

Ritenzione della caparra

CASSAZIONE CIVILE, sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553 - Pres. Carbone - Rel. Travaglino - P.M. Ciccolo (conf.) - D.E. (avv. Mancuso) c. N.R.(avv. De Sena)

I rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale: proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione di caparra perché (a prescindere da quanto già detto e ancora si dirà di qui a breve in ordine ai rapporti tra la sola azione di risoluzione e la singola azione di recesso non connesse alle relative azioni "risarcitorie") verrebbe così a vanificarsi la stessa funzione della caparra, quella cioè di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, consentendosi inammissibilmente alla parte non inadempiente di "scommettere" puramente e semplicemente sul processo, senza rischi di sorta;

L'azione di risoluzione avente natura costitutiva e l'azione di recesso si caratterizzano per evidenti disomogeneità morfologiche e funzionali: sotto quest'ultimo aspetto, la trasformazione dell'azione risolutoria in azione di recesso nel corso del giudizio lascerebbe in astratto aperta la strada (da ritenersi, invece, ormai preclusa) ad una eventuale, successiva pretesa (stragiudiziale) di ritenzione della caparra o di conseguimento del suo doppio (con evidente quanto inammissibile rischio di ulteriore proliferazione del contenzioso giudiziale);

Azione di risoluzione "dichiarativa" e domanda giudiziale di recesso partecipano della stessa natura strutturale, ma, sul piano operativo, la trasformazione dell'una nell'altra non può ritenersi ammissibile per i motivi, di carattere funzionale.

La rinuncia all'effetto risolutorio da parte del contraente non adempiente non può ritenersi in alcun modo ammissibile, trattandosi di effetto sottratto, per evidente *voluntas legis*, alla libera disponibilità del contraente stesso.

I rapporti tra l'azione di risarcimento integrale e l'azione di recesso, isolatamente e astrattamente considerate, sono, a loro volta, di incompatibilità strutturale e funzionale;

La domanda di ritenzione della caparra è legittimamente proponibile, nell'incipit del processo, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dalla parte nell'introdurre l'azione "caducatoria" degli effetti del contratto: se quest'azione dovesse essere definita "di risoluzione contrattuale" in sede di domanda introduttiva, sarà compito del giudice, nell'esercizio dei suoi poteri officiosi di interpretazione e qualificazione in iure della domanda stessa, convenirla formalmente in azione di recesso, mentre la domanda di risoluzione proposta in citazione, senza l'ulteriore corredo di qualsivoglia domanda "risarcitoria", non potrà essere legittimamente integrata, nell'ulteriore sviluppo del processo, con domande "complementari", né di risarcimento vero e proprio né di ritenzione della caparra, entrambe inammissibili perché nuove.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., 2 dicembre 2005, n. 26232, in questa <i>Rivista</i> , 2006, 8, 1097; Cass., 25 agosto 1993, n. 8995.
Difforme	Cass., 16 maggio 2006, n. 11356; Cass., 18 novembre 2002, n. 16221

....*Omissis*...

In diritto

Con l'unico motivo di ricorso, la difesa dei coniugi L. denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto (artt. 183 e 345 c.p.c., art. 1385 c.c.; insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia.

Si sostiene, nell'illustrazione del motivo, che la sostituzione, in sede di appello, della originaria domanda di risoluzione contrattuale per inadempimento con quella di recesso ex art. 1385 c.c. non integrerebbe affatto gli estre-

mi dello *ius novorum* (vietato), ma andrebbe, di converso, configurata come esercizio di una perdurante (quanto legittima) facoltà del richiedente, in guisa di istanza processuale soltanto ridotta rispetto alla già proposta risoluzione, nell'ambito della medesima dimensione risarcitoria della domanda, in conseguenza dell'inadempimento di controparte.

Come si è già avuto modo di accennare nel corso dell'esposizione dei fatti di causa, la questione del coordinamento dei due rimedi risarcitori alternativamente riconosciuti dall'art. 1385 c.c. - quanto, cioè, alla facoltà, per la parte adempiente che abbia agito per la risoluzione del

contratto (art. 1385 comma 3, c.c.) e per la condanna della parte inadempiente al risarcimento del danno ex art. 1453 c.c., di sostituire tali richieste, in appello, con una domanda di recesso dal contratto e di ritenzione della caparra o del suo doppio (art. 1385, comma 2, c.c.) - è stata più volte affrontata da questa corte di legittimità, e diacronicamente risolta, in modo non uniforme, secondo percorsi argomentativi diversi e sovente contrastanti.

1. - *La giurisprudenza di legittimità sulla fungibilità dei due rimedi "caducatori" degli effetti del contratto.*

L'analisi delle più significative pronunce di questa corte regolatrice può utilmente dipanarsi attraverso tre diversi livelli di analisi: il primo che parta dalla ricognizione dei profili di uniformità rilevabili in tutte le sentenze che abbiano affrontato *ex professo* il tema dei rapporti tra domanda di risoluzione e di recesso; il secondo che esamini i contenuti e le motivazioni delle pronunce favorevoli alla sostituzione della prima domanda con la seconda; il terzo volto all'analisi delle speculari posizioni assunte da quella giurisprudenza più rigorosamente predicativa del principio della infungibilità tra le due istanze, benché funzionali entrambe alla caducazione degli effetti del contratto.

1.1. *I profili di omogeneità rilevabili nelle diverse pronunce della giurisprudenza di legittimità.*

Indiscusse, nella giurisprudenza di questa corte, risultano, nel tempo, le affermazioni secondo cui:

- I due rimedi disciplinati, rispettivamente, dall'art. 1385, commi 2 e 3 c.c. a favore della parte non inadempiente nell'ipotesi di inadempimento della controparte hanno carattere distinto e non cumulabile;

- L'inadempimento si identifica in ogni caso con quello che dà luogo alla risoluzione, di cui il giudice è tenuto comunque a sindacarne gravità e imputabilità (Cass. 2032/1993; 398/1989; 4451/1985);

- La parte non inadempiente che abbia esercitato il potere di recesso riconosciute dalla legge è legittimata a ritenere la caparra ricevuta o ad esigere il doppio di quella versata: la caparra confirmatoria assume, in tal caso, la funzione di liquidazione convenzionale e anticipata del danno da inadempimento.

Qualora, invece, detta parte abbia preferito domandare la risoluzione (o l'esecuzione del contratto), il diritto al risarcimento del danno, che rimane regolato dalle norme generali, postula che il pregiudizio subito sia provato nell'an e nel quantum, con conseguente possibilità di rigetto della relativa domanda in ipotesi di mancato raggiungimento della prova (Cass. 7180/1997; 4465/1997);

- La parte che ha ricevuto la caparra, se destinataria di una richiesta di restituzione ex art. 1385, comma 2, c.c. sul presupposto del suo inadempimento, può limitarsi ad eccepire l'inadempimento dell'altra parte, senza bisogno di proporre domanda riconvenzionale di risarcimento del danno, essendo questa una facoltà ulteriore, riconosciuta dal terzo comma dello stesso articolo (Cass. 4777/2005; 11684/1993);

- Introdotta la domanda di risoluzione per inadempimento e di risarcimento dei danni, non è applicabile la disciplina della caparra di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c. (Cass. 13828/2000; 8881/2000; 8630/1998;

3602/1983); è illegittima la condanna della parte inadempiente a restituire il doppio della caparra ricevuta, stante la non cumulabilità dei due rimedi (Cass. 18850 del 2004); è necessaria la prova del danno secondo le regole generali (Cass. 17923/2007; 1301/2003; 849/2002; 4465/1997);

- Mancando la prova del danno, *se inadempiente è l'accipiens*, la restituzione della caparra è un effetto della risoluzione come conseguenza del venir meno della causa che aveva determinato la corresponsione (Cass. 8630 del 1998); l'obbligo di restituzione della somma ricevuta, privo di funzione risarcitoria, rimane soggetto al principio nominalistico (Cass. 5007/1993; 2032/1993; 944/1992); *se l'accipiens è adempiente*, viceversa, la caparra svolge funzione di garanzia dell'obbligazione di risarcimento (funzione che si esplica nell'esercizio del diritto - da parte di chi l'abbia ricevuta e abbia titolo risarcitorio - a ritenere l'importo fino alla liquidazione del danno), conserva tale funzione sino alla conclusione del procedimento per la liquidazione dei danni derivanti dall'avvenuta risoluzione, non trova giustificazione la richiesta di restituzione sino alla definizione di tale procedimento (Cass. 5846/2006), con conseguente compensazione con il credito risarcitorio.

1.2. - *Le pronunce favorevoli alla sostituzione della domanda di risoluzione con quella di recesso.*

Secondo parte della giurisprudenza di questa corte, la parte non inadempiente che, ricevuta una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, abbia pur tuttavia agito per la risoluzione (o esecuzione) del contratto e per la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1453 c.c., potrebbe legittimamente sostituire a tali istanze, in grado di appello, quelle di recesso dal contratto e di ritenzione della caparra a norma dell'art. 1385, comma 2 c.c.

Tale richiesta non integrerebbe, difatti, gli estremi della domanda nuova vietata dall'art. 345 c.p.c., configurandosi piuttosto, rispetto alla domanda originaria, come esercizio di una perdurante facoltà (e come più ridotta istanza) rispetto alla risoluzione, in una parallela orbita risarcitoria che ruota pur sempre intorno all'inadempimento dell'altra parte (Cass. n. 3331 del 1959; n. 2380 del 1975; n. 1391 del 1986; n. 1213 del 1989; n. 7644 del 1994; n. 186 del 1999; n. 1160 del 1996; n. 11760 del 2000; n. 849 del 2002, sia pur in obiter).

A fondamento di tale convincimento, si è di volta in volta sostenuto:

- che la domanda di recesso è anch'essa basata sulla dichiaratoria di inadempimento e tende, sia pure con particolari modalità, allo scioglimento del contratto;

- che la domanda di ritenzione della caparra (ovvero di pagamento del suo doppio), dal suo canto, è pur sempre una domanda di risarcimento, non incidendo sulla sua natura e funzione la peculiare forma di indennizzo preventivamente concordato;

- che "domanda nuova" è solo quella che importa la trasformazione oggettiva delle domande originarie, la modifica del fatto costitutivo del diritto vantato, l'alterazione dei presupposti oggetti vi e soggetti dell'azione, sì da

determinare uno spostamento dei termini della controversia su un piano diverso e più ampio, ovvero, sotto il profilo del *petitum*, quella che non abbia la possibilità di assorbire il contenuto della domanda originaria e non escluda pertanto la riproponibilità di quest'ultima dopo la decisione del giudice;

– che, ai sensi dell'art. 1453, comma 2, c.c. si deve ritenere virtualmente compresa nella domanda di esecuzione quella di risoluzione, mentre la domanda di recesso o di ritenzione, pur costituendo, sul piano processuale, una domanda più limitata rispetto a quella di risoluzione, discende ugualmente dalla declaratoria di inadempimento dell'altra parte secondo i principi generali sull'importanza e sull'imputabilità del medesimo, e importa l'assorbimento, sotto questo riguardo, del contenuto della domanda originaria di adempimento (e poi di risoluzione) sì da renderne giuridicamente impossibile la riproposizione. Peraltro, la domanda di ritenzione della caparra è pur sempre una domanda di risarcimento dei danni, che non muta nella sua essenza e funzione sol perché assume la configurazione dell'indennizzo preventivo, e può rappresentare per la parte una limitazione della reintegrazione patrimoniale oppure anche un vantaggio maggiore di quello che si sarebbe conseguito con i modi ordinari;

– che, in definitiva, la domanda di recesso dal contratto costituisce una domanda più limitata rispetto a quella di risoluzione per inadempimento, poiché, in quanto ricompresa nell'unico fatto costitutivo del diritto vantato, non altera i presupposti oggettivi e soggettivi dell'azione e non sposta la controversia su un piano diverso, tanto da introdurre nel processo un nuovo tema di indagine.

Va ancora ricordato come, di recente, con la pronuncia di cui a Cass. n. 11356 del 2006 - che contiene una sintesi dei principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in *subiecta materia* - questa corte abbia avuto modo di riaffermare il principio della fungibilità delle domande di risoluzione e di recesso, attribuendo poi alla caparra confirmatoria (del tutto condivisibilmente) natura composita, funzione eclettica, effetti diacronici.

1.3. - *Le pronunce contrarie alla ammissibilità della sostituzione della domanda di risoluzione con quella di recesso.*

Secondo altra parte della giurisprudenza di legittimità, la domanda di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno e quella di recesso dal contratto medesimo con incameramento della caparra avrebbero, in linee generali, oggetto diverso, nonché differente *causa petendi*.

Ne consegue che la seconda domanda, se formulata soltanto in appello in sostituzione della prima proposta in primo grado, non costituisce semplice emendatio della iniziale pretesa, ma delinea una questione del tutto nuova, come tale inammissibile ai sensi dell'art. 345 c.p.c. (Cass. n. 8995 del 1993).

1.4. - *Le pronunce relative a fattispecie di risoluzione di diritto*

Più composito appare il panorama giurisprudenziale di questa corte nell'ipotesi in cui la relazione tra azione di recesso e azione di risoluzione abbia avuto riguardo a fattispecie di risoluzioni di diritto.

A fronte di un filone costantemente volto ad escludere la

possibilità di chiedere il recesso, ai sensi dell'art. 1385, comma 2, c.c. quando si è agito per la risoluzione di diritto dello stesso contratto, si rinvengono, difatti, altre decisioni che, in vario modo, appaiono più elasticamente funzionali a consentire al contraente non inadempiente di utilizzare il meccanismo del recesso.

a) *Nel senso della impraticabilità del rimedio del recesso*, essendo il contratto già risolto *ex lege*, si orientano tre decisioni di questa corte (Cass. n. 2557 del 1989, n. 26232 del 2005, n. 9040 del 2006, tutte relative a contratti in cui era stata chiesta la risoluzione in forza di diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. ed era poi stato esercitato il recesso ai sensi dell'art. 1385, comma 2, c.c.) il cui fondamento motivazionale ruota attorno all'ostacolo costituito da un effetto risolutivo già realizzatosi alla data della scadenza della diffida (e alla connessa natura dichiarativa della relativa sentenza di accertamento), con la conseguenza che "non si può recedere da un contratto già risolto *de iure*".

In particolare, le due pronunce più recenti, non ignare delle argomentazioni svolte dalla dottrina dominante sul tema della presunta legittimità di una sostituzione del recesso con la risoluzione, affermano di condividere limitatamente alla ordinaria domanda di risoluzione giudiziale, e decidono in ordine alla caparra sulla base del consolidato principio del c.d. "effetto restitutorio" proprio della risoluzione.

In particolare, la pronuncia del 2005, dopo aver negato ogni fungibilità tra le domande di risoluzione e di recesso, riconosce poi la legittimità "dell'esercizio dei diritti relativi alla caparra confirmatoria di cui all'art. 1385 c.c., comma 2", specificando che si tratterebbe, nella specie, di far valere un'istanza di danni più ridotta rispetto a quella, maggiore, che si suppone esercitata con l'azione risolutoria/risarcitoria di cui al successivo comma 3, con conseguente esclusione di qualsivoglia profilo di novità della domanda con riferimento alla (sola) richiesta di danni e conseguente legittimità della "conversione" in appello dell'istanza di risarcimento in domanda di ritenzione;

b) *Nel senso della possibilità del recesso se la risoluzione di diritto non si è verificata per rinuncia all'effetto risolutivo* si esprime invece Cass. n. 7182 del 1997, a mente della quale l'esercizio del diritto di recesso (il cui unico presupposto sarebbe ravvisabile nell'inadempimento della controparte) è da dirsi legittimo qualora il contraente non inadempiente che abbia intimato diffida ad adempiere alla controparte - dichiarando espressamente che, allo spirare del termine fissato, il contratto si avrà per risolto di diritto - abbia rinunciato successivamente, anche con comportamenti concludenti, alla diffida e al suo effetto risolutivo (come nel caso in cui abbia concesso un nuovo, ulteriore termine per l'adempimento, con la conseguenza che, nelle more di quest'ultimo, non essendo intervenuta la risoluzione contrattuale, il recesso "sarà ancora legittimamente praticabile").

Analogamente, Cass. n. 1952 del 2003, richiamato l'orientamento prevalente che ammette la sostituzione della domanda di risoluzione e risarcimento con quella di re-

cesso (attesa “la minore ampiezza della seconda rispetto alla prima”), lo fa proprio aggiungendo che la sostituzione sarebbe ammissibile anche nelle ipotesi di risoluzione del contratto per una delle cause previste dalla legge (artt. 1454, 1455, 1457 c.c.), quando la parte abbia rinunciato agli effetti della risoluzione del contratto per inadempimento, rientrando tale potere nell'autonomia privata, che, “come riconosce al creditore il diritto potestativo di non eccepire preventivamente l'inadempimento che potrebbe dare causa alla risoluzione del contratto, così non gli nega quello di non avvalersi della risoluzione già verificatasi o già dichiarata” (nella specie, la risoluzione si era verificata per mancato rispetto del termine essenziale: la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di recesso e di ritenzione della caparra proposta in secondo grado sul rilievo che il contratto si era già risolto di diritto, omettendo di accertare se la parte avesse o meno rinunciato, in forma espressa o tacita, agli effetti della risoluzione del contratto).

c) Nel senso della possibilità di utilizzare il meccanismo di cui all'art. 1385 c.c., comma 2 dopo essersi avvalsi della risoluzione di diritto senza ulteriore domanda di risarcimento del danno sembrano ancora indirizzarsi due ulteriori sentenze di questa corte (Cass. n. 1851 del 1997 e n. 319 del 2001), la prima intervenuta in una fattispecie di termine essenziale, l'altra di diffida ad adempiere: in entrambe le ipotesi, è stato riconosciuto alla parte adempiente il diritto di esercitare l'azione ai sensi dell'art. 1385 comma 2, c.c. per ottenere, rispettivamente, di ritenere la caparra ricevuta ovvero di conseguire il doppio della caparra versata dopo essersi avvalsa della risoluzione di diritto già verificatasi: decisiva, a giudizio di quei collegi, era apparsa la circostanza che la parte, nell'esercizio dell'azione dichiarativa per l'accertamento della risoluzione di diritto, non avesse chiesto la liquidazione del danno ai sensi dell'art. 1453 c.c..

La decisione del 1997 aggiunge, poi, che la scelta alternativa prevista dall'art. 1385 riguarda l'esercizio dell'azione costitutiva di risoluzione di cui all'art. 1453 c.c. e non quella che si limita ad accertare l'intervenuto inadempimento, mentre la sentenza del 2001, sul presupposto della affinità sostanziale tra risoluzione del contratto per inadempimento e recesso di cui all'art. 1385 c.c., pone l'accento sulla funzione risarcitoria della caparra come preventiva liquidazione del danno e ritiene che la scelta tra questa o l'integrale risarcimento da provare, ai sensi del comma 3, non sia preclusa a chi si sia avvalso del meccanismo giuridico della risoluzione di diritto.

d) Nel senso della possibilità di recesso indipendentemente dal tipo di risoluzione, infine, risulta essersi espressa, di recente, Cass. n. 16221 del 2002, concernente una fattispecie di risoluzione per diffida ad adempiere: la Corte, nel cassare la decisione dei giudici di merito che avevano negato alla parte adempiente il diritto di ritenere la caparra ricevuta essendo il contratto già risolto per effetto della facoltà di provocare la risoluzione del contratto mediante diffida, ha ripercorso *funditus* i disomogenei approdi della propria giurisprudenza e, pur non affrontando *ex professo* la questione della parificazione tra i due tipi di risoluzio-

ne, evidenzierà come carattere comune di entrambi sia pur sempre l'inadempimento presupposto, mentre altrettanto comuni “sono a dirsi i rimedi - ferma restando la distinzione tra la caparra, quale danno preventivamente determinato, e il danno effettivo da provare -”, con la conseguenza che l'azione di recesso si configurerebbe “come domanda meno ampia di quella di risoluzione e risarcimento e, pertanto, non nuova”.

1.5. - *Le pronunce relative ai rapporti tra caparra e risarcimento.*

Secondo Cass. 3555/2003, chi agisce in risoluzione non ha diritto, a titolo di danno minimo risarcibile, alla caparra (o al doppio di quella data) se non prova il maggior danno: la Corte precisa che la soluzione contraria comporterebbe il venir meno di ogni interesse ad esercitare il recesso, con conseguente soppressione del rimedio che la legge espressamente disciplina all'art. 1385 comma 2, c.c. Altre pronunce, invece (Cass. 2613/1988, 11356/2006) predicano l'opposto principio secondo il quale la caparra avrebbe funzione di *minimum* risarcibile anche nel caso di domanda di risoluzione: in particolare, Cass. 11356/06 opina espressamente che la parte non inadempiente ben possa esercitare il recesso (*rectius*, la facoltà di ritenzione della caparra) anche dopo aver proposto la domanda di risarcimento e fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza, ma in tale ipotesi essa implicitamente rinuncia al risarcimento integrale tornando ad accontentarsi della somma convenzionalmente predeterminata al riguardo (in termini, ancora, Cass., 18 novembre 2002, n. 16221; Cass., 24 gennaio 2002, n. 849; Cass., 6 settembre 2000, n. 11760; Cass., 1 novembre 1999, n. 186).

Conseguentemente “ben può il diritto alla caparra essere fatto valere anche nella domanda di risoluzione”.

2. - *Le questioni di diritto sottoposte alle Sezioni Unite.*

2.1 - Alla luce dell'analitico *excursus* che precede, emerge con maggiore chiarezza come le questioni di diritto sottoposte al vaglio di queste sezioni unite - in realtà più articolate e complesse di quelle rilevate con l'ordinanza di rimessione - possano così complessivamente sintetizzarsi:

a) Analisi della relazione - accessorietà, complementarietà, (in) dipendenza - intercorrente tra le azioni risolutorie/risarcitorie da una parte, e le azioni di recesso/ritenzione della caparra dall'altra; b) analisi dei rapporti tra l'azione di risoluzione avente natura costitutiva e l'azione di recesso; c) analisi dei rapporti tra l'azione di risoluzione avente natura dichiarativa e l'azione di recesso; d) analisi dei rapporti tra risoluzione *ex lege*, rinuncia all'effetto risolutorio (in ipotesi di diffida ad adempiere e successiva “ritrattazione” dopo l'inutile decorso del termine), recesso; e) analisi dei rapporti tra l'azione di risarcimento integrale e l'azione volta alla ritenzione della caparra; f) proponibilità dell'azione di ritenzione della caparra in assenza di azione risarcitoria, a prescindere del rimedio caducatorio prescelto (risoluzione/recesso).

2.2. - Alla soluzione delle questioni sopra esposte non appare un fuor d'opera far precedere una sintetica ricostruzione dei più rilevanti aspetti morfologici e funzionali dell'istituto della caparra, oltre che una breve e giocofor-

za incompleta ricognizione delle posizioni della dottrina in ordine ai rimedi previsti dall'art. 1385 c.c., nell'intendimento di dare continuità ad un recente indirizzo accolto da queste sezioni unite, che, in non poche pronunce, hanno analizzato, dato conto e sovente fatte proprie non poche riflessioni della migliore giusciviltà italiana, in un fecondo e sempre più intenso rapporto di sinergia di pensiero tra giurisprudenza di legittimità e studiosi del diritto destinato sempre più spesso a tradursi in "diritto vivente".

3. - *La natura giuridica della caparra confirmatoria - Le posizioni della dottrina.*

3.1. - La caparra confirmatoria viene comunemente definita come negozio giuridico accessorio che le parti perfezionano versando l'una (il *tradens*) all'altra (l'*accipiens*) una somma di denaro o una determinata quantità di cose fungibili al momento della stipula del contratto principale al fine di perseguire gli scopi di cui all'art. 1385 c.c..

In particolare, il termine "caparra" riveste, già sotto il profilo strettamente semantico, la duplice funzione, da un canto, di qualificare, sotto il profilo causale, il negozio giuridico accessorio, dall'altro di indicare la somma di denaro o la qualità di cose fungibili che ne costituiscono l'oggetto (come si osserva correttamente in dottrina, è la stessa norma regolatrice dell'istituto che discorre, da un lato, di dazione "a titolo di caparra", così indicando il negozio giuridico che dà fondamento alla *datio*, dall'altro di "restituzione o imputazione della caparra", in tal modo riferendosi specificamente all'oggetto del negozio, il denaro o la *res tradita*).

Sotto il profilo tanto morfologico quanto funzionale, il mutevole istituto (come già compiutamente e condivisibilmente rilevato dalla III sezione questa corte, sulla scia di una attenta dottrina, con la sentenza 11356/2006) presenta caratteristiche affatto composite e spiccatamente eclettiche.

La caparra confirmatoria, difatti, su di un piano, per così dire, di funzionalità patologica, è volta a garantire l'esecuzione del contratto, venendo incamerata in caso di inadempimento della controparte, sotto tale profilo avvicinandosi alla cauzione; ha carattere di autotutela, consentendo il recesso senza la necessità di adire il giudice; ha altresì funzione di garanzia per il risarcimento dei danni eventualmente liquidati in via giudiziale, ovvero, alternativamente, di liquidazione preventiva, forfettaria e convenzionale del danno stesso, automaticamente connessa al recesso cui la parte si sia determinata in conseguenza dell'inadempimento della controparte; in una speculare dimensione di fisiologico dipanarsi della vicenda contrattuale, essa si caratterizza invece come anticipata esecuzione parziale della prestazione dedotta in contratto (mentre correttamente se ne esclude una ulteriore funzione probatoria dell'intervenuta conclusione del contratto principale - come pure sostenuto da una risalente giurisprudenza: Cass. 925/1962, 1326/1958 -, atteso che ad essere tradizionalmente inteso come "probatorio" è in realtà il riflesso di una duplice peculiarità morfologica dell'istituto, la sua realtà e la sua accessorietà).

Fattispecie cangiante e versatile, la caparra assume, dia-

cronicamente - a seconda, cioè, del "momento" del rapporto negoziale in cui si colloca -, forme e funzioni assai diversificate, in ciò distinguendosi nettamente tanto dalla caparra penitenziale, che costituisce il semplice - e non altrimenti utilizzabile - corrispettivo del diritto di recesso, quanto dalla clausola penale, rispetto alla quale non pone limiti all'entità del danno risarcibile - ben potendo la parte non inadempiente recedere senza dover proporre domanda giudiziale o intimare la diffida ad adempiere e trattenere la caparra ricevuta ovvero esigere il doppio di quella prestata a totale soddisfacimento del danno derivante dal recesso, del tutto a prescindere dall'effettiva esistenza e dimostrazione di un danno; ovvero non esercitare il recesso e chiedere la risoluzione del contratto e l'integrale risarcimento del danno sofferto in base alle regole generali, sul presupposto di un inadempimento imputabile e di non scarsa importanza (la parte non inadempiente non potrà, in tal caso, incamerare la caparra, bensì trattenerla a garanzia della pretesa risarcitoria, ovvero a titolo di acconto su quanto a lei spettante quale risarcimento integrale dei danni che saranno in seguito accertati e liquidati).

Né va trascurata l'ulteriore aspetto funzionale della caparra conseguente alla scelta della parte di avvalersi dei rimedi ordinari della richiesta di adempimento ovvero di risoluzione del negozio, anziché recedere dal contratto: la sua restituzione è in tal caso conseguenza dell'effetto restitutorio proprio della risoluzione negoziale, del venir meno, cioè, della causa della sua corresponsione: essa perde in tale ipotesi la funzione di limitazione forfettaria e predeterminata della pretesa risarcitoria all'importo convenzionalmente stabilito in contratto, e la parte che allega di aver subito il danno, oltre che alla restituzione di quanto prestato in relazione o in esecuzione del contratto, ha diritto anche al risarcimento dell'integrale danno subito se e nei limiti in cui riesce a provarne l'esistenza e l'ammontare in base alla disciplina generale di cui agli artt. 1453 s.s. c.c..

3.2. - La questione del coordinamento tra il rimedio del recesso e quello della risoluzione, espressamente disciplinati in favore del contraente non inadempiente dal codice vigente, ha radici profonde, che affondano nell'antico dibattito accesosi in dottrina già nel vigore del codice del 1865 - che contemplava la sola alternativa tra ritenzione della caparra e richiesta di esecuzione del contratto, mentre dottrina e giurisprudenza già si interrogavano, a quel tempo, sulla possibilità di chiedere il risarcimento secondo le regole ordinarie.

Ecco dunque il legislatore del 1942 introdurre, nell'ambito della disciplina generale dei contratti, accanto al rimedio del recesso con ritenzione della caparra (o richiesta del doppio di quella versata), quello della risoluzione del contratto con conseguente risarcimento del danno da quantificarsi secondo le regole ordinarie.

Nella *mens legis*, secondo quanto risulta dalla relazione al codice, la caparra «mentre conferma il contratto (per modo che deve essere restituito o computato in caso di adempimento...), facilita le composizioni in caso di inadempimento: infatti, l'inadempiente...perde la caparra

data o restituisce il doppio di quella ricevuta...e questa è certo una composizione spedita.

Ma poiché la caparra è di regola confirmatoria, la parte adempiente può far valere i suoi diritti in via ordinaria...e allora la caparra funziona come garanzia per il recupero dei danni, che saranno attribuiti in sede di risoluzione del contratto o, in caso di condanna ad eseguirlo, per la mora verificatesi».

Pacifico, secondo la unanime dottrina, il carattere di rigida alternatività tra i due rimedi, recesso/risoluzione, alcuni autori ne trarranno la ulteriore conseguenza - per la parte adempiente che non sia riuscita a provare in parte o per l'intero il danno subito nell'azione di risoluzione e risarcimento - della sopportazione del rischio di vedersi risarcito un importo inferiore alla caparra, ovvero negato qualsiasi importo.

Altra parte della dottrina, di converso, si indurrà più benevolmente a temperare tale rigida conseguenza tanto sul piano processuale - negando la configurabilità di una domanda nuova in ipotesi di sostituzione di quella risolutoria con quella di recesso/ritenzione -, quanto su quello sostanziale, ricostruendo la fattispecie, nella sua dimensione dinamica di liquidazione anticipata del danno, in termini di minimum risarcibile, sempre legittimamente esigibile dal creditore che non sia riuscito a provare il maggior danno.

3.3. - A partire dagli anni sessanta, si disegnano sempre più evidenti profili di omogeneità tra l'istituto di cui all'art. 1385, comma 2, c.c. - affidato alla manifestazione di volontà della parte non inadempiente - e la risoluzione del contratto per inadempimento, giusta la (condivisibile) considerazione per cui il recesso, in realtà, non assurge a dignità di categoria giuridica dotata di autonomia strutturale sua propria, ma rileva piuttosto come fattispecie negoziale dai profili funzionali non omogenei, se la legge stessa definisce in termini di "recesso" atti recettizi a struttura unilaterale diversi tra loro quanto a giustificazione causale e meccanismi effettuali.

Par lecito discorrere, allora, di due diverse discipline della risoluzione piuttosto che di alternativa tra recesso e risoluzione del contratto, par lecito immaginare, di conseguenza, una ricostruzione della fattispecie in termini di peculiare ipotesi di risoluzione di diritto, da affiancare (piuttosto che contrapporre) a quelle di cui agli artt. 1454, 1456, 1457 c.c..

Il recesso della parte non inadempiente si conferma così "modalità" (ulteriore) di risoluzione del contratto, destinata ad operare, indipendentemente dall'esistenza di un termine essenziale o di una diffida ad adempiere, merce la semplice comunicazione all'altra parte di una volontà "caducatoria" degli effetti negoziali - operante, nella sostanza, attraverso un meccanismo analogo a quello che regola la clausola risolutiva espressa.

Si discorre, all'esito di queste corrette riflessioni, del tutto opportunamente, di una "forma di risoluzione stragiudiziale del contratto che presuppone l'inadempimento della controparte, avente i medesimi caratteri dell'inadempimento che giustifica la risoluzione giudiziale", cui consegue, tra l'altro, una "rilevante semplificazione del

quadro probatorio".

Con riferimento ai rapporti tra gli effetti della caparra e i normali effetti dell'inadempimento dell'obbligazione contrattuale, si riconosce poi pacificamente, in dottrina, la facoltà di scelta conferita alla parte non inadempiente dall'art. 1385 c.c., mentre altrettanto dominante risulterà l'orientamento secondo cui il ricorso al recesso sarebbe legittimo anche quando sia stata proposta e proseguita una iniziale domanda giudiziale di (esecuzione o) risoluzione del contratto.

Tra le relative domande e azioni non si rinvencono ragioni di incompatibilità, e nella condivisa impraticabilità del relativo cumulo la maggior parte degli autori non scorge affatto l'ulteriore conseguenza dell'illegittimità dell'esperimento di entrambe in posizione alternativa o subordinata, che si ritiene consentita, di converso, "fino alla precisazione delle conclusioni nella sede giudiziale che prelude alla decisione di merito".

3.4. - Tale orientamento verrà, di recente, sottoposto a serrata critica da parte di altri autori, che, da posizioni minoritarie, qualificano in termini di vera e propria forzatura dogmatica l'idea che la domanda di recesso non integri gli estremi della domanda nuova rispetto a quella di (adempimento o) risoluzione ex art. 1453 c.c..

Pur condividendosi l'affermazione secondo cui la richiesta di recesso si configura quale "istanza ridotta" rispetto alla risoluzione, vive nello stesso ambito risarcitorio in relazione all'inadempimento dell'altra parte, si connota di conseguente identità di *causa petendi* (dal momento che la ragione del domandare si sostanzia in entrambi i casi nell'inadempimento dell'altro contraente), ad essere sottoposta a revisione critica è l'indiscriminata identificazione del relativo *petitum*.

Sostanzandosi l'azione di cui all'art. 1385, comma 2, c.c. in una forma di risoluzione stragiudiziale del contratto, operante alla stregua degli altri meccanismi di risoluzione stragiudiziale previsti dal codice, la sentenza che pronuncia su tale domanda non potrebbe avere - si sostiene - che natura dichiarativa, mentre è costitutiva quella che decide sulla risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., è di condanna quella che pronuncia sull'adempimento.

Duplici, allora, la conseguenza:

da un canto, è diverso il *petitum* immediato che identifica le azioni che si collegano alle tre domande, essendo diverso il tipo di provvedimento richiesto al giudice (giusta la distinzione chiovendiana ancor oggi condivisa dalla dottrina e giurisprudenza prevalente in tema di *petitum* attoreo), di talché "non sussiste identità di azioni e quindi di domande se è vero che tale identità postula la coincidenza del *petitum* immediato e di quello mediato"; dall'altro, anche il *petitum* mediato (il bene della vita che si chiede alla controparte cui è rivolta la domanda), è in realtà diverso, se (ex art. 1453 c.c.), volendo conseguire lo scioglimento del vincolo, si chiede all'inadempiente di subire una certa modificazione giuridica quale quella che scaturisce da una pronuncia costitutiva di risoluzione, ovvero, con la domanda di recesso (ex art. 1385, comma 2, c.c.), si impone alla controparte, mirando alla certezza del modo d'essere del rapporto, di prendere atto della po-

sitiva verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti stragiudiziali della risoluzione.

Fortemente (e condivisibilmente) critica appare ancora questa stessa dottrina rispetto alla possibilità di chiedere il recesso dopo aver inizialmente invocato la risoluzione del contratto sulla base di una pretesa (quanto in realtà imprevedibile) disponibilità dell'effetto risolutorio, effetto del quale si evidenzia, specularmente, l'assoluta indisponibilità per la parte non inadempiente, sottolineandosi come tale, erroneo approdo giurisprudenziale esponga nella sostanza il contraente inadempiente, ormai condotto sulla via dell'avvenuta risoluzione, ad una inopinata reviviscenza del contratto e al conseguente, risorto obbligo di adempimento, vicenda che la legge vuole palesemente evitare, sancendo *per tabulas* il divieto di modifica della domanda di risoluzione in domanda di adempimento.

Quanto, infine, alla tesi della caparra intesa come minimum risarcibile, affacciata subito dopo l'introduzione dell'art. 1385 c.c., va notato come essa sia stata oggetto di recente riscoperta da parte di più di un autore negli ultimi anni, opinandosi in proposito che, nell'attribuire la scelta dei due rimedi ai sensi dell'art. 1385 c.c., il legislatore "sarebbe stato mosso dall'intento di tutelare il contraente non inadempiente consentendogli di provare l'eventuale maggior danno, senza per questo dover perdere quanto già garantitogli in via preventiva e forfetaria".

A fondamento di tale (poco comprensibile e ancor meno condivisibile) istanza di "ipertutela" della parte non inadempiente, si sottolinea che altrimenti "si falcierebbe l'istituto della caparra annullandone la funzione tipica di predeterminazione del danno" (mentre, sul piano comparatistico si richiama - ma non del tutto conferentemente - il codice tedesco che, per un istituto omologo, prevede, in realtà, con disposizione del tutto "neutra", § 336 e 337 BGB soltanto che «qualora l'*accipiens* chieda il risarcimento del danno per inadempimento, nel dubbio, la caparra vada imputata a risarcimento, mentre deve essere restituita al momento della prestazione del risarcimento del danno»).

Così, dal punto di vista sistematico, si sostiene - sul presupposto che l'alternativa non sia tra recesso e risoluzione ma tra l'accontentarsi della caparra o voler perseguire un più cospicuo ristoro - che domanda di risarcimento dei danni secondo le regole generali e domanda di ritenzione della caparra sarebbero entrambe *species* del più ampio *genus* "domanda di risarcimento" ai sensi dell'art. 1453, comma 1, c.c. autonome rispetto a quelle di adempimento, risoluzione o accertamento di intervenuta risoluzione. In tal modo - si conclude - sarebbe soddisfatta, senza forzature dogmatiche di sorta, l'istanza di giustizia sostanziale (?) quale è quella del contraente incolpevole che, non essendo riuscito a conseguire l'integrale risarcimento per cui aveva agito art. 1385 c.c., ex comma 3 decida "di accontentarsi di meno".

3.5. - Pressoché unanime risulta, invece, la dottrina nel negare legittimità alla ormai ultratrentennale posizione espressa da questa corte di legittimità sul tema (*supra*, sub 1.2-d) della c.d. "rinunciabilità" all'effetto risolutorio

conseguente alla sua "ritrattazione" da parte del contraente adempiente, dopo l'inutile decorso del tempo fissato con la diffida (giurisprudenza consolidata, da Cass. 1530/1977 a Cass. 11967/2004; da ultimo, di recente, Cass. n. 23315 del 2007, che contiene, peraltro, una puntuale analisi e un implicito apprezzamento delle avverse opinioni dottrinarie).

L'asse portante della teoria della rinunciabilità ruota, difatti, come si legge ancora nella sentenza del 2007, attorno ad un concetto di essenzialità, per così dire, "unilaterale", posta, cioè, nell'esclusivo interesse del creditore, unico arbitro della convenienza o meno a far valere l'inutile decorso del tempo in seno al dipanarsi della vicenda negoziale.

Dunque, la norma di cui all'art. 1454 c.c. non tutelerebbe l'interesse del diffidato alla certezza del rapporto (intesa in termini di definitiva realizzazione dell'effetto risolutorio "di diritto" di cui discorre l'ultimo comma della norma stessa), ma (solo) quello del diffidente che, disponendo (*sine die*) dell'effetto risolutorio, può ancora e sempre agire per l'adempimento: così come, verificatosi l'inadempimento, la parte non inadempiente può scegliere tra risoluzione, giudiziale o di diritto (per diffida), e adempimento coattivo, così, verificatasi la risoluzione, la stessa parte potrebbe, nonostante la scadenza del termine indicato in diffida, purtuttavia esercitare l'azione di adempimento contrattuale.

Argomento *a latere* di tale ricostruzione della fattispecie, la natura giuridica della diffida che, in guisa di negozio giuridico unilaterale recettizio, non potrebbe produrre effetti contro e oltre la volontà del suo autore: nessun ostacolo, dunque, alla neutralizzazione del relativo effetto negoziale attraverso altra manifestazione di volontà negoziale, dichiarativa o per *facta concludentia* (tale ritenendosi, ad esempio, l'esercizio di un'azione giudiziale volta a conseguire un risultato affatto diverso dalla risoluzione). A mente delle più approfondite costruzioni dottrinarie intervenute in *subiecta materia* (che queste sezioni unite, come di qui a breve si dirà, ritengono di poter condividere), l'effetto risolutorio conseguente alla diffida non rientrerebbe, viceversa, nella disponibilità dell'intimante.

Se "il contratto è risolto", creditore e debitore sono ormai liberati dalle rispettive obbligazioni (salvo quelle restitutorie), e l'effetto risolutivo, destinato a prodursi automaticamente, cristallizza un inadempimento e le sue conseguenze in iure impedendo ogni ulteriore attività di disposizione dell'effetto stesso.

In tal modo si opera un irrinunciabile bilanciamento tanto dei contrapposti interessi negoziali - ivi compreso quello dell'inadempiente che non può indefinitamente restare esposto all'arbitrio della controparte - quanto di quelli, più generali, al rapido e non più discutibile rientro nel circolo economico di quei beni coinvolti nella singola, patologica vicenda contrattuale.

4 - La soluzione dei quesiti sottoposti all'esame di queste Sezioni Unite.

4.1. - È convincimento del collegio che il ricorso dei coniugi L. debba essere rigettato, e che debba essere confermata la statuizione del giudice territoriale predicativa del

carattere di novità della domanda da quegli proposta in appello in sostituzione di quella originaria, sia pur con le precisazione che di qui a breve seguiranno.

4.2 - Si è fatto cenno, in precedenza (*supra*, sub 2.1), come le vicende sostanziali e processuali scaturenti dai rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento da un canto, e tra domanda di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro involgano delicate questioni di diritto, la cui soluzione postula una corretta analisi di tali rapporti in una più vasta ottica di ricerca e ritrovamento del reale fondamento, morfologico e funzionale, dell'istituto della caparra, entro i più vasti ed attuali confini del giusto processo inteso come processo celere, come processo evitabile, come equo temperamento delle posizioni delle parti contrattuali secondo il fondamentale canone ermeneutico della buona fede reciproca, *id est* del ripudio di qualsivoglia forma di abuso che dottrina e giurisprudenza tedesca felicemente definiscono come *Rechtsmissbrauch*. Va in premessa senz'altro condivisa la ricostruzione dottrina secondo la quale il diritto di recesso è una evidente forma di risoluzione stragiudiziale del contratto, che presuppone pur sempre l'inadempimento della controparte avente i medesimi caratteri dell'inadempimento che giustifica la risoluzione giudiziale: esso costituisce null'altro che uno speciale strumento di risoluzione negoziale per giusta causa, alla quale lo accomunano tanto i presupposti (l'inadempimento della controparte) quanto le conseguenze (la caducazione *ex tunc* degli effetti del contratto).

Tale inquadramento sistematico dell'istituto postula, al fine di un legittimo esercizio del diritto di recesso e di conseguente ritenzione della caparra, l'esistenza di un inadempimento gravemente colpevole, di un inadempimento cioè imputabile (ex art. 1218 c.c. e art. 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex art. 1455 c.c.).

Un inadempimento imputabile, poiché in assenza di esso viene meno il più generale presupposto richiesto dalla norma di cui all'art. 1218 affinché il debitore possa considerarsi tenuto al risarcimento del danno, del quale la caparra costituisce (almeno in uno dei suoi polifoni aspetti funzionali) liquidazione anticipata, convenzionale, forfetaria: la impossibilità dell'esecuzione della prestazione per causa non imputabile determina la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (artt. 1218, 1256 e 1463 c.c.) e la conseguente caducazione dell'intera convenzione negoziale, ivi compresa quella, accessoria, istitutiva della caparra (in tal senso, la pressoché costante giurisprudenza di questa corte: Cass. 23.1.1989 n. 398, ove si legge che la disciplina dettata dall'art. 1385 c.c., comma 2 in tema di recesso per inadempimento nell'ipotesi in cui sia stata prestata una caparra confirmatoria, non deroga affatto alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento, consentendo il recesso di una parte solo quando l'inadempimento della controparte sia colpevole e di non scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altro contraente.

Pertanto nell'indagine sull'inadempimento contrattuale da compiersi al fine di stabilire se ed a chi spetti il diritto di recesso, i criteri da adottarsi sono quegli stessi che si deb-

bono seguire nel caso di controversia su reciproche istanze di risoluzione, nel senso che occorre in ogni caso una valutazione comparativa del comportamento di entrambi i contraenti in relazione al contratto, in modo da stabilire quale di essi abbia fatto venir meno, con il proprio comportamento, l'interesse dell'altro al mantenimento del negozio).

Un inadempimento grave perché (come già correttamente evidenziato nella sentenza dianzi citata, e come confermato dalla dominante dottrina), diversamente opinando (come pure ipotizzato da chi sottolinea come la collocazione della norma ex art. 1385 sia al di fuori dalla specifico capo dedicato alla risoluzione per giusta causa ed ai suoi presupposti, non contenendo il predetto articolo alcuna menzione delle caratteristiche dell'inadempimento né tantomeno sussumendone la gravità al rango di condizione necessaria per l'esercizio del diritto di recesso) si finirebbe, da un canto, per indebolire, anziché rafforzare, il vincolo negoziale - consentendosi alla parte di sottrarsi capricciosamente al solo annunciarsi di qualsivoglia, minima difformità di esecuzione - così determinando una insanabile contraddizione con l'opposta, tipica finalità di rafforzamento del predetto vincolo, universalmente riconosciuta alla caparra -; dall'altro, per negare incomprensibilmente in radice la identità strutturale di un medesimo presupposto risarcitorio (l'inadempimento), così come sussunto nella sfera del rilevante giuridico dall'unica norma che lo disciplina in parte qua (l'art. 1385 c.c.), salvo ad annettervi poi, sul piano funzionale, due rimedi alternativi di tutela (il recesso, la risoluzione): ammettere l'ipotesi contraria condurrebbe alla poco logica conseguenza per cui in presenza di un inadempimento lieve il contraente incolpevole potrebbe recedere dal contratto, ma non provocarne la risoluzione in via ordinaria (con buona pace della evidente alternatività "integrale" dei rimedi rispettivamente modellati dal comma 2 e dal comma 3 della norma citata, e salva, peraltro, la contraria volontà delle parti che, con apposita clausola, si determinino ad attribuire rilevanza anche ad ipotesi di inadempimento lieve, attraverso una specificazione ed eterodeterminazione del regolamento negoziale espressamente convenuto in forme dissonanti rispetto allo schema legislativo).

4.3. - Tanto premesso, e avviando a soluzione il complesso coacervo di quesiti sollevati in premessa, deve *in limine* osservarsi che, se il recesso è non altro che una forma di risoluzione stragiudiziale del contratto che presuppone l'inadempimento della controparte, le interazioni rilevanti da esaminare sul piano normativo non sono tanto quelle tra il recesso stesso e le varie forme di risoluzione, quanto quella, pur collegata, tra azione di risarcimento ordinaria e domanda di ritenzione della caparra.

Si è condivisibilmente affermato, in proposito, che l'unica ragione per cui il contraente incolpevole (oltre che di buon senso) possa preferire la meno pervia strada della risoluzione alla più agevole manifestazione della volontà di recesso è evidentemente volta al proposito di conseguire un risarcimento (che egli auspica) maggiore rispetto all'importo della caparra (o del suo doppio).

Se un'alternativa si pone, allora, per la parte non inadempiente, questa non è tanto limitata ad una scelta (in realtà, del tutto fungibile *quoad effecta*) tra recesso e risoluzione, ma si estende necessariamente a quella tra l'incamerare la caparra (o il suo doppio), così ponendo fine alla vicenda negoziale, e l'instaurare un apposito giudizio per conseguire una più cospicua locupletazione, un più pingue risarcimento, una più congrua quantificazione di danni dei quali egli si riserva (fondatamente) di offrire la prova.

Ecco che l'analisi della prima relazione tra le azioni in esame comporta non tanto l'attribuire rilevanza alla pretesa antinomia risoluzione + risarcimento / recesso + ritenzione della caparra, una vera e propria alternatività (*rectius*, incompatibilità) esistendo piuttosto, sul piano morfologico, tra le due sole azioni "recuperatorie", quella, cioè, strettamente risarcitoria (la domanda di risarcimento danni) e quella più latamente satisfattiva (la ritenzione della caparra, sul cui carattere, in realtà, paraindennitario e non strettamente risarcitorio non è in questa sede lecito approfondire una riflessione).

Le (apparenti) problematiche afferenti ai rapporti tra le (sole) domande di risoluzione e di recesso non hanno, in realtà, al di là di aspetti formalistico/speculativi, autonoma rilevanza giuridica sostanziale: una domanda (principale) di risoluzione contrattuale correlata ad una richiesta risarcitoria contenuta nei limiti della caparra, oltre ad avere una rilevanza pressoché solo teorica (non si capisce perché adire il giudice, potendo la parte stessa determinare l'effetto risolutorio in sede stragiudiziale, mentre diverso potrebbe risultare l'approccio in ipotesi di domanda riconvenzionale), non è altro (nonostante il contrario avviso di autorevole dottrina, che discorre di compatibilità tra domanda costitutiva di risoluzione giudiziale e risarcimento del danno nei limiti della caparra) che una domanda di accertamento dell'avvenuto recesso (e della conseguente risoluzione legale del contratto); una domanda di risoluzione avanzata senza il corredo di una ulteriore richiesta risarcitoria, rapportata o meno all'entità della caparra, avrà il solo scopo di caducare in via giudiziale il contratto senza ulteriori conseguenze economiche per la parte inadempiente (il che potrà accadere nell'ipotesi - invero assai rara - in cui la parte adempiente abbia il solo scopo di rendere definitivo l'accertamento della caducazione degli effetti del contratto, ma non voglia incamerare, per motivi di etica personale, la caparra ricevuta poiché, a seguito del primo inadempimento, egli ha potuto successivamente concludere un più lucroso affare e non intende ulteriormente speculare sulla vicenda), senza che, nel corso del giudizio, sia lecito introdurre complementari domande "risarcitorie" collegate (che risulterebbero del tutto nuove e pertanto inammissibili).

Il vero nodo da sciogliere, dunque, riguarda la relazione complessa tra le quattro possibili domande giudiziali, le prime due sinergicamente volte alla risoluzione e al risarcimento del danno, le seconde, proposte in una diversa fase o (come nella specie) in un diverso grado di giudizio, funzionali alla declaratoria di recesso con ritenzione della caparra.

Ed è soltanto con riferimento a questa ipotesi che la questione va risolta analizzando, peraltro, non (soltanto) la interazione risoluzione/recesso, bensì quella tra risarcimento e ritenzione di caparra.

Vero che il recesso non è che un'altra forma di risoluzione *ex lege* (ciò che apparentemente legittimerebbe le pronunce che escludono il carattere di novità di quelle domande che abbiano trasformato la richiesta di risoluzione in istanza di declaratoria di recesso, orbitando entrambe intorno al medesimo asse costituito dall'inadempimento di controparte), resta da stabilire se tale fungibilità sia, o meno, legittimamente esportabile ai rapporti tra le due connesse azioni *lato sensu* risarcitorie.

È convincimento di queste sezioni unite che la risposta al quesito debba essere negativa, e che del tutto destituita di fondamento (benché suggestivamente sostenuta in dottrina e motivatamente fatta propria da una recente giurisprudenza di legittimità e di merito) risulti la teoria della caparra intesa quale misura minima del danno risarcibile da riconoscersi comunque alla parte non inadempiente benché questa si sia avvalsa, in sede di introduzione del giudizio, dei rimedi ordinari di tutela.

4.4. - Come opportunamente e condivisibilmente rilevato da una recente dottrina che ha esaminato *funditus* la questione, l'art. 1385, comma 3, c.c. nell'accordare alla parte non inadempiente la facoltà di avvalersi della tutela risolutoria ordinaria, non ha in alcun modo previsto la risarcibilità del maggior danno, quanto piuttosto il risarcimento integrale del danno subito (se provato), secondo un meccanismo (processuale) ormai del tutto indipendente dalla precedente liquidazione convenzionale (e stragiudiziale).

Di qui l'ulteriore connotazione della sinergia necessaria tra azione risolutoria e azione risarcitoria: attraverso la loro congiunta proposizione, la parte tende ad ottenere un risarcimento integrale secondo le norme generali in tema di inadempimento, e non si determina ad invocare e conseguire l'eventuale differenza tra l'importo convenzionalmente "risarcitorio" rappresentato dalla caparra, da un canto, e il danno effettivamente sofferto (ma da provare), dall'altro.

L'esame comparato tra la norma posta dal legislatore in tema di caparra e quella dettata in tema di clausola penale conferma la bontà di tale riflessione.

Soltanto in tema di clausola penale, difatti, il legislatore ha contemplato, per la parte (sia pur previo patto espresso), la facoltà di agire in giudizio per la risarcibilità del danno ulteriore, con ciò presupponendosi che la somma dovuta a titolo di penale risulti comunque acquisita al patrimonio dell'adempiente, il quale ha la ulteriore facoltà di provare ad incrementare la posta risarcitoria tutte le volte che, in giudizio, egli sia in grado di provare l'ulteriore danno sofferto.

Le stesse regole operazionali risultano del tutto assenti (e dunque del tutto imprevedibili) in tema di caparra confirmatoria, poiché risarcibilità del danno ulteriore e risarcibilità del danno effettivo postulano l'operatività di ben diversi meccanismi di tutela, diversamente disciplinati dal legislatore (la differenza viene acutamente colta ed

efficacemente esplicitata in una assai risalente sentenza di merito: secondo la corte di appello di Cagliari - la sentenza è del 24 ottobre 1946 -, difatti, “dal raffronto tra l’art. 1382 - ove, a proposito della clausola penale, è espressamente contemplata la facoltà delle parti di convenire la risarcibilità del danno ulteriore, e l’art. 1385, u.c., per giungere alla conclusione che, se in quest’ultima disposizione il legislatore non credette di ripetere l’identica espressione dell’art. 1382 ma fece invece richiamo alle norme generali sul risarcimento, fu perché volle una distinzione tra le due fattispecie”).

Vanno considerate, ancora, ad ulteriore conferma della correttezza della soluzione adottata:

– la evidente disomogeneità “genetica” tra il ristoro conseguente all’incameramento della caparra o del suo doppio - ristoro che in nulla pare assimilabile al meccanismo risarcitorio tipico, e che addirittura prescinde da qualsiasi prova ed esistenza stessa di un danno - e il risarcimento del danno vero e proprio, conseguito secondo le normali regole probatorie, danno la cui riparazione non può che essere integrale, ai sensi dell’art. 1223 c.c. (in esso ricompresi, oggi, secondo quanto condivisibilmente affermato da Cass. ss. uu. 26972/08, anche i pregiudizi non patrimoniali incidenti su diritti inviolabili della persona, secondo un’interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 1174, 1218 e 1223 c.c.);

– la speculare difformità funzionale tra i due rimedi, la domanda di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) essendo pretesa fondata su una *causa petendi* affatto diversa da quella riconnessa all’azione di risarcimento.

Proprio la finalità di liquidazione immediata, forfetaria, stragiudiziale, posta nell’interesse di entrambe le parti, viene irrimediabilmente esclusa dalla pretesa giudiziale di un maggior danno da risarcire (e provare), poiché la semplificazione stragiudiziale del procedimento di ristoro conseguente alla sola ritenzione della caparra tramonta, inevitabilmente e definitivamente, al cospetto delle barriere processuali sorte per effetto di una domanda dalla natura strettamente risarcitoria, e perciò solo del tutto alternativa;

– il dato testuale dell’art. 1385, comma 3, c.c. che, nell’offrire una precisa alternativa alla parte adempiente, nulla dispone in ordine alla possibilità del creditore di disattendere la generale regola, sostanziale e processuale, secondo cui *electa una via non datur recursus ad alteram*.

Proprio il richiamo “alle norme generali” va inteso nel senso che il creditore ha diritto al risarcimento integrale se riesce a dimostrare il danno, così restando escluso il diritto di modificare la pretesa, a meno di non voler poi disapplicare proprio quelle “norme generali”, ovvero applicarle in un’ottica di indiscriminato favor per il creditore, secondo una sua personale convenienza valutata a posteriori, priva di alcun serio bilanciamento di interessi tra le parti; - generali considerazioni di economia processuale, oltre che di corretto bilanciamento degli interessi in gioco, secondo cui, da un canto, chi agisce in giudizio per la risoluzione è mosso dal proposito di conseguire un ristoro patrimoniale più cospicuo, e pertanto “rinuncia al certo

per l’incerto” affrontando peraltro l’alea (e l’onere) della prova dell’*an* e del *quantum* del pregiudizio sofferto, con il rischio (a suo carico) che il danno risulti inferiore a quanto pattuito con la caparra (o addirittura inesistente); dall’altro, chi ammette una fungibilità tra le azioni *lato sensu* risarcitorie ignora che ciò si risolverebbe nella indiscriminata e gratuita opportunità di modificare, per ragioni di mera convenienza economica, la strategia processuale iniziale dopo averne sperimentato gli esiti, trasformando il processo in una sorta di gioco d’azzardo “a rilancio senza rischio”; dall’altro ancora, soltanto l’esclusione di una inestinguibile fungibilità tra rimedi consente di evitare situazioni di abuso e rende il contraente non inadempiente doverosamente responsabile delle scelte operate, impedendogli di sottrarsi ai risultati che ne conseguono, quando gli stessi non siano corrispondenti alle aspettative che ne hanno dettato la linea difensiva; - la più rigorosa osservanza di precetti costituzionali, così perseguendosi l’ulteriore approdo, in armonia con il nuovo dettato dell’art. 111 Cost. (e resistendo alla suggestione di dover sempre preservare, oltre ogni ragionevolezza, la posizione della parte non inadempiente) di evitare rilevanti diseconomie processuali: oltre all’apprezzabile risultato di disincentivare il contenzioso attraverso il divieto di qualsiasi *mutatio actionis* in corso di giudizio, non va dimenticato come le domande di risoluzione e di risarcimento comportino spesso, sul piano probatorio, un’intensa e defatigante attività per le parti e per il giudice, e un inopinato mutamento delle pretese creditorie vanificherebbe il contenuto stesso di tali attività, legittimando un’esigenza di parte fondata sulla sola circostanza di non trovare più conveniente proseguire nel cammino processuale inizialmente scelto.

Si aprirebbero così pericolosi varchi a ben poco fondate richieste giudiziali, favorendo liti il più delle volte temerarie introdotte da chi, certo di un *commodus discussus* processuale costituito dalla inestinguibile facoltà di rivitalizzare una domanda di recesso con ritenzione della caparra, si sentirebbe legittimato a tentare in ogni caso una pur assai improbabile *demonstratio* di aver subito maggiori danni “a costo zero”.

4.5. - Dalle considerazioni sinora esposte discende la ulteriore, inevitabile conseguenza per cui l’originaria domanda di (sola) risoluzione non può ritenersi legittimamente convertibile, in sede di appello, in domanda di (solo) recesso, e ciò non solo e non tanto per i numerosi motivi di sistema indicati, sul piano della morfologia delle azioni, dalla più recente dottrina (cui in precedenza si è fatto cenno), ma soprattutto perché tale modifica potrebbe risultare callidamente e surrettiziamente funzionale a riattivare il meccanismo legale di cui all’art. 1385, comma 2, c.c. (al recesso consegue, *ex lege*, il diritto alla ritenzione della caparra), ormai definitivamente caducato per via delle preclusioni processuali definitivamente prodottesi a seguito della proposizione della domanda di risoluzione *sic et simpliciter*.

Specularmene inammissibile deve ritenersi la domanda di risoluzione giudiziale introdotta dopo essersi avvalsi della tutela speciale ex art. 1385, comma 2, c.c. intanto

perché, dopo aver esercitato il diritto di recesso, il contratto è già risolto, ma soprattutto poiché, ancora una volta, con tale trasformazione si cercherebbe surrettiziamente di ampliare l'ambito risarcitorio in sede processuale, dopo aver incamerato la caparra, indirizzandolo verso una più pingue (ma ormai intempestiva) richiesta di risarcimento integrale.

4.6. - Quanto, infine, alla questione della rinunciabilità all'effetto risolutorio da parte del contraente non inadempiente, gli argomenti addotti in dottrina appaiono, a giudizio di queste sezioni unite, meritevoli di ingresso nella giurisprudenza di questa corte.

A fondamento di tale *revirement* (sia pur connesso solo indirettamente alla decisione del caso in esame), va difatti osservato:

– che il tenore strettamente letterale della norma di cui all'art. 1454 collega alla inutile scadenza del termine contenuto in diffida un effetto automatico, verificandosi la risoluzione al momento stesso dello spirare del *dies ad quem* indicato dal diffidante.

Gli stessi meccanismi operativi previsti per le altre fattispecie di risoluzione legale confortano tale conclusione, poiché clausola risolutiva espressa e termine essenziale partecipano, sincronicamente, del medesimo aspetto genetico della convenzione negoziale, postulando, per loro stessa natura, la necessità (clausola risolutiva) o la possibilità (termine essenziale) di una ulteriore manifestazione di volontà da parte del non inadempiente che, alla luce dei diacronici sviluppi del rapporto contrattuale, potrebbe farsi portatore di un interesse diverso, rispetto alla risoluzione, nel tempo del verificatosi inadempimento.

La diffida, coevamente comunicata alla controparte già nel momento (patologicamente) funzionale del rapporto, contiene invece in sé già tutti gli elementi di valutazione di una situazione attuale e attualizzata, in termini di interesse, in capo al diffidante;

che il collegamento tra la essenzialità del termine contenuto nella diffida e la (peraltro non pacifica) esclusività dell'interesse dell'intimante attiene, in realtà, all'atto di diffida ma non all'effetto risolutorio, che la norma ex art. 1454 c.c. mostra di considerare automatico, perseguendo la non discutibile funzione di bilanciamento di interessi contrapposti, a tutela anche della parte che, allo spirare del termine, abbia posto un affidamento legittimo nell'avvenuta cessazione degli effetti del negozio;

– che la perdurante disponibilità dell'effetto risolutorio in capo alla parte non inadempiente risulterebbe, in assenza di qualsivoglia disposizione normativa "limitativa" (quale quella dettata, ad esempio, in tema di remissione del debito), operante *sine die*, in evidente contrasto con gli analoghi meccanismi di risoluzione legale collegati al termine essenziale e al relativo adempimento tardivo, così generandosi, sotto altro profilo, una ingiustificata e sproporzionata lesione all'interesse del debitore, il cui ormai definitivo affidamento nella risoluzione (e nelle relative conseguenze) del contratto inadempito potrebbe indurlo, non illegittimamente, ad un conseguente riassetto della propria complessiva situazione patrimoniale;

– che la stessa *ratio legis* sottesa al più generale meccanismo della risoluzione giudiziale (art. 1453 c.c.) appare

principio di portata assai più ampia (e dunque legittimamente esportabile anche nel parallelo sottosistema della risoluzione legale) dacché permeato dell'evidente funzione di accordare (moderata) tutela anche alla parte non adempiente che, assoggettata ad un'iniziativa volta alla caducazione del contratto, non può più essere, *ex lege*, destinataria di una successiva richiesta di adempimento (in una vicenda in cui, si badi, la definizione dell'effetto risolutorio è ancora in itinere, destinata com'è a formare oggetto di accertamento processuale in contraddittorio), onde porsi volontariamente (ma del tutto legittimamente) in condizione di non poter più adempiere.

Se la proposizione di una domanda giudiziale di risoluzione implica l'assenza di interesse del creditore all'adempimento e il conseguente acquisto, da parte del debitore, di una sorta di "diritto a non adempiere", non v'è ragione di escludere che la stessa *ratio* (di cui è d'altronde traccia dalla stessa relazione al codice) non debba informare anche la speculare vicenda della diffida ad adempiere, in entrambi i casi risultando espressa inequivocabilmente la mancanza di interesse all'adempimento intempestivo;

– che la natura di negozio unilaterale recettizio della diffida non pare utile a legittimare la (non conferente) conseguenza della disponibilità dell'effetto risolutivo.

Soccorrono, al riguardo, disposizioni normative, come quelle di cui all'art. 1723 c.c. in tema di irrevocabilità del mandato (anche) *in rem propriam*, che lasciano chiaramente intendere come la più generale filosofia ispiratrice del codice del 42, quella, cioè, della tutela dell'affidamento incolpevole, trovi necessario spazio e puntuale attuazione tutte le volte in cui l'unilateralità dell'atto incida significativamente anche sugli interessi del destinatario;

– che, in definitiva, la concezione dell'effetto risolutivo disponibile in capo al creditore pare figlia di una ideologia fortemente punitiva per l'inadempiente, si atteggia a mò di sanzione punitiva senza tempo, assume forme di (ingiustificata) "ipertutela" del contraente adempiente, del quale si legittima ogni mutevole e repentino cambiamento di "umore" negoziale.

...*Omissis*...

LA (IN)COMPATIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE DI RITENZIONE DELLA CAPARRA (O DI RICHIESTA DEL SUO DOPPIO) CON I VARI MODI DI RISOLUZIONE DEL CONTRATTO, DIVERSI DAL RECESSO EX ART. 1385, COMMA 2, C.C.

di Alessandro Palma

Le Sezioni Unite, nel rispondere negativamente al quesito in ordine alla ammissibilità delle "domande di recesso e di ritenzione della caparra", formulate, in appello, in sostituzione delle domande di risoluzione e di risarcimento dei danni secondo le norme generali, qualificano in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale i rapporti tra le sopra contrapposte domande, stabilendo che "la domanda di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio)" è legittimamente proponibile solo in collegamento con l'esercizio dell'"azione di recesso" e purché ciò avvenga nell'*incipit* del processo (1).

Le Sezioni Unite sulla caparra confirmatoria: molti chiarimenti e alcune zone d'ombra

Le Sezioni Unite prendono posizione sulla questione in ordine al «coordinamento dei due "alternativi" rimedi risarcitori concessi alla parte adempiente dall'art. 1385 c.c. con particolare riferimento alla possibilità per la (stessa) parte adempiente, che abbia agito per la risoluzione del contratto e per la condanna della parte inadempiente al risarcimento del danno ex art. 1453 c.c., di sostituire detta pretesa chiedendo, anche in appello, il recesso ex art. 1385 c.c.» e l'acquisizione definitiva della caparra (o del suo doppio) (2).

La rimessione della suddetta (controversa) questione di diritto alle Sezioni Unite ha costituito, a ben vedere, l'occasione perché queste ultime elaborassero, con la decisione che si annota, un "trattatello" sull'istituto della caparra confirmatoria, apprezzabile sotto diversi profili (3). Sennonché, vi è subito da dire che l'obiettivo di esaustività mirabilmente perseguito dalle Sezioni Unite (4), è stato parzialmente centrato, avendo le stesse lasciato in una zona d'ombra alcune importanti questioni (5) che attengono, segnatamente, al rapporto tra le fattispecie di risoluzione di diritto (diverse dal recesso ex art. 1385, secondo comma, c.c.) e il diritto di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio).

Le brevi note che seguono non hanno e non possono avere la stessa pretesa di esaustività e si incentrano, principalmente, sulla relazione tra caparra confirmatoria e integrale risarcimento del danno, con l'intento di proseguire e coltivare quel "rapporto di sinergia di pensiero" (6) tra dottrina e giurisprudenza che trae nuova linfa dall'attestazione della sua esistenza da parte della Suprema Corte.

Note:

(1) Una preliminare avvertenza: solo per comodità espositiva, nella presente nota si farà riferimento - come pure le Sezioni Unite hanno fatto -, nel prosieguo anche senza l'uso delle virgolette, alla "domanda di recesso", alla "domanda di ritenzione della caparra", alla "azione di recesso" e ciò con la consapevolezza che si sta trattando di "situazioni giuridiche potestative ad esercizio stragiudiziale" (sul punto si vedano le mirabili pagine di Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Bologna, 2008, I, 116 ss.), la fruttuosità del cui esercizio non passa necessariamente attraverso il processo, con la conseguenza che l'eventuale giudizio che abbia ad oggetto dette situazioni avrà ad oggetto un mero accertamento (ad esempio, chi subisce l'esercizio del diritto potestativo di recesso ex art. 1385, comma 2, c.c., chiederà al giudice se e come sia attualmente in vita il rapporto contrattuale che si pretende risolto da parte del contraente sedicente incolpevole).

(2) Così, testualmente, l'ordinanza di rimessione (sez. II, 28 febbraio 2006, n. 4442) segnalata in *Osservatorio*, in questa *Rivista*, 2008, 10, 1359 ss.

(3) E così, anzitutto, in relazione al metodo adottato di «da(re) conto e sovente fa(re) proprie non poche riflessioni della migliore giusciviltà italiana, in un fecondo e sempre più intenso rapporto di sinergia di pensiero tra giurisprudenza di legittimità e studiosi del diritto destinato sempre più spesso a tradursi in "diritto vivente"».

(4) Obiettivo reso palese dalla parcellizzazione della specifica questione di diritto individuata dall'ordinanza di rimessione; questioni, tutte sviscerate, così sintetizzate: «a) Analisi della relazione - accessorietà, complementarietà, (in)dipendenza - intercorrente tra le azioni risolutorio/risarcitoria da una parte, e le azioni di recesso/ritenzione della caparra dall'altra; b) analisi dei rapporti tra l'azione di risoluzione avente natura costitutiva e l'azione di recesso; c) analisi dei rapporti tra l'azione di risoluzione avente natura dichiarativa e l'azione di recesso; d) analisi dei rapporti tra risoluzione *ex lege*, rinuncia dell'effetto risolutorio (in ipotesi di diffida ad adempiere e successiva "ri-trattazione" dopo l'inutile decorso del termine), recesso; e) analisi dei rapporti tra l'azione di risarcimento integrale e l'azione volta alla ritenzione della caparra; f) proponibilità dell'azione di ritenzione della caparra in assenza di azione risarcitoria, a prescindere dal rimedio caducatorio prescelto (risoluzione/recesso)».

(5) Questioni cui si potrà fare cenno soltanto nella parte finale delle presenti note.

(6) Sono parole testualmente tratte dalla (pag. 24 della) sentenza annotata, così come tutte quelle della presente nota riportate tra virgolette e che non risultano ad altri attribuite.

Il caso e la decisione: le “funzioni” assegnate alla caparra confirmatoria

La pronuncia annotata è stata emessa a seguito di impugnazione di una decisione della Corte partenopea, che aveva considerato domande nuove e, pertanto, inammissibili quelle formulate in appello, da due promittenti venditori, di recesso da un contratto preliminare di vendita e di ritenzione della caparra ex art. 1385, comma 2 c.c.; domande, queste ultime, proposte in sostituzione di quelle riconvenzionali di risoluzione dello stesso preliminare e di risarcimento dei danni ex art. 1385, terzo comma, c.c., formulate dai medesimi promittenti venditori in primo grado. Nel passare in rassegna quasi tutte le pronunce della giurisprudenza di legittimità intervenute - non solo sullo specifico punto oggetto dell'ordinanza di rimessione, ma sulla maggior parte delle questioni prospettate (sia sul piano del diritto sostanziale, sia sotto i profili che attengono a quello processuale) dall'entrata in vigore del codice vigente ad oggi - in tema di caparra confirmatoria, le Sezioni Unite rispondono negativamente al quesito in ordine all'ammissibilità della domanda di recesso ex art. 1385, comma 2, c.c., formulata in sostituzione della domanda di risoluzione ai sensi del terzo comma della medesima disposizione normativa. La Suprema Corte, poi, prova a rimettere ordine nella materia e così, sulla scorta di un ragionamento diffuso e articolato, enuncia una serie di principi che solo in parte possono condividersi.

Ora, prendendo le mosse dalla “natura composita” e dalla “funzione eclettica” della caparra confirmatoria (7), si può senz'altro convenire su alcune “funzioni” assegnate dalla Corte all'istituto in esame, ma non su quelle che si fondano su petizioni di principio: si vuol dire che senza dubbio la caparra - come affermano le Sezioni Unite - “è volta a garantire l'esecuzione del contratto”, dal momento che viene incamerata in caso di inadempimento della controparte; altrettanto indubbiamente la caparra - come pure sostiene la Corte di cassazione - “ha carattere di autotutela, consentendo il recesso senza la necessità di adire il giudice”; così come non può revocarsi in dubbio la caratterizzazione dell'istituto in esame - “in una dimensione di fisiologico dipanarsi della vicenda contrattuale” - “come anticipata esecuzione parziale della prestazione dedotta in contratto”. Vero è, infatti, che tutte quelle sopra riportate, sono conclusioni cui conduce la mera esegesi letterale delle disposizioni di cui all'art. 1385 c.c., secondo cui, per l'appunto, la caparra, in caso di adempimento, può (se non viene restituita) “essere imputata alla pre-

stazione dovuta”, mentre, in caso di inadempimento, può essere incamerata dalla parte non colpevole (la quale, se ha dato la caparra, può esigere il doppio); parte, quella non inadempiente, che ciò può fare senza adire il giudice, ma semplicemente esercitando il diritto di recesso.

Sennonché, è tutto da dimostrare l'assunto in ordine al «carattere di rigida alternatività tra il rimedio del recesso con ritenzione della caparra (o richiesta del doppio di quella versata)» e il rimedio della «risoluzione del contratto con conseguente risarcimento del danno da quantificarsi secondo le norme generali»: e ciò, soprattutto, se si vuole ricavare la conferma di detto assunto dalla supposta funzione cangiante della caparra da «limitazione forfettaria e predeterminata della pretesa risarcitoria all'importo convenzionalmente stabilito in contratto» (8), a mera «garanzia per il risarcimento dei danni eventualmente liquidati in via giudiziale» (9) (con conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio, a carico della parte che l'ha ricevuta, come effetto proprio della risoluzione negoziale). E, ritiene chi scrive,

Note:

(7) Il rilievo, preso “a prestito” dalle Sezioni Unite, è di Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5.

(8) Funzione che può giustificarsi solo come qualificazione a posteriori dell'effetto cui conduce l'applicazione del secondo comma dell'art. 1385 c.c. (chi recede si accontenta della caparra, in relazione alla richiesta di risarcimento dei danni), ma non di certo - contrariamente a quanto accade per la clausola penale - come qualificazione dell'effetto configurato dal legislatore quale regola: ma di ciò si dirà meglio *infra*. Più appropriata - lo si sottolinea sin d'ora - sarebbe allora la definizione, quanto alla funzione della caparra, di “liquidazione convenzionale anticipata del danno”: così Cass., 24 gennaio 2002, n. 849, in questa *Rivista*, 2002, 8, 1021.

(9) Sino alla sentenza che si annota, l'orientamento secondo cui, «per il disposto dell'art. 1385, comma 3, c.c., la caparra confirmatoria assume la funzione di liquidazione convenzionale del danno da inadempimento qualora la parte non inadempiente abbia esercitato il potere di recesso conferitole dalla legge, mentre qualora essa parte abbia preferito domandare la risoluzione o l'esecuzione del contratto, il diritto al risarcimento del danno rimane regolato dalle norme generali, onde il pregiudizio subito dovrà in tal caso essere provato nell'*an* e nel *quantum*, conservando la caparra solo la funzione di garanzia dell'obbligazione risarcitoria» (così, testualmente, Cass. n. 849/2002 *cit.*), era costituito da precedenti della Corte di cassazione che ripetevano la suddetta massima in maniera tralattizia: cfr., *ex plurimis*, Cass., 4 agosto 1997, n. 7180, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1321, che parla di “*prassi giurisprudenziale*” formatasi in relazione all'applicazione del disposto di cui all'art. 1385, terzo comma, c.c.; Cass., 20 maggio 1997, n. 4465, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 795, ove si rinviengono altri precedenti e che ricollega il sopra riportato principio alla «più recente giurisprudenza di questa Corte, dalla quale non vi è ragione di discostarsi nel caso in argomento...»; Cass., 3 luglio 2000, n. 8881, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1482, che sostiene trattarsi di «principi in materia più volte affermati da questa Corte»; nello stesso senso si esprime Cass., 29 agosto 1998, n. 8630, in questa *Rivista*, 1998, 10, 1147, con nota critica di G. Gioia.

questa dimostrazione non è stata fornita neppure dalle Sezioni Unite, pur quando le stesse abbiano fatto ricorso encomiabilmente a tutti gli altri criteri ermeneutici, diversi da quello letterale, cui è legittimo ricorrere per interpretare la legge.

Ciò premesso e posto che nessun valore decisivo può attribuirsi, nell'interpretazione di una legge, ai lavori preparatori (10), un punto fermo parrebbe essere costituito dalla considerazione che il legislatore del '42, con l'introduzione del terzo comma dell'art. 1385 c.c. (11) e, quindi, della facoltà, per la parte non inadempiente, di chiedere il risarcimento del danno secondo le "norme generali", ha voluto tutelare il contraente non inadempiente, permettendogli di scegliere se accontentarsi di ritenere la caparra piuttosto che (tentare di) conseguire un più cospicuo risarcimento provando i danni subiti, per l'appunto, secondo le norme generali. Questa considerazione, da sola, se è sufficiente a ritenere - ma le Sezioni Unite, come vedremo, parrebbero di diverso avviso - che il contraente incolpevole può chiedere di ritenere la caparra (o acquisire il suo doppio) anche nel caso in cui si avvalga di un rimedio risolutorio diverso dal recesso (12), non può valere, invece, ad obliterare la funzione della caparra di "liquidazione convenzionale anticipata del danno" (13) e a concludere che il contraente incolpevole - che voglia conseguire un più cospicuo ristoro patrimoniale - rinuncia, per ciò stesso, al diritto di ritenere la caparra ricevuta (o di esigere il doppio di quella versata), con conseguente «possibilità di liquidazione di un danno maggiore (dimostrato, in concreto, sussistente), ma anche l'eventualità che il danno risarcibile risulti inferiore a quello preventivamente determinato con la clausola che preveda la caparra confirmatoria» (14). Quest'ultima è una conclusione che può ritenersi senz'altro corretta qualora la parte non inadempiente preferisca chiedere l'adempimento (15), ma non quando la parte incolpevole decide di chiedere la risoluzione del contratto: in quest'ultimo caso, occorrerà indagare (16), "ricercando il sistema" (17), sulla relazione intercorrente «tra le azioni risolutorie/risarcitorie da una parte, e le azioni di recesso/ritenzione della caparra dall'altra», senza ritenere aprioristicamente inammissibile l'esercizio diversamente combinato delle ora menzionate azioni.

Note:

(10) In tal senso, cfr., *ex plurimis*, Cass., 21 maggio 1988, n. 3550, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 5, nonché Cass., 8 giugno 1979, n. 3276, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, fasc. 6, secondo cui «ai lavori preparatori può riconoscersi valore unicamente sussidiario nell'interpretazione di una legge, giacché - se da essi possono

trarsi elementi giovevoli, ai fini dell'individuazione del significato precettivo di singole disposizioni normative e della *ratio* che le giustifica - l'utile ricorso ai lavori preparatori trova tuttavia un limite in ciò che la volontà da essi risultante non può sovrapporsi alla volontà obiettiva della legge, quale emerge dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore intesa come volontà oggettiva della norma (*voluntas legis*), da tenersi distinta dalla volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa (*voluntas legislatoris*)».

(11) Nel previgente codice del 1865 vi era una diversa disciplina contemplata dal combinato disposto di cui agli artt. 1217 («Quando non risulta una diversa volontà dei contraenti, ciò che si dà anticipatamente nella conclusione del contratto, si considera come una cautela per il risarcimento dei danni in caso di inadempimento della convenzione, e si dice caparra. La parte che non è in colpa, se non preferisce di ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta o domandare il doppio di quella che ha data») e 1230 («Quando la convenzione stabilisce, che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni, non si può attribuire all'altra parte una somma maggiore o minore. Lo stesso ha luogo, se l'accertamento dei danni è fatto sotto forma di clausola penale, o mediante caparra data al tempo del concluso contratto»): l'alternativa secca si poneva tra ritenere la caparra o chiedere il pagamento della penale e richiedere l'esecuzione del contratto.

(12) Peraltro, la stessa Cassazione, prima dell'intervento delle Sezioni Unite, aveva avuto modo di puntualizzare che «deve ritenersi che pur quando la parte non inadempiente si sia avvalsa del meccanismo giuridico di risoluzione di diritto del contratto previsto e disciplinato dall'art. 1454 Codice civile, alla parte stessa non sia precluso di richiedere giudizialmente il risarcimento del danno, piuttosto che secondo la previsione generale dell'art. 1453 codice civile, avvalendosi invece della pattuizione di caparra confirmatoria (art. 1385 Codice civile) e utilizzando questa nella sua funzione di preventiva liquidazione del danno (v. Cass. n. 3027 del 1982) cui la caparra stessa assolve» (così, testualmente, Cass., 11 gennaio 2001, n. 319, in *I contratti*, 2001, 437, con nota di Carnevali, *Caparra confirmatoria e risoluzione stragiudiziale per inadempimento*; nello stesso senso, Cass., 3 marzo 1997, n. 1851, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 330, intervenuta in una fattispecie di termine essenziale, secondo cui «la norma del III comma dell'art. 1385, stabilendo che, se la parte non inadempiente preferisce domandare la risoluzione del contratto il risarcimento è regolato dalle norme generali, ha inteso riferirsi all'esercizio dell'azione costitutiva di cui all'art. 1453, (non di quella che si limita ad accertare, anche agli effetti e fini di cui all'art. 1458 Il comma, l'intervenuto inadempimento ed i suoi effetti sul rapporto), ed alla scelta, che la parte abbia così inteso compiere, per la possibilità di conseguire un ristoro patrimoniale più cospicuo di quello preventivamente determinato con la clausola che fissa l'importo della caparra»).

(13) V. *supra*, nota 8.

(14) Così, testualmente, Cass. n. 1851/1997 *cit.*, che sostiene essere «una *quaestio voluntatis* l'accertare se sia stata o meno esercitata, nel caso concreto, l'opzione diretta ad avvalersi della facoltà di conseguire, attraverso l'esercizio dell'azione ordinaria di risoluzione, la possibilità di vedersi liquidato un ristoro patrimoniale superiore a quello preventivamente determinato con la clausola che fissa l'importo della caparra».

(15) A meno di non voler ammettere che le parti possano, nell'ambito della loro autonomia negoziale, pattuire una caparra per il semplice ritardo: ma questo è tema che esula dalla presente indagine.

(16) Come pure hanno fatto, diffusamente e tra l'altro, le Sezioni Unite.

(17) La locuzione è presa a prestito dalle pagine introduttive di F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003.

L'analisi della suddetta relazione passa attraverso il preliminare esame del rapporto tra l'azione di risoluzione (avente natura sia dichiarativa che costitutiva) e l'azione di recesso. Al riguardo, anche la Suprema Corte dichiara di condividere la ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 1385, secondo comma, c.c., «in termini di peculiare ipotesi di risoluzione di diritto, da affiancare (piuttosto che contrapporre) a quelle di cui agli artt. 1454, 1456, 1457 c.c.» (18), con la conseguenza che «il legittimo esercizio del diritto di recesso e di conseguente ritenzione della caparra (postula) l'esistenza di un inadempimento gravemente colpevole, di un inadempimento cioè imputabile (ex art. 1218 e 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex art. 1455 c.c.)». Così come la Suprema Corte, fissato il suddetto punto concettuale, pare condividere pure l'angolo visuale (19) dal quale indagare le interazioni tra azioni risolutorie/risarcitorie e azioni di recesso/ritenzione della caparra; angolo visuale che non è quello che attiene al rapporto tra il recesso stesso e le varie forme di risoluzione, «quanto quell(o), pur collegat(o), tra azione di risarcimento ordinaria e domanda di ritenzione della caparra».

Si è già avuto modo di osservare che, se il recesso non è altro che una forma di risoluzione stragiudiziale del contratto che presuppone l'inadempimento della controparte, l'unica ragione per cui il contraente incolpevole (di buon senso) potrebbe "preferire" la risoluzione giudiziale al recesso è collegata al proposito di conseguire il risarcimento del maggior danno rispetto all'importo (o al doppio) della caparra. Per cui se una alternativa si pone per la parte non inadempiente, questa non è tra il recedere e il chiedere la risoluzione, bensì tra l'accontentarsi dell'importo della caparra (o del suo doppio) e l'instaurare il giudizio per conseguire un più cospicuo ristoro patrimoniale. Le Sezioni Unite hanno fatto proprio questo ragionamento, così come la qualificazione in termini di vera e propria "forzatura dogmatica" dell'idea che la domanda di recesso non integri gli estremi della domanda nuova rispetto a quella di (adempimento o) risoluzione ex art. 1453 c.c. (20), salvo concludere, sotto lo specifico profilo oggetto

luzione (o di adempimento) con quella di recesso, ha puntualizzato che «con specifico riferimento al rapporto con la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento con conseguente risarcimento del danno... la domanda di recesso è pur sempre fondata sulla declaratoria di inadempimento e tende, sia pure con particolari modalità, allo scioglimento del contratto e la ritenzione della caparra ha, anch'essa, una funzione risarcitoria... che tiene luogo del risarcimento conseguente all'inadempimento». I primi commentatori della disciplina della caparra confirmatoria introdotta dal legislatore del '42 osteggiavano recisamente la configurabilità del recesso di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c. quale «diverso modo di risoluzione del contratto»: cfr., ad esempio, M. Lombardi, *La funzione della caparra secondo il nuovo codice*, 1946, IV, 47 (il quale, con una soluzione suggestiva ma significativa della difficoltà della dottrina del tempo a riconoscere l'avvenuta introduzione di una nuova modalità di risoluzione del contratto, sostiene la necessità della integrazione tra il disposto dell'art. 1385, secondo comma, c.c. e quello dell'art. 1454 c.c.: «... la parte non in colpa non può sic et simpliciter dichiarare di recedere dal contratto, trattenendo la caparra od esigendo il doppio della caparra prestata (e ciò contrariamente a quanto, da una prima lettura del testo di legge, si potrebbe arguire). Bensì dovrà, in primo luogo, diffidare per iscritto l'altro contraente ad adempiere nel termine di legge, con l'avvertenza che, in mancanza, il contratto si intenderà risolto e la caparra verrà trattenuta o pretesa in restituzione al doppio... Andando in diverso avviso, si giungerebbe a ritenere che l'art. 1385 avrebbe previsto un altro caso ed un diverso modo di risoluzione del contratto, in aggiunta a quanto ha stabilito l'art. 1454, il che non è ammissibile...»); v. pure V.M. Trimarchi, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 199, il quale nega che si tratti di risoluzione, preferendo «l'opinione corrente che configura il diritto di recesso come effetto puramente legale», salvo poi aggiungere che il diritto di recesso ex art. 1385, comma secondo, c.c. rientra "per espressa volontà di legge, nella pluralità di forme volontarie e giudiziali di scioglimento del vincolo (*contrattuale*)... (*accanto alla risoluzione giudiziale*)". Soltanto di recente tale diritto di recesso «è stato via via attratto - nell'applicazione fattane dalla giurisprudenza - nell'ambito della risoluzione per inadempimento, tanto da essere considerato come una forma particolare di risoluzione per inadempimento, con la conseguente applicazione dei principi che governano quest'ultima...» (così, testualmente, Carnevali, *Caparra confirmatoria e risoluzione stragiudiziale per inadempimento*, cit., il quale, però, pare distinguere nettamente tra recesso e risoluzione stragiudiziale: «poiché il secondo comma dell'art. 1385 fa riferimento unicamente al "recesso", ne risulta che la figura della risoluzione stragiudiziale non è testualmente contemplata dall'art. 1385: non nel secondo comma, appunto perché esso si riferisce a un "recesso", e non nel terzo comma, perché esso si riferisce alla risoluzione giudiziale...»). Nella prospettiva della assimilazione del recesso ex art. 1385, secondo comma, c.c. alla risoluzione (giudiziale) per inadempimento, G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, III ed., Torino, 1980, 348, afferma che il cosiddetto recesso della parte non inadempiente costituisce un modo di risoluzione del contratto che diviene operante, a prescindere dall'esistenza di un termine essenziale o di una diffida ad adempiere, mediante una semplice comunicazione all'altra parte della volontà di risolvere il contratto e, quindi, attraverso un meccanismo analogo nella sostanza a quello derivante dalla clausola risolutiva espressa.

(19) Individuato (anche) da chi scrive in un suo precedente intervento: mi si consenta il rinvio ad A. Palma, *Rapporti tra caparra confirmatoria e integrale risarcimento del danno*, in nota a Cass. n. 849/2002 cit., in questa *Rivista*, 2002, 8, 1021.

(20) A. Palma, *op. cit.*, 1025. Lo stesso Autore, in un altro intervento cui pure si rinvia (*La inammissibilità dell'esercizio del recesso e del diritto di ritenere la caparra, a seguito dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto*, in nota a Cass., 2 dicembre 2005, n. 26232, in questa *Rivista*, 2006, 8, 1099 ss.), ha sviluppato la critica di questo punto concettuale, con argomenti che, quasi testualmente, sono stati ripresi dalle Sezioni Unite.

Note:

(18) È stato efficacemente osservato in dottrina che il recesso ex art. 1385, secondo comma, c.c. è «una forma di risoluzione stragiudiziale del contratto, che presuppone pur sempre l'inadempimento della controparte, avente i medesimi caratteri dell'inadempimento che giustifica la risoluzione giudiziale»: così, testualmente, Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, III ed., Padova, 1999, 509. In tal senso, per la giurisprudenza, cfr. Cass., 6 settembre 2000, n. 11760, che, dopo aver ribadito il principio di diritto in ordine alla possibilità di sostituire la domanda di riso-

di queste brevi note, che «del tutto destituita di fondamento (benché suggestivamente sostenuta in dottrina e motivatamente fatta propria da una recente giurisprudenza di legittimità e di merito) risult(a) la teoria della caparra intesa quale misura minima del danno risarcibile da riconoscersi comunque alla parte non inadempiente benché questa si sia avvalsa, in sede di introduzione del giudizio, dei rimedi ordinari di tutela».

La teoria della caparra intesa quale misura minima del danno risarcibile: argomenti contro

Queste, in sintesi, le ragioni di tale conclusione: 1) «l'art. 1385 comma terzo c.c., nell'accordare alla parte non inadempiente la facoltà di avvalersi della tutela risolutoria ordinaria, non ha in alcun modo previsto la risarcibilità del maggior danno, quanto piuttosto il risarcimento integrale del danno subito (se provato), secondo un meccanismo (processuale) ormai del tutto indipendente dalla precedente liquidazione convenzionale (e stragiudiziale)»; 2) dal«l'esame comparato tra le norme poste dal legislatore in tema di clausola penale conferm(erebbe) la bontà di tale riflessione», si ricava che «soltanto in tema di clausola penale, difatti, il legislatore ha contemplato, per la parte (sia pur previo patto espresso), la facoltà di agire in giudizio per la risarcibilità del danno ulteriore, con ciò presupponendosi che la somma dovuta a titolo di penale risult(a) comunque acquisita al patrimonio dell'adempiente, il quale ha la ulteriore facoltà di provare ad incrementare la posta risarcitoria tutte le volte che, in giudizio, egli sia in grado di provare l'ulteriore danno sofferto»; 3) non può revocarsi in dubbio «la evidente disomogeneità "genetica" tra il ristoro conseguente all'incameramento della caparra o del suo doppio ristoro che in nulla pare assimilabile al meccanismo risarcitorio tipico, e che addirittura prescinde da qualsiasi prova ed esistenza stessa di un danno - e il risarcimento del danno vero e proprio, conseguito secondo le normali regole probatorie, danno la cui riparazione non può che essere integrale, ai sensi dell'art. 1223 c.c.»; 4) deve ritenersi conclusiva «la speculare difformità funzionale tra i due rimedi, la domanda di ritenzione della caparra (o richiesta del suo doppio) essendo pretesa fondata su una causa petendi affatto diversa da quella riconnessa all'azione di risarcimento...»; 5) «... il richiamo (testuale di cui all'art. 1385, terzo comma, c.c.) alle "norme generali" va inteso nel senso che il creditore ha diritto al risarcimento integrale se riesce a dimostrare il danno, così restando escluso il diritto di modificare

la pretesa, a meno di non voler poi disapplicare proprio quelle "norme generali", ovvero applicarle in un'ottica di indiscriminato favor per il creditore, secondo una sua personale convenienza valutata a posteriori, priva di alcun serio bilanciamento di interessi tra le parti». Condurrebbero, infine, alla conclusione cui sono giunte le Sezioni Unite, anche «generali considerazioni di economia processuale, oltre che di corretto bilanciamento degli interessi in gioco» (21), nonché «la più rigorosa osservanza di precetti costituzionali, così perseguendosi l'ulteriore approdo, in armonia con il nuovo dettato dell'art. 111 Cost. (e resistendo alla suggestione di dover sempre preservare, oltre ogni ragionevolezza, la posizione della parte non inadempiente) di evitare rilevanti diseconomie processuali: oltre all'apprezzabile risultato di disincentivare il contenzioso attraverso il divieto di qualsiasi *mutatio actionis* in corso di giudizio».

...e argomenti pro

Ora, nel passare al setaccio gli argomenti sviluppati dalle Sezioni Unite, è opportuno muovere dal richiamo dei precetti costituzionali, dovendosi rilevare che, se la Corte di cassazione si preoccupa di armonizzare la soluzione della problematica in esame con il "nuovo" dettato dell'art. 111 Cost. (22), la stessa Corte trascura di considerare che la soluzione patrocinata contrasta con la possibilità di «agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», che il "vecchio" dettato dell'art. 24 Cost. garantisce a tutti. Si vuol dire che un processo "evitato" perché si fa correre alla parte non inadempiente il rischio di non ricevere una somma perlomeno pari all'importo della caparra, pare essere un caso di

Note:

(21) «Secondo cui, da un canto, chi agisce in giudizio per la risoluzione è mosso dal proposito di conseguire un ristoro patrimoniale più cospicuo, e pertanto "rinuncia al certo per l'incerto" affrontando peraltro l'alea (e l'onere) della prova dell'*an* e del *quantum* del pregiudizio sofferto, con il rischio (a suo carico) che il danno risulti inferiore a quanto pattuito con la caparra (o addirittura inesistente); dall'altro, chi ammette una fungibilità tra le azioni *lato sensu* risarcitorie, ignora che ciò si risolverebbe nella indiscriminata e gratuita opportunità di modificare, per ragioni di mera convenienza economica, la strategia processuale iniziale dopo averne sperimentato gli esiti, trasformando il processo in una sorta di gioco d'azzardo "a rilancio senza rischio"; dall'altro ancora, soltanto l'esclusione di una inestinguibile fungibilità tra rimedi consente di evitare situazioni di abuso e rende il contraente non inadempiente doverosamente responsabile delle scelte operate, impedendogli di sottrarsi ai risultati che ne conseguono, quando gli stessi non siano corrispondenti alle aspettative che ne hanno dettato la linea difensiva».

(22) Per la verità, attribuendogli significati opinabili quale quello che fa coincidere il "giusto processo" con il "processo evitabile".

denegata giustizia, se è vero che la stessa parte non inadempiente ha, in astratto, il diritto di conseguire il risarcimento integrale dei danni, ma essa, in concreto e seguendo il ragionamento delle Sezioni Unite, risulterà decisamente scoraggiata dall'esercitare un siffatto diritto che potrebbe condurre ad un risultato peggiore rispetto a quello che il secondo comma dell'art. 1385 c.c. le garantisce. Così ragionando, il processo diventa, sì, una sorta di "gioco d'azzardo", atteso che solo un giocatore incallito - a fronte del risultato già acquisito di ritenere una caparra (tanto più se consistente) - si avventurerebbe in un giudizio il cui esito potrebbe lasciarlo "a bocca asciutta".

Non colgono nel segno, poi, le riflessioni sull'"apprezzabile risultato di disincentivare il contenzioso", non tenendo esse in debito conto che il contenzioso si può disincentivare efficacemente "a monte" lanciando al debitore il chiaro segnale che, se non adempie, perde senz'altro la caparra (o deve restituire il doppio) e corre anche il rischio di dovere dell'altro, qualora il contraente non inadempiente non si accontenti e decida di chiedere l'integrale risarcimento del danno (come pure il terzo comma dell'art. 1385 c.c. gli consente). Vero è che la celebrazione del processo comporta spesso, «sul piano probatorio, un'intensa e defatigante attività per le parti e per il giudice...», ma la via di collegare un costo ad una opzione (che - è bene sottolinearlo - la legge consente senza ricollegarvi costi di sorta), non porterà di certo alla soluzione dei problemi della giustizia. Il discorso, sotto questo specifico profilo, andrebbe traslato sul piano della politica del diritto, ma, allora, non dovrebbe avere riguardo al solo caso della caparra, bensì, in generale, ai costi di accesso della giustizia e, soprattutto, non dovrebbe essere quella giudiziale la sede in cui affrontarlo.

Vi è da considerare, infine e sempre su questo punto concettuale, che la prospettiva deflattiva del contenzioso individuata dalle Sezioni Unite nel meccanismo di "rigida alternatività" tra l'applicazione del rimedio di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c. e quello del terzo comma della stessa disposizione normativa, non viene meno, a ben vedere, nel caso in cui si condividano le conclusioni della «teoria della caparra intesa quale misura minima del danno risarcibile». Non può ritenersi, infatti, che il contraente incolpevole che decida di chiedere il risarcimento del danno secondo le "norme generali" (e quindi, seguendo la suddetta teoria, il maggior danno rispetto a quello garantitogli dalla caparra), risulti incoraggiato ad instaurare liti temerarie a causa del "costo zero" della sua opzione (ex art. 1385, terzo comma, c.c.): il contraente non inadempiente

che agisce ai sensi del terzo comma dell'art. 1385 c.c., corre pur sempre il rischio di pagare le spese di lite se non riesce a provare il "maggior danno" (art. 91 c.p.c.); rischio che corre anche quando si accorge che gli conviene accontentarsi della caparra e, pertanto, rinuncia alla proposta domanda di risarcimento integrale dei danni (23).

Né può tacciarsi di "indiscriminato favor per il creditore" l'ottica dei fautori di questa teoria - e, tra questi, si colloca senza esitazioni chi scrive - che vedono nella caparra, per l'appunto, «la misura minima del danno risarcibile derivante dall'inadempimento» (24). Invero, l'obbligazione in relazione al

Note:

(23) La costante giurisprudenza della Corte di cassazione è nel senso che «la rinuncia all'azione, diversamente dalla rinuncia agli atti del giudizio, non richiede l'accettazione della controparte, estingue l'azione, determina la cessazione della materia del contendere e, avendo l'efficacia di un rigetto, nel merito, della domanda, comporta che le spese del processo devono essere poste a carico del rinunciante»: così, testualmente, Cass., 10 settembre 2004, n. 18255, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9.

(24) Così, testualmente, App. Genova, 24 novembre 1994, in *Giur. merito*, 1995, II, 950, con nota di I. Cavanna, che osserva inoltre che, ragionando diversamente, «la norma contenuta nel terzo comma dell'art. 1385 c.c., verrebbe in concreto ad essere svuotata di pratico significato poiché la parte non inadempiente, che lamenta un danno superiore all'importo della caparra, ben difficilmente si esporrebbe al rischio di non riuscire a fornire la prova di una misura di danno almeno eguale a quello della caparra e per lo più addirebbe ad optare per l'esercizio del diritto di recesso». Nello stesso senso, v. pure Trib. Monza, sezione distaccata di Desio, 3 novembre 2000, in *Giur. mil.*, 2000, 428, che si discosta espressamente dal "consolidato orientamento della Cassazione" con la seguente testuale motivazione: «premesse che, secondo gli orientamenti dottrinari più autorevoli il recesso di cui all'art. 1385 comma 2 c.c. altro non è se non una forma speciale di risoluzione..., l'orientamento della Suprema Corte appare creare uno iato non comprensibile e non accettabile tra secondo e terzo comma dell'art. 1385 c.c., portando ad una lettura riduttiva dell'ultimo capoverso. Lettura che si giustifica con una certa inadeguatezza della formulazione della norma ma che comunque appare in contrasto con quella che sembra essere la ratio effettiva di tale ultima disposizione, che è quella di assicurare alla parte la possibilità di ottenere il ristoro dell'eventuale danno eccedente il doppio della caparra, e non certamente quello di costringere la parte che abbia optato per la risoluzione ad affrontare integralmente l'alea relativa alla prova dell'an e del quantum del pregiudizio, con la perdita anche di quella "garanzia risarcitoria" minima che era stata convenzionalmente stabilita con la caparra...». Il Tribunale conclude sostenendo che «i rimedi di cui al secondo e terzo comma s(ono) posti in un rapporto non di alternatività pura ma di complementarietà e cumulatività, nel senso di concludere che la parte che opta per il recesso perde la possibilità della liquidazione di ogni danno ulteriore (limitazione giustificata dalla celerità del rimedio risarcitorio), mentre la parte che opta per la risoluzione avrà la possibilità ma anche l'onere di dimostrare - secondo le regole ordinarie - i danni che superano l'ammontare della caparra..., fermo restando che tale ultima somma costituirà comunque il danno minimo risarcibile, al di sotto del quale non è dato scendere». V. anche G. Gioia, in nota a Cass. n. 8630/1998 *cit.*, in questa *Rivista*, 1998, 10, 1147 ss., che giunge a questa conclusione facendo leva sulla «regola generale della valutazione economica del proprio con-

(segue)

cui adempimento una parte consegna all'altra una caparra, nasce indiscutibilmente come "obbligazione rafforzata" dal momento che la stessa caparra rappresenta una vera e propria "pena per l'inadempimento" (25), che, in definitiva, si sostanzia in un accordo sull'onere della prova (ex artt. 2697 e 2698 c.c.) avente ad oggetto la futura richiesta di risarcimento dei danni da parte del contraente non inadempiente: le parti contraenti, nella libera esplicitazione della loro autonomia negoziale, stabiliscono una regolamentazione pattizia in ordine alla distribuzione dell'onere della prova in caso di inadempimento imputabile ad alcuna di esse e in punto di risarcimento dei danni (26), convenendo, ora per allora, che la parte incolpevole sarà esonerata dall'onere di fornire prove in relazione alla propria pretesa risarcitoria (sia nell'*an* sia nel *quantum*) e ciò fino alla misura della caparra. Ma, se di patto si tratta (27), il relativo scioglimento non potrà avvenire se non «per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge» (art. 1372 c.c.). Se a ciò si aggiunge che - come condiviso anche dalla Suprema Corte - l'unica ragione per cui il contraente incolpevole (oltre che di buon senso) potrebbe "preferire" la risoluzione giudiziale al recesso è collegata al proposito di conseguire «un risarcimento (che egli auspica) maggiore rispetto all'importo della caparra (o del suo doppio)», parrebbe una antinomia sul piano logico, prim'ancora che giuridico, far venire meno un vantaggio patrimoniale già acquisito con una previsione pattizia (e, conseguentemente, far subire alla parte non inadempiente il rischio di non ricevere alcunché) proprio quando il contraente incolpevole decida di avvalersi della facoltà concessagli dall'ultimo comma dell'art. 1385 c.c., di chiedere un più cospicuo ristoro patrimoniale.

Neppure la disciplina in materia di clausola penale pare confortare la conclusione cui è giunta la Corte in ordine alla insostenibilità della teoria della caparra intesa quale misura minima del danno risarcibile. Sia la clausola penale sia la caparra confirmatoria sono classificate dalla dottrina quali «clausole rafforzative dell'efficacia del contratto» (28), con la differenza che «la penale è prevista dal contratto, ma è versata solo in caso di inadempimento o ritardo» (29), mentre, nel caso di cui all'art. 1385 c.c., «la prestazione a titolo di penale avviene mediante caparra e cioè anticipatamente, prima della scadenza dell'obbligazione principale» (30). Nessun dubbio vi è poi sul fatto che sia la penale che la caparra confirmatoria siano dovute indipendentemente dalla prova del danno (31): vi è da sottolineare, però, che il legislatore del '42, mentre ha stabilito che la

clausola penale «ha l'effetto di limitare il risarcimento, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore», non ha collegato (almeno espressamente) questo effetto alla consegna della caparra, consentendo alla parte non inadempiente, ex art. 1385, terzo comma, c.c., di chiedere l'integrale risarcimento del danno e ciò a prescindere da una specifica pattuizione in tal senso. Il che parrebbe confer-

Note:

(segue nota 24)

senso». L'Autore sostiene che questa regola «è alla base sia del recesso che della risoluzione e non si vede come la stessa valutazione del consenso, misurata economicamente dalla caparra, mentre resta ferma e inalterata nel comma 2, si vede poi annullata nel terzo»; aggiunge che «per evitare le antinomie, risultate chiare ai commentatori del comma 3, l'interpretazione deve portare a una coerente e sistematica integrazione tra il vecchio istituto della caparra e le nuove regole sulla risoluzione, introdotte anch'esse nel codice del 1942, agli artt. 1453 e ss.»; e conclude che «in questa direzione l'interpretazione possibile non è certo quella che andrebbe a falcidiare l'istituto della caparra, facendogli perdere una delle sue funzioni tipiche e cioè quella del risarcimento preventivamente valutato... Al più, se un problema di coordinamento tra secondo e terzo comma va fatto, occorre pensare che il legislatore, nel richiamare i principi generali, volesse non danneggiare il contraente adempiente, ma premiarlo, consentendogli di utilizzarli, onde provare un ammontare dei danni maggiore di quello assicuratosi dallo storico istituto della caparra, senza dover perdere quanto già garantitosi in via preventiva e forfettaria».

(25) Usa questa espressione V.M. Trimarchi, *op. cit.*, il quale, dopo aver affermato che «la perdita della caparra a carico della parte inadempiente si presta ad essere assimilata o identificata con la prestazione della penale», individua la differenza tra i due istituti nel «fatto che nel primo caso la prestazione a titolo di penale avviene mediante caparra e cioè anticipatamente, prima della scadenza dell'obbligazione principale» e «la ragione d(ella loro) simiglianza e identità (nella) stessa struttura del fenomeno, perché, in caso di inadempimento dell'*accipiens*, in favore del *tradens* opera l'obbligazione di dare il doppio».

(26) La possibilità che l'autonomia negoziale incida sulla distribuzione dell'onere della prova emerge «indirettamente, ma chiaramente, dall'art. 2698 c.c. che dispone la nullità dei patti di modificazione dell'onere probatorio rispetto ai diritti indisponibili, nonché nei casi in cui il patto di inversione o modificazione renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto... Da questa disposizione si suole trarre argomento per la natura sostanziale della regola dell'onere della prova (v. ad es. Patti, *Prove, disposizioni generali*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna e Roma, 1987, 49)»: così, testualmente, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, 2006, Torino, 191.

(27) Indiscutibilmente accessorio alla convenzione principale, le cui obbligazioni la caparra mira a rafforzare.

(28) Cfr., in tal senso, F. Carresi, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1987, 252, ove leggesi che la caparra «provvede al rafforzamento del contratto, e in misura più accentuata» rispetto alla clausola penale.

(29) Così, testualmente, Galgano, *op. cit.*, II, 1, 508.

(30) V.M. Trimarchi, *op. cit.*, 201.

(31) In tal senso, espressamente l'art. 1382, ultimo comma, c.c.; nello stesso senso, conduce a ritenere inequivocabilmente il disposto dell'art. 1385, terzo comma, c.c..

mare che la funzione della caparra di «limitazione forfetaria e predeterminata della pretesa risarcitoria» non è un effetto (naturale) configurato dal legislatore come “regola” con riferimento all’istituto della caparra, ma una mera qualificazione dell’effetto che discende dall’applicazione alla fattispecie di cui all’art. 1385, secondo comma, c.c., con la conseguenza che la distinzione tra “risarcibilità del danno ulteriore” e “risarcibilità del danno effettivo” è decisamente sopravvalutata, se dalla stessa si vuol far discendere la conseguenza - come fanno le Sezioni Unite - che solo in tema di penale la somma pattuita a tale titolo risulta comunque acquisita al patrimonio dell’adempiente. Si deve osservare, infatti, che il legislatore non ha ripetuto all’art. 1385, terzo comma, c.c., l’identica espressione di cui all’art. 1382 c.c., probabilmente perché, in quella sede, non aveva senso ripetere la riportata espressione di “risarcibilità del danno ulteriore”: non essendo stato espressamente (e nel senso sopra indicato) previsto, in tema di caparra, “l’effetto (naturale) di limitare il risarcimento alla prestazione promessa”, non vi era neppure il bisogno di stabilire espressamente che, nel caso del terzo comma dell’art. 1385 c.c., il risarcimento ha riguardo al danno ulteriore. La norma da ultimo menzionata non parla neppure, per la verità, di risarcimento del danno “integrale” o “effettivo”, ma di “risarcimento del danno” *tout court*. Sicché, in definitiva, non paiono esserci - nelle discipline poste dal legislatore, rispettivamente, in materia di clausola penale e caparra confirmatoria -, differenze significative (32) e, comunque, tali da condurre alla conclusione che la somma versata a titolo di caparra - a differenza di quella promessa a titolo di penale - non risulti comunque acquisita al patrimonio del contraente non inadempiente.

Non pare essere un argomento condivisibile, poi, quello che fa leva sulla “evidente disomogeneità “genetica”” tra il ristoro conseguente all’incameramento della caparra (o del suo doppio) e il risarcimento del danno vero e proprio, conseguito secondo le normali regole probatorie: la domanda di ritenere (o esigere il doppio del) la caparra non può non considerarsi come specie del *genus* domanda di risarcimento dei danni (33). E infatti, la domanda di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) altro non è se non la richiesta di ritenere/conseguire quanto pattuito come “liquidazione convenzionale anticipata del danno”: d’accordo sul fatto che detto danno scaturisce da un accordo che lo sottrae alle regole generali sul risarcimento (art. 1223 c.c.), ma ciò non oblitera la predicata funzione della caparra di liquidazione, sia pure convenzionale ed anticipa-

ta, del danno e, conseguentemente, la relativa appartenenza alle “utilità” che si richiedono con la domanda di risarcimento dei danni (34). Né pare corroborare la conclusione che si critica, la rilevata diversità della *causa petendi* della domanda di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) rispetto alla domanda di risarcimento del danno secondo le regole generali (35), dal momento che colui che agisce in giudizio per conseguire il ristoro di un danno superiore a quello predeterminato della caparra, formula una domanda - seguendo la tesi av-

Note:

(32) L’unica differenza davvero significativa parrebbe essere quella che si collega alla mancata previsione, in materia di caparra confirmatoria, di una norma quale quella che prevede la possibilità di riduzione equitativa della penale ad opera del giudice (art. 1384 c.c.). Non parendo lecito dubitare sul carattere eccezionale di questa norma, con conseguente applicazione del divieto di cui all’art. 14 preleggi («per costante giurisprudenza, il potere di riduzione della penale manifestamente eccessiva, non può essere esercitato per la caparra confirmatoria (Cass. civ., sez. II, 1 dicembre 2000, n. 15391; Cass. civ., sez. II, 23 maggio 1995, n. 5644; Cass. civ., 24 febbraio 1982, n. 1143)»: così, testualmente, Trib. Monza, sezione distaccata di Desio, 25 agosto 2005, in *Giur. merito*, 2006, 4, 931; nello stesso senso, App. Cagliari, 16 gennaio 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 399, secondo la quale «non può essere applicata analogicamente alla caparra confirmatoria la norma che consente la riduzione equitativa della clausola penale manifestamente eccessiva, poiché tale previsione, limitando l’autonomia contrattuale delle parti, ha carattere eccezionale»), la *ratio* della mancata previsione di detto potere equitativo del giudice, in materia di caparra confirmatoria, potrebbe rinvenirsi nella considerazione che il legislatore ha voluto trattare diversamente la situazione di fatto in cui un contraente versa una somma a garanzia dell’adempimento futuro di un’obbligazione, da quella in cui un contraente promette una prestazione in caso di suo inadempimento: ritenendo di dovere, solo in quest’ultimo caso e probabilmente per la ragione che la prestazione promessa (a titolo di penale) non è ancora eseguita all’atto di conclusione del contratto, prevedere un potere correttivo, da parte del giudice, dell’autonomia contrattuale.

(33) Domanda che l’art. 1453 c.c. fa salva “in ogni caso” e che, per principio consolidato in giurisprudenza, può essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione: cfr., in tal senso, *ex plurimis*, Cass., 23 luglio 2002, n. 10741, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1320, App. Milano, 9 ottobre 2002, in *Giur. mil.*, 2003, 321 e Cass., 11 giugno 2004, n. 11103 in *Foro amm. CDS*, 2004, 1611.

(34) È proprio la Corte di cassazione a parlare di “utilità”, nell’affermare che i tre diritti del contraente incolpevole «di ottenere giudizialmente la risoluzione del contratto, in alternativa l’adempimento, ed in ogni caso il risarcimento del danno» hanno in comune «gli stessi fatti costitutivi (l’obbligazione e l’inadempimento)»: “i tre (menzionati) diritti sono tuttavia diversi perché consentono al titolare di conseguire utilità diverse» (Cass., 11 maggio 2005, n. 9926, in *Giust. civ.*, 2006, I, 405, che richiama, quali precedenti conformi sul punto, Cass. n. 10741 del 2002, Cass. n. 5774 del 1998, Cass. n. 272 del 1998, Cass. n. 6887 del 1994 e Cass. n. 1530 del 1998).

(35) Diversità pure sostenibile in astratto se si intende come *causa petendi* il riferimento «a quel(lo specifico) fatto o a quei (specifici) fatti che sono affermati e allegati come costitutivi, e perciò anche individuatori, del diritto che si fa valere» (C. Mandrioli, *op. cit.*, I, 157).

versata dalla Corte di cassazione - che ha già in sé la domanda di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) e ciò per le (si confida) spiegate ragioni che attengono più al diritto sostanziale che a quello processuale.

Conclusioni

Passando in rassegna, conclusivamente, gli ulteriori principi enunciati dalle Sezioni Unite con la sentenza che si annota, la "ricerca del sistema" parrebbe condurre alle seguenti conclusioni:

1) il contraente non inadempiente che eserciti il diritto di recesso non può che ritenere (o esigere il doppio del) la caparra, perché in tale senso ha disposto chiaramente il legislatore (in una prospettiva evidentemente deflattiva del contenzioso): ciò conduce a condividere il principio enunciato dalle Sezioni Unite secondo cui «i rapporti tra l'azione di risarcimento integrale e l'azione di recesso, isolate e astrattamente considerate, sono, a loro volta, di incompatibilità strutturale e funzionale»;

2) la stessa "incompatibilità strutturale e funzionale" non esiste, però, tra l'azione di risoluzione (costitutiva) di cui all'art. 1385, terzo comma, c.c. e la domanda di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio): pur condividendosi la "rilevanza pressoché solo teorica" di una domanda (principale) di risoluzione contrattuale correlata ad una richiesta risarcitoria contenuta nei limiti della caparra, non paiono esistere ragioni ostative alla proposizione congiunta di dette domande, a meno di non voler ritenere - come ritengono le Sezioni Unite - che il diritto di acquisizione definitiva della caparra (o del suo doppio) si può esercitare soltanto con l'azione di recesso. Il che, però, contrasta - lo si ripete - sia con ragioni sistematiche che conducono a considerare la domanda di ritenzione della caparra come una domanda di risarcimento dei danni, sia, e conseguentemente, con il dato normativo di cui all'art. 1453, primo comma, c.c., che fa "salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno" e, quindi, consente di concludere che la domanda di risarcimento dei danni - ivi inclusa quella di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) - possa essere proposta anche senza esercitare l'azione di adempimento o quella di risoluzione (dovendosi a quest'ultima assimilare, sotto il profilo dei presupposti per la relativa operatività e dell'effetto di scioglimento del vincolo contrattuale, l'azione di recesso);

3) questione diversa è la verifica del coordinamento, a livello processuale, tra i due rimedi dell'azione di risoluzione (avente natura costitutiva) e dell'azione di recesso: non sussistendo identità di azione tra la

"domanda di recesso" (che altro non è se non la domanda di accertamento che il rapporto contrattuale non è più esistente, a seguito dell'esercizio del diritto di recesso ex art. 1385, secondo comma, c.c.) e la domanda di risoluzione (costitutiva) (36), correttamente deve escludersi l'ammissibilità della sostituzione, nel corso del giudizio, dell'azione di risoluzione.

Nota:

(36) Se la "domanda di recesso" altro non è che la domanda di accertamento che il rapporto contrattuale non esiste più a seguito dell'esercizio del diritto di recesso ex art. 1385, secondo comma, c.c., qualora tale fattispecie risolutoria sia dedotta in giudizio e formi oggetto di sentenza, questa pronuncia avrà natura dichiarativa, di mero accertamento, e si limiterà a verificare se il rapporto dedotto in giudizio sussista ancora nello stesso modo in cui sussisteva in origine. Ma se così stanno le cose, la "domanda di recesso" (impropriamente detta) è senz'altro diversa - sia quanto ai presupposti della cui sussistenza si chiede la verifica, sia con riferimento alla natura della pronuncia richiesta - dalla domanda di risoluzione (unanimente ritenuta di natura costitutiva) che il secondo comma dell'art. 1453 c.c. consente di sostituire alla domanda di adempimento. Né la c.d. "domanda di recesso" può ritenersi semplicemente "un'istanza ridotta" rispetto alla proposta domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c. e ciò dal momento che, se è sicuramente immutata la *causa petendi* della "domanda di recesso" (ex art. 1385, comma 2, c.c.) rispetto alla domanda di risoluzione (la "ragione del domandare" - la felice espressione è di C. Mandrioli, *op. cit.*, I, 148 - si sostanzia in entrambi i casi nell'inadempimento rilevante dell'altro contraente), non pare condivisibile l'indiscriminata identificazione delle suddette domande. È diverso, anzitutto, il *petitum* immediato (la contrapposizione tra *petitum* immediato e *petitum* mediato risale al Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, 326 ss., ed è condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente. Cfr., per la dottrina, C. Mandrioli, *op. cit.*, I, 147, il quale, con riferimento al *petitum*, osserva che «poiché la domanda è rivolta non a un soggetto solo, ma a due soggetti (al giudice e all'altra parte) ai quali si chiedono cose diverse, il *petitum* assumerà, in concreto, due aspetti diversi. Innanzi tutto, ossia in via immediata, la domanda si rivolge al giudice al quale si chiede non la cosa o la prestazione oggetto del diritto sostanziale, ma un provvedimento. In questo senso si parla di *petitum* immediato...») che identifica le azioni che si collegano rispettivamente alle due suddette domande, diverso essendo il tipo di provvedimento richiesto nei due casi: se si ritiene che il diritto di recesso (di cui all'art. 1385, comma 2, c.c.) sia una forma di risoluzione stragiudiziale del contratto, la sentenza che pronuncia su una domanda di recesso ex art. 1385, comma 2, c.c., sarà una sentenza dichiarativa; mentre sarà incontrovertibilmente costitutiva la sentenza che pronuncia su una domanda di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c.. Con la conseguenza che non sussiste l'asserita identità di azioni e, quindi, di domande, se è vero che detta identità "postula la coincidenza tanto del *petitum* immediato quanto del *petitum* mediato" (così, testualmente, Mandrioli, *op. loc. cit.*). Peraltro, anche il *petitum* mediato (definito dallo stesso Mandrioli, *op. loc. cit.*, come il "bene della vita" che si chiede alla controparte cui è rivolta la domanda) è diverso nei due casi in esame: nel caso di domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c., si chiede al contraente inadempiente, volendo conseguire lo scioglimento del vincolo, di subire una certa modificazione giuridica quale quella che scaturisce dalla pronuncia costitutiva di risoluzione; nel caso di domanda collegata all'esercizio del diritto di recesso ex art. 1385, secondo comma, c.c., si chiede alla controparte, mirando ad ottenere la certezza del modo d'essere del rapporto, di prendere atto della positiva verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti stragiudiziali della risoluzione.

ne del contratto con quella di recesso. Ma ciò con la - si confida - spiegata avvertenza che detta inammissibilità non comporta, di per sé, alcuna preclusione in ordine alla possibilità di sostituire la domanda di risarcimento integrale dei danni con la domanda di ritenzione della caparra o di richiesta del suo doppio (*rectius*: possibilità di rinunciare alla domanda di risarcimento integrale dei danni, optando per il più ridotto risarcimento collegato al meccanismo della caparra);

4) quanto ai rapporti tra azione di risoluzione “dichiarativa” e domanda giudiziale di recesso, non pare, anzitutto, corretta l’assimilazione generalizzata della struttura di dette domande e ciò dal momento che l’azione di risoluzione “dichiarativa”, in quanto tale, parrebbe non esistere (i presupposti per la operatività delle fattispecie di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., *i.e.* i fatti costitutivi del diritto alla risoluzione configurato da queste norme, sono profondamente diversi tra loro, potendosi ad esempio dare rilievo, in forza delle ultime due disposizione normative, anche ad un inadempimento di scarsa importanza). Il che conduce, comunque, a ritenere corretto quanto affermato dalle Sezioni Unite circa la impossibilità di «trasformare l’azione risolutoria in azione di recesso nel corso del giudizio»: ma ciò già alla luce delle rilevate differenze strutturali e non per la ragione che, diversamente opinando, si «lascerebbe in astratto aperta la strada... ad un’eventuale successiva pretesa» di ritenzione della caparra o di conseguimento del suo doppio. La Corte di cassazione lascia intendere, così argomentando, che - così come nel caso di proposizione dell’azione di risoluzione “costitutiva” - anche nel caso di proposizione della domanda di risoluzione “dichiarativa”, non è possibile chiedere la ritenzione della caparra o il conseguimento del suo doppio: il che porta a ritenere, esemplificativamente, che il contraente non inadempiente che abbia convenienza a risolvere il contratto *ex art.* 1456 c.c. - perché, magari e per ritornare all’esempio di cui sopra, con un’apposita clausola contrattuale aveva avuto cura di dare rilievo ad un futuro inadempimento di “scarsa importanza” -, deve decidere se preferisce conseguire subito la risoluzione dichiarando di valersi della clausola risolutiva espressa, piuttosto che ritenere la caparra o conseguire il suo doppio; ma egli, in questo caso, dovrà attendere che l’inadempimento diventi di “non scarsa importanza” *ex art.* 1455 c.c. (37) e ciò per poter esercitare, poi, il necessario recesso *ex art.* 1385, secondo comma, c.c., con “buona pace” degli sforzi compiuti in sede negoziale per conseguire la stipulazione della clausola risolutiva espressa. Ciò senza

considerare che d’ora in poi, alla luce dell’insegnamento delle Sezioni Unite, bisognerà fare attenzione nell’inviare diffide ad adempiere quando siano state versate caparre all’atto della conclusione del contratto, dal momento che, se il contraente “diffidato” non adempie entro il termine assegnatogli dal “diffidante”, quest’ultimo non potrà (incomprendibilmente) più ritenere la caparra e ciò perché lo stesso non può più (comprendibilmente) (38) esercitare il recesso *ex art.* 1385 c.c..

Le Sezioni Unite devono essersi avvedute di queste antinomie, tant’è che l’ultimo principio di diritto enunciato è nel senso che «la domanda di ritenzione della caparra è legittimamente proponibile, nell’incipit del processo, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dalla parte nell’introdurre l’azione “caducatoria” degli effetti del contratto: se questa azione dovesse essere definita “di risoluzione contrattuale” in sede di domanda introduttiva, sarà compito del giudice, nell’esercizio dei suoi poteri officiosi di interpretazione e qualificazione in iure della domanda stessa, convertirla formalmente in azione di recesso». Sennonché, questo potere di “conversione” della domanda di risoluzione contrattuale in azione di recesso, non consentirà allo stesso giudice, che questo potere ha esercitato, di dare rilevanza - sempre per stare all’esempio di cui sopra - all’inadempimento di “scarsa importanza” che sarebbe stato sufficiente, in forza di una previsione pattizia, a determinare la risoluzione del contratto *ex art.* 1456 c.c. o *ex art.* 1457 c.c. (a meno di non voler ritenere, il che francamente sarebbe assurdo, che l’inadempimento rilevante ai fini e per gli effetti dello scioglimento del vincolo contrattuale configurato dall’art. 1385, secondo comma, c.c., si atteggi diversamente a seconda della domanda che viene “convertita”). Con la conseguenza che il contraente incolpevole che si vede, per l’appunto, “convertita” la domanda, rischia di perdere non solo la caparra, ma anche la causa.

Note:

(37) E ciò con tutto il margine di opinabilità che comporta una siffatta valutazione.

(38) Tra i principi enunciati dalle Sezioni Unite vi è pure, e finalmente, quello secondo cui l’effetto risolutivo non è nella disponibilità del creditore, il quale, pertanto, non vi può rinunciare *a posteriori* (per avvalersi di altri mezzi di tutela).

LE SEZIONI UNITE MUTANO IL LORO "GRANITICO" ORIENTAMENTO IN TEMA DI DIFFIDA AD ADEMPIERE E RINUNCIA ALL'EFFETTO RISOLUTORIO

di Michele Ruvolo

La sentenza in commento muta radicalmente il trentennale orientamento in tema di diffida ad adempiere e rinuncia all'effetto risolutorio per ritrattazione da parte del contraente non inadempiente (dopo l'inutile decorso del termine fissato nella diffida). Viene così superata quella granitica impostazione, avversata in dottrina, secondo la quale anche se il soggetto non inadempiente aveva manifestato la sua volontà di sciogliersi dall'impegno contrattuale comunicando alla controparte la diffida ad adempiere, l'effetto risolutorio restava ancora nella disponibilità dell'intimante, che conservava la facoltà di ritrattare tale diffida. Finalmente si è pervenuti alla conclusione di negare che il creditore che ha diffidato la controparte ad adempiere possa cambiare idea e rinunciare *a posteriori* (per avvalersi di altri mezzi di tutela) all'effetto risolutorio.

La precedente posizione della Suprema Corte

Con la sentenza n. 553/09 il giudice di legittimità ha posto fine, con l'autorevolezza di una pronuncia a sezioni unite, al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale chi aveva intimato la diffida ad adempiere conservava la facoltà, connessa all'esercizio dell'autonomia privata, di rinunciare all'effetto risolutorio già verificatosi per far ricorso ad altri mezzi di tutela (1). Alla base di tale orientamento si ponevano le seguenti fondamentali argomentazioni:

1) l'essenzialità del termine fissato nella diffida ad adempiere è posta nell'interesse del creditore, che è l'unico arbitro della convenienza (o meno) di far valere l'inutile decorso del termine. Il creditore può cambiare idea dopo avere intimato la disdetta ed in questo risiede la *ratio* dell'art. 1454 c.c., norma posta a favore della parte adempiente che conserva la facoltà di rinunciare *a posteriori* all'effetto risolutorio. La norma non tutela l'interesse del diffidato ad avere certezza del rapporto. L'effetto risolutorio rimane quindi nella disponibilità del creditore, che può agire per l'adempimento. L'obiettivo della diffida sarebbe quello di realizzare gli stessi effetti che sarebbero determinati da una clausola risolutiva espressa, vale a dire la rapida risoluzione del rapporto mediante la fissazione di un termine che ha carattere essenziale nell'interesse della parte adempiente, alla quale è rimessa la valutazione della convenienza (2). Ed è solo quest'ultima parte che può valutare la convenienza di farne valere o meno la decorrenza. Ecco che, dopo che si verifica automaticamente ed indipendentemente dalla volontà dell'intimato la risoluzione di diritto, l'effetto risolutorio resta nella disponibilità dell'intimante che può successivamente rinunciare ad avvalersene. La Cor-

te di cassazione riconosceva, quindi, un assoluto potere dispositivo al contraente adempiente ed ammetteva la "ritrattazione" da parte dello stesso anche dopo l'inutile decorso del termine stabilito nella diffida ad adempiere, che veniva considerato (come detto) come posto nel suo esclusivo interesse. In sostanza, sosteneva la Cassazione, «la diffida ad adempiere è stabilita nell'interesse della parte adempiente, non costituisce un obbligo, bensì una facoltà che si esprime "a priori" nella libertà di scegliere questo mezzo di risoluzione del contratto a preferenza di altri ed "a posteriori" nella possibilità di rinunciare agli effetti risolutivi già prodottisi» (3);

2) il potere di rinuncia, lo *ius poenitendi* del creditore - che può manifestarsi in vari modi quali l'assegnazione di un nuovo termine all'inadempiente (con effetti risolutivi collegati alla seconda diffida) o l'azio-

Note:

(1) V. Cass. 23 aprile 1977, n. 1530, in *Foro it.*, 1977, I, 1, 1913, con nota di A. Lener; Cass. 9 maggio 1980, n. 3052, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 5; Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, in *Giur. it.*, 1988, I, 448, con nota di C. Scognamiglio; in *Vita not.* 1987, 717; in *Dir. e giur. agr.* 1988, 289; Cass. 4. agosto 1997, n. 7182, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1321; Cass. 28 giugno 2004, n. 11967; Cass. 8 novembre 2007, n. 23315, in questa *Rivista*, 2008, 7, 936 con nota di M. Ruvolo, *Diffida ad adempiere e rinuncia dell'avente diritto ad avvalersi dell'effetto risolutivo*.

(2) Vedi ad es. Cass. 8 luglio 1978, n. 3498, in *Mass.giust. civ.* 1978; Cass. 12 gennaio 1982, n. 132, *ivi*, 1982; Cass. 6 aprile 1983, n. 953, *ivi*, 1983; Cass. 25 novembre 1983, n. 7079, in *Giust. civ.* 1984, I, 3141 con nota di P.M. Letta; Cass. 29 maggio 1990, n. 5017, in *Mass. Giust. civ.* 1990, in cui la Suprema Corte ha affermato che la semplice diffida ad adempiere deve considerarsi non preclusiva della successiva domanda di adempimento, alla quale sarebbe ostativa, a norma dell'art. 1453, 2° comma, c.c., solo la domanda giudiziale di risoluzione.

(3) Si poneva già su questa linea Cass. 23 aprile 1977, n. 1530, cit. V. pure Cass. 3 aprile 1979, n. 1890, in *Giust. civ. Mass.* 1979; Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, cit.

ne giudiziale per l'adempimento coattivo - si fonda anche sulla considerazione per cui così come, verificatosi l'inadempimento, la parte non inadempiente può scegliere tra risoluzione (es. giudiziale o di diritto per diffida ad adempiere) e adempimento coattivo, così, verificatasi la risoluzione, la stessa parte non inadempiente può rinunciare agli effetti risolutivi già prodottisi. Rientra nelle valutazioni di convenienza dell'adempiente anche quella di esercitare un'azione di adempimento contrattuale pur essendo scaduto il termine dallo stesso concesso nella diffida; 3) dall'esame della natura giuridica della diffida ad adempiere consegue che tale diffida è un negozio giuridico, sicché non può produrre effetti contro ed oltre la volontà del suo autore che può sempre decidere di non fare valere la risoluzione già verificatasi. Se la diffida ad adempiere è un negozio unilaterale recettizio, nulla osterebbe alla neutralizzazione degli effetti di tale negozio in forza di un altro atto negoziale unilaterale anche di carattere implicito (comportamento incompatibile con la volontà di volersi sciogliere dal vincolo contrattuale) quale l'esercizio di un'azione giudiziale tesa ad ottenere un rimedio del tutto diverso dalla risoluzione. La parte adempiente potrebbe rinunciare ad un effetto prodottosi sul piano sostanziale (risoluzione) e chiedere una diversa pronuncia di condanna all'adempimento coattivo di prestazione di *dare o facere*. Rinunciare all'effetto risolutorio già verificatosi (per avvalersi di altri mezzi di tutela, quale l'azione di adempimento) rientrava, per la Cassazione, fra le facoltà connesse all'esercizio dell'autonomia privata. Poiché la diffida costituisce l'oggetto di una facoltà della parte adempiente, che si esprime nella libertà di scegliere questo mezzo risolutorio che produce i suoi effetti di diritto, e poiché la diffida è un negozio giuridico, e come tale non può produrre effetti oltre e contro la volontà di chi lo pone in essere, allora doveva ritenersi, per il giudice di legittimità, che il contraente non inadempiente avesse anche la facoltà di rinunciarvi. Invece di avvalersi dell'effetto risolutorio, il diffidente poteva ricorrere ad altri mezzi di tutela (quale la domanda di adempimento), i quali rientravano nell'ambito delle facoltà connesse all'esercizio dell'autonomia privata al pari della rinuncia al potere di ricorrere al congegno risolutorio predisposto dall'art. 1454 c.c. (4).

Nota:

(4) Si è già accennato al fatto che per la Suprema Corte la rinuncia all'effetto risolutorio poteva essere esplicita ovvero implicita. In quest'ultimo caso essa doveva risultare da atti univoci dai quali fosse possibile desumere che il contraente, che in

un primo tempo si era avvalso della possibilità della risoluzione di diritto o avesse ottenuto una risoluzione giudiziale (è noto che per la Cassazione era possibile rinunciare agli effetti risolutivi sia quando questi conseguivano a casi di risoluzione di diritto sia quando questi derivavano da risoluzione giudiziale V. Cass. 28 giugno 2004, n. 11967, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 6; in *Vita not.* 2004, 1588; Cass. 10 febbraio 2003, n. 1952, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 297, in *Giust. civ.* 2003, I, 1536; Cass. 4 maggio 1991, n. 4908, in *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc. 5; Cass. 3 aprile 1979, n. 1890, in *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 4), avesse successivamente ritenuto più conforme ai propri interessi procedere all'esecuzione contrattuale. La rinuncia all'effetto risolutivo poteva quindi verificarsi o per effetto di dichiarazione espressa o anche tramite comportamento concludente. E così, ad esempio, chi aveva intimato una diffida ben poteva rinunciare successivamente alla stessa diffida ed al suo effetto risolutivo espressamente concedendo un nuovo, ulteriore termine per l'adempimento (Cfr. Cass. 4 agosto 1997, n. 7182, cit., nella quale si prevede la possibilità per il contraente diffidente di rinunciare successivamente all'effetto risolutorio conseguente alla diffida anche mediante comportamenti concludenti; Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, cit.; cfr. anche Cass. 1 aprile 2005, n. 6891, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 4). È bene ribadire che per la Suprema Corte la rinuncia ad avvalersi dell'effetto risolutivo doveva avvenire comunque con un comportamento che presentasse il carattere della univocità. Tale non era, ad esempio, la percezione di pagamenti relativi al debito scaduto o dipendenti dalla mora del debitore. Occorreva infatti un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi dell'effetto risolutivo (v. Cass. 1409/75). L'inerzia nell'esercizio di un diritto poteva portare alla perdita dello stesso solo per prescrizione. La mera tolleranza non era indicativa di una rinuncia (v. Cass. 18 marzo 2003, n. 3964; 20 gennaio 1994, n. 466). E così anche l'accettazione di pagamenti parziali o l'apertura di trattative *inter partes*. In caso di concessione di un nuovo termine per l'adempimento, la risoluzione di diritto conseguiva solo quale effetto della seconda diffida e, quindi, a condizione che la stessa fosse valida anche in relazione alla congruità del termine (Cass. 25 novembre 1983, n. 7079, in *Giust. civ.* 1984, I, 3141). La prima diffida non risultava operativa in conseguenza della successiva iniziativa del creditore che aveva posto nel nulla il primo effetto risolutorio. E poiché rientrava nell'autonomia delle parti disporre delle conseguenze della risoluzione e, conseguentemente, chiedere o meno la restituzione della prestazione eseguita in base al contratto risolto e rimasta senza causa, il giudice non poteva emettere i provvedimenti restitutori conseguenti alla risoluzione in assenza di domanda della parte interessata (Cass. 3 febbraio 2006, n. 2439, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 2). Del pari, posto che l'effetto risolutorio rimaneva nella libera disponibilità del soggetto che aveva ottenuto la risoluzione giudiziale o che si poteva avvalere di quella di diritto, il giudice non poteva provvedere d'ufficio alla risoluzione senza che vi fosse stata apposita domanda del creditore (Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, cit.). In particolare, nell'ottica di Cass. 7079/83 e 4535/87 sembrava che - essendo rimessa alla parte adempiente-intimante la valutazione circa la convenienza di far valere l'inutile decorso del termine, il cui carattere essenziale si riteneva posto nell'interesse esclusivo del creditore - allora l'espressione "*risolto di diritto*" contenuta nell'art. 1454 c.c. stava a significare soltanto che la pronuncia giudiziale relativa aveva carattere meramente dichiarativo, non già che ad essa il giudice potesse provvedere d'ufficio, con la conseguenza che solo la necessaria domanda di parte valorizzava la sopravvenuta scadenza del termine, con una produzione dell'effetto risolutorio che sarebbe scaturita, pertanto, da una fattispecie complessa della quale faceva parte anche la domanda giudiziale dell'intimante. Occorreva una nuova domanda di parte successiva alla scadenza del termine fissato nella diffida che valorizzasse in maniera "esplicita e non equivoca" l'inutile suo decorso. Ad essa si riconnetteva l'effetto risolutorio (non già immediatamente collegato al mancato adempimento entro il termine indicato), che restava pertanto nella libera disponibilità del creditore (Cfr. Cass.

(segue)

Le critiche della dottrina

La tradizionale posizione della Suprema Corte appena esposta non veniva affatto condivisa da buona parte della dottrina, che escludeva, durante la pendenza del termine, la possibilità per l'intimante di chiedere l'adempimento o la risoluzione ex art. 1453 c.c. o di procedere all'esecuzione coattiva di cui agli artt. 1515 e 1516 c.c. o, ancora, di revocare o modificare unilateralmente la diffida seppure ampliando il termine indicato per l'adempimento, nonché la possibilità, dopo la scadenza del termine, di disporre, da parte del diffidante, dell'effetto risolutorio prodottosi proponendo una successiva domanda giudiziale di adempimento o di risoluzione o intimando una nuova diffida. Dopo l'inutile scadenza del termine per l'adempimento intimato, la parte intimante una diffida ad adempiere perderebbe, infatti, il relativo potere in conseguenza della risoluzione di diritto del contratto.

Secondo la costruzione dottrinale l'effetto risolutorio conseguente alla diffida ad adempiere non è nella disponibilità dell'intimante. Dopo che è stato azionato il meccanismo che porta alla risoluzione, l'effetto risolutorio non rientra nel potere dispositivo di chi ha intimato la diffida, soggetto che non può rinunciarvi, cancellandone così gli effetti, né mediante revoca esplicita della stessa, né mediante comportamento concludente (es. intimazione di nuova diffida e quindi concessione di altro termine per l'adempimento), né, infine, tramite il ricorso ad altri mezzi di tutela (5).

Se il contratto è risolto, il creditore ed il debitore sono liberati dall'obbligazione non ancora adempiuta o sono creditori della restituzione se hanno in tutto o in parte adempiuto. Ritenere diversamente, si affermava in dottrina, significa considerare la risoluzione di diritto come un vantaggio unilaterale del creditore, da lui liberamente disponibile. Essa, invece, non costituisce, secondo la detta impostazione dottrinale, un privilegio per il contraente non inadempiente essendo solo un'alternativa alla risoluzione giudiziale. Rimettere la risoluzione alla disponibilità delle parti determina un ingiustificato vantaggio, addirittura un privilegio per la parte non inadempiente.

In quest'ottica la notifica della diffida preclude al creditore la facoltà di revocarla o di modificarla. L'effetto risolutorio, prodottosi automaticamente, cristallizza un inadempimento che non può più cancellarsi neanche con la fissazione di un termine ulteriore rispetto a quello originario oramai già scaduto. Al riguardo si evidenziava che per l'ultimo comma

dell'art. 1454 c.c. "decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto". Ecco che all'inutile decorso del termine si collega un effetto risolutorio automatico e, pertanto, non disponibile da parte del contraente non inadempiente. Non occorre una domanda della parte adempiente-intimante, successiva alla scadenza del termine, che manifesti l'intenzione di produrre l'effetto risolutorio (6). Né è possibile una rinuncia a quest'ultimo.

Il creditore, in altri termini, non può disporre di tali effetti, considerato che la diffida costituisce l'esercizio irrevocabile di una scelta tra la risoluzione e l'adempimento. La diffida ad adempiere sarebbe un negozio unilaterale recettizio con il quale il diffidante manifesta la sua volontà di sciogliersi dal contratto ed esercita in maniera irrevocabile la facoltà di scelta tra risoluzione ed adempimento, con la consapevolezza di non poter più impedire l'effetto risolutorio.

In dottrina si osservava, poi, che sottraendo la risoluzione alla disponibilità delle parti si riesce a meglio tutelare i contrapposti interessi, compresi quello del soggetto inadempiente a non rimanere indefinitamente esposto all'arbitrio della parte adempiente e quello generale al rientro nella circolazione economica dei beni e delle risorse coinvolte nella vicenda contrattuale.

Occorre infatti trovare un bilanciamento tra i seguenti interessi contrapposti: l'interesse della parte adempiente ad ottenere una più rapida soddisfazione

Note:

(segue nota 4)

18 maggio 1987, n. 4535, cit.). Cass. 23315/07 si poneva, invece, in una prospettiva meno rigorosa. L'iniziativa dell'intimante non era necessaria per la produzione dell'effetto risolutorio, ma il diffidante poteva comunque mettere nel nulla tale effetto già prodottosi in autonomia. La risoluzione si produceva di diritto indipendentemente dalla volontà dell'intimato, rimanendo però nella disponibilità dell'intimante che poteva successivamente rinunciare ad avvalersene.

(5) V. G. Mirabelli, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, in *Foro it.*, 1954, IV, 33 e ss.; Id., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile, IV, Delle obbligazioni*, Torino, 1958, 484 e ss.; U. Natoli, *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 509 e ss.; A. Dalmartello, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.* XVI, Torino, 1969, 134 e ss.; A. Lener, nota a Cass. 23 aprile 1977, n. 1530, in *Foro it.*, 1977, I, 1, 1913 e ss.; P. M. Letta, nota a Cass. 25 novembre 1983, n. 7079, in *Giust. civ.*, 1984, II, 3141 e ss.; C. Scognamiglio, nota a Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, in *Giur. it.*, 1988, I, 448 e ss.; M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile, IV, Delle obbligazioni*, Bologna, 1990, 431 e ss.

(6) Vedi invece, come già rilevato nel testo, Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, in *Giur. it.*, 1988, I, 459. Cfr. sul punto P. M. Letta, nota a Cass. 25 novembre 1983, n. 7079, *cit.*, 3143-3144; M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, *cit.*, 447.

delle proprie pretese (quantomeno in via surrogatoria attraverso la liberazione dal vincolo contrattuale); l'interesse dell'inadempiente a non essere esposto alla discrezionalità (o, meglio, all'arbitrio) del creditore; l'interesse della collettività alla reintroduzione nella circolazione dei traffici commerciali delle risorse economiche interessate dalla vicenda contrattuale.

Il nuovo orientamento della Cassazione

Nel commento con il quale si esaminava su questa rivista (7) l'ultima sentenza della Cassazione che affrontava (confermando l'impostazione consolidata) il tema della possibile rinuncia all'effetto risolutorio conseguente alla diffida ad adempiere, uno dei paragrafi finali si intitolava: «È forse venuto il momento di procedere ad un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale». In tale paragrafo si illustravano tutte le ragioni che dovevano portare ad *revirement* giurisprudenziale e, quindi, al superamento della soluzione (che si fondava sulla natura negoziale della diffida e sulla circostanza per cui tale istituto è conferito dal legislatore a tutela esclusiva della parte non inadempiente) che riconosceva la possibile libera rinuncia ad opera della parte intimante all'effetto risolutorio conseguente alla diffida ad adempiere.

Quasi tutte quelle ragioni sono state recepite dalla sentenza delle sezioni unite in commento, sentenza che finalmente procede ad un mutamento di prospettiva sulla base dei seguenti cinque motivi:

1) l'art. 1454 u.c. c.c. collega alla scadenza infruttuosa del termine un effetto risolutorio automatico (8), che si produce, precisano le sezioni unite, «al momento stesso dello spirare del *dies ad quem* indicato dal diffidante». La risoluzione si produce, cioè, nel momento stesso del perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 1454 c.c. Non possono infatti estendersi alla diffida i meccanismi tipici della clausola risolutiva espressa (dove è necessaria una dichiarazione ulteriore di volersi avvalere della clausola) o del termine essenziale (dove è possibile una dichiarazione volta alla conservazione del rapporto contrattuale se la parte interessata intende conseguire l'adempimento tardivo nonostante il decorso del termine) e ciò perché la clausola risolutiva e la previsione del termine essenziale risalgono al momento della genesi contrattuale con la conseguente necessità (nel caso della clausola risolutiva espressa) o possibilità (in ipotesi di termine essenziale) di un'ulteriore manifestazione di volontà da parte di chi potrebbe non avere più inte-

resse all'effetto risolutivo al momento dell'inadempimento. Invece, la diffida ad adempiere interviene solo in presenza di un grave inadempimento conclamato, verificatosi il quale il diffidante manifesta la sua intenzione di considerare il termine intimato come ultima possibilità di mantenere il contratto. Per la sentenza delle sezioni unite in commento, a differenza della clausola risolutiva espressa e del termine essenziale, «la diffida, coevamente comunicata alla controparte già nel momento (patologicamente) funzionale del rapporto contiene invece in sé già tutti gli elementi di valutazione di una situazione attuale e attualizzata, in termini di interesse, in capo al diffidante». Ecco che per le sezioni unite i meccanismi operativi previsti dal codice civile per la clausola risolutiva espressa e per il termine essenziale confortano la conclusione dell'effetto risolutivo automatico. Ora, è evidente che dall'automaticità dell'effetto risolutorio in caso di diffida non adempiuta discende che non solo quando l'intimante formula la diffida egli è già consapevole delle conseguenze caducatorie del perfezionarsi della sequenza intimazione/decorrenza del termine, ma che non è neppure in astratto possibile ipotizzare una reviviscenza di un contratto già sciolto. Il contratto risolto non può più risultare nuovamente produttivo di effetti ed è da escludere la configurabilità di atti posti in essere dopo la scadenza del termine fissato nella diffida e nel presupposto della permanente efficacia del contratto (es. nuova diffida o domanda di adempimento o di risoluzione) (9). Al debitore destinatario della diffida non può essere richiesto di adempiere dopo lo scioglimento del contratto;

2) il collegamento tra l'essenzialità del termine contenuto nella diffida e la non pacifica esclusività dell'interesse dell'intimante attiene, per le sezioni unite, all'atto di diffida e non all'effetto risolutorio, «che la norma ex art. 1454 c.c. mostra di considerare automatico, perseguendo la non discutibile funzione di bilanciamento di contrapposti interessi, a tutela anche della parte che, allo spirare del termine, abbia posto un affidamento legittimo nell'avvenuta cessazione degli effetti del negozio». Le sezioni unite condividono l'impostazione per cui

Note:

(7) M. Ruvolo, *Diffida ad adempiere e rinuncia dell'avente diritto ad avvalersi dell'effetto risolutivo*, commento a Cass. 8 novembre 2007, n. 23315, cit.

(8) V. anche M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 447.

(9) V. P. M. Letta, nota a Cass. 25.11.1983, n. 7079, cit., 3143; A. Dalmartello, *Risoluzione del contratto*, cit., 141

non può farsi derivare la possibilità di rinunciare “a posteriori” agli effetti risolutivi già prodottisi dalla libertà di scegliere “a priori” la diffida ad adempiere. È infatti evidente che il contraente non inadempiente può scegliere tra la diffida, la domanda giudiziale di adempimento e quella di risoluzione. Tuttavia, non si comprende come possa ricavarsi da ciò la possibilità, non prevista normativamente, di neutralizzare l'effetto risolutivo (10). Né la disponibilità di tale ultimo effetto può farsi discendere dall'affermazione (peraltro non pacifica) per cui l'essenzialità del termine di cui alla diffida sarebbe posta nell'esclusivo interesse del creditore intimante, al quale spetterebbe quindi la facoltà di valutare se farne valere o meno la decorrenza. Il fatto che il termine possa anche considerarsi nell'interesse del creditore intimante non vuol dire che l'effetto risolutivo non venga a tutelare pure altri interessi, con conseguente indisponibilità da parte dell'intimante della risoluzione verificatasi. La disponibilità dell'effetto risolutivo ad opera della parte intimante finiva, infatti, con il non prendere in alcuna considerazione il legittimo affidamento, operato da parte intimata dopo il verificarsi della risoluzione di diritto, circa l'avvenuta cessazione degli effetti contrattuali, l'estinzione dell'originario vincolo obbligatorio e la nascita dei nuovi obblighi restitutori e risarcitori che conseguono all'inadempimento;

3) la tesi della possibile rinuncia all'effetto risolutivo portava ad una disponibilità di tale effetto risolutivo *sine die*, con la conseguenza che la parte intimata restava indefinitamente esposta all'arbitrio della parte adempiente, mentre la necessità di tutelare l'esigenza del diffidato di avere certezza e stabilità in ordine al rapporto comporta, nell'analogo caso del termine essenziale, che il creditore ha a disposizione un termine molto breve per dichiarare se intende accettare un adempimento tardivo. Per la decisione delle sezioni unite in commento «la perdurante disponibilità dell'effetto risolutivo in capo alla parte non inadempiente risulterebbe, in assenza di qualsivoglia disposizione normativa 'limitativa' (quale quella dettata, ad esempio, in tema di remissione del debito), operante *sine die*, in evidente contrasto con gli analoghi meccanismi di risoluzione legale collegati al termine essenziale e al relativo adempimento tardivo, così generandosi, sotto altro profilo, una ingiustificata e sproporzionata lesione all'interesse del debitore, il cui ormai definitivo affidamento nella risoluzione (e nelle relative conseguenze) del contratto inadempito potrebbe indurlo, non illegittimamente, ad un conseguente rias-

setto della propria complessiva situazione patrimoniale». Le sezioni unite tengono quindi in considerazione il fatto che l'art. 1454 c.c. non prevede solo un diritto del contraente adempiente, ma predisporre un meccanismo che non può non tenere in considerazione le esigenze di tutela del soggetto inadempiente-diffidato, nel quale l'atto di diffida genera un affidamento sia in ordine alla possibilità di adempiere con effetto liberatorio durante la pendenza del termine a lui assegnato, sia in merito alla volontà dell'intimante di sciogliersi dal vincolo contrattuale in caso di inadempimento alla scadenza del termine e, quindi, in merito all'impossibilità di essere chiamato ad adempiere dopo l'infruttuoso decorso dello stesso termine, essendosi a quel punto prodotto l'effetto risolutivo “di diritto” (11). Poiché il creditore-intimante ha manifestato di non avere più interesse alla prestazione dopo la scadenza del termine, il debitore-intimato può considerarsi autorizzato a non predisporre l'adempimento per il periodo di tempo successivo alla scadenza del termine indicato, con la conseguenza che non sarebbe neppure possibile prorogare il termine concesso in quanto verrebbe nuovamente creata una situazione di obbligo da cui l'intimato era stato già liberato (12). Non può non tenersi conto dell'interesse dell'intimato alla certezza della propria posizione e non può non salvaguardarsi il soggetto che, ricevuta la diffida e determinatosi a non adempiere ed a sopportare le conseguenze del suo inadempimento, potrebbe non essere più nelle condizioni di poter adempiere venendo così a subire grave pregiudizio dall'attribuita facoltà al creditore di ritornare sui propri passi decidendo di chiedere la prestazione relativamente alla quale era stato già manifestato un assoluto disinteresse in caso di decorso del termine (13). Peraltro, il debitore potrebbe anche avere un interesse alla produzione dell'effetto risolutivo connesso alla diffida a lui intimata, potendo preferire restare inadempiente anche nell'ipotesi in cui il creditore richieda la prestazione dopo l'inutile sca-

Note:

(10) Sul punto v. A. Lener, nota a Cass. 23 aprile 1977, n. 1530, *cit.*, 1913; C. Scognamiglio, nota a Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, *cit.*, 452-453.

(11) V. G. Mirabelli, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, *cit.*, 39-40; M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, *cit.*, 434.

(12) A. Dalmartello, *Risoluzione del contratto*, *cit.*, 141; G. Mirabelli, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, *cit.*, 39.

(13) Cfr. G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, *cit.*, 486; P. M. Letta, nota a Cass. 25 novembre 1983, n. 7079, *cit.*, 3143; A. Dalmartello, *Risoluzione del contratto*, *cit.*, 141.

denza del termine indicato nella diffida. Nell'ottica del debitore, infatti, il danno da risarcire alla parte creditrice potrebbe pure essere considerato meno gravoso rispetto all'onere connesso all'esecuzione della prestazione. In questo caso, il riconoscimento al creditore-diffidante del potere di fare risorgere il contratto già risolto potrebbe esporre il debitore ad oneri e costi potenzialmente maggiori e comunque imprevisi (14). Al riguardo, si noti pure che al debitore diffidato che intenda produrre l'effetto risolutivo tramite il suo inadempimento non giova in alcun modo la rimessione in termini con la quale la giurisprudenza di legittimità tendeva a riconoscere protezione agli interessi dello stesso debitore diffidato. Ed il citato interesse del debitore inadempiente a non restare indefinitamente esposto all'arbitrio del suo creditore è già tutelato dalla generale disciplina sulla risoluzione per inadempimento, sia giudiziale che di diritto, disciplina che tende a fissare, con certezza e rapidità, le posizioni delle parti. Si pensi, come ben sottolinea le sezioni unite nella sentenza in commento e come si è già osservato, all'art. 1457 c.c., che se da un lato, al fine di tutelare l'adempiente e di verificare il suo permanente interesse allo scioglimento dal contratto in caso di mancato rispetto del termine essenziale (fissato in contratto e, quindi, a distanza di tempo dall'esecuzione dello stesso, con la conseguente necessità di una verifica, dopo il mancato adempimento tempestivo, delle intenzioni del soggetto nel cui interesse è fissato il termine essenziale), concede al creditore di una prestazione da eseguirsi entro un termine essenziale di dichiarare, dopo la scadenza di esso, di avere ancora interesse all'adempimento, dall'altra però, per tutelare il debitore inadempiente, limita il tempo utile ai fini di una tale dichiarazione a soli tre giorni. Ed anche nella disciplina della diffida ad adempiere viene tutelato l'interesse del debitore intimato. Si pensi al requisito di forma, alla congruità del termine (che deve poter consentire l'adempimento effettivo) ed all'indicazione del contenuto della diffida, che non è una semplice costituzione in mora, dovendo chiaramente risultare l'intento del diffidante e la circostanza che nel caso di inutile decorso del termine intimato conseguirà l'effetto risolutivo (non bastando, ad esempio, di minacciare il ricorso alle vie legali). Riconoscere all'intimante il potere di disporre dell'effetto risolutivo già prodottosi significa sacrificare interessi invece tenuti presenti dall'art. 1454 c.c. (15). Inoltre, dovendo l'atto di diffida contenere l'espressa previsione del conseguente effetto risolutivo, non si comprende bene come possa consentirsi una successiva rinuncia ed

una lesione così evidente dell'affidamento ingenerato nel destinatario della diffida. La tesi sottesa a Cass. 7079/83 e 4535/87 (ma vedi anche Cass. 3052/80) - per cui era necessaria una nuova domanda di parte successiva alla scadenza del termine fissato alla diffida che valorizzasse in maniera esplicita e non equivoca l'inutile suo decorso ed alla quale si riconnetteva l'effetto risolutivo, che non era immediatamente da collegare al mancato adempimento entro il termine indicato - non solo rendeva del tutto incerto il momento della produzione dell'effetto risolutivo collegando quest'ultimo ad una fattispecie complessa (il cui ultimo atto era costituito dalla domanda giudiziale del diffidante) che è del tutto assente nella disciplina normativa (16), ma non teneva neppure conto del fatto che nella diffida ad adempiere, a differenza delle semplici costituzioni in mora, si deve esplicitare chiaramente il legame tra l'inadempimento e la risoluzione. Inoltre, anche la tesi della rinunciabilità dell'effetto risolutivo già prodottosi (tesi affermata nella sentenza della Cassazione n. 23315/07) contrasta con il contenuto e la disciplina della diffida. Riconoscere all'intimante la facoltà di rinunciare all'effetto risolutivo già verificatosi comporta la vanificazione dell'obiettivo cui tende la disciplina della diffida ad adempiere, atto nel quale va esplicitato l'intento del intimante volto alla produzione dell'effetto risolutivo in caso di mancato rispetto del termine per l'adempimento (17);

4) analogamente a quanto avviene per il caso di domanda di risoluzione giudiziale ai sensi dell'art. 1453 comma 2, anche quando si mette in moto il meccanismo della risoluzione di diritto e questa si verifica, allora non si dovrebbe potere più agire per l'adempimento, ricorrendo anche in questo caso la medesima *ratio* sottesa al detto comma 2 dell'art. 1453 c.c., ossia che la controparte, che è stata destinataria di un'iniziativa risolutoria, potrebbe anche essersi messa in condizione di non potere più adempiere (18). È noto al riguardo che la proposizione di una domanda giudiziale di risoluzione di-

Note:

(14) V. G. Mirabelli, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, cit., 40; M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 447.

(15) C. Scognamiglio, nota a Cass. 25 novembre 1983, n. 4535, cit., 453-454; U. Natoli, *Diffida ad adempiere*, cit., 509.

(16) Cfr. sul punto C. Scognamiglio, nota a Cass. 25 novembre 1983, n. 4535, cit., 455.

(17) V. sul punto Scognamiglio, nota a Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, cit., 454.

(18) Cfr. sul punto C. Scognamiglio, nota a Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, cit., 453-454.

mostra l'assenza dell'interesse del creditore alla prestazione con il conseguente acquisto da parte del debitore convenuto del "diritto di non adempiere" (19). Peraltro, anche nella Relazione al codice civile si legge che «scegliendo la risoluzione il contraente dichiara di non aver più interesse al contratto ed il debitore non deve ulteriormente mantenersi pronto per l'esecuzione della prestazione» (20). Ora, non vi è motivo alcuno per distinguere, ai fini in questione, il caso della risoluzione giudiziale ex art. 1453 C.C. da quello della risoluzione *de iure* ex art. 1454 C.C., che pur postula l'imputabilità e la gravità dell'inadempimento. Peraltro, il principio di cui all'art. 1453 c.c. preclude la proponibilità della domanda di adempimento dopo la semplice formulazione della domanda di risoluzione, non richiedendo il prodursi dell'effetto risolutivo. Di contro, la precedente impostazione giurisprudenziale rendeva addirittura possibile formulare una domanda di adempimento dopo non già una semplice domanda di risoluzione, ma dopo una risoluzione di diritto già pienamente prodottasi. Sul punto si legge nella sentenza delle sezioni unite in commento che «la stessa *ratio legis* sottesa al più generale meccanismo della risoluzione giudiziale (art. 1453 c.c.) appare principio di portata assai più ampia (e dunque legittimamente esportabile anche nel parallelo sottosistema della risoluzione legale) dacché permeato dall'evidente funzione di accordare (moderata) tutela anche alla parte non adempiente che, assoggettata ad un'iniziativa volta alla caducazione del contratto, non può più essere, *ex lege*, destinataria di una successiva richiesta di adempimento (in una vicenda in cui, si badi bene, la definizione dell'effetto risolutorio è ancora in itinere, destinata com'è a formare oggetto di accertamento processuale in contraddittorio) onde porsi volontariamente (ma del tutto legittimamente) in condizione di non potere più adempiere. Se la proposizione di una domanda giudiziale di risoluzione implica l'assenza di interesse del creditore all'adempimento e il conseguente acquisto, da parte del debitore, di una sorta di "diritto a non adempiere", non v'è ragione di escludere che la stessa *ratio* (di cui è d'altronde traccia dalla stessa relazione al codice) non debba informare anche la speculare vicenda della diffida ad adempiere, in entrambi i casi risultando espressa inequivocabilmente la mancanza di interesse all'adempimento intempestivo»;

5) non può ricavarsi la disponibilità dell'effetto risolutorio (e quindi la possibilità di rinunciare ad avvalersi della risoluzione verificatasi e di ricorrere ad altri mezzi di tutela) dalla natura di negozio unilatera-

le - peraltro non univocamente ammessa - della diffida, che non potrebbe produrre effetti contro ed oltre la volontà del suo autore. Per le sezioni unite «la natura di negozio unilaterale recettizio della diffida non pare utile a legittimare la (non conferente) conseguenza della disponibilità dell'effetto risolutivo. Soccorrono, al riguardo, disposizioni normative, come quelle di cui all'art. 1723 c.c. in tema di irrevocabilità del mandato (anche) *in rem propriam*, che lasciano chiaramente intendere come la più generale filosofia ispiratrice del codice del '42, quella, cioè, della tutela dell'affidamento incolpevole, trovi necessario spazio e puntuale attuazione tutte le volte in cui l'unilateralità dell'atto incida significativamente anche sugli interessi del destinatario». A parte il fatto che la natura negoziale della diffida non costituisce *communis opinio*, non può non considerarsi che tale natura negoziale dovrebbe portare invece alla conclusione dell'indisponibilità degli effetti della diffida discendendo dal negozio giuridico una situazione di vincolo per il suo autore, vincolo dal quale quest'ultimo non potrebbe liberarsi a proprio arbitrio (21). Una volta che il contraente non inadempiente esercita il suo diritto potestativo di intimare la diffida, allora egli ha già manifestato la sua scelta in ordine alla richiesta di risoluzione o di adempimento optando, in modo impegnativo, per la risoluzione (e quindi per il venir meno del rapporto giuridico *inter partes*) in caso di inutile decorso del termine (22).

È bene a questo punto osservare che alle convincenti argomentazioni addotte dalle Sezioni Unite possono aggiungersi anche le seguenti tre ragioni (23):

- 1) non vanno trascurati, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, il principio della certezza dei rapporti giuridici e l'interesse generale alla reintroduzione nella circolazione economica dei beni e delle risorse coinvolte nella vicenda contrattuale;
- 2) se è vero che nel caso della prescrizione l'effetto estintivo si verifica automaticamente per il de-

Note:

(19) V. P. M. Letta, nota a Cass. 25 novembre 1983, n. 7079, *cit.*, 3143.

(20) Relazione al codice civile, n. 661.

(21) V. G. Mirabelli, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, *cit.*, 37-38.

(22) Cfr. sul punto P.M. Letta, nota a Cass. 25 novembre 1983, n. 7079, *cit.*, 3144; U. Natoli, *Diffida ad adempiere*, *cit.*, 509-511.

(23) Già pure indicate nel commento a Cass. 23315/07 pubblicato di questa *Rivista*, 2007, 7, 936 *cit.*

corso del termine ma l'ordinamento lascia al privato la scelta se fare valere o meno tale effetto, consentendo la rinuncia alla prescrizione, precludendo la rilevabilità officiosa della relativa eccezione e addirittura garantendo stabilità al pagamento del debito prescritto tramite lo strumento della *soluti retentio*, è anche vero però che, mentre nella prescrizione la disponibilità degli effetti si ricava da precise disposizioni normative (artt. 2937, 2938, 2940 c.c.) ed è giustificata dal fatto che l'interesse a far valere la prescrizione spetta al soggetto contro il quale si vuole esercitare il diritto dopo la scadenza del termine e l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici cede di fronte alla scelta dell'interessato di non avvalersi dello strumento estintivo, pena un sacrificio eccessivo della posizione del titolare del diritto prescritto (che non potrebbe in alcun modo realizzare il proprio interesse), nella diffida ad adempiere la mancata tutela dell'interesse del contraente inadempiente e dell'interesse generale di certezza del diritto e di reintroduzioni dei beni nel circuito economico non trova un idoneo bilanciamento nella salvaguardia delle ragioni dell'intimante, posto che a quest'ultimo l'ordinamento assicura comunque i rimedi restitutori e risarcitori;

3) ammettere la rinuncia all'effetto risolutorio può comportare dei possibili abusi ai danni della parte inadempiente e degli effetti processuali non prevedibili da parte dello stesso contraente inadempiente ed in considerazione dei quali la rinuncia all'effetto risolutorio può non avvenire per la volontà di rendere efficace il contratto, ma di fare cessare solo in un secondo momento i suoi effetti per avvalersi di meccanismi di liquidazione forfettaria del danno conseguenti a soluzioni alternative a quella della risoluzione di diritto. Ed infatti, in seguito alla rinuncia all'effetto risolutivo il contratto risulta pienamente efficace tra le parti, con la conseguenza, tra le altre, che si può ben esercitare il diritto di recesso previsto dall'art. 1385 c.c. (24). In tal modo si pone «nelle mani della parte "sagace" un'efficace arma per modulare la propria condotta processuale secondo la migliore convenienza. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del venditore che, dopo avere ricevuto la caparra, intimi al compratore la diffida ad adempiere. Si ipotizzi altresì che il medesimo venditore, verificatasi ipso iure la risoluzione del contratto, si avveda che il patrimonio del compratore è incapiante, e non consentirebbe l'utile esperimento dell'azione esecutiva per il risarcimento. In questi casi, il venditore potrà rinunciare alla risoluzione già verificatasi, col risultato di potere trattenere la

caparra quale risarcimento forfetario del danno: risultato che, invece, gli sarebbe stato precluso se avesse scelto la via della risoluzione, in quanto l'avvenuta risoluzione non consente di trattenere la caparra a titolo di acconto sul risarcimento dovuto» (25). Invece di dovere provare il danno subito (come deve farsi se si segue la via della risoluzione), si può reputare più comodo rinunciare all'effetto risolutivo al fine di operare il recesso ex art. 1385 c.c. e chiedere, quale liquidazione forfettaria del danno, la ritenzione della caparra o il pagamento del doppio della stessa. In senso in qualche modo contrario è bene ricordare Cass. 2557/89 (26), per la quale il contraente non inadempiente che, dopo avere intimato diffida ad adempiere con dichiarazione che, decorso il termine fissato, il contratto sarebbe stato senz'altro risolto (art. 1454 c.c.), sia stato convenuto in giudizio dall'altro contraente con richiesta di risoluzione del contratto per suo inadempimento e sua condanna al pagamento del doppio della caparra confirmatoria ricevuta, non può - quando il termine da lui concesso con la diffida sia decorso - chiedere la declaratoria, in via riconvenzionale, del suo diritto di recesso dal contratto con il diritto a ritenere la caparra ricevuta, poiché la sentenza che, nel pronunciare sulle contestazioni circa i presupposti e le condizioni di efficacia dell'atto di diffida, le rigetta, accerta l'avvenuto verificarsi della risoluzione di diritto del contratto al momento della scadenza del termine concesso, sicché la dichiarazione di recesso trova il contratto già risolto. Ne consegue che la parte la quale non abbia potuto operare la ritenzione della caparra a titolo di risarcimento del danno dovrebbe chiedere il risarcimento stesso in base alle norme generali. Certo, Cass. 2557/89 riguardava il caso del recesso ex art. 1385 c.c. operato dopo una diffida produttiva della risoluzione. La sentenza in questione non si era invece pronunciata sulla possibilità o meno di una rinuncia all'effetto risolutivo conseguente alla diffida e sulla possibi-

Note:

(24) V. Cass. 4 agosto 1997, n. 7182, cit. In senso contrario si è però espresso, nella giurisprudenza di merito, Tribunale Cagliari, 13 marzo 1997, in *Riv. giur. sarda* 1999, 109 con nota di Cotza, per il quale «la manifestazione della volontà di recedere (nella specie in base a caparra confirmatoria, a norma dell'art. 1385 comma 2 c.c.), intervenuta in un momento successivo a quello in cui la diffida ad adempiere, intimata dallo stesso recedente, ha prodotto i propri effetti, è inefficace in quanto relativa ad un contratto già risolto».

(25) M. Rossetti, *Inadempimento: risoluzione e recesso* (nota a Cass. civ., sez. III, 28 settembre 2004, n. 19387, in *D&G* 2004, 43, 30.

(26) In *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 5.

lità di operare il recesso di seguito a tale rinuncia, possibilità ammessa, come detto, da Cass. 7182/97. È comunque da preferire l'impostazione, ormai accolta dalle sezioni unite della Cassazione con la pronuncia in commento, che evita abusi ai danni del debitore diffidato, che esclude il recesso dopo l'avvenuta risoluzione di diritto del contratto e ciò sia in presenza che in assenza di una successiva rinuncia. Una tale soluzione, infatti, tutela l'interesse del diffidato a non subire le conseguenze dei mutamenti di opinione da parte del creditore (interesse come detto tutelato dalla disciplina generale in tema di risoluzione - art. 1453, comma 2, c.c. -) ed a provocare l'effetto risolutivo con il suo inadempimento persistente anche dopo la ricezione della diffida (27).

Conclusioni

Proprio tenendo conto di quanto appena evidenziato, nella sentenza delle sezioni unite n. 553/09 si legge che «la concezione dell'effetto risolutivo disponibile in capo al creditore pare figlia di una ideologia fortemente punitiva per l'inadempiente, si atteggia a mò di sanzione punitiva senza tempo, assume forme di (ingiustificata) "ipertutela" del contraente adempiente, del quale si legittima ogni mutevole e repentino cambiamento di "umore" negoziale». Il principio di diritto affermato in conclusione dalle sezioni unite sul punto è, quindi, quello per cui la rinuncia all'effetto risolutivo da parte del contraente adempiente «non può ritenersi in alcun modo ammissibile, trattandosi di effetto sottratto, per evidente *voluntas legis*, alla libera disponibilità del contraente stesso».

Escludendo quindi la disponibilità dell'effetto risolutivo ad opera della parte non inadempiente, ne deriva che non potranno essere accolte sia l'azione di esatto adempimento sia quella di risoluzione giudiziale conseguenti ad una diffida ad adempiere regolarmente intimata e non adempiuta. In questo caso il Giudice dovrebbe accertare l'avvenuto verificarsi della risoluzione di diritto del contratto al momento della scadenza del termine concesso, con la conseguenza che nessun successivo adempimento o nessuna successiva risoluzione giudiziale sarebbe possibile. Del pari, non potrebbe più operarsi, da parte del contraente non inadempiente, un recesso *ex art.* 1385 c.c. con ritenzione della caparra o richiesta del doppio della stessa. La dichiarazione di recesso troverebbe il contratto già risolto. Sarebbe solo possibile chiedere il risarcimento dei danni, da provare nel loro integrale ammontare.

Inoltre, la risoluzione di diritto dovrebbe poter essere dichiarata d'ufficio non occorrendo alcuna domanda una volta esclusa la detta disponibilità dell'effetto risolutivo. E la rilevabilità d'ufficio della risoluzione verificatasi ai sensi dell'articolo 1454 c.c. verrebbe a tutelare l'interesse del diffidato sia a non subire le conseguenze delle mutate valutazioni del diffidante che a provocare la risoluzione con il suo inadempimento (28).

Ancora, considerato che si è già detto che la manifestazione da parte del creditore-intimante dell'assenza di interesse alla prestazione dopo la scadenza del termine comporta che il debitore-intimato può considerarsi autorizzato a non predisporre l'adempimento per il periodo di tempo successivo alla scadenza del termine indicato, non sarebbe neppure possibile prorogare il termine concesso in quanto verrebbe nuovamente creata una situazione di obbligo da cui l'intimato era stato già liberato. Peraltro, non può tacersi il profilo relativo alla certezza del termine per l'adempimento, prima concesso e poi revocato.

A maggior ragione, dopo la scadenza del termine il creditore non può più fare alcunché. Neppure l'accettazione del diffidato potrebbe far rivivere un contratto già risolto.

L'esecuzione della prestazione dopo la scadenza del termine indicato nella diffida, e quindi dopo il verificarsi dell'effetto risolutivo, e la sua accettazione non configurano, infatti, una novazione. È il disposto dell'art. 1234 c.c. a contrastare con la configurabilità di un accordo novativo dopo la scadenza del termine indicato nella diffida ad adempiere. Partendo dalla connessione tra l'effetto risolutivo e l'inutile decorso del termine assegnato con la diffida, non potrebbe infatti ipotizzarsi un atto di autonomia privata finalizzato ad estinguere un'obbligazione già estinta (29). Inoltre, l'*animus novandi* non è ravvisabile nella semplice mancata protesta o nella mera adesione all'altrui iniziativa, richiedendo l'inequivoca manifestazione della comune volontà di estinguere l'originaria obbligazione sostituendola con una nuova (30).

Note:

(27) V. M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 438.

(28) M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 448.

(29) Il principio di cui all'art. 1234 c.c. per cui la novazione è senza effetto se non esisteva l'obbligazione originaria va riferito anche al caso in cui il titolo venga retroattivamente eliminato come nell'ipotesi della risoluzione.

(30) V. Cass. 6 agosto 1983, n. 5274.

Queste sono alcune delle conseguenze dell'impostazione finalmente accolta dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, il cui nuovo orientamento pone fine alla precedente tutela eccessiva del contraente non inadempiente, alla posizione oltremodo sanzionatoria nei confronti della parte inadem-

piante (e del suo legittimo affidamento) ed al pregiudizio che veniva arrecato al principio della certezza dei rapporti giuridici ed all'interesse generale alla reintroduzione nella circolazione economica dei beni e delle risorse coinvolte nella vicenda contrattuale.

LIBRI

COLLANA: Le nuove frontiere della responsabilità civile
diretta da P. G. Monateri

Gli infortuni *in itinere*

di *Guglielmo Corsalini*

Il volume tratta la **tutela previdenziale degli infortuni *in itinere***, concentrandosi sul dato normativo (art. 12 del decreto legislativo n. 38/2000) e sull'esame della giurisprudenza in materia, e soffermandosi sugli aspetti oggetto di contenzioso e contrasti dottrinali.

In evidenza:

- l'**aggravamento del rischio "strada"** ai fini della tutela dell'infortunio;
- l'attuale irrilevanza del mezzo di locomozione utilizzato dal lavoratore;
- l'**iter** protetto e gli **spostamenti nell'ambito delle pertinenze dell'abitazione**;
- le ipotesi di esclusione dalla protezione previdenziale del viaggio;
- le **interruzioni** e le **deviazioni del percorso**;
- le condizioni per la **tutela del lavoratore trasportato** e di particolari categorie di soggetti assicurati.

Il volume analizza anche il rapporto tra **tutela indennitaria** e **tutela civilistica** degli

infortuni sulle vie del lavoro (con la questione del "**danno differenziale**") e del concorso tra assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e R.c. Auto, anche in riferimento all'introduzione della protezione INAIL del danno biologico ai sensi dell'art. 13 del decreto del 2000.

L'opera si rivolge a coloro che si interessano di Diritto del Lavoro e della Previdenza, e, per le connessioni tra il sistema di sicurezza sociale e la protezione risarcitoria del danno alla persona, ai civilisti.

Ipsoa 2009, Euro 30,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://ipshop.ipsoa.it>**

