

Rapporti tra azione di risoluzione e azione di recesso

Cass. Civ., sez. III, sentenza 30 novembre 2015, n. 24337 (Pres. Vivaldi, est. Armano)

Giocatore – Contratti regolati dall'ente pubblico – Tutela del consumatore – Applicabilità – Sussiste

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 verrebbe così a vanificarsi la stessa funzione della caparra, quella cioè di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, consentendosi inammissibilmente alla parte non inadempiente di 'scommettere' puramente e semplicemente sul processo, senza rischi di sorta; l'azione di risoluzione avente natura costitutiva e l'azione di recesso si caratterizzano per evidenti disomogeneità morfologiche e funzionali che rendono inammissibile la trasformazione dell'una nell'altra; 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;

(Massima a cura di Giuseppe Buffone – Riproduzione riservata)

1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia violazione dell'articolo 345 c.p.c. il ricorrente sostiene che erroneamente il giudice d'appello ha ritenuto inammissibile, perché proposta per la prima volta nel giudizio di appello, la domanda di recesso volta ad ottenere il pagamento del doppio della caparra.

Il ricorrente afferma che nel giudizio di primo grado è stata proposta una domanda principale, volta a far dichiarare la nullità del preliminare, e una domanda subordinata di risoluzione e recesso, per sentir dichiarare la risoluzione del contratto preliminare per grave inadempimento del promittente venditore con condanna ai sensi dell'articolo 1385 c.c. alla restituzione del doppio della caparra. Si sostiene, nell'illustrazione del motivo, che anche la sostituzione, in sede di appello, della domanda di risoluzione contrattuale per inadempimento con quella di recesso ex art. 1385 2° comma c.c. non integrerebbe affatto gli estremi dello ius novorum (vietato), ma andrebbe configurata come esercizio di una perdurante facoltà del richiedente quale istanza processuale soltanto ridotta rispetto alla già proposta risoluzione.

2. Con il secondo motivo si denunzia violazione degli artt. 112 ,276 comma secondo e 277 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c.. Nullità della sentenza.

Sostiene il ricorrente che il giudice è tenuto a trattare le questioni secondo il loro naturale ordine logico oppure valutare tra due domande proposte congiuntamente quale di esse è prioritaria logicamente. Nel caso di specie il giudice avrebbe dovuto preliminarmente esaminare la domanda di recesso, per la quale non vi era alcuna necessità di approfondimento sul quantum e solo successivamente ampliare eventualmente la valutazione, esaminando la richiesta di risoluzione risarcimento.

3. Con il terzo motivo si denunzia vizio di motivazione ex art. 360 n.5 c.p.c. in relazione alla scelta del giudice di primo grado di provvedere solo sulla domanda di risoluzione per inadempimento e risarcimento del danno, mentre tale domanda era stata proposta congiuntamente alla domanda di recesso e pagamento del doppio della caparra. Il tribunale avrebbe dovuto esaminare entrambe le domande nel merito.

4. I tre motivi si esaminano congiuntamente per la stretta connessione logico- giuridica che li lega e sono infondati.
Il giudice di primo grado ha qualificato la domanda proposta dal M., in subordine alla domanda di nullità, come domanda di risoluzione per inadempimento con richiesta di risarcimento del danno.

Tale qualificazione giuridica non è stata censurata in appello dall'attuale ricorrente che, al contrario, nell'atto di impugnazione ha confermato che la domanda di recesso, con richiesta della restituzione del doppio della caparra ai sensi dell'articolo 1385 comma 2 c.c., era stata formulata in via subordinata rispetto alla domanda di risoluzione e doveva significare che, in difetto di una prova di un danno maggiore rispetto alla somma di cui alla caparra, il giudice di appello avrebbe dovuto accogliere la domanda di recesso, domanda di recesso che ha formulato in sede di appello. S.Di conseguenza sono inammissibili perché nuove, le censure relative alla qualificazione giuridica della domanda proposta in via subordinata rispetto alla nullità del contratto, ed alla scelta dell'ordine di trattazione della domande da parte del giudice di primo grado.

6. La Corte di appello ha rigettato la domanda volta ad ottenere il doppio della caparra confirmatoria sul rilievo che qualora il contraente non inadempiente abbia agito per la risoluzione ed il risarcimento del danno costituisce domanda nuova inammissibile in appello quella volta ad ottenere la declaratoria dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra o pagamento del doppio, avuto riguardo oltre che alla disomogeneità esistente tra la domanda di risoluzione giudiziale e quella di recesso ed all'irrinunciabilità dell'effetto conseguente alla risoluzione di diritto - all'incompatibilità strutturale funzionale tra ritenzione della caparra e domanda di risarcimento

7. La corte di appello ha giustamente rilevato l'incompatibilità giuridica tra la domanda di risoluzione per inadempimento e quella di recesso e la

contraddittorietà fra la richiesta di risarcimento del danno e quella di ritenzione della caparra a seguito del recesso.

Sul punto la Corte si è attenuta alla giurisprudenza delle Sezioni Unite di questa Corte che con la sentenza n.553/2009, componendo un contrasto insorto sul punto, ha affermato che: 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 verrebbe così a vanificarsi la stessa funzione della caparra, quella cioè di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, consentendosi inammissibilmente alla parte non inadempiente di 'scommettere' puramente e semplicemente sul processo, senza rischi di sorta;

l'azione di risoluzione avente natura costitutiva e l'azione di recesso si caratterizzano per evidenti disomogeneità morfologiche e funzionali che rendono inammissibile la trasformazione dell'una nell'altra;

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;

8. Questa Corte intende confermare i principi espressi dalla sentenza delle sezioni unite del 2009, non condividendo quanto affermato nella isolata ordinanza di questa Corte n. 24.841 del 2011 dove si afferma che la parte, in sostituzione della domanda di adempimento o di risoluzione contrattuale per inadempimento con domanda di risarcimento del danno, può legittimamente invocare (senza incorrere nelle preclusioni derivanti dalla proposizione dei 'nova' in sede di gravame) la facoltà di cui all'art. 1385 c.c., comma 2, poiché tale modificazione delle istanze originarie costituisce legittimo esercizio di un perdurante diritto di recesso rispetto alla domanda di adempimento, ed un'istanza di ampiezza più ridotta rispetto all'azione di risoluzione (Cass. Sez. 2, 11-1-1999 n. 186; Sez. 2, 23-9-1994 n. 7644). Tale decisione si fonda su una giurisprudenza di legittimità risalente nel tempo e del tutto superata dalla decisione delle sezioni unite del 2009 da cui detta ordinanza si discosta senza contrastarne la motivazione con alcun argomento convincente e senza tenere conto dell'ulteriore rilievo che chi ammette una fungibilità tra le azioni lato sensu risarcitorie ignora che ciò si risolverebbe nella indiscriminata e gratuita opportunità di modificare, per ragioni di mera convenienza economica, la strategia processuale iniziale dopo averne sperimentato gli esiti; dall'altro ancora, soltanto l'esclusione di una inestinguibile fungibilità tra rimedi consente di evitare situazioni di abuso e rende il contraente non inadempiente doverosamente responsabile delle scelte operate, impedendogli di sottrarsi ai risultati che ne conseguono, quando gli stessi non siano corrispondenti alle aspettative che ne hanno dettato la linea difensiva.

Tale interpretazione è in armonia con il nuovo dettato dell'art. 111 Cost. di

evitare rilevanti diseconomie processuali, non dimenticando come le domande di risoluzione e di risarcimento comportino spesso, sul piano probatorio, un'intensa e defatigante attività per le parti e per il giudice e che la modifica della domanda potrebbe risultare 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. Il ricorso deve essere rigettato e le spese del presente giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali liquidate in euro 7.200,00, di cui euro 200,00 per esborsi oltre accessori e spese generali come per legge.