



CAMERA CIVILE DI FIRENZE

# Le Corti Fiorentine

Rivista di diritto e procedura civile

*Quadrimestrale di giurisprudenza e dottrina*

Anno IV

n. 2/2017



**Edizioni Scientifiche Italiane**

**Direttore Responsabile:** Carlo Poli

**Comitato di Direzione:** Francesco Alcaro, Giuseppe Caglia, Francesca Cappellini, Anna Carla Nazzaro, Carlo Poli, Vincenzo Putorti

**Comitato Scientifico:** Niccolò Abriani, Claudio Cecchella, Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Di Nubila, Mariacarla Giorgetti, Adolfo Di Majo, Giuseppe Morbidelli, Ilaria Pagni, Massimo Palazzo, Giovanni Passagnoli, Pietro Perlingieri, Andrea Proto Pisani, Giuliano Scarselli

**Comitato Editoriale:** Anna Basetti Sani Vettori (coordinatrice), Agnese Alamanni, Massimo Aragiusto, Gianni Baldini, Andrea Bucelli, Giuseppe Ferrara, Lorenzo Ferrara, Antonio Gorgoni, Daniela Marcello, Enrico Mucci, Paolo Pisani, Gabriele Salvi, Emanuele Taccetti

**Comitato di Valutazione:** Angelo Barba, Vincenzo Barba, Roberto Calvo, Enrico Camilleri, Alessandro Ciatti, Cristiano Cicero, Maria Antonia Ciocia, Nicola Cipriani, Giorgio Collura, Maria Vita De Giorgi, Giovanni D'Amico, Massimo D'Auria, Astolfo Di Amato, Pasquale Femia, Gilda Ferrando, Fiorenzo Festi, Antonio Flamini, Manolita Francesca, Giampaolo Frezza, Stefania Giova, Attilio Gorassini, Ugo Grassi, Mariassunta Imbrenda, Elena La Rosa, Raffaele Lenzi, Lorenzo Mezzasoma, Mauro Orlandi, Stefano Pagliantini, Giovanni Perlingieri, Stefano Polidori, Massimo Proto, Geremia Romano, Vito Rizzo, Antonella Tartaglia Polcini, Saverio Ruperto, Tommaso Vito Russo, Maddalena Semeraro, Chiara Tenella Sillani, Raffaele Tommasini, Immaculada Vivas Tèson

**Criteri di valutazione e di selezione dei contributi:** La Rivista sottopone i contributi destinati alla pubblicazione a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. double blind peer-review). A tale fine il comitato di direzione si avvale di due componenti del comitato di valutazione e/o di componenti esterni. Il giudizio potrà essere positivo, positivo con l'indicazione della necessità di apportare modifiche, negativo. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei referee sarà il comitato di direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando un'ulteriore valutazione a terzi. Il comitato di direzione ha la facoltà di nominare per il referaggio anche membri del comitato scientifico. Per i saggi che richiedano particolari e specifiche competenze in ragione del settore scientifico disciplinare cui afferiscono e/o della loro natura interdisciplinare potrà essere nominato dal comitato di direzione un referee esterno non facente parte né del comitato di valutazione, né di quello scientifico (c.d. componenti esterni). Non verranno sottoposti a referaggio la selezione delle massime e delle sentenze, le note bibliografiche e le note redazionali.

**Hanno collaborato a questo numero:** Avv. Agnese Alamanni (Foro di Firenze); Avv. Anna Basetti Sani Vettori (Foro di Firenze); Avv. Giuseppe Ferrara (Foro di Firenze); Avv. Lorenzo Ferrara (Foro di Firenze); Avv. Daniela Marcello (Foro di Firenze); Avv. Enrico Mucci (Foro di Firenze); Prof. Stefano Pagliantini (Università di Siena); Avv. Grazia Pengue (Foro di Firenze); Prof. Avv. Fabrizio Piraino (Università di Palermo); Prof. Avv. Vincenzo Putorti (Università di Firenze); Avv. Maurizio Sala (Foro di Milano); Avv. Gabriele Salvi (Foro di Prato).

Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5966 del 9 settembre 2014

## INDICE

### FOCUS

#### LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

- PROF. AVV. VINCENZO PUTORTI, La risoluzione mediante diffida ex artt. 1454 e 1662 c.c. p. 3
- PROF. STEFANO PAGLIANTINI, La risoluzione per inadempimento del Duemila p. 29
- PROF. AVV. FABRIZIO PIRAINO, Il danno da risoluzione p. 49

### GIURISPRUDENZA

- Tribunale per i minorenni di Firenze, decreto di riconoscimento di sentenza straniera dell'8 marzo 2017, Pres. Dott. Laura Laera, Rel. Dott. Rosario Lupo, con nota dell'Avv. GABRIELE SALVI, *Adozione omogenitoriale: il riconoscimento in Italia della sentenza estera di adozione di minori esterni alla coppia* p. 93
- Tribunale di Firenze, sentenza del 24 gennaio 2017, Dott. Alessandro Ghelardini, con nota dell'Avv. GRAZIA PENGUE, *La disciplina del saggio degli interessi moratori introdotta dal D.L. n. 132/2014 come emendato in seguito della legge di conversione n.162/2014 - I nuovi commi dell'art.1284 c.c. - Applicabilità in presenza di domanda generica al pagamento degli interessi legali* p. 135
- Corte di Appello di Firenze, sentenza n. 189 del 26 gennaio 2017, Pres. Dott.ssa Simonetta Afeltra, Cons. Est. Dott. Edoardo Monti, con nota dell'Avv. MAURIZIO SALA, *Il perfezionamento della notifica a mezzo posta elettronica certificata* p. 153

### RASSEGNA DI MASSIME

#### **Persone e famiglia**

La separazione personale dei coniugi e lo scioglimento del matrimonio: obblighi di mantenimento ed affidamento dei figli minori p. 169

#### **Responsabilità civile**

Il danno da lesione al diritto all'autodeterminazione nel caso di omesso consenso informato ai trattamenti sanitari p. 177

**L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932  
c.c.** p. 190

**Questioni processuali**  
La mediazione c.d. delegata e la mediazione obbligatoria: termini e sanzioni per la  
mancata attivazione p. 202

**Giurisprudenza tributaria** p. 209

## LA RISOLUZIONE MEDIANTE DIFFIDA EX ARTT. 1454 E 1662 C.C.

SOMMARIO: 1. I termini del problema – 2. I presupposti della diffida ad adempiere ex art. 1662 c.c.: a) l'inadempimento in corso d'opera – 3. I caratteri dell'inadempimento. Il parallelismo con l'art. 1454 c.c. – 4. (Segue). Diffida ad adempiere e gravità dell'inadempimento – 5. Il rapporto tra il rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c. quello previsto dall' art. 1668 II° comma c.c. – 6. Diffida ad adempiere ex art. 1662 c.c. e azione generale di risoluzione – 7. Conclusioni

## 1. I termini del problema.

I rapporti che intercorrono tra le previsioni normative di cui all'art. 1662 c.c. e le norme dettate nella parte generale del contratto che disciplinano la risoluzione per inadempimento sono stati oggetto, anche di recente, di particolare attenzione da parte degli interpreti<sup>1</sup>. Attenzione che è testimoniata dai numerosi contributi pubblicati nell'ultimo decennio e dalla non sempre univoca posizione assunta dalla giurisprudenza, la quale ha spesso mutato indirizzo.

L'art. 1662 II° comma c.c. – è noto – sancisce lo scioglimento anticipato del contratto là dove l'appaltatore, durante l'esecuzione dei lavori, non si sia attenuto

<sup>1</sup> *Ex multis*, vedi V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, p. 40 ss.; RUBINO, *Dell'appalto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1961, p. 161 s.; D. RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, 4<sup>a</sup> ed., in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 304 s.; O. CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 687; *id.*, voce *Appalto*, (*Dir. priv.*) in *Dig. IV sez. comm. I*, Torino, 1987, p. 165 ss.; S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti tra disciplina generale e norme speciali nell'appalto*, Napoli, 2004, p. 90 ss.; *Id.*, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 703 ss.; F. MARINELLI, *La verifica dell'opera e la garanzia per vizi e difetti*, in *L'appalto privato* a cura di Costanza, Torino, 2000, p. 113 s.; G. IUDICA, *Le asimmetrie dell'art. 1662 cod. civ.*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2015, p. 317 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, p. 150 ss.; S. PATTI, *La risoluzione per inadempimento in corso d'opera del contratto d'appalto*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e Polidori, II, *Singole fattispecie negoziali*, Napoli, 2009, p. 974 s. RUSSO E CRIACO, *L'appalto privato*, Padova, 2005, p. 384; F. ADDIS, *Le risoluzioni per inadempimento*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di Amadio e Macario, I, Bologna, 2014, A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica anticipata*, in *Contr. Impr.* 2015, p. 467 ss.; *id.*, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013; MAIONE-SERAFINI, *Il rapporto tra gli artt. 1453-1455 e gli artt. 1662 e 1668 c.c.*, in *Contratti*, 2007, p. 189 s.; G. MUSOLINO, in *Dei singoli contratti*, a cura di Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 91 ss.; L. FOLLIERI, *L'appalto tra rimedi sinallagmatici generali e speciali*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 213 ss.; V. PORRELLO, *Il diritto di verifica del committente nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 92 ss.; V. DI GREGORIO, *L'esecuzione del contratto: fase preparatoria e obbligazioni delle parti*, in *Tratt. contr.*, a cura di Roppo e Benedetti, III, *Opere e servizi, 1, Appalto, servizi professionali, cooperazione, distribuzione, marketing, cooperazione fra imprese*, Milano, 2014, p. 181 ss.; E. GUERINONI, *L'esecuzione dell'appalto*, in *L'appalto privato e pubblico*, in *Nuova giur. dir. civ. e comm.* Bigiavi, Torino, 2013, p. 202 ss.

alle prescrizioni stabilite dalle clausole contrattuali, ovvero abbia disatteso le regole dell'arte<sup>2</sup> e abbia lasciato trascorrere infruttuosamente il congruo termine che il committente gli ha assegnato per consentirgli di conformarsi alle indicazioni da lui impartite<sup>3</sup>. Disciplina, questa, che viene considerata speciale perché destinata ad operare prima che la prestazione sia divenuta esigibile<sup>4</sup> e asimmetrica rispetto alle regole generali stabilite in materia di risoluzione, poiché prevista in favore del solo committente, potendo l'appaltatore far valere l'inadempimento della controparte esclusivamente attraverso i comuni rimedi di cui agli artt. 1453 ss c.c.<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> L'art. 1662 I° comma prevede due distinte ipotesi. La prima riguarda il caso in cui l'appaltatore non si attenga alle prescrizioni negoziali, utilizzando, ad esempio, materiali differenti da quelli prescritti o non osservi i tempi stabili per l'esecuzione dell'opera, l'altra è quella della violazione delle regole dell'arte, che ricorre allorquando l'appaltatore segua tecniche e metodi di lavoro non rispondenti a tali regole, non conformandosi ai criteri generali previsti per quel determinato tipo di *opus* (G. MUSOLINO, *I poteri di verifica del committente durante l'esecuzione del contratto di appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1, 2002, p. 83).

<sup>3</sup> Nonostante si tratti di una norma nuova rispetto alla locazione d'opera, la giurisprudenza, anche sotto il vecchio codice, ammetteva che il committente potesse agire per lo scioglimento del vincolo obbligatorio ancor prima della scadenza del termine fissato per l'adempimento. Considerata l'esecuzione prolungata del contratto, si riteneva, infatti, che fosse poco ragionevole non concedere al committente alcuna forma di tutela là dove l'esecuzione dei lavori era difforme dalle prescrizioni contrattuali e dalle regole dell'arte. Di qui il riconoscimento del potere di verificare e controllare la conformità dell'opera e, in caso di vizi o difetti, agire con la diffida ad adempiere.

<sup>4</sup> *Ex multis*, vedi RUBINO-IUDICA, *op. cit.* p. 309; O. CAGNASSO, *voce Appalto*, *cit.*, p. 169; P. DE BON, *Appalto privato. Cause di scioglimento del contratto*, in *Recesso e risoluzione nei contratti* a cura di De Nova, Milano, 1994, p. 448 ss; E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, p. 150 ss; RUSSO E CRIACO, *op. cit.*, p. 384; G. MUSOLINO, *Dei singoli contratti*, *cit.*, p. 95 ss.

<sup>5</sup> In relazione al rapporto tra regole generali e norme speciali in materia di appalto, vedi N. LIBARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Atti del Convegno, Pisa, 25-26 maggio 2007, a cura di Navarretta, Milano, 2007, p. 8 s.; U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, *cit.*, p. 61 s.; P. PERLINGHERI, *Lezioni di diritto civile*, 1993, p. 207; G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 649 ss G. IUDICA, *op. cit.*, p. 320; S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, *cit.*, p. 36 ss; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, in *Tratt. respons. Contr. II, I singoli contratti*, diretto da Visintini, Padova, 2009, p. 254 ss.; F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di Cuffato, Torino, 2011, 301 ss.; G. MUSOLINO, *Norme generali e norme speciali per le obbligazioni nascenti dal contratto di appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, II, 233 ss.; MAIONE E SERAFINI, *op. cit.*, p. 187 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 51 ss.; Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova 2011; Id. *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. Impr.*, 1988, p. 327 ss.; P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ivi* 1988, p. 801 ss.; E. GABRIELLA, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 705 ss.; M. GORGONI *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, Torino, 2005; p. 143 ss.; G. VERTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. privato*, 2004, p. 313 ss.; id. *Il contratto del terzo millennio*, in *Persona e merc.*, 2010, 3, p. 216 ss., che richiama il dibattito sulla preminenza della parte generale o di quella speciale all'interno del codice, per

Si tratta, peraltro, di un'asimmetria che viene tradizionalmente giustificata dalla natura del contratto di appalto e della preminenza attribuita all'interesse del committente alla realizzazione dell'opera o del servizio secondo le regole dell'arte o le modalità concordate. Cosicché, di fronte al mancato adeguamento dell'appaltatore alle condizioni fissate dal committente, quest'ultimo ha il potere di intervenire tempestivamente al fine di assicurarsi il corretto ed esatto risultato finale, pena la risoluzione anticipata del vincolo se la controparte disattende le sue indicazioni

In realtà, è proprio tale peculiarità che ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza ad interrogarsi sul rapporto esistente tra la disciplina dettata dall'art. 1662 II° comma c.c. e quella prevista dagli artt. 1453 ss c.c.; a chiedersi, cioè, se i rimedi previsti da tali ultime disposizioni siano alternativi o concorrenti con quelli previsti in tema di appalto. E in particolare se, in presenza di un inadempimento in corso d'opera, la disciplina prevista dall'art. 1662 c.c., in quanto speciale o eccezionale, escluda l'operatività delle norme generali sulla risoluzione, oppure se le due regolamentazioni siano tra loro concorrenti.

A tal riguardo, è dato rilevare, nondimeno, che le norme sui singoli contratti hanno assunto oggi un ambito di operatività ben più ampio di quello che veniva loro riconosciuto in passato, essendo destinate ad operare non solo all'interno dello schema contrattuale per il quale sono state espressamente previste, ma in tutti i contesti nei quali si ravvisino le medesime esigenze di tutela<sup>6</sup>. Esse, attraverso un procedimento di astrazione, possono infatti elevarsi a disposizioni idonee a disciplinare una pluralità di fattispecie connotate da una medesima *ratio* rimediale, così come accade proprio in relazione all'art. 1662 II° comma c.c., la cui operatività non può più considerarsi circoscritta al solo contratto d'appalto<sup>7</sup>, ma si estende a

stigmatizzare il mutamento della situazione di fronte alla crisi dei codici.

<sup>6</sup> In questo senso, vedi G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 739, che sottopone a revisione critica l'opinione secondo la quale le regole ritenute eccezionali rispetto alle norme generali sul contratto avrebbero un campo d'azione limitato alla singola fattispecie alla quale si riferiscono, poiché l'eventuale carattere di eccezionalità di una norma non esclude affatto che la stessa possa essere applicata in tutti i contesti nei quali ricorrano le medesime esigenze di tutela.

<sup>7</sup> Da questo punto di vista, è opportuno precisare che nel contratto di appalto le norme di diritto comune esplicano una triplice importante funzione. Innanzitutto, forniscono i criteri di riferimento per inquadrare ed interpretare la disciplina speciale. In secondo luogo, consentono di integrare le disposizioni particolari dettate per l'appalto, relativamente a quanto da esse non espressamente previsto, in tal modo concorrendo a regolare la fattispecie concreta, oppure a disciplinarla in via esclusiva là dove manchi una normativa speciale. Infine, possono essere utilizzate anche in alternativa a quelle speciali, lasciando al committente la scelta se avvalersi delle une o delle altre, Cfr. S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 90 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto*, cit., p. 150 ss., secondo il quale, al fine di stabilire quali norme si possano adattare agli appalti di servizi,

tutte le ipotesi nelle quali l'esecuzione della prestazione richiede necessariamente il preventivo compimento di un'attività preparatoria *lato sensu* intensa<sup>6</sup>.

Nelle pagine seguenti, traendo spunto dagli approdi della giurisprudenza e della dottrina e seguendo una logica che non è più incentrata esclusivamente sulla dicotomia norme generali – norme speciali, si tenderà, quindi, a ricostruire sistematicamente il concetto di inadempimento in corso d'opera (c.d. inadempimento anticipato) – da intendersi nel duplice senso che i lavori si stanno ancora svolgendo e che non è ancora scaduto il termine finale stabilito dalle parti o dal giudice – per poi valutare quali siano gli altri presupposti a cui è ancorato il rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c. ed i concreti rapporti esistenti tra esso e le altre tecniche risolutorie previste dagli artt. 1453 ss. e 1668, II comma c.c.

## 2. I presupposti della diffida ad adempiere ex art 1662 c.c.: a) l'inadempimento in corso d'opera.

E' affermazione comune in dottrina e giurisprudenza quella secondo la quale, in presenza di un inadempimento non definitivo – ossia là dove l'appaltatore, durante l'esecuzione dei lavori, non si sia attenuto alle prescrizioni negoziali stabilite dalle clausole contrattuali, dal progetto o dalle sue specifiche, ovvero abbia disatteso le regole dell'arte che devono guidare la sua attività oppure, ancora, si sia opposto all'esecuzione del controllo e delle verifiche richieste dal committente – quest'ultimo abbia a disposizione due strade<sup>7</sup>. La prima è di recedere dal contratto

*occorre aver riguardo non al tenore letterale, bensì alla loro compatibilità intrinseca. Infatti, mentre alcune norme menzionano anche il termine servizio (v., ad esempio, gli artt. 1656, 1671 e 1676 c.c.), altre contengono solo il termine opera e ciononostante sono applicabili anche all'appalto di servizi (cfr. artt. 1659, 1660, 1662 1664 2° comma, 1665, 1666, 1667, 1668 2° comma, 1672 e 1675 c.c.).*

<sup>6</sup> G. ORIO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.* 1943, I, p. 458 ss; Id. In *Scritti giuridici, III, Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, 219 ss; N. IRELLI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1996, p. 107; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 5 ss; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit. p. 85 e 193 ss; S. PAPPÀ, *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto d'opera*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 521 ss; M. SICRIF, *Appunti critici sui contratti di durata*, in *Dir. e prat. comm.*, 1940, p. 290 ss; S. SANCIGIACCA, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 128 ss; S. PALADINIS, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, p. 86 ss; M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 89 ss; F. LERZANELLO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012, p. 37 ss.

<sup>7</sup> M. SICRIF, *Appalto. Trasporto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ.*, Grosso e Santoro Passarelli, V, 4, Milano, 1966, p. 8; C. GIANNIANTONIO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu Messineo, Milano, 1977, p. 161 ss; S. PAPPÀ, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit. p. 62 ss; M.A. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, p. 293 ss; M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 345 ss; Cass., II febbraio 2005, n. 2752, che ha qualificato come attuale inadempimento l'opposizione dell'appaltatore all'esecuzione del controllo da parte del committente, anche laddove manifestata attraverso un comportamento rivolto a rendere materialmente impossibile l'esecuzione stessa come, ad esempio, attraverso l'ingustificata e prolungata chiusura del cantiere.



ex art. 1671 c.c., con conseguente obbligo di tenere indenne la controparte delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno, indipendentemente da un'eventuale colpa dell'appaltatore<sup>10</sup>. La seconda è di avvalersi del rimedio previsto dall'art. 1662, II° comma c.c., chiedendo l'eliminazione delle difformità, dei difetti o dei vizi riscontrati all'esito delle verifiche o dei controlli effettuati, di guisa che, se l'appaltatore non si adegua alle direttive impartite, il contratto si risolverà automaticamente<sup>11</sup>.

Rimedio, quest'ultimo, che – a giudizio di molti – avrebbe carattere eccezionale e si discosterebbe dalle tecniche risolutive previste dagli art. 1453 ss. c.c., sia per il diverso modo di operare, sia perché si ricollegerebbe anche al pericolo di inadempimento<sup>12</sup>, e dunque ad una situazione nella quale, di norma, sono destinati ad operare solo i rimedi di tipo dilatorio e non anche quelli a carattere finale, qual è la risoluzione<sup>13</sup>. Secondo questi autori, infatti – a differenza di ciò che accade nell'ipotesi di diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c, in cui è necessaria l'esistenza di un inadempimento definitivo, ossia la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta – il rimedio di cui all'art. 1662 c.c. sarebbe azionabile, invece, prima che la prestazione sia divenuta esigibile, e dunque in un momento in cui non potrebbe stabilirsi se alla scadenza contrattuale l'*opus* verrà completato o meno a regola d'arte<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Cass. 8 marzo 2017 n. 5879, secondo la quale in caso di recesso unilaterale del committente ai sensi dell'articolo 1671 del c.c. grava sull'appaltatore, che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, l'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto da lui conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, costituito dalla differenza tra il prezzo globale pattuito e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere, restando salva per il committente la facoltà di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi, ovvero gli ha procurato vantaggi diversi. In questo senso vedi pure Cass. 2 maggio 2011, n. 9645 G. IUDICA, *op. cit.*, p. 355; F. MARINELLI, *La verifica dell'opera*, cit. p. 114; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 300 ss.; RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, 1966, p.553; M. DE TILIA, *L'appalto privato*, 2007, 289 ss.

<sup>11</sup> Per evitare la risoluzione è necessario peraltro che l'appaltatore, alla scadenza del termine, abbia sanato le irregolarità, e non già abbia iniziato a porvi riparo (Cass. 26 marzo 1983 n. 2153, *Contra* RUBINO IUDICA, *op. cit.*, p. 288).

<sup>12</sup> F. PIRAINO, *Inadempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli 2011, p. 214, che considera eccezionale l'art. 1662 c.c. in quanto prevede un mezzo di autotutela invocabile per irregolarità che probabilmente non costituiscono neppure inadempimento in senso proprio, né tanto meno inadempimento definitivo, vista l'attuale pendenza del termine per il completamento dell'opera o del servizio.

<sup>13</sup> B. GRASSO, *Inadempimento e risoluzione del contratto di rent to buy alla luce dei principi generali, in Rent. to buy tra fattispecie e procedimento. Studio sull'autonomia negoziale* a cura di Franco, Napoli, 2017 p. 217 ss; F. ADDIS, *"Il mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p.121 ss.

<sup>14</sup> G. IUDICA, *op. cit.*, p. 320, secondo il quale l'art. 1662 c.c non sanzionerebbe l'inadempimento del contratto, ma l'atteggiamento dell'appaltatore che si rifiuta di eseguire, o comunque che non esegue,

In particolare, tale indirizzo muove dal presupposto che la nozione di inadempimento si ricolleggi esclusivamente alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione finale, coincidendo con il mancato conseguimento del bene o del risultato da parte del creditore. Di qui il corollario secondo il quale là dove la prestazione non sia esigibile, nessun inadempimento in senso tecnico potrebbe verificarsi e nessun rimedio a carattere finale potrebbe trovare ingresso<sup>15</sup>. Il che spiegherebbe il carattere eccezionale della diffida *ex art. 1662 II° comma c.c.*, la quale, proprio perché è esperibile *pendente die* sarebbe collegata all'esistenza di un inadempimento temporaneo e non definitivo o al mero pericolo che in futuro detto evento possa verificarsi<sup>16</sup>.

Diversamente, ad una più articolata e convincente soluzione è possibile giungere se si considera la prestazione non come singolo atto, bensì come attività<sup>17</sup>, comprensiva dell'intera fascia di comportamenti che il debitore durante l'*iter* attuativo del rapporto è tenuto ad osservare per dare piena e completa attuazione al complessivo assetto di interessi sotteso al rapporto obbligatorio<sup>18</sup>. Il che significa adottare una nuova e più attuale concezione dell'obbligazione, di tipo non già statico, astratto e dogmatico – diretta a cristallizzare il vincolo obbligatorio,

le direttive del committente e che non pone rimedio a quei difetti o a quelle deviazioni rispetto alle regole del capitolato o dell'arte, che il committente ha riscontrato nelle verifiche e nei controlli in corso d'opera.

<sup>15</sup> D. RUBINO, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, p. 62, nota a Cass., 17 agosto 1949, n. 1231; e ora in *Scritti Giuridici*, Milano 1970, p. 241 ss, di cui le successive citazioni, il quale nega che la dichiarazione di non voler adempiere legittimi la risoluzione immediata del contratto, riconoscendo al creditore, in tal caso, soltanto la possibilità di ottenere una sentenza di risoluzione in futuro, la quale, una volta scaduto il termine, se il debitore adempie, rimane priva di effetti, con conseguente addebito delle spese giudiziali all'attore.

<sup>16</sup> G. IUDICA, *op. cit.*, p. 319; F. MARINELLI, *La verifica dell'opera*, *cit.*, p. 113 ss.; G. MUSOLINO, in *Dei singoli contratti*, *cit.*, p. 91 ss.; L. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 526.

<sup>17</sup> R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, pp. 554 ss., che rileva come il nostro sistema indichi quale contenuto dell'obbligo, alla cui attuazione è deputato l'adempimento, "un contegno, un comportamento, una attività personale, in definitiva la prestazione intesa in senso subiettivo". Sul tema vedi pure F. ALCARO, *Statica e attività nel rapporto tra soggetto e attività: processo di circolarità. Nuove prospettive funzionalistiche*, in *Il diritto civile oggi, Compiti scientifici e didattici del civilista, Atti del 1° Convegno Nazionale S.i.s.di.c.*, Napoli, 2006, p. 253 secondo il quale è proprio la prospettiva funzionale e dinamica a dimostrare che la giuridicità di un fenomeno non va ricercata solo nel dato strutturale e nella sua formale sistemazione, ma anche "nella fisiologica dinamica dell'esplicarsi delle situazioni in seno all'attività"; id. *L'attività: profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli, 1996, p. 23 ss., dove si mettono in evidenza i positivi riflessi che possono derivare in sede di attuazione del rapporto obbligatorio là dove si accolga del fenomeno giuridico una visione funzionale e dinamica.

<sup>18</sup> A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca (artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, p. 116. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, Iudica-Zatti, Milano, 1991, p. 10 ss.

astruendolo dal titolo che lo origina e dalle vicende che ne caratterizzano l'attuazione – bensì di tipo dinamico funzionale, tesa cioè a considerare il rapporto come vicenda complessa e dinamica, in cui le varie tappe nelle quali esso si articola facciano emergere “tanto le relazioni intertemporali quanto le relazioni causali dei fatti”, consentendo una più precisa “valutazione degli elementi nell’ambito della fattispecie causale dell’effetto finale”<sup>19</sup>.

Ponendosi in questa prospettiva e superando l'impostazione metodologica tradizionale di natura essenzialmente strutturalistica e formale, è possibile attribuire rilievo a tutti i concreti interessi che si ricollegano all'obbligazione e non soltanto a quello creditorio volto all'adempimento della prestazione contrattuale tipica<sup>20</sup>. Più precisamente, guardando al nesso di strumentalità necessaria che caratterizza le varie tappe della sequenza in cui il rapporto si articola, è dato rilevare come la nozione di inadempimento, nel contratto d'appalto – e più in generale in tutti i contratti nei quali l'atto solutorio finale richieda il compimento di un'attività preparatoria – vada ricostruita in modo più ampio, ricomprendendo in essa l'intera attività che l'appaltatore deve compiere per dare piena e completa attuazione all'interesse del committente<sup>21</sup>. Questo perché è proprio il nesso teleologico – finalistico che lega la fase preliminare a quella definitiva che permette di includere l'attività antecedente alla consegna dell'*opus* nel contenuto dell'obbligo dell'appaltatore, considerando la sua prestazione non più circoscritta al solo atto solutorio finale.

In altri termini, è il rilievo che in siffatti casi assume la fase preparatoria che induce a considerare l'omesso compimento della stessa come un'ipotesi di inadempimento autonomamente rilevante. Il che si verifica, però, solo là dove detta omissione generi, *pendente die*, una situazione gravemente pregiudizievole per l'esatta realizzazione dell'assetto di interessi programmato dalle parti, e dunque sia tale da far ritenere verosimile un totale, inesatto, o comunque non tempestivo, adempimento alla scadenza del termine fissato per il completamento dell'opera<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> E' questa la prospettiva di P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, II, p. 103 ss.; *Id. Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 83 ss.; *Id. La centralità del rapporto giuridico nel sistema di Mario Allara*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 138 ss.; *Id. La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, *ivi*, 2006, p. 425 ss., che qualifica il rapporto obbligatorio come “regolamento programmatico”, ossia come fenomeno che implica un riferimento differenziato a tutti i fattori sopra menzionati e che si attua in funzione della realizzazione dei concreti interessi in esso coinvolti.

<sup>20</sup> P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 231 ss.

<sup>21</sup> V. PUTORTÌ, *op. cit.*, p. 555 ss.; M. DELLACASA, *Le risoluzioni di diritto: la diffida ad adempiere*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo, Giuffrè, 2014, V, 2, 276 ss.

<sup>22</sup> In dottrina si è rilevato (A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato cit.*, p. 205) come gli artt. 1662 e 2224 c.c. esprimano un più ampio principio in virtù del quale è possibile considerare immediatamente

A tal fine, non è sufficiente, quindi, la mera omissione o inesatta esecuzione dell'attività preliminare, in quanto è necessario che, *ex ante*, secondo un giudizio oggettivo di prognosi postuma, analogo a quello di regolarità causale posto alla base dell'art.1223 c.c.<sup>23</sup>, la situazione esistente in corso d'opera lasci prevedere come ragionevolmente certa l'inattuazione del programma negoziale<sup>24</sup>.

Del resto, il concetto inadempimento anticipato, sebbene tragga origine dai sistemi di *common law*, ha dimostrato, nel corso degli anni, una forte carica espansiva, essendo stato formalizzato in una pluralità di testi e progetti di diritto contrattuale uniforme, in diverse convenzioni internazionali, ratificate anche dall'Italia, e in alcuni codici civili nazionali<sup>25</sup>. Testi, questi, che tendono ad identificare detto evento non già con il mero pericolo che in futuro si possa verificare un inadempimento definitivo, bensì con tutte le situazioni nelle quali, attraverso una valutazione oggettivamente accertabile, l'inadempimento della prestazione finale si riveli "*clear*", e cioè ragionevolmente certo (o altamente probabile)<sup>26</sup>. Più precisamente, occorre che dalle concrete circostanze esistenti al momento in cui la condotta viene posta in essere emerga la presenza di uno stato di fatto sostanzialmente equiparabile a quello che si sarebbe verificato dopo la scadenza del termine<sup>27</sup>.

Ai fini dell'operatività del rimedio previsto dall'art 1662 II° comma c.c. è necessario, quindi, che, durante l'esecuzione dei lavori, sia ragionevolmente certo che i vizi e difetti che colpiscono l'opera, ove non vengano rimossi o riparati, facciano sì che il risultato finale non abbia le caratteristiche e le qualità pattuite. Il che

responsabile il debitore che, con la sua condotta, pregiudica l'esecuzione della prestazione finale, omettendo di compiere, con la dovuta esattezza, l'attività a ciò necessariamente e funzionalmente preordinata.

<sup>23</sup> V. PUTORTI *op. cit.*, 96 ss, Richiama invece l'*id quod plerumque accidit* la prevalente giurisprudenza. Vedi, *ex multis*: Cass. 2 giugno 1992 n°6676, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1308 ss.

<sup>24</sup> Diversamente F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 215, secondo il quale la probabilità, anche se prossima alla certezza di un inadempimento futuro, mai potrebbe legittimare la risoluzione anticipata del contratto perché ciò comprimerebbe lo spazio dell'adempimento senza alcuna "autentica giustificazione e ne risentirebbe la vincolatività del contratto, la quale investe non solo i mezzi necessari all'attuazione dell'accordo, ma anche il tempo pattuito a tale scopo".

<sup>25</sup> Il riferimento è all'art. 72 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG); all'art. 9:304 dei *Principles of European Contract Law (PECL)*, all'art. 7.3.3 dei *Principles of international Commercial Contract (UNIDROIT)*; al par 318 dell'*Uniform Commercial Code*; all'art. III.-3:504 del *Draft common frame of reference*; all'art. 116 del progetto di regolamento per un diritto comune europeo della vendita 2011/635 (CESL) e al par 323 del BGB.

<sup>26</sup> G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 2 a ed., Padova, 2009, 703 e 706 s.

<sup>27</sup> G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. contr.*, diretto da Roppo, Giuffrè, 2006, p. 93, che sottolinea come l'inadempimento anticipato presupponga che vi sia un'impossibilità imputabile o sia certo il verificarsi di un inadempimento futuro. Mentre, ove si rilevi un mero pericolo di tale futuro inadempimento, i rimedi esperibili dal creditore sono quelli di natura sospensivo-dilatatoria.

presuppone, peraltro, che dette difformità siano emendabili<sup>28</sup> entro un “congruo termine”<sup>29</sup>, e cioè entro un periodo di tempo adeguato e ragionevole, tenuto conto dell’interesse del committente all’esatto adempimento, della situazione in cui versa l’appaltatore, della gravità dei vizi e difetti e delle concrete necessità richieste dal tipo di intervento da realizzarsi<sup>30</sup>.

3. I caratteri dell’inadempimento nella diffida ad adempiere ex art 1662 c.c. Il parallelismo con il rimedio di cui all’art. 1454 c.c.

Sulla scia delle considerazioni esposte, è dato rilevare che l’ingresso del rimedio risolutorio di cui all’art. 1662 II° comma c.c. richiede innanzitutto che i vizi e difetti di cui è affetta l’opera siano sanabili, e cioè – seguendo la terminologia corrente – che l’inadempimento dell’appaltatore sia temporaneo e relativo. Altrimenti, ove le irregolarità in cui l’appaltatore sia incorso durante l’esecuzione dei lavori non siano sanabili e rendano la costruzione dell’*opus* non più conforme alle condizioni pattuite o siano emendabili solo attraverso la demolizione totale della parte già realizzata e la ricostruzione *ex novo* dell’intera opera, nessuna funzione potrebbe svolgere l’assegnazione del c.d. “termine di grazia”<sup>31</sup>. E’ evidente infatti che, in

<sup>28</sup> A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d’opera dell’appalto*, cit. p.470, osserva che l’inesattezza riscontrabile nella realizzazione dell’attività preparatoria acquista rilevanza giuridica autonoma quando risulti ancora superabile attraverso una tempestiva “inversione di rotta” del debitore, che, anche con un incremento di produzione, sia ancora nelle condizioni di apprestare l’adempimento alla scadenza.

<sup>29</sup> Sulla congruità del termine contenuto nella diffida ex art. 1454 c.c. e sui criteri di valutazione della stessa, vedi Cass. 19 ottobre 2015 n. 21122; Cass. 23 maggio 2014 n. 11493; Cass. 6 aprile 2009 n. 8250, le quali hanno stabilito che il giudizio sulla congruità del termine deve prendere in considerazione sia l’interesse del debitore che quello del creditore e il sacrificio che quest’ultimo sopporta per l’attesa della prestazione. Di qui l’affermazione che là dove l’obbligazione sia divenuta attuale prima della diffida, il criterio di adeguatezza va commisurato non rispetto all’inizio della preparazione all’adempimento, ma rispetto al completamento di quella preparazione che si presume in gran parte compiuta. Tra i fattori che dovranno essere presi in considerazione possono ricordarsi, a titolo esemplificativo, oltre all’entità e gravità dei vizi, anche il grado di difficoltà richiesto dalla riparazione o demolizione – con conseguente ricostruzione dell’opera – e la facilità di reperimento dei materiali sul mercato (O.T. SCOZZAFAVA, *Risoluzione del contratto e diffida ad adempiere*, in *Riv. dir. comm.* 1982, p. 35 ss. F. MARINELLI, *La verifica dell’opera* cit., p. 110 ss. c, più di recente, MAIONE-SERAFINI, *op. cit.*, p. 191.

<sup>30</sup> In tal caso, l’appaltatore, mediante contro diffida, può comunque contestare la congruità del termine e chiedere un differimento dello stesso. Ove ciò accada, il committente dovrà rivolgersi al giudice ex art. 1183 c.c. ovvero accettare il nuovo termine indicato dall’appaltatore, dal momento che quest’ultimo, dichiarando di essere disposto ad adempiere, neutralizza la diffida della controparte (Cass., 30 marzo 1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 511 ss., con nota di M. LIPARI, *Inadempimento dell’appaltatore, “ordine di sospensione dei lavori” e recesso del committente*.

<sup>31</sup> Cass. 14 giugno 1990 n. 5828; Cass. 30 marzo 1980 n. 2236. L’intimazione ad adempiere è stata definita come una sorta “di prova d’appello” alla quale il creditore ricorre per evitare di dover sopportare i costi e le lungaggini di un giudizio riguardante un contratto la cui attuazione risulti già gravemente compromessa. (M. COSTANZA, in Nanni, Costanza e Carnevali, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 2, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 51, p. 436 ss.). In giurisprudenza, vedi Cass.

dette ipotesi, non potendo l'appaltatore porre rimedio alla situazione cui ha dato luogo con il suo inadempimento entro il “congruo termine”, la diffida perderebbe inevitabilmente la sua funzione tipica, che è quella di concedere al debitore un ulteriore *chance* di recupero del rapporto, pena l'immediato scioglimento del vincolo.

La sanabilità dell'inadempimento non è però un elemento tipico del solo rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c. Essa caratterizza anche la diffida prevista dall'art. 1454 c.c., poiché anche quest'ultima presuppone che l'inadempimento sia reversibile<sup>32</sup>, visto che anche in tale ipotesi se l'inadempimento fosse irrecuperabile non avrebbe senso concedere al debitore un ulteriore termine per l'esecuzione della prestazione. Ne segue che la dicotomia inadempimento temporaneo o relativo (che caratterizzerebbe la diffida *ex art* 1662 c.c.) e inadempimento definitivo o assoluto (che invece costituirebbe il presupposto del rimedio di cui all'art. 1454 c.c.), se intesa nel senso sopra esposto, non costituisce affatto un elemento idoneo a fondare la distinzione tra le due menzionate tecniche di tutela. Questo perché se l'inadempimento è assoluto, nel senso che l'esecuzione della prestazione è divenuta materialmente o giuridicamente impossibile o non corrisponda più all'interesse del creditore<sup>33</sup>, il rimedio esperibile, sia in corso d'opera che *post diem*, non sarà più la diffida, ma l'azione di risoluzione giudiziale prevista dall'art. 1453 c.c.

Analogamente è dato ritenere che l'operatività della diffida, sia nel caso di cui all'art. 1454 c.c., sia in quello disciplinato dall'art. 1662 II° comma c.c., prescinda da una valutazione sulla struttura soggettiva dei comportamenti dei contraenti<sup>34</sup>,

28 dicembre 2012 n. 23988, che ha considerato il termine ulteriore assegnato al debitore per adempiere come elemento caratterizzante la diffida che deve essere espresso e definito nettamente.

<sup>32</sup> R. SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, 3ª ed., II, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2016, p. 654.

<sup>33</sup> P. TRIMARCHI, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 161 ss; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, 1994, p. 3 ss.

<sup>34</sup>In giurisprudenza attribuiscono specifico rilievo al requisito di imputabilità dell'inadempimento: Cass. 29 novembre 2012 n. 21237; Cass. 6 febbraio 2007, n. 2553, in *Contratti*, 2007, 965, con nota di FONTANELLA; Cass. 13 marzo 2006, n. 5407, in *Obbl. contr.* 2006, p. 976 con nota V. PUTORTI, *Diffida ad adempiere e gravità dell'inadempimento*; Cass. 19 novembre 2002, n. 16291, in *Foro it.*, In dottrina, vedi: T. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p.124 ss.; F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p.199 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1980, p.278.ss.; G. AMADIO, *op. cit.*, p. 74 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Tratt. contr.*, diretto da Rescigno, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 2ª ed., II, Torino, 2006, p. 1719; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 2002, *sub art.* 1463, p. 18 ss.; A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1989, p. 1309, nt. 8.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Schlesinger* continuato da Busnelli, Milano, 2007, *sub art.* 1455, p. 160 ss. Escludono invece che l'inadempimento debba essere imputabile al debitore: Cass., 27 gennaio 1996 n° 639, in *Vita*

dal momento che detto giudizio, lungi dal rappresentare un carattere intrinseco dell'inadempimento, si rende necessario ai soli fini dell'accertamento della responsabilità del debitore. Più precisamente, esso è funzionale all'ingresso dei soli mezzi di tutela diretti a risarcire le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione *ex art.* 1218 c.c. e non anche ai fini dell'azionabilità dei rimedi tesi a reagire contro i contegni antigiuridici del debitore che abbiano vanificato o pregiudicato la realizzazione dell'assetto di interessi sotteso al rapporto obbligatorio, indipendentemente dalle conseguenze dannose che dette violazioni contrattuali hanno prodotto<sup>35</sup>.

In realtà, a differenza di quanto accade in presenza di un'azione di danni – dove la valutazione circa la riferibilità alla sfera di organizzazione e controllo del debitore delle circostanze che hanno precluso l'esatto adempimento è funzionale ad accertare se il debitore debba rispondere o meno delle conseguenze pregiudizievoli del proprio inadempimento<sup>36</sup> – ai fini dell'ingresso del rimedio risolutorio ciò che rileva è unicamente la mancata o inesatta esecuzione della prestazione causalmente ricollegabile alla condotta del debitore<sup>37</sup>. Tale rimedio, infatti, giustificandosi esclusivamente in funzione dall'inattuazione del rapporto contrattuale oggettivamente considerata, fa sì che le ragioni che hanno determinato l'inadempimento rimangano estranee alla *ratio* della tutela. Sicché è sulla base dell'incidenza che la mancata o inesatta esecuzione della prestazione esplica sull'economia generale del contratto e della unitaria e complessiva valutazione del comportamento del debitore, che può legittimarsi l'ingresso del rimedio risolutorio<sup>38</sup>.

Non solo, ma il parallelismo esistente tra la diffida di cui all'art. 1662 c.c. e quella prevista dall'art. 1454 c.c. induce a ritenere, altresì, che detta tecnica di tutela, in entrambi i casi, debba essere redatta in forma scritta<sup>39</sup> e contenere l'espressa

*Notarile* 1996, 853 e, risalendo nel tempo, Cass. 8 aprile 1987 n° 3446; Cass. 12 gennaio 1982 n° 132.

<sup>35</sup> Sul danno conseguente alla risoluzione e sui criteri di quantificazione per esso previsti, vedi F. PIRAINO, *Il danno da risoluzione*, in questo fascicolo.

<sup>36</sup> In quest'ottica, vedi: G. VISINTINI, L. CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, Torino, 1999, p. 209 ss.; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; L. MENGONI, *Obbligazioni di <<risultato>> e obbligazioni di <<mezzi>>*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 204 ss.; B. GRASSO, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e <<sanzione>> per inadempimento*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, I, *Diritto privato*, II, Milano, 1992, 653. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratto in generale*, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1972, p. 271 ss.

<sup>37</sup> E' questa l'impostazione di M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 29 ss.

<sup>38</sup> Cass. 30 gennaio 2013 n. 2217.

<sup>39</sup> D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 396, che trae argomento dalla previsione di cui all'art. 1219 c.c. *Contra* F. MARINELLI, *La verifica in corso*, cit., p. 110.

avvertenza che il protrarsi dell'inadempimento oltre il termine assegnato determina l'automatica risoluzione del contratto<sup>40</sup>. Infatti, né la differente formulazione dei due testi normativi, né l'asserita specialità del rimedio di cui all'art. 1662 c.c. sembrano costituire elementi idonei a far ritenere che ai fini risolutivi sia sufficiente che l'appaltatore non si uniformi alle indicazioni a lui impartite dal committente nel congruo termine assegnatogli, a prescindere dall'espresso avvertimento circa le conseguenze che da tale suo comportamento derivano<sup>41</sup>. L'incisività e la radicalità del rimedio risolutivo, per contro, rendono pressante l'esigenza che l'appaltatore venga comunque reso edotto per iscritto che, ove non conformi la sua attività alle regole dell'arte e alle previsioni contrattuali nel termine prefissato, si verificherà l'automatico scioglimento del vincolo obbligatorio<sup>42</sup>.

L'evidenziata corrispondenza esistente tra la diffida di cui all'art. 1662 II° comma c.c. e quella prevista dall'art. 1454 c.c. non esclude peraltro che esse abbiano un campo applicativo diverso, visto che quest'ultima è destinata ad operare nelle ipotesi di inadempimento *post diem*, mentre il rimedio previsto in materia di appalto trova il suo campo elettivo di applicazione nei casi di mancato o inesatto svolgimento dell'attività preliminare, che si traduce in un'opera affetta da vizi e difetti che, se non rimossi o riparati, rendano ragionevolmente certo che la prestazione finale non abbia le caratteristiche e le qualità pattuite.

#### 4. (Segue). Diffida ad adempiere e gravità dell'inadempimento.

L'aver chiarito che l'art. 1454 c.c. esprime il principio generale che integra e conforma la disciplina prevista per il rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c., implica che anche quest'ultima tecnica di tutela, sebbene venga esercitata in corso d'opera – e dunque presuppone un inadempimento anticipato nel senso sopra

<sup>40</sup> V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit. p. 38 ss, che osserva come il rimedio di cui all'art. 1662 c.c. sia soggetto alle stesse condizioni formali richieste per la diffida ex art. 1454 c.c., dovendo essere effettuato anch'esso in forma scritta e con l'avvertimento che "decorso inutilmente il termine assegnato il contratto deve intendersi senz'altro risolto", proprio per la gravità e l'incisività delle conseguenze che da esso derivano. In questo senso vedi pure S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 62 ss; M.A. IMBRENDA, *op. cit.*, p. 293 ss.; D. RUBINO-G. IUDICA, *op. cit.*, p. 286, i quali ritengono che la mancata espressa previsione dell'avvertimento di cui all'art. 1454 c.c. sia dovuto ad una dimenticanza del legislatore.

<sup>41</sup> Diversamente, A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera*, cit., p. 473, secondo il quale la mancata espressa indicazione, nella formulazione letterale dell'art. 1662 c.c., dei requisiti formali e contenutistici connotanti la diffida ad adempiere non può essere intesa come una lacuna normativa da superarsi attraverso l'integrazione dell'art. 1454 c.c. Essa, invece, induce a ritenere che la diffida ex art. 1662 c.c. possa essere formulata anche oralmente e non debba rendere adeguatamente edotto l'appaltatore delle conseguenze derivanti dalla mancata conformazione alla sue direttive, dal momento che lo scioglimento del rapporto dipende non già da una scelta esclusiva del committente, bensì costituisce "l'esito ineludibile della perdurante inesattezza attuativa da parte dell'appaltatore".

<sup>42</sup> Cass, 21 febbraio 2006, n. 372.



citato – sia sottoposta alla valutazione di cui all'art. 1455 c.c. Infatti, carattere centrale della diffida ad adempiere è proprio il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento, che si pone quale elemento normativo caratterizzante la funzione svolta dal rimedio, evitando che lo stesso venga utilizzato dal creditore per conseguire fini strumentali ed eterogenei<sup>43</sup>. Tant'è vero che con riguardo alla norma di cui all'art. 1454 c.c. molti autori rilevano come sia le origini storiche<sup>44</sup>, sia talune ragioni di ordine sistematico, inducano a considerare il requisito di gravità come elemento imprescindibile di siffatta tecnica di tutela<sup>45</sup>.

Così, pure, la giurisprudenza ha più volte precisato che il rimedio di cui all'art. 1454 c.c., rappresentando una forma di autotutela che si ricollega ad un negozio unilaterale, recettizio<sup>46</sup> e formale<sup>47</sup>, frutto di una scelta libera e individuale, che non può essere rimessa al mero arbitrio del creditore, va subordinato all'esistenza di un inadempimento di non scarsa importanza<sup>48</sup>. Questo perché è solo in tal

<sup>43</sup> A BELFIORE, *op. cit.*, p. 1308, che rileva come la *ratio* della diffida vada individuata nell'esigenza di evitare l'eterogeneità dei fini potenzialmente perseguibili mediante tale tecnica risolutiva, giuridicizzando "la mera rimeditazione sulla convenienza economica dell'affare concluso". Il presupposto della gravità dell'inadempimento ha suscitato ampio interesse in dottrina vedi ex multis P.GALLO, *Trattato del contratto*, Utet, 2010, III, p. 2113 ss.; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Giappichelli, 1995, p. 34 ss.; G. COLLURA, *L'importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Giuffrè, 1992; G. AMADIO, *op. cit.*, p. 123 ss.; G. VILLA, *Diffida ad adempiere, exceptio inadempti contractus e importanza dell'inadempimento*, in *I Contratti*, 1995, p. 518; G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 175 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.*, Iudica-Zatti, Giuffrè, 2011, 2a ed., p. 875 ss.

<sup>44</sup> In dottrina si è sottolineato come esistano serie ragioni per affermare che la diffida ad adempiere non possa prescindere dalla gravità dell'inadempimento, quali, ad esempio, le sue origini storiche – che mai hanno consentito al creditore di stabilire egli stesso la misura dell'inadempimento del debitore al fine di fissare il congruo termine (art. 307 II° comma del progetto D'Amelio Del codice di commercio del 1925) – la collocazione sistematica degli articoli sulla risoluzione, che lasciano intendere come la norma sulla diffida vada integrata con la disposizione successiva; l'interpretazione letterale da cui si ricava che, a differenza della altre ipotesi di risoluzione volontaria, la diffida non consente alcuna "contrattazione" sull'entità dell'inadempimento necessaria ai fini risolutivi. (R. SACCO, *op. cit.*, p. 813; M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 434 ss. e da ultimo S. PAGLIANTINI, *La risoluzione per inadempimento del duemila*, in questo stesso fascicolo, che rileva come sia da respingersi l'idea di una risoluzione stragiudiziale in autotutela subalterna a quella giudiziale, proprio per essere l'effetto ablativo riconducibile ad un inadempimento grave che viene eletto dal legislatore "a presupposto principale reggente una conformazione graduativa dei rimedi").

<sup>45</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 270, ha osservato, infatti, che l'art. 1455 c. c, essendo stato inserito dopo la previsione relativa alla risoluzione giudiziale ex art. 1453 c.c. ed a quella relativa alla risoluzione di diritto ex art. 1454 c.c., non possa che condizionare l'operatività di entrambi i rimedi.

<sup>46</sup> Sul carattere negoziale e recettizio della diffida, vedi: Cass Sez. Un. 5 giugno n. 14292.

<sup>47</sup> Sul formalismo della comunicazione di diffida, vedi: Cass 26 marzo 2002 n. 4310; Cass. 28 giugno 2001 n° 8844; in dottrina vedi U. NATOLA, *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 509 ss e più in generale, sul carattere formale degli atti unilaterali destinati ad estinguere il rapporto, N. IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985, p. 33 ss.

<sup>48</sup> Cass. 21 marzo 2014 n.6786; Cass. 29 novembre 2012 n. 21237; Cass. 18 aprile 2007 n. 9314; Cass. 13 marzo 2006 n. 5407, nella giurisprudenza amministrativa, vedi Cons. Stato 10 dicembre 2012 n.6297, in

modo che si evita una distorsione surrettizia della funzione connessa alla diffida ad adempiere, impedendo che basti una qualsiasi inadempienza perché il creditore ottenga lo scioglimento del vincolo obbligatorio<sup>49</sup>.

In realtà, è l'esigenza di garantire la conservazione del programma contrattuale, insita nell'assegnare al termine supplementare la funzione di recuperare il rapporto<sup>50</sup>, che, unitamente alla radicalità delle conseguenze che da tale rimedio discendono, spingono ad ancorare la diffida al requisito di gravità dell'inadempimento. Ciò al fine di far sì che, in virtù del principio di proporzionalità e adeguatezza che stanno alla base di ogni rimedio<sup>51</sup>, essa non solo "accorci" le distanze tra mezzo utilizzato e interesse tutelato,<sup>52</sup> ma, adeguando la sanzione all'entità della violazione, neutralizzi la possibilità per il creditore di farvi ricorso al solo scopo di liberarsi da un vincolo obbligatorio ritenuto non più vantaggioso.

*Foro amm.* CDS 2112, 275. Viceversa, escludono che nella diffida l'inadempimento debba essere grave Cass. 17 agosto 2011 n. 17337; Cass. 2 settembre 1978 n.4014, le quali fanno leva sulla formulazione letterale dell'art 1454 c.c. che tra i requisiti della diffida non menziona l'importanza dell'inadempimento, né contiene alcun rinvio alla norma successiva.

<sup>49</sup> G. IUDICA, *La risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 575 ss.; p. 745 ss. Occorre considerare, peraltro, che sulla funzione svolta dall'art. 1455 c.c. non sussiste un orientamento concorde. Infatti, per i sostenitori della c.d. teoria soggettiva l'importanza dell'inadempimento va ricercata in un'ipotetica volontà delle parti; mentre per coloro che si richiamano alla teoria della causa l'inadempimento è grave solo se incide sulla funzione del contratto.

<sup>50</sup> Cass. 30 dicembre 2016 n. 27530; Cass. 27 gennaio 2011 n. 1898. In dottrina, vedi M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, in Carnevali, E. Gabrielli, Tamponi, *La risoluzione*, Torino, 2011, p. 130.

<sup>51</sup> G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 86, che chiarisce come il controllo di ragionevolezza sia essenziale nella scelta del rimedio più adeguato, costituendo "un criterio interpretativo anche quando il rimedio invalidante è espressamente contemplato da legislatore" (p. 90). Mentre irragionevole è la tendenza che fa leva sulla sussunzione, il sillogismo e l'identità del tipo contrattuale per poi applicare la medesima sanzione a fattispecie che richiamano interessi del tutto diversi.

<sup>52</sup> A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.* 2005, p. 351. Sul problema relativo al rapporto che sussiste tra la risoluzione giudiziale e quella stragiudiziale, vedi, da ultimo, S. PAGLIANTINI, *La risoluzione per inadempimento del duemila* cit., che ha evidenziato come il codice del '42 non abbia formalizzato alcuna gerarchia tra giurisdizionalità e stragiudizialità della risoluzione, privilegiando tra queste due modi di scioglimento del vincolo obbligatorio, un rapporto di elettività. Secondo l'A. pertanto il rapporto tra dette forme di tutela non è più di regola eccezione o di subalternità della secondai rispetto alla prima, in quanto l'unilateralità della risoluzione è "il risultato di una convergenza tra (rischio ed utilità) rimessa potestativamente ad una scelta del contraente fedele", il quale, scegliendo la risoluzione stragiudiziale, non bypassa l'intervento del giudice, ma fa sì che il controllo di quest'ultimo sia esercitato non già *a priori*, ma *a posteriori*. Sull'intervento del giudice e sulla incidenza che esso esplica in funzione "paternalistica" e di scudo per il contraente più debole vedi, M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.* 2015, p. 66.

Tuttavia, queste esigenze di tutela emergono in modo analogo anche in ordine al rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c., di guisa che, anche per esso, si manifesta l'esigenza di subordinarne l'operatività all'accertamento del requisito di gravità<sup>53</sup>. E' la *ratio* sottesa alla predetta previsione che induce ad ancorare l'operatività del rimedio all'esistenza di vizi e difetti che abbiano una certa entità<sup>54</sup>. E, precisamente, all'accertamento di irregolarità e difformità che, sebbene non rendano l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione" o "lascino sicuramente prevedere una siffatta evenienza" ex art. 1668 2° comma c.c., rivestano comunque un'entità analoga a quella cui fa riferimento l'art. 1668 I comma c.c.<sup>55</sup>, cosicché, ove accertati dopo la consegna dell'opera, legittimerebbero l'azione volta alla loro eliminazione o alla riduzione del prezzo<sup>56</sup>.

E' opportuno tener presente, infatti, che il rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c. tende a contemperare, in maniera ragionevole, due istanze di tutela antitetiche<sup>57</sup>: quella del committente di far pressione sull'appaltatore in modo da consentirgli di mettersi in regola prima che l'opera sia ultimata, pena l'immediato scioglimento del vincolo contrattuale, e quella dell'appaltatore alla prosecuzione dei lavori e al pagamento del corrispettivo pattuito, là dove i vizi e difetti che

<sup>53</sup> Non condivisibile, pertanto, appare l'opinione (C. GIANNATTASIO, *op. cit.* p. 153; Cass. 4 marzo 1993 n. 2653), anche di recente ribadita (MAIONE-SERAFINI, *op. cit.*, p. 188), secondo la quale l'art. 1662 2° comma sarebbe applicabile in presenza di un inadempimento di scarsa importanza. Tali autori, infatti, muovono dal presupposto che la *ratio* sottesa alla norma citata sia esclusivamente quella di esercitare una pressione sull'appaltatore, in vista di un utile e soddisfacente completamento dei lavori. Mentre – si è detto – le ragioni che giustificano la diffida in esame sono più complesse e tendono a contemperare, proprio in forza del requisito di gravità, l'interesse del creditore all'immediato scioglimento del vincolo con l'interesse del debitore alla prosecuzione del rapporto.

<sup>54</sup> *Ex multis*, vedi Cass. 26 marzo 1983 n° 2153, la quale ha qualificato il predetto rimedio come una forma di autotutela ispirata alla pratica esigenza di "evitare lo scioglimento del rapporto per inadempimenti non aventi carattere definitivo in quanto sia possibile per l'appaltatore porvi riparo durante lo svolgimento dei lavori entro un congruo termine fissato all'uopo dal committente".

<sup>55</sup> G. IUDICA, voce *Contratto d'appalto (dir. civ.)*, in *Enc.giur, Treccani on line*, secondo il quale appare ragionevole ritenere che un'irregolarità di trascurabile importanza non possa determinare la risoluzione del contratto, in quanto occorre che le carenze riscontrate siano sufficienti a far presumere che, se non sanate, determinano la responsabilità dell'appaltatore ai sensi dell'art. 1667 c.c. o comunque un apprezzabile ritardo del termine di consegna.

<sup>56</sup> V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p.58, che, da un lato, sottolinea l'analogia tra il rimedio di cui all'art. 1662 c.c.e la diffida ex art. 1454 c.c.; dall'altro precisa che i vizi e i difetti riscontrati in corso d'opera debbano sì essere gravi, ma emendabili, altrimenti l'unica azione esperibile non può che essere quella ordinaria di cui all'art.1453 c.c.

<sup>57</sup> In dottrina (G. IUDICA, *Le asimmetrie*, cit., p. 320) si è ritenuto che "il diritto potestativo alla risoluzione" non possa essere esercitato *ad nutum*, senza alcun limite, poiché anche l'appaltatore ha riposto nel contratto "un disegno economico, una speranza di convenienze e di utilità, un'iniziativa imprenditoriale magari anche di grande impegno per i mezzi, il capitale e il lavoro coinvolti ed ha tutto l'interesse a portare a compimento la sua attività".

colpiscono l'opera siano di mero dettaglio o di entità del tutto trascurabile<sup>58</sup>. Bilanciamento, questo, che si realizza proprio attraverso il requisito di gravità, il quale "esprime un'esigenza di proporzionalità tra interessi da tutelare e correlative sanzioni",<sup>59</sup> evitando che la diffida possa trasformarsi in uno strumento attraverso il quale si legittima l'eventuale "pentimento" del committente che abbia perso la convenienza alla prosecuzione del rapporto<sup>60</sup>. Infatti, la Suprema Corte è pressoché costante nell'affermare che il requisito di cui all'art. 1455 c.c. va adeguato ad un criterio di proporzionalità e deve essere commisurato all'incidenza della violazione contrattuale con riguardo alla volontà dei contraenti, alla natura e finalità del rapporto, nonché al concreto interesse della parte all'esatta e tempestiva prestazione.

Del resto, una diversa interpretazione, volta ad escludere ogni indagine sul requisito della non scarsa importanza, sembrerebbe difficilmente armonizzabile con il complesso delle norme dettate per la risoluzione del contratto d'appalto, le quali stabiliscono requisiti più restrittivi rispetto a quelli previsti dalle disposizioni sui contratti in generale. Di qui la frizione che si determinerebbe tra la possibilità di sciogliere anticipatamente il rapporto *ex art* 1662 II° c.c. anche in presenza di vizi e difetti di lieve entità ed i rigorosi requisiti previsti, invece, per l'ablazione del vincolo negoziale dopo che l'opera è stata ultimata. Conseguentemente, è proprio da una valutazione complessiva delle norme che disciplinano la risoluzione del contratto di appalto e del parallelismo esistente tra il rimedio di cui all'art. 1662 II° c.c. e quello previsto dall'art. 1454 c.c. che emerge l'esigenza di integrare le regole previste per il contratto di cui agli artt. 1665 c.c. con i principi generali vigenti in tema di risoluzione. Ciò al fine di evitare il prodursi di "strappi" sistematici e consentire, da un lato, una più compiuta ricostruzione dell'inadempimento in corso d'opera; dall'altro di individuare il tratto fisionomico giuridicamente significativo per la risoluzione anticipata del contratto proprio nel requisito di gravità dell'inadempimento.

<sup>58</sup> G. COLLURA, *op. cit.*, p. 58, secondo il quale l'art. 1662 c.c. consente di regolarizzare l'esecuzione del contratto in corso d'opera anche al fine di evitare notevoli diseconomie per entrambi i contraenti, che potrebbero verificarsi ove lo scioglimento del contratto fosse rinviato alla scadenza del termine fissato per la consegna dell'opera.

<sup>59</sup> R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012, p. 171 il quale ricollega il requisito di gravità ai doveri di solidarietà sociale previsti dall'art. 2 Cost.

<sup>60</sup> Proprio per evitare che l'inadempimento si trasformi in un'occasione a *latere creditoris* per una rimediazione della convenienza economica affare, la giurisprudenza (Cass. 23 novembre 2012 n. 20742) ha precisato che l'intimante deve indicare esattamente la prestazione dovuta.

Non solo, ma ragionando in tal modo si dissipano anche gli eventuali dubbi circa il rapporto esistente tra la definitività dell'inadempimento e la sua gravità, dal momento che si tratta di fattori destinati ad operare su piani differenti. Il primo – si è visto – è intrinsecamente collegato alla diffida, nel senso che la stessa trova la sua ragion d'essere solo se l'inadempimento è reversibile<sup>61</sup>, l'altro, invece, va rapportato al pregiudizio che l'inadempimento determina sulla funzionalità del rapporto e deve essere valutato, in concreto, in base ad una pluralità di criteri che tengano conto delle peculiarità delle singole fattispecie, della tipologia di prestazione da eseguire e di tutte le altre circostanze esistenti al momento dell'intimazione.

5. Il rapporto tra il rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c. e quello previsto dall'art. 1668 II° comma c.c.

L'insufficienza di qualsiasi inadempimento ai fini dell'ingresso del rimedio risolutorio spiega l'opportunità di procedere ad una articolazione delle fattispecie, così da poter individuare con esattezza il significato e l'ambito entro il quale opera il criterio della non scarsa importanza ex artt. 1662 e 1668 II° comma c.c. Solo attraverso una differenziazione dei casi concreti è possibile chiarire infatti le diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza ed identificare la disciplina applicabile alle singole ipotesi.

Ponendosi in quest'ottica, è necessario tener presente, in primo luogo, che l'applicazione dell'art. 1668 II° comma c.c. è condizionata al totale compimento dell'opera appaltata<sup>62</sup>, di guisa che occorre distinguere il trattamento normativo riservato alle difformità di cui è affetto l'*opus ante diem*, dalla disciplina dettata in punto di garanzia per i vizi e i difetti accertati dopo la consegna del bene ex artt. 1668-1669 c.c. Questo perché, ove alla scadenza del termine finale, l'opera, benché affetta da vizi e difetti, non sia stata conclusa, il committente potrà avvalersi dell'azione generale di risoluzione o dei rimedi previsti dagli artt. 1667 e 1668 I° comma c.c. e non anche della tutela di cui all'art. 1668 II° comma c.c.

Per comprendere appieno tale articolazione rimediale è necessario nondimeno premettere che essa è comunque informata dal medesimo principio: la non scarsa importanza dell'inadempimento, che si articola diversamente a seconda delle peculiarità delle singole fattispecie. Infatti, proprio l'art. 1668 II° comma c.c. altro non rappresenta se non un'applicazione del principio posto dall'art. 1455 c.c., che è stato dal legislatore tipizzato nell'ambito dell'appalto per circoscrivere il potere risolutorio del committente alle sole ipotesi di maggiore gravità, ossia là dove i

<sup>61</sup> Si è già detto, infatti, che la diffida non possa operare nel caso di inadempimento definitivo che abbia irreversibilmente pregiudicato l'attuazione del regolamento di interessi, in quanto, in tal caso, non vi sarebbe alcun interesse a recuperare il rapporto.

<sup>62</sup>Cass., 6 aprile 2006, n. 8103; Cass. 15 febbraio 2006, n. 3302; Cass., 16.10.1995, n. 10772.

vizi e i difetti rendano l'opera inadatta alla sua destinazione tipica o specifica. Il che non significa, però, che tali rigorosi limiti valgano anche ai fini dell'operatività della diffida di cui all'art. 1662 II° c.c.<sup>63</sup>. Quest'ultima, invero, essendo destinata ad intervenire in un momento cronologicamente antecedente, quando l'*opus* è ancora in costruzione, non presuppone affatto un inadempimento che abbia la medesima gravità sancita dall'art. 1668 II° comma c.c. Essa continua invece ad essere soggetta al comune e generale criterio di cui all'art. 1455 c.c.<sup>64</sup>, il quale si atteggia in maniera diversa a secondo che il rimedio venga richiesto durante l'esecuzione dei lavori oppure dopo che l'opera sia stata ultimata<sup>65</sup>. Tant'è vero che il requisito di gravità, nel primo caso, è integrato dalla presenza di difformità di una certa entità, assimilabili a quelli contemplati dagli artt. 1667 e 1668 I° comma c.c., mentre nell'altra ipotesi si identifica con i vizi o i difetti che rendono l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione" o "lascino sicuramente prevedere una siffatta evenienza"<sup>66</sup>.

Conseguentemente, nell'organigramma dei rimedi previsti contro le difformità dell'*opus*, la tutela di cui all'art. 1662 II° comma c.c., tendendo a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico prima che i lavori siano ultimati, presuppone che l'esecuzione del rapporto non sia stata definitivamente e irreparabilmente pregiudicata; mentre l'altro rimedio, che ciò presuppone, si lega ad una particolare gravità della violazione contrattuale, poiché, viste le rilevanti conseguenze che la risoluzione comporta in termini di mezzi utilizzati, di spese sopportate, di capitali impiegati e di lavoro adoperato, si pone come estrema *ratio*<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Per la dottrina e la giurisprudenza prevalenti quella di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c. non sarebbe una garanzia in senso tecnico, bensì una speciale applicazione della responsabilità contrattuale per inadempimento L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, 2° ed., in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, XI, Torino, 1999, p. 797; Cass., 7 febbraio 1983, n. 1016.

<sup>64</sup> E. LUCCHINI GUASTALLA, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, cit., p. 266 ss che fonda la distinzione tra gli artt. 1453-1455 c.c. e l'art. 1668 sul criterio temporale, di guisa che, ove l'opera non sia stata completata, opererebbero i comuni principi vigenti in tema di responsabilità.

<sup>65</sup> S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, cit., p. 703 ss.; LUMINOSO, *La natura della garanzia per vizi e difformità nell'appalto*, in Domenico Rubino, II, cit., p. 933 ss.; M.G. CUBEDDU, *op. cit.*, p. 238 ss.; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, p. 82 s.; A. GRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 2013, p. 475 ss.; M. DELLACASA, *La garanzia per vizi e difformità: profili generali e regime della garanzia*, in *Tratt. contr.*, a cura di Roppo e Benedetti, III, 1, cit., p. 321 ss.

<sup>66</sup> Nella giurisprudenza di merito, in questo senso, vedi App. Firenze 29 dicembre 1971, in *Giur. tosc.*, 1971, 817.

<sup>67</sup> La giurisprudenza ritiene che al anche al contratto di appalto sia applicabile la prima parte del 1° co. dell'art. 1458 c.c., con conseguente restituzione al committente di quanto pagato per i lavori eseguiti, e rimborso all'appaltatore del valore delle opere realizzate. Sugli effetti che la risoluzione determina vedi, per tutti, S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., p. 118 ss., il quale rileva come nei

E' per tali ragioni che il legislatore del '42, avendo specifico riguardo all'ipotesi in cui l'opera sia stata ultimata, ha avvertito l'esigenza di tipizzare il significato del requisito della non scarsa importanza, assegnandogli un contenuto più rigido e restrittivo rispetto a quello di cui all'art. 1455 c.c., sì da circoscrivere l'operatività del rimedio risolutorio ai casi più gravi, in cui l'opera, considerata nella sua unicità e complessità, è assolutamente inadatta alla sua destinazione tipica o specifica.

Ragionando in questa prospettiva, si spiega altresì perché la giurisprudenza, in talune decisioni, leggendo il rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c. in relazione alla previsione dell'art. 1668 II° comma c.c., abbia affermato che la diffida ad adempiere trova applicazione anche quando "l'inadempimento è di scarsa importanza". Con ciò significando non già che i vizi e difetti che colpiscono l'opera in corso di costruzione possano essere anche di entità irrilevante, bensì che dette irregolarità, ai fini della risoluzione anticipata del contratto, possono non avere la medesima importanza di quelli previsti dall'art. 1668 II° comma c.c. Tant'è vero che dette decisioni avevano ad oggetto fattispecie rispetto alle quali vi era stato una valutazione sulla gravità dell'inadempimento dell'appaltatore e solo all'esito di tale positivo giudizio si era poi giunti allo scioglimento del vincolo obbligatorio.

#### 6. Diffida ad adempiere ex art. 1662 c.c. e azione generale di risoluzione.

Le considerazioni svolte costituiscono un'importante premessa per risolvere l'ulteriore questione che si è posta nella prassi circa l'asserita facoltà di scelta, spettante al committente durante l'esecuzione dei lavori, tra l'azione giudiziale di risoluzione di cui all'art. 1453 c.c. ed il rimedio previsto dall'art. 1662 II° c.c. In particolare, si tratta di stabilire se tale ultima tecnica di tutela inibisca il ricorso alla tutela risolutoria ordinaria, oppure se le previsioni generali mantengano intatto il loro spazio operativo, predisponendo dei rimedi che sono concorrenti con quelli "speciali"<sup>68</sup>.

contratti ad esecuzione continuata, periodica o prolungata il creditore, in deroga al principio secondo il quale le prestazioni effettuate in corrispondenza dell'inadempimento devono essere restituite, possa chiedere che la risoluzione operi solo dal momento della domanda e pretendere, così, l'adempimento delle prestazioni ineseguite fino a tale momento. Non solo, ma in relazione ai contratti di durata si è altresì rilevato (F. LOGOBUCCO, *op. cit.*, p. 36 ss) come l'orientamento tradizionale – incentrato su un'analisi meramente strutturale del fenomeno, ossia esclusivamente al ripetersi nel tempo dello scambio di prestazioni – possa oggi considerarsi superato dovendosi verificare l'autonomia delle singole prestazioni attuative del negozio alla luce del concreto regolamento contrattuale. E' in tal modo, infatti, che può valutarsi se le singole coppie di prestazioni siano o meno autonome tra loro, di guisa che l'applicazione dello statuto dettato per le obbligazioni di durata può aversi anche là dove sia presente non tanto la ripetizione della prestazione nel tempo, quanto piuttosto un interesse concreto delle parti alla durata del vincolo e un sufficiente grado di autonomia delle prestazioni.

<sup>68</sup> In particolare, per quanto riguarda i rimedi risolutivi, vedi M. GORGONI, *op. cit.*, pp. 49-51 ss., che sottolinea come le regole risolutorie dettate per i singoli tipi non rappresentino una deroga alla *lex*

In realtà, un primo orientamento, muovendo dalla premessa che la norma di cui all'art. 1662 II° comma c.c. costituisca *lex specialis* rispetto agli artt. 1453 ss c.c., ha sostenuto che essa, ponendosi come un'espressa deroga alle disposizioni generali che disciplinano la risoluzione per inadempimento, precluda l'operatività di queste ultime<sup>69</sup>. Mentre altri autori, insieme ad una parte della giurisprudenza, hanno evidenziato come le norme di diritto comune, oltre alla essenziale funzione interpretativa ed integrativa delle disposizioni di parte speciale, assolvano anche una funzione alternativa<sup>70</sup>, di guisa che "l'esercizio del potere di diffida di cui all'art. 1662 c.c. costituisce non già un onere, ma una semplice facoltà per il committente"<sup>71</sup>. Di qui l'affermazione secondo la quale il suo mancato esercizio nessuna decadenza o preclusione determina<sup>72</sup>, avendo l'intimazione ad adempiere l'esclusivo scopo di provocare la risoluzione del contratto in modo automatico, in seguito all'inutile decorso del termine con essa fissato all'appaltatore<sup>73</sup>.

Tale ultima prospettiva si chiarisce ed acquista un preciso significato normativo solo se contestualizzata nell'ambito delle concrete e specifiche fattispecie sottoposte all'attenzione della Suprema Corte. Due sono infatti i filoni in cui si possono ascrivere le predette affermazioni. Da una parte, vi sono le decisioni relative ad ipotesi in cui il termine finale per la consegna dell'opera era scaduto ed i

*generalis* di cui agli artt. 1453 ss., in quanto gli scostamenti tra le predette discipline sono "occasionalmente" e comunque di carattere marginale.

<sup>69</sup> Così Cass. 26 marzo 1983 n. 2153; Cass. 4 marzo 1993 n. 2653.

<sup>70</sup> Relativamente ai possibili conflitti che possono verificarsi in tema di appalto tra le norme generali sulla risoluzione e quelle speciali, vedi: G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 94 ss.

<sup>71</sup> Le decisioni sulle quali si fonda detto indirizzo sono rappresentate da: Cass. 27 marzo 1998 n° 3239; Cass. 23 maggio 1992 n. 6218; Cass. 27 agosto 1993 n°9064; Cass. 28 giugno 1986 n°4311; Cass. 17 settembre 1980 n°5285; Cass. 5 dicembre 1978 n°5726. Relativamente al contratto d'opera, vedi Cass. 23 luglio 1988 n. 4747. Sentenze, queste, nelle quali si è affermato che la disposizione di cui all'art. 1662 2° comma c.c. "non esclude il rimedio generale previsto dagli artt. 1453 ss. c.c. e, cioè, la declaratoria di risoluzione per inadempimento, indipendentemente dalla diffida del committente".

<sup>72</sup> Tale principio è stato affermato in relazione a fattispecie nelle quali il committente, durante l'esecuzione della prestazione, non si era avvalso del meccanismo previsto dall'art. 1662 c.c. e, dopo la consegna dell'opera, aveva chiesto che le difformità ed i vizi fossero emendati ai sensi dell'art. 1668 I° comma c.c. Pertanto, la diversa opinione che fa discendere dalla verifica in corso d'opera la liberazione da ogni responsabilità dell'appaltatore (così P. VITALE, *Dell'appalto in Comm. D'Amelio e Finzi, IV*, 2, Firenze, 1948, p. 388), deve considerarsi superata sia in dottrina che in giurisprudenza, essendosi rilevato come soltanto ad opera compiuta possono riscontrarsi i vizi ed i difetti; mentre fin tanto che il committente non sia in grado di giudicare l'opera nella sua totalità non ricorre nessuna preclusione di denuncia delle irregolarità (Cfr. D. RUBINO-G. IUDICA, *op. cit.*, p. 282; Cass. 27 agosto 1993 n.°9064; Cass. 17 ottobre 1980 n.°5285).

<sup>73</sup> Cass., 22 marzo 2007, n. 6931; Cass., 7 luglio 2004, n. 12416, in *Ragiusan*, 2005, 140; App. Milano, 9 aprile 2002. In dottrina, vedi VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato*, cit., p. 52; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'appalto nella giurisprudenza*, Padova, 1972, 187 ss.



lavori non erano stati ultimati<sup>74</sup>; dall'altra vi sono le pronunce concernenti il nesso esistente tra la diffida ex art. 1662 II° c.c. e l'eventuale proposizione, sempre in corso d'opera, dell'azione generale di risoluzione di cui all'art. 1453 c.c.

Ebbene, dalla ricostruzione delle fattispecie rientranti nel primo gruppo<sup>75</sup>, si evince, innanzitutto, che la diffida ad adempiere era stata proposta dal committente *post diem*, ossia dopo che il termine finale era scaduto<sup>76</sup>. Ed è per questo motivo che la giurisprudenza ha affermato che non vi era alcun bisogno di far ricorso al rimedio previsto dall'art. 1662 II° comma c.c., dal momento che l'interesse del committente, in quella fase, è già ampiamente tutelato dagli ordinari rimedi risolutivi, i quali “sono applicabili anche al contratto di appalto qualora non ricorrano i presupposti dell'operatività delle norme speciali”. Cosicché – si è precisato – “la mancata ultimazione dei lavori nel termine pattuito, originando una fattispecie di inadempimento definitivo, a fronte della quale il committente può ben proporre l'azione generale di risoluzione o la domanda di adempimento”, nessuna sovrapposizione o concorrenza determina tra quest'ultima e il rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c.<sup>77</sup>. Conclusione, questa, che si spiega anche in virtù del fatto che, pur ammettendo l'operatività della diffida in corso d'opera nelle fattispecie in cui il termine pattuito per l'ultimazione dell'opera è già scaduto, solo apparentemente si amplia la tutela del committente, visto che, in detti casi, l'interesse di quest'ultimo è già protetto dall'art. 1454 c.c.

D'altronde, il parallelismo esistente tra la diffida prevista dall'art. 1662 II° comma c.c. e quella posta dall'art. 1454 c.c. non significa affatto che esse abbiano il medesimo campo applicativo, in quanto – si è visto – che il rimedio previsto in materia di appalto trova il suo campo elettivo di operatività nei casi di mancato o inesatto svolgimento dell'attività preliminare, mentre la diffida disciplinata dalle

<sup>74</sup> Il riferimento è alle decisioni C.S. 27 marzo 1998 n°3239; Cass. 23 maggio 1992 n°6218; 28 giugno 1986 n° 4311.

<sup>75</sup> Cass. 28 giugno 1986 n°4311.

<sup>76</sup> L'appaltatore, infatti, aveva eccettuato di aver eseguito i lavori solo in parte ed in maniera difforme alle previsioni contrattuali a causa delle sostanziali modifiche apportate dal committente al progetto iniziale (Cass. 27 marzo 1998 n°3239).

<sup>77</sup> Né a sostegno della tesi che vede nell'azione generale di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. un rimedio alternativo e concorrente con quello speciale disciplinato dall'art. 1662 c.c., può richiamarsi la decisione (Cass. 23 maggio 1992 n°6218) con la quale si è dichiarato risolto il contratto per aver l'appaltatore impedito, in corso d'opera, l'esercizio del potere di verifica e di controllo. In questo caso, infatti, lo scioglimento del vincolo ha trovato il suo fondamento non già nella presenza di eventuali vizi o difetti, bensì nella inosservanza dell'obbligo “attuale” di consentire al creditore l'esercizio del predetto potere. Violazione che si è tradotta nella mancata esecuzione di una prestazione accessoria, che rientrava nel più generale dovere dell'appaltatore di porre in essere tutto quanto necessario per il raggiungimento del risultato programmato e che aveva dato luogo ad un vero proprio inadempimento contrattuale.

norme dettate per il contratto in generale, riguarda l'inadempimento *post diem*, ossia la mancata o inesatta esecuzione dell'opera dopo che è scaduto il termine finale previsto per la sua ultimazione.

In relazione all'altro gruppo di fattispecie, in cui il committente aveva richiesto la risoluzione del contratto durante l'esecuzione dei lavori, avvalendosi del rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c., la giurisprudenza ha chiarito invece come esso trovi applicazione solo se l'inadempimento dell'appaltatore sia sanabile entro un termine ragionevole. Altrimenti, ove la situazione sia irrecuperabile, essendosi in presenza di una oggettiva impossibilità anticipata di adempiere, nessuna utile funzione potrebbe svolgere l'assegnazione all'appaltatore di un'ulteriore *chance*<sup>78</sup>. Il che significa che, in detti casi, l'unico rimedio esperibile non può che essere l'azione generale di risoluzione *ex art. 1453 c.c.*, la quale si pone come lo strumento tecnico idoneo a reagire contro le situazioni nelle quali l'inadempimento è assoluto<sup>79</sup>.

Da questo punto di vista, non condivisibili appaiono quindi le opinioni di coloro i quali estendono l'ambito di applicabilità del rimedio di cui all'art. 1662 II° comma c.c. anche alle fattispecie in cui l'esecuzione della prestazione non richieda alcuna fase preparatoria o preliminare *lato sensu* intesa<sup>80</sup>. Questo perché, nelle ipotesi di contratti aventi ad oggetto prestazioni che in astratto sarebbero eseguibili istantaneamente e che, per volontà esplicita o implicita delle parti o per apposito provvedimento giudiziale, devono invece essere adempiute *post diem* (contratti c.d. ad esecuzione istantanea), l'eventuale assegnazione al debitore di un termine con scadenza anteriore rispetto a quello pattiziamente prefissato per la consegna del bene, farebbe sì che la diffida perdesse la sua funzione tipica, trasformandosi in uno strumento capace di mutare il contenuto contrattuale in via unilaterale.

<sup>78</sup> Cass. 14 giugno 1990 n.5828; Cass. 30 marzo 1980 n. 2236.

<sup>79</sup> F. PIRAINO, *op. cit.* p. 227, secondo il quale la risoluzione anticipata del contratto *ex art. 1453 c.c.* potrebbe ammettersi solo nei casi speciali previsti dalla legge o in presenza di una condotta commissiva o omissiva posta in essere *pendente die* che "faccia venir meno i presupposti dell'adempimento e prelude all'impossibilità della prestazione o addirittura la produca direttamente.

<sup>80</sup> Traendo spunto dall'esigenza di consentire l'immediato scioglimento del vincolo, senza che il creditore debba attendere i lunghi tempi processuali del giudizio di risoluzione *ex art. 1453 c.c.*, ammettono il ricorso alla diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*, anche in presenza di un inadempimento irreversibile: G. PISCIOITA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000, p. 187, M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 553, p. 5 ss., secondo il quale il predetto rimedio contribuirebbe comunque a fare chiarezza sulle sorti del rapporto.

Essa, cioè, attribuirebbe al creditore il potere di sostituire la modalità temporale convenzionalmente stabilita con un altro termine, con scadenza anticipata, da lui unilateralmente prescelto, al quale il debitore dovrebbe adeguarsi per non subire il prodursi dell'effetto risolutivo<sup>81</sup>.

Diversamente, se il termine intimato al debitore scadesse in un momento successivo a quello contrattualmente fissato per l'adempimento, e dunque dopo che la prestazione sia divenuta esigibile, si sarebbe in presenza di una comune diffida ad adempiere, in quanto l'automatico scioglimento del vincolo non potrebbe che verificarsi *post diem*.<sup>82</sup> Né, sotto questo profilo, può dirsi che il ricorso alla diffida *ex art. 1662 II° comma c.c.* servirebbe per trasformare una situazione di incertezza circa l'esecuzione della prestazione in un inadempimento definitivo<sup>83</sup>. In questi casi, infatti, sono i rimedi sospensivo-dilatori che tutelano l'interesse del creditore<sup>84</sup>; dal momento che le tutele a carattere finale – si è visto – possono essere esperite solo se, *medio tempore*, risulti ragionevolmente certo che

<sup>81</sup> U. NATOLI, *op. cit.*, p. 509, che individua nella diffida lo strumento in grado di provocare una modificazione unilaterale del rapporto mediante l'aggiunta di un termine di adempimento che, sostituendosi a quello contrattualmente previsto, non può certo essere anteriore in quanto presuppone che la modalità temporale originaria sia ormai inutilmente decorsa.

<sup>82</sup> In dottrina (A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera*, cit., p. 364), si è altresì rilevato che sarebbe errato addurre a sostegno della soluzione opposta le pronunzie della Suprema Corte (Cass. 27 luglio 1973 n°2210 in *Foro it.* 1974, I, c. 1769 ss.; Cass. 5 febbraio 2001 n°1597), in quanto, in entrambe le ipotesi, altre e diverse sono state le *rationes decidendi*. In particolare, nell' un caso, era stata omessa la costruzione delle terrazze di un appartamento da parte del promittente venditore, a causa del mancato rilascio delle necessarie licenze edilizie – che, peraltro, non erano concedibili – a far sì che la diffida intimata dal promissario acquirente alla controparte si risolvesse in un "escamotage per ottenere una risoluzione stragiudiziale del contratto ed evitare di stipulare il contratto definitivo di vendita" (p. 362). Mentre, nell'altra fattispecie, l'inadempimento lamentato dal promittente venditore aveva ad oggetto una prestazione accessoria (promessa vendita del bene da parte del promissario acquirente a terzi prima della stipula del definitivo), che, vista la vincolatività del secondo preliminare, doveva considerarsi irreversibile. In tal caso, essendosi già concretizzato l'inadempimento, è chiaro l'*obiter dictum* col quale si è affermato che "il ricorso alla diffida si giustifica solo se l'inadempimento si realizza dopo il suo invio, così come accade quando il contratto non contiene alcun termine di adempimento o questo è già scaduto, in quanto è in dette ipotesi che essa assolve gli obiettivi dell'intimazione e permette la costituzione in mora del debitore" (p. 363).

<sup>83</sup> In questo senso, vedi, invece, M. DELLA CASA, *Inadempimento prima del termine*, cit., p. 277, che affida al rimedio di cui all'art. 1454 c.c. anche il compito di sciogliere gli eventuali dubbi esistenti sulla futura esecuzione della prestazione.

<sup>84</sup> G. COLLURA, *op. cit.*, p. 118 ss., che rileva come nelle ipotesi di adempimento "materialmente" inesatto o di inadempimento di obbligazioni accessorie l'obiettivo legislativamente perseguito sia quello di garantire la soddisfazione degli interessi oggettivati nel contratto e non della certezza del rapporto contrattuale, per cui si pone un tipo di problema che trova adeguata risposta proprio nel requisito di cui all'art. 1455 c.c. Anche se l'A. esclude che detto requisito debba essere presente nei casi di inadempimento dovuto a ritardo, visto che in tal caso, il creditore, dimostrando tramite la diffida di aver interesse all'esecuzione della prestazione, implicitamente riconosce che detto interesse non è stato ancora pregiudicato in maniera irreversibile (grave).

il debitore non potrà o non vorrà adempiere la prestazione: E' solo in tali ipotesi che il creditore potrà avvalersi dell'azione di risoluzione, la quale costituisce la risposta rimediale ai problemi connessi all'inadempimento anticipato in tutte le ipotesi in cui non ricorrano i presupposti per l'operatività della diffida di cui all'art. 1662 II° comma c.c.<sup>85</sup>.

### 7. Conclusioni.

La valutazione della prassi giurisprudenziale e delle più recenti tendenze normative emergenti a livello comunitario e transnazionale, che ampliano il sistema delle fonti e che costituiscono attualmente un punto di riferimento costante ed ineludibile per l'interprete<sup>86</sup>, chiariscono, dunque, l'effettivo rilievo che assume oggi l'inadempimento anticipato e quali siano le tecniche rimediali ablativo del vincolo cui può far ricorso il creditore *ante diem*.

In particolare, proprio il contratto di appalto e la disciplina per esso prevista in tema di risoluzione in corso d'opera costituiscono un significativo "banco di prova" per la ricerca di soluzioni comuni a più schemi negoziali caratterizzati dal preventivo e necessario svolgimento di un'attività preliminare. Si è visto, infatti, come la previsione di cui all'art. 1662 II° comma c.c. contempli un rimedio non già eccezionale o speciale – e cioè destinato ad operare solo ed esclusivamente in relazione alla singola fattispecie per la quale è stato espressamente previsto – ma di portata generale, in quanto esperibile in tutti i casi in cui sussista un'intrinseca conciliabilità tra la *ratio* che lo ispira e la concreta ipotesi da regolare. Il che accade là dove la prestazione sia caratterizzata dal preventivo compimento di un'attività preparatoria che viene omessa o non correttamente eseguita dal debitore, generando vizi e difetti che siano però sanabili entro un termine ragionevole. Mentre nelle ipotesi in cui l'inadempimento sia irreversibile o si sia in presenza di contratti

<sup>85</sup> Sul punto si rinvia a quanto ampiamente precisato in V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., pp. 46 ss. e 81 ss.

<sup>86</sup> Sulla rivalutazione della prassi e sul ruolo sostanziale che essa e la scienza giuridica rivestono all'interno "dei reali meccanismi propulsori dell'ordine giuridico", si vedano gli scritti di P. GROSSI: *ex multis*, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 6, dove si sottolinea che il diritto "appartiene alla società [...] esprime la società più che lo Stato", è "il tessuto invisibile che rende ordinata la nostra esperienza quotidiana", esprime, cioè, "i valori di una civiltà e – ordinandola – la salva". Il che serve a comprendere l'attuale crisi della statualità del diritto, la quale nasce proprio dall'avvertita insufficienza della legge nazionale ad ordinare una società globale, nella quale è il potere economico che "conia nuovi e più congeniali istituti giuridici" ed in cui "è spesso la prassi il laboratorio virulento dove il nuovo diritto prende forma" (p. 253). Prassi che ha non solo segnato il declino della legge, ma che si inserisce in un mutato e assai più complesso sistema delle fonti, che si esprime in molteplici dimensioni, ordinaria, costituzionale, sopranazionale (v. *Diritto, Stato, Società*, cit., p. 242) ed in cui al criterio della "validità, ossia della corrispondenza a "un modello generale autorevole", si è sostituito quello della "effettività, cioè della capacità che ha una regola o un istituto di essere concretamente osservato, applicato" (v. *L'Europa del diritto*, cit., p. 255).

c.d. ad esecuzione istantanea, verificandosi *pendente die* un grave inadempimento, l'esigenza del creditore di risolvere anticipatamente il rapporto trova un solido fondamento normativo non già nella diffida ad adempiere, ma nella previsione di cui all'art. 1453 c.c., la quale si pone come lo strumento tecnico idoneo a reagire anche contro siffatte situazioni.

Ragionando in questa logica e superando la rigida dicotomia norme generali-norme speciali è dato altresì ritenere che la diffida ad adempiere di cui all'art. 1662 II° comma c.c. costituisca una tecnica di tutela che, pur mantenendo un diverso campo operativo rispetto alla diffida di cui all'art. 1454 c.c., si modella sulla base della disciplina per essa dettata e sia diretta non già a comprimere, ma ad integrare e completare il quadro dei rimedi spettanti al committente. Essa, infatti, rappresentando un'applicazione dei principi vigenti in tema di inadempimento, nell'organigramma dei rimedi risolutivi previsti per l'appalto, si pone come una soltanto delle possibili tecniche idonee a soddisfare il bisogno di tutela invocato dall'interesse leso.

Del resto, è in questa prospettiva che si chiariscono i rapporti esistenti tra la diffida di cui all'art. 1662 II° comma ed i rimedi di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c., nonché i nessi che intercorrono tra questi ultimi e le norme sulla risoluzione contenute nella parte generale del contratto. Rapporti che escludono una reale sovrapposizione o concorrenza di norme, visto che le stesse sono chiamate a disciplinare situazioni che reclamano forme risolutive diverse, in quanto corrispondenti a differenti valutazioni della dimensione che, in concreto, assume l'interesse violato. Il che, se, da un lato, evita possibili distorsioni surrettizie delle funzioni connesse ai singoli rimedi risolutivi, dall'altro rende particolarmente difficile – ma allo stesso tempo più fecondo – il ruolo dell'interprete, il quale è chiamato non solo ad individuare i principi e le norme applicabili alle singole e concrete fattispecie nell'ambito del più vasto sistema delle fonti, ma anche a saper graduare l'ingresso delle tutele in funzione del necessario bilanciamento tra i molteplici interessi sottesi alla singola e concreta operazione negoziale.