



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Nona Commissione – Tirocinio e formazione professionale

Incontro di studio sul tema:

La responsabilità contrattuale e i rimedi all'inadempimento contrattuale.

Roma, Hotel Ergife, 3- 5 maggio 2010.

**I rimedi all'inadempimento e l'attuazione della tutela: il danno risarcibile
e la ritenzione della caparra**

Relatore

dott. Valentino Lenoci

giudice del Tribunale di Bari

I rimedi all'inadempimento e l'attuazione della tutela: il danno risarcibile e la ritenzione della caparra

(Roma, 4 maggio 2010)

1. Considerazioni generali – 2. Nozione di inadempimento - 3. I rimedi all'inadempimento – 4. L'azione di adempimento – 4.1. Azione di adempimento e contratto di vendita - 4.2. Azione di adempimento e contratto preliminare - 4.3. Azione di adempimento e contratto di appalto - 4.4. Azione di adempimento e obblighi infungibili di fare o degli obblighi continuativi di non fare - 5. L'azione di risoluzione – 5.1. Rapporto tra azione di risoluzione ed azione di adempimento – 5.2. L'adempimento tardivo – 5.3. Gli inadempimenti reciproci - 6. L'azione di risarcimento del danno – 6.1. Il danno nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie – 6.2. Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale - 7. La ripartizione dell'onere della prova – 8. L'azione di riduzione della controprestazione – 9. Il recesso e la ritenzione della caparra.

1. Considerazioni generali.

Quello dell'inadempimento contrattuale è uno dei temi classici della tradizione civilistica italiana¹.

In linea generale, si parla di inadempimento contrattuale in ogni ipotesi di inadempimento di uno specifico obbligo preesistente, anche se questo deriva in realtà da una fonte diversa dal contratto². Ne consegue, a rigore, la inadeguatezza dell'espressione <<contrattuale>> riferita a questo tipo di responsabilità, che più propriamente è responsabilità per inadempimento delle obbligazioni.

¹ Sull'argomento, la letteratura è vastissima; v., senza pretese di completezza, tra gli altri, G. Visintini, *Inadempimento*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI; G. Visintini., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario del codice civile* diretto da P. Schlesinger (Art.1218 - 1222), Milano, 1987; G. Visintini – L. Cabella Pisu, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1984, 155 ss.; C. M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja Branca*, (Art.1218-1229), Bologna Roma 1979; M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975.

² Lo notano Cass. 15.6.1987, n. 6224, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 1988, I, 64; Cass. 12.4.1986, n. 2586, *Giur. it.*, 1987, I, 1, 2060; Cass. 19.3.1986, *Giur. it.*, 1981, I, 1, 2059.

In ogni caso, indicando la parte per il tutto, le formule <<*inadempimento contrattuale*>> e <<*responsabilità contrattuale*>> appaiono come delle sineddochi del linguaggio giuridico³, che peraltro si giustificano, attesa l'assoluta preponderanza delle inadempienze concernenti contratti, ed hanno il merito, se non altro, di richiamare l'attenzione sul titolo da cui l'obbligazione ineseguita trae origine: aspetto che, come si vedrà, influenza non poco il regime della responsabilità debitoria.

L'aggettivo <<*contrattuale*>>, inoltre, vale a distinguere tale forma di responsabilità da quella derivante dalla violazione del dovere generale del *neminem laedere*, che esclude la sussistenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti e che pertanto viene definita responsabilità extracontrattuale, nonché dalla responsabilità precontrattuale, che consiste nella lesione della libertà contrattuale delle parti e che nasce dalla violazione del generale obbligo di buona fede nelle trattative contrattuali.

2. *Nozione di inadempimento.*

Volendo indicare una nozione di inadempimento contrattuale, può dirsi che esso consiste nella mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta, addebitabile al debitore.

L'inadempimento, dunque, comprende sia il caso in cui la prestazione sia rimasta del tutto ineseguita, sia il caso in cui non sia stata eseguita esattamente (perché tardiva, o non corrispondente al contenuto del rapporto sotto il profilo quantitativo o qualitativo).

E' a questo punto che si verifica il momento, per così dire, patologico del rapporto contrattuale: la mancata o inesatta esecuzione della prestazione da parte dell'obbligato rende evidente la mancata realizzazione dell'affare sottostante al contratto e determina il fallimento del programma economico in esso configurato.

La vicenda può essere presentata in termini di rischio contrattuale. L'eventualità che il debitore non adempia rappresenta un rischio per il creditore: il rischio di non

³ Così L. Mengoni, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 88.

ricevere la prestazione sulla quale egli ha fatto affidamento nel momento in cui l'obbligazione è sorta. D'altra parte, l'eventualità di dover risarcire i danni per il proprio inadempimento costituisce un rischio per il debitore. Il problema della responsabilità contrattuale è quindi quello della individuazione dei criteri di ripartizione del rischio dell'inadempimento⁴.

I dati normativi da prendere in considerazione sono essenzialmente tre: l'art. 1218 c.c., l'art. 1176 c.c. e l'art. 1175 c.c. (nel campo più specificamente contrattuale l'art. 1375 c.c.)

In base all'art. 1218 il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

L'art. 1176 c.c. stabilisce che il debitore è tenuto ad adempiere alla propria obbligazione usando la diligenza del buon padre di famiglia (diligenza che si specifica, poi, nello svolgimento di una attività professionale, in relazione alla natura dell'attività esercitata: art. 1176, 2° co., c.c.), mentre l'art. 1175 c.c. (nonché l'art. 1375 c.c.) impone alle parti il dovere di comportarsi secondo buona fede.

Di fronte a questo compendio normativo gli interpreti hanno proposto letture differenti.

Il dibattito, in particolare, si è svolto soprattutto intorno all'interpretazione dell'art. 1218 c.c., ed al rapporto di tale norma con l'art. 1176 c.c.

L'interpretazione dell'art. 1218 costituisce, in effetti, oggetto di un annoso dibattito dottrinario, che ruota essenzialmente tra la concezione oggettiva dell'inadempimento - secondo cui il debitore inadempiente è sempre responsabile a prescindere dalla colpa, salvo che in ipotesi di impossibilità assoluta ed oggettiva di eseguire la prestazione - e la teoria soggettiva, secondo cui l'inadempimento dipende dalla colpa del debitore, che può evitare la responsabilità solo in caso di un impedimento non prevedibile né superabile con la dovuta diligenza⁵.

⁴ In merito v. G. Galgano, *Diritto privato*, 5^a ed., Padova, 1988, 201 ss.; v. anche P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

⁵ La teoria oggettiva fa capo storicamente a G. Osti, *La revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. Civ.*, 1918, 209-259, 313-360, 417-471, ora in

Si sono sviluppate poi in dottrina alcune opinioni intermedie, che valorizzano ora il profilo della diligenza, ora quello del rischio assunto dal debitore.

In particolare, deve essere segnalata la posizione di M. Giorgianni, la cui opinione muove da una svalutazione della centralità da attribuire all'art. 1218 c.c. nell'ambito dei criteri di responsabilità contrattuale, per giungere ad una corrispondente espansione dell'operatività del principio di diligenza. Secondo tale autore, la norma contenuta nell'art. 1218 c.c. non può essere considerata la norma regolatrice della responsabilità del debitore valida in tutte le evenienze, dal momento che essa regola esclusivamente l'ipotesi in cui la prestazione inadempita è divenuta impossibile⁶.

Ne discende che, nell'ipotesi in cui la prestazione sia ancora possibile, lungi dal doversi ritenere per ciò solo il debitore senz'altro responsabile, occorrerà valutare se il debitore ha comunque osservato le regole di diligenza dovute in relazione alla specifica prestazione dovuta, secondo quanto previsto dall'art. 1176 c.c. Il Giorgianni, pertanto, arriva ad affermare che *<<tutto il sistema della responsabilità del debitore è fondato, salve specifiche eccezioni, sulla violazione di una regola di condotta che impone al debitore un certo sforzo o "diligenza">>*⁷.

Un'altra impostazione dottrinarica, invece, che fa capo a Pietro Trimarchi, distingue a seconda che trattasi di responsabilità contrattuale, per così dire, ordinaria, ovvero di responsabilità contrattuale derivante da attività d'impresa, configurando quest'ultima come una vera e propria responsabilità oggettiva.

Più precisamente, sulla base di valutazioni proprie dell'analisi economica del diritto, rinvenuto nell'ottimale distribuzione delle riserve produttive il principale scopo economico perseguibile mediante lo strumento della responsabilità

Scritti giuridici, Milano, 1973. V. anche, dello stesso autore, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 593 ss. Per la teoria soggettiva, v., tra gli altri, F. Messineo, *Manuale di dir. civ. e comm.*, 8^a ed., Milano, 1952, II, 222 ss.; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja - Branca*, (Art.1218-1229), Bologna-Roma 1979; la prima compiuta elaborazione della teoria soggettiva risale a N. Coviello, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.

⁶ M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 228.

⁷ M. Giorgianni, *L'inadempimento*, cit., 290.

contrattuale, l'analisi di Trimarchi si volge ad esaminare se sia la responsabilità per colpa (e quindi quella che consegue alla violazione delle regole della diligenza) o quella oggettiva (che è esclusa solo quando si provi che l'inadempimento sia dovuto a causa estranea all'impresa e di carattere catastrofico) ad essere maggiormente in grado di soddisfare la suaccennata esigenza. La conclusione secondo la quale, quando la prestazione sia una prestazione d'impresa, la migliore distribuzione delle risorse viene realizzata mediante l'adozione di un regime di responsabilità oggettive poggia su diverse argomentazioni. Innanzitutto la responsabilità oggettiva ha l'effetto di premere verso il progresso tecnico, ove essa si applichi anche quando l'inadempimento non sia evitabile allo stato attuale della tecnica; in secondo luogo, essa sola ha il pregio di trasferire sull'impresa che ha mal funzionato il peso dell'intero danno che ne è derivato al sistema economico; inoltre, per quel che riguarda i costi giudiziali, l'applicazione del criterio della colpa <<rende il processo più lungo e complicato e costoso di quel che sarebbe se si trattasse semplicemente di giudicare se l'inadempimento sia stato dovuto o meno ad una causa catastrofica estranea all'impresa>>, così come, d'altro canto, risulta evidente che <<il problema dell'esistenza della colpa si può porre assai più spesso che non quello dell'esistenza di cause catastrofiche estranee all'impresa>>, con la conseguenza di una maggiore litigiosità in ipotesi di adozione della responsabilità per colpa⁸.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha ovviamente risentito del dibattito dottrinario, e in essa sembra trovare spazio ora la concezione oggettiva⁹, ora, più di frequente, la tesi soggettiva¹⁰.

Nelle ultime tendenze interpretative, peraltro, la S.C. attribuisce rilievo alla necessità di tenere conto, nella valutazione dell'inadempimento, della natura dei singoli rapporti, e della diligenza richiesta all'obbligato, esprimendosi nei seguenti

⁸ P. Trimarchi, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 512 ss.

⁹ Cfr. Cass. 28.11.1998 n.12093, in *Danno e resp.*, 1999, 478, dove si richiede l'elemento obiettivo dell'impossibilità in sé e per sé considerata.

¹⁰ Cass. 12.6.1987 n.5143, *Giust. civ.*, 1987, I, 2222, secondo cui per la sussistenza dell'inadempimento non è sufficiente il fatto oggettivo della mancata o incompleta esecuzione dell'obbligazione, richiedendosi altresì che essa sia quantomeno imputabile all'obbligato a titolo di colpa.

termini: <<L'inadempimento contrattuale è costituito dall'inesecuzione di una prestazione per effetto della mancata attuazione, da parte dell'obbligato, dell'impegno di diligenza e di cooperazione richiesto, secondo il tipo di rapporto obbligatorio, per la realizzazione dell'interesse del creditore, nel presupposto che la prestazione sia oggettivamente possibile>>¹¹.

Diventa dunque importante il riferimento al tipo di obbligazione assunta dal debitore, ed alla diligenza connessa al tipo di rapporto, in correlazione con l'interesse del creditore.

Le pronunce più recenti confermano il *trend* giurisprudenziale della rilevanza della regola della diligenza per la valutazione dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento del debitore.

Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza in materia di responsabilità della struttura sanitaria, che viene ormai pacificamente ricondotta nell'ambito contrattuale¹², ovvero ai recenti orientamenti in materia di responsabilità dell'intermediario finanziario¹³.

In effetti, la diligenza, analizzata storicamente, indica la qualificazione del modo di agire del debitore, la qualità, cioè, cui deve corrispondere l'attività di esecuzione dell'obbligato¹⁴.

Il criterio della diligenza è quindi venuto sempre più assumendo una rilevanza centrale nella valutazione dell'inadempimento, soprattutto nei casi in cui l'obbligazione rientra nell'attività professionale dell'obbligato, il quale quindi deve rispondere a regole tecniche precise.

In sostanza, l'impegno richiesto al debitore deve essere determinato secondo il tipo di rapporto obbligatorio, e cioè secondo la natura della prestazione, e, in

¹¹ Cass. 24.2.1995, n. 2115, *Giust. Civ.*, Mass. 1995, 436.

¹² Cass. 9.11.2006, n. 23918, *Giust. civ.*, Mass. 2006, 11; Trib. Bari 17.4.2008, www.giurisprudenzabarese.it; Trib. Milano 1.4.2005, *Giustizia a Milano*, 2006, 1, 5;

¹³ Tra le altre Cass. 17.2.2009, n. 3773, *Giust. civ.*, Mass. 2009, 2, 250; Trib. Rovereto 18.1.2005, *Redazione Giuffrè* 2006; Trib. Milano 15.9.2008, *Giustizia a Milano*, 2008, 10, 66.

¹⁴ Sul punto, v. G. Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 119 ss.; G. Visintini – L. Cabella Pisu, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit. 162.

questo caso, la diligenza richiesta al debitore finisce per esaurirsi al confine con la oggettiva impossibilità della prestazione¹⁵.

3. I rimedi all'inadempimento.

Alla parte creditrice della prestazione rimasta inadempita l'ordinamento appresta una serie di strumenti di tutela (rimedi), volti a garantire l'esecuzione della prestazione ovvero lo scioglimento del vincolo contrattuale, ovvero, ancora, il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento.

Il sistema dei rimedi contro l'inadempimento può essere ricostruito sulla base della peculiare struttura del libro quarto del codice civile, nell'ambito del quale dalla disciplina generale delle obbligazioni si passa al livello intermedio della disciplina del contratto in generale, fino alla regolamentazione specifica dei singoli contratti.

Per ciascuna fattispecie contrattuale, quindi, la complessiva disciplina dei rimedi verso l'inadempimento deriva non soltanto dall'applicazione degli istituti previsti dalle norme speciali ma semmai dall'integrazione tra norme generali e norme speciali, che conduce, talvolta, all'elaborazione di regole giuridiche che riflettono la combinazione di norme diverse.

Sotto altro profilo, la giurisprudenza si è mossa anche lungo l'opposto itinerario logico-esegetico, facendo assurgere singoli istituti particolari a previsioni di carattere generale, suscettibili di applicazione a ipotesi o a figure contrattuali diverse da quelle oggetto di specifica regolamentazione.

Ne discende, pertanto, l'esistenza di un sistema rimediale complesso ed articolato, che sfugge alla mera alternativa tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione.

In particolare, i rimedi verso l'inadempimento possono essere classificati in rimedi generali e rimedi speciali, a seconda che risultino applicabili,

¹⁵ Sull'argomento, L. Bigliazzi Geri – U. Breccia – F.D. Busnelli – U. Natoli, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 93-94.

tendenzialmente, alla generalità delle figure contrattuali o, invece, ai soli tipi per i quali sono previsti.

Sotto altro punto di vista, i rimedi in questione possono essere distinti in rimedi risolutivi e rimedi conservativi, a seconda che siano diretto allo scioglimento del rapporto obbligatorio, ovvero al mero riequilibrio del rapporto contrattuale.

I rimedi generali vengono generalmente classificati come segue: 1) l'azione di adempimento; 2) l'azione di risoluzione; 3) l'azione di risarcimento del danno; 4) l'azione di riduzione della controprestazione; 5) il recesso e la ritenzione della caparra (o il pagamento del doppio della stessa).

4. L'azione di adempimento.

La domanda di adempimento è diretta a conseguire l'effettiva esecuzione della prestazione da parte del soggetto inadempiente, mediante la relativa condanna del debitore.

Essa serve, quindi, a consentire al contraente non inadempiente la realizzazione effettiva e concreta dell'assetto di interessi programmato, a fronte della inesecuzione della prestazione a carico della controparte.

A tal proposito, va osservato che l'inadempimento del debitore assume rilevanza, per l'ordinamento positivo, indipendentemente dalla sua potenziale carica dannosa¹⁶. Esso, quindi, in qualunque forma si presenti (totale o parziale, definitivo o temporaneo, inesatto), si configura, rispetto al creditore, come evento lesivo¹⁷, consistendo, per sua natura, nella mancata realizzazione dell'interesse tutelato dal rapporto obbligatorio.

L'inadempimento, quindi, inteso come atto lesivo dell'interesse creditorio, rileva di per sé stesso, anche quando non cagioni al creditore un danno, ossia una perdita patrimoniale o una lesione di un interesse non patrimoniale.

¹⁶ C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 248.

¹⁷ A. Luminoso, in A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, I, in *Comm. Scialoja-Branca* (art. 1453-1454), Bologna-Roma, 1990, 12.

L'azione di adempimento mira, pertanto, a conseguire l'esecuzione della prestazione, a prescindere da eventuali profili risarcitori e quindi indipendentemente dalla ricorrenza di un danno nel patrimonio del creditore¹⁸.

Tale azione appartiene all'area della c.d. tutela specifica o satisfattoria, in quanto è diretta ad assicurare al creditore il raggiungimento del preciso interesse sottostante al diritto di cui è titolare¹⁹.

A tal proposito, va osservato che, mentre il codice civile del 1865, sulle orme del *code civil* francese²⁰, non prevedeva forme di esecuzione specifica degli obblighi rimasti inadempiti ma solo garantiva al creditore la possibilità di ottenere per altra via la prestazione dovuta, addossandone le spese al debitore²¹, il codice civile del 1942 – influenzato, probabilmente, dal modello tedesco²² - contiene invece una specifica disciplina dell'esecuzione forzata in forma specifica (artt. 2930-2933 c.c.).

Tali disposizioni si collegano, peraltro, ad altre disposizioni di carattere processuale, anch'esse inesistenti nel codice di rito abrogato, le quali provvedono a regolare il *modus procedendi* e cioè le tecniche processuali di esecuzione, destinate a dare effettività ai rimedi previsti dal codice civile (artt. 605-614-bis c.p.c.)

¹⁸ In teoria, anzi, potrebbero verificarsi ipotesi nelle quali l'inadempimento di una delle parti del rapporto a prestazioni corrispettive potrebbe addirittura determinare, da un punto di vista quantitativo, anziché una perdita, un vantaggio nel patrimonio dell'altra parte. Si pensi ai casi nei quali il bene dato o promesso dal contraente fedele abbia un valore capitale e un valore d'uso superiori a quelle del bene dovuto dall'inadempiente.

¹⁹ Sui caratteri della c.d. tutela specifica o satisfattoria, v. M. Giorgianni, *Tutela del creditore e tutela <<reale>>*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 853 ss.; A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, 127 ss.; M. Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 635 ss.; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 275 ss., ove ampi riferimenti anche di carattere comparatistico.

²⁰ In base all'art. 1142 del *code civil*, <<*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*>>.

²¹ Art. 1220 c.c. 1865: <<*Non essendo adempita l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore*>>.

²² Il § 241 BGB prevede espressamente che <<*il creditore è autorizzato ad esigere la prestazione dal debitore*>>, e nel sistema tedesco sono previsti concreti rimedi per ottenere l'adempimento in natura.

Il sistema rimediabile è pertanto costruito in maniera tale da assicurare al contraente non inadempiente il soddisfacimento concreto del proprio interesse al conseguimento della prestazione promessa dalla controparte.

4.1. Azione di adempimento e contratto di vendita.

Sussistono, peraltro, a proposito del rimedio satisfattorio in esame, alcune criticità, in relazione a specifici contratti ovvero a particolari tipologie di obbligazioni.

In particolare, per quel che riguarda il contratto di vendita, l'art. 1490 c.c. stabilisce che «*il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore*». In questi casi – prevede l'art. 1492 c.c. – «*il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione*».

Per poter esperire l'azione di risoluzione o quella di riduzione del prezzo, in ogni caso il compratore ha l'onere di denunciare l'esistenza dei vizi nei termini di cui all'art. 1495 c.c. (otto giorni dalla scoperta).

L'onere di denuncia condiziona anche la proponibilità della sola azione di risarcimento dei danni prevista dall'art. 1494 c.c.²³.

Due sono, quindi, i rimedi giudiziali previsti dalla legge in favore del compratore nelle ipotesi di vizi del bene acquistato (oltre all'azione di risarcimento dei danni): la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo (c.d. *actio quanti minoris*). Con quest'ultima azione, si stabilisce per quale valore i vizi incidono sul bene, in modo che il compratore possa ritenersi corrispondentemente tenuto al pagamento di un prezzo inferiore.

Si discute se il compratore – oltre all'alternativa tra risoluzione del contratto e riduzione del prezzo – possa esercitare, facendo ricorso al rimedio generale di cui all'art. 1453 c.c., anche l'azione di esatto adempimento, ossia l'azione diretta ad ottenere la condanna del venditore alla riparazione della cosa o alla sua

²³ Cass. 15.5.2000, n. 6234, *Giust. civ.*, Mass. 2000, 1022.

sostituzione: azione espressamente prevista, invero, soltanto a proposito della vendita di cose mobili (art. 1512 c.c.).

Prevale in giurisprudenza l'opinione negativa, affermandosi che *<<qualora la cosa venduta sia affetta da vizi, il compratore non può avvalersi, anche nel concorso della colpa del venditore, dell'azione di esatto adempimento, alternativamente con le azioni derivanti dalla garanzia di cui all'art. 1490 c.c., in quanto le obbligazioni principali del venditore, secondo la previsione dell'art. 1476 c.c., non hanno per oggetto, neppure in via sussidiaria, un facere relativo alla materiale struttura della cosa venduta. Tuttavia, l'esperimento nei termini di decadenza e di prescrizione ex art. 1495 c.c. di un simile rimedio (azione di esatto adempimento), non previsto (in astratto) dalla legge, non rende improponibile, per ciò solo, la congiunta domanda di risarcimento dei danni determinati dai vizi della cosa>>*²⁴.

Pertanto, in caso di bene *viziato*, il compratore non può costringere il venditore all'adempimento di un'obbligazione non prevista, come quella di eliminare i difetti della cosa o di sostituire la cosa stessa con un'altra non affetta da vizi, salvo che sia il venditore stesso ad assumere direttamente tale obbligazione²⁵.

4.2. Azione di adempimento e contratto preliminare.

Con riguardo, invece, al contratto preliminare, si è posto il problema dell'applicabilità delle azioni previste in materia di compravendita nelle ipotesi di bene, oggetto della promessa, affetto da vizi.

Secondo un primo orientamento, l'unico rimedio esperibile in questi casi sarebbe quello della risoluzione per inadempimento, in quanto l'azione di riduzione del

²⁴ Cass. 19.7.1983 n. 4983, *Giust. civ.*, Mass. 1983, fasc. 7; Trib. Milano 14.1.2002, *Giur. Milanese*, 2002, 406; Trib. Oristano 19.2.1999, *Riv. giur. Sarda*, 2000, 787. Per la tesi favorevole all'azione di esatto adempimento, v. D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Cicu-Messineo, 680.

²⁵ Cass. 4.9.1991 n. 9352, *Giust. civ.*, 1992, I, 3139, che ha ammesso l'estensione convenzionale della garanzia per i vizi anche all'azione di esatto adempimento, senza che, in tal caso, la sua proponibilità sia subordinata ai termini di decadenza e prescrizione dell'art. 1495 c.c.

prezzo (o quello di eliminazione dei vizi, per chi lo ritenga ammissibile) costituirebbe un rimedio previsto esclusivamente in materia di compravendita²⁶.

Secondo un altro orientamento, peraltro risalente nel tempo, invece, il promissario acquirente avrebbe il diritto di domandare l'*esatto adempimento* dell'obbligazione di consegna della cosa oggetto del preliminare, chiedendo la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi della cosa²⁷. Ciò sarebbe ammissibile anche da parte di coloro che pur escludono l'esatto adempimento per la compravendita definitiva. Infatti, nell'obbligazione di stipulare il contratto definitivo, deve ritenersi inclusa tutta l'attività necessaria ad assicurare la realizzazione dell'attribuzione patrimoniale traslativa.

A partire dagli anni '80, la giurisprudenza si è orientata, invece, nel senso di ritenere che, in presenza dell'inadempimento del promittente venditore consistente nella presenza di vizi nella cosa oggetto della promessa, il promissario acquirente può o domandare la risoluzione del contratto preliminare, oppure chiedere l'esecuzione coattiva del contratto non concluso e, contestualmente, la riduzione del prezzo dovuto in proporzione al minor valore conseguente alla presenza dei vizi della cosa.

Dopo una prima sentenza del 1980²⁸, a fronte di ulteriori pronunce all'insegna del c.d. dogma dell'intangibilità del preliminare, si giunge al pronunciamento delle Sezioni Unite nel 1985²⁹.

In particolare, la Corte di Cassazione, sanando il precedente contrasto giurisprudenziale, precisa le condizioni in presenza delle quali, nell'ipotesi di preliminare di cosa da costruire, è possibile fare ricorso all'azione ex art. 2932 c.c., e sempre che il rimedio dell'esecuzione specifica non sia escluso dal titolo: a) la predeterminazione della cosa oggetto del trasferimento; b) l'avvenuta costruzione del bene; c) la sua *sostanziale* identità con quello previsto nel preliminare; d) la mancanza di impedimenti di fatto o di diritto, come la sopravvenuta distruzione

²⁶ Trattasi dell'orientamento seguito fino alla metà degli anni '70, e confermato più di recente da alcune isolate pronunce: cfr. Cass. 20.3.1999, n. 2613, *Giust. civ.*, Mass. 1999, 626; Cass. 8.1.1992, n. 118, *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1462; App. Lecce 22.7.1999, *A rch. civ.*, 2000, 329.

²⁷ Cass. 28.11.1976, n. 4478, *Foro it.*, 1977, I, 669.

²⁸ Cass. 23.4.1980, n. 2679, *Giust. civ.*, 1980, I, 2754.

²⁹ Cass., sez. un., 27.2.1985 n. 1720, *Giust. Civ.* 1985, I, 1630

del bene o l'alienazione dello stesso a terzi; e) l'esecuzione della prestazione a carico della parte che agisce o la valida offerta della stessa, per la quale è sufficiente anche un offerta secondo gli usi.

Quanto alla sostanziale identità del bene realizzato con quello previsto nel preliminare, la Cassazione osserva che, soltanto se la difformità è di portata tale da incidere sulla *struttura e funzione* del bene o sulla *possibilità di destinarlo all'uso pattuito*, l'esecuzione coattiva ex art. 2932 verrebbe effettivamente ad operare il trasferimento di un bene diverso da quello su cui si è formato il consenso delle parti, modificando o sostituendo così la volontà espressa dalle parti nel contratto preliminare. Viceversa, quando le difformità non siano sostanziali ed i vizi non incidano sull'effettiva utilizzabilità del bene secondo le previsioni contrattuali, ma soltanto sul valore del bene e su modalità secondarie di godimento, negare al promissario acquirente la pronuncia costitutiva significherebbe consentire al promittente venditore costruttore di sottrarsi agevolmente al rispetto degli obblighi assunti, specie quando, per puro calcolo economico, dettato dalle mutate condizioni di mercato, reputi conveniente lo scioglimento del vincolo, sia pure con il risarcimento del danno.

Viene ammessa, così, la possibilità di cumulare l'azione di esecuzione in forma specifica del contratto non concluso con l'azione di riduzione del prezzo. Quest'azione - secondo la Suprema Corte - non è un'azione esclusiva del contratto di compravendita, ma un rimedio di carattere generale per i contratti a prestazioni corrispettive, volto a salvaguardare l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni, come avviene, ad esempio, nel caso dell'impossibilità sopravvenuta parziale, che attribuisce, in primo luogo, un diritto della controparte a domandare soltanto una corrispondente riduzione della controprestazione.

La giurisprudenza successiva si è, tuttavia, soltanto parzialmente adeguata ai principi affermati dalla Suprema Corte.

Secondo alcune pronunce, infatti, deve negarsi l'applicabilità analogica al contratto preliminare dei rimedi previsti in materia di compravendita definitiva; pertanto, il promissario acquirente, in alternativa alla risoluzione del contratto, può

domandare l'eliminazione dei vizi della cosa, al fine di ottenere poi l'esecuzione in forma specifica³⁰.

Un secondo gruppo di pronunce aderisce invece ad un'interpretazione più estensiva e di maggiore tutela del promissario acquirente. Quest'ultimo, contestualmente e cumulativamente all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, può domandare alternativamente l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo³¹.

In senso favorevole all'applicazione al contratto preliminare dell'azione di esatto adempimento (nella forma dell'azione di condanna all'eliminazione dei vizi), è stato osservato che dalla promessa di vendere sorge, in realtà, a carico del promittente un'obbligazione ad ampio spettro che include qualunque prestazione, anche di "fare", necessaria ad assicurare la realizzazione del risultato finale conforme, anche sotto il profilo qualitativo, a quello programmato col preliminare, sicché dovrebbe coerentemente ammettersi anche l'azione di esatto adempimento³². Questo orientamento parrebbe divenire quello maggioritario.

Vi è, infine, l'orientamento che più fedelmente si riporta all'insegnamento delle Sezioni Unite del 1985, secondo cui, stante l'incompatibilità tra domanda di esecuzione in forma specifica e richiesta di eliminazione dei vizi, il promissario acquirente, in luogo della risoluzione del contratto, può proporre, oltre alla richiesta di sentenza costitutiva degli effetti del contratto definitivo, la domanda di riduzione del prezzo³³. Secondo una pronuncia, il promissario acquirente può anche limitare la sua domanda giudiziale alla sola richiesta di riduzione del prezzo, per procedere così alla stipulazione del contratto definitivo solo successivamente sulla base del minore corrispettivo fissato dal giudice³⁴.

³⁰ Cass. 29.4.1998 n. 4354, *Giust. civ.*, Mass. 1998, 899; Cass. 22.7.1993 n. 8200, *Giust. civ.*, Mass. 1993, 1219.

³¹ Cass. 15.2.2007, n. 3383, *Diritto & Giustizia*, 2007; Cas. 15.12.2006, n. 26943, *Giust. civ.*, Mass. 2006, 12; Cass. 8.10.2001, n. 12323, *Diritto & Giustizia*, 2001, 37, 70; Cass. 16.7.2001, n. 9636, *Riv. notariato*, 2002, 441; Cass. 20.5.1997, n. 4459, *Riv. giur. ed.*, 1997, I, 889.

³² In dottrina A. Luminoso, *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. dir. priv.* Diretto da Iudica – Zatti, 1995, 26.

³³ Cass. 5.2.2000, n. 1296, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 148; Cass. 26.1.1995, n. 947, *Giust. civ.*, Mass. 1995, 188; Cass. 24.11.1994, n. 9991, *Foro it.*, 1995, I, 3263.

³⁴ Cass. 18.6.1996, n. 5615, *Giust. civ.*, Mass. 1996, 879.

4.3. Azione di adempimento e contratto di appalto.

Anche per l'appalto si pone il problema dell'ammissibilità dell'azione di adempimento o di esatto adempimento nei riguardi dell'obbligazione dell'appaltatore.

L'obbligazione dell'appaltatore è per definizione un'obbligazione di fare (art. 1655 c.c.) A differenza tuttavia di quanto statuito per la vendita, in tal caso è riconosciuta la possibilità che il committente agisca contro l'appaltatore per chiedere che siano eliminati, a spese di esso, le difformità o i vizi oppure che il prezzo sia proporzionalmente ridotto (art. 1668 c.c.)

L'art. 1668 c.c., in particolare, dispone che <<il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore. Se però le difformità o i vizi dell'opera sono tali da rendere del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto>>.

Orbene, la formulazione legislativa ha dato luogo a dubbi e perplessità, sia in dottrina che nella pratica. Che cosa vuol dire, infatti, che il committente ha azioni nei riguardi dell'appaltatore per chiedere l'eliminazione dei vizi o delle difformità? Trattasi di un normale effetto della garanzia cui l'appaltatore è tenuto ai sensi dell'art. 1667 c.c., oppure di un'azione per l'esatto adempimento?

Sul punto, la giurisprudenza più risalente riteneva che l'inadempimento dell'appaltatore si avrebbe solo nei casi di mancata esecuzione integrale o di mancata consegna dell'opera³⁵, il che significa che l'obbligazione dell'appaltatore non ha per contenuto l'esecuzione dell'opera in conformità del progetto o in assenza di vizi. Per tale ipotesi soccorrerebbe lo strumento della garanzia, che peraltro, sempre secondo la giurisprudenza più risalente, non contempla l'ipotesi che l'appaltatore sia condannato ad effettuare lavori di correzione o riparazione, bensì che sia tenuto soltanto a sopportare le spese per tali opere³⁶.

³⁵ Cass. 18.7.1984, n. 4120, *Giust. civ.*, Mass. 1984, fasc. 7.

³⁶ Cass. 10.4.1973, n. 1032, *Giust. civ.*, Mass. 1973, fasc. 4.

La giurisprudenza più recente è invece orientata nel senso di ritenere che la garanzia dell'appaltatore per la difformità e i vizi dell'opera non costituisce una garanzia in senso tecnico ma è una esplicazione particolare della comune responsabilità per inadempimento, il che implica l'obbligo dell'appaltatore di procedere direttamente ai lavori di correzione e riparazione senza ulteriore compenso³⁷

Da ciò discende che, ove l'appaltatore non proceda alla eliminazione dei vizi, è aperta la via all'esecuzione forzata ex art. 2931 c.c. secondo la procedura prevista dagli artt. 612 e 613 c.p.c., con attribuzione al giudice delle concrete modalità di esecuzione dell'obbligo.

Si esula, comunque, dall'azione per l'esatto adempimento ove il committente, non essendovi l'esigenza d'invadere la sfera possessoria dell'appaltatore, provveda direttamente alla eliminazione dei vizi, e agisca contro l'appaltatore solo per il risarcimento dei danni³⁸.

E' poi indubitabile che l'azione per l'esatto adempimento abbia ingresso ove l'opera non venga completata o, una volta completata, non venga consegnata.

4.4. Azione di adempimento e obblighi infungibili di fare o degli obblighi continuativi di non fare.

Un tradizionale limite alla possibilità di chiedere l'adempimento specifico di un'obbligazione è costituito dal carattere infungibile della prestazione. E' infungibile il <<fare>> quando esso richiede necessariamente, per il suo svolgimento, l'attività personale dell'obbligato, nel senso che deve trattarsi di una obbligazione che non potrebbe essere eseguita, dal punto di vista materiale o dal punto di vista giuridico, da persona diversa dal debitore.

Proprio in relazione all'attuazione delle obbligazioni di carattere infungibile, da diverso tempo era stata prospettata (ed auspicata) la possibilità di introdurre, nel

³⁷ Trib. Monza 12.1.2009, *Guida al dir.*, 2009, 15, 67; Cass. 21.2.2008, n. 4523, *Guida al dir.*, 2008, 13, 94; Cass. 19.4.2006, n. 9033, *Giust. civ.*, Mass. 2006, 7-8; Cass. 6.4.2006, n. 8103, *Giust. civ.*, Mass. 2006, 4; Cass. 17.5.2004, n. 93333, *Giust. civ.*, Mass. 2004, 5; Cass. 4.8.1988, n. 4839, *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 1;

³⁸ In questo senso A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 296.

nostro ordinamento, misure coercitive aventi come finalità di indurre il debitore ad adempiere, attraverso la minaccia di sanzioni, secondo la tecnica della c.d. esecuzione indiretta³⁹.

Problema analogo si è posto per l'attuazione degli obblighi continuativi di non fare, in relazione a provvedimenti giurisdizionali di carattere inibitorio.

Finalmente, con l'art. 49 della l. 18.6.2009, n. 69, è stato introdotto nel codice di rito l'art. 614-bis, rubricato <<attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare>>.

Tale norma, collocata opportunamente nel capo dedicato agli obblighi di fare e di non fare, consente al giudice di disporre, su istanza di parte, in una con il provvedimento di condanna alla prestazione, il pagamento di una determinata somma di denaro per ogni successiva violazione o ritardo nell'adempimento della prestazione principale⁴⁰.

Trattasi di una misura non avente carattere risarcitorio, bensì di deterrenza, e, proprio per questo - benché l'art. 614 bis non lo dica - essa si aggiunge e non sostituisce le eventuali somme dovute per il risarcimento del danno subito per l'inadempimento, perché, opinando al contrario, perderebbe la sua funzione⁴¹.

La norma, pur nella sua concisione, pone una serie di problemi, che in questa sede possono essere soltanto accennati.

In primo luogo, con riferimento all'ambito applicativo, si dovrebbe ritenere che tali misure possano applicarsi soltanto agli obblighi di fare infungibile ed agli

³⁹ V., tra gli altri, F. Carpi, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Studi in memoria di Corrado Vocino*, Napoli, 1996, 77 ss., nonché in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 120; S. Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, 10 ss.; L. Montesano, *Attuazione delle sanzioni e delle cautele contro gli obbligati a fare e a non fare*, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, Milano, 2001, 9 ss.; S. Mazzamuto, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, 453 ss.; C. Mandrioli, *Natura giurisdizionale e portata "sostitutiva" dell'esecuzione specifica*, ivi, p. 303 ss.; B. Capponi, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 157 ss.; E. Silvestri, M. Taruffo, voce *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988, p. 1 ss.; M. Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 142 ss.; G. Tarzia, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 800 ss.; V. Colesanti, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 601 ss.

⁴⁰ Il modello di riferimento, ovviamente, è quello delle *astreintes* francesi.

⁴¹ Sul punto A. Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 ss. V. anche E. Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *www.judicium.it.*, par. 4.

obblighi continuativi di non fare, rispetto ai quali si giustifica la loro adozione (si pensi, ad es. alla categoria delle inibitorie, condanne a non ripetere la violazione dei diritti altrui, che sono ontologicamente incoercibili, perché solo la loro violazione è suscettibile di ripristino attraverso l'esecuzione forzata, nei limiti fissati dall'art. 2933 c.c.: ad esempio in tema di tutela del nome, del possesso, della concorrenza leale, dei diritti dei consumatori, ecc.).

Un altro importante campo ad altro grado di infungibilità è quello del lavoro subordinato e parasubordinato, che è invece inspiegabilmente escluso dalla norma: l'eccezione non si giustifica neppure sull'esigenza di tutela della parte debole, perché riguarda anche le obbligazioni cui sia tenuto il datore di lavoro, in specie la reintegra del lavoratore⁴² Si è addirittura prospettato il rischio di incostituzionalità della norma⁴³.

Il tenore letterale della norma, peraltro, non esclude categoricamente l'interpretazione più estensiva, e quindi l'ammissibilità delle *astreintes* anche nelle ipotesi di condanne ad obblighi fungibili o al pagamento di somme di denaro⁴⁴.

Per quanto riguarda, invece, l'identificazione del "provvedimento di condanna", non vi è dubbio che con tale dizione si intenda indicare non solo le sentenze emesse all'esito dell'ordinario giudizio di cognizione, anche davanti al giudice di pace⁴⁵, ma anche l'ordinanza emessa a seguito del nuovo procedimento sommario di cognizione, ed anche l'ordinanza cautelare⁴⁶.

Allo stesso modo, sarà possibile chiedere ed ottenere l'*astreinte* in un arbitrato rituale, mentre deve escludersene l'ammissibilità nell'arbitrato irrituale⁴⁷.

Deve, in ogni caso, trattarsi di un provvedimento avente natura giurisdizionale, ragion per cui non potrà prevedersi la misura in questione in un verbale di conciliazione con l'intervento del giudice.

⁴² A. Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, cit., c. 221 ss.

⁴³ B. Sassani – R. Tiscini, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in www.judicium.it, par. 22.

⁴⁴ V., sul punto, E. Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., par. 4.

⁴⁵ N. Ventura, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. Miccolis e C. Perago, Torino, 2009, 473.

⁴⁶ C. Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009, 101.

⁴⁷ E. Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., par. 4.

La misura deve essere richiesta dalla parte interessata, e, a tal proposito, sorgono alcune questioni di ordine processuale.

Invero, è scontata la possibilità di richiedere la misura coercitiva unitamente alla domanda di merito, nello stesso atto introduttivo. In questo caso, peraltro, trattandosi di domanda su diritto sostanziale, essa è soggetta alla disciplina delle preclusioni; pertanto non potrà essere dedotta, nello stesso processo della prestazione principale, oltre i termini fissati per la proposizione di nuove domande, pena l'inammissibilità; né potrà essere presentata per la prima volta in appello.⁴⁸

Occorre tuttavia domandarsi se sia possibile chiederli separatamente, prima l'uno e poi l'altro, nello stesso o in diversi giudizi, ovvero se addirittura ci si possa limitare a chiedere la tutela indiretta, senza la condanna alla prestazione principale.

In linea di massima, sempre tenendo a mente la natura sostanziale del diritto alla sanzione, non si può negare, in principio, l'ammissibilità di una domanda autonoma, in altro giudizio separato da quello pregiudiziale: invero, il fatto che l'art. 614-*bis* stabilisca l'inserimento della sanzione nel provvedimento di condanna alla prestazione principale può essere inteso come una delle possibili modalità, ma non l'unica, con la quale la misura coercitiva può essere disposta.

Non pare sia possibile, invece, richiedere la misura coercitiva senza che sia domandata, in quella sede o altrove, la condanna giudiziale alla prestazione principale: poiché la norma esige che la sanzione sia concessa a seguito di "provvedimento di condanna", non è possibile per il giudice limitarsi a conoscere in via pregiudiziale della prestazione principale.

Un ulteriore problema che si pone, infine, con riferimento alle misure coercitive ex art. 614-*bis* c.p.c., attiene ai suoi rapporti con le altre misure coercitive previste dalle leggi speciali (per esempio quelle previste dagli artt. 163 della legge sul

⁴⁸ Così E. Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., par. 4, la quale, inoltre, evidenzia che, ove dovesse sopravvenire l'esigenza di chiedere la misura oltre i tempi preclusivi (ad es. in caso di successiva violazione di un provvedimento cautelare con merito già inoltrato), non si potrebbe neppure invocare l'applicazione del generale istituto di rimessione in termini di cui al nuovo art. 153, comma 2°, c.p.c., posto che, trattandosi di condanna in futuro, non pare possa sostenersi la non imputabilità della decadenza, dato che la parte avrebbe potuto proporla a prescindere dall'avvenuta violazione; *contra*, tuttavia, C. Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, III, Padova, 2009, 103.

diritto d'autore e 124 del codice della proprietà industriale, ovvero all'art. 709-ter c.p.c.). Dette previsioni sono senz'altro riconducibili al modello generale dell'art. 614-bis perché si tratta di penalità aventi funzione di coazione indiretta, che vanno a beneficio del creditore.

In linea generale, ritengo che valga, in questo caso il canone *lex specialis derogat generali*, anche se al contempo non può essere del tutto esclusa una applicazione del modello generale, ove compatibile.

5. L'azione di risoluzione.

La risoluzione del contratto per inadempimento è il rimedio che consente alla parte non inadempiente di sciogliersi dal rapporto contrattuale inadempito⁴⁹.

La risoluzione ha ad oggetto il rapporto, e non l'atto contrattuale; il rapporto deve tuttavia essere contrattuale, cioè avere fonte nel contratto⁵⁰.

La risoluzione è un rimedio specifico contro l'inadempimento imputabile del contratto e s'inserisce pertanto nel quadro della responsabilità per inadempimento; conseguentemente, deve ritenersi nullo il patto mediante il quale il creditore rinunzi preventivamente a tale rimedio pur in caso di dolo o colpa grave (art. 1229 c.c.)⁵¹.

Nel nostro sistema la risoluzione può essere giudiziale, ovvero di diritto quale effetto diretto di diffida ad adempiere, di clausola risolutiva espressa o di violazione di un termine essenziale.

Questo sistema binario si differenzia dal sistema francese, in cui è ammessa soltanto la risoluzione giudiziale⁵² (così come peraltro avveniva in Italia sotto il

⁴⁹ Sulla risoluzione del contratto per inadempimento, in generale, v. A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, cit., Bologna – Roma 1990; v., inoltre, M.R. Spallarossa, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, in G. Alpa – M. Bessone, *I contratti in generale*, IV, t. 2, Torino, 1991, 835 ss.

⁵⁰ C. M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1994, 260, nota 2.

⁵¹ V. R. Sacco, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993, 588; in giurisprudenza, Cass. 30.10.1965, n. 234, in *Foro it.*, 1966, I, 1459.

⁵² Art. 1184, 3° co., *code civil*: <<La résolution doit être demandée en justice>>.

vigore del codice del 1865⁵³), sia dal sistema tedesco o da quello di *common law*, in cui è ammessa soltanto la risoluzione volontaria da parte del creditore⁵⁴.

Fondamento della risoluzione per inadempimento è l'esigenza di tutelare l'interesse della parte a non essere più vincolata da un contratto reso inattuabile dal grave inadempimento della controparte⁵⁵.

In linea generale, il grave inadempimento di una delle parti costituisce una anomalia funzionale del contratto, che ne rende irrealizzabile la causa: il fondamento del rimedio della risoluzione, pertanto, riposa nel turbamento del sinallagma contrattuale, che non consente più la realizzazione dell'assetto di interessi programmato dalle parti (ed in particolare dalla parte adempiente)⁵⁶.

Il rimedio in esame, secondo la previsione del codice, è applicabile ai contratti con prestazione corrispettive (art. 1453, 1° co., c.c.). Deve tuttavia ritenersi che il rimedio sia applicabile, in generale, ai contratti a titolo oneroso quando l'obbligazione inadempita sia obiettivamente rilevante nell'economia dell'affare: in tal senso s'impone l'esigenza di tutelare l'interesse della parte di liberarsi da un contratto che l'altra parte ha gravemente violato.

Da ciò discende che anche i contratti a titolo gratuito si prestano ad essere risolti per inadempimento del beneficiario che non esegua gli obblighi di carattere accessorio o strumentale a suo carico, quando tali obblighi abbiano un rilievo determinante: si pensi, ad esempio, al contratto di mandato, quando il mandante non provveda a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato (art. 1719 c.c.), ovvero alla risoluzione della donazione modale nel caso di mancata esecuzione dell'onere, quando il rimedio della risoluzione sia previsto nel contratto (art. 793, 4° co., c.c.).

La risoluzione giudiziale può essere pronunciata in presenza di due presupposti, e cioè l'*imputabilità* e la *non scarsa importanza* dell'inadempimento.

⁵³ Art. 1165 c.c. 1865: <<La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente>>.

⁵⁴ Il BGB accorda infatti alla parte non inadempiente la scelta tra il risarcimento del danno ed il diritto di recedere dal contratto, regolato come diritto negoziale di recesso (§ 325 e § 327). Per i sistemi di *common law*, v. G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford, 1988, 334; v., anche, V. Tedeschi – G. Alpa, *Il contratto nel diritto nord-americano*, Milano, 1980, 120 ss.

⁵⁵ C.M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 263.

⁵⁶ Di vizio funzionale della causa parla F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1986, 262-263.

Per quel che concerne l'*imputabilità* dell'inadempimento, si tratta di un requisito che si desume dal combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c. e la cui rilevanza è affermata alla giurisprudenza, la quale ribadisce che la risoluzione per inadempimento non è un rimedio applicabile nelle ipotesi di inadempimento incolpevole (nel quale caso si applica il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta)⁵⁷. L'imputabilità, in sostanza, segna il criterio di distinzione tra le due cause di risoluzione, e si pone come requisito necessario ed esclusivo della risoluzione per inadempimento poiché è proprio la mancanza dell'imputabilità dell'inadempimento che integra gli estremi della seconda causa di risoluzione: infatti, se il debitore non risponde dell'inadempimento, ciò vuol dire che la prestazione è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile, nel qual caso troverà applicazione il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

La colpa dell'inadempiente, peraltro, stante il disposto dell'art. 1218 c.c., è normalmente presunta sino a prova contraria e tale presunzione è superabile solo in presenza di risultanze positivamente apprezzabili, dedotte e provate dal debitore, le quali dimostrino che, nonostante l'uso della normale diligenza, non è stato in grado di eseguire tempestivamente le prestazioni dovute per cause a lui non imputabili. Ne consegue che non può essere pronunciata la risoluzione del contratto in danno della parte inadempiente, ove questa superi la presunzione di colpevolezza dell'inadempimento, dimostrandone la non imputabilità a causa dell'ingiustificato rifiuto della controparte di ricevere la prestazione.⁵⁸

La *non scarsa importanza* dell'inadempimento costituisce, a sua volta, un presupposto obiettivo per lo scioglimento del contratto, e il parametro fondamentale della mancata attuazione dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni. Da questo punto di vista, esso sfugge addirittura alle regole di

⁵⁷ In giurisprudenza, di recente, Cass. 17.1.2007, n. 987, in *Guida al dir.*, 2007, 13, 71, che ritiene necessario il presupposto dell'imputabilità anche nelle ipotesi di risoluzione per causa risolutiva espressa; Cass. 6.2.2007, n. 2553, *D&G* 2007; Cass. 17.1.2001, n. 567, *Giust. civ.*, Mass. 2001, 99. In dottrina, v. A. Luminoso, in A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 27.

⁵⁸ Cass. 11.2.2005, n. 2853, *Giust. civ.*, Mass. 2005, 2.

ripartizione dell'onere della prova, dovendo essere accertato d'ufficio dal giudice⁵⁹.

La gravità dell'inadempimento deve essere valutata in relazione all'operazione complessiva relativa al sinallagma contrattuale, sulla base di un duplice criterio: in primo luogo, il giudice, applicando un parametro oggettivo, deve verificare che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da creare uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale (criterio oggettivo); sotto altro profilo, invece, il giudicante deve considerare il comportamento di entrambe le parti (un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra) che può, in relazione alla particolarità del caso, attenuare il giudizio di gravità nonostante la rilevanza della prestazione mancata o ritardata (criterio soggettivo)⁶⁰.

5.1. Rapporto tra azione di risoluzione ed azione di adempimento.

L'azione di risoluzione del contratto e quella di adempimento costituiscono due diversi rimedi giuridici a tutela del diritto che dal rapporto sostanziale deriva al contraente adempiente e, pur presentando diversità di *petitum*, entrambe mirano a soddisfare lo stesso interesse del creditore insoddisfatto, consistente nell'evitare il pregiudizio derivante dall'inadempimento della controparte, e sono dirette alla tutela del medesimo diritto alla prestazione, con la conseguenza che la proposizione della domanda di adempimento ha effetto interruttivo della prescrizione anche con riferimento al diritto di chiedere la risoluzione del contratto esercitabile sino a quando non sia decorso il nuovo termine prescrizione. Tale effetto interruttivo deve riconoscersi anche alla domanda di

⁵⁹ Cass. 31.3.1987, n. 3099, *Giust. civ.*, Mass. 1987, 3

⁶⁰ Cass. 18.2.2008, n. 3954, *D&G*, 2008; v. anche Cass. 18.4.2007, n. 9314, *Guida al dir.*, 2007, 23, 46; Cass. 2.3.2007, n. 4982, *Guida al dir.*, 2007, 16, 82, la quale ha anche chiarito che <<La valutazione della gravità dell'inadempimento, ai fini della risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive (ai sensi dell'art. 1455 c.c.), costituisce una questione di fatto, la cui valutazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità, ove sorretta da motivazione congrua e immune da vizi logici e giuridici>>

risoluzione rispetto a quella di adempimento, atteso che il divieto, posto dall'art. 1453 c.c., di chiedere l'adempimento una volta domandata la risoluzione del contratto, viene meno e non ha più ragion d'essere quando la domanda di risoluzione venga rigettata, rimanendo in vita in tal caso il vincolo contrattuale, e risorgendo l'interesse alla esecuzione della prestazione con inizio del nuovo termine prescrizione del diritto di chiedere l'adempimento⁶¹.

Ora, risolvendo una questione vivamente dibattuta sotto la vigenza del codice civile del 1865⁶², l'art. 1453, 2° comma, c.c., dispone che il contraente non inadempiente possa mutare la domanda giudiziale di adempimento in quella di risoluzione, ma non viceversa.

La *ratio* di tale disposizione riposa nel fatto che il contraente non inadempiente – una volta proposta la domanda di adempimento e constatato che la controparte persiste nel non adempiere – possa perdere interesse ad un adempimento (o ad un esatto adempimento) il cui ritardo si va di giorno in giorno aggravando, e preferisca pertanto optare per la risoluzione del rapporto⁶³. Peraltro, il principio di inammissibilità della domanda di adempimento proposta successivamente alla domanda di risoluzione deve ritenersi applicabile alla duplice condizione: a) che la domanda di risoluzione sia stata proposta senza riserve, in quanto, alla luce del principio di buona fede oggettiva, il comportamento del contraente che chieda incondizionatamente la risoluzione è valutato dalla legge come manifestazione di carenza di interesse al conseguimento della prestazione tardiva - sicché l'esercizio dello *ius variandi* deve, per converso, ritenersi consentito quando la domanda di risoluzione e quella di adempimento siano proposte nello stesso giudizio in via subordinata; b) che esista un interesse attuale dell'istante alla declaratoria di risoluzione del rapporto negoziale, di talché, quando tale interesse venga meno per essere stata la domanda di risoluzione rigettata o dichiarata inammissibile, la

⁶¹ In questo senso Cass. 29.11.2001, n. 15171, *Giust. civ.*, Mass. 2001, 2051.

⁶² Per tutti G. G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 458 ss.

⁶³ Sul punto U. Carnevali, in A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, I, in *Comm. Scialoja-Branca* (art. 1453-1454), cit., 80-81.

preclusione de qua non opera, essendo venuta meno la ragione del divieto di cui al ricordato art. 1453 c.c.⁶⁴

Per converso, il contraente inadempiente – di fronte alla domanda di risoluzione della controparte – ha giustificato motivo di ritenere che quest'ultima non ha più interesse, ormai, all'esecuzione del contratto. Di conseguenza, egli non si terrà più pronto ad adempiere (o ad adempiere esattamente), e si rassegnerà a risarcire, eventualmente, il danno. Se il contraente non inadempiente potesse chiedere l'adempimento dopo avere chiesto la risoluzione, ciò condurrebbe ad un aggravamento eccessivo ed iniquo della posizione del contraente inadempiente, che dovrebbe tenersi pronto ad adempiere per un tempo indefinito, ed inoltre potrebbe dare ingresso alla possibilità, per il contraente non inadempiente, di speculare sulle fluttuazioni del mercato successive alla domanda di risoluzione (ad esempio, un notevole aumento di valore della merce acquistata e non ricevuta potrebbe indurre il contraente ad abbandonare la domanda di risoluzione e chiedere l'adempimento).

Ora, la possibilità di richiedere la risoluzione del contratto dopo avere chiesto l'adempimento pone alcuni problemi di ordine processuale, in considerazione del regime di preclusioni che caratterizza il processo civile qual è attualmente disciplinato dal codice di rito.

In effetti, sotto il vigore del c.d. vecchio rito (e cioè quello in vigore fino alla riforma del 1990), in assenza di preclusioni, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si era orientata nel senso di riconoscere non solo la possibilità di proporre una domanda subordinata di risoluzione per inadempimento, in alternativa alla contestuale domanda di adempimento, ma anche la possibilità di sostituire a quest'ultima quella di risoluzione nel corso del giudizio di primo grado, di quello d'appello e perfino in sede di giudizio di rinvio; si richiedeva peraltro che i fatti posti a fondamento dell'inadempimento non introducessero un nuovo tema di indagine e fossero i medesimi di quelli posti a fondamento della domanda di adempimento, e ciò sul presupposto che la deroga, consentita dal

⁶⁴ Cass. 19.1.2005, n. 1077, *Giust. civ.*, Mass. 2005, 1.

codice civile, al divieto di *mutatio libelli* nel corso del processo operasse limitatamente al *petitum* e non anche per la *causa petendi*.⁶⁵.

Conseguentemente, non si riteneva necessaria l'accettazione del contraddittorio ad opera della controparte, trattandosi appunto dell'esercizio di una facoltà riconosciuta dalla legge. Discendeva altresì da questo principio, come ulteriore corollario, la non necessità che la relativa dichiarazione fosse sottoscritta dalla parte personalmente o da un procuratore speciale, <<vertendosi in tema non di un atto di disposizione del diritto in contesa, ma di un'attività processuale che di tale diritto costituisce soltanto una modalità di esercizio e che rientra pertanto nei poteri del procurator ad litem, essendo questi abilitato a proporre, in aggiunta o in sostituzione di quelle proposte con l'atto di citazione, tutte le domande che siano ricollegabili con l'originario oggetto, salva la sua responsabilità per l'eventuale inosservanza delle istruzioni del mandante>>⁶⁶.

Nel nuovo sistema processuale caratterizzato dalle preclusioni, una parte della dottrina ha ritenuto che potesse continuarsi a mantenere ferma l'interpretazione estensiva della Corte di cassazione⁶⁷, in quanto l'esercizio dello *jus variandi* non comporta alcuna violazione del diritto di difesa della controparte, indipendentemente dal momento del processo in cui avvenga. Essendo espressamente contemplato dalla legge, infatti, non costituisce certo una "mossa a sorpresa", in grado di disorientare il debitore, ed inoltre la domanda di risoluzione, anche qualora venisse proposta una volta maturate le preclusioni nel giudizio instaurato con la domanda di adempimento, non introdurrebbe un nuovo ambito d'indagine e sarebbe basata sulle medesime allegazioni e istanze probatorie effettuate tempestivamente dalle parti e sulle quali è stato realizzato il contraddittorio.

⁶⁵ Cass. 18.2.1989, n. 962, *Giust. civ.*, 1989, I, 1049;

⁶⁶ Così Cass. 11.5.1987 n.4325, *Giust. civ.*, Mass. 1987, fasc. 5; cfr. anche Cass. 11.2.1993 n.1698, *Giust. civ.*, Mass. 1993, 277; Cass. 29 aprile 1993 n.5065, *Giur. it.*, 1994, I, 1, 433

⁶⁷ Tra gli altri, A. Gili, *Rapporti tra diritto di mutare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione, ex art. 1453, 2 comma, c. c. e nuovo regime delle preclusioni nel processo civile di primo grado*, nota a Trib. Alessandria 25 marzo 1998, in *Giur. it.* 1999, 1865, secondo cui deve mantenersi ancora oggi l'interpretazione estensiva dell'art.1453, comma 2, c.c., in quanto <<consentire la possibilità di esercitare in tutto il corso del giudizio il diritto previsto dall'art.1453, comma 2, c.c., oltre a non contrastare con gli interessi sottostanti la riforma del '90, risponderebbe anche ad esigenze di economia processuale>>.

La giurisprudenza, nei primi tempi successivamente all'entrata in vigore della riforma del 1990, ha assunto un atteggiamento oscillante, e quindi accanto a pronunzie che affermano che la facoltà disciplinata dall'art.1453, comma 2, c.c. deve coordinarsi con il sistema di preclusioni introdotte con la novella del '90, e in particolare con il disposto dell'art.183 c.p.c.⁶⁸, vi sono delle decisioni che ritengono che lo *jus variandi* possa essere esercitato in tutto il corso del giudizio in deroga anche alle norme processuali del c.d. nuovo rito, sempre che a sostegno della (successiva) domanda di risoluzione vengano adottati gli stessi fatti costitutivi della (originaria) domanda di adempimento⁶⁹.

La giurisprudenza più recente, tuttavia, è decisamente orientata nel senso di ritenere ammissibile la *mutatio libelli* in questione, sulla base della considerazione che <<la disposizione dell'art. 1453 c.c., secondo cui nei contratti con prestazioni corrispettive la risoluzione può essere domandata anche quando inizialmente sia stato chiesto l'adempimento, fissa un principio di contenuto processuale in virtù del quale la parte che ha invocato la condanna dell'altra parte ad adempiere può sostituire a tale pretesa quella di risoluzione, non solo per tutto il giudizio di primo grado, ma anche nel giudizio di appello, in deroga agli artt. 183, 184, 345 c.p.c., sempre che non alleghi distinti fatti costitutivi, e, quindi, inadempimenti diversi da quelli posti a base della pretesa originaria>>⁷⁰.

E' stato anzi affermato anche che la facoltà di mutamento della domanda di adempimento in domanda di risoluzione contrattuale, in deroga al divieto di *mutatio libelli*, si estende pure alla conseguente domanda di risarcimento dei danni (nonché a quella di restituzione del prezzo), essendo quest'ultima sempre proponibile, quale domanda accessoria di quella di risoluzione, come espressamente previsto dall'art. 1453, comma 1, c.c.⁷¹

Non è invece ammissibile la proponibilità della sola domanda di risarcimento dei danni dopo la proposizione della domanda di adempimento, trattandosi

⁶⁸ Cfr. Trib. Alessandria, 25.3.1998, in *Giur. it.* 1999, 1865.

⁶⁹ Trib. Napoli, 13.1.1999, in *Foro nap.*, 1999, 248.

⁷⁰ In questo senso Cass. 6.4.2009, n. 8234, *Giust. civ.*, Mass. 2009, 4, 586; Trib. Torino 3.1.2008, in *Guida al dir.*, 2008, 18, 82; Trib. Verona 26.11.2004, *Giur. merito*, 2005, 10, 2129;

⁷¹ Cass. 31.10.2008, n. 26325, *Guida al dir.*, 2008, 48, 52.

comunque di azione del tutto diversa quanto al *petitum* ed alla *causa petendi* rispetto alla domanda di risoluzione⁷²; allo stesso modo, non è proponibile la domanda di risoluzione nel caso in cui la domanda originaria fosse una domanda di risarcimento dei danni, ostando anche in tal caso il divieto di domande nuove ed essendo, quella di risoluzione, una domanda del tutto differente rispetto alla domanda di risarcimento dei danni⁷³

In ogni caso, il mutamento della domanda di adempimento in domanda di risoluzione deve avvenire solo quando la domanda di risoluzione resti nell'ambito degli stessi fatti posti a base dell'inadempimento, mentre, ove siano prospettati fatti nuovi idonei a configurare una diversa *causa petendi*, il mutamento deve ritenersi inammissibile⁷⁴.

Il diritto di chiedere la risoluzione dopo aver chiesto l'adempimento, peraltro, non si consuma all'esito della pronuncia di condanna del debitore all'esecuzione della prestazione (il suo esercizio non rimanendo *a fortiori* precluso dal mancato esperimento della relativa azione esecutiva o dall'esito infruttuoso di questa), giacché il rapporto contrattuale continua in tal caso ad essere regolato dall'art. 1453 c.c. e, se è ad essa consentito di mutare, nell'ambito dello stesso processo, la domanda di adempimento in quella di risoluzione, a maggior ragione deve ritenersi ammissibile la proposizione della domanda di risoluzione (la cui ragione è costituita dall'inadempimento del debitore e non già dall'inattività palesata dal creditore nel mettere in esecuzione il giudicato di condanna a sè favorevole) qualora l'inadempimento del debitore sia già stato accertato con pronuncia di condanna divenuta definitiva, non risultando in tal caso nemmeno configurabile l'ipotesi del contrasto di giudicati, atteso che la condanna del debitore all'adempimento attribuisce alla parte il diritto all'esecuzione del contratto non negandole tuttavia il diritto di ottenerne viceversa lo scioglimento laddove

⁷² Cass. 16.6.2009, n. 13953, *Giust. civ.*, Mass. 2009, 6, 929; Cass. 27.3.2004, n. 6161, *Giust. civ.*, Mass. 2004, 3.

⁷³ Cass. 27.7.2006, n. 17144, *Giust. civ.*, Mass. 2006, 7-8.

⁷⁴ Cass. 18.1.2008, n. 1003, *Giust. civ.*, Mass. 2008, 1, 57.

l'inadempimento si protragga ulteriormente rispetto a quello già accertato e posto a fondamento della decisione passata in cosa giudicata⁷⁵.

Per converso, il divieto di chiedere l'adempimento una volta domandata la risoluzione non opera se la domanda di risoluzione sia stata dichiarata inammissibile o rigettata, ovvero oggetto di rinuncia, risorgendo, in questi casi, l'interesse del creditore all'adempimento del contratto⁷⁶

5.2. L'adempimento tardivo.

Un problema che si pone, nel caso di esperimento dell'azione di risoluzione, è quello dell'ammissibilità di un adempimento tardivo da parte del soggetto debitore.

Sul punto, l'art. 1453, 3° co., c.c., prevede espressamente che <<dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione>>, e l'interpretazione letterale della disposizione farebbe pensare che l'adempimento tardivo non abbia efficacia liberatoria per il debitore né paralizzi l'azione di risoluzione. La regola, quindi rappresenterebbe il corollario del principio che individua nella proposizione della domanda di risoluzione una inequivoca manifestazione da parte del creditori di non avere più interesse alla prestazione.

Nell'applicazione giurisprudenziale, tuttavia, il rigore della norma viene talvolta attenuato.

Da un lato, infatti, si registrano decisioni, sia di legittimità che di merito, che, aderendo ad una interpretazione rigorosa dell'ultimo comma dell'art. 1453 c.c., affermano che, una volta proposta la domanda giudiziale di risoluzione, e sino a quando non intervenga il giudicato, il convenuto non possa più adempiere la

⁷⁵ In tal senso Cass. 4.10.2004, n. 19826, *Giust. civ.*, 2005, I, 989.

⁷⁶ Cass. 9.2.1995, n. 1457, *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1150; Cass. 11.5.1996, n. 4444, *Giust. civ.*, Mass. 1996, 717.

propria obbligazione, in tal modo negando qualsiasi efficacia ad un siffatto adempimento, senza distinzioni o limiti di sorta⁷⁷.

Dall'altro lato, al contrario, vi sono delle pronunzie che ritengono che l'adempimento effettuato dopo la domanda di risoluzione, pur non arrestando gli effetti di tale domanda, debba essere tuttavia preso in considerazione dal giudice al fine di valutare l'importanza dell'inadempimento.

E' stato infatti affermato che <<ai fini della determinazione della gravità dell'inadempimento, il giudice del merito può tenere conto anche del comportamento dell'inadempiente posteriore alla domanda di risoluzione del contratto, in considerazione del fatto che l'unità del rapporto obbligatorio, cui tutte le prestazioni inadempite si riferiscono, non consente una valutazione frammentaria della condotta della parte inadempiente, per cui, quando nel corso del giudizio siano scadute le residue obbligazioni gravanti sull'inadempiente, occorre tener conto dell'integrale condotta di quest'ultimo ed operare una valutazione globale>>⁷⁸.

In base a tale impostazione, dunque, l'indagine sull'importanza dell'inadempimento, ai sensi per gli effetti 1453 c.c., deve essere unitaria, in relazione a tutto il comportamento del debitore, desumibile dalla durata della mora e dall'eventuale suo protrarsi in corso di causa, tenendo conto che anche un inadempimento di scarso rilievo può successivamente evidenziarsi come grave, per la sua durata e persistenza malgrado il ricorso del creditore alle vie giudiziarie. In tali casi, pertanto, la risoluzione può essere pronunziata dal giudice, non apparendo logico costringere il creditore a proporre una nuova domanda di risoluzione, anche in base al principio processuale per cui i fatti posti a fondamento della domanda è sufficiente che esistano al momento della decisione⁷⁹.

⁷⁷ Cass. 6.4.2000, n. 4317, *Vita not.*, 2000, 1366; Cass. 11.2.2000, *Giust. civ.*, Mass. 2000, 303; Cass. 1.6.1993, n. 6121, *Vita not.*, 1994, 763; Cass. 9.6.1992, n. 7085, *Giust. civ.*, 1993, I, 1263; Trib. Terni 30.12.1999, *Foro it.*, 2001, I, 2105.

⁷⁸ Cass. 4.9.1991, n. 9358, *Giust. civ.*, Mass. 1991, 9; Cass. 29.8.1990, n. 8955, *Giust. civ.*, Mass. 1990, 8.

⁷⁹ In dottrina, in tal senso, v. A. Smioldo, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 384.

Un ulteriore problema che si pone, con riferimento all'adempimento tardivo, è poi quello dell'ammissibilità di detto adempimento prima della proposizione della domanda di risoluzione.

Letto *a contrario*, infatti, l'art. 1453, 3° co., c.c., è stato a lungo interpretato nel senso che l'adempimento tardivo dovesse ritenersi sempre possibile, e non potesse essere rifiutato dal creditore fino al momento in cui il creditore stesso non avesse proposto domanda di risoluzione⁸⁰.

A partire dagli anni '90, la Corte di cassazione è venuta affermando il diverso principio secondo cui il verificarsi di un inadempimento di non scarsa importanza attribuisce al contraente non inadempiente, ancora prima della proposizione della domanda giudiziale, il diritto potestativo all'ottenimento della risoluzione giudiziale del rapporto, rendendo così legittimo il rifiuto opposto ad un inadempimento tardivo offerto dalla parte inadempiente⁸¹.

Nel motivare tale soluzione, il S.C. sottolinea il collegamento implicito e chiaramente ravvisabile tra il 1° co. dell'art. 1453 e l'art. 1455 c.c., dal quale emergerebbe che l'inadempimento di un contratto determina il sorgere di un diritto alla risoluzione in capo all'altro contraente solo se avente il requisito della gravità: tale diritto avrebbe natura di diritto potestativo, ma potrebbe tuttavia produrre lo scioglimento del rapporto contrattuale soltanto mediante una sentenza costitutiva emanata dal giudice in seguito alla verifica della sussistenza del requisito di cui all'art. 1455 c.c.

L'art. 1453, 3° co., c.c., non significa, allora, che, prima della domanda di risoluzione, è sempre consentito l'adempimento tardivo, ma semplicemente che *a*) l'adempimento tardivo è consentito soltanto allorché detto inadempimento non sia

⁸⁰ Cass. 5.3.1987, n. 2345, *Giust. civ.*, Mass. 1987, fasc. 3; Cass. 24.11.1981, n. 6247, *Giust. civ.*, Mass. 1981, fasc. 11; Cass. 23.3.1979, n. 1690, *Giust. civ.*, Mass. 1979, fasc. 3; più di recente, peraltro, nello stesso senso Cass. 29.5.1999, n. 5235, *Giust. civ.*, Mass. 1999, 1210. In dottrina, v. C.M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 285, che precisa che prima della proposizione della domanda di risoluzione l'adempimento non può essere legittimamente rifiutato, salvo che ricorra un'ipotesi di termine essenziale o di inesattezza della prestazione, ovvero di ritardo protratto al tal punto da far venire meno l'interesse del creditore alla prestazione.

⁸¹ Cass., sez. un., 9.7.1997, n. 6224, *Giust. civ.*, 1998, I, 825; v. anche Cass. 13.7.2005, n. 14766, *D&G*, 2005, 3933; in dottrina, segue questo orientamento U. Carnevali, in A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, I, in *Comm. Scialoja-Branca* (art. 1453-1454), cit., 98-99.

divenuto grave ai sensi dell'art. 1455 c.c.; b) quando la parte inadempiente ha proposto la domanda di risoluzione del contratto, manifestando così il proprio disinteresse ad ottenere la prestazione, quest'ultima non gli può essere imposta, ma l'oggetto della causa deve essere limitato all'accertamento della sussistenza o meno dei presupposti per addivenire alla pronuncia di risoluzione.

5.3. Gli inadempimenti reciproci.

Il codice civile non contiene una disciplina specifica dell'ipotesi relativa agli inadempimenti reciproci.

Invero, l'unica disposizione codicistica in materia è rappresentata dall'art. 1551, 2° co., c.c., in tema di riporto, a norma del quale *<<se entrambe le parti non adempiono le proprie obbligazioni nel termine stabilito, il riporto cessa di avere effetto, e ciascuna di esse ritiene ciò che ha ricevuto al tempo della stipulazione del contratto>>*: trattasi norma speciale, e ad essa solitamente non si riconosce portata generale⁸².

Mancando quindi una disciplina specifica, la questione deve essere affrontata facendo riferimento ai principi generali in tema di risoluzione del contratto per inadempimento.

In questi casi, si ritiene normalmente che il giudice debba essere chiamato ad effettuare una valutazione unitaria e comparativa delle condotte inadempienti e della loro rilevanza sul sinallagma contrattuale, non essendo consentito pronunciare la risoluzione con addebito ad entrambe le parti e dovendosi invece verificare quale sia l'inadempimento principale al quale ascrivere la risoluzione, valutando il comportamento delle parti sino alla proposizione delle domande e tenendo conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche dei rapporti di causalità e proporzionalità tra le prestazioni inadempite e l'incidenza di queste sulla funzione economico-sociale del contratto, in modo da accogliere la domanda

⁸² Così U. Carnevali, A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, I, in *Comm. Scialoja-Branca* (art. 1453-1454), cit., 78.

di risoluzione se ritiene prevalente l'inadempimento del convenuto, e rigettandola nell'ipotesi inversa⁸³.

In concreto, appare peraltro non sempre agevole individuare l'inadempimento di carattere prevalente.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui sia accertata la sussistenza di inadempimenti di non scarsa importanza di prestazioni contemporanee e contestuali, in presenza di una domanda di risoluzione del contratto proposta da entrambe le parti.

In questi casi sorge il dubbio se si debba concludere per la conservazione del rapporto (con il rigetto di entrambe le domande di risoluzione), in considerazione del fatto che la risoluzione è un rimedio che l'ordinamento offre solo al contraente non inadempiente, o se invece si debba comunque pronunciare la risoluzione del contratto per inadempimento reciproco.

Peraltro, nel caso in cui nessuno dei due inadempimenti dedotti si riveli sussistente, certamente le contrapposte domande di risoluzione non potrebbero essere accolte; tuttavia il S.C. ha precisato che in tale ipotesi si deve dare atto dell'impossibilità di esecuzione del contratto per effetto della scelta di entrambi i contraenti ex art. 1453, 2° co., c.c., e decidere quanto agli effetti risolutivi di cui all'art. 1458 c.c., rimanendo altrimenti in vita un rapporto che le parti verosimilmente non hanno più interesse ad eseguire⁸⁴.

6. L'azione di risarcimento del danno.

Così come l'azione di adempimento e l'azione di risoluzione, l'azione di risarcimento del danno rappresenta un altro rimedio generale a fronte dell'inadempimento contrattuale, che può essere peraltro esperito anche in presenza di obbligazioni che non derivino da contratti con prestazioni corrispettive.

⁸³ Da ultimo Cass. 5.1.2007, n. 43, *Guida al dir.*, 2007, 12, 56; Cass. 28.8.2006, n. 18649, *Guida al dir.*, 2006, 40, 110; Cass. 8.6.2006, n. 13365, *Giust. civ.*, Mass. 2006, 6; Cass. 1.6.2004, n. 10477, *Giust. civ.*, Mass. 2004, 6.

⁸⁴ Così Cass. 29.4.1993, n. 5065, *Giur. it.*, 1994, I, 1, 433; Cass. 18.6.1982, n. 3744, *Giur. it.*, 1983, I, 1, 963.

A differenza dell'azione di risoluzione, peraltro, l'azione di risarcimento del danno non presuppone la non scarsa importanza dell'inadempimento, ma soltanto l'imputabilità dello stesso. L'obbligo di risarcire il danno è sancito infatti dal codice sostanziale a carico del debitore, il quale non prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.)

Il concetto di danno si può specificare in tre distinte nozioni.

Il danno può infatti essere inteso, innanzitutto, come evento lesivo, cioè come il risultato materiale o giuridico in cui si concreta la lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Il danno può essere poi inteso come effetto economico negativo, e quindi come perdita patrimoniale complessiva che l'evento lesivo determina a carico del creditore.

In un terzo significato, inoltre, il danno può essere inteso come la liquidazione pecuniaria dell'effetto economico negativo⁸⁵.

In giurisprudenza, è costante l'affermazione secondo la quale il rimedio risarcitorio ha la funzione di reintegrare il patrimonio del creditore nella situazione in cui si sarebbe trovato per effetto della regolare esecuzione del contratto⁸⁶. Trattasi della c.d. *Differenztheorie* di derivazione germanica⁸⁷, che ravvisa per l'appunto il danno nella differenza tra l'effettiva consistenza del patrimonio in un determinato momento e la consistenza che quel patrimonio avrebbe avuto in quel medesimo momento senza il verificarsi di un determinato fatto lesivo (in materia contrattuale, dell'inadempimento).

⁸⁵ Sull'argomento, ampiamente, v. C.M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 112-113.

⁸⁶ Cass. 7.8.1990, n. 7971, *Giust. civ.*, Mass. 1990, 8; di recente Cass. 4.1.2010, n. 13, *Giust. civ.*, Mass. 2010, fasc. 1, secondo la quale, in tema di responsabilità della struttura sanitaria (che viene ricondotta alla fattispecie della responsabilità contrattuale) per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il danno risarcibile è – oltre quella non patrimoniale alla salute – anche il <<danno economico che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento in termini di causalità adeguata, quale il danno consistito nelle ulteriori spese di mantenimento della persona nata con malformazioni, pari al differenziale tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio sano e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da gravi patologie>>.

⁸⁷ Tale teoria è stata infatti elaborata da F. Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855.

A livello generale, può dirsi che la teoria della differenza è quella effettivamente utilizzata dal codice per la determinazione del danno effettivamente risarcibile.

In base all'art. 1223 c.c., infatti, come è noto, il risarcimento deve comprendere sia la perdita subita (danno emergente) che il mancato guadagno (lucro cessante), in quanto siano <<conseguenza immediata e diretta>> dell'inadempimento.

Non è certo questa la sede per esaminare le problematiche inerenti alla definizione dei concetti di danno emergente e di lucro cessante.

In linea di massima, tuttavia, per le ipotesi di risarcimento del danno emergente possono essere delineati i seguenti contenuti tipici:

a) *mancato conseguimento della prestazione* – Il definitivo inadempimento comporta innanzitutto la perdita, per il creditore, del valore economico della prestazione che avrebbe dovuto ricevere, sulla base del valore di mercato di detta prestazione e quindi del sacrificio economico che viene richiesto per l'acquisizione di un bene equivalente. Non si ha riguardo, invece, al cc.dd. valore soggettivo o di affezione che il danneggiato attribuisce al bene per ragioni personali;

b) *difformità o mancanza di qualità della prestazione* – Il danno emergente può consistere nella difettosità o mancanza di qualità della prestazione, e va valutato tenendo conto del costo della riparazione, mentre, se si tratti di bene non riparabile, occorre fare riferimento al valore di mercato di beni dello stesso tipo similmente affetti da vizi o mancanza di qualità;

c) *temporaneo impedimento del godimento di un bene* – Se il creditore è temporaneamente privato del godimento di un bene, il danno emergente si determina in relazione al valore di mercato di tale godimento;

d) *spese per danni alla persona o ai beni del creditore* – In questi casi occorrerà accertare gli esborsi necessari per le cure mediche e/o per le necessarie riparazioni alle cose di proprietà del debitore, purché si tratti di oneri congrui ed utili.

Con riferimento invece al lucro cessante, possono configurarsi, in linea di massima, i seguenti contenuti tipici:

a) *mancata utilizzazione del bene* - Se oggetto della prestazione è una cosa fruttifera, il lucro cessante è rappresentato dal mancato conseguimento dei frutti,

al netto delle spese. Questa voce di danno, peraltro, rileva solo quando il creditore abbia ricevuto con ritardo il bene dovuto o sia stato temporaneamente privato di un bene proprio; se si tratta invece d'inadempimento definitivo, non si ha riguardo al mancato acquisto dei frutti ma al danno emergente che è rappresentato dalla perdita del bene, e che è determinato anche in ragione della sua fruttuosità;

b) *mancata realizzazione di specifici rapporti contrattuali* – Il lucro cessante può consistere nel venir meno di un guadagno che il creditore avrebbe tratto da uno specifico rapporto contrattuale intercorrente col debitore medesimo o con terzi. Presupposto di tale danno è che l'inadempimento porti alla risoluzione del rapporto o alla riduzione del prezzo; la determinazione del danno deve allora procedere dal confronto tra prestazione e controprestazione⁸⁸;

c) *perdita o diminuzione della capacità di lavoro* – Trattasi, ovviamente, del danno patrimoniale derivante dal mancato guadagno a seguito di invalidità, che non va confuso con il danno non patrimoniale per la lesione del diritto alla salute. La quantificazione di siffatta voce di danno non appare sempre agevole, dovendosi valutare non solo il guadagno attuale, ma anche le prospettive di carriera o di sviluppo professionale, sulla base dei probabili calcoli dei compensi futuri⁸⁹. In tali casi viene talvolta utilizzata la formula Reddito annuo (secondo i criteri di cui all'art. 133 cod. assicurazioni) per Percentuale di Inabilità per Coefficiente di capitalizzazione relativo all'età, di cui alla tariffa per la costituzione delle rendite vitalizie immediate (estratto dal R.D. 9.10.1922, n. 1403, che approva le tariffe della Cassa Nazionale per le Assicurazioni Sociali). Se il soggetto è una casalinga non percettrice di reddito, si ritiene che il risarcimento debba essere determinato sulla base dell'esborso necessario per una collaboratrice domestica (con gli opportuni adattamenti tenuto conto della

⁸⁸ Cfr. Cass. 18.1.1991, n. 447, in *Vita not.*, 1991, 535, che ha ritenuto che, in caso di inadempimento contrattuale di una promessa di vendita del promittente venditore, il danno da lucro cessante subito dal promittente compratore che ha versato interamente il prezzo, consistente nel mancato incremento patrimoniale per il mancato trasferimento dell'immobile, si determina raffrontando il valore dell'immobile al momento della liquidazione con il prezzo nominale già corrisposto che il creditore non ha potuto diversamente impiegare e che, in quanto versato, costituisce un valore omogeneo al valore attuale dell'immobile, senza che, di conseguenza, debba essere rivalutato, perché il venditore, avendolo ricevuto tempestivamente, nessun danno ha subito per effetto della svalutazione.

⁸⁹ Cass. 23.6.1990, n. 6363, *Giust. civ.*, Mass. 1990, 6.

maggior ampiezza dei compiti della casalinga), ovvero del criterio suppletivo del triplo della pensione sociale⁹⁰. Se il soggetto non ha raggiunto l'età lavorativa, l'accertamento del guadagno futuro deve tenere conto delle circostanze che diano ragionevole certezza circa la futura carriera della vittima, dovendosi escludere ogni presunzione basata sull'ambiente sociale e familiare, e potendosi applicare, invece, le presunzioni, al fine di accertare il tipo di attività che il soggetto svolgerà in futuro, secondo un criterio probabilistico, tenendo conto delle possibili scelte ed occasioni che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, so offrono in relazione al livello di studio conseguito ed all'ambiente familiare e sociale di riferimento, salvo il caso che si tratti di disoccupazione volontaria o di consapevole rifiuto di attività lavorativa⁹¹.

d) *perdita di prestazioni alimentari o assistenziali* – Il danno da lucro cessante è ulteriormente riscontrabile nella perdita di prestazioni di alimenti e di assistenza conseguente alla morte della persona che tali prestazioni erogava;

e) *perdita della reputazione professionale* – All'area del mancato guadagno appartiene anche la perdita di "immagine" professionale del soggetto, sia questi imprenditore, lavoratore autonomo o lavoratore subordinato, quando da tale situazione derivino delle conseguenze patrimoniali negative (ad es., perdita di clientela, riduzione dell'avviamento, ecc.)

La tematica della determinazione del danno risarcibile è peraltro collegata a quella del nesso di causalità, nel senso che nella liquidazione del danno il giudice deve tener conto soltanto degli eventi lesivi che, come già detto, siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza più recente tende a distinguere l'analisi del rapporto di causalità in sede penale da quello da effettuarsi in sede civile.

Infatti, l'applicazione dei principi generali che regolano la causalità di fatto, delineati dagli artt. 40 e 41 c.p., vengono in sede civile normalmente temperati dal criterio della regolarità causale, di talché mentre in sede penale il nesso di

⁹⁰ Tra le altre Cass. 20.10.2005, n. 20324, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 2, 260; Cass. 3.3.2005, n. 4657, *Foro it.*, 2005, I, 2756; Cass. 28.9.2004, n. 19387, *Giust. civ.*, Mass. 2005, 1.

⁹¹ Cass. 13.1.2005, n. 564, *Giust. civ.*, Mass. 2005, 1; Trib. Firenze 5.3.1990, in *Arch. Circol.*, 1991, 42.

causalità deve sussistere <<*al di là di ogni ragionevole dubbio*>>, in sede civile il riconoscimento della sussistenza del nesso causale viene effettuato sulla base della regola del <<*più probabile che non*>>⁹².

Il giudizio sul nesso di causalità non viene pertanto effettuato sulla base di regole di certezza, ma essenzialmente sulla base di regole probabilistiche di regolarità causale.

Proprio per la funzione pienamente reintegratoria del risarcimento, il relativo debito costituisce pacificamente un debito di valore, ed è quindi soggetto a rivalutazione monetaria fino al momento della liquidazione giudiziale⁹³, a meno che non si tratti di inadempimento di obbligazioni *ab origine* pecuniarie, nel qual caso di applicherà il principio nominalistico (v. *infra*, § 6.1.).

Si pone, a questo proposito, l'annoso problema del cumulo tra la rivalutazione monetaria e gli interessi legali, nonché la questione della decorrenza di questi ultimi.

Come è noto, le obbligazioni di valore sono quelle obbligazioni non originariamente pecuniarie, ma nelle quali il denaro viene in considerazione quale "surrogato" di un bene della vita, cui commisurare (per equivalente pecuniario) il controvalore dell'anzidetto bene, di talché la prestazione di un *quid* monetario sarà corrispondente a un valore reale, tendenzialmente finalizzato a reintegrare il patrimonio dell'avente diritto.

In questi casi, il credito non trova *ab origine* la propria fonte in una obbligazione pecuniaria, ma in un bene reale, relativamente al quale la quantificazione del controvalore operata dal giudice (c.d. liquidazione) deve tenere conto delle oscillazioni del valore della moneta dal momento dell'insorgenza del credito al momento della liquidazione stessa.

Le obbligazioni di valore costituiscono una categoria elaborata dalla giurisprudenza, allo scopo di sottrarre alcune categorie di crediti al rigore del principio nominalistico ed ai conseguenti effetti della svalutazione monetaria. Storicamente le obbligazioni di valore sono sorte per i crediti per risarcimento dei

⁹² Cfr., tra le altre, Trib. Milano 9.12.2009, *Giustizia a Milano*, 2009, 12, 84.

⁹³ Tra le altre Cass. 4.10.1999, n. 11021, *Giust. civ.*, Mass. 1999, 2064; Cass. 10.1.1996, n. 166, *Vita not.*, 1999, 1189, Cass. 16.10.1995, n. 10772, *Giust. civ.*, Mass. 1995, 10.

danni da fatto illecito extracontrattuale; successivamente tale categoria è stata estesa anche alle obbligazioni risarcitorie da illecito contrattuale, ed a tutte le obbligazioni di pagamento per le quali la somma di denaro rappresenta il controvalore per la perdita di un bene della vita⁹⁴.

Data la natura “variabile” del debito di valore in considerazione delle “oscillazioni” del costo della vita, rappresenta elemento caratteristico di tali obbligazioni il principio secondo il quale in esse la rivalutazione monetaria si cumula con gli interessi legali, e ciò in quanto in questi casi il denaro non costituisce oggetto dell’obbligazione di dare, ma costituisce soltanto il metro di commisurazione del valore che occorre corrispondere al creditore perché questi sia reintegrato nella stessa situazione patrimoniale nella quale si trovava se il danno – o comunque la perdita del bene della vita – non fosse stato prodotto.

Attraverso la rivalutazione, quindi, si opera la reintegrazione piena del patrimonio del creditore, e detta rivalutazione non coincide con il maggior danno ex art. 1224, 2° co., c.c. L’operazione di rivalutazione consiste in un’operazione di calcolo, effettuata sulla base di determinati indici, con la quale la somma di denaro corrispondente al valore del bene della vita da reintegrare al momento della perdita del bene viene aggiornata al valore che quella somma ha al momento della liquidazione, in modo da garantire il mantenimento del potere d’acquisto della somma da corrispondere in funzione di reintegrazione per la perdita del bene medesimo, senza che le oscillazioni del potere d’acquisto della moneta incidano negativamente sulla posizione del creditore.

⁹⁴ Sono considerati crediti di valore, ad es., i crediti per conguagli nelle ipotesi di divisione, che vanno determinati sulla base del valore delle porzioni al momento della divisione (cfr., da ultimo, Cass. 16.1.2007, n. 862, in *Giust. civ.*, Mass. 2007, 1; Trib. Salerno 1.6.2004; Cass. 20.8.1998, n. 8243, in *Giust. civ.*, Mass. 1998, 1739); i crediti dei legittimari pretermessi, nel caso in cui, a seguito di vittorioso esperimento dell’azione di riduzione, non si attribuisca loro la quota dei beni ereditari in natura, ma in denaro (Cass. 19.5.2005, n. 10564, in *Giur. It.*, 2005, 2268); il credito del committente nel contratto di appalto nei confronti dell’appaltatore per la eliminazione dei vizi e difformità dell’opera, liquidato a titolo di risarcimento del danno o anche di riduzione del prezzo di cui all’art. 1668 c.c. (Cass. 22.6.2004, n. 11594, in *Giust. civ.*, Mass. 2004, 6); i crediti per indennizzo ex art. 2041 c.c. (arricchimento senza causa) (cfr. Cass. 11.2.2002, n. 1884, in *Giust. civ.*, Mass. 2002, 212). Sono considerate obbligazioni di valuta, invece, tra le altre, i crediti derivanti da azioni restitutorie e/o revocatorie (cfr., da ultimo, Cass. 22.3.2007, n. 6991, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1597); i crediti per prestazione professionali (Trib. Milano 1.2.2006, in *Giustizia a Milano*, 2006, 2, 10; Cass., sez. lav., 7.6.2005, n. 11777, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, 6); i crediti dell’appaltatore al corrispettivo (Cass. 22.6.2004, n. 11594, *Giust. civ.*, Mass. 2004, 6).

Diversa è invece la funzione degli interessi legali, che ha la funzione di compensare il creditore del danno (presunto) da lucro cessante subito a causa del ritardo nel conseguimento della somma dovuta a titolo di risarcimento o di indennizzo (proprio per questo, come si è visto, si parla, in questi casi, di interessi “compensativi”).

In questi casi, la liquidazione del danno avviene, normalmente, attraverso tre operazioni:

- 1) determinazione del valore (monetizzato) del bene perso o danneggiato con riferimento al momento del fatto illecito – inadempimento (c.d. *aestimatio*);
- 2) aggiornamento monetario di detto valore al momento della liquidazione, normalmente sulla base degli indici ISTAT del c.d. costo della vita (c.d. *taxatio*);
- 3) applicazione dell’ulteriore danno da ritardo mediante l’applicazione degli interessi compensativi.

Come opera, tuttavia, il cumulo tra rivalutazione monetaria ed interessi legali nelle obbligazioni di valore?

Una parte della giurisprudenza riteneva, in un primo momento, che gli interessi legali dovessero applicarsi sul capitale, come interamente rivalutato al momento della liquidazione⁹⁵.

L’operazione era quindi effettuata nel modo seguente: *a*) veniva valutato il valore del credito originario (valore del bene perduto) al tempo del sorgere dell’obbligazione (*aestimatio*); *b*) si procedeva alla rivalutazione di tale credito a valori attuali utilizzando, come regola generale, l’indice ISTAT del costo della vita per le famiglie di operai e impiegati (*taxatio*); *c*) sulla somma così determinata si calcolavano gli interessi al tasso legale dal momento della messa in mora (dal momento del fatto nelle obbligazione da fatto illecito, stante in questi casi la *mora ex re*) fino al momento della liquidazione.

Tale criterio di liquidazione è stato da più parti criticato, in quanto il creditore riceveva più del danno subito, perché il lucro cessante da mancata disponibilità

⁹⁵ Cass. 13.11.1989, n. 4791, in *Giust. civ.*, Mass. 1989, 11; Cass. 16.12.1983, n. 7411, in *Giust. civ.*, Mass. 1983, fasc. 11.

del controvalore monetario del bene veniva ad essere rapportato non al valore iniziale del bene medesimo, ma al valore finale.

Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, gli interessi sono sì dovuti sulla somma come liquidata, ma a decorrere dalla liquidazione, poiché anche in tal caso, operando altrimenti, il creditore conseguirebbe più di quanto lo stesso avrebbe ricevuto in caso di tempestivo adempimento dell'obbligazione.⁹⁶

In base ad un ulteriore orientamento, invece, gli interessi legali dovevano computarsi sul valore originario del bene, rivalutato anno per anno⁹⁷.

A dirimere il contrasto è intervenuta Cass., sez. un., 17.2.1995, n. 1712⁹⁸, che ha sostanzialmente aderito al secondo indirizzo, che è stato poi confermato dalle successive pronunce⁹⁹.

Alla luce del cennato orientamento giurisprudenziale, il cumulo di rivalutazione monetaria ed interessi legali deve essere effettuato come segue:

- a) la rivalutazione va calcolata sulla somma-base in unica soluzione, dal momento della mora (in materia d'illecito aquiliano vale la mora *ex re* ai sensi dell'art. 1219, comma 2, n. 1, c.c.) fino al momento del saldo;
- b) gli interessi vanno calcolati, invece, sempre a partire dal momento della mora e fino al saldo, sulla somma-base equitativamente rivalutata (a questo solo effetto) periodicamente, senza che sia necessaria l'applicazione degli indici ISTAT (per quanto i giudici di merito continuino a basarsi su tali indici): periodicità questa da fissarsi tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto (di solito, si opera la rivalutazione anno per anno), con esclusione dell'anatocismo (non ricorrendo le condizioni di cui all'art. 1283 c.c.); gli interessi non debbono liquidarsi necessariamente al tasso legale, posto che nelle obbligazioni di valore essi costituiscono solo un mero criterio equamente

⁹⁶ In questo senso Cass. 28.11.1997, n. 12029, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Danni civili*, n. 329; v. anche, da ultimo, Cass. 30.10.2008, n. 26008, in *Risparmio*, 2009, 5, 1098.

⁹⁷ Cass. 7.4.1994, n. 3290, *Giust. civ. Mass.* 1994, 449; Cass. 20.6.1990, n. 6209, in *Giur. it.* 1991, I,1,1227.

⁹⁸ Tra l'altro pubblicata in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 827, e in *Resp. civ. e prev.* 1995, 533.

⁹⁹ Tra le altre, v. Cass. 11.5.2007, n. 10884, in *Guida al diritto* 2007, 37, 63; Cass. 25.8.2006, n. 18490, in *Giust. civ.*, Mass. 2006, 9; Cass. 11.2.2002, n. 1884, in *Giust. civ.*, Mass. 2002, 212; Cass. 27.7.2001, n. 10291, in *Giust. civ.*, Mass. 2001, 1489; Cass. 2.2.2001, n. 1516, in *Corriere giuridico* 2001, 1319; T.A.R. Basilicata, 7.2.2004, n. 55, *Foro amm. TAR* 2004, 506; Trib. Reggio Calabria 22.1.2003, in *In iure praesentia*, 2003, I, 17.

adottabile ed equamente apprezzabile al fine di compensare il lucro cessante, sicché detto equo apprezzamento è svincolato dal parametro del tasso legalmente predeterminato. Gli interessi, comunque, dovranno essere computati ad un tasso equitativamente correlato al presumibile normale rendimento del denaro per il danneggiato nel periodo preso in considerazione, valutate tutte le circostanze oggettive e soggettive del caso concreto, sicché ben potranno essere determinati in misura inferiore al tasso legale, salva l'eventuale specifica prova da parte del creditore di un maggior danno (al di là della rivalutazione monetaria, comunque spettante *ex se* nelle obbligazioni di valore);

c) addizionando alla somma base la rivalutazione e gli interessi si ottiene la somma complessiva finale, che il debitore dovrà corrispondere al creditore. Da notare che, ove tale liquidazione sia contenuta in sentenza, la rivalutazione va effettuata fino al momento della pubblicazione della stessa sentenza, momento nel quale il credito diviene liquido ed esigibile, e si converte in credito di valuta: da questo momento saranno quindi dovuti, sulla somma rivalutata, gli ulteriori interessi legali sino all'effettivo soddisfo, integrando, l'eventuale ritardo nel pagamento, un inadempimento di un'obbligazione pecuniaria, per il quale potrebbe spettare anche il maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c.¹⁰⁰.

Deve peraltro essere notato che, con riferimento alle obbligazioni di valore, la giurisprudenza normalmente utilizza la nozione di interessi compensativi, per qualificare la natura giuridica delle somme attribuite per "compensare" il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni di valore, ritardo che di per sé configura un ulteriore decremento patrimoniale per il creditore insoddisfatto.

Il campo di elezione per l'applicazione di tali interessi è quello del risarcimento del danno, dove si ritiene normalmente che essi abbiano <<*fondamento e natura diversi da quelli moratori, regolati dall'art. 1224 c.c., in quanto sono rivolti a compensare il pregiudizio derivante al creditore dal ritardato conseguimento dell'equivalente pecuniario del danno subito, di cui costituiscono, quindi, una*

¹⁰⁰ Cfr. Cass. 20.3.2001, n. 3996, in *Giust. civ.*, Mass. 2001, 532; Cass. 2.2.1995, n. 1256, *Giust. civ.*, Mass. 1995, 273; Cass. 26.10.1992, n. 11616, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 1993, 156.

necessaria componente, al pari di quella rappresentata dalla somma attribuita a titolo di svalutazione monetaria, la quale non configura il risarcimento di un maggiore e diverso danno, ma soltanto una diversa espressione monetaria del danno medesimo>>¹⁰¹. Da notare, peraltro, che proprio per la funzione *lato sensu* compensativo-risarcitoria di tali interessi, non sono mancate in giurisprudenza pronunce in cui si afferma che gli interessi in questione spettino solo ove il mancato guadagno sia provato dal creditore¹⁰².

Gli interessi compensativi, in ogni caso, non coincidono con gli interessi moratori tipicamente intesi, in quanto questi ultimi costituiscono una sanzione per il ritardo nel pagamento di un'obbligazione sin dall'inizio pecuniaria¹⁰³. Nelle obbligazioni di valore da fatto illecito (contrattuale o extracontrattuale), in particolare, al sorgere della mora (*ex re* in caso illecito aquiliano) non è applicabile l'art. 1224, comma 1, c.c., e dunque dalla mora non scaturisce il diritto agli interessi moratori, ma il dovere del debitore di risarcire al creditore il danno derivante dal ritardo con cui questi ottiene la disponibilità dell'equivalente pecuniario del bene distrutto (o leso), danno che però non è legalmente presunto (come lo è invece per l'art. 1224, comma 1, c.c.), ma va apprezzato ai sensi dell'art. 2056 (e 1226) c.c. e perciò anche facendo riferimento a criteri equitativi, qual è quello degli interessi, ad un tasso tuttavia che – proprio in virtù del criterio dell'equità – non deve necessariamente essere quello legale¹⁰⁴.

Non sono mancate, tuttavia, pronunce in cui gli interessi nelle obbligazioni di valore sono stati qualificati come moratori, in quanto pur sempre collegati all'inadempimento delle obbligazioni medesime, e basati sulla mora del debitore¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cass. 7.10.2005, n. 19636, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, 10.

¹⁰² Cass. 21.4.2006, n. 9410, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 2143; v. anche Cons. Stato 22.5.2006, n. 2983, *ibid.*, 2006, 1411, in cui si riconosce che il giudice possa non riconoscere interessi sulla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

¹⁰³ Cass. 19.7.1997, n. 6662, in *Danno e resp.*, 1998, 189; Cass. 2.12.1997, n. 12194, in *Giust. civ.*, Mass. 1997, 2312.

¹⁰⁴ Tra le altre, Cass. 27.7.2001, n. 10300, in *Giust. civ.*, Mass. 2001, 1491; Cass. 18.2.2000, n. 1814, in *Giust. civ.*, 2000, I,2655.

¹⁰⁵ Cass. 18.7.1989, n. 3352, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 88.

Per quel che riguarda, invece, il *dies a quo* dal quale calcolare gli interessi, questi, nelle ipotesi di illecito contrattuale, decorrono dal giorno della domanda giudiziale o di altro atto idoneo a costituire in mora il debitore¹⁰⁶, e non dal verificarsi dell'evento dannoso, non ricorrendo, nell'ipotesi di illecito contrattuale, la fattispecie della mora *ex re*.

Da notare, infine, a livello processuale, che nelle obbligazioni di valore la rivalutazione monetaria e gli interessi (compensativi) costituiscono una componente dell'obbligazione risarcitoria e possono essere riconosciuti dal giudice anche d'ufficio, pur se non specificamente richiesti, atteso che essi devono ritenersi ricompresi nell'originario *petitum* della domanda, ove non ne siano stati espressamente esclusi¹⁰⁷. Da ciò discende che anche il giudice d'appello può procedere d'ufficio alla riliquidazione della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno utilizzando la tecnica che ritiene più appropriata al fine di reintegrare il patrimonio del creditore¹⁰⁸.

Nel caso di somme corrisposte in acconto (ad es., a seguito di provvisionali), occorrerà tenere conto della svalutazione intervenuta nelle more del giudizio: infatti, nei debiti di valore, allorché il responsabile abbia corrisposto delle somme nell'intervallo di tempo intercorso tra il fatto produttivo del danno e la liquidazione definitiva, al fine di stabilire l'eventuale debito residuo ed il suo ammontare, occorre procedere alla comparazione fra valori omogenei. Il metodo più agevole è quello di esprimere in moneta attuale entrambi i valori, rivalutando dall'epoca del fatto la somma originariamente equivalente all'entità del danno e quella corrisposta in acconto dalla data in cui è stata effettivamente versata. La differenza esprimerà, in moneta attuale, il residuo credito (o anche l'eventuale debito restitutorio) del danneggiato. Ma può anche ridursi l'acconto al minor valore che, in termini di espressione monetaria, esso avrebbe avuto all'epoca del fatto produttivo del danno, effettuarsi la comparazione di cui s'è detto e rivalutarsi poi la differenza dalla stessa data all'attualità. Ovvero è possibile rivalutare

¹⁰⁶ Cass. 20.4.2009, n. 9338, *Giust. civ.*, Mass. 2009, 4, 646; Cass. 25.9.1997, n. 9415, in *Giust. civ.*, Mass. 1997, 1774; Cass. 27.1.1996, 637, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 351.

¹⁰⁷ Cass. 17.9.2003, n. 13666, in *Giust. civ.*, Mass. 2003, 9; Cass. 11.5.2007, n. 10825, in *Guida al diritto* 2007, 32 64.

¹⁰⁸ Cass. 5.4.2007, n. 8520, in *Giust. civ.*, Mass. 2007, 4.

l'importo originariamente equivalente al danno sino all'epoca dell'acconto, fare a quel punto un raffronto tra valori omogenei in relazione a quella data e rivalutare la differenza da tale data all'attualità¹⁰⁹.

Una particolare notazione, infine, deve essere effettuata con riferimento alla possibilità di disporre il risarcimento in forma specifica nei casi di inadempimento contrattuale.

Il rimedio del risarcimento in forma specifica è previsto specificamente per la fattispecie dell'illecito extracontrattuale (art. 2058 c.c.), ma la giurisprudenza¹¹⁰ e la prevalente dottrina¹¹¹ lo reputano applicabile anche all'inadempimento. La stessa esigenza che sta a fondamento dell'obbligo di risarcimento, cioè l'esigenza di ripristinare la posizione del creditore lesa dall'inadempimento, impone infatti di dare ingresso a quella forma risarcitoria che vale a rimuovere direttamente il danno.

Il risarcimento del danno in forma specifica è quindi, pur sempre, un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio o del dovere di rispetto altrui. Esso pertanto non deve essere confuso né con l'azione di adempimento, né col rimedio dell'esecuzione forzata in forma specifica quale strumento per l'attuazione coattiva del diritto¹¹².

In sostanza, il risarcimento in forma specifica è caratterizzato dal fatto che l'interesse del creditore è realizzato non già mediante la prestazione che il debitore si era originariamente obbligato ad effettuare, ma mediante una prestazione diversa, in sostituzione di quella originaria. Da ciò deriva anche l'obbligo, per il giudice, di valutare la possibile eccessiva onerosità della prestazione, e quindi di verificare se la nuova e diversa prestazione comporta un

¹⁰⁹ Cass. 22.12.1998, n. 12788, in *Giust. civ.*, Mass. 1998, 2641.

¹¹⁰ Cass. 3.1.1994, n. 6, *Foro it.*, 1994, I, 1783, che ha riconosciuto ammissibile la condanna del notaio – responsabile per avere ommesso di effettuare le dovute visure – a provvedere alla cancellazione delle iscrizioni ipotecarie non dichiarate nell'atto di vendita; v. anche Cass. 2.3.1973, n. 582.

¹¹¹ Tra gli altri C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, cit., 186 ss.; M. C. Ebene Cobelli, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 485.

¹¹² *Contra*, tuttavia, C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 504, il quale identifica l'azione di risarcimento del danno in forma specifica con l'azione di adempimento.

costo ed un sacrificio, per il debitore, largamente sproporzionato rispetto all'entità economica del danno ed al vantaggio concretamente apportato al danneggiato.

6.1. Il danno nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Le obbligazioni originariamente pecuniarie sono, come è noto, obbligazioni di valuta, e per esse vige il c.d. principio nominalistico.

Da ciò discende che, in caso di ritardo della prestazione pecuniaria, il creditore insoddisfatto avrà diritto esclusivamente agli interessi legali, con esclusione di ogni automatismo rivalutativo (rivalutazione monetaria), dovendo comunque il debitore effettuare la propria prestazione corrispondendo, quanto al capitale, la stessa somma di denaro di cui all'obbligazione contratta.

Il giudice, nell'operare la liquidazione degli interessi, dovrà riconoscere quindi gli interessi corrispettivi dalla scadenza del debito, e, dal momento della mora, gli interessi moratori, che si sostituiscono ai primi.

Non è escluso, peraltro, che, anche nelle obbligazioni di valuta, possa avere rilievo la svalutazione monetaria.

Tale fenomeno, tuttavia, verrà in rilievo unicamente per la configurazione del "maggior danno" ex art. 1224, comma 2, c.c.

In sostanza, poiché gli interessi moratori hanno funzione risarcitoria, se il creditore dimostra di avere subito un danno maggiore di quello coperto dagli interessi, allora il giudice potrà liquidare tale maggior danno, eventualmente facendo riferimento proprio agli indici di svalutazione monetaria: ciò normalmente avviene quando la perdita di valore della moneta sia superiore al livello degli interessi legali: non a caso, tale questione aveva assunto una particolare rilevanza negli anni '70 ed '80, caratterizzati da un elevato livello di inflazione e dal tasso di interesse legale al 5%; negli anni successivi, finita l'inflazione galoppante, la questione è divenuta meno rilevante, anche se non è escluso che possa ripresentarsi nuovamente¹¹³.

¹¹³ Il tasso legale di interesse dal 1° gennaio 2010 è stato fissato all'1% (D.M. 4.12.2009).

E' comunque principio assolutamente consolidato in giurisprudenza quello per cui il "maggior danno" non possa cumularsi con gli interessi legali, ragion per cui, nel caso in cui tale maggior danno venga liquidato facendo ricorso agli indici di svalutazione monetaria, esso potrà consistere soltanto nella differenza tra la perdita di valore della moneta ed il tasso legale di interessi.

Un problema sul quale la giurisprudenza si è soffermata diverse volte è poi quello della prova del maggior danno.

In linea di principio, si ritiene che sia onere del creditore allegare e dimostrare l'esistenza di tale maggior danno, avvalendosi di ogni mezzo di prova consentito dall'ordinamento.

Peraltro, deve escludersi l'applicazione di qualsiasi automatismo nel riconoscimento del danno, facendo un mero riferimento all'intervenuta svalutazione monetaria, anche se si riconosce generalmente che tale prova possa essere fornita attraverso presunzioni semplici, fondate su condizioni e qualità personali del creditore e sulle modalità di impiego del denaro coerenti - secondo i criteri della normalità e della possibilità, in base alle varie categorie economiche: imprenditori, modesti consumatori, creditori occasionali, ecc. - con tali elementi, per desumere dal complesso di questi dati quali maggiori utilità, nei singoli casi, la somma tempestivamente erogata avrebbe potuto procurare al creditore medesimo¹¹⁴.

¹¹⁴ Il *leading case* in materia è Cass. 4.7.1979, n. 3776, in *Foro it.* 1980, I,118; v. anche Cass., sez. un., 5.4.1986, n. 2368, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1595; Cass. 12.3.1990, n. 2013, *Foro it.* 1990, I,3211. Di recente, v. Cass. 14.2.2006, n. 3146, *Giust. civ.* Mass. 2006, 2; Cass. 2.8.2004, n. 14767, in *Danno e resp.* 2005, 1113; Cass. 1.4.2003, n. 4919, *Giust. civ.* Mass. 2003, 4. Con riferimento al credito del professionista, v. Cass. 2.8.2005, n. 16132, in *Giust. civ.* 2006, 10 2083, secondo la quale <<in caso di ritardato pagamento dei compensi dovuti per prestazione professionali è configurabile il diritto del professionista, oltre che agli interessi legali, anche alla rivalutazione monetaria, soltanto ove vengano allegati e dimostrati elementi di fatti dai quali si possa desumere un orientamento all'impiego di capitali tale da assicurare al creditore rendimenti superiori a quelli derivanti dalla percezione di interessi al tasso legale; tale onere probatorio non può ritenersi assolto dalla mera dimostrazione di un determinato status professionale o sociale, non corredata da elementi atti ad evidenziare le relative propensioni economiche, atteso che solo queste ultime possono indicare la categoria di appartenenza del creditore medesimo e, quindi, giustificare presunzioni circa l'impiego del denaro dovutogli, ove tempestivamente riscosso; né è sostenibile l'equiparazione del credito del professionista a quello dell'imprenditore, nei cui confronti può essere applicata la presunzione dell'investimento delle somme percepite nelle materia prime e nei macchinari necessari allo svolgimento dell'attività produttiva, e neppure quello dei modesti consumatori, l'intero reddito dei quali è utilizzato per sopperire alle esigenze del quotidiano>>.

Per quel che riguarda, infine, le modalità di computo del maggior danno ai sensi dell'art. 1224, comma 2, c.c., occorrerà procedere all'integrale rivalutazione del credito; tale rivalutazione si sostituirà al danno presunto costituito dagli interessi legali, e sarà idonea, quale espressione del totale del danno sofferto in concreto, a coprire l'intera area dei danni subiti dal creditore, con la conseguenza che solo da tale data spetteranno, sulla somma rivalutata, gli interessi, verificandosi altrimenti l'effetto che il creditore riceverebbe due volte la liquidazione dello stesso danno e conseguirebbe più di quanto avrebbe ottenuto se l'obbligazione fosse stata tempestivamente adempiuta¹¹⁵.

6.2. Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale.

Il concetto di danno come evento lesivo – e quindi come violazione di un interesse giuridicamente protetto – fa emergere il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale, e cioè del danno consistente nella lesione di interessi di natura non patrimoniale.

Il codice civile sancisce la regola della risarcibilità dei danni non patrimoniali solo nei casi stabiliti dalla legge, con una norma (art. 2059 c.c.) prevista in materia di responsabilità extracontrattuale, ma che da tempo la giurisprudenza ritiene estensibile anche alle ipotesi di responsabilità contrattuale.

Non è certo questa la sede per ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale relativa alla determinazione dei limiti della risarcibilità del danno non patrimoniale.

E' noto che, con le sentenze del 31.5.2003, n. 8827 e 8828¹¹⁶, il S.C. ha superato la tradizionale tripartizione in precedenza esistente tra danno patrimoniale, danno morale soggettivo e danno biologico, facendo propria, invece, una concezione "bipolare" del danno (patrimoniale e non patrimoniale), e specificando che il risarcimento del danno non patrimoniale deve essere riconosciuto in tutti i casi di violazione di interessi della persona costituzionalmente rilevanti, trattandosi di

¹¹⁵ In questo senso Cass. 28.6.2006, n. 14975, *Giust. civ.*, Mass. 2006, 7-8.

¹¹⁶ Tra l'altro in *Danno e resp.*, 2003, 816 ss.

interessi che hanno vista riconosciuta una tutela legislativa al massimo livello – e quindi prevista dalla legge, secondo la dizione di cui all’art. 2059 c.c. – e la cui lesione, pertanto, non può andare esente da risarcimento.

Con le sentenze delle sezioni unite dell’11.11.2008, n. 26972¹¹⁷ e 26973¹¹⁸, poi, il S.C., nel negare autonomia alla figura del c.d. danno esistenziale, ha peraltro espressamente riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale nell’ipotesi di inadempimento contrattuale.

V’è da dire che la giurisprudenza di merito da tempo aveva già raggiunto questo risultato: si pensi, ad esempio, alle sentenze che, in materia di contratto di locazione abitativa, hanno riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale¹¹⁹, sulla scorta dell’ampia giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto la natura di diritto inviolabile del diritto all’abitazione¹²⁰. È stato così classificato come danno non patrimoniale, ad esempio, il vivere in un appartamento troppo freddo¹²¹.

Il rilievo del diritto all’abitazione si riflette anche sul risarcimento del danno da inadempimento di altri contratti, quali quello di appalto per lavori di costruzione o ristrutturazione della casa dell’appaltante. È difatti del tutto ovvio che il contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione o ristrutturazione di un’abitazione, scrutinato attraverso la lente della «causa concreta», sia diretto a soddisfare un interesse del creditore anche non patrimoniale¹²².

Altri settori in cui è frequente il riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale è quello dei trasporti e della sanità.

In particolare, con riferimento a quest’ultimo settore, è noto che la giurisprudenza da tempo ricostruisce il rapporto tra paziente e struttura sanitaria come un rapporto avente natura contrattuale (fondato sul c.d. «contatto sociale»>>), configurando così l’eventuale negligenza del medico operatore come

¹¹⁷ In *Giust. Civ.*, 2009, 4-5, 913.

¹¹⁸ In *Foro it.*, 2009, I, 120

¹¹⁹ Pret. Roma 3.12.1973, *Foro it.*, 1974, I, 905; Pret. Bari 13.1.1973, *Foro it.*, 1973, I, 277.

¹²⁰ Corte cost. 28.7.1983, n. 252; Corte cost. 25.2.1988, n. 217; Corte cost. 7.4.1988, n. 404; Corte cost. 14.12.2001, n. 410; Corte cost. 21.11.2000, n. 520; Corte cost. 25.7.1996, n. 309.

¹²¹ Trib. Milano 14 settembre 2006, n. 10143, *Giustizia a Milano*, 2006, 9, 60.

¹²² Si vedano sul tema Trib. Ivrea 22 giugno 2004, *Giur. merito*, 2005, 845; *D&G*, 2004, 46, 84; Trib. Milano 25 marzo 2008, n. 3895, *Giustizia a Milano*, 2008, 3, 18.

vero e proprio inadempimento contrattuale, con conseguente risarcibilità della lesione del diritto alla salute¹²³.

Peraltro, al di là delle ipotesi di lesione di interesse costituzionalmente rilevanti, numerose sono le sentenze in tema di ritardi aerei e ferroviari, di perdita di bagagli ed altre simili fattispecie, provenienti soprattutto da giudici di pace¹²⁴. In linea generale può dirsi che — pur non mancando pronunce stravaganti — l'atteggiamento di questi ultimi, così come dei tribunali chiamati a giudicare di analoghe vicende, si può riassumere nel riconoscere un risarcimento, con le più diverse motivazioni, non sempre del tutto persuasive, dinanzi a ritardi gravi oppure a condotte arroganti del vettore, e di respingere invece la domanda dinanzi ad eventi modesti¹²⁵.

Molteplici responsi — è superfluo dire — sono stati pronunciati con riguardo alla fattispecie della vacanza rovinata¹²⁶. Anche in questo caso, non essendo possibile un resoconto esaustivo, basterà rammentare che la risarcibilità del danno non patrimoniale da vacanza rovinata trova il suo punto fermo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹²⁷. Il che rende arduo denegare, in astratto, tale risarcimento, come imporrebbe fare un'applicazione letterale delle sentenze delle Sezioni Unite.

¹²³ V., da ultimo, Trib. Milano 9.12.2009, cit.

¹²⁴ V., ad es., G.d.P. Ancona 16.5.2007, *Dir. e lav. Marche*, 2008, 1-2, 100; G.d.P. Roma 29.9.2006, *Dir. trasporti*, 2007, 3, 909; G.d.P. Milano 18.12.2000, *Giur. it.*, 2001, 1159; G.d.P. Massa 17.11.2003, *Dir. trasporti*, 2004, 1000; G.d.P. Bassano Grappa 17.12.2004, *Dir. trasporti*, 2005, 1108; G.d.P. Palermo 10.11.2006, *Giudice di pace*, 2007, 255

¹²⁵ Ed in ciò, non sembra che «la giurisprudenza di prossimità», come è definita dalle SS.UU. nella sentenza 26972/2008, al § 3.9., sia così lontana dall'indirizzo segnato da Corte di Giustizia CE 22.12.2008, n. 549, *Guida dir.*, 2009, 111: «Il negato imbarco, la cancellazione del volo o i ritardi prolungati sono causa di gravi disagi e fastidi per i passeggeri». Il che vuole dire che, per la Corte di giustizia, disagi e fastidi rientrano nell'ambito del giuridicamente rilevante, mentre, secondo le Sezioni Unite, sempre al § 3.9., sono «palesamente non meritevoli dalla tutela risarcitoria... i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana».

¹²⁶ A titolo, si ripete, solo esemplificativo v. Trib. Milano 18.10.2007, *Danno e resp.*, 2009, 183; Trib. Bologna 7.6.2007, *Resp. civ. e prev.*, 2008, 6, 1401; Trib. Marsala 14.4.2007 [altrove pubblicata con data 5 aprile], *Dir. trasporti*, 2008, 1, 219; *Foro it.*, 2007, 9, 2606; G.d.P. Roma 12 dicembre 2007, *Dir. trasporti*, 2008, 2, 574; G.d.P. Siracusa 26 marzo 1999, *Giust. civ.*, 2000, I, 1205.

¹²⁷ Corte di Giustizia CE 12.3.2002, n. C-168/00, *Danno e resp.*, 2002, 1097.

Si rinviene ancora un'ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento determinatosi nel corso di una vacanza di studio¹²⁸.

La generale risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da illecito contrattuale, già riconosciuta nell'ambito del rapporto di lavoro, in virtù della previsione dell'art.2087 c.c.¹²⁹

Successivamente alle decisioni delle SS.UU. dell'11.11.2008, l'atteggiamento prevalente dei giudici di merito sembra di ossequio formale all'indicazione volta a limitare l'ambito della risarcibilità alla sola lesione di diritti inviolabili, ma, nei fatti, riconoscono sovente il risarcimento del danno in situazioni analoghe a quelle già in precedenza conosciute, anche se, nei fatti, questa impostazione subisce qualche oscillazione.

Segnalo, di recente, Trib. Genova 12.1.2009¹³⁰, che ha ritenuto che *<<l'inadempimento del contratto di trasporto aereo derivante dal ritardo del volo (otto ore e trentacinque minuti di ritardo sul percorso Genova – Atene, tre ore e venti minuti sul percorso di ritorno Atene – Genova) non importa lesione di un diritto inviolabile, e pertanto non determina alcun danno non patrimoniale risarcibile>>*.

Lo stesso Trib. Genova, invece, con altra decisione¹³¹, ritiene che *<<poiché il diritto di ciascuno alla formazione scolastica è riconosciuto a livello costituzionale, come manifestazione del più ampio “diritto allo studio”, che si esplica nella tutela della promozione e dello sviluppo della personalità dello studente, è risarcibile il danno non patrimoniale cagionato dall'inadempimento contrattuale posto in essere dall'istituto scolastico privato che, non avendo conseguito il requisito della parità scolastica, abbia precluso all'alunno iscritto presso di sé di sostenere l'esame di maturità>>*.

Per contro, il Tribunale di Roma, con una recente pronuncia¹³², ha ritenuto che *<<il risarcimento del danno non patrimoniale determinato da inadempimento contrattuale non richiede che l'inadempimento abbia comportato la lesione di un*

¹²⁸ Trib. Roma 7.3.2003, n. 7830, www.personaedanno.it.

¹²⁹ Cass., sez. un., 24.3.2006, n. 6572, *Foro it.*, 2006, I, 2334.

¹³⁰ In *Giur. merito*, 2009, 11, 2767.

¹³¹ Trib. Genova 4.5.2009, in *Giur. merito*, 2009, 11, 2764.

¹³² Trib. Roma 21.7.2009, n. 16202, *ibid*.

diritto inviolabile o, comunque, costituzionalmente protetto e, in concorso col requisito della prevedibilità del danno, trova il suo fondamento giuridico nell'art. 1223 c.c., dovendosi interpretare la nozione di "perdita" ivi prevista come perdita patrimoniale e non patrimoniale. Determina pertanto pregiudizio morale ed esistenziale risarcibile la qualità particolarmente scadente del banchetto nuziale, dovuta alla scarsità del cibo, alla lentezza del servizio ed alla scortesia ed impreparazione dei camerieri>>.

Secondo il Tribunale di Trieste, invece, sebbene costituisca inadempimento contrattuale l'esecuzione, da parte dell'architetto che abbia ricevuto incarico di progettazione della casa di abitazione del committente, di un progetto non realizzabile perché contrario alla locale normativa edilizia, tale inadempimento non genera un pregiudizio esistenziale risarcibile, giacché il diritto a realizzare «*il sogno della propria vita*», attraverso l'edificazione della propria casa, non è seriamente qualificabile come diritto di rilevanza costituzionale. In base alla stessa pronuncia, poiché il contratto d'opera intellettuale avente ad oggetto la progettazione, da parte di un architetto, della casa di abitazione del committente non corrisponde ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, non è risarcibile il danno biologico cagionato al committente medesimo dall'inadempimento del professionista, il quale abbia eseguito un progetto non realizzabile perché contrario alla locale normativa edilizia¹³³.

Mi permetto poi di citare Trib. Bari (sez. dist. Monopoli) 20.1.2009¹³⁴, est. Lenoci, che ha ritenuto che il reiterato e grossolano errore dell'istituto bancario nell'erronea attribuzione dell'emissione di numerosi assegni protestati ad un proprio correntista, estraneo invece ai fatti, con conseguente instaurazione di un processo penale con successiva assoluzione piena, determina una lesione dell'onorabilità della persona, tutelata dagli artt. 2 e 3 Cost., con ulteriore stato di ansia e stress e quindi con pregiudizio del diritto alla salute del danneggiato, tutelato dall'art. 32 Cost.

¹³³ Tribunale di Trieste 8.1.2009, *Danno e resp.*, 2006, 439.

¹³⁴ In *Danno e resp.*, 2009, 687.

Una statuizione simile si è pure avuta dal Tribunale di Lecce (sez. dist. Maglie)¹³⁵, che ha ritenuto che l'illegittima levata del protesto operata dall'istituto bancario nei confronti di un suo correntista comporta lesione dell'onore e della reputazione, tutelati dalla Costituzione, da cui discende l'obbligo di risarcimento del danno non patrimoniale.

Interessante è poi la questione della risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento contrattuale di società che gestisce il servizio telefonico.

Secondo una pronuncia del Tribunale di Montepulciano¹³⁶, è risarcibile il danno "esistenziale" conseguente alla privazione per circa un anno del servizio telefonico, in considerazione dell'alterazione in senso peggiorativo della quotidianità della vita della persona, che può manifestarsi sia nell'impossibilità di svolgere una pregressa attività abituale, sia nella necessità di svolgere una nuova attività.

Di contro, il Tribunale di Roma ha escluso, in un caso simile, il risarcimento del danno non patrimoniale, in quanto al distacco del collegamento telefonico può agevolmente evviarsi con l'acquisto di un telefono cellulare, con conseguente applicabilità dell'art. 1227 c.c. (danni che possono essere evitati con l'ordinaria diligenza)¹³⁷.

Un campo di elezione del risarcimento del danno non patrimoniale nell'ambito dell'inadempimento contrattuale attiene ai rapporti di lavoro, nei quali la tutela risarcitoria integrale, comprensiva del danno non patrimoniale, ha trovato fondamento, anche prima dell'intervento delle SS.UU., nell'art.2087 c.c., che impone all'imprenditore di adottare tutte le misure necessarie per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

Già in una precedente pronuncia a sezioni unite la Corte aveva riconosciuto il diritto del lavoratore al risarcimento del danno biologico ed esistenziale da

¹³⁵ Trib. Lecce – sez. dist. Maglie 11.2.2009, in *www.personaedanno.it*.

¹³⁶ Trib. Montepulciano 20.2.2009, in *www.personaedanno.it*.

¹³⁷ Trib. Roma 12.5.2009, *ined.*

dequalificazione, individuando, non già un'autonoma categoria, bensì specifici pregiudizi¹³⁸.

Il datore di lavoro è assicurato per i rischi professionali derivanti dall'esercizio dell'impresa mediante un sistema di assicurazione obbligatoria, facente capo all'Inail, dietro pagamento di premi e, nell'ambito dei rischi assicurati, il datore di lavoro è esonerato da responsabilità, sicché il lavoratore deve chiedere il ristoro dei danni all'Inail.

Nell'attuale sistema previdenziale, introdotto dal d.lgs. n.38/2000, anche il danno biologico è oggetto di indennizzo ed il datore di lavoro non risponde dei danni biologici superiori al 6%, indennizzati dall'istituto.

L'esonero da responsabilità viene tuttavia meno nel caso in cui il datore di lavoro riporti condanna penale, sicché, a seguito del ristoro dei danni da parte dell'Inail in favore del lavoratore, subirà l'azione di rivalsa dell'ente per quanto da questi pagato a titolo previdenziale e l'azione diretta del lavoratore per l'ulteriore danno non ristorato, il c.d. *danno differenziale*, costituito dalla differenza monetaria fra quanto dovuto, secondo i criteri civilistici, e quanto riconosciuto a titolo previdenziale.

Saranno altresì risarcibili in via diretta dal datore di lavoro i danni complementari, non contemplati dalla tutela previdenziale, quali il danno morale ed il biologico sino al 5%.

Il divieto di duplicazione delle poste risarcitorie imporrà pertanto in sede civile la corretta liquidazione del danno non patrimoniale, nelle componenti allegare e provate, biologico e morale, e la decurtazione di quanto riconosciuto in sede previdenziale.

Problematica appare in questo campo anche la liquidazione del danno non patrimoniale da demansionamento.

Frequentemente la giurisprudenza ha fatto ricorso al parametro retributivo, commisurando il danno ad una quota della retribuzione, mediamente fra il 20% ed il 30%.

¹³⁸ Cass., sez. un., 24.3.2006, n. 6572, cit. *supra*, nota 129.

Dopo l'intervento delle SS.UU. la stima di tale danno, squisitamente non patrimoniale, suggerirebbe secondo alcuni il ricorso ad altri criteri, in specie una quota del biologico, criterio seguito per episodi di mobbing .

Se tuttavia nel caso specifico non è configurabile danno biologico il problema permane, sicché o si ricorre ad un sistema equitativo puro o si ritorna al parametro retributivo.

7. La ripartizione dell'onere della prova.

Un problema che si pone nella casistica giurisprudenziale in materia di inadempimento contrattuale riguarda la ripartizione dell'onere della prova in ordine al dedotto inadempimento ed ai danni subiti.

Per quel che riguarda la questione della prova dell'inadempimento, in particolare, ci si è posti il problema se spetti al creditore che agisce per il risarcimento del danno, la risoluzione o l'adempimento (o l'esatto adempimento) dell'obbligazione, fornire la prova dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento da parte del debitore, è se invece tocchi a quest'ultimo dimostrare di avere esattamente eseguito la prestazione.

L'argomento aveva dato luogo ad una serie di contrasti in dottrina e giurisprudenza.

In giurisprudenza, in linea di massima, si riteneva che nelle ipotesi di azione diretta ad ottenere l'esecuzione del contratto, spettasse al creditore soltanto l'onere di provare l'esistenza del titolo costituente la fonte del rapporto¹³⁹, mentre, nell'ipotesi di azione di risoluzione per inadempimento o di risarcimento del danno, l'onere della prova a carico del creditore si estendeva fino a ricomprendere la circostanza dell'inadempimento¹⁴⁰.

¹³⁹ Tra le altre, Cass. 17.8.1990, n. 8336, *Giust. civ.*, Mass. 1990, 8; Cass. 11.7.1983, n. 4689, *Giust. civ.*, Mass. 1983, 7; Cass. 20.1.1982, n. 379, *Giust. civ.*, Mass. 1982, 1.

¹⁴⁰ Cass. 9.1.1997, n. 124, *Giust. civ.*, Mass. 1997, 23.; Cass. 24.9.1996, n. 8435, *Giust. civ.*, Mass. 1996, 1309; Cass. 19.7.1995, n. 7863, *Giust. civ.*, Mass. 1995, 1398; Cass. 4.5.1994, n. 4285, *Giust. civ.*, Mass. 1994, 600.

In dottrina, a fronte di chi propendeva nello stesso senso dell'orientamento giurisprudenziale testé richiamato¹⁴¹, vi era chi invece metteva in evidenza l'omogeneità del fatto costitutivo principale sia in ipotesi di azione mirante all'adempimento che di azione di risoluzione per inadempimento, nonché le difficoltà probatorie cui andava incontro chi volesse provare l'inadempimento¹⁴².

In giurisprudenza, peraltro, non mancavano pronunce che propendevano per una soluzione unitaria del problema, sulla base della considerazione che il fatto costitutivo del diritto – l'inadempimento – fosse in tutti questi casi unitario¹⁴³

Sul punto, sono intervenute le SS.UU. del S.C., le quali, con la sentenza 30.10.2001, n. 13533¹⁴⁴, nel risolvere il contrasto interpretativo in questione, hanno affermato che, sia per l'azione di adempimento o di esatto adempimento che per l'azione di risoluzione e di risarcimento del danno è sufficiente la sola prova del credito (e quindi del relativo titolo giustificativo), accompagnata dall'allegazione dell'altrui inadempimento, spettando al debitore l'onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'eventuale esatto adempimento.

Nel motivare tale presa di posizione, il S.C. ha evidenziato come le azioni di adempimento e quelle di risoluzione sono poste comunque sullo stesso piano ai sensi dell'art. 1453 c.c., tanto è vero che il creditore ha facoltà di scelta tra l'una e l'altra, ragion per cui non sarebbe ragionevole attribuire diversa rilevanza al fatto dell'inadempimento a seconda del tipo di azione che viene in concreto esercitata.

Sotto altro profilo, la Cassazione richiama il principio di vicinanza della prova, per cui l'onere della prova deve essere ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare i fatti e le circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione, di talché, sotto questo profilo, è più agevole per il debitore provare il proprio adempimento che per il creditore provare l'altrui inadempimento.

¹⁴¹ G. A. Micheli, *In tema di onere della prova dell'inadempimento*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 1417 ss.

¹⁴² L. Mengoni, *La responsabilità contrattuale*, voce dell'Enciclopedia del diritto, XXXIX, Milano, 1988, 1097; R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato* a cura di R. Sacco, Torino, 1999, II, 609.

¹⁴³ Cass. 5.12.1994, n. 10446, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1192; Cass. 27.3.1998, n. 3232, *Giust. civ.*, Mass. 1998, 676.

¹⁴⁴ Tra l'altro in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1934.

L'orientamento in questione è stato successivamente confermato da altre pronunce, affermandosi, pertanto, che il creditore che agisce per la risoluzione del contratto, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa; uguale criterio, peraltro, deve utilizzarsi nel caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.¹⁴⁵

Diverso è invece il discorso per quel che riguarda la prova del danno.

L'onere della prova, infatti, in questi casi incombe al danneggiato, il quale deve pertanto dimostrare gli elementi costitutivi del danno sofferto, sia per quanto attiene agli eventi lesivi che per quanto attiene agli effetti economici negativi.

Il pregiudizio dedotto deve essere provato, con ogni mezzo, ivi compresa la prova presuntiva ex 2729 c.c.

Talvolta infatti, offerta la prova del fatto lesivo, la prova delle ulteriori conseguenze può essere rinvenuta nelle presunzioni.

La prova presuntiva si può ricavare ad esempio da fatti noti, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti: ad esempio l'intensa sofferenza morale può desumersi dall'abbandono delle attività precedenti, di lavoro, studio e svago.

Il principio di non contestazione può essere di ausilio, ove la parte non sia rimasta contumace (v. il nuovo art. 115, 1° co., c.p.c.).

Si può infatti escludere l'onere della prova per i fatti primari specificamente allegati in citazione e non contestati specificamente nella comparsa di risposta.

Testimonianza *de relato ex parte actoris*: può assurgere a valido elemento di prova del fatto intimo e psicologico quando sia suffragata da circostanze oggettive e soggettive o da altre risultanze probatorie che ne confortano la credibilità¹⁴⁶. Si pensi a tal fine alle dichiarazioni rese dalla vittima di un trauma ad un testimone, in data antecedente all'avvio del giudizio, evidenzianti inequivocabili e gravi ripercussioni psicologiche, quali istinti suicidi.

¹⁴⁵ Da ultimo Cass. 12.2.2010, n. 3373, *Giust. civ.*, Mass. 2010, 2; Cass. 3.7.2009, n. 15677, *Giust. civ.*, Mass. 2009, 7-8.

¹⁴⁶ V. Cass. 3.4.2007, n. 8358, in *Guida al diritto*, 2007, 27, 54.

Considerazioni di comune esperienza: stando ben attenti a non ravvisare il danno *in re ipsa*, si può comunque affermare, con sufficiente certezza, che un genitore soffra intensamente per la morte di un figlio, il coniuge per la morte del partner, salvo che l'obbligato non deduca e provi circostanze ostative a tale conclusione, quali i rapporti conflittuali ovvero inesistenti.

8. L'azione di riduzione della prestazione.

Il nostro sistema non prevede un rimedio generale consistente nella riduzione della prestazione del creditore, in caso di inesatto adempimento da parte del debitore.

L'azione di riduzione è tuttavia prevista nella disciplina di singoli contratti tipici.

In particolare, l'azione di riduzione della controprestazione trova la sua significativa espressione nell'*actio quanti minoris* in tema di compravendita (art. 1492 c.c.) e di appalto (art. 1668 c.c.), nonché nel diritto del conduttore alla riduzione proporzionale del corrispettivo in relazione all'entità del mancato godimento a causa di riparazioni della cosa locata (art. 1584 c.c.).

Non sono mancate, tuttavia, pronunce che hanno considerato l'azione di riduzione quale rimedio di carattere generale: nella nota sentenza n. 1720/85¹⁴⁷, la Suprema Corte ha qualificato l'azione di riduzione della controprestazione, finalizzata a riequilibrare il sinallagma contrattuale alterato da un adempimento parziale o inesatto, come un rimedio giudiziario di carattere generale, esperibile anche al di là dello specifico ambito normativo del contratto di compravendita. La qualificazione dell'azione di riduzione della controprestazione come rimedio di carattere generale ha indotto la giurisprudenza all'affermazione di talune significative regole normative.

In primo luogo, la Corte di Cassazione ha esteso l'esperibilità dell'azione di riduzione del prezzo anche nell'ipotesi di inadempimento del contratto

¹⁴⁷ Cass., sez. un., 27.2.1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1630.

preliminare, ammettendo la cumulabilità di detto rimedio con quello dell'esecuzione in forma specifica (art. 2932 c.c.)¹⁴⁸.

In secondo luogo, la giurisprudenza ritiene, da tempo, che il diritto del compratore di limitare la reazione all'inadempimento alla sola richiesta di riduzione del prezzo sussista, oltre che nel caso di vizi che rendano la cosa inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, anche nell'ipotesi di mancanza delle qualità promesse ovvero di quelle essenziali per l'uso a cui la cosa è destinata, e ciò sebbene l'art. 1497 c.c. preveda che, in tal caso, il diritto di ottenere la risoluzione del contratto sia disciplinato secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento¹⁴⁹.

In materia di locazione, infine, la giurisprudenza ha affermato l'applicabilità analogica del disposto dell'art. 1584 c.c., considerando legittima la riduzione parziale del canone, proporzionata all'entità del mancato godimento dovuto, non già a riparazione della *res*, bensì a vizi del bene locato¹⁵⁰.

9. Il recesso e la ritenzione della caparra.

La caparra confirmatoria è una somma di denaro o una quantità di cose fungibili che una parte dà a garanzia dell'esecuzione di un contratto, con l'intesa che, in caso di suo inadempimento, l'altra parte potrà recedere dal contratto e trattenere definitivamente la somma o le cose ricevute. La parte che ha dato la caparra può legalmente recedere dal contratto in caso d'inadempimento dell'altra parte, ed ha diritto di esigere il doppio della caparra¹⁵¹.

La caparra confirmatoria si distingue nettamente da quella penitenziale: quest'ultima, infatti, ha soltanto la funzione di corrispettivo del diritto di recesso attribuito alla parte, mentre la caparra confirmatoria ha una funzione più ampia,

¹⁴⁸ Cass. 1720/1985, cit. *supra*, nota 147.

¹⁴⁹ Cass. 10.1.1981, n. 247, *Giust. civ.*, Mass. 1981, 1.

¹⁵⁰ Cass. 7.3.2001, n. 3341, in *Giur. it.*, 2001, 2267.

¹⁵¹ Sulla nozione di caparra, in genere, v. V.M. Trimarchi, *Caparra*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, 191; A. Giampieri, *La clausola penale e la caparra*, in G. Alpa – M. Bessone, *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, 405 ss.; G. De Nova, *Caparra*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, II, Torino, 1988, 240 ss.

precisamente di garanzia, autotutela e predeterminazione del risarcimento del danno in caso d'inadempimento; in mancanza di una diversa indicazione delle parti si presume che la caparra sia confirmatoria¹⁵².

Da un punto di vista strutturale, la caparra si configura come un contratto bilaterale la cui perfezione è subordinata alla consegna di una somma di denaro o di una quantità di cose fungibili¹⁵³

In particolare, per quel che riguarda la funzione di predeterminazione del danno risarcibile, la natura contrattuale del patto istitutivo fa sì che la caparra assuma un rilievo autonomo rispetto al contratto principale cui accede, sebbene si ponga in rapporto di accessorietà rispetto al secondo, che ne costituisce, quindi, il presupposto¹⁵⁴.

Salva la diversa volontà manifestata dalle parti, le caratteristiche dell'inadempimento che giustificano l'applicazione dell'art. 1385 c.c. sono le medesime previste dall'art. 1455 c.c. in tema di risoluzione del contratto¹⁵⁵. Ne consegue che le opzioni concesse alla parte adempiente dall'art. 1385 c.c. non potranno che essere attuate in presenza di un inadempimento di non scarsa importanza, ad eccezione della ipotesi in cui le parti abbiano inserito nel contratto principale una clausola risolutiva espressa che, ai sensi dell'art. 1456 c.c., preclude al giudice di accertare la gravità dell'inadempimento contrattualmente stabilita dalle parti. Resta fermo, peraltro, il requisito dell'imputabilità dell'inadempimento.

Attraverso il recesso ex art. 1385, 2° co., c.c. e la ritenzione della caparra la parte adempiente consegue la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno come predeterminato in sede di pattuizione della caparra stessa.

Lo stesso art. 1385 c.c., tuttavia, consente alla parte adempiente di agire per le vie ordinarie per ottenere l'adempimento o la risoluzione del contratto, nel qual

¹⁵² C.M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 361. In giurisprudenza, Cass. 11.3.2008, n. 6463, *D&G* 2008.

¹⁵³ G. Bavetta, *La caparra*, Milano, 1963, 27 ss.

¹⁵⁴ In questo senso, V.M. Trimarchi, *Caparra*, cit., 193.

¹⁵⁵ In questo senso, in giurisprudenza, Trib. Roma 15.2.2007, *Il merito*, 2007, 10, 36; Trib. Messina 19.3.2007, *In iure praesentia*, 2007, 1, 96; Cass. 19.2.1993, n. 2032, *Vita not.*, 1993, 778; Trib. Torino 26.10.1988, *Giur. it.*, 1990, I, 2, 46; Cass. 23.1.1989, n. 398, *Giust. civ.*, Mass. 1989, fasc. 1; Cass. 14.3.1988, n. 2435, *Giust. civ.*, Mass. 1988, fasc. 3; Cass. 8.11.1986, n. 6549, *Giur. comm.*, 1988, II, 69.

caso il risarcimento del danno è regolato per le vie generali (e quindi non predeterminato dalla caparra).

Si pongono, a tal proposito, alcuni problemi di ordine processuale in ordine ai rapporti tra il recesso dal contratto e la ritenzione della caparra (con la relativa azione volta a far dichiarare la legittimità di detti recesso e ritenzione), e l'azione di risoluzione contrattuale pur sempre esperibile dalla parte adempiente.

In linea generale, si tende ad escludere che i due rimedi siano tra loro cumulabili¹⁵⁶. 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 (nel qual caso, appunto, la caparra assumere la funzione di liquidazione convenzionale ed anticipata del danno da inadempimento). Qualora, invece, la parte adempiente abbia preferito domandare la risoluzione, il diritto al risarcimento del danno rimane regolato dalle norme generali, e postula che il pregiudizio subito sia provato nell'*an* e che nel *quantum*, con conseguente possibilità di rigetto della relativa domanda in ipotesi di mancato raggiungimento della prova¹⁵⁷.

Una volta che sia stata introdotta la domanda di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno, non è applicabile la disciplina della caparra di cui all'art. 1385, 2° co., c.c., ed è pertanto illegittima la condanna della parte inadempiente a restituire il doppio della caparra ricevuta, stante la non cumulabilità dei due rimedi, mentre, in questi casi, è necessaria la prova del danno secondo le regole generali¹⁵⁸.

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 ne aveva determinato la corresponsione¹⁵⁹. Se l'*accipiens* è invece adempiente, in presenza dell'azione di risoluzione la caparra svolge funzione di

¹⁵⁶ Cass. 20.9.2004, n. 18859, *Giust. civ.*, Mass. 2004, 9; Trib. Catania 25.3.1993, *Foro it.*, 1994, I, 2566.

¹⁵⁷ Cass. 4.8.1997, n. 7180, *Giust. civ.*, Mass. 1997, 1321.

¹⁵⁸ Cass. 23.8.2007, n. 17923, *Giust. civ.*, Mass. 2007, 7-8; Cass. 29.1.2003, n. 1301, *Giust. civ.*, Mass. 2003, 213; Cass. 19.10.2000, n. 13828, in *Giur. it.*, 2001, 2050; Cass. 20.9.2004, n. 18850, *D&G*, 2004, 43, 33.

¹⁵⁹ Cass. 29.8.1998, n. 8630, *Corriere giur.*, 1998, 1147.

garanzia dell'obbligazione risarcitoria e tale funzione di esplica nell'esercizio del diritto alla ritenzione della stessa fino alla liquidazione del danno, con conseguente eventuale compensazione con il credito risarcitorio¹⁶⁰.

Un problema rilevante che si è posto in giurisprudenza è quello attinente alla possibilità di mutamento della domanda di risoluzione con la domanda di accertamento della legittimità del recesso.

Secondo parte della giurisprudenza di legittimità, la parte non inadempiente che, ricevuta una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, abbia purtuttavia 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, anche in grado di appello, quelle di recesso dal contratto e di ritenzione della caparra a norma dell'art. 1385, 2° co., c.c. Tale richiesta non integrerebbe, infatti, 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 parte¹⁶¹.

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

- che la domanda di recesso è anch'essa basata sulla declaratoria 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 oggettivi e soggettivi dell'azione, sì da determinare uno spostamento dei termini della controversia su un piano diverso e più ampio,

¹⁶⁰ Cass. 16.3.2006, n. 5846, *Giust. civ.*, Mass. 2006, 3.

¹⁶¹ Cass. 6.9.2000, n. 11760, *Giust. civ.*, Mass. 2000; Cass. 11.1.1999, n. 186, *Giust. civ.*, Mass. 1999, 42;

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 c.c., comma 2, 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.

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.¹⁶²

¹⁶² Cass. 25.8.1993, n. 8995, *Giust. civ.*, Mass. 1993, 1327.

Più articolato è inoltre il panorama giurisprudenziale con riferimento alle fattispecie di risoluzione di diritto.

Infatti, a fronte di un filone costantemente volto ad escludere la possibilità di chiedere il recesso, ai sensi dell'art. 1385 c.c., 2° co., quando si è agito per la risoluzione di diritto dello stesso contratto, si rinvencono altre decisioni che, in vario modo, appaiono più elasticamente funzionali a consentire al contraente non inadempiente di utilizzare il meccanismo del recesso.

Alcune pronunce, infatti si orientano nel senso dell'impraticabilità del rimedio del recesso, essendo il contratto già risolto *ex lege*¹⁶³.

Secondo un'altra impostazione, invece, la possibilità del recesso è ammissibile se la risoluzione di diritto non si è verificata per rinuncia all'effetto risolutorio¹⁶⁴

Secondo una ulteriore impostazione, la parte adempiente avrebbe comunque la possibilità di utilizzare il meccanismo di cui all'art. 1385 c.c., 2° co., c.c., dopo essersi avvalsi della risoluzione di diritto senza ulteriore domanda di risarcimento del danno allorquando, 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.¹⁶⁵.

Nel senso, invece, della possibilità di recesso indipendentemente dal tipo di risoluzione, infine, risulta essersi espressa, di recente, Cass. 18.11.2002, n. 16221¹⁶⁶, 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

¹⁶³ Cass. 19.4.2006, n. 9040, *Giust. civ.*, Mass. 2006, 4; Cass. 2.12.2005, n. 26232, *D&G*, 2006, 8, 37; Cass. 25.5.1989, n. 2557, *Giust. civ.*, mass. 1989, 5, 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 c.c., comma 2

¹⁶⁴ Cass. 10.2.2003, n. 1952, *Giust. civ.*, 2003, I, 1536; Cass. 4.8.1997, n. 7182, *Giust. Civ.*, Mass. 1997, 1321.

¹⁶⁵ Cass. 3.3.1997, n. 1851, in *Vita not.*, 1997, 254; Cass. 11.1.2001, n. 319, in *I Contratti*, 2001, 437.

¹⁶⁶ *Giust. Civ.*, 2003, I, 2173.

risoluzione, 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".

Un'ulteriore questione interpretativa attiene ai rapporti tra caparra e *quantum* del risarcimento del danno.

Secondo Cass. 11.3.2003, n. 3555¹⁶⁷, infatti, 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 c.c., comma 2.

Altre pronunce, invece predicano l'opposto principio secondo il quale la caparra avrebbe funzione di *minimum* risarcibile anche nel caso di domanda di risoluzione: in particolare, si 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 riguardo¹⁶⁸.

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

Su tutte queste questioni sono intervenute di recente le SS.UU. della Corte di cassazione, le quali, con sentenza 14.1.2009, n. 553¹⁶⁹, hanno evidenziato innanzitutto, che l'art. 1385 c.c., 3° co., <<nell'accordare alla parte non inadempiente la facoltà di avvalersi della tutela risolutoria ordinaria, non ha in

¹⁶⁷ *Giust. civ.*, Mass. 2003, 501.

¹⁶⁸ Cass. 16.5.2006, n. 11356, *Il civilista*, 2007, 1, 81; Cass. 18.11.2002, n. 16221, *Giust. civ.*, 2003, I, 2173; Cass. 24.1.2002, n. 849, *Giust. civ.*, 2002, I, 1905; Cass., 6.9.2000, n. 11760, *Giust. civ.*, Mass. 2000, 1901; Cass. 11.1.1999, n. 186, *Giust. civ.*, Mass. 1999, 42.

¹⁶⁹ Tra l'altro in *Vita not.*, 2009, 2, 891.

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")>>.

Il S.C. ha poi messo in evidenza:

- 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 c.c., comma 3, 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*.

Dalle considerazioni sinora esposte discende quindi la 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 c.c., comma 2 (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*.

Specularmente inammissibile deve ritenersi la domanda di risoluzione giudiziale introdotta dopo essersi avvalsi della tutela speciale ex art. 1385 c.c., 2° co., 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.

Per quel che riguarda, infine, la questione dei rapporti tra domanda di declaratoria di risoluzione di diritto e domanda di accertamento della legittimità del recesso e di ritenzione della caparra, le SS.UU. rilevano, in motivazione, 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.

Inoltre, 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.

Con riferimento, poi alla possibilità di rinunciare all'effetto risolutorio da parte del soggetto non inadempiente, tale possibilità 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;

Peraltro, 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) dacchè 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.

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

Concludono quindi le SS.UU. affermando che:

- a) 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;
- b) 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);
- c) 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, di cui al precedente punto b);

d) 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;

e) 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;

f) 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.

VALENTINO LENOCI
valentino.lenoci@giustizia.it