il depositario o il sequestratario — che si obbliga a custodire il bene e a consegnarlo al creditore. Quando invece la prestazione che costituisce l'oggetto dell'obbligazione si risolve in un'attività del debitore, ancorché supportata da un'organizzazione più o meno complessa, la liberazione implica inevitabilmente il sacrificio del diritto del creditore: non potendo essere incorporata in un supporto materiale, la prestazione di fare in un primo tempo rifiutata non si presta ad essere affidata a terzi e conservata a beneficio del creditore.

La rilevanza della questione, tuttavia, è attenuata dal concorso di diversi fattori.

Numerose norme rinvenibili nella disciplina dei contratti tipici accordano al creditore di prestazioni di fare la legittimazione a recedere, ponendo a suo carico, contestualmente, l'obbligo di risarcire il danno subito dalla controparte a causa della mancata attuazione dello

scambio (artt. 1671, 1685, 1725, 1734, 1738, 2227 c.c.). Il recesso discrezionale accordato al committente e al mandante implica il risarcimento dell'interesse positivo, commisurato alla differenza tra il corrispettivo dell'opera o del servizio e i costi risparmiati dal debitore o i guadagni da lui conseguiti grazie allo scioglimento anticipato del rapporto ⁽⁴⁵⁶⁾. Ora, è probabile che il creditore disinteressato all'esecuzione dell'opera o alla prestazione del servizio sciogla anticipatamente il contratto mediante il recesso, liberando il debitore. La soluzione è vantaggiosa per lo stesso committente — essendo il risarcimento ridotto, rispetto al corrispettivo, nella misura delle spese risparmiate dal debitore e dei guadagni da lui conseguiti — e si traduce, su un piano generale, in un risparmio dei costi che altrimenti sarebbero derivati dall'attuazione del rapporto.

Anomala, e per questo improbabile, sembra essere la condotta del creditore che anziché recedere manifesta il suo disinteresse per l'opera o il servizio privando il debitore della cooperazione necessaria per l'adempimento. Anche in questa evenienza, è ipotizzabile che il contratto possa essere risolto su iniziativa del debitore, quando al creditore — nonché committente dell'opera o del servizio — è imputabile l'inadempimento attuale o anticipato dell'obbligazione corrispettiva ⁽⁴⁵⁷⁾.

Quando poi la prestazione non eseguita a causa del difetto di

(456) Secondo una lettura autorevole, il risarcimento del danno posto a carico del recedente si identifica sostanzialmente con il corrispettivo pattuito, il cui importo viene adattato in considerazione dei costi risparmiati in conseguenza del recesso. Cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 79 s., testo e nt. 156; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 125. Nello stesso senso DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in Cendon (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 354, secondo il quale «se il committente deve eseguire la sua prestazione *come se* non fosse intervenuto il recesso è difficile dire che egli si sottrae, con il recesso, al vincolo». Con particolare riferimento al diritto di contrordine, cfr. IANNUZZI, *Del trasporto*², in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Artt. 1678-1702*, Bologna-Roma, 1970, p. 121 ss., e in relazione al contratto d'opera TOFFOLETTO, *Il recesso nel contratto d'opera e nel contratto di lavoro autonomo di durata*, in De Nova (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, p. 970. Sulla funzione dei recessi discrezionali attribuiti al committente e al mandante nei contratti di *locatio operis* v., volendo, DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 44 ss.

(457) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 353; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 217. Sulle interferenze tra i rimedi contro il difetto di cooperazione e la risoluzione del contratto per inadempimento v., *supra*, cap. I, §§ 15, 16.

cooperazione si inserisce nel contesto di un contratto di durata, come avviene sul terreno dei rapporti di lavoro, il debitore è liberato per così dire automaticamente una volta decorso il periodo di tempo durante il quale avrebbe dovuto prestare la sua attività. Se è vero che le *operae preteritae* devono considerarsi *peritae* ⁽⁴⁵⁸⁾, non è necessario individuare i presupposti e le modalità della liberazione, in quanto essa si verifica senz'altro con il decorso del tempo durante il quale la prestazione avrebbe dovuto essere eseguita.

Nonostante il concorso di tali fattori, non si può escludere che il disinteresse del creditore per la prestazione di fare si esprima mediante il difetto di cooperazione e che il debitore resti obbligato ad adempiere. Certamente egli può avvalersi della *mora accipiendi*, che lo protegge contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto (art. 1217 c.c.). Resta il problema, prevalentemente teorico, di individuare i presupposti e le modalità della sua liberazione, che certamente è legittimato a ottenere: se si ritenesse che la tutela accordata al debitore di una prestazione di fare si esaurisse nella *mora accipiendi*, il vincolo si protrarrebbe indefinitamente nel tempo a discrezione del creditore, determinandosi così una irragionevole disparità di trattamento rispetto all'ipotesi in cui l'obbligazione abbia ad oggetto la consegna di un bene ⁽⁴⁵⁹⁾.

È da escludere, poi, che il debitore possa ottenere coattivamente la prestazione della necessaria cooperazione esercitando nei confronti del creditore un'azione di condanna corrispondente a quella di adempimento (art. 1453, comma 1° c.c.). A tale soluzione, ipotizzata da alcune

(458) Cfr. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, p. 282 s.; ID., *Note sull'inadempimento volontario nell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 270 ss. Nella dottrina più recente v. CAMARDI, *Effetti*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, p. 796; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004, p. 362; CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 10, nt. 10, p. 33 s., p. 95; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 132. Per un'analisi meno sommaria di questo aspetto in relazione ai rapporti di lavoro v., *supra*, cap. IV, § 15.

(459) Il rilievo è diffuso in dottrina: cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 354; MANIACI, *Obbligazioni di fare*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, sub art. 1217, p. 956; D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, cit., p. 239; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 420; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 9; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 216; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 269.

voci dottrinali nella vigenza del codice abrogato ⁽⁴⁶⁰⁾, si oppongono diverse considerazioni. Come è evidente, essa è radicalmente incompatibile con l'opinione in base alla quale la cooperazione all'adempimento non costituisce oggetto di un obbligo, ma di un semplice onere ⁽⁴⁶¹⁾. Peraltro, anche chi adotta una diversa ricostruzione — ritenendo il creditore obbligato a concorrere all'adempimento — esclude che il debitore sia legittimato ad ottenere coattivamente la cooperazione necessaria per la realizzazione dell'opera o la prestazione del servizio. Una chiara indicazione in senso contrario si ricava dalle norme che riconoscendo al committente e al mandante il diritto di recedere attribuiscono loro la facoltà di impedire l'esecuzione delle prestazioni di fare di cui sono creditori (artt. 1671, 1685, 1725, 1734, 1738, 2227 c.c.) ⁽⁴⁶²⁾.

Si può aggiungere che il più delle volte un'eventuale azione volta ad ottenere la condanna del creditore a cooperare non risponderebbe all'interesse dello stesso debitore, che potrebbe liberarsi mediante l'adempimento solo al termine di una procedura esecutiva aleatoria e defatigante, durante la quale resterebbe pur sempre obbligato; anche qualora fosse ritenuto legittimato ad ottenere coattivamente la cooperazione necessaria per l'adempimento, è probabile che trascurerebbe tale prospettiva, orientandosi piuttosto verso la risoluzione del contratto. Va poi osservato che un'eventuale azione avente ad oggetto la condanna a cooperare sarebbe alquanto intrusiva, in quanto comporterebbe una significativa interferenza con l'organizzazione e l'attività del creditore: infatti, mentre la prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione si proietta all'esterno della sfera organizzativa del debitore, la cooperazione funzionale all'adempimento risulta interna a quella del creditore, in quanto è necessaria per ricevere e valorizzare una prestazione destinata a integrarsi con essa. La prospettiva di una cooperazione coattiva del creditore appare, dunque, incompatibile con lo sfavore dei sistemi giuridici di matrice liberale verso i rimedi che incidono (non solo sul patrimonio, ma anche) sulla sfera personale e organizzativa del soggetto passivo ⁽⁴⁶³⁾.

(460) Cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, VII, Firenze, 1910, p. 375 s.; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, Napoli, 1890, p. 182.

(461) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 269, nt. 1.

(462) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 109 s.

(463) Come si è anticipato (*supra*, cap. I, § 10), nei principi internazionali affiora una nuova categoria di rimedi, che tutelano il debitore in forma specifica senza prevedere la prestazione coattiva della cooperazione. Il debitore, piuttosto, viene

In dottrina, allora, si è variamente ipotizzato che il procedimento previsto dalla legge ai fini della costituzione in mora del debitore possa condurre alla liberazione coattiva del debitore. Secondo una prima opinione, il debitore sarebbe liberato per effetto della semplice offerta compiuta nelle forme d'uso ⁽⁴⁶⁴⁾. La conclusione, tuttavia, appare evidentemente incompatibile con il dettato dell'art. 1217 c.c., in base al quale dall'offerta della prestazione di fare non discende la liberazione del debitore, ma la mora del creditore, che presuppone la permanenza del rapporto ⁽⁴⁶⁵⁾. Se poi l'offerta fosse sufficiente a produrre l'effetto liberatorio, il creditore perderebbe il diritto di ricevere la prestazione benché, per ipotesi, la mancanza della cooperazione necessaria per l'adempimento si sia protratta per un esiguo periodo di tempo e non abbia arrecato al debitore alcun serio pregiudizio. Lo stesso debitore potrebbe avere interesse ad essere tutelato solo contro la dilatazione del vincolo — esigenza alla quale risponde la *mora accipiendi* — confidando in un prossimo ravvedimento del creditore: ottenuta la cooperazione necessaria per eseguire la prestazione, egli potrebbe adempiere ed ottenere il pagamento del corrispettivo, ciò che non potrebbe accadere se l'offerta della prestazione comportasse l'estinzione dell'obbligazione ⁽⁴⁶⁶⁾.

tutelato sfruttando la duttilità del rapporto obbligatorio la cui attuazione è ostacolata dal difetto di cooperazione. Negli appalti di servizi, se il committente non fornisce le informazioni e le istruzioni necessarie l'appaltatore può adempiere basandosi sulle esigenze del committente desumibili dalle informazioni in suo possesso: anche in questo caso, tuttavia, ha l'onere di avvertire preventivamente la controparte [art. IV.C-2:104(2) DCFR; art. 1:104(2) PEL, *Service Contracts*]. Se poi a causa della carenza delle informazioni fornite la prestazione del servizio diviene maggiormente onerosa e richiede più tempo del previsto, l'appaltatore può ottenere il risarcimento delle spese sostenute e delle opportunità di guadagno perse, oltre a un periodo di tempo supplementare per portare a termine il lavoro [art. IV.C-2:104(3) DCFR; art. 1:104(3) PEL, *Service Contracts*]. Il debitore della prestazione di fare viene qui tutelato in forma specifica, senza che sia posto a suo carico l'onere di ottenere coattivamente la cooperazione necessaria per l'adempimento dell'obbligazione: come è evidente, tuttavia, i rimedi che sfruttano la duttilità del rapporto obbligatorio — permettendo al debitore di adempiere a condizioni diverse da quelle ottimali — possono essere utilmente applicati solo quando il difetto di cooperazione non preclude del tutto l'esecuzione della prestazione, ma si limita ad interferire con le sue modalità.

(464) Cfr. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*⁶, II, Torino, 1962, p. 99 s.

(465) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 354 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 269 s.

(466) V., per entrambe le argomentazioni, CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 270.

Una seconda opinione ravvisa nuovamente nella disciplina della mora (art. 1217 c.c.) il fondamento normativo della liberazione coattiva del debitore, che tuttavia viene argomentata in modo più elaborato ⁽⁴⁶⁷⁾. Si osserva che essendo incompatibile con l'attuazione del diritto di credito la liberazione del debitore di una prestazione di fare comporta necessariamente la risoluzione dell'intero rapporto ⁽⁴⁶⁸⁾: quando il debitore si libera perde il diritto di conseguire la controprestazione, pur potendo ottenere dal creditore il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione del rapporto. Si ipotizza, poi, che il debitore possa ottenere la liberazione dal vincolo, con la conseguente risoluzione del contratto, grazie alla sentenza che accerta la validità dell'offerta ⁽⁴⁶⁹⁾. E siccome, diversamente da quanto sostenuto in questa sede ⁽⁴⁷⁰⁾, l'autore ritiene necessaria la convalida giudiziale dell'offerta avente ad oggetto una prestazione di fare anche ai fini della costituzione in mora del creditore ⁽⁴⁷¹⁾, dalla medesima sequenza (offerta + convalida giudiziale) può discendere tanto la tutela contro la dilatazione del vincolo accordata dalla *mora accipiendi*, quanto la liberazione del debitore e la conseguente risoluzione del rapporto.

Ne deriva quale inevitabile conseguenza che gli effetti prodotti dalla (medesima) fattispecie dipendono dalla scelta effettuata dal debitore contestualmente alla domanda con cui chiede l'accertamento giudiziale della validità dell'offerta: egli può decidere di restare obbligato e di invocare tutela contro la dilatazione del vincolo o, in alternativa, optare per lo scioglimento del rapporto. Non si vede, altrimenti, come sia possibile distinguere, sul piano applicativo, la mora del creditore dalla liberazione coattiva del debitore.

Benché sapientemente argomentata, anche questa seconda opinione non è andata esente da critiche. È singolare che la stessa fattispecie produca effetti giuridici incompatibili quali sono la *mora accipiendi* (che presuppone la persistenza dell'obbligazione) e la liberazione del debitore, anche in considerazione del fatto che il legislatore distingue costantemente le due forme di tutela subordinandole a

(467) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 108 ss. Nella dottrina più recente, la posizione dell'autore viene condivisa da CURSI, *La liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 863 ss.

(468) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 111 s.

(469) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 116 s.

(470) V., *supra*, cap. III, § 21.

(471) Cfr. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 115.

presupposti nettamente differenziati ⁽⁴⁷²⁾: se è vero che *mora accipiendi* e deposito (sequestro) liberatorio condividono il presupposto dell'offerta formale, è anche vero che il secondo richiede requisiti ulteriori (art. 1212 c.c.) e può essere effettuato senza la preventiva costituzione in mora del creditore (art. 1214 c.c.).

Già dal momento dell'offerta, inoltre, il debitore sarebbe liberato dal vincolo. Egli potrebbe opporre al creditore che esige l'esecuzione della prestazione un'eccezione analoga a quella di deposito, che risulterebbe giustificata qualora l'offerta venisse convalidata dal giudice. Anche in questa prospettiva, la liberazione del debitore — e la conseguente estinzione del diritto di credito — si verificherebbe sebbene egli non sia stato gravemente pregiudicato dal comportamento non cooperativo del creditore, che per ipotesi si sia protratto per un esiguo periodo di tempo ⁽⁴⁷³⁾. Tuttavia, se la *mora accipiendi*, che tutela il debitore contro la dilatazione del vincolo, è giustificata dalla semplice offerta della prestazione, la liberazione e la risoluzione che ne consegue richiedono un'alterazione più significativa del rapporto: si ripropone qui a parti invertite la relazione tra il risarcimento del danno contrattuale (che il creditore può ottenere al verificarsi di un inadempimento non necessariamente grave) e la risoluzione del contratto (la quale presuppone, invece, un inadempimento di non scarsa importanza) ⁽⁴⁷⁴⁾.

(472) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 356; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 204; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 420 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 270 ss.

(473) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 421; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 271.

(474) Neppure la convalida giudiziale dell'offerta risulta giustificata: su questo terreno, infatti, non valgono le ragioni sulla base delle quali la liberazione del debitore obbligato ad eseguire una prestazione di dare è subordinata alla pronuncia di una sentenza costitutiva (cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 272). Se quando il debitore ricorre al deposito o al sequestro una sentenza è necessaria per giustificare l'irrevocabilità della stipulazione a favore del creditore (cfr. art. 1411, comma 2° c.c.) e surrogare l'accettazione di una prestazione diversa da quella originariamente dovuta (art. 1197 c.c.), nessuna delle due funzioni si ripropone quando l'obbligazione ha ad oggetto una prestazione di fare: la convalida giudiziale — che in relazione al deposito o al sequestro trova giustificazione nel meccanismo di interposizione previsto dalla legge — non appare necessaria, su questo terreno, in quanto la liberazione del debitore di una prestazione di fare non avviene grazie all'interposizione di un terzo (depositario o sequestratario).

29. *Il difetto di cooperazione quale causa di impossibilità della prestazione.* — Come risulta dall'analisi appena svolta, i tentativi di giustificare la liberazione del debitore sulla base della disciplina della *mora accipiendi* (art. 1217 c.c.) non approdano a risultati soddisfacenti. Opportunamente, allora, la dottrina più recente rintraccia il fondamento dell'effetto liberatorio in un'altra disposizione, e segnatamente nell'art. 1256, comma 2° c.c. (475)

Quando il comportamento del creditore impedisce la realizzazione dell'opera o lo svolgimento del servizio, si ravvisa una impossibilità della prestazione non imputabile al debitore: e se la preclusione persiste fino al momento in cui «in relazione al titolo dell'obbligazione e alla natura dell'oggetto, il debitore non può essere più ritenuto obbligato a eseguire la prestazione», l'impossibilità diviene definitiva, con la conseguente estinzione dell'obbligazione (art. 1256, comma 2° c.c.). Non è necessario ricorrere all'analogia per giustificare l'applicazione della disposizione, alla quale la fattispecie può essere senz'altro ricondotta (476).

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione comporta l'estinzione automatica dell'obbligazione, che si verifica quando il comportamento non cooperativo del creditore si protrae a tal punto da giustificare la scelta di orientare in altre direzioni le energie e i mezzi originariamente destinati all'adempimento. Deve ritenersi che il debitore, in virtù del precetto di buona fede, sia tenuto a comunicare l'estinzione dell'obbligazione al creditore, il quale, altrimenti, potrebbe impegnarsi inutilmente a rimuovere gli ostacoli che gli precludono di concorrere all'adempimento e a predisporre le condizioni necessarie per l'esecuzione della prestazione corrispettiva; se tuttavia il debitore non effettua la comunicazione risulta ugualmente liberato, ferma restando la responsabilità derivante dalla sua omissione.

(475) Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, cit., p. 356 s.; MANIACI, *Obbligazioni di fare*, cit., sub art. 1217, p. 957; D'AMICO, *Comportamento del creditore*, cit., p. 239 s.; VISINTINI, *Mora del creditore*, cit., p. 204; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 443; ID., *Della mora del creditore*, cit., p. 272 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 431; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, cit., p. 9; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 219 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 272 ss.

(476) In questo senso v. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 221, all'opinione dei quali aderisce BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 431. Ritiene invece che l'applicazione dell'art. 1256 c.c. sia fondata sull'analogia CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 272.

Dei due criteri indicati dal capoverso dell'art. 1256 c.c. assume rilevanza, in relazione alla fattispecie in esame, solo quello incentrato sul punto di vista del debitore, che si libera quando il difetto di cooperazione si protrae al punto tale da non potersi pretendere che si mantenga pronto ad adempiere. Il creditore, invece, non può invocare l'applicazione della disposizione — deducendo la perdita di interesse per la prestazione alla cui esecuzione non ha cooperato — per ottenere la risoluzione del contratto e la conseguente liberazione dall'obbligazione corrispettiva ⁽⁴⁷⁷⁾; altrimenti, egli disporrebbe unilateralmente del diritto di conseguire la prestazione corrispettiva di cui è titolare il debitore. Si ripropone qui, sebbene in una prospettiva ribaltata, la medesima giustificazione sulla base della quale si esclude che il debitore inadempiente sia legittimato ad invocare la risoluzione *ex art.* 1453 c.c.

Il creditore, tuttavia, può eccepire l'avvenuta risoluzione quando ha ragione di ritenere che il debitore sia ormai liberato, come avviene quanto lo stesso debitore gli ha comunicato di non essere più disposto ad adempiere, o quando ciò risulta altrimenti evidente da una serie di circostanze univoche. L'affidamento del creditore nell'avvenuto scioglimento del rapporto — e nella conseguente estinzione dell'obbligazione corrispettiva — merita di essere protetto, così come, del resto, viene ritenuto meritevole di tutela l'affidamento del debitore inadempiente nell'intercorsa risoluzione del contratto (arg. *ex art.* 1453, comma 2° c.c.).

Se dunque l'applicazione della disposizione in esame appare pienamente giustificata, il criterio che governa la liberazione del debitore comporta un possibile inconveniente: l'obbligazione si estingue quando il difetto di cooperazione si è protratto a tal punto da pregiudicare gravemente l'assetto organizzativo del debitore, il quale, invece, potrebbe avere un ragionevole interesse a liberarsi prima di questo momento. A ben vedere, tale interesse viene riconosciuto e protetto — sebbene sulla base di un procedimento alquanto impegnativo — dai rimedi che reagiscono al difetto di cooperazione in relazione alle obbligazioni di dare: dopo aver effettuato l'offerta, il debitore può immediatamente consegnare il bene al depositario o al sequestratario e liberarsi così dell'obbligazione, sempre che venga successivamente accertata la validità del deposito o del sequestro (artt. 1210, 1216 c.c.).

Altri sistemi, d'altra parte, sembrano riconoscere e proteggere

(477) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 221 s.

l'interesse dei debitori di prestazioni di fare a liberarsi tempestivamente dell'obbligazione non adempiuta a causa del difetto di cooperazione.

Ai termini dell'art. 95 del Codice delle obbligazioni svizzero, il debitore che non riesce ad adempiere a causa della condotta non cooperativa del creditore può recedere dal contratto sulla base delle disposizioni relative alla *mora deb endi*. Queste ultime prevedono che il recesso debba essere normalmente preceduto dalla fissazione giudiziale di un termine supplementare, concesso [al debitore per adempiere l'obbligazione, e per estensione] al creditore per cooperare all'adempimento (art. 107). Il debitore può recedere con effetto immediato qualora la fissazione giudiziale del termine risulti evidentemente inutile: ovvero — adattando alla fattispecie la disciplina in materia di mora del debitore (art. 108) — quando è evidente che il creditore non fornirà la necessaria cooperazione, quando non si può pretendere dal debitore che si mantenga ulteriormente pronto ad adempiere o, ancora, quando è decorso il periodo di tempo durante il quale la prestazione avrebbe dovuto essere necessariamente eseguita.

Le disposizioni citate permettono al debitore di recedere sebbene il difetto di cooperazione non abbia ancora determinato una situazione incompatibile con l'adempimento dell'obbligazione, purché assegni al creditore un termine per concorrere al compimento dell'opera o alla prestazione del servizio. Se il requisito viene soddisfatto, il rapporto può essere sciolto prima che la condotta del creditore vanifichi lo sforzo materiale e organizzativo compiuto dal debitore per mettersi in condizione di adempiere. Il recesso può invece avvenire con effetto immediato quando la condotta non collaborativa del creditore si è protratta al punto tale da vanificare lo sforzo compiuto dal debitore o imporgli di destinare diversamente i mezzi e le energie che avrebbero dovuto essere impiegati per realizzare l'opera o prestare il servizio.

Come si è constatato ⁽⁴⁷⁸⁾, un'articolazione analoga si riscontra nei principi internazionali, nel contesto dei quali il concorso all'adempimento si configura quale oggetto di una obbligazione. La parte pregiudicata dalla mancata cooperazione [ovvero, il debitore] può recedere con effetto immediato se l'inadempimento della corrispondente obbligazione [imputabile al creditore] è essenziale, *id est* grave; il contratto, tuttavia, può essere sciolto anche prima che l'inadempimento dell'obbligazione di cooperazione abbia pregiudicato gravemente l'interesse

(478) V., *supra*, cap. I, § 10.

del debitore previa assegnazione di un congruo termine entro il quale il creditore è tenuto a fornire il suo contributo.

In assenza di un puntuale fondamento normativo, la soluzione adottata nel diritto svizzero e nei principi internazionali non sembra poter essere estesa all'ordinamento italiano. Tuttavia, l'interprete sensibile all'esigenza di non prolungare oltre misura la durata del vincolo potrà adottare un criterio che sfruttando la duttilità del dettato legislativo (art. 1256 c.c.) consenta al debitore di liberarsi prima che il comportamento del creditore abbia vanificato le risorse originariamente destinate all'adempimento.

Le conseguenze dell'impossibilità della prestazione di fare provocata dal difetto di cooperazione dipendono dal contesto in cui l'obbligazione si trova inserita. Quando tra le parti intercorre un unico rapporto obbligatorio, il debitore è liberato ai sensi dell'art. 1256 c.c. e se in precedenza ha costituito in mora il creditore mediante offerta nelle forme d'uso (art. 1217 c.c.) può ottenere il risarcimento dei danni subiti e il rimborso delle spese sostenute (art. 1207, comma 2° c.c.).

Quando invece l'obbligazione di fare è parte di un contratto di scambio, si prospettano due possibili scenari.

Se il creditore è stato costituito in mora, oltre a dover compensare il debitore per i danni subiti e le spese sostenute a causa della dilatazione del rapporto (art. 1207, comma 2° c.c.) assume il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1207, comma 1° c.c.), sicché è obbligato a pagare il corrispettivo pattuito, detratte le spese risparmiate dal debitore e gli eventuali guadagni da lui conseguiti per non aver eseguito la prestazione.

Qualora, invece, il comportamento del creditore abbia provocato l'impossibilità della prestazione anteriormente all'offerta, la disciplina della *mora accipiendi* non può essere applicata: il creditore non è responsabile per i danni derivanti dalla dilatazione del rapporto, ma è tenuto a compensare il debitore, nella misura dell'interesse positivo, per la mancata attuazione dello scambio. All'analisi di tale fattispecie — comunemente designata con la locuzione «impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa imputabile al creditore» — è dedicato il capitolo seguente.

CAPITOLO VI

L'IMPOSSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE E LA SFERA DELLA COOPERAZIONE

SOMMARIO: 1. L'impossibilità della prestazione e i rimedi contro il difetto di cooperazione: una breve panoramica. — 2. Impossibilità della prestazione e impossibilità di ricevere la prestazione: occorre distinguere? — 3. L'impossibilità temporanea della prestazione e la mora del creditore. — 4. Quando l'impossibilità della prestazione è imputabile al creditore: gli interessi protetti. — 5. La nozione di «causa imputabile al creditore» nell'elaborazione dottrinale: dalla colpa alla responsabilità (quasi) assoluta. — 6. *Segue*. Una soluzione intermedia. — 7. Come tutelare l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere: itinerari diversi per una stessa destinazione. — 8. In particolare, la risoluzione per inadempimento e il risarcimento del danno. — 9. Riscontri giurisprudenziali; la risoluzione dell'appalto pubblico per l'inadempimento del committente (con particolare riferimento alla sospensione dei lavori). — 10. L'impossibilità temporanea della prestazione derivante da causa imputabile al creditore. Ancora sull'appalto pubblico: sospensione e ritardata consegna dei lavori. — 11. L'impossibilità di ricevere la prestazione non imputabile al creditore. Una prospettiva teorica di più ampio respiro... — 12 ...quale chiave di lettura del dato normativo e di alcune soluzioni giurisprudenziali.

1. *L'impossibilità della prestazione e i rimedi contro il difetto di cooperazione: una breve panoramica.* — Tanto la mora del creditore quanto il deposito liberatorio presuppongono che la prestazione, possibile al momento dell'offerta, permanga tale anche quando, a seguito di essa, si configura il difetto di cooperazione del creditore.

Gli effetti della *mora accipiendi* delineati dall'art. 1207 c.c. implicano la permanenza del rapporto obbligatorio ⁽¹⁾. La considerazione

(1) V., sia pure con accenti diversi, PICARO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto del creditore*, Napoli, 2012, p. 220 ss.; C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione per fatto del creditore*, Napoli, 2010, pp. 55 s., 76 s.; D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 96; ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000, p. 75 ss.; ID., «Guerra del Golfo» ed embargo internazionale: la sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore, in *CeI*, 1997, p. 123 s.; STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, p. 71; CATTANEO, voce

vale in primo luogo per la responsabilità del creditore in ordine ai danni derivanti dalla mora e alle spese relative alla conservazione e alla custodia della cosa dovuta (art. 1207, comma 2° c.c.); risulta ugualmente attendibile in relazione all'esonero dal pagamento degli interessi e dei frutti non percepiti dal debitore e al regime del rischio dell'impossibilità sopravvenuta derivante da causa a lui non imputabile (art. 1207, comma 1° c.c.). Siccome la mora tutela il debitore contro i rischi e i pregiudizi derivanti dalla dilatazione del rapporto obbligatorio, i suoi effetti non possono esplicarsi quando a causa dell'impossibilità della prestazione l'obbligazione si è estinta. Se la prestazione è divenuta impossibile, d'altra parte, tanto l'offerta quanto il deposito liberatorio non sono neppure ipotizzabili: il debitore non può dimostrare di essere pronto ad adempiere né, tanto meno, superare il difetto di cooperazione del creditore grazie all'interposizione di un depositario o di un sequestratario.

I due istituti non sono dunque applicabili quando a causa del difetto della cooperazione necessaria per l'adempimento dell'obbligazione o di un fatto altrimenti riconducibile alla sfera del creditore la prestazione diviene impossibile.

È quanto si verifica, in primo luogo, quando il creditore provoca l'impossibilità della prestazione prima che la stessa possa essere eseguita, precludendo così la stessa formulazione dell'offerta. Si pensi al caso in cui anteriormente alla data pattuita per l'esecuzione della prestazione di trasporto il mittente distrugga accidentalmente il bene destinato ad essere consegnato al vettore o alla fattispecie, considerata in giurisprudenza ⁽²⁾, in cui l'invasione di uno stato straniero, ed il

Mora del creditore, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 439 s.; ID., *Della mora del creditore*, Artt. 1206-1217, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, pp. 70 s., 75 s., 80; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 64 s.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 136 ss. Sul punto v. anche CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Artt. 1463-1466, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002, p. 117 e più di recente PIRAINO, *L'adempimento dell'obbligazione*, relazione al convegno *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*, Bogotá, Universidad Externado, 3 e 4 aprile 2019, in via di pubblicazione negli atti, § 7.

(2) Cfr. Trib. Udine 13 luglio 1998, in *NGCC*, 1999, I, 201, con nota di ROLLI, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione ed embargo irakeno*; Trib. Genova 11 luglio 1996, in *Danno resp.*, 1997, 216, con nota di LAZARI, *Armi da guerra e guerra delle armi: prima condanna italiana per la ybris di Saddam* ed in *NGCC*, 1997, I, 528 ss., con nota di ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*. Per un'analisi critica della produzione giurisprudenziale relativa all'impossibilità sopravve-

conseguente *embargo* deliberato dall'ONU, impedisca l'adempimento delle obbligazioni contratte da alcuni imprenditori nei confronti dello stato aggressore. In tali evenienze, il comportamento che determina l'impossibilità della prestazione non si risolve nel difetto della cooperazione necessaria per l'adempimento: il creditore provoca l'impossibilità della prestazione prima della formulazione dell'offerta, quando ancora non si può pretendere che concorra all'adempimento.

In altri casi, l'impossibilità della prestazione consegue al difetto di cooperazione del creditore. La situazione si verifica quando l'obbligazione deve essere necessariamente adempiuta entro un termine decorso il quale il relativo credito diviene inesigibile: il comportamento non cooperativo del creditore che impedisce la tempestiva esecuzione della prestazione comporta, allora, la liberazione del debitore⁽³⁾. È il caso della prestazione assoggettata a un termine essenziale nell'interesse del debitore, come quella del precettore, dell'istruttore sportivo o del medico che opera quale libero professionista; se l'allievo o il paziente non si presentano per fruire della lezione o del trattamento, le rispettive controparti sono liberate, non potendosi pretendere che la prestazione venga eseguita in un tempo diverso da quello concordato. È quanto si verifica anche sul terreno dei contratti di durata, le *operae preteritae* dovendo considerarsi *peritae*: come già riscontrato trattando della mora del creditore, il decorso del tempo durante il quale la prestazione avrebbe dovuto essere eseguita ne determina l'impossibilità, non potendosi pretendere dal creditore che la prestazione rifiutata venga eseguita oltre il termine pattuito⁽⁴⁾. Se dunque il conduttore non riceve il bene preso in locazione o l'imprenditore impedisce ai dipendenti di accedere ai locali aziendali, il locatore e i lavoratori si liberano con il decorso del tempo durante il quale si sono rispettivamente obbligati a concedere il godimento del bene e a prestare l'attività lavorativa.

È appena il caso di precisare che l'impossibilità della prestazione

nuta della prestazione conseguente all'*embargo* irakeno, cfr. ROLLI, «Guerra del golfo» ed *embargo internazionale: la sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *CeI*, 1997, p. 115 ss.

(3) Cfr. C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione per fatto del creditore*, cit., p. 86 s.; ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, cit., p. 68 ss.; CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 116; ID., *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *CeI*, 1998, p. 556; STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., pp. 72 ss., 102 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 72 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 140.

(4) V., *supra*, cap. IV, § 15.

conseguente al difetto di cooperazione libera il debitore, precludendo la costituzione in mora, a prescindere dalla circostanza che sia imputabile o non imputabile al creditore. Quale che sia la causa che ha determinato l'impossibilità della prestazione, il debitore consegue la liberazione dal vincolo, sicché non può pretendere di essere tutelato contro la dilatazione dello stesso invocando gli effetti della *mora accipiendi*. Come vedremo, fermo restando tale presupposto il requisito dell'imputabilità assume invece rilevanza — nei contratti a prestazioni corrispettive — ai fini dell'affermazione della responsabilità del creditore per la mancata attuazione dello scambio: solo se l'impossibilità gli è imputabile il creditore è tenuto a compensare l'interesse positivo del debitore, che non può conseguire l'attuazione del rapporto ⁽⁵⁾.

La fattispecie è contemplata dalla legislazione tedesca, sia pure limitatamente all'ipotesi in cui l'impossibilità della prestazione sia imputabile al creditore. Le conseguenze che ne derivano si identificano con quelle dell'impossibilità della prestazione sopravvenuta durante la mora del creditore [§ 326(2) BGB]: l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere viene tutelato imputando al creditore l'obbligo di pagare il corrispettivo pattuito, detratte le spese risparmiate e i guadagni alternativi conseguiti o conseguibili dal debitore in conseguenza della liberazione dal vincolo.

Nel diritto italiano la figura non è, invece, espressamente disciplinata dalla legge, sicché viene ricondotta dagli interpreti ai principi che governano l'adempimento delle obbligazioni e l'attuazione dei contratti di scambio. Nella riflessione dottrinale, in sintonia con quanto appena sostenuto, si ritiene concordemente che l'impossibilità della prestazione sia incompatibile con la mora del creditore ⁽⁶⁾. Si assume, poi, che quando l'impossibilità della prestazione è imputabile al creditore, il debitore meriti di essere collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato qualora il rapporto fosse stato attuato ⁽⁷⁾; e siccome a fronte della prestazione divenuta impossibile è previsto — nell'ambito dei contratti di scambio — un corrispettivo in denaro, la tutela dell'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere si realizza, in concreto, imputando al creditore l'obbligo di pagare la differenza tra il corrispettivo pecuniario e i costi risparmiati o i guadagni alternativi ottenibili dal debitore per non aver eseguito la prestazione.

(5) V., *infra*, § 5.

(6) V., *supra*, nt. 1.

(7) Per i riferimenti v., *infra*, § 7.

Peraltro, se è vero che sui due assunti appena indicati si riscontra un consenso consolidato, è anche vero che in relazione ad ogni altro aspetto della tematica fioriscono significative divergenze. La constatazione non desta stupore, se si considera che il dibattito in corso tra gli interpreti gravita intorno a nozioni alquanto fluide, quali quelle di «impossibilità della prestazione» e «causa imputabile al creditore». Entrambe le espressioni sono caratterizzate da una notevole indeterminatezza semantica, che certamente non contribuisce a indirizzare l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale verso approdi sicuri. Come è evidente, le divergenze riscontrabili su questo specifico terreno riflettono in una prospettiva rovesciata le tensioni interpretative che da sempre percorrono il campo della responsabilità contrattuale.

Sulla materia hanno un impatto significativo tanto regole "di parte speciale" rinvenibili nella disciplina dei contratti tipici, quanto disposizioni contenute nella legislazione di settore: si allude, in particolare, alla regolamentazione dell'appalto pubblico. In entrambi i campi non è dato riscontrare nel dettato normativo uno sviluppo coerente, che possa offrire all'interprete spunti utili ad elaborare una ricostruzione di carattere generale. Se, come avremo occasione di constatare, con riferimento alla disciplina codicistica "di parte speciale" è esperibile un tentativo di razionalizzazione⁽⁸⁾, le soluzioni rinvenibili nella legislazione di settore denotano disparità di trattamento difficilmente giustificabili⁽⁹⁾.

Per favorire uno sviluppo ordinato dell'esposizione, è sembrato opportuno rimarcare in modo netto la distinzione tra le due categorie che costituiscono, insieme, la struttura portante della materia.

In primo luogo, verrà identificata la nozione di *impossibilità della prestazione*, nei suoi rapporti con la sfera della cooperazione⁽¹⁰⁾: nelle pagine che seguono, verranno individuate le fattispecie nel contesto delle quali la prestazione risulta impossibile, con la conseguenza che il creditore non può essere costituito in mora.

Successivamente, verranno esaminati i criteri sulla base dei quali l'impossibilità della prestazione è *imputabile al creditore*⁽¹¹⁾. Fermo restando che la fattispecie è incompatibile con la *mora accipiendi*, tale ulteriore valutazione ha la funzione di verificare se il creditore sia

(8) V., *infra*, §§ 11, 12.

(9) V., *infra*, §§ 9, 10.

(10) V., *infra*, §§ 2, 3.

(11) V., *infra*, §§ 4-6.

responsabile per la mancata attuazione dello scambio e il debitore possa conseguentemente invocare nei suoi confronti la tutela del proprio interesse positivo.

2. *Impossibilità della prestazione e impossibilità di ricevere la prestazione: occorre distinguere ?* — Si ritiene concordemente che la mora del creditore sia incompatibile con l'impossibilità definitiva della prestazione. Se la mora tutela il debitore contro la dilatazione del rapporto obbligatorio, i suoi effetti non possono prodursi quando la prestazione è divenuta impossibile. Neppure, l'istituto può essere applicato se la prestazione diviene impossibile contestualmente al rifiuto opposto dal creditore, come avviene quando l'obbligazione è assoggettata ad un termine essenziale nell'interesse del debitore e sul terreno dei contratti di durata. In entrambi i casi, il rifiuto opposto dal creditore implica l'impossibilità definitiva della prestazione — che non può essere recuperata, una volta decorso il tempo durante il quale avrebbe dovuto essere eseguita — e la conseguente liberazione del debitore.

È questa la ragione per cui devono ritenersi impropri i riferimenti alla mora del creditore rinvenibili nella giurisprudenza relativa ai rapporti di lavoro. Il lavoratore impossibilitato ad adempiere a causa del rifiuto opposto dall'imprenditore si libera delle prestazioni che avrebbe dovuto eseguire nel periodo di tempo inutilmente decorso. L'applicazione dell'istituto, quindi, è solo apparente: la mora del creditore viene evocata nel contesto delle motivazioni per argomentare economicamente soluzioni il cui genuino fondamento risiede nella disciplina dei rimedi contro l'inadempimento ⁽¹²⁾.

Se l'incompatibilità tra mora e impossibilità della prestazione è consolidata nella riflessione degli interpreti, è da valutare quando, in concreto, possa ritenersi che la prestazione sia divenuta impossibile in dipendenza di circostanze riconducibili alla sfera del creditore. Anche su questo terreno vi sono fattispecie in relazione alle quali si registra un ampio consenso, mentre altre appaiono controverse. La questione assume rilevanza tanto nell'ottica del diritto delle obbligazioni, quanto nella prospettiva dei contratti di scambio: se da un lato l'impossibilità della prestazione impedisce la costituzione in mora del creditore,

(12) V., *supra*, cap. IV, §§ 14-22.

dall'altro determina la risoluzione del contratto, precludendo al debitore di esigere il pagamento del corrispettivo.

Certamente la prestazione diviene impossibile quando a causa di un fatto riconducibile alla sfera del creditore il debitore non può tenere la condotta dovuta. È quanto si verifica nei casi dell'*embargo* conseguente all'invasione di un paese straniero che impedisce al debitore di adempiere l'obbligazione contratta nei confronti dello stato aggressore; della distruzione del bene depositato nel magazzino del mittente avvenuta anteriormente alla consegna al vettore; dell'incendio e del conseguente crollo dell'edificio che l'appaltatore si è obbligato a ristrutturare nei confronti del committente; della morte o della grave malattia dell'allievo che gli impedisce di frequentare le lezioni impartite dal precettore o dall'istruttore sportivo.

Nessun dubbio che in questi casi si configuri una impossibilità definitiva della prestazione. Il creditore non può essere costituito in mora, né il debitore impossibilitato ad adempiere è legittimato ad ottenere il pagamento del corrispettivo. È da valutare, invece, se il debitore debba essere risarcito, nella misura dell'interesse positivo, per la mancata attuazione dello scambio. La risposta dipende dalla circostanza che l'impossibilità sia imputabile o non imputabile al creditore: un aspetto che prenderemo in considerazione in un secondo momento, essendo ora prioritario concentrare l'attenzione sulla nozione di impossibilità della prestazione in rapporto alla sfera del creditore.

In altri casi, il debitore può tenere la condotta dovuta, ma la prestazione non può essere ricevuta dal creditore. Il comportamento che il debitore si è obbligato a tenere resta possibile, ma a causa del verificarsi di un fatto sopravvenuto la prestazione che ne costituisce il prodotto non può essere ricevuta dal creditore o diviene radicalmente inidonea a soddisfare l'interesse che lo ha indotto a contrarre.

La casistica giurisprudenziale si concentra essenzialmente su contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi.

In una prima occasione, un passeggero non può prendere parte a una crociera che prevede l'approdo della nave in porti stranieri a causa di un ordine dell'autorità militare che gli vieta l'espatrio. La controversia, approdata davanti al giudice di legittimità ⁽¹³⁾, viene risolta

(13) Cfr. Cass. 26 marzo 1947, n. 432, in *Foro it.*, 1947, I, 265, con nota di G. PESCATORE, *Effetti dell'impedimento personale al singolo viaggiatore del contratto di crociera turistica*, ed in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, 286, con nota di MIGNOLI, *Impossibilità del creditore e incidenza del fortuito*. Nello stesso senso v., nella giurisprudenza di

escludendo che la prestazione sia divenuta impossibile, con il conseguente rigetto dell'azione volta ad ottenere la restituzione del prezzo pagato dal passeggero alla compagnia di navigazione.

Diametralmente opposta, in quanto favorevole al creditore, la soluzione adottata alcuni decenni dopo da un giudice di merito in relazione ad un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi turistici destinati ai passeggeri di una crociera attesi nel porto di Tangeri: non potendo la nave approdare nel porto a causa di una forte mareggiata, i passeggeri non sono in condizione di fruire dei servizi predisposti a loro favore dall'operatore turistico. Ritenendo che la prestazione sia divenuta impossibile, il giudice pronuncia la risoluzione del contratto intercorrente tra l'organizzatore della crociera e l'operatore turistico locale e rigetta l'azione con cui il secondo esige il pagamento del corrispettivo ⁽¹⁴⁾.

L'orientamento volto ad ammettere la risoluzione del contratto anche qualora il debitore possa tenere la condotta dovuta si consolida nella giurisprudenza di legittimità più recente: si ritiene, infatti, che la morte o la malattia del turista diagnosticate a seguito della conclusione del contratto giustificano il rifiuto di pagare il corrispettivo o la pretesa di ottenerne la restituzione tanto in relazione al soggetto direttamente interessato dalla sopravvenienza, quanto con riferimento al compagno di viaggio ⁽¹⁵⁾.

merito, Trib. Napoli 23 luglio 1984, in *Dir. giur.*, 1985, 763: «non ricorre l'impossibilità sopravvenuta della prestazione nel caso in cui il viaggiatore, per causa a lui non imputabile, sia impedito a partire; ciò che viene impedito è solo il godimento, da parte del creditore, delle utilità fornite con l'adempimento; di conseguenza, il contratto non si risolve, e non sorge l'obbligo, per il debitore, di restituire quanto abbia già ricevuto».

(14) Cfr. Trib. Milano 10 aprile 1989, in *Giur. mer.*, 1991, I, 99.

(15) Cfr. Cass. 10 luglio 2018, n. 18047, per esteso in *De Jure* (sopravvenuta malattia del turista); Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921, con nota di ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Contratti*, 2008, 786, con nota di BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, ed in *Obbl. contr.*, 2009, 29, con nota di PAROLA, *Risoluzione del contratto turistico e impossibilità di utilizzazione della prestazione* (improvvisa morte di uno dei due coniugi che avevano concluso il contratto di viaggio); G.d.P. Pozzuoli 3 maggio 2010, in *Giud. Pace*, 2011, 150, con nota di BELLANTONI, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione: un esempio applicativo di una nuova causa di risoluzione del contratto* (gravidanza a rischio).

Dichiara la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione anche App. Torino 28 febbraio 2017, per esteso in *Pluris*, che tuttavia — in

Ad analoghe conclusioni si perviene quando, in dipendenza di un fatto sopravvenuto, la prestazione, benché materialmente e giuridicamente possibile, diviene inidonea a soddisfare l'interesse che ha indotto il creditore a contrarre: è questo il caso del viaggio program-

applicazione analogica dell'art. 1464 c.c. — riconosce al *tour operator* il diritto di conseguire il rimborso delle spese sostenute per attuare il contratto di viaggio nel momento in cui gli era stata comunicata la patologia del turista.

Ritiene invece che l'impossibilità di fruire della prestazione non liberi il turista dall'obbligo di pagare il corrispettivo, pur esonerandolo dalle responsabilità inerenti alla *mora accipiendi*, App. Milano 1° marzo 1996, in *Contratti*, 1997, 386, con nota di GUERINONI, *Malattia del turista e impossibilità della prestazione*. Viene così riformata la sentenza di primo grado, che aveva pronunciato la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta: cfr. Trib. Milano 14 dicembre 1992, in *Contratti*, 1994, 675, con nota di MUSSO, *La malattia del turista insorta prima della partenza: un altro rischio a carico del tour operator*. Come risulta dalla motivazione della sentenza di secondo grado, tuttavia, nella fattispecie l'impossibilità di fruire del servizio turistico era probabilmente imputabile al creditore, in quanto la patologia che aveva impedito la partenza era stata diagnosticata in precedenza.

Esclude la risoluzione del contratto, e con essa il diritto del viaggiatore di ottenere la restituzione del prezzo pagato al *tour operator*, Trib. Padova 19 dicembre 2007, in *NGCC*, 2008, I, 811, con nota di PASQUILLI, *Il recesso nei contratti turistici e l'impossibilità per il creditore di ricevere la prestazione: il caso della sopravvenuta malattia del viaggiatore prima della partenza*. L'argomentazione a sostegno della decisione è tuttavia incentrata sulla normativa di settore applicabile *ratione temporis* (art. 10 d.lg. 17 marzo 1995, n. 111; art. 9 Conv. Bruxelles sui contratti di viaggio): sulla base di essa, si ritiene che al viaggiatore impossibilitato a ricevere la prestazione sia «data, ove non intenda recedere pagando le penali previste dal contratto, unicamente la possibilità di cedere a terzi il contratto, restando altrimenti a suo carico il rischio conseguente all'impossibilità...».

Al di fuori dell'ambito dei servizi turistici, afferma che l'impossibilità di utilizzare la prestazione può giustificare la risoluzione del contratto, ma non la ravvisa nel caso di specie — confermando, così, la sentenza di merito che aveva accolto l'azione di adempimento del prestatore di servizi — Cass. 4 maggio 2015, n. 8867, in *Contratti*, 2015, 1100 con nota di GRONDONA, *Pacta sunt servanda, tutela della sfera esistenziale del contraente e costruzione del rimedio*: nella fattispecie, l'utente aveva dedotto a fondamento del rifiuto di pagare il corrispettivo pattuito a fronte della frequentazione di un corso di lingua inglese la sopravvenuta impossibilità di fruire del servizio determinata dalla grave malattia della figlia, poi deceduta. Ammette la risoluzione di un contratto di somministrazione in ragione della sopravvenuta inutilità della prestazione per il creditore Cass. 20 dicembre 2004, n. 23618, in *Foro it.*, Rep. 2004, v. «contratto in genere», n. 520: si trattava, nel caso di specie, di un prodotto divenuto inutilizzabile per l'imprenditore somministratario a seguito di un provvedimento del Ministro della Sanità, che per garantirne la sicurezza imponeva alle industrie farmaceutiche l'adozione di misure tali da precluderne sostanzialmente l'uso.

mato in località turistiche funestate da epidemie ⁽¹⁶⁾ o eventi catastrofici ⁽¹⁷⁾.

Se è vero che nel diritto applicato si delinea un orientamento favorevole al creditore, è anche vero che le argomentazioni adottate sottendono una certa resistenza a ravvisare una vera e propria impossibilità della prestazione. A fondamento della risoluzione del contratto e del conseguente esonero del creditore dal pagamento del corrispettivo si ravvisa, infatti, una «sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione»: fattispecie atipica, in quanto espressamente distinta dall'impossibilità della prestazione ⁽¹⁸⁾. Una giustificazione concorrente si rinviene nella nozione di causa concreta del contratto: la sopravvenienza che impedisce al creditore di fruire della prestazione priverebbe il contratto della sua ragione giustificativa, legittimando il rifiuto di pagare il corrispettivo o l'azione volta ad ottenere la sua restituzione ⁽¹⁹⁾.

Anziché riflettere sulla nozione di «prestazione», la S.C. elabora una causa di risoluzione atipica, in quanto non espressamente prevista dalla legge; per sorreggere la costruzione, importa su questo terreno la nozione di «causa concreta», che da strumento di controllo della genesi

(16) Cfr. Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in NGCC, 2008, I, 531, con nota di NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, ed in *Dir. turismo*, 2007, 375, con nota di BENELLI, *La risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della vacanza*.

(17) Cfr. Trib. Genova 3 marzo 2007, per esteso in *Pluris* (maremoto abbattutosi sulla meta del viaggio di nozze).

(18) Così, infatti, si esprime la motivazione di Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, cit.: «come è stato posto in rilievo in dottrina, l'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione costituisce figura diversa dall'impossibilità (totale o parziale) della prestazione, cui non è invero riconducibile». Sulla stessa linea la motivazione di Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, cit. La S.C. fa riferimento ad un passo di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, che abbiamo letto nella sua seconda edizione, Milano, 2012, p. 413: «l'impossibilità di utilizzazione non implica di per sé l'impossibilità di esecuzione della prestazione, e non rientra pertanto nella previsione normativa della "sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta" (1463 c.c.). Sebbene non prevista dal codice, l'impossibilità di utilizzazione della prestazione ha tuttavia una rilevanza analoga a quella della impossibilità di esecuzione».

(19) Cfr. Cass. 10 luglio 2018, n. 18047, cit.; Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, cit.; App. Torino 28 febbraio 2017, cit.; G.d.P. Pozzuoli 3 maggio 2010, cit.

degli effetti del contratto diventa criterio di governo della loro attuazione (20).

Anche nel settore del diritto del lavoro si riscontrano fattispecie in cui il debitore può tenere la condotta dovuta, che tuttavia si risolverebbe nell'esecuzione di una prestazione del tutto inutile per il creditore. Ci si riferisce alla prassi dello sciopero articolato, che pur interessando solo determinate fasi dell'attività produttiva pregiudica l'utilità del lavoro inerente a fasi che con le prime presentano uno stretto rapporto di interconnessione. Su questo terreno si delinea un orientamento aperto a valorizzare le ragioni del creditore: se le prestazioni offerte dai dipendenti che non sono direttamente coinvolti nell'astensione dal lavoro risultano affatto prive di utilità a causa dello sciopero che interessa altre fasi produttive, il datore di lavoro può rifiutare il pagamento della retribuzione (21). Sebbene il debitore possa tenere la condotta dovuta, il contratto si risolve per impossibilità sopravvenuta, limitatamente alle prestazioni che a causa dello sciopero realizzato dagli altri lavoratori divengono prive di utilità per l'imprenditore.

In dottrina, le fattispecie qui delineate vengono valutate diversamente. Secondo una prima opinione, l'impossibilità di ricevere la prestazione si risolve nell'impossibilità della prestazione stessa, giustificando la risoluzione del contratto. La prestazione non si esaurisce, infatti, nella condotta del debitore, ma comprende la realizzazione del risultato idoneo a soddisfare l'interesse in considerazione del quale il creditore ha assunto la posizione di parte attiva del rapporto. Quando tale risultato non può realizzarsi, perché un fattore sopravvenuto preclude definitivamente al creditore di ricevere la prestazione, la stessa diviene impossibile (22).

(20) Per una valutazione critica di tale operazione v., oltre ai commenti citati, ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 967 ss.; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *CeI*, 2009, p. 151 ss.

(21) V., anche per i riferimenti, cap. IV, § 21.

(22) Cfr. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIII, *La risoluzione*, Torino, 2011, p. 334 s.; E. FERRANTE, *Causa concreta*, cit., p. 152 ss.; CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 123; ID., *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore*, cit., p. 562 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 80 s.; COTTINO, *Questioni in materia di impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 78; ID., *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 443 ss.

L'opinione merita di essere condivisa: se da un lato trova riscontro nel dato normativo, dall'altro indirizza il conflitto tra le parti del rapporto obbligatorio verso una soluzione razionale e realistica. In base all'art. 1174 c.c., la prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione «deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore»; perché l'obbligazione venga adempiuta non è sufficiente che il debitore tenga la condotta dovuta, essendo anche necessario che essa sia idonea a realizzare il risultato in considerazione del quale il creditore ha assunto la posizione di parte attiva del rapporto ⁽²³⁾.

Fermo restando che il debitore è in grado di tenere la condotta dovuta, può accadere che il risultato idoneo a soddisfare l'interesse del creditore si sia realizzato per effetto di eventi estranei al rapporto tra le parti, come avviene quando l'obbligazione si estingue “per conseguimento dello scopo”: sono i casi del paziente che guarisce spontaneamente prima di essere sottoposto a trattamento medico e dell'imbarcazione che viene disincagliata dall'alta marea prima di essere raggiunta dal rimorchiatore. Può accadere, all'opposto, che il risultato perseguito dal creditore non possa realizzarsi, in quanto impedito dal verificarsi di una circostanza sopravvenuta: è quanto si verifica nelle fattispecie appena sintetizzate e giunte all'attenzione della giurisprudenza.

In entrambe le ipotesi, la prestazione diviene impossibile *in quanto oggetto di obbligazione* perché il risultato in considerazione del quale il creditore ha assunto la posizione di parte attiva del rapporto si è già realizzato o, al contrario, non può realizzarsi a causa di un evento sopravvenuto. Si impone infatti, su questo terreno, una nozione di prestazione non fattuale, ma giuridica. Nel contesto del diritto delle obbligazioni, «prestazione» è un termine normativo ⁽²⁴⁾: esso non designa un semplice fatto (comportamento del debitore), ma un fatto caratterizzato da una relazione di conformità a una norma (art. 1174 c.c.) che prescrive tra i suoi requisiti la rispondenza a un interesse del creditore. Se la prestazione può costituire oggetto di obbligazione nella misura in cui risponde ad un interesse del creditore, la sopravvenuta impossibilità di realizzarlo comporta l'impossibilità della stessa prestazione.

Per giustificare lo scioglimento del contratto e la conseguente liberazione del creditore dal pagamento dell'obbligazione corrispettiva, non è allora necessario elaborare una causa di risoluzione atipica quale sarebbe la «sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della presta-

(23) Incisivamente, sul punto, E. FERRANTE, *Causa concreta*, cit., p. 154 ss.

(24) Sui termini normativi, come contrapposti a «fattuali», v., *supra*, cap. II, nt. 6.

zione», né tanto meno configurare la nozione di causa concreta quale strumento di controllo dell'attuazione dello scambio. Stante l'impossibilità della prestazione, divenuta inidonea a realizzare l'interesse in considerazione del quale è stato concluso il contratto, lo stesso si risolverà per inadempimento (art. 1453 c.c.) o per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) in dipendenza del fatto che la sopravvenienza sia imputabile, o non imputabile, al creditore.

La preferenza per tale opinione appare ulteriormente giustificata se si confrontano le sue conseguenze con quelle della tesi che esclude l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Come è evidente, infatti, quando la prestazione diviene radicalmente inidonea a soddisfare l'interesse del creditore o quando lo stesso creditore è impossibilitato a riceverla, l'esecuzione o l'offerta comporterebbero uno spreco di risorse. Il debitore sosterebbe costi inutili per mettersi in condizione di adempiere o per compiere l'offerta volta a costituire in mora il creditore sebbene la prestazione sia destinata ad essere rifiutata. L'inconveniente può essere evitato se si ritiene che, stante l'impossibilità della prestazione, il debitore consegua la liberazione dal vincolo e il creditore non possa essere costituito in mora. Naturalmente, se l'impossibilità di ricevere la prestazione è imputabile al creditore — come avviene quando lo sciopero articolato sia stato determinato dalla condotta antisindacale del datore di lavoro, o quando la malattia che impedisce al turista di partire sia stata già diagnosticata al momento della conclusione del contratto di viaggio — lo stesso sarà tenuto a risarcire il debitore per la lesione del suo interesse ad attuare lo scambio; non potrà tuttavia essere costituito in mora, né essere condannato a pagare il corrispettivo dovuto a fronte di una prestazione che è impossibilitato a ricevere.

Un itinerario alternativo proposto in dottrina per pervenire al medesimo risultato valorizza il principio di buona fede, in virtù del quale — al verificarsi di circostanze che pregiudicano radicalmente l'interesse del creditore a fruire della prestazione — diverrebbero inesigibili tanto la cooperazione necessaria all'adempimento dell'obbligazione, quanto l'esecuzione della prestazione corrispettiva (25). Il creditore, dunque, non potrebbe essere costituito in mora in quanto il

(25) Cfr. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, negli *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di Del Prato, III, Napoli, 2013, p. 1616 ss.; ID., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, p. 558; STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 247.

suo rifiuto di ricevere la prestazione sarebbe giustificato da un motivo legittimo (art. 1206 c.c.).

D'altra parte, non mancano voci autorevoli che — diversamente da quanto qui sostenuto — ritengono necessario circoscrivere le fattispecie in relazione alle quali si ravvisa l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguenza che il debitore sarebbe legittimato ad ottenere l'attuazione dello scambio. Sulla base del presupposto, spesso implicito, che la prestazione si risolva nel comportamento dovuto dal debitore e non comprenda la realizzazione del risultato idoneo a soddisfare l'interesse del creditore.

In quest'ottica si colloca chi afferma che le sopravvenienze afferenti alla sfera del creditore devono pur sempre risolversi in una impossibilità oggettiva di eseguire la prestazione, non ravvisabile quando l'utente non può fruire del servizio ⁽²⁶⁾. Chi distingue tra sopravvenienze attinenti alla sfera della prestazione (come il verificarsi di un'epidemia nella meta del viaggio) e alla sfera della cooperazione (tale essendo la malattia del turista o la morte del compagno di viaggio), sostenendo che solo le prime sono idonee a giustificare la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta ⁽²⁷⁾. Chi, ancora, ritiene che una impossibilità della prestazione in senso proprio si verifichi solo quando la sopravvenienza distrugge o rende inadatto il substrato della prestazione, vale a dire il bene o la persona che recepiscono il risultato del comportamento del debitore ⁽²⁸⁾: una impossibilità della prestazione si riscontrerebbe nel caso della morte dell'allievo al quale sono destinate le lezioni o della distruzione dell'edificio da ristrutturare, mentre non potrebbe essere ravvisata — in relazione al coniuge superstite — nell'ipotesi della morte del compagno di viaggio, il substrato della prestazione risultando integro. Talvolta, poi, per giustificare la tesi che esclude l'impossibilità sopravvenuta e la conseguente risoluzione del contratto si valorizza la circostanza che il debitore abbia eseguito la prestazione a favore di creditori situati nella medesima posizione di

(26) Cfr. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione*, cit., p. 1602 s.; Id., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 557 ss.; PICARO, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 337 ss.; C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 92 ss.

(27) Cfr. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., p. 969 s. Come vedremo, tale posizione sembra trovare riscontro nella legislazione speciale: v., *infra*, nt. 165.

(28) Cfr. STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 86 ss.

quello impossibilitato a riceverla ⁽²⁹⁾. È il caso dello spettatore che a causa di un evento sopravvenuto non può assistere al concerto, regolarmente eseguito a favore di tutti gli altri spettatori, o del passeggero impossibilitato a prendere l'aereo giunto puntualmente a destinazione.

In questa prima fase dell'analisi abbiamo concentrato l'attenzione sull'impossibilità della prestazione, che a nostro avviso si verifica ogni qualvolta il creditore non può ricevere la prestazione o la stessa diviene inidonea a soddisfare l'interesse sotteso al contratto. In quest'ottica, è necessario che la sopravvenienza pregiudichi radicalmente la possibilità di ricevere o utilizzare la prestazione. Come si è incisivamente osservato, mentre una violenta epidemia improvvisamente scoppiata nella meta del viaggio giustifica la risoluzione del contratto, un esito analogo non appare plausibile a seguito del blando incremento di un'infezione endemica, come tale compatibile con il godimento della vacanza ⁽³⁰⁾. Nello stesso modo, con riferimento all'attuazione del rapporto di lavoro, si afferma che l'imprenditore è esonerato dal pagamento della retribuzione solo quando non può adottare accorgimenti tali da consentirgli di utilizzare le prestazioni offerte dai dipendenti che non partecipano allo sciopero ⁽³¹⁾.

Non sembra invece rilevante circostanza che la medesima prestazione sia eseguibile a favore di altri creditori, situati nella medesima posizione di quello impossibilitato a riceverla (spettatori del concerto; passeggeri dell'aereo). Resta il fatto che la prestazione destinata a *quel determinato creditore* non può essere eseguita.

Su questa base sarà necessario valutare se il debitore possa pretendere di essere collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato qualora lo scambio fosse stato attuato. Come vedremo, i criteri che governano la responsabilità del creditore al quale è imputabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione sono calibrati in modo tanto rigoroso da scongiurare il rischio che il vincolo contrattuale risulti depotenziato.

3. L'impossibilità temporanea della prestazione e la mora del creditore. — A conclusioni analoghe si deve pervenire quando il fatto del

(29) Cfr. FONDRIESCHI, *L'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in MAFFEIS, FONDRIESCHI, ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, nel *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2012, p. 306, testo e nt. 464.

(30) Cfr. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., p. 970.

(31) V., *supra*, cap. IV, nt. 217.

creditore o un impedimento verificatosi nella sua sfera rendono la prestazione temporaneamente impossibile. Anche l'impossibilità temporanea della prestazione, infatti, è incompatibile con la *mora accipiendi*.

Il creditore non può essere costituito in mora quando una sopravvenienza preclude transitoriamente al debitore di tenere la condotta dovuta. Si pensi alla situazione in cui il committente abbia redatto un progetto la cui realizzazione presenta criticità tali da indurre la pubblica amministrazione a sospendere la realizzazione dell'opera per ragioni di sicurezza; ad un appalto d'opera che non può essere temporaneamente eseguito perché l'area dove il manufatto deve essere realizzato è impegnata da beni appartenenti al committente o a terzi; alla ristrutturazione di un edificio che deve essere sospesa perché la costruzione viene abusivamente occupata da terzi. Analoga la situazione in cui l'impossibilità temporanea derivi dalla sopravvenuta mancanza o inidoneità del c.d. substrato della prestazione, come nel caso in cui la ristrutturazione di un locale sia transitoriamente impedita dall'allagamento conseguente alla rottura di una condotta idrica.

A nostro parere, peraltro, una impossibilità temporanea della prestazione si riscontra anche quando pur essendo il debitore in condizione di tenere la condotta dovuta si verificano sopravvenienze tali da precludere al creditore di ricevere il bene o il servizio. Benché temporanea, l'impossibilità di ricevere la prestazione si risolve in una impossibilità della stessa prestazione, essendo preclusa, sia pure transitoriamente, la realizzazione del risultato in considerazione del quale il creditore ha assunto la posizione di parte attiva del rapporto.

Si pensi all'avaria del serbatoio dove deve essere conservato il combustibile destinato ad essere utilizzato in un'attività industriale. Il debitore (venditore) può fornire il combustibile, ma il creditore (compratore) è impossibilitato a riceverlo fino al momento in cui il serbatoio non viene riparato o sostituito. Si consideri, ancora, l'allagamento del magazzino di un esercizio commerciale dovuto alla rottura di una condotta o a precipitazioni atmosferiche di straordinarie proporzioni: anche in questo caso il debitore può tenere la condotta dovuta, ma — stante l'impossibilità di ricevere la prestazione — il risultato che soddisfa l'interesse del creditore non si può realizzare fino al momento in cui il locale non viene ristrutturato. Si ravvisa, allora, una impossibilità temporanea della prestazione, che naturalmente può divenire definitiva e liberare il debitore qualora si prolunghi oltre i termini previsti dall'art. 1256, comma 2° c.c.

Certamente il creditore è responsabile per i danni subiti dal debitore in conseguenza della dilatazione del rapporto se l'impossibilità di ricevere la prestazione gli è imputabile. A nostro avviso, tuttavia, egli non può essere costituito in mora finché perdura l'impossibilità di ricevere la prestazione (32). Da un lato, l'offerta che costituisce il

(32) Il tema non è molto indagato in dottrina. Diversamente da quanto sostenuto nel testo, ritengono che l'impossibilità temporanea della prestazione maturata nella sfera del creditore non ne precluda la costituzione in mora CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 69 s.; D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 96, nt. 57. Sulla stessa linea sembra collocarsi FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 136 ss., il quale esclude la costituzione in mora nel caso di morte dell'allievo (*id est*, impossibilità definitiva della prestazione), ammettendola invece qualora l'esecuzione della prestazione sia preclusa a causa di una sua malattia (dunque, di una situazione temporanea, ancorché suscettibile di evolversi in definitiva): nel primo caso l'impossibilità interesserebbe la prestazione — precludendo, così, la costituzione in mora — mentre nel secondo sarebbe limitata alla cooperazione del creditore. Secondo STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 109 ss., una situazione di impossibilità temporanea — come tale, incompatibile con la costituzione in mora — potrebbe essere ravvisata solo qualora venisse a mancare o divenisse inidoneo il substrato della prestazione: vale a dire, il bene o il soggetto che sono destinati a recepire la prestazione, incorporandone il risultato. Potrebbe essere ravvisata una impossibilità della prestazione, tale da precludere la costituzione in mora del creditore, quando il locale che l'appaltatore si è obbligato a ristrutturare diviene temporaneamente inagibile in quanto allagato; mentre qualora l'appaltatore non possa accedervi a causa di un impedimento relativo alla persona del creditore — per ipotesi, impossibilitato a cooperare perché ricoverato in ospedale — la prestazione resterebbe possibile e la costituzione in mora ammissibile. Analoga la posizione di C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 81 ss., il quale assume che la prestazione divenga temporaneamente impossibile quando il substrato manca o diviene inidoneo e su questa base introduce una distinzione incentrata sul fatto che l'impossibilità temporanea sia imputabile, o non imputabile, al creditore. Se l'impossibilità temporanea è ascrivibile a dolo o colpa del creditore, quest'ultimo non potrebbe essere costituito in mora, ma sarebbe ugualmente responsabile per le spese sostenute dal debitore e le occasioni di guadagno da lui trascurate a causa della dilatazione del rapporto obbligatorio in applicazione analogica dell'art. 1207 c.c. o in considerazione della violazione dell'obbligo, derivante dal precetto di buona fede, «di preservare la possibilità della condotta dell'altro contraente e di cooperare, se del caso, alla sua esecuzione» (p. 85); quando invece l'impossibilità temporanea non è imputabile a dolo o a colpa del creditore, quest'ultimo sarebbe esclusivamente obbligato a tenere indenne il debitore delle perdite subite a causa della sospensione dell'adempimento. L'autore avvalorava l'adozione di un criterio di imputazione della responsabilità di carattere soggettivo (dolo o colpa), ma ritiene il creditore tenuto ad indennizzare il debitore per le perdite subite anche se l'impossibilità temporanea non gli è imputabile. Anche PICARO, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 223 ss., condivide l'assunto in base al quale una impossibilità temporanea della prestazione — incompatibile, come tale, con la costituzione in mora

presupposto indefettibile della mora si risolverebbe in una inutile formalità, in quanto il creditore è impossibilitato ad accettarla; dall'altro, la responsabilità del creditore costituito in mora, estesa al caso fortuito, richiede che il debitore abbia dimostrato di essere pronto ad adempiere, tramite la formulazione dell'offerta, quando si verifica la sopravvenienza che preclude transitoriamente o definitivamente l'attuazione del rapporto.

La conclusione è imposta da un'evidente esigenza di coerenza con quanto già sostenuto a proposito dell'impossibilità definitiva. A sostegno di essa, infatti, possono essere dedotti argomenti analoghi. Anche quando non impedisce al debitore di tenere la condotta dovuta, l'impossibilità di ricevere la prestazione preclude la realizzazione del risultato che soddisfa l'interesse del creditore, sicché si può concludere che si risolva in una impossibilità temporanea della stessa prestazione quale oggetto di obbligazione (art. 1174 c.c.). D'altra parte, lo scenario che conseguirebbe all'applicazione della *mora accipiendi* non sarebbe plausibile: per ottenere tutela contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del vincolo, il debitore avrebbe l'onere di effettuare un'offerta che fino alla cessazione dell'impedimento è destinata ad essere rifiutata. La tesi trova riscontro nel testo dell'art. 1206 c.c., che identificando la *mora accipiendi* con la situazione in cui il creditore «non riceve il pagamento offertogli» configura il difetto di cooperazione come *posteriore* all'offerta, sul presupposto che essa abbia ad oggetto una prestazione possibile.

Non sembra insuperabile l'obiezione in base alla quale assumendo questo punto di vista il creditore non potrebbe mai essere costituito in mora⁽³³⁾. L'opinione qui sostenuta, infatti, si riferisce alle situazioni in cui il creditore è transitoriamente (ed eccezionalmente) impossibilitato a ricevere la prestazione, laddove nelle ipotesi, senz'altro più comuni e

— si ravvisa solo in conseguenza della sopravvenuta mancanza o inidoneità del substrato. A differenza di C. DORE JR., tuttavia, egli ritiene che l'impossibilità temporanea sia imputabile al creditore — il quale, dunque, sarebbe tenuto a risarcire il danno subito dal debitore per la dilatazione del rapporto obbligatorio — sulla base di un criterio incentrato sul rischio, e non sul dolo o sulla colpa: in definitiva, quando il substrato della prestazione manca o diviene inidoneo, precludendone l'esecuzione, il creditore non potrebbe essere costituito in mora, ma sarebbe ugualmente tenuto a risarcire il danno subito dal debitore — ancorché non gli sia imputabile alcuna colpa — in quanto assume il rischio di tutti gli impedimenti che gli precludono di cooperare all'adempimento.

(33) Cfr. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 96, nt. 57.

frequenti, in cui il creditore non cooperi all'adempimento pur essendo in condizione di farlo, l'istituto è certamente applicabile.

In definitiva, la costituzione in mora risulta preclusa ogni qualvolta anteriormente alla formulazione dell'offerta il creditore divenga impossibilitato, sia pure transitoriamente, a ricevere la prestazione. È onere del creditore controinteressato agli effetti della mora dimostrare che anteriormente all'offerta si è verificata una sopravvenienza tale da precludergli di ricevere la prestazione (arg. *ex art.* 1218 c.c.); fermo restando che è responsabile per le spese sostenute dal debitore nella formulazione dell'offerta qualora non gli abbia comunicato tempestivamente, come il precetto di buona fede gli impone di fare, che è temporaneamente impossibilitato a ricevere il bene o a fruire del servizio.

Se prima dell'offerta si verifica un fatto che preclude temporaneamente al creditore di ricevere la prestazione, il debitore viene tutelato contro gli effetti del protrarsi del vincolo a condizione che la sopravvenienza sia imputabile alla controparte. Il debitore non ha (ancora) offerto la prestazione, sicché non risulta dimostrato che egli sia pronto ad adempiere: è ragionevole, allora, che venga salvaguardato dalle conseguenze della dilatazione del rapporto quando la stessa non dipende da un caso fortuito, ma da un fatto imputabile al creditore.

Ipotizziamo che *anteriamente* all'offerta il magazzino del compratore risulti allagato o il serbatoio destinato a contenere il combustibile sia inutilizzabile perché deteriorato. Il venditore non può effettuare la costituzione in mora fino al momento in cui vengono ripristinate le condizioni necessarie perché la prestazione possa essere ricevuta; può tuttavia essere tutelato contro le conseguenze della dilatazione del vincolo se il compratore non dimostra che l'allagamento del locale o l'avaria del serbatoio non gli sono imputabili. Quando il creditore (qui, il compratore) soddisfa l'onere della prova, e dimostra che l'impossibilità di ricevere la prestazione è dovuta al fortuito [evento atmosferico del tutto eccezionale; fulmine che colpisce il serbatoio], il debitore (qui, il venditore) non viene protetto contro la dilatazione del rapporto, e gli inconvenienti che ne derivano vengono ripartiti tra le parti (art. 1256, comma 2° c.c.).

Qualora invece l'impossibilità temporanea di ricevere la prestazione si configuri *successivamente* all'offerta, il creditore viene validamente costituito in mora. L'onere di effettuare l'offerta per ottenere tutela contro la dilatazione del rapporto è giustificato, in quanto il creditore può ricevere la prestazione. D'altra parte, a seguito della

costituzione in mora egli risponde di tutti gli eventi, anche non imputabili, che gli precludono di ricevere la prestazione. Così, se a seguito del rifiuto delle merci o del carburante un'alluvione di eccezionali proporzioni devasta il magazzino o un fulmine colpisce il serbatoio, egli risponde del ritardo con cui, a causa di tali sopravvenienze, riceve finalmente la merce.

Abbiamo già avuto occasione di soffermarci sulla ragione di tale diverso regime di responsabilità ⁽³⁴⁾. Offrendo la prestazione, il debitore dimostra di aver sostenuto i costi e gli investimenti necessari per adempiere l'obbligazione. Il creditore costituito in mora risponde, dunque, anche se l'impossibilità di ricevere la prestazione — temporanea o definitiva — deriva da caso fortuito. Per quanto possa apparire eccessivamente rigida, la responsabilità assoluta del creditore costituito in mora è pienamente giustificata, in quanto funzionale a promuovere gli investimenti necessari per l'adempimento dell'obbligazione: il debitore sarebbe riluttante a sostenerli se la legge non lo proteggesse *in ogni caso* contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del vincolo.

Quando invece l'impossibilità della prestazione, temporanea o definitiva, si verifica prima dell'offerta, manca la prova che il debitore sia pronto ad adempiere. Date queste condizioni, sarebbe irragionevole porre a suo carico l'onere di offrire una prestazione che certamente è destinata ad essere rifiutata, in quanto il creditore è impossibilitato a riceverla; per converso, egli viene tutelato contro la dilatazione del vincolo o la mancata attuazione del rapporto quando l'impossibilità, temporanea o definitiva, è imputabile al creditore, essendo a carico di quest'ultimo l'onere di fornire la prova liberatoria.

Anche su questo versante, si ripropone la precisazione già fatta con riferimento all'impossibilità definitiva della prestazione: i criteri di imputazione della responsabilità applicabili al creditore che rende la prestazione temporaneamente impossibile devono essere opportunamente calibrati in modo tale da scongiurare il rischio di un depotenziamento del vincolo contrattuale.

4. *Quando l'impossibilità della prestazione è imputabile al creditore: gli interessi protetti.* — Nei due paragrafi precedenti sono stati analizzati i rapporti intercorrenti tra la sfera del creditore (quella della cooperazione all'adempimento) e l'impossibilità della prestazione. Gli

(34) V., *supra*, cap. I, § 13.

interpreti concordano sul fatto che l'impossibilità della prestazione precluda la costituzione in mora, mentre non è altrettanto pacifico che l'impossibilità di ricevere la prestazione o la sua sopravvenuta inutilità per il creditore comportino l'impossibilità della stessa prestazione, giustificando la risoluzione del contratto e liberando il creditore dall'obbligazione corrispettiva: se la giurisprudenza più recente, a nostro avviso con ragione, appare orientata in questo senso, non mancano in dottrina opinioni diverse⁽³⁵⁾. Si è poi sostenuto, indagando un aspetto raramente considerato in dottrina, che anche l'impossibilità temporanea di ricevere la prestazione impedisce la costituzione in mora⁽³⁶⁾.

Le conseguenze dell'impossibilità della prestazione, così identificata, variano in considerazione del fatto che essa sia imputabile o non imputabile al creditore. Su questa seconda dimensione della fattispecie occorre, ora, concentrare l'attenzione.

Se l'obbligazione non nasce da un contratto di scambio, è ipotizzabile una responsabilità del creditore che abbia reso temporaneamente impossibile l'esecuzione della prestazione, dilatando così la durata del vincolo. L'impossibilità definitiva della prestazione libera invece il debitore (art. 1256, comma 1° c.c.), sicché la circostanza che essa sia imputabile o non imputabile al creditore appare irrilevante⁽³⁷⁾.

Il requisito dell'imputabilità è più rilevante quando l'obbligazione deriva da un contratto a prestazioni corrispettive, perché su questo terreno l'impossibilità della prestazione pregiudica l'interesse del debitore ad ottenere l'attuazione dello scambio. Secondo un'opinione consolidata e ampiamente condivisa, quando l'impossibilità della prestazione è imputabile al creditore il debitore ha diritto di essere collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato attuato. L'esigenza di tutelare l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere trova riscontro, oltre che nella disciplina della *mora accipiendi* (art. 1207, comma 1° c.c.), nella legislazione tedesca (§ 326 BGB) e nelle disposizioni — rinvenibili nei tipi contrattuali generati dalla matrice della *locatio operis* — che accordano alla parte committente la legittimazione a recedere discrezionalmente, obbligandola contestualmente a risarcire il danno subito dalla controparte per effetto della mancata attuazione dello scambio (artt. 1671; 1685, comma 1°; 2227 c.c.). Come i recessi discrezionali, l'impossibilità della prestazione imputabile al creditore

(35) V., *supra*, § 2.

(36) V., *supra*, § 3.

(37) Cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 82.

preclude definitivamente l'attuazione del rapporto: il debitore, allora, merita di essere collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato se avesse potuto ottenere l'esecuzione del contratto. In definitiva, la posizione del debitore impossibilitato ad adempiere coincide, sebbene in una prospettiva ribaltata, con quella del creditore pregiudicato dall'inadempimento definitivo.

Se sull'esigenza di tutelare l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere gli interpreti concordano, le opinioni tornano a divergere in ordine a due aspetti fondamentali della tematica di cui ci occupiamo. Si discute, in primo luogo, sui criteri in virtù dei quali l'impossibilità della prestazione è ascrivibile al creditore: accanto a tesi meno rigorose, incentrate sulla colpa, si riscontrano opinioni che configurano la responsabilità del creditore in termini quasi assoluti⁽³⁸⁾. Non si riscontra uniformità di vedute neppure in ordine alle conseguenze che derivano dal verificarsi di una impossibilità della prestazione imputabile al creditore: la tutela dell'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere viene infatti giustificata sulla base di differenti "letture" del dato normativo⁽³⁹⁾.

In questa sede, ci occuperemo in primo luogo dell'impossibilità definitiva della prestazione imputabile al creditore, della quale analizzeremo i presupposti e le conseguenze. In un secondo tempo passeremo a considerare l'impossibilità temporanea della prestazione, sempre imputabile al creditore⁽⁴⁰⁾: essa non preclude l'attuazione del rapporto, ma pregiudica l'interesse del debitore alla tempestiva estinzione dell'obbligazione, che coincide con quello protetto dalla *mora accipiendi*.

Concluderemo analizzando le fattispecie in cui l'impossibilità della prestazione non è imputabile al creditore, pur maturando nella sfera della cooperazione: sono le ipotesi, già ricordate, che vedono il creditore impossibilitato a ricevere la prestazione per causa a lui non imputabile⁽⁴¹⁾. Date queste condizioni, è certo che il debitore non ha ragione di pretendere un risarcimento commisurato al suo interesse positivo; è da valutare, invece, se possa ottenere una somma commisurata alle spese sostenute e alle occasioni di guadagno perse (interesse

(38) V., *infra*, §§ 5, 6.

(39) V., *infra*, §§ 7-9.

(40) V., *infra*, § 10.

(41) V., *infra*, §§ 11, 12.

negativo) o, almeno, il rimborso dei costi affrontati per predisporre l'adempimento.

5. *La nozione di «causa imputabile al creditore» nell'elaborazione dottrinale: dalla colpa alla responsabilità (quasi) assoluta.* — Il creditore è responsabile per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione che deriva da causa a lui imputabile. La nozione assume rilevanza, su questo terreno, per un'evidente esigenza di simmetria con la responsabilità del debitore (artt. 1218, 1256 c.c.). Nella disciplina dei contratti tipici, inoltre, si riscontrano disposizioni in base alle quali il contratto si risolve per impossibilità sopravvenuta della prestazione quando la stessa non è imputabile a nessuna delle parti (artt. 1672, 1673, 2228 c.c.): se ne ricava *a contrario* che il debitore impossibilitato ad adempiere per causa imputabile al creditore ha diritto di ottenere il risarcimento del danno conseguente alla mancata attuazione del rapporto (42).

Quella di «causa (non) imputabile» è una nozione neutra, compatibile con l'adozione di diversi criteri di responsabilità (43). Si tratta di un contenitore flessibile, adottato dal legislatore proprio per la sua capacità di adattarsi a contenuti differenti in dipendenza della fisionomia del rapporto: non stupisce, allora, che nella riflessione dottrinale si riscontrino sul punto specifico posizioni nettamente differenziate.

In base a un primo orientamento, il creditore risponde dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione solo quando la stessa è ascrivibile a sua colpa, intesa come criterio di imputazione della responsabilità simmetricamente applicabile ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio (44). Si assume, infatti, che il creditore sia assoggettato al medesimo

(42) Cfr. STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 163 s.

(43) L'opinione è diffusa: cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*²², Milano, 2018, p. 304; ID., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 20; ROPPO, *Diritto privato. Linee essenziali*⁵, Torino, 2018, pp. 262, 264; VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contratto Roppo*, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, p. 770; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*², in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2006, p. 351 s.; ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, in Franzoni (a cura di), *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale*, Utet, 2004, p. 700; MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *EdD*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1094; REALMONTE, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 255; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, *Artt. 1173-1176*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, *sub art.* 1176, p. 483.

(44) Cfr. C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 111 ss.; STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 200 ss.; COTTINO, *L'impossibilità di ricevere*, cit.,

regime di responsabilità applicabile al debitore, e che quest'ultimo risponda del proprio inadempimento in quanto imputabile a sua colpa. Si tratta di un punto di vista adottato da autori che ritengono il creditore obbligato a cooperare all'adempimento dell'obbligazione⁽⁴⁵⁾ o che configurano a suo carico un obbligo di «conservare la possibilità della prestazione»⁽⁴⁶⁾; in entrambi i casi, il ricorso alla colpa viene giustificato imputando al creditore un obbligo in considerazione del quale la sua responsabilità viene equiparata a quella del debitore. Al medesimo orientamento può essere ricondotto anche chi, muovendo da premesse affatto diverse, ritiene che il creditore al quale è imputabile l'impossibilità della prestazione incorra in una responsabilità di natura aquiliana, fondata sull'art. 2043 c.c.⁽⁴⁷⁾.

All'estremo opposto si collocano gli autori che aderiscono alla c.d. teoria delle sfere di rischio, originariamente formulata nel contesto tedesco, ritenendola compatibile con l'ordinamento italiano⁽⁴⁸⁾. In base ad essa, il creditore risponde di tutti gli eventi che gli impediscono di cooperare all'adempimento; di conseguenza, egli resta obbligato a pagare il corrispettivo quando il rapporto non può essere attuato a causa del verificarsi di sopravvenienze che, sebbene non ascrivibili a sua colpa, maturano nella sua sfera, precludendogli di ricevere la prestazione. Se il turista muore o si ammala improvvisamente, il prezzo promesso a fronte della prestazione del servizio permane dovuto; il committente resta ob-

p. 454. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Trib. Genova 11 luglio 1996, cit.: perché l'impossibilità della prestazione possa essere imputata al creditore sarebbe «sempre e comunque» necessaria una indagine sul suo «atteggiamento psicologico...al fine di verificare le ragioni della mancata ricezione della prestazione da parte del debitore pronto ad adempiere (“senza motivo legittimo”) o del mancato apprestamento dei mezzi necessari per riceverla».

(45) In sintonia con l'insegnamento di FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 179 ss.

(46) Così STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 207.

(47) Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 9.

(48) Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*²², cit., p. 338; ID., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 20 ss.; ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo ?*, cit., p. 969; TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Tratt. contratti Rescigno, I contratti in generale*², a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006, p. 1802; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, pp. 379, 394; ID., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, p. 60 ss. L'ultimo autore citato, tuttavia, ammette che la sopravvenuta impossibilità di utilizzare la prestazione derivante da causa non imputabile al creditore giustifichi la risoluzione del contratto in analogia con quanto prevede l'art. 1463 c.c., con la conseguente estinzione dell'obbligazione corrispettiva: v., *supra*, nt. 18.

bligato a pagare il corrispettivo dell'appalto avente ad oggetto la realizzazione di un macchinario industriale quando il locale in cui il dispositivo deve essere collocato viene distrutto da un incendio, ancorché il sinistro sia stato determinato da un caso fortuito; è ugualmente tenuto a pagare il corrispettivo il *tour operator* i cui clienti non possono fruire dei servizi forniti dall'imprenditore turistico locale in quanto una violenta mareggiata impedisce alla nave di approdare nel porto.

Si ritiene di offrire alla tesi un convincente fondamento normativo accostando l'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore alla *mora accipiendi* (49) e recuperando gli argomenti con cui su questo terreno viene tradizionalmente avvalorata la responsabilità assoluta del creditore, estesa al caso fortuito (50). Si assume a postulato che il creditore cooperi all'adempimento nell'esclusivo interesse proprio, sicché egli sopporta il rischio di tutti gli eventi che gli impediscono di realizzare il risultato programmato con la conclusione del contratto (51). Il soggetto impossibilitato a ricevere la prestazione viene così equiparato alla parte che dopo averla ricevuta non riesce ad utilizzarla a causa del verificarsi di una sopravvenienza (52). Se dopo aver ricevuto la consegna dell'immobile preso in locazione in una località turistica il conduttore non lo può utilizzare a causa di una sopravvenuta patologia che gli impone un ricovero ospedaliero, egli resta ugualmente obbligato a pagare il canone. Nello stesso modo, il passeggero che non può imbarcarsi a causa del sopravvenuto divieto di espatrio dell'autorità militare, il turista che non può partire a causa di un lutto familiare, il *tour operator* che non può fornire ai clienti i servizi pattuiti con l'imprenditore turistico locale a causa delle proibitive condizioni del mare sarebbero ugualmente tenuti a pagare il corrispettivo (53). Analogamente alla parte che riceve la prestazione, ma non la può utilizzare, il creditore costituito in mora è responsabile dell'impossibilità della prestazione a prescindere dalle ragioni che la determinano. Si ritiene, allora, che a maggior ragione egli debba sopportare il rischio

(49) Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*²², cit., p. 338; ID., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 25 s.

(50) V., *supra*, cap. I, §§ 11, 12.

(51) Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*²², cit., p. 323; ID., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 24.

(52) Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 24 s.

(53) Gli esempi sono tratti da casi giurisprudenziali: v., *supra*, ntt. 13-15.

del caso fortuito quando la prestazione diviene direttamente impossibile per effetto di eventi che attengono alla sfera della cooperazione.

Sulla stessa linea si collocano studi monografici che pur non prestando espressa adesione alla teoria delle sfere di rischio configurano la responsabilità del creditore come pressoché assoluta, in quanto estesa al caso fortuito⁽⁵⁴⁾. Anche su questo terreno, le argomentazioni ricalcano quelle tradizionalmente adottate per giustificare la responsabilità assoluta del creditore costituito in mora. Si ribadisce che siccome il creditore coopera nell'interesse proprio assume il rischio di tutti gli eventi che precludono la realizzazione del risultato in vista del quale ha assunto la posizione di parte attiva del rapporto. Sulla base della stessa premessa si conclude che il creditore non è obbligato a cooperare all'adempimento dell'obbligazione, sicché la sua responsabilità non può essere governata dai medesimi criteri che trovano applicazione in relazione alla posizione del debitore: di qui il dissenso verso il ricorso alla categoria della colpa, che mancherebbe di fondamento logico e normativo. Se il creditore costituito in mora assume il rischio di ogni evento idoneo a precludere l'adempimento dell'obbligazione, alla medesima conclusione si ritiene necessario pervenire, a più forte ragione, ogni qualvolta la prestazione sia divenuta impossibile a causa di circostanze maturate nella sfera della cooperazione.

Si ammette la risoluzione del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione corrispettiva solo nell'ipotesi in cui l'evento che preclude la cooperazione costituisca la realizzazione di un rischio generalizzato, in quanto il creditore è compreso in una cerchia più ampia di soggetti che si trovano nella medesima posizione⁽⁵⁵⁾. Anche in quest'ottica, la malattia o la morte del coniuge non esonerano il viaggiatore dal pagamento del prezzo del servizio turistico, mentre comporterebbe la risoluzione del contratto di appalto — con la conseguente estinzione dell'obbligazione corrispettiva — la distruzione dell'edificio di cui sia stata pattuita la ristrutturazione dovuta a un

(54) Cfr. PICARO, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., *passim*, spec. p. 173 s.; ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, in Franzoni (a cura di), *Le obbligazioni*, cit., p. 718 ss.; ID., *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., *passim*, spec. 193 ss.

(55) Cfr. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, in Franzoni (a cura di), *Le obbligazioni*, cit., p. 720 s.; ID., *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 198 ss.

bombardamento o ad un evento di carattere naturale che abbia devastato l'area dove sorge il manufatto.

Più equilibrata una terza posizione, incentrata sulla distinzione tra sfera giuridica e sfera di controllo del creditore ⁽⁵⁶⁾. La prima si identifica con l'area della cooperazione all'adempimento: quella che entra in gioco quando il debitore è in condizione di tenere la condotta dovuta, e la realizzazione del risultato dedotto ad oggetto dell'obbligazione dipende esclusivamente dalla collaborazione della controparte. La seconda si risolve nel complesso organizzato dei beni e delle persone di cui il creditore si avvale, o dovrebbe ragionevolmente avvalersi, per cooperare all'adempimento dell'obbligazione.

Si ritiene, allora, che al creditore non siano imputabili tutti gli impedimenti verificatisi nella sua sfera giuridica, ma solo quelli interni alla sua sfera di controllo. Egli risponde a prescindere da una sua colpa ogni qualvolta l'impossibilità della prestazione deriva dall'organizzazione di mezzi e persone di cui dispone: è quanto avverrebbe qualora l'incendio di un edificio del quale è stata pattuita la ristrutturazione fosse dovuto al cortocircuito dell'impianto elettrico appena revisionato, o nel caso in cui la distruzione di un antico vaso di porcellana destinato ad essere consegnato al vettore fosse stata causata dal malore di un collaboratore del mittente, incaricato di effettuare la consegna. Il creditore è anche responsabile, sempre a prescindere dalla sua negligenza, degli eventi che rientrano nel rischio tipico dell'attività esercitata: è il caso del passeggero che perde una coincidenza aerea, essendo il ritardo con cui giunge all'aeroporto intermedio contenuto entro tre ore ⁽⁵⁷⁾.

(56) Cfr. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 330 ss.; CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 111 ss.; ID., *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore*, cit., p. 547 ss.

(57) Assumiamo a riferimento, qui, il periodo di tempo indicato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea — in sede di interpretazione del regolamento n. 261/2004 — ai fini dell'indennizzo riconosciuto ai passeggeri. Quando il ritardo si prolunga per più di tre ore, ai passeggeri dei voli arrivati a destinazione viene accordata una tutela analoga a quella di cui fruiscono i passeggeri dei voli cancellati. Cfr. C.G.U.E. 9 novembre 2009, C-402/07, 432/07, in *Foro it.*, 2010, IV, 325, con nota redazionale di PALMIERI: «gli artt. 5, 6 e 7 regolamento 261/2004/CE devono essere interpretati nel senso che i passeggeri di voli ritardati possono essere assimilati ai passeggeri di voli cancellati ai fini dell'applicazione del diritto alla compensazione pecuniaria e che essi possono pertanto reclamare il diritto alla compensazione pecuniaria previsto dall'art. 7 di tale regolamento quando, a causa di un volo ritardato, subiscono una perdita di tempo pari o superiore a tre ore, ossia quando giungono alla

Si assume, poi, che il creditore risponda anche degli eventi estranei alla sua sfera di controllo e al rischio tipico dell'attività esercitata, purché da lui prevedibili ed evitabili: al di fuori della sfera organizzativa del creditore diviene nuovamente applicabile il criterio della colpa — sia pure declinato sulla base di uno *standard* di diligenza oggettivo — trattandosi di valutare la condotta da lui tenuta per preservare la possibilità della prestazione (58). La valutazione della prevedibilità e dell'evitabilità dell'impedimento deve essere calibrata sulla fisionomia del singolo rapporto, alla luce della quale è possibile individuare il comportamento esigibile dal creditore per prevedere o evitare le sopravvenienze che rendono la prestazione impossibile.

È evidente la differenza che intercorre tra la posizione qui sintetizzata e quella sostenuta dai fautori della teoria delle sfere, in base alla quale sono imputabili al creditore tutti gli eventi che gli impediscono di cooperare all'adempimento dell'obbligazione, ancorché siano estranei alla sua sfera organizzativa e, al di fuori di essa, non risultino ascrivibili a sua colpa.

6. Segue. *Una soluzione intermedia.* — Tra le diverse soluzioni prospettate in dottrina, è preferibile quella — ricostruita da ultimo — in base alla quale il creditore risponde di tutti gli impedimenti verificatisi nella sua sfera di controllo e interni al rischio tipico dell'attività

loro destinazione finale tre ore o più dopo l'orario di arrivo originariamente previsto dal vettore aereo; tuttavia, un siffatto ritardo non implica il diritto alla compensazione pecuniaria per i passeggeri se il vettore aereo è in grado di dimostrare che il ritardo prolungato è dovuto a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso, ossia circostanze che sfuggono all'effettivo controllo del vettore aereo». Il principio di diritto è stato ribadito da C.G.U.E. 23 ottobre 2012, C-581/10, C-629/10, in *Foro it.*, 2013, IV, 101.

(58) Secondo la dottrina citata, tuttavia, anche la valutazione di evitabilità dell'evento estraneo alla sfera di controllo del creditore non sarebbe governata dal parametro della diligenza: l'interprete, piuttosto, dovrebbe «far riferimento al tipo di contratto, ad eventuali clausole specifiche, ad un eventuale, specifico, interesse del debitore all'adempimento» (così CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore*, cit., p. 553). Come si afferma nel testo, certamente la fisionomia del rapporto obbligatorio può assumere una rilevanza decisiva nella valutazione di prevedibilità ed evitabilità della sopravvenienza che preclude l'adempimento: ci sembra, tuttavia, che l'interprete debba pur sempre concentrare l'attenzione sulla *condotta* del creditore, anteriore o successiva alla conclusione del contratto, sicché il criterio di responsabilità affettivamente applicato non può che identificarsi con la diligenza.

esercitata, e al di fuori di questo ambito delle sopravvenienze da lui prevedibili ed evitabili ⁽⁵⁹⁾.

Se si assume a termine di confronto la tesi che ancora la responsabilità del creditore alla colpa, occorre premettere che tra le parti del rapporto obbligatorio non esiste alcuna simmetria. Non appare appropriato equiparare la posizione del creditore a quella del debitore, in quanto prestazione e cooperazione hanno evidentemente una diversa valenza: se la prestazione è finalizzata a realizzare il risultato che soddisfa l'interesse del creditore (art. 1174 c.c.), la cooperazione ha la funzione di permettere (al creditore di ricevere la prestazione, e) al debitore di liberarsi tempestivamente dell'obbligazione. Del resto, la tesi che rappresenta la responsabilità del debitore come ordinariamente fondata sulla colpa implica una ricostruzione dell'istituto alquanto semplificata: colpa e responsabilità oggettiva non si configurano come rigidamente alternative, ma governano differenti rapporti contrattuali in dipendenza delle prestazioni che ne costituiscono l'oggetto.

A ben vedere, inoltre, un regime di responsabilità esclusivamente incentrato sulla condotta, come quello basato sulla colpa, è incompatibile con il ruolo svolto dal creditore nella genesi e nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Quando valuta l'opportunità di assumere un'obbligazione nel contesto di un contratto a prestazioni corrispettive, il debitore considera i costi da sostenere per eseguire la prestazione e il corrispettivo promesso, ma non conosce, spesso, le caratteristiche del creditore né si prefigura il comportamento che lo stesso deve tenere per cooperare all'adempimento dell'obbligazione. Il debitore, dunque, non confida in una condotta più o meno diligente della controparte, ma piuttosto nella disponibilità di un'organizzazione astrattamente idonea a supportare l'adempimento dell'obbligazione. Dal punto di vista dell'appaltatore impossibilitato ad adempiere a causa dell'incendio dell'edificio del quale si è obbligato a ristrutturare il tetto, è irrilevante la circostanza che l'evento si sia verificato a causa della negligenza del committente — che ha trascurato una perdita della caldaia collocata al piano terra — o per il cortocircuito dell'impianto elettrico, recentemente revisionato dal più rigoroso ed affidabile operatore del settore. Analogamente, nell'ottica del vettore marittimo che attende una partita di merce destinata ad essere esportata è indifferente che il trasporto non possa avvenire e causa della negligenza dello spedizioniere o per un

(59) V., *supra*, ntt. 56, 58.

incidente stradale in cui è stato coinvolto, del tutto incolpevolmente, un mezzo di trasporto del mittente. Quando sceglie di obbligarsi, il debitore non conosce nel dettaglio la condotta che il creditore deve tenere per preservare la possibilità di eseguire la prestazione; confida invece nella disponibilità, in capo al medesimo creditore, dell'organizzazione necessaria per permettere l'adempimento dell'obbligazione. In sintonia con tale presupposto, l'interesse positivo del debitore viene tutelato ogni qualvolta la prestazione sia divenuta impossibile a causa di un evento verificatosi all'interno della sfera organizzativa del creditore.

In definitiva, una responsabilità commisurata alla sfera di organizzazione e controllo del creditore è coerente con la prospettiva delle parti che concludono un contratto di scambio. Esse non confidano nella diligenza con cui la controparte si adopera per ricevere la prestazione, ma nella disponibilità di un'organizzazione ragionevolmente idonea a supportare la cooperazione necessaria per l'adempimento.

Orientando ora lo sguardo nella direzione opposta, assumiamo a termine di confronto la c.d. teoria delle sfere e, più in generale, le opinioni in base alle quali il creditore sopporta il rischio di tutti gli eventi che gli precludono di cooperare all'adempimento dell'obbligazione, ivi compresi quelli fortuiti. Ebbene, la distinzione tra sfera giuridica (*id est*, sfera della cooperazione) e sfera di controllo del creditore costituisce a nostro avviso un appropriato strumento analitico.

Il creditore risponde di tutti gli eventi interni alla sua sfera di controllo e al rischio tipico dell'attività esercitata, anche se non imputabili a sua colpa. Sono i casi, già prospettati, del cortocircuito dell'impianto elettrico recentemente revisionato che genera un incendio nell'edificio da ristrutturare; dell'allagamento del magazzino del compratore determinato dalla perdita di una tubatura apparentemente ben costruita e assiduamente controllata; del perimento della merce destinata al vettore determinato da un improvviso malore del collaboratore del mittente o da un incidente stradale totalmente imputabile a un terzo; della perdita della coincidenza aerea determinata da un ritardo del primo vettore non superiore alle tre ore ⁽⁶⁰⁾.

Lo stesso creditore, invece, non risponde degli eventi che pur non precludendo la condotta del debitore ma la cooperazione all'adempimento

(60) V., *supra*, nt. 57.

mento — ed essendo, quindi, interni alla sua “sfera giuridica” — si verificano al di fuori del suo ambito di organizzazione e controllo. È quanto accade nelle ipotesi in cui l'edificio da ristrutturare sia crollato a causa di un terremoto; l'allagamento del magazzino del compratore sia stato causato dallo straripamento di un fiume conseguente a una perturbazione atmosferica di straordinaria intensità; l'aereo che avrebbe dovuto condurre il passeggero a prendere la coincidenza sia stato dirottato da un *commando* di terroristi; il veicolo che avrebbe dovuto consegnare la merce al vettore marittimo nel porto di partenza sia andato distrutto a causa del crollo di un viadotto autostradale.

Di tali eventi il creditore risponderebbe certamente se fosse stato costituito in mora, in quanto in tale eventualità egli assume il rischio del caso fortuito (art. 1207, comma 1° c.c.). Senonché, l'impossibilità della prestazione derivante da cause riconducibili alla sfera della cooperazione (*id est*, sfera giuridica del creditore) si differenzia dalla *mora accipiendi* proprio perché nel momento in cui si verifica il creditore non ha offerto la prestazione. La responsabilità assoluta — vale a dire, estesa al fortuito — del creditore costituito in mora ha la funzione di promuovere gli investimenti finalizzati ad attuare il rapporto ⁽⁶¹⁾. Se dopo averli compiuti risultasse privo di tutela, il debitore sarebbe riluttante a sostenerli; per questo, quando offrendo la prestazione egli dimostra di essere pronto ad adempiere il creditore risponde di tutti gli eventi che abbiano reso la prestazione impossibile, ivi compresi quelli estranei alla sua sfera di organizzazione e controllo. Come osserva una non recente dottrina, è l'«adempimento virtuale» del debitore, quale risulta dall'offerta della prestazione, il fattore che giustifica l'assunzione del rischio del caso fortuito ⁽⁶²⁾.

Se invece la prestazione diviene impossibile quando non è stata effettuata la costituzione in mora, in quanto l'offerta della prestazione non è ancora avvenuta, il creditore non assume il rischio del caso fortuito. Qui non si tratta di salvaguardare e promuovere gli investimenti compiuti dal debitore per mettersi in condizione di adempiere, perché in assenza dell'offerta non risulta provato che egli abbia fatto quanto necessario per eseguire la prestazione. La responsabilità del creditore, allora, non è estesa al fortuito, e il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione si distribuisce su entrambe le parti del

(61) Lo si è osservato *supra*, cap, I, § 13.

(62) Cfr. BELLINI, *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1921, p. 42 s.

rapporto in applicazione dell'art. 1463 c.c. Il creditore perde gli investimenti fatti per ricevere la prestazione, mentre il debitore — oltre a non ottenere il guadagno atteso — non viene compensato dei costi sostenuti per eseguire la prestazione divenuta impossibile. Oltre che conforme al diritto positivo, la soluzione risulta essere il più delle volte economicamente efficiente, in quanto il debitore, come vedremo, si trova spesso nella posizione più favorevole per ammortizzare il rischio che una sopravvenienza renda la prestazione impossibile ⁽⁶³⁾.

A maggior ragione, l'impossibilità sopravvenuta conseguente al difetto di cooperazione non sembra poter essere equiparata alla situazione in cui il creditore abbia ricevuto la prestazione, ma non abbia potuto utilizzarla per un fatto estraneo alla sua sfera di controllo. Certo, il conduttore deve pagare il canone anche se dopo aver ricevuto la consegna della casa presa in locazione per trascorrervi le vacanze estive non può utilizzarla a causa di una patologia che rende necessario un ricovero ospedaliero. La stabilità dell'assetto patrimoniale che consegue all'adempimento dell'obbligazione risponde alla necessità di salvaguardare l'affidamento del debitore che ha regolarmente eseguito la prestazione. Un'analoga esigenza di protezione dell'affidamento non si riscontra, invece, quando il debitore della prestazione divenuta impossibile non ha adempiuto l'obbligazione, né ha dimostrato tramite l'offerta di essere pronto ad adempiere.

I criteri indicati, infine, sembrano idonei a rappresentare lo stato del diritto applicato in modo attendibile, ancorché non del tutto congruente.

Il creditore, si è sostenuto, è responsabile quando l'impossibilità della prestazione deriva da eventi non ascrivibili a sua colpa, ma interni alla sua sfera di organizzazione e controllo. Ne discende che il committente viene ritenuto responsabile per il ritardo con cui effettua la consegna dei lavori sebbene esso non sia ascrivibile a una sua negligenza, ma dipenda dalla condotta degli appaltatori impegnati nella realizzazione di precedenti fasi dell'opera ⁽⁶⁴⁾. D'altra parte, il compratore di un manufatto destinato ad essere collocato nella sua azienda a seguito di un ampliamento dei locali è tenuto a pagare il corrispettivo nonostante non abbia potuto ricevere il bene per il rifiuto della pubblica amministrazione di autorizzare l'intervento di ristruttura-

(63) V., *infra*, §§ 11, 12.

(64) Lodo arb. 8 agosto 1985, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1986, 1313.

zione (65). Non assume alcuna rilevanza ai fini della decisione la circostanza che il rifiuto di accordare l'autorizzazione opposto dalla pubblica amministrazione fosse effettivamente giustificato, risultando in tal caso evidente la negligenza del compratore: quest'ultimo viene condannato a pagare il prezzo in quanto l'impossibilità di ricevere la prestazione dipende da un fattore interno alla sua sfera organizzativa.

Si è poi affermato che il creditore risponde degli eventi interni al rischio tipico dell'attività esercitata. In ottemperanza a tale criterio, il *tour operator* sarebbe ugualmente tenuto a pagare il corrispettivo dei servizi predisposti dall'operatore turistico locale e non fruiti dai suoi clienti in conseguenza della forte mareggiata che impedisce l'approdo della nave: certamente, l'eventualità che la nave non possa entrare nel porto a causa delle avverse condizioni del mare costituisce uno dei rischi tipicamente inerenti all'attività di organizzazione di crociere. Come si è ricordato, una sentenza di merito ha adottato la soluzione opposta, rigettando la domanda con cui l'operatore turistico locale aveva chiesto la condanna dell'organizzatore della crociera a pagare il corrispettivo pattuito (66): sotto questo profilo, la soluzione non appare condivisibile.

Si è ancora sostenuto che quando l'evento che ha reso la prestazione impossibile risulta estraneo alla sfera di controllo del creditore e al rischio tipico dell'attività esercitata subentra un criterio di responsabilità sostanzialmente incentrato sulla colpa. Il creditore risponde

(65) Cfr. Cass. 9 novembre 1994, n. 9304, in *Contratti*, 1995, 170. In motivazione, la soluzione viene argomentata escludendo che nella fattispecie la prestazione sia divenuta impossibile: si osserva, infatti, che il rifiuto di concedere l'autorizzazione opposto dall'autorità amministrativa non preclude la consegna del manufatto, ma solo la sua utilizzazione da parte del compratore. Se è vero che l'argomentazione risulta incentrata sulla dimensione dell'impossibilità della prestazione, e non su quella dell'imputabilità della sopravvenienza, la *ratio decidendi* sostanziale della sentenza risiede nel fatto che il diniego dell'autorizzazione incide specificamente sull'azienda del compratore. È probabile che il giudice sarebbe pervenuto ad una conclusione diversa qualora l'impossibilità di ricevere la consegna del bene fosse stata dovuta ad una sopravvenienza estranea alla sfera organizzativa del compratore, come l'incendio dell'edificio dove l'azienda era situata dovuto a caso fortuito o al fatto di un terzo. Non solo. Concludendo il contratto prima di aver ottenuto l'autorizzazione ad ampliare i locali, il compratore aveva assunto il rischio che l'amministrazione competente rifiutasse l'emissione del provvedimento: rischio che certamente era in grado di valutare meglio del venditore. Se fosse stato liberato dal pagamento del prezzo, il rischio da lui volontariamente assunto sarebbe stato trasferito sulla controparte.

(66) Cfr. Trib. Milano 10 aprile 1989, cit.

delle sopravvenienze che avrebbe potuto ragionevolmente prevedere ed evitare; la sua condotta viene valutata sulla base di uno *standard* oggettivo di diligenza che assume a riferimento il contratto e le informazioni di cui egli dispone.

Il turista, dunque, non può essere ritenuto responsabile quando non può fruire del servizio a causa dell'improvvisa morte del coniuge o del manifestarsi di una patologia imprevedibile nel momento in cui ha concluso il contratto ⁽⁶⁷⁾, né risponde per il rifiuto di ricevere la prestazione dovuto ad un evento catastrofico ⁽⁶⁸⁾ o a una violenta epidemia ⁽⁶⁹⁾ che hanno improvvisamente funestato la meta del viaggio. Il viaggiatore, invece, resta obbligato a pagare il corrispettivo se non può partire a causa della progressione di una patologia già diagnosticata al momento della conclusione del contratto ⁽⁷⁰⁾; una conclusione analoga risulterebbe giustificata, a nostro avviso, qualora il turista non potesse fruire del servizio per l'insorgere di una patologia prevedibile in quanto endemica (sindrome influenzale) o evitabile ricorrendo alla vaccinazione (morbillo).

In sintonia con il criterio indicato, il committente pubblico viene ritenuto responsabile per la sospensione dei lavori conseguente alla sopravvenuta conoscenza di fatti prevedibili: è il caso del ritrovamento di reperti archeologici la cui presenza avrebbe potuto essere preventivamente ravvisata indagando le caratteristiche del sottosuolo ⁽⁷¹⁾. La stazione appaltante non risponde, invece, della sospensione derivante dal verificarsi di eventi affatto imprevedibili: è quanto accade quando risulta accertato che i reperti archeologici non avrebbero potuto essere identificati con un'indagine preventiva ⁽⁷²⁾, o nell'ipotesi in cui la sospensione sia dovuta a un provvedimento di un ente pubblico terzo rispetto al contratto di appalto — come il comune nel territorio del

(67) Cfr. Cass. 10 luglio 2018, n. 18047, cit.; Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.; G.d.P. Pozzuoli 3 maggio 2010, cit.

(68) Cfr. Trib. Genova 3 marzo 2007, cit.

(69) Cfr. Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

(70) Cfr. App. Milano 1° marzo 1996, cit.

(71) Cfr. Cass. 24 novembre 2017, n. 28160, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «contratti pubblici», n. 830. Per ulteriori riferimenti a casi giurisprudenziali nel contesto dei quali il committente pubblico è stato ritenuto responsabile per la sospensione dei lavori dovuta a circostanze prevedibili o evitabili v., *infra*, § 9, lett. b).

(72) Cfr. Cass. 14 giugno 2018, n. 15700, in *Foro it.*, Rep. 2018, v. «contratti pubblici», n. 49; Cass. 17 febbraio 2014, n. 3670, *ivi*, Rep. 2014, v. «contratti pubblici», n. 1041; Cass. 14 maggio 2005, n. 10133, *ivi*, Rep. 2005, v. «opere pubbliche», n. 592.

quale vengono eseguiti i lavori — non prevedibile dal committente al momento della sua conclusione ⁽⁷³⁾.

7. *Come tutelare l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere: itinerari diversi per una stessa destinazione.* — Veniamo, ora, ai rimedi attivabili dal debitore. Quando, sulla base dei criteri indicati, l'impossibilità della prestazione è imputabile al creditore, il debitore merita di essere collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato qualora il contratto fosse stato eseguito. Se gli interpreti concordano sulla necessità di accordare piena tutela all'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere, tale risultato viene giustificato sulla base di itinerari diversi. Tutte le soluzioni prospettate in dottrina trovano un qualche riscontro nel diritto applicato.

In base a una prima opinione, quando la prestazione diviene impossibile per causa imputabile al creditore il contratto si risolverebbe per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) e il debitore potrebbe ottenere il risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo ⁽⁷⁴⁾. In quest'ottica, la risoluzione del contratto *ex art. 1463 c.c.* consegue al verificarsi di quella medesima impossibilità sopravvenuta della prestazione che giustifica l'estinzione dell'obbligazione (art. 1256 c.c.): è sufficiente che l'evento impeditivo non sia imputabile al debitore, il contratto potendosi risolvere per impossibilità sopravvenuta anche quando la stessa è ascrivibile al creditore.

La tesi si apprezza per l'adozione di una nozione uniforme di impossibilità sopravvenuta, che accomuna l'obbligazione e il contratto; è tuttavia singolare che la risoluzione *ex art. 1463* sia accompagnata dal risarcimento del danno, così come è anomalo ⁽⁷⁵⁾ — ma a ben vedere non vi è differenza — che sia accordato al debitore un risarcimento in assenza di inadempimento. Se la risoluzione del contratto non consegue all'inadempimento di una obbligazione, ma all'impossibilità della prestazione non imputabile al debitore, è difficile spiegare la condanna del

(73) Cfr. Cass. 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, 557.

(74) Cfr. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore*, cit., p. 98 ss.; ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, cit., p. 218 ss.; ID., «Guerra del golfo» ed embargo internazionale, cit., p. 130 ss.; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano, 1955, p. 215, nt. 25; ID., *Questioni in materia di impossibilità*, cit., p. 78 s.

(75) L'aggettivo è di LUMINOSO, in LUMINOSO, CARNEVALI, COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 153.

creditore a risarcire il danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio.

La soluzione viene adottata da alcune sentenze di merito chiamate a decidere sulle controversie conseguenti all'*embargo* con cui l'ONU ha sanzionato l'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq⁽⁷⁶⁾. Stante l'impossibilità di adempiere le obbligazioni assunte nei confronti dello stato invasore da parte di alcuni imprenditori italiani, si ritiene che i relativi contratti si siano risolti per impossibilità sopravvenuta, e che ai debitori spetti il risarcimento del danno subito a causa della mancata attuazione del rapporto. Per giustificare la condanna al risarcimento del danno, tuttavia, si osserva che il creditore al quale è imputabile l'impossibilità della prestazione risponde verso l'altro contraente «analogamente a quanto si verifica in tema di inadempimento»⁽⁷⁷⁾. Affiora chiaramente la consapevolezza del fatto che l'impossibilità della prestazione, in sé e per sé considerata, giustifica la risoluzione del contratto, ma non il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio.

Una seconda soluzione prospettata in dottrina si fonda sull'applicazione analogica della disposizione che imputa al creditore costituito in mora il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore (art. 1207, comma 1° c.c.)⁽⁷⁸⁾. Sulla base di essa si ritiene che il contratto non si risolva e che

(76) Cfr. Trib. Udine 13 luglio 1998, cit.; Trib. Genova 11 luglio 1996, cit.

(77) Così la motivazione di Trib. Genova 11 luglio 1996, cit.; la medesima espressione si rinviene, con una minima variazione lessicale, nella motivazione di Trib. Udine 13 luglio 1998, cit.

(78) Cfr. PONTECORVO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007, p. 41 ss.; PICARO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., p. 282 ss.; DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2003, p. 51; CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 118 ss.; ID., *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore*, cit., p. 558 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 70 ss.; CHESSA, *La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *CeI*, 1991, pp. 528, 534 s.; LUMINOSO, in LUMINOSO, CARNEVALI, COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 152 ss. Sulla stessa linea v. anche CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 332 s., il quale da un lato ritiene che la soluzione del problema non debba essere necessariamente unitaria, potendo il contratto risolversi per inadempimento quando «la cooperazione del creditore sia qualificabile come vero e proprio obbligo contrattuale (e non solo come onere)»; dall'altro osserva che l'applicazione dell'art. 1207, comma 1° c.c. si giustifica piuttosto sulla base di un argomento *a maiori ad minus*, potendosi affermare che «se è posta a carico del creditore [costituito in mora] l'impossibilità sopravvenuta

il debitore possa esigere il pagamento del corrispettivo; per evitare che ne consegua un arricchimento ingiustificato, dal corrispettivo vengono detratte le spese risparmiate e i guadagni alternativi ottenuti grazie all'impossibilità della prestazione.

In quest'ottica, il contratto si risolve *ex art. 1463 c.c.* solo se l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non è imputabile al debitore né al creditore: la nozione di impossibilità sopravvenuta che governa la risoluzione del contratto è più circoscritta di quella rilevante ai fini della liberazione del debitore (art. 1256 c.c.). D'altra parte, se il creditore è tenuto a pagare il corrispettivo pattuito, e non un risarcimento, è difficile giustificare — in assenza di un puntuale riferimento normativo, come quello rinvenibile nel § 326 BGB — la detrazione delle spese sostenute e dei guadagni alternativi ottenuti: ciò che invece appare maggiormente coerente con l'ipotesi che si tratti di un debito risarcitorio. Non manca un qualche riscontro applicativo: si è infatti ritenuto che l'appaltatore impossibilitato ad adempiere a causa del comportamento non cooperativo del committente sia legittimato a esigere il pagamento del prezzo ⁽⁷⁹⁾.

Si delinea poi un terzo orientamento, in base al quale il debitore impossibilitato ad adempiere potrebbe conseguire la risoluzione del contratto per inadempimento e il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio (art. 1453 c.c.) ⁽⁸⁰⁾.

Talvolta il creditore si obbliga a prestare la cooperazione necessaria perché la prestazione possa essere eseguita; non vi è dubbio, allora, che l'inadempimento di tale obbligazione giustifichi la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno ⁽⁸¹⁾. Tuttavia, anche quando il

anche se essa è causata dal fortuito, a maggior ragione deve essere posta a carico del creditore quell'impossibilità che è a lui imputabile» in quanto riconducibile alla sua sfera di organizzazione e controllo.

(79) Cfr. Cass. 1° settembre 2011, n. 18002, in *Foro it.*, 2012, I, 1857: «qualora l'opera pubblica risulti non realizzabile per errori o carenze progettuali, che l'amministrazione appaltante non provveda ad eliminare, l'impossibilità dell'esecuzione dell'opera stessa da parte dell'appaltatore non determina la nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto, ma integra un'ipotesi di *mora credendi*, le cui conseguenze sono quelle di cui all'art. 1207 c.c.». Sulla stessa linea, sebbene in termini meno espliciti, si colloca Cass. 22 novembre 2013, n. 26260, in *Foro it.*, Rep. 2013, v. «appalto», n. 28.

(80) Cfr. C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 107 ss.; STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 204 ss. Per una valutazione critica di tale soluzione v. SANTORO, *Crisi del Golfo e impossibilità sopravvenuta dovuta a fatto del creditore*, in *CeI*, 1991, p. 513 s.

(81) Cfr. STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., pp. 203-207.

creditore non si impegna espressamente a cooperare all'adempimento sussiste a suo carico un «obbligo di conservare la possibilità della prestazione»⁽⁸²⁾ il cui adempimento è necessario per preservare l'interesse del debitore ad ottenere l'attuazione dello scambio. In ultima analisi, l'obbligo di «conservare la possibilità della prestazione» — che trova il suo fondamento nel precetto di buona fede (art. 1375 c.c.) — è funzionale a preservare il diritto del debitore di (eseguire la prestazione dovuta, ed) ottenere il pagamento del corrispettivo⁽⁸³⁾.

Siccome tale obbligazione avrebbe carattere accessorio, la sua violazione, in sé e per sé considerata, non giustificerebbe il risarcimento del danno: qualora la prestazione permanga possibile, e il debitore la esegua con ritardo a causa del difetto di cooperazione, il creditore non potrebbe essere condannato a risarcire il danno conseguente alla dilatazione del rapporto. La medesima violazione — quella dell'obbligo secondario di conservare la possibilità di eseguire la prestazione — risulterebbe invece rilevante sul piano applicativo quando comporta l'impossibilità della prestazione⁽⁸⁴⁾. Il debitore, infatti, potrebbe esigere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva o, in alternativa, la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno sciogliendo l'alternativa delineata dall'art. 1453 c.c.⁽⁸⁵⁾.

Anche tale opinione non ha mancato di suscitare obiezioni. L'oggetto dell'obbligazione accessoria di conservare la possibilità di eseguire la prestazione sarebbe sostanzialmente indistinguibile dalla cooperazione funzionale all'adempimento⁽⁸⁶⁾. Secondo la dottrina prevalente, tuttavia, la cooperazione non costituisce materia di un obbligo, ma piuttosto di un onere, al quale il creditore ottempera nell'interesse proprio⁽⁸⁷⁾. Sulla base delle due premesse, si ritiene che la risoluzione per inadempimento sia priva di un idoneo fondamento giustificativo⁽⁸⁸⁾.

Si osserva, poi, che ammettendo la legittimazione ad invocare il

(82) Così STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 208. Sul punto v. anche C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 107 ss.

(83) Cfr. STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 227 ss.

(84) Cfr. STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., pp. 208 s., 212.

(85) Cfr. STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 336 s.

(86) Cfr. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore* cit., p. 101 s.

(87) V., *supra*, cap. I, § 12.

(88) Cfr. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, in FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, cit., p. 735 s.; ID., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, cit., p. 222.

rimedio in conseguenza di un comportamento tale da precludere al debitore di eseguire la prestazione (ed esigere il pagamento del corrispettivo) si opera una differenziazione tra inadempimento del contratto e inadempimento delle obbligazioni che ne derivano. Il creditore che rende la prestazione impossibile sarebbe esposto alla risoluzione del contratto e al risarcimento del danno senza che possa essergli ascritto l'inadempimento di alcuna obbligazione. Se questa prospettiva è in sintonia con quella dei sistemi anglosassoni — in cui i *remedies for breach of contract* reagiscono alla violazione del contratto piuttosto che all'inadempimento delle relative obbligazioni — non sarebbe invece compatibile con il diritto italiano. Nel nostro contesto il fondamento della risoluzione (art. 1453 c.c.) coincide con quello del risarcimento del danno contrattuale (art. 1218 c.c.) e si identifica con l'inadempimento di un'obbligazione, che non sarebbe ravvisabile nella condotta con cui il creditore determina l'impossibilità sopravvenuta della prestazione ⁽⁸⁹⁾.

8. *In particolare, la risoluzione per inadempimento e il risarcimento del danno.* — La preferenza per una delle soluzioni sintetizzate nel paragrafo precedente ha una rilevanza limitata, poiché tutte sono orientate a giustificare la tutela dell'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere. È tuttavia preferibile, sia pure con alcune necessarie precisazioni, l'opinione in base alla quale dall'impossibilità della prestazione imputabile al creditore discendono la risoluzione del contratto per inadempimento e il risarcimento del danno (art. 1453 c.c.). Se un lato essa appare basata su un solido fondamento normativo, dall'altro offre alla produzione giurisprudenziale un inquadramento adeguato; non presenta, poi, gli inconvenienti che sono riscontrabili nelle altre ricostruzioni appena esaminate.

Ad entrambe le parti di un contratto a prestazioni corrispettive è imputabile l'obbligazione di non tenere comportamenti incompatibili con l'attuazione dello scambio. Il fondamento di tale obbligazione risiede nel precetto di buona fede (art. 1375 c.c.), che integra gli effetti del contratto (art. 1374 c.c.). Esso obbliga i contraenti a tenere i comportamenti necessari perché le prestazioni dovute soddisfino gli interessi delle rispettive controparti (c.d. obblighi di protezione); a

(89) Sul punto v. ancora ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, in Franzoni (a cura di), *Le obbligazioni*, cit., p. 736; ID., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, cit., p. 223.

maggior ragione, impone alle parti di non tenere una condotta tale da precludere l'esecuzione delle prestazioni espressamente pattuite. Se questo è vero, il creditore è obbligato a non tenere comportamenti tali da impedire l'adempimento, mentre prima che la prestazione divenga esigibile il debitore deve astenersi da condotte incompatibili con la sua esecuzione. La risoluzione conseguente all'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la risoluzione per inadempimento anticipato⁽⁹⁰⁾ si fondano, dunque, sulla medesima obbligazione, riconducibile al precetto di buona fede⁽⁹¹⁾: quella che impone alle parti di non tenere comportamenti incompatibili con l'attuazione dello scambio.

Se si condivide tale premessa, non si riscontra alcuna incompatibilità con la prospettiva adottata dalla legislazione italiana, che riconduce tanto il risarcimento (art. 1218 c.c.), quanto la risoluzione (art. 1453 c.c.) all'inadempimento delle obbligazioni piuttosto che alla violazione del contratto. Se certamente la risoluzione del contratto conseguente all'impossibilità della prestazione imputabile al creditore reagisce alla mancata attuazione del sinallagma, essa si fonda sull'inadempimento di un'obbligazione ricavabile per via di integrazione legale dal principio di buona fede. L'oggetto di tale obbligazione non si identifica con la cooperazione necessaria per l'adempimento, tanto è vero che la responsabilità del creditore può discendere da comportamenti tenuti prima che possa ricevere la prestazione o cooperare alla sua esecuzione. È quanto si osserva nella vicenda dell'*embargo* irakeno, che vede lo stato aggressore, nonché creditore delle forniture, violare l'obbligazione di non tenere comportamenti incompatibili con l'attuazione dello scambio, e cagionare l'impossibilità delle prestazioni a lui dovute, ben prima che le medesime prestazioni possano essere eseguite e che si configuri la necessità di cooperare all'adempimento.

(90) In relazione alla quale ci limitiamo, qui, a ricordare i contributi monografici di VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013 e PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, oltre al recente saggio di PERTOT, *Inadempimento anticipato fra realtà italiana e prospettiva europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 956.

(91) Per un riscontro comparatistico relativo alla risoluzione per inadempimento anticipato, cfr. FARNSWORTH, *Contracts*⁴, New York, 2004, p. 583, nt. 8: dopo aver ricordato le parole di Learned Hand — che ritiene sussistere a carico di entrambe le parti del contratto di vendita un'obbligazione di non compromettere l'aspettativa della controparte di ricevere la prestazione, nella specie violata dalla dichiarazione anticipata di non voler adempiere (*Equitable Trust Co. v. Western Pac. Ry.*, 244 F 485, 502) — l'autore osserva che oggi tale affermazione «might be paraphrased by saying that a repudiation is a breach of the duty of good faith».

In precedenza, si è sostenuto che la qualificazione della cooperazione come oggetto di obbligo piuttosto che di onere non è decisiva ai fini dell'individuazione dei rimedi attivabili dal debitore e della definizione del loro regime giuridico ⁽⁹²⁾. Da questa angolazione, l'opinione permane attendibile: anche chi esclude che il creditore sia obbligato a cooperare può riconoscere che sussista a suo carico l'obbligazione di non tenere comportamenti incompatibili con l'attuazione dello scambio, tale obbligazione potendo essere violata prima che si configuri la necessità di contribuire all'adempimento dell'obbligazione.

Riteniamo, tuttavia, che l'obbligazione di non tenere una condotta incompatibile con l'attuazione dello scambio non possa essere qualificata come secondaria, o accessoria, ma abbia piena rilevanza sotto il profilo risarcitorio. La distinzione tra obbligazioni principali e secondarie ha un retroterra dottrinale, ma non trova riscontro nel dato normativo e appare disattesa dalla giurisprudenza. Il creditore, dunque, è obbligato a risarcire il danno sebbene il suo comportamento non abbia reso definitivamente impossibile l'esecuzione della prestazione: anche l'impossibilità temporanea della prestazione o la sua maggiore onerosità, purché imputabili al creditore, possono giustificare la sua condanna a risarcire il danno, che potrà essere preteso dal debitore in aggiunta al corrispettivo.

Se invece con il proprio comportamento il creditore ha reso la prestazione definitivamente impossibile, è da ritenere che il debitore possa ottenere solo la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, essendogli precluso l'esercizio di un'azione di adempimento avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo ⁽⁹³⁾. E questo non perché il creditore possa contrastare tale ipotetica azione opponendo un'eccezione di inadempimento, che sarebbe evidentemente contraria a buona fede (art. 1460 c.c.), ma perché la tutela accordata al debitore presuppone l'impossibilità di attuare lo scambio. La risoluzione, allora, sembra essere l'unico esito praticabile del conflitto innescato dal comportamento del creditore.

Come risulta dalla casistica giurisprudenziale ⁽⁹⁴⁾, la prestazione divenuta impossibile a causa del fatto del creditore consiste spesso nella realizzazione di un'opera o nella fornitura di un servizio; su questo

(92) V., *supra*, cap. I, § 13.

(93) Nello stesso senso si esprime C. DORE jr., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 116.

(94) In relazione alla quale v., *infra*, §§ 9, 10.

terreno, l'impossibilità della prestazione permette al debitore di risparmiare costi che avrebbe altrimenti sostenuto per adempiere l'obbligazione. Se il debitore fosse legittimato ad esigere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva sarebbe necessario, per evitare un suo indebito arricchimento, ammettere la detrazione dei costi risparmiati e dei guadagni eventualmente ottenuti. Un correttivo che si inquadra perfettamente nella prospettiva del binomio risoluzione-risarcimento, mentre appare difficilmente giustificabile nell'ottica dell'azione di adempimento.

È appena il caso di aggiungere che — analogamente a quanto accade a seguito della costituzione in mora ⁽⁹⁵⁾ — quando l'impossibilità della prestazione imputabile al creditore, originariamente temporanea, si prolunga fino a divenire definitiva, il sinallagma, in un primo tempo sospeso, diviene definitivamente inattuabile e il contratto si risolve. L'impossibilità della prestazione diviene definitiva quando, ai sensi dell'art. 1256, comma 2° c.c., «il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla»: il criterio, quanto meno in questo contesto, si identifica con quello della non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), essendo necessario che l'interesse del debitore ad ottenere l'attuazione dello scambio sia stato gravemente compromesso.

Quando l'impossibilità della prestazione, inizialmente temporanea, diviene definitiva, il debitore — oltre ad ottenere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio — merita di essere compensato per i pregiudizi conseguenti alla dilatazione del rapporto. La responsabilità del creditore per il protrarsi del vincolo è funzionalmente analoga a quella prevista a suo carico dall'art. 1207, comma 2° c.c., fermo restando che l'impossibilità della prestazione ne preclude la costituzione in mora.

9. *Riscontri giurisprudenziali; la risoluzione dell'appalto pubblico per l'inadempimento del committente (con particolare riferimento alla sospensione dei lavori).* — La preferenza per il binomio risoluzione per inadempimento-risarcimento del danno viene ulteriormente avva-

(95) V., *supra*, cap. IV, § 2.

lorata dall'analisi del diritto applicato: la soluzione, infatti, trova riscontro in una porzione rilevante della produzione giurisprudenziale ⁽⁹⁶⁾.

Il contratto si risolve *ex art.* 1453 c.c. quando l'impossibilità della prestazione consegue all'inadempimento di un'obbligazione espressamente assunta dal creditore. Così, provoca la risoluzione l'inadempimento del conduttore, che, in violazione del contratto, abbia trascurato di apportare all'immobile preso in locazione le modifiche necessarie per il mutamento della sua destinazione, determinandone la requisizione ad opera della Pubblica Amministrazione ⁽⁹⁷⁾.

Alla medesima conclusione si perviene, del resto, anche quando l'impossibilità della prestazione non discende dall'inadempimento di un'obbligazione che l'accordo contrattuale pone a carico del creditore. L'orientamento — che interessa il settore dell'appalto pubblico — si afferma in primo luogo in relazione a controversie incentrate sulle carenze del progetto predisposto dal committente.

Il contratto si risolve per inadempimento quando l'opera non può essere realizzata a causa dell'incompletezza o dell'inadeguatezza del progetto esecutivo, che in base alla legislazione di settore deve essere necessariamente redatto dalla stazione appaltante. Se il progetto non può essere concretamente attuato perché difetta dei calcoli necessari per la realizzazione dell'opera, il contratto si risolve per inadempimento e il committente pubblico è obbligato a risarcire il danno subito

(96) Talvolta un esito analogo a quello che consegue alla risoluzione per inadempimento e al risarcimento del danno viene giustificato ravvisando nel comportamento del committente (*id est*, creditore di un'opera o di un servizio) un recesso discrezionale, in conseguenza del quale egli risulta obbligato a risarcire il danno derivante dallo scioglimento del rapporto (artt. 1671; 2227 c.c.). Su questa base viene condannato a risarcire il danno il committente che intima all'appaltatore di abbandonare il cantiere dopo che i lavori sono stati sospesi dalla pubblica amministrazione in quanto il progetto redatto dallo stesso committente non permette di portarli a termine in condizioni di sicurezza: cfr. Cass. 24 gennaio 1979, n. 458, per esteso in *Pluris*. In dottrina, ipotizza che la condotta con cui il committente rende impossibile l'esecuzione della prestazione possa configurare un recesso discrezionale, con il conseguente obbligo di risarcire il danno subito dall'appaltatore ai sensi degli artt. 1671, 2227 c.c., BANDIERA, *Il recesso del committente nei contratti per l'esecuzione di opere e servizi*, Cagliari, 2000, p. 204 ss. In senso conforme v. C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 117 ss.

(97) Cfr. Cass. 16 febbraio 2006, n. 3440, in *Foro it.*, Rep. 2006, v. «contratto in genere», n. 640.

dall'appaltatore ⁽⁹⁸⁾. Alla medesima conclusione si perviene quando il progetto esecutivo — che deve essere immediatamente “cantierabile”, non essendo l'appaltatore legittimato a modificarlo — presenta lacune che non vengono integrate dal committente pubblico, con la conseguenza che la realizzazione dell'opera risulta preclusa ⁽⁹⁹⁾.

Gli stessi rimedi vengono ritenuti applicabili quando il committente pubblico rifiuta di adeguare il progetto alla normativa sopravvenuta benché l'appaltatore lo abbia sollecitato a provvedere in questo senso. Il rifiuto di attuare il progetto originario opposto dal costruttore è, infatti, pienamente giustificato, in quanto l'opera inizialmente progettata, ma non ancora realizzata, lo avrebbe esposto a responsabilità, essendo essa priva dei requisiti di sicurezza richiesti dalla disciplina di settore ⁽¹⁰⁰⁾. Anche quando il contratto di appalto ha per oggetto la prestazione di un servizio pubblico, l'inerzia del committente — che non realizza le condizioni necessarie perché l'appaltatore possa intraprendere la sua attività — giustifica la risoluzione del contratto per inadempimento e il risarcimento del danno ⁽¹⁰¹⁾.

Più complessa e articolata la casistica relativa alla sospensione dei lavori disposta dal committente pubblico, e protrattasi per un periodo di tempo incompatibile con l'esecuzione del contratto. Su questo terreno, l'interprete è chiamato a realizzare una non facile integrazione tra la disciplina codicistica e la legislazione di settore, che si distacca per alcuni aspetti rilevanti dalle regole di diritto comune.

Prima di considerare nel merito le soluzioni adottate dalla giurisprudenza, occorre avvertire che quando è contenuta entro convenienti limiti di tempo la sospensione dei lavori comporta una impossibilità temporanea della prestazione, sicché non giustifica la risoluzione del contratto. In questa ipotesi, una volta venuta meno la sospensione l'appaltatore è certamente tenuto a proseguire il lavoro e a portare a termine l'opera. Si tratta di valutare, invece, se egli possa ottenere il

(98) Cfr. Cass. 18 agosto 2010, n. 18644, in *Foro pad.*, 2010, I, 707 ed in *Giust. civ.*, 2010, I, 2762.

(99) Cfr. Cass. 5 giugno 2014, n. 12698, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «contratti pubblici», n. 1080.

(100) Cfr. Cass. 29 aprile 2006, n. 10052, in *Giur. it.*, 2006, 2259.

(101) Cfr. App. Palermo 7 marzo 2016, n. 427, per esteso in *Pluris*. Nella fattispecie, il contratto aveva ad oggetto la gestione di una spiaggia pubblica, e il committente non aveva realizzato gli impianti strettamente necessari perché l'appaltatore potesse intraprendere la prestazione del servizio.

risarcimento del danno derivante dalla dilatazione del rapporto: un aspetto che sarà considerato nel prossimo paragrafo.

Ora, la disciplina di settore subordina la tutela accordata all'appaltatore a particolari requisiti procedurali: come si è anticipato ⁽¹⁰²⁾, l'appaltatore pregiudicato dalla sospensione dei lavori non è tenuto a costituire in mora il committente pubblico, ma ha l'onere di iscrivere riserve nei documenti che registrano l'attuazione del contratto redatti dallo stesso committente ⁽¹⁰³⁾.

(102) V., *supra*, cap. II, § 3.

(103) Se l'illegittimità della sospensione e i pregiudizi che ne derivano sono immediatamente evidenti, l'appaltatore ha l'onere di iscrivere le proprie riserve nel verbale di sospensione dei lavori; mentre quando la sospensione, originariamente legittima, diviene illegittima a causa della sua durata eccessiva (a sua volta dovuta all'incapacità della stazione appaltante di superare l'inconveniente che l'ha provocata) l'appaltatore è tenuto ad iscrivere la riserva nel verbale di ripresa dei lavori [cfr. Cass. 12 luglio 2016, n. 14190, in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «contratti pubblici», n. 843; Cass. 7 giugno 2016, n. 11647, per esteso in *Pluris*; Cass. 10 agosto 2007, n. 17630, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2007, 1100; Trib. Ivrea 21 agosto 2004, per esteso in *Pluris*]. Analogamente, l'appaltatore può iscrivere la riserva nel verbale di ripresa dei lavori (e non nel verbale di sospensione redatto anteriormente) quando l'illegittimità della sospensione e il danno che ne consegue divengono evidenti dopo che è stata disposta dalla stazione appaltante [Cass. 12 giugno 2008, n. 15693, in *Foro it.*, Rep. 2008, v. «contratti pubblici», n. 1216; Cass. 24 marzo 2000, n. 3525, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. «opere pubbliche», n. 561]. Se poi il committente pubblico non predispone il verbale di ripresa dei lavori, l'appaltatore è tenuto a iscrivere la riserva nel primo documento ufficiale successivamente redatto dal committente, e in ogni caso nel registro di contabilità dell'appalto (Cass. 17 dicembre 2008, n. 29494, in *Foro it.*, Rep. 2008, v. «contratti pubblici», n. 1236; Cass. 24 marzo 2000, n. 3525, cit.). Si precisa, ancora, che l'appaltatore ha l'onere di iscrivere la *riserva* quando la potenzialità dannosa della sospensione è concretamente percepibile, ancorché il danno subito non possa essere quantificato con accettabile precisione; l'oggetto della *domanda* indirizzata al committente pubblico potrà essere precisato nelle registrazioni successive o al momento della chiusura del conto finale: cfr. Cass. 28 maggio 2012, n. 8440, per esteso in *Pluris*; Cass. 10 agosto 2007, n. 17630, cit.

Peraltro, le soluzioni adottate dalle pronunce qui sintetizzate attuano la disciplina delle riserve contenuta nella legislazione previgente: cfr. artt. 12, 26 d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, *Capitolato generale d'appalto per le opere pubbliche* e artt. 16, 53, 54, 89 r.d. 25 maggio 1895, n. 350, *Regolamento per la direzione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici*.

Per la disciplina vigente, si veda l'art. 107, comma 4 del nuovo *Codice dei contratti pubblici* (d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, di seguito *cod. contr. pubbl.*), ai termini del quale «le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di

Vengono poi disciplinati, sebbene in modo incompleto, gli effetti che la sospensione produce sul regime del rapporto contrattuale. Ci si riferisce all'art. 30 del *capitolato generale d'appalto per le opere pubbliche* (d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, di seguito *cap. op. pubbl.*) e all'art. 107 del nuovo *codice dei contratti pubblici* (d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, di seguito *cod. contr. pubbl.*).

Ai fini del nostro discorso, incentrato sui rimedi accordati al debitore impossibilitato ad adempiere, è possibile trattare unitariamente delle due disposizioni. Benché abrogata, la normativa rinvenibile nel capitolato generale delle opere pubbliche costituisce tutt'ora oggetto di elaborazione giurisprudenziale, in quanto vigente al momento del verificarsi delle fattispecie portate all'attenzione del giudice di legittimità. Su di essa è modellata la disciplina, attualmente vigente, contenuta nel codice dei contratti pubblici: entrambe le disposizioni citate, infatti, operano una distinzione tra le cause che giustificano la sospensione dei lavori.

Si prevede che la misura possa essere adottata dalla stazione appaltante in presenza di «cause di forza maggiore, condizioni climatologiche» o altre «circostanze speciali» (art. 30 *cap. op. pubbl.*), parimenti non imputabili al committente e «non prevedibili al momento della stipulazione del contratto» (art. 107, comma 1 *cod. contr. pubbl.*), tali da impedire «in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte» (art. 30, comma 1° *cap. op. pubbl.*; art. 107, comma 1 *cod. contr. pubbl.*). In questa prima ipotesi, la sospensione è

ripresa dei lavori». Come risulta evidente dal confronto con la rassegna appena effettuata, la soluzione coincide con quella elaborata dalla giurisprudenza in applicazione della normativa previgente, e in particolare del *Capitolato generale d'appalto per le opere pubbliche* (d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, di seguito *cap. op. pubbl.*).

Quanto alla normativa di attuazione, si veda il d.m. infrastrutture e dei trasporti 7 marzo 2018, n. 49, il quale — in sintonia con un parere reso dal Consiglio di Stato (comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 360, in *Foro amm.*, 2018, 224) — dispone che il regime delle riserve sia integrato nel regolamento contrattuale, in quanto definito dalle stazioni appaltanti nel contesto del capitolato sottoposto all'appaltatore. Ai termini dell'art. 9 del regolamento, rubricato *contestazioni e riserve*, «il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto». Con particolare riferimento alle riserve conseguenti alla sospensione dei lavori, il regolamento si limita a riprodurre il dettato dell'art. 107, comma 4 *cod. contr. pubbl.*

Per la normativa anteriore — adottata in attuazione del previgente *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (d.lg. 12 aprile 2006, n. 163) — v. artt. 164, 190, 191 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

giustificata da eventi naturali e in ogni caso da fattori del tutto estranei alla sfera della stazione appaltante, che dunque non si trova in una posizione più favorevole di quella dell'appaltatore per gestire la sopravvenienza; dato tale presupposto, il legislatore non prevede termini massimi di durata della sospensione né accorda all'appaltatore la legittimazione a liberarsi del rapporto inattuato mediante la risoluzione. A favore dell'appaltatore si prevede solo il differimento del termine fissato per l'ultimazione dei lavori per l'intera durata della sospensione (art. 30, comma 4° *cap. op. pubbl.*)⁽¹⁰⁴⁾.

Il committente pubblico, tuttavia, può sospendere i lavori anche per «ragioni di pubblico interesse o necessità» (art. 30, comma 2° *cap. op. pubbl.*; art. 107, comma 2 *cod. contr. pubbl.*) tra le quali va annoverata, in base al codice dei contratti pubblici, «l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti» (art. 107, comma 2 *cod. contr. pubbl.*). In questa seconda fattispecie, la sospensione appare giustificata da eventi che la stazione appaltante può conoscere, controllare ed eventualmente neutralizzare più agevolmente della controparte: il committente si trova in una posizione più favorevole di quella dell'appaltatore per gestire la sopravvenienza. Si prevede, allora, che la sospensione non possa prolungarsi, nel complesso, per più di un quarto della durata prevista per l'esecuzione dei lavori e in ogni caso per più di sei mesi. Qualora la durata della sospensione ecceda i termini indicati, l'appaltatore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se il committente pubblico si oppone alla risoluzione, l'appaltatore resta vincolato al contratto e acquisisce il «diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione» oltre i termini massimi appena indicati.

La legislazione di settore non prevede che cosa accade quando, essendo la sospensione inizialmente giustificata da cause di forza maggiore o altre circostanze speciali (art. 30, comma 1° *cap. op. pubbl.*; art. 107, comma 1 *cod. contr. pubbl.*), essa si prolunga indefinitamente. Si riscontra, infatti, un'evidente asimmetria tra il primo comma delle disposizioni citate, che non prevede la risoluzione del contratto, e il secondo comma, il quale, invece, accorda all'appaltatore la facoltà di

(104) Il *Codice dei contratti pubblici* adotta una soluzione caratterizzata da maggiore elasticità: «cessate le cause della sospensione, il responsabile unico del procedimento dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale» (art. 107, comma 3).

chiederne lo scioglimento, riconoscendogli il diritto di ottenere il risarcimento del danno derivante dal prolungamento del rapporto oltre i termini massimi di sospensione se la relativa istanza non viene accolta dal committente pubblico.

Parimenti trascurata nella regolamentazione anteriore, l'ipotesi che la sospensione sia imputabile al committente pubblico — in quanto non giustificata da cause di forza maggiore o da altre sopravvenienze imprevedibili al momento della conclusione del contratto — è oggi contemplata dalla normativa di attuazione del nuovo *Codice dei contratti pubblici*. In base ad essa, il danno subito dall'appaltatore a causa della sospensione illegittima viene compensato mediante il pagamento di una penale — obbligatoriamente inserita nel contratto — che risponde a criteri volti a favorire la prevedibilità del *quantum* dovuto all'appaltatore ⁽¹⁰⁵⁾.

Ebbene, in relazione ad entrambi gli aspetti trascurati dalla legislazione di settore l'orientamento della giurisprudenza si è evoluto, nel tempo, nel senso di una progressiva sensibilità per l'esigenza di tutelare l'appaltatore impossibilitato ad adempiere. Per favorire la chiarezza dell'esposizione, gli indirizzi riscontrabili in relazione alle due fattispecie vengono ricostruiti separatamente:

a) Eccessiva durata della sospensione determinata da cause di forza maggiore o da altre «circostanze speciali».

(105) Cfr. art. 10, comma 2 d.m. 7 marzo 2018, n. 49: «Il contratto deve contenere una clausola penale nella quale il risarcimento dovuto all'esecutore nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4 dell'articolo 107 del codice sia quantificato sulla base dei seguenti criteri: *a)* i maggiori oneri per spese generali infruttifere si ottengono sottraendo all'importo contrattuale l'utile di impresa nella misura del 10 per cento e le spese generali nella misura del 15 per cento e calcolando sul risultato la percentuale del 6,5 per cento. Tale risultato va diviso per il tempo contrattuale e moltiplicato per i giorni di sospensione e costituisce il limite massimo previsto per il risarcimento quantificato sulla base del criterio di cui alla presente lettera; *b)* la lesione dell'utile è riconosciuta coincidente con la ritardata percezione dell'utile di impresa, nella misura pari agli interessi legali di mora di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *e)* del decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231 computati sulla percentuale del dieci per cento, rapportata alla durata dell'illegittima sospensione; *c)* il mancato ammortamento e le retribuzioni inutilmente corrisposte sono riferiti rispettivamente al valore reale, all'atto della sospensione, dei macchinari esistenti in cantiere e alla consistenza della mano d'opera accertati dal direttore dei lavori; *d)* la determinazione dell'ammortamento avviene sulla base dei coefficienti annui fissati dalle vigenti norme fiscali». Il fondamento normativo della disposizione si rinviene nell'art. 10, comma 7 *cod. contr. pubbl.*

In un primo momento si è ritenuto che quando la sospensione viene legittimamente disposta per cause di forza maggiore o altre «circostanze speciali» l'appaltatore non possa ottenere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno ⁽¹⁰⁶⁾. Il giudice non sarebbe legittimato ad individuare un termine scaduto il quale l'appaltatore può liberarsi del rapporto inattuato. D'altra parte, una volta cessata la sospensione legittimamente disposta per cause di forza maggiore l'appaltatore sarebbe obbligato a riprendere il lavoro, in quanto resterebbe indefinitamente vincolato al contratto ⁽¹⁰⁷⁾; qualora a seguito della revoca della sospensione non abbia ripreso l'esecuzione dei lavori, per quanto la pausa si sia prolungata nel tempo, egli dovrebbe essere considerato inadempiente. Se poi l'appaltatore dichiara di voler sciogliere il contratto "sospeso" e il committente pubblico acconsente, il rapporto si risolve, ma per mutuo consenso: lo scioglimento consensuale del contratto escluderebbe la legittimazione dell'appaltatore ad ottenere il risarcimento del danno, sanando l'illegittimità della sospensione precedentemente disposta dalla stazione appaltante ⁽¹⁰⁸⁾.

In una seconda fase dell'evoluzione giurisprudenziale si ammette invece che il contratto si risolva quando la durata della sospensione determinata da cause di forza maggiore o da altre «circostanze speciali» è incompatibile con la permanenza del vincolo. In una isolata occasione si è ritenuto che il contratto si sia risolto per impossibilità sopravvenuta, con il conseguente rigetto dell'azione di risarcimento esercitata dall'appaltatore ⁽¹⁰⁹⁾. Più spesso, invece, viene accolta la domanda con cui l'appaltatore chiede la risoluzione per inadempimento e il risarci-

(106) Cfr. Cass. 28 marzo 2001, n. 4463, in *Contratti*, 2001, 1134, con nota di ADDANTE, *In tema di equo compenso a favore dell'appaltatore*.

(107) Affermano che l'appaltatore non può abbandonare unilateralmente il cantiere Cass. 11 giugno 2004, n. 11082, in *Arch. civ.*, 2004, 1151 e Cass. 21 dicembre 2002, n. 18224, in *Foro it.*, Rep. 2002, v. «opere pubbliche», n. 616.

(108) Cfr. Cass. 15 settembre 2000, n. 12178, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. «opere pubbliche», n. 621. Esclude la risoluzione del contratto per inadempimento anche Cass. 8 giugno 2007, n. 13509, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «contratti pubblici», n. 1428, che tuttavia condanna il committente pubblico a risarcire il danno derivante dalla sospensione: come risulta dalla motivazione, quest'ultima era stata determinata da una situazione preesistente alla conclusione del contratto, facilmente accertabile dalla stazione appaltante.

(109) Cfr. Cass. 2 ottobre 2014, n. 20811, in *Foro it.*, Rep. 2014, v. «contratto in genere», n. 453. Nella fattispecie, la sospensione era stata determinata dalla scoperta di un vincolo archeologico, imposto dalla competente sovrintendenza, che il committente pubblico non era in grado di conoscere al momento della conclusione del contratto.

mento del danno nonostante il fatto che (o a prescindere dal fatto che) la sospensione protrattasi per un periodo di tempo incompatibile con l'attuazione del rapporto sia dovuta a cause di forza maggiore o ad altre circostanze non imputabili al committente. In altri termini, il semplice fatto che il committente pubblico non abbia trovato il modo di neutralizzare la sopravvenienza assicurando le condizioni per la prosecuzione dei lavori giustifica la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno.

Il fondamento di tale soluzione risiede nel postulato che vuole l'appalto pubblico interamente assoggettato al controllo della pubblica amministrazione. Quest'ultima è responsabile se non riesce ad assicurare le condizioni che permettono la prosecuzione dei lavori, mentre l'appaltatore non può ritenersi automaticamente liberato dalle sue obbligazioni come avverrebbe se il contratto si risolvesse per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.). Il protrarsi della sospensione — ancorché determinata da cause non imputabili al committente — costituisce, dunque, inadempimento di una obbligazione: quella di neutralizzare gli impedimenti che precludono la realizzazione dell'opera.

Viene così riconosciuto all'appaltatore il diritto di conseguire la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno quando la sospensione — protrattasi per un periodo di tempo incompatibile con l'attuazione del rapporto — è stata determinata da fattori eterogenei quali l'occupazione abusiva dell'immobile in corso di costruzione ⁽¹¹⁰⁾, il ritrovamento di reperti archeologici nel sottosuolo ⁽¹¹¹⁾, l'instabilità di un edificio attiguo all'area dove si svolgono i lavori ⁽¹¹²⁾.

b) Sospensione illegittima in quanto non giustificata dalla normativa di settore

L'appaltatore può conseguire la risoluzione del contratto per inadempimento e il risarcimento del danno anche quando la sospensione dei lavori è illegittima in quanto non giustificata dalla normativa di settore (art. 30 *cap. op. pubbl.*; art. 107 *cod. contr. pubbl.*): è quanto avviene quando le cause che determinano la sospensione avrebbero

(110) Cfr. Cass. 10 febbraio 2017, n. 3611, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «contratti pubblici», n. 829.

(111) Cfr. Cass. 5 febbraio 2016, n. 2316, in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «contratti pubblici», n. 841; Cass. 10 maggio 2005, n. 9795, *ivi*, Rep. 2005, v. «opere pubbliche», n. 589.

(112) Cfr. Cass. 5 giugno 2009, n. 12980, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1987.

potuto essere previste o evitate dal committente pubblico, oppure vengono meno senza che lo stesso ordini tempestivamente la ripresa dei lavori.

Il contratto di appalto si risolve per inadempimento quando la sospensione è dovuta alla necessità di apportare al progetto varianti che discendono da circostanze preventivamente accertabili⁽¹¹³⁾ o al ritrovamento di reperti archeologici che avrebbero potuto essere individuati indagando le caratteristiche del sottosuolo⁽¹¹⁴⁾. Alla medesima conclusione si perviene quando le cause di forza maggiore o le ragioni di pubblico interesse dedotte dalla stazione appaltante si rivelano insistenti o vengono meno senza che la sospensione sia stata tempestivamente revocata⁽¹¹⁵⁾.

Dal quadro appena delineato si ricava che quando la sospensione è determinata da una circostanza esterna alla sfera di controllo del committente pubblico — come nel caso dei reperti archeologici rinvenibili nel sottosuolo — i criteri della prevedibilità ed evitabilità acquisiscono un ruolo decisivo: se la causa della sospensione è prevedibile ed evitabile dal committente, l'appaltatore può liberarsi ottenendo la risoluzione del contratto per inadempimento e conseguire il risarcimento del danno.

Il giudice adotta uno *standard* oggettivo di diligenza, calibrato sulla posizione e sulle prerogative del committente pubblico. Il regime di responsabilità applicabile a quest'ultimo riflette quello già delineato in termini generali⁽¹¹⁶⁾: il committente è responsabile per tutti gli impedimenti afferenti alla sua sfera di organizzazione e controllo, mentre quelli estranei gli sono imputabili solo in quanto prevedibili ed evitabili. Quando l'impossibilità della prestazione matura al di fuori della sua sfera organizzativa, il creditore risponde sulla base di uno *standard* oggettivo di diligenza, modellato sulla fisionomia del rapporto contrattuale e sulla posizione che agli assume al suo interno.

(113) Cfr. Cass. 16 giugno 2010, n. 14574, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1855 ed in *Foro pad.*, 2010, I, 695; Cass. 29 maggio 1976, n. 1945, in *Foro it.*, Rep. 1976, v. «opere pubbliche», n. 102; Trib. Tivoli 8 febbraio 2011, per esteso in *Pluris*.

(114) Cfr. Cass. 25 ottobre 2012, n. 18239, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «contratti pubblici», n. 1458; Cass. 10 maggio 2005, n. 9795, cit.

(115) Cass. 16 giugno 2010, n. 14574, cit.

(116) V., *supra*, § 6.

10. *L'impossibilità temporanea della prestazione derivante da causa imputabile al creditore. Ancora sull'appalto pubblico: sospensione e ritardata consegna dei lavori.* — L'inadempimento dell'obbligazione di non tenere comportamenti incompatibili con l'attuazione dello scambio assume rilevanza, sul piano applicativo, anche quando non determina l'impossibilità della prestazione. Non riteniamo, infatti, che tale obbligazione abbia carattere "accessorio" o "secondario", tanto da giustificare una reazione dell'ordinamento solo quando il suo inadempimento compromette definitivamente l'attuazione del rapporto: si tratta, più semplicemente, di un'obbligazione di fonte legale riconducibile al principio di buona fede, che integra gli effetti del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c.

Ne consegue che se per causa imputabile al creditore la prestazione non diviene impossibile, ma solo più onerosa, il debitore può ottenere (non la risoluzione del contratto, ma esclusivamente) il risarcimento del danno. È quanto accade, in genere, quando a causa di fatti imputabili al creditore il rapporto obbligatorio si dilata, sicché il debitore deve sostenere costi superiori a quelli altrimenti necessari per mantenersi in condizione di adempiere ed eseguire la prestazione. Il creditore, in altri termini, è responsabile (non solo per l'impossibilità definitiva, ma) anche per l'impossibilità temporanea della prestazione derivante da causa a lui imputabile.

Si tratta di una responsabilità funzionalmente analoga a quella prevista, nella disciplina della *mora accipiendi*, dall'art. 1207, comma 2° c.c. Il creditore, infatti, non risponde della mancata realizzazione dell'operazione economica sottesa al contratto, ma dei costi sostenuti dal debitore a causa della dilatazione del rapporto e delle opportunità di guadagno da lui trascurate. Il risarcimento del danno non tutela l'interesse (positivo) del debitore ad ottenere l'attuazione dello scambio, ma, piuttosto, il suo interesse (negativo) a liberarsi tempestivamente dal vincolo. Se poi l'impossibilità temporanea della prestazione si prolunga fino a divenire definitiva (art. 1256, comma 2° c.c.), il creditore è tenuto a compensare oltre al danno derivante dalla mancata attuazione del sinallagma le spese sostenute e le occasioni di guadagno trascurate dal debitore per aver conservato la possibilità di adempiere l'obbligazione fino al momento della risoluzione del contratto.

Nonostante l'analogia sia netta sotto il profilo funzionale, occorre ribadire che l'impossibilità temporanea della prestazione preclude la costituzione in mora del creditore. Non essendo configurabile l'offerta di una prestazione (sia pure temporaneamente) impossibile, il debitore

non è in grado di dimostrare di essere pronto ad adempiere; proprio per questo, il creditore non risponde di ogni possibile sopravvenienza, ma solo di quelle a lui imputabili sulla base dei criteri già esaminati ⁽¹¹⁷⁾.

Nel diritto applicato, la responsabilità del creditore che rende la prestazione temporaneamente impossibile si manifesta in un particolare settore: quello dell'appalto pubblico. Su questo terreno, la formalità della costituzione in mora viene sostituita dall'onere di iscrivere riserve negli atti che documentano nelle sue varie fasi l'attuazione del rapporto contrattuale ⁽¹¹⁸⁾. Del resto, l'impatto della normativa di settore sulla responsabilità del committente pubblico non è limitato agli aspetti procedurali, ma investe anche, sia pure in non modo non omogeneo, quelli sostanziali.

In questa sede prenderemo in considerazione le due fattispecie più rilevanti sul piano applicativo: la sospensione dei lavori disposta dal committente pubblico — quando essa non comporta la definitiva impossibilità di realizzare l'opera o prestare il servizio, poi portati a compimento dall'appaltatore — e la ritardata consegna dei lavori. Come ci apprestiamo a constatare, la giurisprudenza adotta in relazione alle due fattispecie orientamenti molto diversi, che riflettono la maggiore o minore permeabilità della materia rispetto ai principi di diritto comune.

Le soluzioni adottate appaiono condivisibili in materia di sospensione dei lavori, dove si pratica una opportuna integrazione della normativa di settore con i principi ordinari; criticabili — in quanto ispirate ad una logica di favore per la pubblica amministrazione e penalizzanti per l'appaltatore privato — con riferimento alla ritardata consegna dei lavori, dove i principi di diritto comune non trovano applicazione, essendo concepita la normativa di settore come un sistema chiuso ed autosufficiente.

La disciplina della *sospensione dei lavori* rinvenibile nella legislazione di settore è già stata sintetizzata nel paragrafo precedente. Come si è ricordato, entrambe le fattispecie delineate in sede legislativa presuppongono che la sospensione sia giustificata dal verificarsi di sopravvenienze non evitabili né prevedibili al momento della conclu-

(117) V., *supra*, § 3.

(118) Per la normativa applicabile v., *supra*, nt. 103.

sione del contratto ⁽¹¹⁹⁾. Il committente pubblico, di conseguenza, viene ritenuto responsabile per il danno subito dall'appaltatore — che vede dilatarsi il tempo necessario per portare a termine il lavoro — quando la sospensione è dovuta al verificarsi di impedimenti evitabili o preventivamente accertabili per mezzo di un'accurata indagine.

In applicazione di tale criterio, si ritiene responsabile la stazione appaltante quando la sospensione consegue al prevedibile rinvenimento di un banco di roccia che ostacola la realizzazione dell'opera ⁽¹²⁰⁾; alla scadenza dell'autorizzazione amministrativa necessaria per la realizzazione di un'infrastruttura viaria precedentemente accordata dall'autorità competente (ANAS) ⁽¹²¹⁾; alla scoperta di reperti archeologici — con la conseguente necessità di ottenere l'autorizzazione della competente sovrintendenza — compiuta *nel corso dei lavori* a causa della superficialità dell'indagine svolta anteriormente all'inizio degli stessi ⁽¹²²⁾; alla sopravvenuta consapevolezza del fatto, non proprio imprevedibile, che l'esecuzione di un appalto concernente la realizzazione di una fognatura nei mesi estivi avrebbe interferito con la stagione turistica in una località balneare ⁽¹²³⁾; al riscontro di un fattore di rischio che minacciava la sicurezza del cantiere già esistente al momento della conclusione del contratto ⁽¹²⁴⁾; alla necessità di adeguare il progetto, tramite l'elaborazione di perizie di variante, a norme vigenti all'atto della sua elaborazione ⁽¹²⁵⁾ e ad esigenze di pubblico interesse non sopravvenute né imprevedibili ⁽¹²⁶⁾.

(119) Una significativa novità si riscontra, tuttavia, nella normativa regolamentare recentemente emanata in attuazione del nuovo Codice dei contratti pubblici: essa prevede che il danno subito dall'appaltatore in conseguenza di una sospensione illegittima sia compensato mediante il pagamento di una penale determinata sulla base di criteri volti a favorire la prevedibilità del quantum dovuto (art. 10, comma 2 d.m. infrastrutture 7 marzo 2018, n. 49; per il testo della disposizione v., *supra*, nt. 105).

(120) Cfr. Trib. Bari 6 settembre 2006, per esteso in *Pluris*.

(121) Cfr. Cass. 12 ottobre 2018, n. 25554, in *Foro it.*, Rep. 2018, v. «contratti pubblici», n. 105.

(122) Cass. 24 novembre 2017, n. 28160, in *Foro it.*, Rep. 2017, v. «contratti pubblici», n. 830.

(123) Cfr. Cass. 18 maggio 2015, n. 10076, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «contratti pubblici», n. 944.

(124) Cfr. Cass. 8 giugno 2007, n. 13509, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «contratti pubblici», n. 1428.

(125) Cfr. App. Roma 31 ottobre 2009, n. 3220, per esteso in *De Jure*.

(126) Cfr. Cass. 21 giugno 2007, n. 14510, in *Foro it.*, Rep. 2007, v. «contratti pubblici», n. 1399; Cass. 22 luglio 2004, n. 13643, *ivi*, Rep. 2005, v. «opere pubbliche»,

Per converso, la responsabilità del committente pubblico viene esclusa quando la sospensione consegue al verificarsi di eventi inevitabili e imprevedibili al momento della conclusione del contratto. È quanto si verifica quando la presenza di reperti archeologici nel sottosuolo — e la conseguente necessità di sospendere i lavori per ottenere l'autorizzazione della competente sovrintendenza — non poteva essere ragionevolmente prevista ⁽¹²⁷⁾, o quando la sospensione dei lavori discende dalla necessità di rispettare un provvedimento non conoscibile dalla stazione appaltante emesso da un altro ente pubblico ⁽¹²⁸⁾.

La fattispecie della *ritardata consegna dei lavori* è oggi disciplinata dall'art. 5 del regolamento ministeriale attuativo del nuovo *codice dei contratti pubblici* (d.m. infrastrutture 7 marzo 2018, n. 49). La disposizione è modellata sulla normativa previgente, ed in particolare sull'art. 10 *cap. op. pubbl.*, che costituisce tuttora materia di elaborazione giurisprudenziale. Ebbene, in base alla disciplina di settore quando non riceve la consegna dei lavori nel termine contrattualmente previsto per fatto imputabile al committente pubblico l'appaltatore può presentare istanza di recesso. Se essa viene accolta dal committente il contratto si scioglie, e l'appaltatore ha diritto a conseguire il rimborso delle spese sostenute entro un limite rigidamente predeterminato in relazione all'importo netto dell'appalto; quando invece l'istanza di recesso non viene accolta, l'appaltatore è obbligato a portare a termine i lavori, ma viene indennizzato «per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo» (art. 5, comma 4 d.m. infrastrutture 7 marzo 2018, n. 49; art. 10, comma 8° *cap. op. pubbl.*).

Viene poi delineata la fattispecie della c.d. consegna incompleta, che si verifica quando a seguito della consegna la stazione appaltante sospende i lavori per cause diverse da quelle di forza maggiore. La

n. 587; Cass. 11 aprile 2002, n. 5135, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2163, con nota di STERRANTINO, *La sospensione dei lavori per ragioni di pubblico interesse o necessità. Presupposti generali e disciplina.*

(127) Cfr. Cass. 14 giugno 2018, n. 15700, in *Foro it.*, Rep. 2018, v. «contratti pubblici», n. 49; Cass. 17 febbraio 2014, n. 3670, *ivi*, Rep. 2014, v. «contratti pubblici», n. 1041; Cass. 14 maggio 2005, n. 10133, *ivi*, Rep. 2005, v. «opere pubbliche», n. 592.

(128) Cass. 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, 557, con nota redazionale di GENESIN. Si trattava, nella fattispecie, di un divieto di transito imposto con ordinanza dal comune nel territorio del quale l'opera avrebbe dovuto essere realizzata: esso precludeva ai mezzi dell'appaltatore di raggiungere il cantiere, ma non era conoscibile dalla stazione appaltante in quanto non evidenziato dalla segnaletica stradale.

sospensione non può durare oltre sessanta giorni (trenta in base alla legislazione previgente), termine scaduto il quale si applica la disciplina della mancata consegna: l'appaltatore può proporre istanza di recesso ed ottenere il risarcimento del danno derivante dalla dilatazione del rapporto qualora essa non sia accolta dal committente pubblico (art. 5, comma 6 d.m. infrastrutture 7 marzo 2018, n. 49; art. 10, comma 10° *cap. op. pubbl.*).

A differenza di quella della sospensione la disciplina qui sintetizzata assume che l'omessa o ritardata consegna sia imputabile al committente pubblico: difficilmente tale requisito può mancare, in quanto il terreno su cui l'opera è destinata a sorgere e l'immobile o il manufatto in relazione al quale è programmata la prestazione del servizio rientrano nella sfera di controllo della stazione appaltante. La medesima disciplina, invece, non considera l'eventualità che dopo aver iscritto nei documenti ufficiali dell'appalto le riserve relative al ritardo con cui ha ricevuto la consegna dei lavori *l'appaltatore non formuli istanza di recesso, ma porti a termine l'opera o il servizio*.

Accostandosi a tale fattispecie la giurisprudenza ammette che la consegna dei lavori costituisca un'obbligazione della stazione appaltante, ricavabile per via di integrazione legale dalle norme speciali (art. 1374 c.c.) ⁽¹²⁹⁾. Le conseguenze che derivano dall'inadempimento di tale obbligazione, tuttavia, si sottraggono al governo delle regole ordinarie, essendo interamente assoggettate alla normativa di settore.

Si ritiene, infatti, che l'appaltatore non possa ottenere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno ai sensi degli artt. 1453 e 1218 c.c.: le relative domande vengono regolarmente rigettate ⁽¹³⁰⁾, a differenza di quelle proposte dagli appaltatori pregiudicati da una

(129) Cfr. Cass. 18 giugno 2018, n. 16075, per esteso in *Pluris*; Cass. 29 ottobre 2015, n. 22112, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «contratti pubblici», n. 939; Cass. 7 ottobre 2014, n. 21106, per esteso in *Pluris*; Cass. 22 marzo 2005, n. 6178, in *Foro it.*, Rep. 2005, v. «opere pubbliche», n. 544; Cass. 11 novembre 2004, n. 21484, *ivi*, Rep. 2004, v. «opere pubbliche», n. 503; Cass. 14 aprile 2004, n. 7069, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2004, 260.

(130) Cfr. Cass. 29 ottobre 2015, n. 22112, cit.; Cass. 7 ottobre 2014, n. 21106, cit.; Cass. 22 marzo 2005, n. 6178, cit. Escludono la legittimazione dell'appaltatore ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento e il risarcimento del danno anche Cass. 26 marzo 2012, n. 4780, in *Foro it.*, Rep. 2012, v. «contratti pubblici», n. 1422; Cass. 11 novembre 2004, n. 21484, cit.; Cass. 14 aprile 2004, n. 7069, cit.; Cass. 15 novembre 1997, n. 11329, in *Contratti*, 1998, 387, con nota di MUCIO, *Tardiva consegna da parte del committente*.

sospensione dei lavori protrattasi per una durata incompatibile con l'attuazione del rapporto o dovuta a cause imputabili al committente pubblico ⁽¹³¹⁾.

Non solo. Se l'appaltatore, anziché formulare istanza di recesso, porta avanti il lavoro e realizza l'opera, non può ottenere il risarcimento del danno derivante dal ritardo riconducibile alla tardiva consegna dei lavori ⁽¹³²⁾; e questo, nonostante il fatto che abbia tempestivamente iscritto le relative riserve nei documenti relativi all'appalto ed abbia diffidato il committente pubblico ad effettuare la consegna mediante un atto equiparabile alla costituzione in mora ⁽¹³³⁾. Per motivare tale conclusione si osserva che in base alla disciplina di settore l'appaltatore può ottenere il risarcimento del danno derivante dalla ritardata consegna dei lavori solo quando ha proposto istanza di recesso e la stessa è stata rigettata dal committente pubblico, mentre nessun rimedio è previsto a suo favore quando non abbia manifestato la volontà di recedere, orientandosi piuttosto verso la realizzazione dell'opera o la prestazione del servizio.

Consapevole dei limiti di un approccio puramente esegetico, la giurisprudenza non rinuncia al tentativo di giustificare razionalmente un esito che appare, evidentemente, assai penalizzante per le ragioni dell'appaltatore. Esso risponderebbe all'esigenza di permettere al committente pubblico di conoscere tempestivamente le conseguenze del ritardo nella consegna dei lavori — e le pretese dell'appaltatore da esso derivanti — e su questa base decidere se mantenere in vita il rapporto [rifiutando l'istanza di recesso dell'appaltatore] oppure scioglierlo [aderendo ad essa]. Tale esigenza risulterebbe insoddisfatta se l'appaltatore potesse proseguire i lavori consegnatigli con ritardo, per poi esigere il risarcimento del danno solo una volta realizzata l'opera o completato il servizio ⁽¹³⁴⁾. Si ritiene dunque ragionevole che pur

(131) V., *supra*, § 9.

(132) Cfr. Cass. 18 giugno 2018, n. 16075, cit.; Cass. 18 maggio 2016, n. 10165, in *Foro it.*, Rep. 2016, v. «contratti pubblici», n. 852; Cass. 7 febbraio 2013, n. 2983, in *Riv. giur. ed.*, 2013, I, 616; Cass. 19 ottobre 2015, n. 21100, in *Foro it.*, Rep. 2015, v. «contratti pubblici», n. 940; Cass. 26 marzo 2012, n. 4780, cit.; Cass. 22 marzo 2005, n. 6178, cit.; Cass. 11 novembre 2004, n. 21484, cit.; Cass. 14 aprile 2004, n. 7069, cit.; Cass. 15 novembre 1997, n. 11329, cit.

(133) Cfr. Cass., 29 ottobre 2015, n. 22112, cit.; Cass. 14 aprile 2004, n. 7069, cit.; Cass. 15 novembre 1997, n. 11329, cit.

(134) Cfr. Cass. 19 ottobre 2015, n. 21100, cit.; Cass. 7 febbraio 2013, n. 2983, cit.; Cass. 26 marzo 2012, n. 4780, cit.; Cass. 14 aprile 2004, n. 7069, cit.

avendo iscritto tempestivamente le sue riserve e magari sollecitato il committente pubblico a consegnare i lavori, l'appaltatore non possa ottenere il risarcimento del danno, fermo restando il suo diritto di ottenere il pagamento del corrispettivo ⁽¹³⁵⁾; se non ha proposto istanza di recesso, l'unica conseguenza che deriva dalla ritardata consegna dei lavori è l'esonerazione della sua responsabilità per il ritardo nella realizzazione dell'opera ⁽¹³⁶⁾.

L'orientamento, che si mantiene sorprendentemente stabile nel tempo, giustifica alcuni rilevi critici.

La giurisprudenza ammette che la consegna dei lavori costituisca oggetto di un'obbligazione, ma l'inadempimento di quest'ultima è assoggettato a un regime che anziché offrire un assetto equilibrato agli interessi delle parti appare doppiamente penalizzante per l'appaltatore. Viene ingiustamente trascurato il suo interesse a liberarsi tempestivamente dal vincolo quando a seguito della tardiva consegna prosegue i lavori e porta a termine l'opera: il danno derivante dalla dilatazione del rapporto rimane a carico del debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione. Viene parimenti svalutato il suo interesse ad essere collocato nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato attuato. Per non restare del tutto privo di tutela, l'appaltatore dovrebbe proporre istanza di recesso; ma se anziché rigettarla [ed assumere, così, la responsabilità per i danni derivanti dalla ritardata consegna] il committente pubblico la accogliesse, l'appaltatore conseguirebbe solo un rimborso delle spese sostenute, peraltro rigidamente limitato.

Quanto alla ragione indicata a fondamento di un regime così poco equilibrato, si può convenire sul fatto che esista un interesse meritevole di tutela della stazione appaltante a conoscere tempestivamente le conseguenze del ritardo. Tuttavia, anche a prescindere dal fatto che il fattore determinante la dilatazione del rapporto è imputabile alla medesima stazione appaltante, l'orientamento adottato dalla giurisprudenza va molto oltre la tutela di tale interesse, risolvendosi in un ingiustificato pregiudizio per le ragioni dell'appaltatore.

A ben vedere, l'interesse della pubblica amministrazione di conoscere tempestivamente le conseguenze del ritardo nella consegna dei lavori per poter assumere le determinazioni conseguenti è già adeguatamente protetto dalla normativa di settore. L'appaltatore pregiudicato

(135) Cfr. Cass. 19 ottobre 2015, n. 21100, cit.

(136) Cfr. Cass. 26 marzo 2012, n. 4780, cit.

dal ritardo nella consegna dei lavori ha l'onere di iscrivere tempestivamente la relativa riserva nei documenti redatti dal committente pubblico, che può così valutare l'entità (e l'attendibilità) delle pretese conseguenti al proprio inadempimento; qualora, a seguito di tale riscontro, ritenga conveniente sciogliere il rapporto, la stazione appaltante è legittimata a recedere a condizioni più vantaggiose di quelle previste a favore della parte committente dalle norme di diritto comune (art. 1671 c.c.) ⁽¹³⁷⁾.

È appena il caso di osservare che tra il regime qui delineato e quello della sospensione dei lavori ricostruito nel paragrafo precedente intercorrono profonde differenze. Il ritardo nella consegna dei lavori è interamente assoggettato alla normativa di settore, letta in una prospettiva di evidente favore per la pubblica amministrazione: su questo terreno, la giurisprudenza sembra del tutto insensibile al richiamo del paradigma codicistico. Per contro, la sospensione dei lavori imputabile al committente pubblico o prolungatasi per un tempo incompatibile con l'attuazione del rapporto è governata da regole che scaturiscono dalla stretta integrazione tra norme di settore e principi di diritto comune.

11. *L'impossibilità di ricevere la prestazione non imputabile al creditore. Una prospettiva teorica di più ampio respiro...* — Nelle pagine precedenti, si è sostenuto che l'impossibilità di ricevere la prestazione implica l'impossibilità della prestazione stessa, per cui preclude la costituzione in mora del creditore ⁽¹³⁸⁾. L'attenzione, quindi, è stata focalizzata sull'eventualità che l'impossibilità della prestazione sia *imputabile al creditore*, allo scopo di individuare i criteri che governano la sua responsabilità ⁽¹³⁹⁾ e i rimedi attivabili dal debitore ⁽¹⁴⁰⁾.

Consideriamo, ora, l'ipotesi in cui il creditore non possa ricevere la prestazione *per causa a lui non imputabile*. Il che equivale a dire che la prestazione diviene impossibile per una sopravvenienza riconducibile alla sfera giuridica del creditore — quella della cooperazione — ma a lui non imputabile alla luce dei criteri indicati: ovvero, estranea alla

(137) Cfr. art. 109 *cod. contr. pubbl.* Per la normativa previgente, cfr. art. 134 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163; art. 41 *cap. op. pubbl.*; art. 345 l. 20 marzo 1865, n. 2248 (allegato F).

(138) V., *supra*, §§ 2, 3.

(139) V. *supra*, §§ 4-6.

(140) V., *supra*, §§ 7-10.

sfera di controllo del creditore e al rischio tipico dell'attività esercitata, oltre che non prevedibile né evitabile sulla base di uno *standard* oggettivo di diligenza, calibrato sulla fisionomia del rapporto ⁽¹⁴¹⁾.

Si tratta delle ipotesi in cui la lesione non possa essere impartita a causa della morte o della malattia dell'allievo; l'ascensore o l'impianto di ventilazione non possano essere installati in un edificio devastato da un incendio dovuto a un caso fortuito; il terreno di proprietà del committente, che ha concluso un appalto avente ad oggetto la costruzione di un capannone industriale, sia stato espropriato od occupato dalla pubblica amministrazione. Ma anche delle fattispecie, considerate dalla giurisprudenza più recente, che vedono il viaggiatore impossibilitato a fruire del servizio turistico a causa dell'improvvisa morte del coniuge, dell'insorgere di una malattia imprevedibile al momento della conclusione del contratto, del diffondersi di epidemie o del verificarsi di eventi catastrofici nella località di vacanza ⁽¹⁴²⁾. Il verificarsi di sopravvenienze che impediscono al creditore di ricevere la prestazione o la rendono del tutto inidonea a soddisfare l'interesse in considerazione del quale è stato concluso il contratto comporta infatti, a nostro avviso, l'impossibilità della prestazione quale oggetto di obbligazione (art. 1174 c.c.). Come abbiamo già avuto occasione di constatare, le fattispecie evocate non differiscono da quelle — considerate dalla giurisprudenza meno recente — che vedono l'imprenditore impossibilitato ad utilizzare le prestazioni offerte dai lavoratori non aderenti ad uno sciopero articolato: se questi ultimi possono tenere la condotta dovuta, la prestazione che ne risulta diviene impossibile quale oggetto di obbligazione in quanto del tutto inidonea a soddisfare l'interesse del creditore ⁽¹⁴³⁾.

Abbiamo già considerato il presupposto dell'impossibilità e i criteri che governano la responsabilità del creditore. Prendiamo ora in esame le *conseguenze* che derivano dall'impossibilità di ricevere la prestazione quando la stessa non è imputabile al creditore. Come risulta subito evidente, la materia è caratterizzata dall'assenza di solidi punti di riferimento tanto nella legislazione, quanto negli orientamenti degli interpreti.

(141) Sulla distinzione tra «sfera giuridica» e «sfera di controllo» del creditore v., *supra*, § 5.

(142) V., *supra*, ntt. 15-17.

(143) V., anche per i riferimenti, cap. IV, § 21.

Nella disciplina dei contratti tipici, è vero, si rinvencono disposizioni che regolano l'impossibilità della prestazione non imputabile al creditore (ancorché riconducibile, eventualmente, alla sfera della cooperazione); senonché, le conseguenze che ne derivano non vengono delineate in modo uniforme. Alcune previsioni riconoscono al debitore impossibilitato ad adempiere un diritto al rimborso delle spese sostenute in aggiunta al compenso per l'opera svolta (artt. 1686, comma 3° c.c.; arg. ex art. 2237, comma 1° c.c.); altre solo il compenso per l'opera svolta — limitato, per giunta, all'utilità che ne ha ricavato il creditore — con la conseguenza che quando l'esecuzione del contratto non è iniziata il debitore non ottiene nulla (artt. 1672; 2228 c.c.); altre ancora, il rimborso delle spese e il compenso per l'opera svolta, ma limitatamente all'utilità che ne ha ricavato il creditore (artt. 1675, comma 1°; 2231, comma 2° c.c.). Con ogni probabilità, tali differenze non conseguono ad una scelta consapevolmente effettuata dal legislatore, ma piuttosto ad una tecnica redazionale poco accurata: nondimeno, esse ostacolano l'individuazione di un criterio idoneo a governare in termini generali le conseguenze dell'impossibilità della prestazione non imputabile al creditore, ancorché riconducibile alla sfera della cooperazione.

Neppure l'elaborazione dottrinale offre punti di riferimento sicuri. Anche limitando l'attenzione agli autori che ravvisano nella fattispecie gli estremi di una impossibilità della prestazione, alcuni ritengono che il contratto si risolva senza ulteriori conseguenze, restando le spese sostenute a carico del debitore ⁽¹⁴⁴⁾, mentre altri sostengono che quest'ultimo debba essere indennizzato dei costi inutilmente affrontati per adempiere l'obbligazione ⁽¹⁴⁵⁾. Il fondamento normativo di tale conclusione, tuttavia, non viene indicato in modo univoco.

Qualcuno lo rinviene nella disciplina di parte generale. Come l'estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo, anche l'impossibilità di ricevere la prestazione non imputabile al creditore

(144) Cfr. D'AURIA, in SICCHIERO, D'AURIA, GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in *Tratt. dir. civ. notariato Perlingieri*, Napoli, 2013, p. 295; CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 335 s.; M. TRIMARCHI, *L'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 12; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione*, cit., p. 163 ss.

(145) C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 124 ss.; FONDRIESCHI, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 308 s.; CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 129 ss.; ID., *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore*, cit., p. 569 s.; STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 257 ss.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 83 ss.

giustificherebbe l'applicazione analogica dell'art. 1464 c.c., che permetterebbe di indennizzare il debitore dei costi sostenuti riconoscendogli il diritto ad ottenere una parte del corrispettivo promesso⁽¹⁴⁶⁾. Senonché, mentre la disposizione citata presuppone che la prestazione sia stata parzialmente eseguita — tanto che la riduzione del corrispettivo è inversamente proporzionale alle utilità che può fornire al creditore — nella fattispecie la prestazione risulta inesequibile, dunque radicalmente inidonea a soddisfare l'interesse dello stesso creditore. Più convincente il riferimento all'art. 1328 c.c.: il debitore impossibilitato ad adempiere per il verificarsi di sopravvenienze afferenti alla sfera della cooperazione si troverebbe in una posizione analoga a quella dell'oblato che intraprende in buona fede l'esecuzione del contratto, e come quest'ultimo avrebbe ragione di ottenere il rimborso delle spese sostenute⁽¹⁴⁷⁾. Altri approdano a un risultato analogo sulla base della disciplina dei contratti tipici rinvenibile nel codice civile e in alcune disposizioni del codice della navigazione⁽¹⁴⁸⁾. Come si è appena constatato, tuttavia, tali previsioni non delineano in modo univoco lo scenario che consegue alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, sicché appare difficile elaborare sulla base di esse soluzioni di carattere generale.

In questa sede, ci proponiamo di valutare se sia possibile superare la frammentarietà del quadro appena delineato individuando un criterio che possa da un lato giustificare le soluzioni adottate dal legislatore e dalla giurisprudenza; dall'altro, orientare l'interpretazione della disciplina applicabile. Nelle pagine seguenti identificheremo tale criterio mutuandolo dall'elaborazione teorica di autori attivi nei sistemi di *common law* e verificandone la compatibilità con il diritto positivo italiano.

È intuitivamente opportuno che il rischio del verificarsi di sopravvenienze tali da precludere l'esecuzione di una prestazione, e con essa

(146) Cfr. C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 125; STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 261; DI MAJO, voce *Obbligazione. Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 35; ID., *Delle obbligazioni in generale*, Artt. 1173-1176, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, sub art. 1174, p. 276. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. App. Torino, 28 febbraio 2017, cit.

(147) Cfr. C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 126; STELLA, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 261.

(148) Cfr. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 129 ss.; ID., *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore*, cit., p. 569 s.; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 83 ss.

l'attuazione dello scambio, sia posto a carico della parte che è meglio in grado di sostenerlo. Con tale espressione ci si riferisce in primo luogo alla parte che può adottare le precauzioni necessarie per evitare il verificarsi del rischio nel modo più agevole ed economico; ed in secondo luogo — posto che il rischio non possa essere evitato tramite l'adozione di precauzioni efficaci — alla parte che è meglio in grado di ammortizzarlo nell'eventualità che esso si verifichi ⁽¹⁴⁹⁾. Come è evidente, la capacità di gestire il rischio è dipendente in buona misura dall'attività delle parti. Un imprenditore può ammortizzare il rischio distribuendolo sulla generalità dei suoi clienti mediante un aumento del corrispettivo dei beni e dei servizi offerti (c.d. autoassicurazione), o, in alternativa, stipulando un contratto di assicurazione, mentre per un consumatore la prima soluzione è impraticabile.

Se il rischio viene imputato al contraente che è in grado di evitarlo (stante la disponibilità di precauzioni idonee) o ammortizzarlo (assumendo che non possa essere eliminato del tutto) alle condizioni meno onerose, entrambe le parti ne ricavano un vantaggio. Il risparmio di costi realizzato imputando il rischio alla parte che può gestirlo nel modo più economico si traduce in un incremento di valore dell'operazione sottesa al contratto, che viene distribuito tra le parti mediante una variazione del corrispettivo. Così, se l'appaltatore può gestire il rischio a condizioni più favorevoli di quelle del committente questo comporta, in una prospettiva *ex ante*, un risparmio di costi che si traduce in un incremento del valore complessivo del contratto: tale incremento di valore viene distribuito tra le parti mediante una variazione del corrispettivo, sicché il committente — che avrebbe dovuto adottare contromisure più onerose — è tenuto a pagare un prezzo inferiore.

Se questo è vero, le regole che governano il regime delle sopravvenienze hanno, o dovrebbero avere, la funzione di indurre ad attivarsi contro il rischio la parte che è in grado di adottare le necessarie contromisure alle condizioni più favorevoli. In primo luogo, essa si identifica con il contraente che può neutralizzare il rischio più economicamente, adottando le precauzioni idonee ad eliminarlo o a ridurlo in misura significativa. Non sempre, tuttavia, il rischio che incombe

(149) Cfr. MICELI, *The Economic Approach to Law*³, Stanford, 2017, p. 122 ss.; COOTER & ULEN, *Law and Economics*⁶, Berkeley, 2016, p. 350 s.; POSNER & ROSENFELD, *Impossibility and Related Excuses in Contract Law: an Economic Analysis*, 6 *Journal of Legal Studies*, 83, 90 s. (1977).

sull'attuazione del rapporto contrattuale può essere eliminato o ridotto: in tal caso, dovrà essere imputato alla parte che si trova nella posizione più favorevole per ammortizzare le conseguenze che derivano dal suo verificarsi.

In quest'ottica assume rilevanza, in primo luogo, la capacità di valutare il rischio di sopravvenienze tali da precludere l'attuazione del rapporto tanto in relazione all'impatto che esse possono produrre sugli interessi economici delle parti, quanto in ordine alla probabilità del loro verificarsi ⁽¹⁵⁰⁾.

Ipotizziamo che l'esecuzione di un contratto di appalto d'opera avente ad oggetto la costruzione di un edificio su un fondo di proprietà dell'appaltatore sia divenuta impossibile a causa dell'espropriazione del terreno realizzata dalla pubblica amministrazione. L'appaltatore si trova in una posizione migliore di quella del committente per valutare l'*entità* del rischio — vale a dire, l'impatto che la sopravvenienza può avere sugli interessi economici sottesi alla stipulazione del contratto — in quanto sa quali costi sosterrà nelle varie fasi del rapporto per realizzare l'opera: costi che risulteranno essere stati inutilmente sostenuti qualora si concretizzi il rischio che il terreno venga espropriato. D'altra parte, in quanto proprietario del terreno il costruttore si trova in una posizione più favorevole di quella del committente per stimare la *probabilità* che il rischio si verifichi.

La valutazione, in secondo luogo, risulta incentrata sulla più o meno agevole disponibilità di strumenti idonei ad ammortizzare il rischio del verificarsi della sopravvenienza. Il contraente che è meglio in grado di gestire il rischio viene identificato con la parte che può autoassicurarsi contro di esso trasferendolo sulla generalità dei suoi clienti mediante un incremento del corrispettivo preteso a fronte dei beni o dei servizi offerti [se è il debitore della prestazione impossibile], ovvero diversificando i suoi fornitori [quando, invece, attende la prestazione divenuta impossibile in qualità di creditore]. In alternativa, il soggetto meglio attrezzato a gestire il rischio viene identificato con quello che può concludere un contratto di assicurazione sostenendo i più bassi costi di transazione ⁽¹⁵¹⁾.

(150) Cfr. POSNER & ROSENFELD, *Impossibility and Related Excuses*, cit., 91 ss.

(151) Cfr. MICELI, *The Economic Approach to Law*, cit., p. 124 s.; COOTER & ULEN, *Law and Economics*, cit., p. 351; POSNER & ROSENFELD, *Impossibility and Related Excuses*, cit., 91 s.

Un imprenditore che cura la manutenzione degli ascensori di una vasta platea di clienti si trova in una posizione che gli consente di gestire più agevolmente delle rispettive controparti il rischio di sopravvenienze tali da precludere la prestazione del servizio. L'appaltatore, infatti, può distribuire il rischio sulla generalità dei suoi clienti includendolo nel corrispettivo; d'altra parte, egli può assicurarsi contro il rischio che la prestazione divenga impossibile concludendo un unico contratto, mentre i suoi clienti sarebbero portati ad assicurarsi ogni qualvolta fruiscono dei suoi servizi ⁽¹⁵²⁾.

Ebbene, se alla luce dei criteri indicati il soggetto che si trova nella posizione migliore per gestire il rischio è il creditore della prestazione impossibile, egli resta obbligato a pagare il corrispettivo, detratte le spese risparmiate dal debitore e i guadagni alternativi da lui conseguiti grazie all'estinzione del rapporto: viene salvaguardato l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere. Quando invece la parte che si trova nella posizione migliore per gestire il rischio si identifica con il debitore, il contratto si risolve (*discharged*) e il creditore è liberato

(152) Si ammette l'eventualità che i criteri indicati non conducano a un esito univoco, essendo possibile che forniscano indicazioni contrastanti in ordine al soggetto che è meglio in grado di gestire il rischio (POSNER & ROSENFELD, *Impossibility and Related Excuses*, cit., 110 s.). Prendendo spunto dalla giurisprudenza italiana, consideriamo il caso dei servizi predisposti da un operatore turistico locale a favore dei passeggeri di una nave da crociera e non eseguibili a causa del mancato approdo nel porto dovuto alle proibitive condizioni atmosferiche (cfr. Trib. Milano 10 aprile 1989, cit. nt. 14). Nella fattispecie, l'operatore turistico locale è certamente in grado di valutare meglio della controparte (organizzatore del viaggio) l'entità del rischio, in quanto è a conoscenza dei costi sostenuti per predisporre i servizi destinati ai passeggeri. Per contro, l'organizzatore del viaggio è in condizione di valutare con maggiore accuratezza la *probabilità* che il rischio si verifichi grazie ai rapporti che intrattiene con l'armatore della nave. Entrambe le parti avrebbero potuto autoassicurarsi aumentando il corrispettivo preteso dalla generalità dei clienti [ma sotto questo profilo l'organizzatore del viaggio appare essere in una posizione più favorevole, essendo le sue controparti una vasta platea di consumatori, e non un numero limitato di operatori economici] o assicurarsi contro tutti i rischi inerenti all'esercizio delle rispettive attività concludendo un unico contratto. Si sostiene, allora, che quando i criteri indicati non consentono di identificare con certezza il soggetto meglio in grado di gestire il rischio, lo stesso dovrebbe gravare sul debitore (*performer*), in considerazione del fatto che ha il controllo della prestazione (POSNER & ROSENFELD, *Impossibility and Related Excuses*, cit., 111). In quest'ottica, la soluzione adottata dalla già ricordata sentenza di merito appare giustificata. In questa sede si è invece sostenuto che il creditore (organizzatore della crociera) sarebbe stato obbligato a pagare il corrispettivo, essendo l'impossibilità di approdare nel porto dovuta al mare agitato un evento interno al rischio tipico dell'attività esercitata: v., *supra*, § 6.

dall'obbligazione corrispettiva: l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere viene allora sacrificato. Come è evidente, in base alle coordinate del diritto italiano la prima soluzione trova riscontro nel binomio risoluzione per inadempimento-risarcimento del danno (art. 1453, comma 1° c.c.), mentre la seconda si realizza quando il contratto si risolve per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.).

In questa prospettiva teorica, il regime dei rimedi applicabili in conseguenza dell'impossibilità della prestazione varia in dipendenza della parte che è in grado di gestire il rischio alle condizioni più favorevoli; non è invece rilevante che la sopravvenienza sia maturata nella sfera giuridica del creditore, precludendogli di ricevere la prestazione. Lo confermano le soluzioni di alcuni casi ipotizzati dagli stessi autori e talvolta approdati all'attenzione della giurisprudenza. Quando un macchinario realizzato sulla base delle specifiche esigenze del compratore non può essergli consegnato a causa dell'incendio del locale dove avrebbe dovuto essere collocato ⁽¹⁵³⁾ o l'ascensore non può essere installato nell'edificio perché lo stesso è stato devastato dal fuoco ⁽¹⁵⁴⁾, il contratto si risolve senza che al debitore spetti alcun risarcimento sebbene la sopravvenienza sia maturata nella sfera del creditore (compratore del macchinario; committente dell'impianto), precludendogli di ricevere la prestazione. La teoria delle sfere, dunque, sembra non solo essere priva di riscontri nel diritto positivo italiano [che non subordina la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta alla circostanza che l'impedimento si verifichi nella sfera del debitore, ben potendo esso svilupparsi nella sfera del creditore], ma anche scarsamente rispondente a criteri di razionalità economica. Il contraente che si trova nella posizione più favorevole per gestire il rischio può ben essere il debitore benché la sopravvenienza che ha reso la prestazione impossibile sia maturata nella sfera giuridica del creditore: quella della cooperazione all'adempimento.

In quest'ottica, inoltre, quando il soggetto che è meglio in grado di premunirsi contro il rischio si identifica con il debitore si esclude il rimborso delle spese sostenute per intraprendere l'esecuzione della

(153) Cfr. POSNER & ROSENFELD, *Impossibility and Related Excuses*, cit., 92 s.

(154) Cfr. *Siegel v. Eaton & Prince Co.*, 165 Ill. 550, 46 N. E. 449 (1896). Analoga la soluzione adottata in un caso relativo all'installazione di un impianto di ventilazione resa impossibile dall'incendio dell'edificio di proprietà del committente: cfr. *Huyett & Smith Mfg. Co. v. Chicago Edison Co.*, 167 Ill. 223, 47 N. E. 384 (1897).

prestazione divenuta impossibile⁽¹⁵⁵⁾; qualora, poi, la prestazione sia stata parzialmente eseguita, il debitore potrebbe ottenerne la restituzione solo nei limiti dell'utilità che ne ha ricavato il creditore⁽¹⁵⁶⁾.

Per quanto tale regime possa apparire rigoroso nei confronti del debitore, esso si giustifica in quanto imputa il rischio dell'impossibilità della prestazione al soggetto che è meglio in grado di gestirlo, inducendolo ad adottare le necessarie contromisure. Se invece il debitore, pur trovandosi nella posizione più favorevole, potesse ottenere il rimborso delle spese sostenute o la restituzione del valore della prestazione eccedente l'utilità che ne ha ricavato il creditore, il rischio verrebbe distribuito tra le parti. Gli incentivi diretti ad adottare le più efficaci misure di gestione del rischio non graverebbero più interamente, come invece è opportuno che sia, sulla parte che può adottarle alle condizioni meno onerose. Infatti, se pur trovandosi nella posizione più favorevole il debitore potesse ottenere il rimborso delle spese sostenute, anche il creditore sarebbe indotto a premunirsi contro il rischio che la prestazione divenga impossibile: e siccome per farlo sosterebbe costi più elevati, il valore complessivo dell'operazione economica diminuirebbe a detrimento di entrambe le parti.

12. *...quale chiave di lettura del dato normativo e di alcune soluzioni giurisprudenziali.* — La prospettiva teorica delineata nelle pagine precedenti, in astratto pienamente condivisibile, non è del tutto compatibile con la legislazione italiana. Nondimeno, essa può aiutare a comprendere le differenze che intercorrono tra alcune norme di parte speciale — altrimenti, inspiegabili — e a giustificare le soluzioni rinvenibili in determinate pronunce giurisprudenziali.

La più rilevante difficoltà di adattamento al diritto italiano discende dal fatto che nel contesto di esso il confine tra i rimedi che reagiscono all'inadempimento [tutelando l'interesse positivo della parte fedele al contratto] e i rimedi che reagiscono all'impossibilità sopravvenuta [allocando il rischio delle sopravvenienze] risiede nell'imputabilità della causa che preclude o ritarda l'esecuzione della prestazione (artt. 1218, 1256, 1453, 1463 c.c.). La conclusione è sicura se si adotta la più consueta prospettiva incentrata sulla posizione del debitore, che può invocare la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, risultando così esonerato dal risarcimento del danno,

(155) Cfr. POSNER & ROSENFELD, *Impossibility and Related Excuses*, cit., 114.

(156) Cfr. POSNER & ROSENFELD, *Impossibility and Related Excuses*, cit., 115.

quando la causa che impedisce l'attuazione del rapporto non gli è imputabile. Essa permane tuttavia attendibile anche nell'ottica "ribaltata" che caratterizza il nostro punto di vista. Il creditore è tenuto a risarcire il danno subito dal debitore, commisurato all'interesse positivo, se l'impossibilità della prestazione gli è imputabile alla luce dei criteri indicati ⁽¹⁵⁷⁾; altrimenti, il contratto si risolve per impossibilità sopravvenuta, alla quale conseguono esclusivamente effetti liberatori e restitutori (art. 1463 c.c.).

La linea di demarcazione tra la tutela piena dell'interesse positivo [del creditore che subisce l'inadempimento; del debitore la cui prestazione è divenuta impossibile] accordata dal binomio risoluzione per inadempimento-risarcimento del danno (1453 c.c.) e la mera restaurazione degli assetti preesistenti conseguente alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta (1463 c.c.) è tracciata da un criterio esclusivamente incentrato sulla *causa che preclude l'attuazione del rapporto*. Ai fini della selezione del rimedio applicabile, non è invece rilevante la circostanza che il creditore sia in condizione di (auto)assicurarsi contro il rischio che una sopravvenienza precluda l'esecuzione della prestazione sostenendo costi inferiori a quelli della controparte. Se dunque l'impossibilità della prestazione deriva da causa non imputabile (al debitore, né) al creditore, il contratto si risolve ai sensi dell'art. 1463 c.c. sebbene lo stesso creditore si trovi nella posizione comparativamente più favorevole per gestire il relativo rischio.

Come si osserva nella stessa letteratura statunitense ⁽¹⁵⁸⁾, l'individuazione della parte che può (auto)assicurarsi contro il rischio alle condizioni più favorevoli è fortemente condizionata dalle peculiarità del caso concreto, sicché non si presta ad essere orientata efficacemente da norme generali e astratte come quelle di carattere legislativo. L'operazione, almeno in astratto, appare invece compatibile con i sistemi di *common law*, nel contesto dei quali la regola applicabile al caso concreto si ricava dall'analisi critica dei precedenti giurisprudenziali ⁽¹⁵⁹⁾.

La prospettiva appena delineata, tuttavia, può contribuire a spie-

(157) V., *supra*, §§ 5, 6.

(158) Cfr. GOLDBERG, *Impossibility and Related Excuses*, 144 *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, 100, 113 (1988).

(159) Anche in questo ambito, tuttavia, può accadere che gli effetti delle sopravvenienze tali da rendere la prestazione impossibile (*impossibility*) o radicalmente priva di utilità per il creditore (*frustration*) vengano regolamentati in sede legislativa.

gare le differenze riscontrabili nella disciplina dei contratti tipici in ordine alle conseguenze dell'impossibilità sopravvenuta della presta-

Nel *diritto inglese*, le conseguenze della risoluzione derivante da impossibilità o inutilità sopravvenuta della prestazione sono governate dal *Frustrated Contract Act*, adottato nel 1943 proprio allo scopo di superare la rigidità dell'orientamento in precedenza seguito dalle corti di *common law*. Queste ultime escludevano recisamente che il debitore potesse ottenere il corrispettivo promesso o il rimborso dei costi sostenuti qualora la prestazione non ancora interamente eseguita fosse divenuta impossibile o inutile per il creditore: così, al debitore obbligato ad installare un macchinario nell'azienda del creditore — poi devastata a causa di un incendio che aveva distrutto lo stesso macchinario — non era riconosciuto il diritto di ottenere il corrispettivo dell'opera svolta o il rimborso delle spese sostenute [*Appleby v. Myers*, 1867 L.R. 2 C.P. 651], mentre quando il prestatore d'opera decedeva dopo aver prestato per nove decimi il servizio dovuto, il committente non doveva nulla agli eredi [è quanto si legge nella motivazione di *Stubbs v. The Holywell Railway Co*, 1866-67, L.R. 2 Ex. 311; analogo il principio di diritto affermato in *Cutter v. Powell*, 1795 6 T.R. 320]. Si riteneva, d'altra parte, che qualora il corrispettivo in denaro risultasse esigibile prima che la prestazione divenisse impossibile o inutile per il creditore, quest'ultimo fosse ugualmente tenuto a pagarlo, e qualora lo avesse corrisposto non potesse ottenerne la restituzione: il locatore del balcone, dunque, era legittimato a conseguire il pagamento del canone divenuto esigibile prima dell'annullamento del corteo che avrebbe celebrato l'incoronazione [*Chandler v. Webster*, 1 (1904) 1 K.B. 493 CA], mentre lo spettatore di una partita di *cricket* che aveva già pagato il prezzo del biglietto, entrando nello stadio, non avrebbe potuto ottenerne la restituzione sebbene a causa della pioggia il *match* non fosse stato giocato [è quanto si legge nella motivazione di *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairburn Lawson Combe Barbur Ltd*, (1943) A.C. 32, che tuttavia ammette la restituzione del corrispettivo pecuniario quando la prestazione in natura — nella specie, la consegna di un macchinario — non è stata affatto eseguita]. Ebbene, il *Frustrated Contract Act* contrappone ad un regime così rigido e statico regole che riconoscono al giudice una notevole discrezionalità nella definizione dei rapporti patrimoniali conseguenti alla risoluzione del contratto. Mentre negli stessi anni il codificatore italiano affronta il problema delle conseguenze della risoluzione proponendo soluzioni differenziate sulla base dei tipi contrattuali interessati dalla sopravvenienza, il legislatore inglese elabora regole di carattere generale, che tenta di adattare alle molteplici variabili della materia riconoscendo al giudice una considerevole discrezionalità. Il regime che ne consegue è tanto duttile ed elastico, quanto scarsamente prevedibile. Nel contesto di esso, il legislatore prevede che alla risoluzione derivante da impossibilità della prestazione o *frustration of purpose* consegua ordinariamente la restituzione del corrispettivo pecuniario, per poi dettare regole distinte in relazione al rimborso delle spese sostenute e, rispettivamente, alla restituzione delle prestazioni "in natura" eseguite dalle parti anteriormente al verificarsi della sopravvenienza. Il debitore della prestazione non pecuniaria (venditore, appaltatore, prestatore d'opera) è tenuto a restituire il corrispettivo ricevuto, ma il giudice — se lo ritiene corretto in relazione a tutte le circostanze del caso — può riconoscergli il diritto di dedurre in compensazione, in tutto o in parte, le spese sostenute per attuare il contratto

zione: sulla base di essa, è possibile abbozzare un criterio ricostruttivo che consenta di attenuare la frammentarietà della normativa e orientarne l'interpretazione.

anteriamente alla risoluzione. Se poi il prezzo non è stato pagato, o la somma ricevuta è inferiore alle spese che il giudice ritiene debbano essere indennizzate, il debitore della prestazione non pecuniaria può esigere il rimborso dei costi sostenuti esercitando un'azione di condanna [art. 1, comma 2°: «All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged...shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable: provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred»]. Quando la prestazione non pecuniaria è stata parzialmente eseguita, con la conseguenza che il suo creditore ne ha ricavato una significativa utilità, il *solvens* acquisisce un credito restitutorio non eccedente il vantaggio conseguito dall'*accipiens*, fermo restando che il giudice fruisce di una considerevole discrezionalità nella determinazione del *quantum*. Tra le circostanze suscettibili di orientare la discrezionalità giudiziale, assumono particolare rilevanza le spese sostenute dall'*accipiens* anteriormente alla risoluzione del contratto — ivi compresi i corrispettivi pagati alla controparte — e l'impatto della sopravvenienza sul beneficio acquisito [art. 1, comma 3°: «Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular: a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise to the frustration of the contract»]. Come risulta dal testo riportato tra parentesi, la formulazione della disposizione non è proprio lineare. Si comprende, allora, tanto il suggerimento di regolare convenzionalmente le conseguenze della risoluzione rivolto alle parti (TETTENBORN, CLARKE, ANDREWS, VIRGO, *Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies*², London, 2017, § 18-019), quanto il commento in base al quale nella disciplina qui sintetizzata si riscontrano alcuni degli enunciati più involuti della legislazione inglese (ANDREWS, *Contract Law*, Cambridge, 2011, § 16-23).

Nemmeno nel *diritto statunitense* si riscontra un orientamento univoco in ordine alle conseguenze della risoluzione determinata dall'impossibilità della prestazione (*impossibility*) o dalla sua radicale inutilità per il creditore (*frustration*). Anche su questo terreno, occorre distinguere la restituzione delle prestazioni parzialmente

Prima di entrare nel merito, occorre osservare che il rimborso delle spese sostenute dal debitore previsto da alcune disposizioni "di parte

eseguite dal rimborso delle spese sostenute. In giurisprudenza, si ammette che quando una prestazione non pecuniaria è stata parzialmente eseguita il *solvens* possa ottenerne la restituzione, essendo a sua volta obbligato a restituire il corrispettivo ricevuto. Non sempre, tuttavia, la restituzione della prestazione parzialmente eseguita è commisurata alle utilità che l'*accipiens* ne ha ricavato: talvolta viene liquidata a favore del *solvens* una somma corrispondente al costo che la controparte avrebbe dovuto sostenere per ottenere la prestazione (dunque, al suo valore di mercato), sebbene a seguito della sopravvenienza che determina la risoluzione del contratto l'utilità della stessa si sia ridotta o addirittura azzerata [FARNSWORTH, *Contracts*⁴, cit., p. 646]. Così, l'appaltatore impegnato in un'opera di ristrutturazione edilizia consegue una somma che rappresenta il valore del lavoro e dei materiali impiegati sebbene a seguito dell'incendio del manufatto, dovuto a caso fortuito, la prestazione non abbia apportato al committente alcuna utilità [Young v. City of Chicopee, 186 Mass. 518; 72 N.E. 63 (1904); Weis v. Devlin, 67 Tex. 507, 3 S.W. 726, 60 Am. Rep. 38]. Si tende invece ad escludere che il debitore possa ottenere il rimborso delle spese sostenute quando le stesse non si sono concretizzate nella prestazione eseguita a favore del creditore. Così, l'appaltatore impegnato nella ristrutturazione di un immobile non può essere indennizzato dell'acquisto di infissi che non abbia ancora installato [Wallace Studios v. Brochstein's, 297 S.W.2d 218 (1956); analogo principio di diritto in Binz v. National Supply Company, Tex. Civ. App., 105 S.W. 543], e nello stesso modo l'appaltatore che, in adempimento di una specifica obbligazione contrattuale, abbia collocato una grande quantità di legname nei pressi di un ponte per procedere alla sua ristrutturazione non può essere compensato delle spese sostenute quando, a seguito dell'incendio del ponte, anche il legname non ancora incorporato nella struttura viene distrutto [Young v. City of Chicopee, cit.]. In entrambi i casi, assume rilevanza decisiva la circostanza che al momento del verificarsi della sopravvenienza il materiale si trovasse ancora nella disponibilità del debitore, non essendo stato ancora incorporato nel manufatto di proprietà del creditore [sul punto v. CORBIN, *On Contracts*, 6, St. Paul, 1962, § 1372]. In letteratura si propone di tutelare il debitore non solo riconoscendogli il diritto di ottenere la restituzione delle prestazioni eseguite, ma anche compensandolo per le spese sostenute per predisporre l'attuazione del contratto: al debitore spetterebbe un indennizzo commisurato al suo interesse negativo (*reliance interest*), almeno per quanto riguarda la sua componente "emergente" (spese sostenute). Lo confermerebbero proprio le sentenze che determinano il *quantum* da restituire al debitore nella misura del valore del lavoro e dei materiali, anziché dell'utilità ricavata dal creditore, vanificata dal verificarsi della sopravvenienza: tali pronunce — che apparentemente si limitano a disporre le restituzioni conseguenti alla risoluzione — proteggerebbero surrettiziamente l'interesse negativo del debitore, in quanto il criterio adottato neutralizza l'impatto della sopravvenienza sulla sfera del creditore [FULLER & PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*: 2, 46 Yale L. J. 373, 379-381 (1937)]. La proposta sembra essere stata accolta dal *Restatement 2nd of Contracts*, che attribuendo al giudice una considerevole discrezionalità gli riconosce la legittimazione ad accordare al debitore i rimedi necessari per evitare il verificarsi di una situazione di palese ingiustizia, ivi

speciale” quale conseguenza dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione si giustifica alla luce del fatto che nell'ottica del legislatore il creditore sembra essere in grado di gestire più agevolmente il rischio inerente al verificarsi della sopravvenienza. Da un lato, il rimborso delle spese sostenute contribuisce a stimolare gli investimenti volti ad attuare il contratto, che altrimenti il debitore potrebbe essere riluttante a sostenere; dall'altro, esso risulta giustificato in quanto il creditore appare essere in una posizione comparativamente più favorevole per adottare le precauzioni idonee ad ammortizzare il rischio.

In definitiva, nel diritto italiano l'attitudine delle parti a gestire il rischio non influenza la scelta del rimedio applicabile, risolvendosi il contratto per impossibilità sopravvenuta (anziché per inadempimento) ogni qualvolta la stessa derivi da causa non imputabile alle parti. Tuttavia, la circostanza che il creditore si trovi — in base ad una valutazione astratta e “tipica” — in una posizione comparativamente più favorevole per gestire il rischio incide sulle conseguenze della risoluzione, giustificando l'obbligo di rimborsare le spese sostenute dal debitore nella prospettiva dell'attuazione del rapporto.

Quando l'esecuzione dell'appalto o del contratto d'opera diviene impossibile per «causa non imputabile ad alcuna delle parti», le conseguenze della risoluzione sono delineate in termini assai favorevoli al committente, che dell'opera o del servizio è creditore (art. 1672 c.c.). All'appaltatore o al prestatore d'opera spetta la restituzione per equivalente della prestazione parzialmente eseguita, in proporzione al corrispettivo pattuito, nei limiti in cui è utile per il committente; non si prevede, poi, che il debitore impossibilitato ad adempiere possa ottenere il rimborso delle spese sostenute ⁽¹⁶⁰⁾.

compresi quelli a tutela del suo interesse negativo [§ 272(2): «In any case governed by the rules stated in this Chapter, if those rules together with rules stated in the Chapter 16 will not avoid injustice, the court may grant relief on such terms as justice requires including protection of the parties' reliance interests»]. Gli stessi autori, così come il redattore del *Restatement*, riconoscono tuttavia che le corti sono riluttanti a riconoscere al debitore il rimborso delle spese sostenute, sicché la tutela a lui accordata resta attestata sulla dimensione restitutoria [FULLER & PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*: 2, cit., 380; FARNSWORTH, *Contracts*⁴, cit., p. 647]. È appena il caso di osservare che anche in questo ambito la questione viene affrontata in termini generali, mentre le soluzioni adottate dal legislatore italiano assumono a riferimento l'unità di misura del tipo contrattuale.

(160) Analoga la soluzione adottata dal legislatore quando l'opera viene portata a termine, ma perisce o si deteriora «prima che sia accettata dal committente» o prima

La soluzione coincide con quella avvalorata dai fautori della prospettiva teorica sintetizzata nelle pagine precedenti proprio in relazione a fattispecie caratterizzate da una impossibilità della prestazione riconducibile alla sfera giuridica del committente [impossibilità di consegnare il macchinario realizzato "su misura" per le esigenze del committente a causa dell'incendio del locale dove avrebbe dovuto essere collocato, o di realizzare un impianto di condizionamento a seguito dell'incendio dell'edificio dove avrebbe dovuto essere installato] ⁽¹⁶¹⁾.

La constatazione non sorprende, in quanto l'appaltatore è in grado di ammortizzare il rischio derivante dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione più agevolmente del committente. In primo luogo, l'appaltatore è in condizione di valutare più accuratamente l'entità del rischio, che dipende dal lavoro svolto, e dalle spese corrispondentemente sostenute, nel momento in cui si verifica la sopravvenienza. Essendo un imprenditore, inoltre, egli può autoassicurarsi contro il rischio distribuendolo sulla generalità dei suoi clienti, mentre nella prospettiva del committente l'appalto costituisce spesso un'operazione isolata, che non si inserisce in una sequenza di contrattazioni. Se poi sceglie di ricorrere al mercato assicurativo, l'appaltatore può ammortizzare i rischi che gravano sulla sua attività concludendo un unico contratto, mentre i committenti dovrebbero assicurarsi ogni qualvolta necessitano di un'opera o di un servizio. D'altra parte, non è realisticamente ipotizzabile che il committente si assicuri contro rischi dei quali non conosce con certezza l'entità, in quanto essa dipende da circostanze relative alla sfera della controparte: si allude nuovamente al lavoro svolto e alle spese sostenute dall'appaltatore nel momento in cui si verifica la sopravvenienza che preclude la realizzazione dell'opera.

Quanto alla capacità di valutare la probabilità che il rischio si verifichi, in una prospettiva astratta e tipica — come quella adottata dal legislatore — non è possibile approdare a conclusioni univoche, in

che questi «sia in mora a verificarla» (art. 1673 c.c.). Anche in tale evenienza non è previsto a favore dell'appaltatore il rimborso delle spese sostenute: egli assume interamente il rischio del perimento o del deterioramento dell'opera o lo condivide con il committente in dipendenza del fatto che abbia fornito la materia (comma 1°) o l'abbia ricevuta dalla controparte (comma 2°). Il contraente che ha fornito la materia assume il rischio del suo perimento o deterioramento in quanto conoscendone il valore è nella posizione migliore per assicurarsi contro di esso. D'altra parte, l'appaltatore consegue il pagamento del corrispettivo nei limiti dell'utilità residua dell'opera, sicché nel caso di perimento totale non gli è dovuto nulla.

(161) V., *supra*, ntt. 153, 154 e testo corrispondente.

quanto si tratta di un fattore che dipende dalla conformazione della fattispecie concreta. È da ritenere, tuttavia, che anche quando il rischio si verifica nella sfera del committente — che dunque si trova, presumibilmente, in una posizione più favorevole per valutare la probabilità dell'evento — siano comparativamente più rilevanti gli argomenti che giustificano l'imputazione del rischio in capo all'appaltatore.

Più favorevole al debitore impossibilitato ad adempiere la disciplina del contratto di trasporto (art. 1686, comma 3° c.c.). Il vettore ha diritto al rimborso delle spese sostenute anche quando l'inizio o la prosecuzione del trasporto sono impediti da caso fortuito, vale a dire da una causa non imputabile al mittente o al destinatario ⁽¹⁶²⁾. Il rimborso delle spese si giustifica in considerazione del fatto che il mittente può essere in grado di valutare meglio del vettore la probabilità che il rischio si verifichi, soprattutto quando esso dipende dalle caratteristiche delle merci [si pensi al trasporto di beni fragili, deperibili o infiammabili, oppure all'eventualità che l'imballaggio predisposto dal mittente non risulti compatibile con il mezzo di trasporto di cui dispone il vettore]. D'altra parte, la gestione dello scenario che consegue al verificarsi del rischio compete al mittente: non a caso, il vettore è obbligato a chiedergli istruzioni, e solo qualora si trovi impossibilitato a farlo o le istruzioni non siano attuabili è legittimato a depositare o far vendere la merce (art. 1686, commi 1°, 2° c.c.).

Si potrebbe obiettare che il vettore, esercitando professionalmente un'attività imprenditoriale, può ammortizzare il rischio distribuendolo sulla generalità dei suoi clienti mediante un incremento del corrispettivo. Del resto, egli sembra in grado di valutare meglio del mittente l'entità del rischio, che dipende dai costi sostenuti prima del verificarsi della sopravvenienza che preclude l'adempimento del contratto di trasporto. Si può replicare che quando a causa di un evento fortuito l'esecuzione del trasporto viene impedita o ritardata, il vettore rischia di incorrere in responsabilità nei confronti degli altri clienti, verso i quali si è precedentemente obbligato, in quanto i mezzi di trasporto risultano impegnati più a lungo di quanto originariamente programmato e non possono essere utilizzati per eseguire ulteriori contratti nei tempi previsti. Dopo il verificarsi dell'impedimento, inoltre, il vettore è

(162) Come risulta dal testo dell'art. 1693, comma 1° c.c., il caso fortuito si distingue dalle altre cause che escludono la responsabilità del vettore per il fatto di non essere imputabile al creditore della prestazione di trasporto.

obbligato a chiedere istruzioni al mittente, per attuare le quali può trovarsi costretto a sostenere ulteriori costi (art. 1686, comma 1° c.c.).

Il vettore, in definitiva, si trova in una posizione meno favorevole di quella dell'appaltatore per gestire il rischio che una sopravvenienza precluda l'attuazione del rapporto. Per questo motivo, a differenza di quanto dispone in materia di appalto la legge imputa una parte del rischio al creditore della prestazione divenuta impossibile — vale a dire, al mittente — obbligandolo a compensare le spese sostenute dal vettore. Se poi il trasporto è stato iniziato, il mittente è tenuto a pagare il nolo in proporzione del percorso compiuto, a prescindere dall'utilità che ne abbia ricavato, tranne che nel caso di perdita totale del carico dovuta a caso fortuito (art. 1686, comma 3° c.c.).

Sempre nell'area dei contratti riconducibili all'archetipo della *locatio operis*, può essere interessante considerare lo scenario che consegue all'impossibilità di ricevere una prestazione d'opera intellettuale non imputabile al cliente. È il caso dell'allievo che non può fruire delle lezioni di canto a causa di una sopravvenuta patologia delle corde vocali, o dell'architetto che non può redigere il progetto perché l'amministrazione competente non ha autorizzato la realizzazione dell'opera. La disciplina applicabile a simili fattispecie viene ricavata per analogia da quella del recesso discrezionale del cliente (art. 2237, comma 1° c.c.), a seguito del quale il professionista intellettuale è legittimato ad ottenere il rimborso delle spese sostenute e il corrispettivo dell'opera svolta (163).

Ne deriva un trattamento più favorevole di quello accordato all'appaltatore e al prestatore d'opera, che non conseguono il rimborso delle spese sostenute (artt. 1672; 2228 c.c.). A differenza di questi ultimi, il professionista intellettuale non dispone di un'organizzazione di carattere imprenditoriale grazie alla quale può distribuire il rischio generato dalla sopravvenienza sulla generalità dei suoi clienti. Il volume dei contratti che egli può concludere — essendo personalmente impegnato nella loro attuazione — è tendenzialmente troppo limitato perché sia praticabile una simile, vantaggiosa modalità di gestione del rischio. Certo, in astratto il professionista intellettuale potrebbe ammortizzare il rischio inerente all'impossibilità sopravvenuta della prestazione concludendo un contratto di assicurazione. Senonché l'operazione non appare agevole, in quanto l'impossibilità di attuare il contratto, come

(163) Cfr. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 130; CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 85 s.

avviene negli esempi appena prospettati, dipende, spesso, da circostanze riconducibili alla sfera giuridica del cliente, il quale è in condizione di valutare meglio del professionista la probabilità che il rischio si verifichi. Di qui la scelta di imputare al cliente, oltre al compenso del servizio ricevuto, anche il rimborso delle spese sostenute dal professionista.

Nella prospettiva qui delineata, infine, trova giustificazione l'orientamento giurisprudenziale che ammette la risoluzione per impossibilità sopravvenuta del contratto di viaggio quando il turista non può fruire del servizio a causa di un impedimento maturato nella sua sfera giuridica, ma a lui non imputabile. Il riferimento è alle sentenze che pronunciano la risoluzione del contratto *ex art.* 1463 c.c. — disattendendo la pretesa dell'operatore turistico di ottenere il pagamento del corrispettivo — a seguito dell'impossibilità di fruire del servizio di volta in volta dovuta all'insorgere di un'imprevedibile patologia, all'improvvisa morte del coniuge, alla diffusione di un'epidemia nella destinazione del viaggio o al sopravvenire di un evento naturale di carattere catastrofico ⁽¹⁶⁴⁾. Ebbene, se ad un primo esame le soluzioni adottate dalla giurisprudenza rispondono esclusivamente ad istanze di carattere equitativo — in quanto sottendono un'accentuata sensibilità per la tutela del turista quale parte debole del rapporto contrattuale — in base a una valutazione più approfondita esse trovano giustificazione anche in una prospettiva aperta a valorizzare ragioni di efficienza economica.

Si è già sostenuto che tale indirizzo è compatibile con il dettato codicistico (artt. 1174; 1463 c.c.) ⁽¹⁶⁵⁾; si aggiunge, ora, che esso

(164) V., *supra*, ntt. 15-17.

(165) È quanto meno dubbio, invece, che l'orientamento delineatosi nella giurisprudenza di legittimità più recente sia compatibile con il dettato dell'art. 41 del *Codice del turismo* (d.lg. 23 maggio 2011, n. 79, come modificato dall'art. 1, comma 1, d.lg. 21 maggio 2018, n. 62), il quale disciplina il recesso del viaggiatore «prima dell'inizio del pacchetto».

Il primo comma della disposizione — che recepisce l'art. 12, comma 1 della direttiva 2015/2302, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati — riconosce al viaggiatore la legittimazione a recedere «in ogni momento prima dell'inizio del pacchetto, dietro rimborso all'organizzatore delle spese sostenute, adeguate e giustificabili». Qualora le spese conseguenti all'esercizio del diritto di recesso non siano state determinate dal contratto, il loro importo «corrisponde al prezzo del pacchetto diminuito dei risparmi di costo e degli introiti che derivano dalla riallocazione dei servizi turistici» (comma 3). Viene così tutelato l'interesse positivo dell'operatore turistico che subisce l'esercizio del diritto di recesso, non diversamente da quanto

avvalora una soluzione economicamente efficiente della controversia in corso tra le parti, essendo l'operatore turistico in una posizione comparativamente più favorevole di quella del viaggiatore per gestire il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Il *tour operator* è in grado di valutare più accuratamente del

disporre l'art. 1671 c.c.; senonché la previsione codicistica — che in assenza della normativa speciale sarebbe stata probabilmente applicabile al contratto di viaggio — avrebbe offerto al viaggiatore una tutela più estesa, in quanto gli avrebbe consentito di recedere anche a seguito dell'inizio del pacchetto, fino alla completa prestazione dei servizi turistici.

In base al quarto comma — corrispondente all'art. 12, comma 2 dir. 2015/2302 — prima dell'inizio del pacchetto il viaggiatore può recedere dal contratto senza compensare l'operatore turistico per lo scioglimento del rapporto, ed ottenendo la restituzione integrale dei pagamenti effettuati, al ricorrere di «*circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze* e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione» (corsivo aggiunto). Dalla disposizione sembra potersi ricavare che in assenza di tale particolare presupposto il turista non possa recedere senza oneri, essendo egli obbligato a pagare le spese *standard* predeterminate dal contratto o in assenza di una loro specificazione a compensare l'interesse positivo del *tour operator* (comma 3). Il viaggiatore, dunque, potrebbe recedere gratuitamente — e per estensione, il contratto si potrebbe risolvere per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.) — qualora la fruizione del pacchetto turistico risultasse preclusa da eventi verificatisi nella meta del viaggio: sarebbe questo il caso, considerato dalla giurisprudenza italiana, di un'epidemia contagiosa scoppiata nel luogo della vacanza o di una catastrofe naturale [v., rispettivamente, Cass. 24 luglio 2007, n. 16315; Trib. Genova 3 marzo 2007, citt. ntt. 16 e 17]. Nel caso in cui, invece, il recesso del turista fosse dovuto ad un impedimento non imputabile, ma afferente alla sua sfera giuridica, egli sarebbe tenuto a pagare le spese predeterminate dal contratto e in mancanza a compensare il *tour operator* per la lesione del suo interesse positivo (comma 3): sarebbe questo il caso del recesso (e per estensione, del rifiuto di attuare il contratto) conseguente all'insorgere di una malattia imprevedibile o alla morte del compagno di viaggio [cfr. Cass. 10 luglio 2018, n. 18047; Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958; G.d.P. Pozzuoli 3 maggio 2010, citt. nt. 15].

La soluzione adottata dal legislatore speciale in sede di recezione della normativa europea trova riscontro, nel contesto italiano, in una dottrina assai autorevole, che distinguendo tra impedimenti afferenti all'ambito della prestazione (epidemia; catastrofe naturale) e impedimenti afferenti all'ambito della cooperazione (malattia del turista; morte del coniuge) perviene a conclusioni anloghe a quelle dei fautori della teoria delle sfere: cfr. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., p. 969. In sintonia con tale opinione, si esprime in termini critici nei confronti della giurisprudenza che ammette la risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta, esonerando il turista dal pagamento del corrispettivo, PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 45 ss.

viaggiatore l'entità del rischio, in quanto conosce i costi che è necessario sostenere per prestare il servizio nelle sue varie fasi. Come qualsiasi altro appaltatore, può autoassicurarsi contro il rischio distribuendolo sulla generalità dei suoi clienti mediante un aumento del corrispettivo. Se poi decide di ricorrere al mercato assicurativo, può ammortizzare con un unico contratto il rischio di tutte le sopravvenienze suscettibili di verificarsi nella sfera dei suoi clienti; mentre qualora il rischio venisse imputato a questi ultimi, essi sarebbero tenuti ad assicurarsi ogni qualvolta concludono un contratto di viaggio.

A fronte di tali considerazioni, che identificano nel *tour operator* il soggetto in grado di gestire il rischio nel modo più agevole ed economico, la posizione delle parti non appare sensibilmente diversa quanto alla capacità di valutare la probabilità che esso si verifichi. Come si è ricordato, infatti, può giustificare la risoluzione per impossibilità sopravvenuta solo un impedimento che, per quanto afferente alla sfera del viaggiatore, sia da lui imprevedibile e inevitabile⁽¹⁶⁶⁾. Il turista resta obbligato a pagare il corrispettivo quando la patologia che gli impedisce di fruire del servizio avrebbe potuto essere prevista in quanto evidenziata da precedenti accertamenti clinici (neoplasia già diagnosticata) o perché avente carattere endemico nell'area in cui risiede (sindrome influenzale). Alla stessa conclusione dovrà pervenirsi quando la patologia che preclude il viaggio avrebbe potuto essere evitata adottando precauzioni accessibili alla generalità degli utenti (ricorso alla vaccinazione).

(166) V., *supra*, § 6.

INDICE ANALITICO

(Il numero romano indica il capitolo; il numero arabo il paragrafo)

Abuso del diritto di credito

v. *Motivo legittimo*

Accertamento giudiziale

- della validità del deposito: V, 7
- della validità del deposito liberatorio semplificato (vendita, trasporto, cambiale): V, 18
- della validità del sequestro liberatorio immobiliare: V, 24
- della validità dell'offerta: III, 21

Accettazione del creditore

- del deposito liberatorio: V, 4; V, 8
- dell'offerta: III, 22
- del sequestro liberatorio immobiliare: V, 24

Accollo

v. *Deposito liberatorio, fondamento negoziale*

Adempimento del terzo

- in relazione al deposito liberatorio: V, 3
- in relazione alla costituzione in mora del creditore: III, 4

Adiectus solutionis causa

- in relazione al deposito liberatorio: V, 2
- in relazione alla costituzione in mora del creditore: III, 3

Appalto

- impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile a nessuna delle due parti: VI, 12
- omessa verifica dell'opera: II, 6
- omesso collaudo: II, 6

Appalto pubblico

- obbligazione del committente pubblico di redigere un progetto compiutamente eseguibile: II, 8; VI, 9
- riserve e domande dell'appaltatore: II, 3; III, 1; VI, 9
- ritardata consegna dei lavori: VI, 10
- sospensione dei lavori: VI, 9; VI, 10
- — risoluzione del contratto per inadempimento del committente: VI, 9
- — responsabilità del committente per la dilatazione del rapporto: VI, 10

Azienda

- costituzione in mora del creditore: III, 1
- sequestro liberatorio: V, 24

Azione revocatoria

v. *Motivo legittimo, Rischio di revocatoria*

BGB

- abbandono della prestazione: I, 6
- diritto romano e tradizione romanistica (rapporto con): I, 4; I, 6
- indennizzo delle spese sostenute dal debitore: I, 6
- limitazione della responsabilità del debitore al dolo e alla colpa grave: I, 6

Cambiale

- deposito liberatorio: V, 18

Code civil del 1804

- Domat: I, 3
- lavori preparatori: I, 3

- legislazione italiana (rapporto con): I, 3
- Pothier: I, 3
- Codice civile del 1865*
 - legislazione vigente (rapporto con): I, 3
 - mora del creditore (elaborazione teorica): I, 3
- Collaboratori del creditore*: II, 9
- Colpa del creditore*
 - mora del creditore (rilevanza del requisito): I, 11 - I, 14; VI, 6
- Common law (sistemi di)*
 - *Action for the price*: I, 7; I, 8
 - cooperazione come oggetto di obbligazione: I, 7
 - *incidental damages*: I, 8
 - liberazione coattiva del debitore: I, 8
 - *repudiation*: I, 8
 - *Sales of Goods Act* (e rimedi contro il difetto di cooperazione): I, 7
 - *Uniform Commercial Code* (e rimedi contro il difetto di cooperazione): I, 7
 - vendita immobiliare: I, 8
- Concorso congiunto di più creditori*
 - in relazione al deposito: V, 3
 - in relazione all'offerta: III, 3
- Condizione e condicio iuris*: II, 2; III, 9
- Contratto a favore del terzo*
v. *Deposito liberatorio, Fondamento negoziale*
- Contratti ad effetti reali*
v. *Mora del creditore, Effetti legali*
- Contratto preliminare: esecuzione in forma specifica*
 - offerta del prezzo: V, 16
- Contratto preliminare di vendita di cosa altrui*
 - rifiuto del promissario acquirente di contrarre con il terzo proprietario del bene: II, 8
- Convalida*
v. *Accertamento giudiziale*
- Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili e principi internazionali*
 - deposito del bene rifiutato dal creditore: I, 10
 - rimedi contro il difetto di cooperazione: I, 10
 - rimedi in forma specifica contro la reticenza del creditore: I, 10
 - vendita per conto del creditore e deposito del prezzo: I, 10
- Cooperazione*
 - collaboratori del creditore: II, 9
 - concorso congiunto di più creditori:
 - — in relazione all'offerta: III, 3
 - — in relazione al deposito: V, 3
 - difetto di cooperazione:
 - — identificazione: II, 5
 - — — rifiuto del creditore di rilasciare quietanza: II, 5
 - — — in relazione alle prestazioni di dare: II, 7
 - — — in relazione alle prestazioni di fare: II, 8
 - — — preliminare di vendita di cosa altrui. Rifiuto del promissario acquirente di contrarre con il terzo proprietario del bene: II, 8
 - — — onere della prova: II, 4
 - qualificazione della cooperazione:
 - — come obbligo accessorio rispetto alla prestazione: I, 9; I, 12
 - — come oggetto di obbligazione nei sistemi continentali: I, 9
 - — come oggetto di obbligazione nei principi internazionali: I, 10
 - — come oggetto di obbligazione nei sistemi di *common law*: I, 7
 - — come oggetto di onere nella dottrina italiana: I, 12

- — come oggetto di onere nella dottrina tedesca: I, 11
- — come oggetto di onere od obbligo nel diritto applicato: I, 14

Delegazione di pagamento

v. *Motivo legittimo*

Deposito liberatorio

- accertamento giudiziale della validità: V, 7
- accettazione del creditore: V, 4; V, 8
- ambito di applicazione, in relazione all'offerta: V, 14; V, 15
- azione per il corrispettivo pecuniario (rapporto): I, 16; V, 1
- cambiale: V, 18
- depositario (individuazione del): V, 4
- depositario (diritto di ritenzione): V, 10
- eccezione di deposito: V, 3
- estromissione del debitore dal processo: V, 19
- fondamento negoziale: V, 2
- intimazione di ricevere il bene: V, 4
- luogo: V, 4
- obbligazioni pecuniarie non estinguibili mediante denaro contante: V, 6
- oggetto: V, 3
- preceduto da offerta compiuta nelle forme d'uso: V, 1; V, 10
- preceduto dalla costituzione in mora del creditore: V, 1
- prelazione del coltivatore diretto: V, 17
- procedimento: V, 4
- procedimento semplificato: V, 18
- rinuncia del debitore alla revoca del deposito: V, 8
- riscatto del coltivatore diretto: V, 17
- ritiro del deposito
- — anteriore alla liberazione del debitore: V, 3
- — posteriore alla liberazione del debitore: V, 9
- spese: V, 10
- trasporto (procedimento semplificato): V, 18

- vendita coattiva e deposito del prezzo: V, 11 - V, 13
- vendita mobiliare (procedimento semplificato): V, 18
- verbale: V, 5

Diritto romano e tradizione romanistica

- abbandono della prestazione: I, 5
- BGB (influenza del diritto romano sulla redazione del): I, 6
- deposito: I, 5
- legislazione italiana (rapporto con): I, 3; I, 6
- limitazione della responsabilità del debitore al dolo e alla colpa grave: I, 5
- mora del creditore: I, 3
- rimborso delle spese sostenute dal debitore: I, 5

Eccezione di deposito: V, 3

Eccezione di inadempimento

- offerta di restituzione dell'immobile subordinata al pagamento dell'indennità di avviamento: IV, 11

Esibizione

v. *Offerta della prestazione*

Estromissione del debitore dal processo

- deposito del bene dovuto: V, 19

Forme d'uso

- offerta antecedente il deposito liberatorio: V, 1; V, 10
- offerta antecedente il sequestro liberatorio immobiliare: V, 10; V, 25
- offerta antecedente la vendita per autorità del debitore: V, 12
- offerta funzionale alla costituzione in mora del creditore di prestazioni di fare: III, 18 - III, 20
- offerta informale: III, 20

Frustration of purpose

- conseguenze:
- — nel diritto inglese: VI, 12
- — nel diritto statunitense: VI, 12

Frutti e interessi

v. *Mora del creditore, Effetti legali*

Impossibilità sopravvenuta della prestazione

- impossibilità di ricevere la prestazione (rapporto): VI, 2
- impossibilità di ricevere la prestazione non imputabile al creditore: VI, 12
- impossibilità temporanea di ricevere la prestazione: VI, 3
- imputabilità al creditore
- — criteri di imputazione: VI, 5; VI, 6
- — rimedi applicabili a tutela del debitore: VI, 7; VI, 8
- quale causa di liberazione del debitore di prestazioni di fare: V, 29
- quale causa di risoluzione parziale del rapporto di lavoro: IV, 21
- quale fattore preclusivo della costituzione in mora del creditore: VI, 1
- successiva alla costituzione in mora del creditore: v. *Mora del creditore, Effetti legali*

Impossibilità di ricevere la prestazione

- causa concreta del contratto (rapporto): VI, 2
- definitiva: VI, 2
- non imputabile al creditore: VI, 11; VI, 12
- temporanea: VI, 3

Intimazione

v. *Deposito liberatorio; Offerta della prestazione*

Lavoro (rapporto di)

- credito del lavoratore che subisce l'interruzione del rapporto (qualificazione): IV, 23
- dimissioni rassegnate dalla lavoratrice nel periodo successivo al matrimonio: IV, 18
- licenziamento illegittimo: IV, 19
- mora del creditore e rimedi sinallagmatici: IV, 14; IV, 15
- risoluzione automatica del rapporto di lavoro: IV, 18

- risoluzione (parziale) per impossibilità sopravvenuta della prestazione: IV, 21
- termine illegittimamente apposto al contratto: IV, 18
- trasferimento illegittimo del lavoratore: IV, 19
- trattamento di cassa integrazione guadagni non accordato, cessato, non prorogato: IV, 20

Liberazione coattiva del debitore

- debiti pecuniari non estinguibili mediante pagamento in contanti: V, 6
 - esecuzione forzata: V, 1
 - mora del creditore (rapporto): I, 1; I, 2; IV, 8; V, 1
 - prestazioni di fare: V, 28; V, 29
- v. *Deposito liberatorio; Sequestro liberatorio (mobiliare e immobiliare) ordinato dal giudice; Sequestro liberatorio immobiliare*

Locazione commerciale

- liberazione del conduttore dal pagamento del canone: IV, 12
- offerta di restituzione dell'immobile subordinata al pagamento dell'indennità di avviamento: IV, 11
- offerta formale di restituzione dell'immobile: IV, 12; IV, 13
- offerta informale di restituzione dell'immobile: IV, 12; IV, 13
- sequestro dell'immobile: IV, 12; IV, 13

Mora del creditore

- colpa del creditore (rilevanza): I, 11- I, 14
- condizione e *condicio iuris*: II, 2; III, 9
- definizione di: II, 1
- — carattere normativo del termine: II, 1
- deposito liberatorio (rapporto con): I, 1; I, 2
- diritto romano: I, 5
- diritto tedesco: I, 6
- effetti legali
- — cessazione: IV, 9

- — frutti e interessi: IV, 5
 - — imputazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione: IV, 2
 - — — contratti ad effetti reali: IV, 4
 - — — obbligazione del creditore (qualificazione): IV, 3
 - — rimborso delle spese relative all'offerta: IV, 8
 - — risarcimento del danno subito dal debitore e rimborso delle spese sostenute: IV, 6
 - — — qualificazione della responsabilità del creditore: IV, 7
 - — — diritto di ritenzione del debitore: IV, 7
 - — locazione commerciale: IV, 10 - IV, 13
 - obbligazioni naturali: II, 2
 - obbligazioni negative: II, 4
 - onere testamentario: II, 2
 - presupposti sostanziali:
 - — difetto della cooperazione necessaria per l'adempimento: II, 4; II, 5
 - — obbligazione in stato di eseguitività: II, 2
 - — v. *Motivo legittimo; Offerta della prestazione*
 - rapporto di lavoro: IV, 14 - IV, 24
 - risoluzione per inadempimento (rapporto con): I, 15
 - risoluzione per inadempimento anticipato (rapporto con): I, 16
- Mora del debitore*
- motivo legittimo di rifiuto: II, 11
 - offerta formale (rilevanza): IV, 8
- v. *Locazione commerciale*
- Motivo legittimo*
- abuso del diritto di credito: II, 10
 - buona fede: II, 10 - II, 12
 - colpa del creditore: II, 10
 - comunicazione: II, 15
 - credito assoggettato a pignoramento o a sequestro: II, 13
 - delegazione di pagamento: II, 13
 - inesattezza della prestazione: II, 10
 - interesse legittimo di diritto privato: II, 10
 - mora del creditore: II, 10; II, 11
 - mora del debitore: II, 11
 - offerta effettuata con cose altrui: II, 13
 - offerta effettuata mediante assegno: II, 14; III, 14
 - offerta formale non preceduta da offerta ordinaria: II, 12
 - offerta maliziosa: II, 12
 - offerta qualitativamente inesatta: III, 7
 - offerta tardiva: II, 12
 - opposizione di terzi al pagamento: II, 13
 - probabilità di pregiudizi alla persona o agli interessi patrimoniali del creditore: II, 14
 - rischio di revocatoria: II, 13
- Obbligazioni alternative*
- omessa individuazione dei beni fungibili da parte del creditore: III, 6
 - omesso esercizio della facoltà di scelta da parte del creditore: II, 6
- Obbligazioni indivisibili: III, 13*
- Obbligazioni naturali: II, 2*
- Obbligazioni negative: II, 4*
- Obbligazioni pecuniarie non estinguibili mediante pagamento in contanti:*
- liberazione del debitore: V, 6
 - modalità dell'offerta: III, 14
- Obbligazioni soggettivamente complesse*
- dal lato attivo:
 - — in relazione all'offerta: III, 3
 - — in relazione al deposito: V, 3
 - dal lato passivo:
 - — in relazione all'offerta: III, 4
 - — in relazione al deposito: V, 3
- Offerta della prestazione*
- accertamento giudiziale della validità: III, 21
 - accettazione del creditore: III, 22

- ambito di applicazione, in relazione al deposito: V, 14; V, 15
 - autore: III, 4
 - completezza: III, 5
 - destinatario: III, 3
 - effettuata con cose altrui: II, 13
 - effettuata mediante assegno: II, 14
 - effettuata sulla base di delegazione di pagamento: II, 13
 - esecuzione in forma specifica del contratto preliminare ed offerta del prezzo: V, 16
 - esibizione, quale componente dell'offerta formale: III, 1
 - esibizione, quale componente dell'offerta nelle forme d'uso: III, 18
 - formale non preceduta da offerta ordinaria: II, 12
 - formalità dell'offerta (in generale): III, 2
 - incompleta a causa del difetto di cooperazione: II, 14
 - informale: II, 12
 - intimazione, quale componente dell'offerta formale: III, 1
 - irrituale: III, 15
 - locazione commerciale (offerta formale di restituzione dell'immobile): IV, 12; IV, 13
 - luogo dell'offerta per intimazione: III, 10
 - luogo dell'offerta reale: III, 10
 - maliziosa: II, 12
 - modalità dell'offerta: III, 14
 - — offerta per intimazione: III, 17
 - — offerta reale: III, 16
 - — offerta nelle forme d'uso: III, 18; V, 1; V, 10
 - mora del debitore: IV, 8
 - obbligazioni indivisibili: III, 13
 - obbligazioni pecuniarie non estinguibili mediante pagamento in contanti: III, 14
 - prontezza ad adempiere (rapporto con): II, 3
 - pubblico ufficiale: III, 11
 - qualitativamente inesatta: III, 7
 - requisito della mora del creditore: II, 3; III, 1
 - (di) restituzione dell'immobile subordinata al pagamento dell'indennità di avviamento: IV, 11
 - rifiuto della prestazione opposto dal creditore anteriormente alla scadenza del termine di adempimento: II, 5; III, 1; III, 18
 - riserve del debitore: III, 13
 - somma non liquida: III, 5; III, 6
 - spese non liquide: III, 5
 - spese relative all'offerta: IV, 8
 - subordinata al consenso del creditore alla liberazione del bene: II, 5; III, 12
 - subordinata all'esecuzione della controprestazione: II, 5; III, 13; IV, 13
 - tardiva: II, 12
 - termine pattuito a favore del creditore: III, 8
 - vendita per autorità del debitore: V, 12
- Onere testamentario*: II, 2
- Operae praeteritae*
- costituzione in mora del datore di lavoro (preclusione): IV, 15; IV, 16
- Opposizione di terzi al pagamento*: II, 13
- Prelazione del coltivatore diretto (diritto di)*
- deposito del prezzo: V, 17
- Prestazioni di fare*
- costituzione in mora: III, 18 - III, 20
 - liberazione coattiva del debitore: V, 28; V, 29
 - nel diritto svizzero: V, 29
- Prontezza ad adempiere*: II, 3
- Quietanza*: II, 5
- Recesso del committente dai contratti di locatio operis*
- impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto del creditore: VI, 4
 - mora del creditore: II, 2
 - prestazioni di fare: V, 28

Rifiuto della prestazione

- opposto dal creditore anteriormente alla scadenza del termine di adempimento: II, 5; III, 1; III, 18

Riforma francese del diritto delle obbligazioni e dei contratti in generale

- legislazione previgente (rapporto con): I, 4
- liberazione coattiva del debitore: I, 4
- mora del creditore: I, 4

Rimedi contro il difetto di cooperazione

- *sedes materiae*, nel diritto italiano e francese: I, 4
- qualificazione della cooperazione e colpa del creditore (rilevanza della): I, 11 - I, 14
- rimedi contro l'inadempimento nei principi internazionali (rapporto con): I, 10
- rimedi contro l'inadempimento nei sistemi di *common law* (rapporto con): I, 7

Risarcimento del danno subito dal debitore e compensazione delle spese: IV, 6; IV, 7

Riscatto del coltivatore diretto (diritto di)

- deposito del prezzo: V, 17

Ritenzione (diritto di)

- del debitore: IV, 7
- del depositario: V, 10

Riserve e domande dell'appaltatore

- nell'appalto pubblico: II, 3; III, 1; VI, 9

Risoluzione per impossibilità sopravvenuta

- conseguenze:
 - nel diritto italiano: VI, 11; VI, 12
 - nei sistemi di *common law*: VI, 11; VI, 12
- del rapporto di lavoro: IV, 21
- impossibilità di ricevere la prestazione non imputabile al creditore: VI, 11; VI, 12

Risoluzione per inadempimento e risarcimento del danno

- appalto pubblico. Incompletezza o inadeguatezza del progetto esecutivo: VI, 9
- appalto pubblico. Sospensione dei lavori: VI, 9
- deposito liberatorio (rapporto con): I, 16
- mora del creditore (rapporto con): I, 15
- impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa imputabile al creditore: VI, 8
- rifiuto della prestazione quale inadempimento anticipato: I, 16
- vendita mobiliare (risoluzione di diritto a favore del venditore): I, 9; I, 16

Ritiro del deposito

- anteriore alla liberazione del debitore: V, 3
- posteriore alla liberazione del debitore: V, 9

Sequestro liberatorio (mobiliare e immobiliare) ordinato dal giudice

- domandato *ante causam*: V, 21; V, 22
- legittimazione: V, 21
- presupposti:
 - controversia relativa all'esistenza o all'attuazione del rapporto obbligatorio: V, 20
 - offerta delle somme o delle cose dovute: V, 20
- procedimento: V, 22
- ragione e funzione: V, 20
- revoca: V, 22; V, 26
- rito cautelare uniforme: V, 20 - V, 22
- sequestro liberatorio immobiliare (distinzione): V, 21; V, 23

Sequestro liberatorio immobiliare

- accertamento giudiziale della validità: V, 27
- accettazione del creditore: V, 24
- deposito liberatorio (analogia con): V, 24

- fondamento negoziale: V, 26
 - locazione commerciale: IV, 12; IV, 13
 - preceduto da offerta effettuata nelle forme d'uso: V, 10; V, 25
 - revoca: V, 26
 - sequestratario (individuazione e nomina): V, 24; V, 25
 - sequestro liberatorio ordinato dal giudice (distinzione): V, 23
- Solidarietà*
- attiva, v. *Obbligazioni soggettivamente complesse*
 - passiva, v. *Obbligazioni soggettivamente complesse*
- Spese*
- relative al deposito: V, 10
 - relative all'offerta: IV, 8
 - sostenute dal debitore in conseguenza del difetto di cooperazione: IV, 6
- Stallie e controstallie*: II, 8
- Trasporto (contratto di)*
- deposito liberatorio semplificato: V, 18
 - impossibilità sopravvenuta della prestazione: VI, 12
- Vendita "per autorità del debitore" e deposito del prezzo*
- autorizzazione alla vendita: V, 12
 - compensazione tra il debito avente ad oggetto il pagamento della somma ricavata dalla vendita e il credito relativo al corrispettivo pattuito: V, 13
 - deposito del prezzo: V, 13
 - funzione: V, 11
 - legislazione francese: V, 11
 - obbligatorietà o discrezionalità del rimedio: V, 11
 - preceduta da offerta formale: V, 12
 - preceduta da offerta nelle forme d'uso: V, 12
 - presupposti: V, 12
 - vendita in danno del debitore inadempiente (distinzione): V, 11
- Vendita di beni mobili (contratto di)*
- deposito liberatorio semplificato: V, 18
 - risoluzione di diritto a favore del venditore: I, 9; I, 16
- Verbale*
- deposito: V, 5
 - — notificazione al creditore assente: V, 5
 - offerta per intimazione: III, 17
 - offerta reale: III, 16
 - — notificazione al creditore assente: III, 16
 - sequestro liberatorio ordinato dal giudice: V, 22
 - — notificazione al creditore assente: V, 22