

A12

Matteo Dellacasa

**La cooperazione del creditore all'attuazione
del rapporto obbligatorio**





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2694-3

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2019

Indice

9 Capitolo I

La cooperazione all'adempimento tra obbligazione e contratto

1. Il difetto di cooperazione e gli scenari che ne conseguono: il protrarsi del vincolo..., 9 – 2. ...e la liberazione del debitore, 13 – 3. Mora del creditore e deposito liberatorio nella codificazione del '42: il modello francese e le istanze di riforma, 19 – 4. *Segue*. L'ambiguità della soluzione adottata e l'area tematica prescelta dal legislatore: il diritto delle obbligazioni, 28 – 5. L'evoluzione del diritto romano..., 34 – 6. ...e la sua influenza sul BGB: un confronto con la legislazione italiana, 40 – 7. Dove la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione, e il suo difetto violazione del contratto: le "scelte di fondo" dei sistemi di *common law*, 44 – 8. *Segue*. I rimedi: la tutela contro la dilatazione del vincolo e la risoluzione del contratto, 47 – 9. Ancora sulla cooperazione quale oggetto di obbligazione: una prospettiva non del tutto estranea ai sistemi dell'Europa continentale, 58 – 10. L'approccio integrato dei principi internazionali: la tutela del debitore tra rimedi specifici e rimedi per equivalente, 67 – 11. La qualificazione della cooperazione nella dottrina tedesca..., 78 – 12. ... ed in quella italiana: onere vs. obbligo, 81 – 13. Per una relazione diretta tra interessi e rimedi: il regime del difetto di cooperazione tra protezione dell'affidamento e favore per le contrattazioni, 89 – 14. Onere ed obbligo di cooperazione nel diritto applicato: un uso eccentrico e strumentale, 95 – 15. La posizione della legislazione italiana nel panorama dei sistemi giuridici occidentali. A favore della compatibilità tra *mora accipiendi* e risoluzione per inadempimento, 100 – 16. Quando il debitore è parte di un contratto di scambio: l'alternativa tra risoluzione e deposito, 107.

117 Capitolo II

La mora del creditore: i presupposti

1. L'istituto: funzione e definizione, 117 – 2. I presupposti della mora: l'esistenza di un'obbligazione in stato di eseguibilità, 121 – 3. L'offerta della prestazione e la prontezza ad adempiere, 127 – 4. La mancanza della cooperazione necessaria per l'adempimento, 133 – 5. L'identificazione del difetto di cooperazione: insufficienza di una valutazione empirica, 136 – 6. Quando la mancata cooperazione del creditore non determina la *mora accipiendi*, 143 – 7. La cooperazione del creditore e l'oggetto dell'obbligazione: prestazioni di dare..., 149 – 8. ...e prestazioni di fare, 153 – 9. Irrelevanza della colpa del creditore (rinvio); quando la cooperazione è prestata da terzi, 162 – 10. La nozione di «motivo legittimo» e il precetto di buona fede: una relazione non esclusiva, 167 – 11. Il «motivo legittimo» tra *mora debendi* e *mora accipiendi*: concetto variabile o uniforme?, 173 – 12. La nozione di «motivo legittimo»: offerta maliziosa e gravemente tardiva; offerta formale non preceduta da offerta ordinaria, 177 – 13. *Segue*. Quando l'offerta prefigura un'attribuzione patrimoniale precaria: pagamento effettuato con cose altrui; rischio di revocatoria; offerta effettuata sulla base di delegazione di pagamento; credito assoggettato a pignoramento o sequestro; opposizione di terzi al pagamento, 181 – 14. Ancora sulla nozione di «motivo legittimo»: probabilità di un pregiudizio alla persona o agli interessi patrimoniali del creditore; offerta di assegno circolare o bancario; incompletezza

dell'offerta dovuta al difetto di cooperazione del creditore. Un'applicazione analogica nel campo delle procedure concorsuali, 186 – 15. La comunicazione del motivo legittimo, 190.

195 Capitolo III

La mora del creditore: il procedimento

1. L'offerta della prestazione: requisito ineludibile della *mora accipiendi*, 195 – 2. La formalità dell'offerta: uno sguardo d'insieme, 203 – 3. Il destinatario dell'offerta: capacità di ricevere, legittimazione a ricevere, pluralità di creditori. Quando il destinatario è indeterminato, 207 – 4. L'autore dell'offerta: capacità di offrire, legittimazione ad offrire, pluralità di debitori, 221 – 5. Il *quantum* dell'offerta, 227 – 6. *Segue*. Quando l'oggetto della prestazione non è (ancora) determinato, 239 – 7. Offerta qualitativamente inesatta e «motivo legittimo» di rifiuto, 242 – 8. La scadenza del termine pattuito a favore del creditore (o di entrambe le parti del rapporto), 246 – 9. Il verificarsi della condizione sospensiva, 249 – 10. Il luogo dell'offerta, 250 – 11. L'intervento del pubblico ufficiale, 260 – 12. L'offerta subordinata al consenso alla liberazione del bene..., 262 – 13. ...e a condizioni o riserve non espressamente previste dalla legge, 264 – 14. Le varianti dell'offerta formale e il loro ambito di applicazione, 269 – 15. Quando il debitore non segue il procedimento previsto dalla legge: l'offerta irrituale, 273 – 16. L'offerta reale, 278 – 17. L'offerta per intimazione, 288 – 18. L'offerta nelle forme d'uso: ambito di applicazione e struttura, 291 – 19. *Segue*. I presupposti e la comunicazione, 299 – 20. *Segue*. Contenuto e forma, 302 – 21. L'accertamento giudiziale della validità dell'offerta, 310 – 22. L'accettazione del creditore, 319.

323 Capitolo IV

La mora del creditore: gli effetti

1. Uno sguardo d'insieme, 324 – *Sezione prima. Gli effetti legali della mora del creditore*. 2. L'imputazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta, 326 – 3. *Segue*. L'obbligazione del creditore costituito in mora: corrispettiva o risarcitoria?, 331 – 4. Mora del creditore ed impossibilità sopravvenuta della prestazione nei contratti ad effetti reali, 336 – 5. Il regime dei frutti e degli interessi, 340 – 6. La tutela dell'affidamento nell'estinzione del vincolo: il risarcimento del danno e il rimborso delle spese, 348 – 7. *Segue*. La qualificazione della responsabilità e l'esercizio del credito risarcitorio, 355 – 8. Gli altri effetti dell'offerta: rapporti con la mora del debitore; diritto di conseguire la liberazione dal vincolo; rimborso delle spese sostenute, 360 – 9. Cessazione degli effetti della mora, 366 – *Sezione seconda. Alterazioni e adattamenti dell'istituto: l'offerta formale di restituzione dell'immobile nelle locazioni commerciali* – 10. Premessa. Offerta della prestazione e *mora accipiendi* in due contratti di scambio: obbligazione vs. sinallagma, 368 – 11. Al termine della locazione commerciale: la facoltà del conduttore di subordinare la restituzione dell'immobile al pagamento dell'indennità di avviamento, 368 – 12. Il pagamento del canone e l'onere di effettuare l'offerta formale: analisi critica della giurisprudenza, 371 – 13. Per una più stretta aderenza al dato normativo: una ricostruzione alternativa a quella adottata dalla giurisprudenza, 376 – *Sezione terza. Offerta della prestazione e mora del creditore nel rapporto di lavoro subordinato* 14. Rapporto di lavoro e mora del creditore: fortuna (apparente) dell'istituto, 382 – 15. *Segue*. Attra-

verso lo specchio: *mora accipiendi* del datore di lavoro e rimedi sinallagmatici, 385 – 16. La traiettoria della mora del creditore nella dottrina di settore..., 389 – 17. ...tra razionalità e tradizione, 395 – 18. L'offerta della prestazione lavorativa nel diritto applicato: costituzione in mora del datore di lavoro o manifestazione di interesse per l'attuazione dello scambio? Risoluzione automatica del rapporto di lavoro, termine illegittimamente apposto al contratto, dimissioni rassegnate nel periodo successivo al matrimonio, 401 – 19. Licenziamento e trasferimento illegittimo del lavoratore subordinato, 411 – 20. Le fattispecie (impropriamente dette) di «sospensione del rapporto di lavoro»: trattamento di cassa integrazione guadagni non accordato, cessato, non prorogato; «sospensione» del rapporto per fatto del lavoratore, 414 – 21. Sopravvenienze non imputabili al datore di lavoro e risoluzione (parziale) per impossibilità sopravvenuta della prestazione, 419 – 22. Una sintesi: applicazione solo apparente della *mora accipiendi* e responsabilità oggettiva del datore di lavoro, 422 – 23. Sul credito del lavoratore che subisce l'interruzione del rapporto: retribuzione o risarcimento?, 425 – 24. L'intervento della Consulta: nel segno dell'armonia tra giurisprudenza ordinaria e costituzionale, 432.

437 Capitolo V

La liberazione coattiva del debitore

Sezione prima. Il deposito liberatorio 1. Dalla tutela contro la dilatazione del rapporto alla liberazione del debitore: il presupposto dell'offerta, 438 – 2. Il deposito liberatorio e il suo fondamento negoziale: come gli effetti del contratto si integrano con quelli del procedimento di liberazione, 445 – 3. Il contratto di deposito: soggetti, oggetto, effetti. L'eccezione di deposito, 453 – 4. Dal deposito come contratto al deposito come procedimento: la sequenza che conduce alla liberazione del debitore, 460 – 5. *Segue.* La redazione del verbale di deposito e la sua notificazione al creditore assente, 467 – 6. I debiti pecuniari non estinguibili mediante pagamento in contanti e la liberazione del debitore, 471 – 7. L'accertamento giudiziale della validità del deposito, 473 – 8. L'accettazione del deposito, 481 – 9. Gli effetti del deposito: decorrenza e ritiro, 486 – 10. *Segue.* Deposito effettuato a seguito di offerta nelle forme d'uso; imputazione delle spese; altri eventuali effetti, 494 – 11. Una variante del deposito: la vendita coattiva (e il deposito del prezzo), 501 – 12. *Segue.* I presupposti sostanziali e il procedimento, 507 – 13. Ancora sulla vendita coattiva: gli effetti, 514 – *Sezione seconda. La "sfera" del deposito e quella dell'offerta.* 14. Sui rapporti tra offerta e deposito: nella prospettiva monofocale propria del diritto del diritto delle obbligazioni..., 517 – 15. ...ed in quella multifocale dei contratti a prestazioni corrispettive: scambio vs. condizionamento, 520 – 16. Quando il rapporto nasce dall'accordo delle parti. Esecuzione in forma specifica del contratto preliminare ed offerta del prezzo, 424 – 17. Quando, invece, il rapporto non è voluto, ma imposto dalla legge: il deposito funzionale all'esercizio dei diritti di prelazione e riscatto riconosciuti al coltivatore diretto, 530 – *Sezione terza. Oltre il titolo "delle obbligazioni": il deposito e il sequestro liberatori nei contratti tipici e nel codice di rito* 18. Il deposito liberatorio semplificato: vendita di beni mobili, trasporto, cambiale, 534 – 19. Il deposito funzionale, o complementare, all'estromissione del debitore dal processo (artt. 1777 c.c.; 109 c.p.c.), 544 – 20. Il sequestro liberatorio "ordinato dal giudice" in rapporto ai procedimenti di liberazione previsti dal codice civile: ragione e funzione dell'istituto (art. 687 c.p.c.), 553 – 21. *Segue.* La legittimazione a domandare il sequestro e i presupposti del provvedimento, 561 – 22. Il procedimento, 572 – *Sezione quarta. Il sequestro liberatorio immobiliare* 23. Il sequestro liberatorio immobiliare tra codice civile (art. 1216) e codice di rito (art. 687 c.p.c.), 581 – 24. Fisionomia ed ambito di applicazione dell'istituto. Offerta e sequestro nella locazione

commerciale: rinvio, 587 – 25. Il procedimento: la nomina del sequestratario, 590 – 26. L'attuazione del sequestro, 594 – 27. L'accertamento giudiziale della validità del sequestro, 597 – *Sezione quinta. La liberazione del debitore di prestazioni di fare* 28. La liberazione del debitore di prestazioni di fare: rilevanza della questione e analisi critica di alcune soluzioni, 599 – 29. *Segue*. Il difetto di cooperazione quale causa di impossibilità della prestazione, 606.

611 Capitolo VI

L'impossibilità della prestazione e la sfera della cooperazione

1. L'impossibilità della prestazione e i rimedi contro il difetto di cooperazione: una breve panoramica, 611 – 2. Impossibilità della prestazione e impossibilità di ricevere la prestazione: occorre distinguere ?, 616 – 3. L'impossibilità temporanea della prestazione e la mora del creditore, 625 – 4. Quando l'impossibilità della prestazione è imputabile al creditore: gli interessi protetti, 630 – 5. La nozione di «causa imputabile al creditore» nell'elaborazione dottrinale: dalla colpa alla responsabilità (quasi) assoluta, 633 – 6. *Segue*. Una soluzione intermedia, 638 – 7. Come tutelare l'interesse positivo del debitore impossibilitato ad adempiere: itinerari diversi per una stessa destinazione, 645 – 8. In particolare, la risoluzione per inadempimento e il risarcimento del danno, 649 – 9. Riscontri giurisprudenziali; la risoluzione dell'appalto pubblico per l'inadempimento del committente (con particolare riferimento alla sospensione dei lavori), 653 – 10. L'impossibilità temporanea della prestazione derivante da causa imputabile al creditore. Ancora sull'appalto pubblico: sospensione e ritardata consegna dei lavori, 661 – 11. L'impossibilità di ricevere la prestazione non imputabile al creditore. Una prospettiva teorica di più ampio respiro..., 669 – 12. ...quale chiave di lettura del dato normativo e di alcune soluzioni giurisprudenziali, 677.

Capitolo I

La cooperazione all'adempimento tra obbligazione e contratto

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

1. Il difetto di cooperazione e gli scenari che ne conseguono: il protrarsi del vincolo...

Talvolta il rapporto obbligatorio può essere attuato senza la cooperazione del creditore, che non risulta necessaria per l'esecuzione della prestazione. La banca adempie l'obbligazione assunta con la conclusione del contratto di apertura di credito tenendo a disposizione del cliente la somma pattuita, la società di gestione del risparmio presta il servizio offerto ai sottoscrittori di un fondo comune amministrando il relativo patrimonio, l'agenzia obbligata a pubblicizzare i prodotti del

committente ne promuove la diffusione tramite mezzi di comunicazione di massa.

Più spesso, tuttavia, l'esecuzione della prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione richiede la cooperazione del creditore: il venditore non può consegnare il bene quando il compratore non è disposto a riceverlo, l'appaltatore non è in grado di costruire l'edificio se gli è precluso l'accesso al fondo del committente, il conduttore non riesce a restituire l'immobile quando il locatore ne rifiuta la riconsegna.

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

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

A seguito del rifiuto dell'offerta esattamente effettuata, e illegittimamente rifiutata dal creditore, il debitore resta obbligato a eseguire la prestazione: deve, dunque, custodire il bene di cui per ipotesi sia stata rifiutata la consegna e tenere impegnati mezzi e risorse per mantenersi in condizione di adempiere. L'impegno economico e organizzativo conseguente al protrarsi del vincolo può comportare la necessità di rinunciare ad affari alternativi che richiederebbero la libera disponibilità dell'apparato produttivo. Il danno subito dal debitore consegue, dun-

que, alla delusione del suo legittimo affidamento nell'estinzione dell'obbligazione: le sue componenti si identificano con le spese sostenute a causa del protrarsi del vincolo (es., spese di custodia e amministrazione del bene rifiutato) e con le occasioni di guadagno perse a causa dell'impegno del proprio apparato (es., mancata conclusione di un contratto di trasporto, essendo i mezzi del vettore impegnati a seguito del rifiuto di ricevere la merce opposto dal destinatario). Non stupisce che le due voci di danno si identifichino con quelle tradizionalmente ricondotte alla categoria dell'interesse negativo: ad essere compensata è, infatti, la delusione dell'affidamento risposto dal debitore nella liberazione dal vincolo. Il presupposto logico della responsabilità del creditore per la delusione di tale affidamento è rappresentato dall'offerta della prestazione: siccome denota che il debitore è pronto ad adempiere, essa dimostra che il protrarsi del rapporto obbligatorio è esclusivamente ascrivibile al difetto di cooperazione.

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

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

ne che non differisce da quello comunemente usato per quantificare il danno conseguente alla risoluzione del contratto per inadempimento.

In alcuni sistemi dell'Europa continentale, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione viene protetto contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dal protrarsi del rapporto obbligatorio sulla base di un istituto di origine romanistica denominato «mora del creditore»: alla Germania, all'Italia e all'Olanda si è recentemente aggiunta la Francia. Se il debitore offre esattamente la prestazione - dimostrandosi, così, pronto ad adempiere - il creditore è tenuto a compensarlo, in maggiore o minor misura, dei pregiudizi derivanti dalla dilatazione del rapporto ed assume il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione¹. Concorrono a tutelare il debitore regole che lo autorizzano a non effettuare investimenti altrimenti necessari per valorizzare la prestazione e a sostenere i relativi costi: è dunque esonerato dal pagamento degli interessi sui debiti pecuniari, mentre è tenuto a corrispondere al creditore i soli frutti effettivamente percepiti, e non quelli che avrebbe potuto ricavare gestendo il bene in modo più produttivo². È evidente, in entrambi i casi, la finalità di sollevare il debitore dall'onere di sostenere spese delle quali - stante la possibile insolvenza del creditore - non ha la garanzia di ottenere il rimborso; il debitore non deve vedersi costretto ad assumere rischi che in assenza del difetto di cooperazione non avrebbe sopportato.

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

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

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

ambito, in definitiva, il debitore viene protetto contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto obbligatorio³.

2 ...e la liberazione del debitore

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

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

Nel diritto vigente in Francia anteriormente alla recente riforma delle obbligazioni, nel codice civile italiano del 1865 e nel codice delle obbligazioni svizzero, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione viene tutelato solo tramite il meccanismo del deposito: la legge gli consente di liberarsi ponendo la prestazione a disposizione del creditore, ma non lo tutela contro i pregiudizi e i rischi derivanti dal protrarsi del rapporto obbligatorio⁴. Non è contemplata la mora del creditore, sicché la semplice offerta della prestazione illegittimamente

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

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

rifiutata non comporta l'applicazione di rimedi a tutela del debitore⁵: la protezione accordata a quest'ultimo si identifica con la legittimazione a depositare la prestazione illegittimamente rifiutata - che viene posta a disposizione del creditore - e a liberarsi così dell'obbligazione. Gli interessi corrispettivi dovuti sui debiti pecuniari, coerentemente, cessano di decorrere dal momento in cui il denaro viene (non semplicemente offerto, ma) depositato a beneficio del creditore, e il rischio dell'impossibilità della prestazione grava su quest'ultimo in conseguenza della liberazione dell'obbligato⁶.

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

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

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

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

stema lo induce ad orientarsi verso l'attuazione coattiva del rapporto contrattuale piuttosto che verso la sua risoluzione.

Non è casuale che nello stesso contesto siano riscontrabili regole orientate a favorire l'attuazione del rapporto e a scongiurare la prospettiva della sua risoluzione. È sufficiente ricordare che il debitore convenuto in giudizio con l'azione di risoluzione può evitarla eseguendo la prestazione nel corso del processo⁷: è tuttora seguita⁸, infatti, l'opinione tradizionale secondo cui la risoluzione ha la funzione di stimolare l'adempimento del debitore, indotto a eseguire la prestazione dalla prospettiva di perdere il corrispettivo⁹. Il giudice può assegnare al debitore convenuto in giudizio un termine di grazia entro il quale eseguire la prestazione ed evitare così la risoluzione¹⁰. Il creditore è

⁷ Cfr. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, p. 255, a cui si rinvia per i riferimenti alla giurisprudenza «costantemente orientata in questo senso» (nt. 86); JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique ?*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, sous la direction de Fontaine et Viney, Bruxelles-Paris, 2001, p. 461, il quale ricorda l'orientamento della Cassazione francese che assegna all'atto di citazione il valore di costituzione in mora: sicché mentre la domanda di risoluzione non deve essere preceduta da una sollecitazione ad adempiere, essa non preclude l'esecuzione della prestazione nel corso del giudizio.

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

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

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

legittimato a mutare la domanda di risoluzione in quella di adempimento, benché la variazione rischi di pregiudicare l'affidamento del debitore nello scioglimento del rapporto¹¹. Sebbene il creditore abbia optato per la risoluzione del contratto, il regime processuale del rimedio è chiaramente indirizzato a favorire l'adempimento nel corso del giudizio¹².

sano un rapporto di sostanziale continuità con la legislazione precedente: «dans le silence du texte, il est vraisemblable que la souplesse avec laquelle le juge mettait en œuvre le délai prévu par l'ancien article 1184, alinéa 3 du Code civil sera conservée».

¹¹ Cfr. Cass. civ. 25 mars 2009, *Bull. civ.* 2009, III, n. 67, *RDC* 2009, 1004, con nota di GENICON, *Choix entre exécution forcée et résolution*, cit.; Cass. civ. 23 mars 1971, *Bull. Civ.* 1971, I, n. 97; Cass. com. 27 octobre 1953, *D.* 1954, 201; Cass. civ. 6 janvier 1932, *DH* 1932, I, 114. Per un riscontro in dottrina, cfr. JAMIN, *Les conditions de la résolution*, cit., p. 459. Il mutamento della domanda di risoluzione in quella di adempimento riscuote il consenso della dottrina, che lo ritiene coerente con l'assunto per cui il contratto si scioglie solo a seguito della sentenza giudiziale: cfr. GENICON, *Retour sur l'option*, cit., p. 829; ID., *Choix entre exécution forcée et résolution*, cit., p. 1004 ss.; WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, Aix-Marseille, 2004, p. 39, la quale osserva che se il giudice può rigettare le domande di risoluzione proposte da entrambe le parti condannandole ad adempiere - come la giurisprudenza francese ritiene - a maggior ragione l'attore è legittimato a mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione: «De fait, si la Cour de cassation a pu admettre que le juge puisse, sans modifier l'objet du litige, prononcer l'exécution alors que la résolution était de part et d'autre demandée, comment prétendre alors nier leur identité de finalité pour refuser au plaideur une substitution qu'il est possible au magistrat d'opérer?».

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

Diversamente orientati i sistemi di *common law*, che nel disciplinare il difetto di cooperazione non assumono la prospettiva unilaterale dell'obbligazione, ma quella bilaterale dei contratti di scambio. Come si è ricordato, in questo ambito si rinvencono regole che proteggono il debitore contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto e sono per questo confrontabili con la mora del creditore. Ora si aggiunge che nei sistemi anglosassoni e nei testi normativi internazionali modellati su di essi la cooperazione costituisce oggetto di una obbligazione, sicché il debitore la cui offerta sia stata ingiustamente rifiutata è legittimato ad avvalersi dei rimedi contro l'inadempimento¹³.

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

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

sprudenza anteriore - applicando letteralmente l'art. 1184 *Code civil* – riteneva che il creditore fosse legittimato ad ottenere la risoluzione al verificarsi di un inadempimento non qualificato dal requisito della gravità.

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

ha l'onere di tenere la prestazione a disposizione del creditore (compratore) o di depositarla nel corso del processo: nei limiti in cui è ammessa, la scelta di esigere il pagamento del corrispettivo deve essere avvalorata dalla conservazione della capacità di adempiere¹⁴.

In posizione intermedia rispetto ai due modelli qui delineati si collocano i sistemi che, come quello italiano, da un lato non considerano la cooperazione quale oggetto di un'obbligazione suscettibile di giustificare l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento; dall'altro adottano la mora del creditore, e per mezzo di essa tutelano il debitore che avendo effettuato una valida offerta e non essendosi ancora liberato mediante il deposito resta obbligato ad adempiere. Se il debitore viene protetto contro il difetto di cooperazione anche a seguito di una semplice offerta, non (ancora) seguita dal deposito, l'opzione tra le due soluzioni resta teoricamente aperta: il debitore conserva la disponibilità della prestazione, e - protetto dagli effetti della mora - può valutare l'opportunità di sciogliere il rapporto e concludere un contratto sostitutivo avente ad oggetto la prestazione rifiutata o, in alternativa, effettuare il deposito ed esigere l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva. Occorre allora considerare se, e al verificarsi di quali presupposti, il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione e protetto dalla *mora accipiendi* possa liberarsi mediante la risoluzione del contratto; se, in altri termini, anche laddove la cooperazione non costituisca oggetto di una obbligazione la risoluzione rappresenti un'alternativa praticabile alla scelta di effettuare il deposito ed esigere il pagamento del corrispettivo¹⁵.

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

¹⁴ V., *infra*, § 7.

¹⁵ V., *infra*, §§ 15, 16.

portamento del creditore, in quanto anteriore all'offerta, abbia precluso l'esecuzione della prestazione prima che il debitore abbia integralmente sostenuto i costi e gli investimenti necessari per mettersi in condizione di adempiere.

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

3. Mora del creditore e deposito liberatorio nella codificazione del '42: il modello francese e le istanze di riforma

Il codificatore del 1942 introduce nella legislazione italiana la mora del creditore: già adottato dal BGB, l'istituto non era invece contemplato dal codice civile del 1865, aderente anche sotto questo profilo al paradigma francese.

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

que, si risolve in una serie di rimedi che reagiscono alla dilatazione del rapporto obbligatorio determinata dal difetto di cooperazione.

Se con l'adozione dell'istituto si intende offrire al debitore una tutela più agile e immediata, in quanto anticipata al momento dell'offerta, il dettato del codice (artt. 1206 ss.), come integrato dalle disposizioni di attuazione (artt. 73 ss.), ne subordina l'applicazione al rispetto di un procedimento alquanto impegnativo. Il debitore deve effettuare l'offerta tramite un pubblico ufficiale, che redige un processo verbale attestante, oltre al contenuto e alle modalità dell'atto, il comportamento tenuto dal creditore in conseguenza di esso (artt. 1208 n. 7 c.c.; 73 ss. att.). Se il creditore non l'accetta, l'offerta deve essere convalidata dal giudice: gli effetti della mora si producono solo a condizione che essa sia stata «dichiarata valida con sentenza passata in giudicato» o sia stata «accettata dal creditore» (art. 1207, comma 3° c.c.). Aniché rimettere alle parti interessate o controinteressate agli effetti della mora l'iniziativa di avvalorare o contestare la regolarità dell'offerta, il dettato del codice la assoggetta al controllo necessario e preventivo del giudice, la cui sentenza di convalida assume carattere costitutivo. Nel relativo giudizio il contenuto e le modalità dell'offerta, come il comportamento tenuto dal creditore, non richiedono alcuna attività di istruzione probatoria, in quanto documentati dal verbale redatto dal pubblico ufficiale.

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

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