

Recesso dal contratto preliminare di compravendita: profili sostanziali e processuali

di [Francesco Tedioli](#)

[Cass. civ. Sez. III, 11 ottobre 2005, n. 19757](#)

pubblicato in *Obbl. e Contr.*, 2006, 11, 913

Sommario: 1. Il caso - 2. La caparra confirmatoria - 3. Risoluzione del contratto e recesso: due figure affini - 4. Recesso dal contratto preliminare di vendita e litisconsorzio necessario dei promittenti venditori

1. Il caso

Sette comproprietari, ciascuno per la propria quota, promettono di vendere un bene immobile, stabilendo, a carico del promissario acquirente il versamento, in più *tranches*, di una caparra confirmatoria pari al 37 per cento del prezzo. Il contratto definitivo non viene stipulato nel termine pattuito per incompletezza del certificato di destinazione urbanistica. Poiché il promissario acquirente rifiuta di versare l'ultima rata della caparra, i promittenti venditori si avvalgono della clausola risolutiva espressa contemplata nel preliminare. Il promissario acquirente reagisce, convenendo in giudizio tutti i comproprietari, ma notifica la citazione solamente a cinque di loro, concludendo perché siano condannati al pagamento del doppio della caparra o, in via subordinata, alla restituzione di quanto versato.

Il Tribunale ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei due comproprietari pretermessi, ma nessuna delle parti provvede nel termine fissato. Il giudice adito, conseguentemente, con sentenza, dichiara l'estinzione del processo.

Di tutt'altro avviso si mostra la Corte d'Appello la quale, dopo aver revocato l'ordinanza di integrazione del contraddittorio per assenza del litisconsorzio necessario e dichiarato la nullità della sentenza nella parte in cui ha pronunciato l'estinzione del giudizio, accerta l'inadempimento dei convenuti, il diritto dell'attore all'esercizio del recesso e condanna gli appellanti (principali) al pagamento, in solido, del doppio della caparra.

I soccombenti ricorrono in Cassazione formulando numerosi motivi di gravame (alcuni dei quali *ictu oculi* fondati)¹, che neppure vengono esaminati in quanto considerati assorbiti nel primo motivo accolto, ad essi pregiudiziale. La Suprema Corte riscontra, in sostanza, l'assoluta erroneità della sentenza impugnata laddove malamente nega la necessità del litisconsorzio necessario e così argomenta: dal punto di vista sostanziale, la vendita di unico bene immobile, da parte di una pluralità di promittenti venditori, crea un rapporto giuridico inscindibile ed a loro comune che li obbliga ad adempiere reciproche ma indivisibili prestazioni. Laddove,

¹ Ci si riferisce, ad esempio, ai motivi afferenti: l'indebito cumulo di interessi e rivalutazione in un debito di valuta (tale è l'obbligo di restituzione della caparra, assoggettato al principio nominalistico, v. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Scritti Sacco, II, Milano, 1994; Cass., 5.10.2000, n. 13284, la quale precisa che il maggior danno, previsto dall'art. 1224, 2° co., c.c., va dedotto e dimostrato) o l'erronea condanna alla restituzione del doppio della caparra stabilita nel contratto invece del doppio della caparra versata.

dunque, venga esercitata un'azione costitutiva volta ad ottenere lo scioglimento del contratto o, anche, di accertamento del diritto del promittente acquirente al recesso per inadempimento dei promittenti venditori, è fuori discussione che il processo si debba svolgere nel contraddittorio di tutti i singoli promittenti venditori.

La manifesta erroneità della sentenza gravata consiste, dunque, nell'aver interpretato la domanda attorea come una semplice domanda di condanna alla restituzione di somme da parte di obbligati solidali, che, come tale, non necessita del litisconsorzio necessario. L'attore, invece, ha esercitato il recesso dal contratto preliminare di vendita, ha allegato l'inadempimento della controparte e chiesto, ai sensi dell'art. 1385, 2° co., c.c., la restituzione del doppio della caparra versata. Proprio in quest'ultima domanda, chiarisce la Corte, è già implicita, quella di recesso, cosicché, fin quando resta ferma la prima, permane inevitabilmente anche la seconda.

Il recesso del contraente non inadempiente viene qualificato come uno speciale strumento risolutivo, non dissimile dall'azione generale disciplinata dagli artt. 1453 ss. c.c., che, pertanto, produce l'estinzione del contratto. La Suprema Corte ritiene indispensabile questa premessa per verificare se ricorrano i presupposti di cui all'art. 102 c.p.c. Infatti, il litisconsorzio necessario non ricorre solo nei casi espressamente previsti dalla legge, ma anche quando la situazione sostanziale plurisoggettiva dedotta in giudizio debba essere necessariamente decisa in maniera unitaria nei confronti di ogni soggetto che ne sia partecipe, onde non privare la decisione dell'utilità connessa all'esperimento dell'azione proposta.

Ciò vale indipendentemente dalla natura del provvedimento richiesto, sia esso una sentenza costitutiva, di condanna o meramente dichiarativa². Nel caso di specie, la promessa di vendita di un bene in comunione e considerato dalle parti come un unicum inscindibile dà luogo ad un'obbligazione indivisibile, con conseguente litisconsorzio necessario, attesa l'impossibilità giuridica che una qualsiasi modificazione del rapporto intervenga nei confronti soltanto di talune delle parti e non di tutte³.

Osserva la Cassazione che i giudici di secondo grado, prima di pronunciare la condanna di pagamento, hanno accertato l'inadempimento dei promittenti venditori (per aver fornito un certificato di destinazione urbanistica incompleto) ed il legittimo esercizio, da parte dell'attore, del diritto di recesso dal contratto preliminare con conseguente obbligo di restituzione del doppio della caparra da parte dei convenuti. La pronuncia che ha riconosciuto sciolto, per effetto del recesso, il contratto plurilaterale doveva essere resa nei confronti di tutte le parti del rapporto contrattuale, per non essere *inutiliter data*. Ne consegue, pertanto, che la mancata partecipazione al giudizio dei due promittenti venditori impedisce l'esame del merito; basta, di per sé, a caducare la sentenza impugnata, siccome emessa su un presupposto erroneo e, per la sua assoluta pregiudizialità, assorbe tutti gli altri motivi, sostanziali e processuali, di cassazione. La sentenza d'appello viene, quindi, cassata, col rinvio al giudice di pari grado il quale, a parere dello scrivente, non potrà prescindere dalla già pronunciata dichiarazione di estinzione del processo e, conseguentemente non potrà addebitare ad una delle parti l'inadempimento o, tanto meno, valutare l'importanza concreta di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 1452 c.c.

2. La caparra confirmatoria

L'art. 1385 c.c., ipotizzando tutte le possibili evoluzioni del rapporto contrattuale, dall'adempimento sino alla

² V. Cass., 26.2.1992, n. 11626.

³ Cfr. Cass., 6.2.1999, n. 1050 e Cass., 11.2.1997, n. 1258; v. altresì, in tema, Cass., 26.11.2002, n. 16678 e Cass., 8.7.1993, n. 7481.

sua fase patologica, disciplina l'istituto della caparra confirmatoria⁴.

Secondo la dottrina maggioritaria, la caparra confirmatoria, al pari di quella penitenziale⁵, ha la struttura di patto contrattuale⁶ a carattere reale⁷ ed una funzione complessa⁸ che racchiude in sé diverse finalità: di 1) prova dell'avvenuta conclusione del contratto principale⁹; 2) anticipata parziale esecuzione della prestazione convenuta¹⁰; 3) rafforzamento del vincolo contrattuale, mediante la tutela preventiva del credito¹¹ e la coazione indiretta del debitore¹²; 4) liquidazione preventiva e convenzionale del danno conseguente all'inadempimento di una obbligazione¹³, qualora la parte non inadempiente abbia esercitato il potere di recesso¹⁴, o di 5) garanzia del conseguimento del risarcimento dei danni¹⁵ nell'ipotesi in cui la stessa parte abbia preferito domandare la risoluzione o l'adempimento del contratto¹⁶.

In caso di adempimento, dunque, la caparra deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta; in caso

4 La letteratura sul tema è vastissima. In particolare, si veda: CECCHI, *Efficacia, condizione, termine, penale e caparra*, in *I contratti in generale*, XXV, Torino, 2000, 664 ss.

5 La caparra confirmatoria e la caparra penitenziale (art. 1386 c.c.) sono istituti tra di loro differenti. La prima costituisce una forma di liquidazione convenzionale del danno, pattuita dai contraenti anteriormente all'eventuale inadempimento, che lascia peraltro libera la parte non inadempiente di pretendere l'esecuzione o la risoluzione del contratto, oltre al risarcimento dei danni, secondo i principi generali. La seconda costituisce, invece, il corrispettivo del diritto di recesso, convenzionalmente stabilito, nell'ipotesi in cui le parti abbiano inteso riservarsi il diritto di recedere dal contratto, con conseguente possibilità di sciogliere il contratto stesso per effetto della dichiarazione unilaterale recettizia del recedente ed il solo obbligo del medesimo di soggiacere alla perdita della caparra data o di restituire il doppio di quella ricevuta, senza che l'altra parte possa pretendere altro. Ne consegue che la caparra ha normalmente carattere confirmatorio (quand'anche accompagnata dalla definizione di "penitenziale" e dal richiamo alla norma di legge che tale tipo di caparra contempla - Cass., 2.12.1993, n. 11946), salvo che non risulti dall'accertamento della volontà contrattuale, affidato alla valutazione insindacabile del giudice di merito, che le parti abbiano voluto riservarsi convenzionalmente, mediante essa, un diritto di recesso unilaterale *ad nutum*, inteso come *ius poenitendi*, svincolato dall'altrui inadempimento (così, Cass., 15.5.1982, n. 3027; Cass., 5.12.1988, n. 6577).

6 La dottrina è divisa sul rapporto tra caparra confirmatoria e contratto cui accede. Per alcuni Autori (TRIMARCHI, *Caparra*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 201; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1980, 348; DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit.) la caparra, presupponendo, anche per esplicita disposizione di legge, un contratto principale da rafforzare, costituisce un patto accessorio; per altri il patto di caparra ha una certa autonomia e va inquadrato nell'istituto del collegamento contrattuale (BAVETTA, *La caparra*, in *Scritti Sacco*, II, Milano, 1994, 98). In ogni caso, può essere prevista nel solo ambito dei contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguite e, quindi, non può essere apposta alle promesse unilaterali.

7 Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 369; DE NOVA, *Caparra*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, 241; GALGANO, *Effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 1372-1386, Bologna-Roma, 1993; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, I, Milano, 1987, 256. Tale patto è improduttivo di effetti giuridici ove la somma pattuita non sia stata consegnata (Cass., 7.6.1978, n. 2870 ed anche, Cass., 15.4.2002, n. 5424).

8 Il diverso atteggiarsi della clausola, in sostanza dipende dal momento nel quale è chiamata ad operare, salva, poi, la facoltà riconosciuta alle parti di sottolineare o dare rilevanza ad una particolare finalità rispetto ad un'altra (MICHINELLI, *La caparra confirmatoria nella risoluzione del contratto*, in *Notariato*, 2001, 562).

9 Cfr. TRIMARCHI, *op. cit.*, 201; Cass., 13.6.1975, n. 2380.

10 Cfr. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Comm. D'Amelio e Finzi, Obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 544; Cass., 23.8.1997, n. 7935; Cass., 13.6.1975, n. 2380. Peraltro, una più attenta dottrina sottolinea che tale funzione è specifica dell'acconto che, a differenza della caparra confirmatoria, non è dato a titolo di cautela, ma come adempimento parziale preventivo (MARINI, *Caparra*, I, *Dir. civ.*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 5; CARRESI, *op. cit.*, 822). Nel dubbio se la somma di denaro sia stata versata a titolo di acconto sul prezzo o a titolo di caparra, si deve ritenere che il versamento è avvenuto a titolo di acconto sul prezzo (Cass., 22.8.1977, n. 3833).

11 Cfr. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1955, 361; Cass., 23.8.1997, n. 7935. ROPPO (*Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 552) preferisce attribuire alla caparra confirmatoria una, più generica, funzione di autotutela.

12 Cfr. BIANCA, *op. cit.*, 369. Si tratterebbe di una sanzione a carattere non risarcitorio, tale da spingere il debitore ad adempiere correttamente (MARINI, *op. cit.*; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 632). Così, anche un orientamento giurisprudenziale ormai minoritario che indica nella caparra confirmatoria una sanzione tipizzata dall'ordinamento, per

contrario, invece, funge da ristoro patrimoniale per la parte che eserciti il recesso.

Il tenore letterale dell'art. 1385 consente, infine, di cogliere ulteriori elementi utili all'inquadramento giuridico dell'istituto: essa deve avere per oggetto una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili¹⁷; la sua consegna non ne determina il passaggio di proprietà¹⁸ e può avvenire sia prima che dopo la stipulazione del negozio principale¹⁹.

3. Risoluzione del contratto e recesso: due figure affini

In caso di inadempimento di una delle parti, la parte incolpevole è libera di scegliere se: 1) recedere dal contratto, ai sensi dell'art. 1385, 2° co., c.c.; 2) richiederne, in sede giudiziale, l'esecuzione ovvero 3) la risoluzione, salvo, comunque, negli ultimi due casi, il risarcimento dei danni²⁰.

l'inosservanza di obblighi contrattuali (Cass., 1.4.1995, n. 3823) benché, sovente, pure in quest'ambito ne venga affermato il carattere anche risarcitorio (Cass., 24.4.1979, n. 2339). Sotto questo profilo essa si accosta alla clausola penale. Ciò, peraltro, non esclude la stipulazione, in uno stesso contratto, di una clausola penale in aggiunta alla caparra confirmatoria. In tale ipotesi, questa ha la funzione di limitare preventivamente il risarcimento del danno nel caso in cui la parte che non è inadempiente preferisca, anziché recedere dal contratto, domandarne l'esecuzione o la risoluzione. Ne consegue che mentre la prima è applicabile al caso che il contratto non debba essere più adempiuto per l'avvenuto esercizio del diritto di recesso, la seconda è, invece, applicabile al caso che il diritto di recesso non sia stato esercitato (Trib. Bari, 6.7.2005). La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che l'art. 1384 c.c., che consente la riduzione equitativa della clausola penale manifestamente eccessiva, non può essere applicato analogicamente alla caparra confirmatoria, poiché tale previsione, limitando l'autonomia contrattuale delle parti, ha carattere eccezionale (Cass., 1.12.2000, n. 15391; App. Cagliari, 16.1.1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 399, con nota di CHELO; MIRABELLI, *op. cit.*, 343 ss.; DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. Rescigno*, 10, Torino, 2004, 408 ss.; *contra*, TRIMARCHI, *op. cit.*, 202).

13 V. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, 638; D'AVANZO, *Caparra*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, 894). La giurisprudenza chiarisce che, così operando, si determina l'estinzione *ope legis* di tutti gli effetti giuridici del contratto e dell'inadempimento ad esso (Cass., 20.9.2004, n. 18850 e, tra le tantissime conformi, cfr. Cass., 13.5.2004, n. 9091).

14 La parte adempiente è così legittimata a ritenere la caparra ricevuta o ad esigere il doppio di quella versata.

15 Aspetto sottolineato anche dalla giurisprudenza prevalente (*ex multis*, Cass., 14.12.1999, n. 14030). BIANCA (*op. cit.*, 361 ss.) evidenzia, però, una triplice funzione della caparra confirmatoria, che scompone in: funzione di garanzia, funzione di autotutela e di preventiva liquidazione del danno.

16 Cfr. Cass., 24.1.2002, n. 849, soggiacendo, così, il diritto al risarcimento del danno alle regole generali e, quindi, alla prova dell'*an* e del *quantum* (Cass., 29.1.2003, n. 1301).

17 Pertanto, non può essere oggetto di caparra: una cosa infungibile o un bene immobile, un vaglia cambiario, consistendo esso in una promessa di pagamento (Cass., 15.3.1976, n. 950). Lo possono, invece, essere i titoli dello stato ed un assegno bancario laddove le parti lo considerino assimilabile al denaro (Trib. Monza, 10.9.1994, in *Giur. comm.*, 1995, I, 1102). Non è da qualificarsi come caparra, inoltre, la dazione di una cosa determinata, poiché, in una dazione siffatta, è da individuarsi un pegno; il patto con cui si convenga che la cosa determinata data dal debitore possa essere ritenuta dal creditore in caso di inadempimento, pertanto, non rappresenta una valida caparra confirmatoria, ma un patto nullo per violazione del divieto del patto commissorio, *ex art. 2744 c.c.* (BIANCA, *op. cit.*, 366-367).

18 V. TRIMARCHI, *op. cit.*, 7; nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass., 13.3.1992, n. 3084: «il patto inerente a caparra confirmatoria non è qualificabile come quietanza, al fine dell'applicazione dell'imposta proporzionale di registro..., considerando che, pur traducendosi nella consegna di una somma di denaro (od altre cose fungibili), non ne comporta il definitivo trasferimento nel patrimonio dello "accipiens", potendosi tale trasferimento determinare solo successivamente, in presenza dell'adempimento della controparte, per effetto dell'esercizio della facoltà d'imputare la caparra alla prestazione dovuta, ovvero, in ipotesi d'inadempimento, per effetto dell'esercizio della facoltà di recesso con ritenzione della caparra stessa». *Contra*, MARINI, *op. cit.*

19 Cfr. BAVETTA, *op. cit.*, 212; BIANCA, *op. cit.*, 368. La dazione successiva deve, comunque precedere la scadenza delle obbligazioni pattuite (Cass., 15.4.2002, n. 5424).

20 Il risarcimento dei danni è disciplinato dai principi generali, talché il pregiudizio subito dovrà essere provato nell'*an* e nel *quantum*.

Qualora la parte opti per il recesso, in caso di inadempimento del tradens, l'accipiens ha diritto di ritenere la caparra ricevuta, mentre in caso di inadempimento dell'accipiens, il tradens ha diritto di ricevere in restituzione il doppio della caparra data.

La giurisprudenza chiarisce che il recesso rappresenta una particolare figura di risoluzione²¹ per inadempimento, di natura legale che, pertanto, non va ricondotta all'ipotesi convenzionale di cui agli artt. 1373 e 1386 c.c., bensì all'istituto disciplinato dagli artt. 1453 ss. c.c.²², con il quale ha affinità sostanziale e teleologica. Esso postula i medesimi presupposti dell'istituto generale, vale a dire l'imputabilità e l'importanza non scarsa dell'inadempimento stesso²³, avuto riguardo all'interesse del creditore. Comporta, in assenza di contestazioni del contraente asserito inadempiente, l'effetto risolutivo e non è subordinato né all'adesione del contraente inadempiente²⁴, né ad alcun termine essenziale o diffida ad adempiere²⁵.

L'esercizio del diritto di recesso avviene a mezzo di un normale atto recettizio, senza particolari crismi formali, tanto che la volontà di recedere può risultare anche in forma tacita (in tale filone giurisprudenziale si colloca la sentenza in commento, la quale ritiene che la dichiarazione con cui si esercita il recesso sia implicitamente contenuta nella domanda di condanna alla restituzione del doppio della caparra)²⁶.

La scelta del recesso è irrevocabile, diversamente da quella dell'adempimento che può essere revocata sia nel senso del recesso che in quella della risoluzione²⁷.

Va ricordato, inoltre, che laddove il contraente fedele abbia domandato la risoluzione (giudiziale) del contratto, non potrà più richiedere l'adempimento. Potrà, invece, mutare la propria domanda in recesso o, comunque, esigere ed ottenere il pagamento del doppio della caparra versata²⁸ in quanto tale somma

21 La dottrina più attenta sottolinea la diversità e l'autonomia del recesso rispetto alla risoluzione: mentre quest'ultima opera (generalmente) in via giudiziale, con efficacia *ex tunc*, la prima opera per volontà della parte, senza necessità di una pronuncia giudiziale, con effetti *ex nunc* (DISTASO, *I contratti in genere*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1966, 802). Solo negli ultimi anni, dottrina e giurisprudenza hanno sostanzialmente equiparato le due figure (BIANCA, *op. cit.*, 362), talché l'alternativa non è più tra recesso e risoluzione ma tra due discipline della risoluzione, la seconda delle quali consiste nel chiedere la liquidazione del danno nella sua effettiva entità.

22 *Ex multis*, Cass., 7.9.2000, n. 11784; Cass., 13.11.1996, n. 9941; App. Reggio Calabria, 12.4.1991, in *Giur. di Merito*, 1992, 813, con nota di FRANGINI, *Recesso, risoluzione del contratto e danni nella caparra confirmatoria*.

23 È richiesta la medesima gravità dell'inadempimento prevista, in generale, per la risoluzione dall'art. 1455 c.c. Infatti, «per avere il diritto di recedere dal contratto con ritenzione della caparra confirmatoria o azione per esigerne il doppio, occorre a norma dell'art. 1385 c.c., non solo che uno dei contraenti sia inadempiente, ma anche che l'inadempimento sia grave. È inoltre necessario per stabilire, nel caso in cui non sia chiaro a chi spetti il diritto di recesso adottare quegli stessi criteri che si debbono seguire nel caso di controversie su reciproche istanze di risoluzione» (così, Trib. Brescia, 6.11.2003, in *Mass. Trib. Brescia*, 2004, 190).

24 Cass., 14.3.1988, n. 2435

25 Cass., 13.11.1982, n. 6047; Cass., 21.6.1972, n. 2019.

26 Nello stesso senso, Cass., 1.3.1994, n. 2032 e Trib. Cagliari, 11.11.1984, in *Rep. Foro it.*, 1986, Contratto in genere, 392.

27 Nell'ipotesi di versamento di una somma di danaro a titolo di caparra confirmatoria, la parte adempiente che abbia agito per l'esecuzione o la risoluzione del contratto e per la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1453 c.c., può, in sostituzione di dette pretese, chiedere anche in appello il recesso dal contratto e la ritenzione della caparra, non costituendo tale richiesta una domanda nuova, bensì configurando, rispetto alla domanda di adempimento o di risoluzione, l'esercizio di una perdurante facoltà e solo un'istanza ridotta con riguardo alla proposta risoluzione, nello stesso ambito risarcitorio, in relazione all'inadempimento dell'altra parte (*ex multis*, Cass., 24.1.2002, n. 849). La giurisprudenza, dopo aver ribadito che dette domande hanno minore ampiezza rispetto a quelle originariamente proposte, chiarisce, inoltre, che esse possono essere proposte anche nel caso in cui si sia già verificata la risoluzione del contratto per una delle cause previste dalla legge (artt. 1454, 1455, 1457 c.c.), dato che rientra nell'autonomia privata la facoltà di rinunciare agli effetti della risoluzione del contratto per inadempimento (Cass., 10.2.2003, n. 1952). I due rimedi sono alternativi e non cumulabili.

28 Cfr. BAVETTA, *op. cit.*, 146; CARRESI, *op. cit.*, 682; Cass., 11.1.2001, n. 319, in *Notariato*, 2001, 561. Tale sentenza chiarisce che

costituisce il danno minimo risarcibile al di sotto del quale non sarebbe consentito scendere²⁹. Il recesso offre il vantaggio di non dover fornire la prova dell'eventuale danno³⁰ e di ottenere una spedita liquidazione, ma, nel contempo, comporta lo svantaggio di non poter assicurare un risarcimento integrale (se superiore alla caparra versata).

La giurisprudenza più recente, infine esclude, per la parte che domanda l'esecuzione del contratto o la sua risoluzione per inadempimento, la possibilità di trattenere la caparra ricevuta, a titolo di preventivo risarcimento del danno³¹. Con un'apparente contraddizione³², invece, autorizza il soggetto non inadempiente, convenuto in giudizio per la restituzione della caparra, a ritenerla soltanto eccependo l'inadempimento dell'altra parte, senza necessità di formulare apposita domanda ovvero di chiedere in via riconvenzionale il risarcimento dei danni³³.

4. Recesso dal contratto preliminare di vendita e litisconsorzio necessario dei promittenti venditori

Prendiamo, in esame, per ultima - in quanto meno controversa - la questione affrontata in via pregiudiziale dalla Corte: se ricorra o meno il litisconsorzio necessario qualora il promissario acquirente chieda l'accertamento del proprio diritto di recedere dal contratto stipulato con una pluralità di promittenti venditori ed avente per oggetto un bene in comunione indivisa.

Con il termine litisconsorzio, o comunanza della lite, si intende il fenomeno giuridico per il quale le parti sono più di quelle (due) indispensabili perché il processo si possa svolgere. Il litisconsorzio è necessario³⁴

la norma di cui al 3° co. dell'art. 1385 c.c. ha conferito la facoltà ulteriore di conseguire un più cospicuo risarcimento qualora il danno superi quello preventivamente determinato in sede di pattuizione di una caparra confirmatoria.

29 Trib. Monza, 3.11.2000, in *Giur. milanese*, 2000, 428. In tale ipotesi il meccanismo operativo previsto per il recesso può essere utilizzato anche al di fuori dell'ipotesi prevista dall'art. 1385 c.c. Nello stesso senso, App. Genova, 24.11.1994, in *Giur. di Merito*, 1995, 949, con commento di CAVANNA, *Cumulatività degli effetti di risoluzione e recesso nella caparra confirmatoria*

30 La caparra garantisce, inoltre, la possibilità di conseguire un vantaggio economico anche in assenza di danni risarcibili (GIAMMARINO, *Ritenzione della caparra confirmatoria e della domanda di risarcimento danni secondo le regole generali*, in *Contr.*, 2006, 124).

31 In tal senso, Cass., 3.7.2000, n. 8881 e Cass., 29.8.1998, n. 8630 che precisa come la restituzione della caparra sia ricollegabile agli effetti restitutori propri della risoluzione negoziale, come conseguenza del venir meno della causa della sua corresponsione. *Contra*, Cass., 3.3.1997, n. 1851; Cass., 14.2.1994, n. 1464 che ricollegano il diritto di ritenzione alla cosiddetta funzione di garanzia della caparra. Si veda, anche, in tal senso, Trib. Genova, sez. I, 16.1.2004, n. 178, in *Il Merito - Sole 24 Ore*, 2004, 9, 37: «l'azione del promittente venditore diretta a far dichiarare l'intervenuta risoluzione del contratto preliminare..., quando non sia accompagnata dall'istanza del risarcimento del danno, non è preclusiva della facoltà della parte adempiente di ritenere la caparra...»

32 Trattandosi di una eccezione riconvenzionale, volta a paralizzare gli effetti della domanda principale, esprime una richiesta che rimane nell'ambito della domanda principale di recesso. In sostanza, il giudice adito, rigettando la domanda di pagamento del doppio della caparra, non può che statuire sulla legittimità della ritenzione della somma in capo al convenuto

33 Cass., 4.3.2005, n. 4777 e Cass., 25.11.1993, n. 11684.

34 Si vedano, sul tema, oltre alle fondamentali opere di CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario* (1904), in *Saggi di dir. proc. civ.*, II, Roma, 1931, 427 ss. e di REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, 1911, ma rist., Milano, 1960, con introduzione di aggiornamento, anche MICHELI, *In tema di effetti della mancata integrazione del contraddittorio in caso di litisconsorzio*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1946, I, 45 ss.; FAZZALARI, *Litisconsorzio necessario e filiazione legittima*, ivi, 1946, II, 338 ss.; PAVANINI, *Il litisconsorzio nei giudizi divisorii*, Padova, 1948; DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. processuale*, 1959, 14 ss.; Id., *Sentenza «inutiliter data» e litisconsorzio necessario*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 629; SATTA, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1955-56, 49 ss.; BERRI, *Litisconsorzio*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 968 ss.; PROTO PISANI, *Litisconsorzio necessario e diritti anteriormente quesiti*, in *Riv. dir. processuale*, 1966, 480 ss.; Id., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, I, Torino, 1973, 1098 ss.; Id., *Appunti sul litisconsorzio necessario e sugli interventi*, in *Riv. dir. processuale*, 1994, 352; COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979;

quando, a norma dell'art. 102, 1° co., c.p.c., la decisione non possa pronunciarsi che in confronto di più parti e, pertanto, queste debbano agire o essere convenute nello stesso processo³⁵. Correttamente, la dottrina³⁶ qualifica la norma “in bianco” in quanto omette di precisare in quali ipotesi operi. Si tratta di una lacuna alquanto grave specialmente per le rilevanti conseguenze che maturano nel caso il processo si svolga *inter pauciores*.

Se è pur vero che alcuni casi sono espressamente previsti dalla legge³⁷, altri devono essere necessariamente individuati dall'interprete che, per assolvere a questo compito, si deve chiedere a quali finalità risponda la necessità del litisconsorzio.

Secondo un primo orientamento, che potremmo definire classico³⁸, il «fondamento del litisconsorzio necessario sarebbe da cogliere nell'esistenza (o, meglio, nella deduzione³⁹) di... situazioni sostanziali con pluralità di soggetti. In queste ipotesi, sulla base dei criteri di *legitimitatio ad causam* la legittimazione spetterebbe solo a tutti insieme o contro tutti insieme i soggetti partecipi del rapporto, di conseguenza il giudice non potrebbe pronunciare nel merito ove la domanda non sia proposta da o contro tutti; l'unitarietà del rapporto sostanziale comporterebbe, inoltre, da un lato la unitarietà del procedimento e del provvedimento giurisdizionale, dall'altro l'impossibilità giuridica di pronunciare separatamente sulla domanda proposta da o contro uno dei soggetti partecipi del rapporto, poiché il provvedimento giurisdizionale, essendo necessariamente unitario, o ha efficacia per tutti tali soggetti, o non può avere

CIVININI, *Note per uno studio sul litisconsorzio unitario, con particolare riferimento al giudizio di primo grado*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 429 ss.; TOMEI, *Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. processuale*, 1980, 669 ss.; TARANTO, *Litisconsorzio*, in *Noviss. Dig. It., App.*, IV, Torino, 1983, 996 ss.; MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano, 1993; ZANUTTIGH, *Litisconsorzio*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 41 ss.; FRASCA, *Note sui presupposti del litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. processuale*, 1999, I, 399 ss.; OLIVIERI, *La remissione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999; RONCO, *Studio sul litisconsorzio alternativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 905. In giurisprudenza: Cass., 17.11.1998, n. 11550 e Cass., 19.5.1997, n. 4443.

35 Il 2° co. aggiunge che, qualora ciò non avvenga - se, cioè il processo non sia stato instaurato tra tutti i litisconsorti necessari - il giudice deve ordinare alle parti l'integrazione del contraddittorio entro un termine perentorio, la cui scadenza determina l'estinzione del processo.

36 Per ultimo, BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, I, I principi, Bari, 2005, 194.

37 Così, ad es., l'art. 784 c.c., che impone di proporre le domande di divisione nei confronti di tutti gli eredi o condomini, nonché degli eventuali creditori oppositori; gli artt. 247, 1° co., c.c. (azione di disconoscimento di paternità) con necessaria partecipazione anche della madre e 2900, 2° co., c.c. (azione surrogatoria); art. 1012, 2° co., c.c. (confessoria o negatoria *servitutis*); art. 23, l. n. 990/1969, concernente l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli o natanti.

38 Tale dottrina, definibile anche della legittimazione necessariamente congiunta, risale a CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Saggi*, II, *cit.*, 427 ss. ed a REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, *cit.*, 1960. In questo senso, anche CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1943, 106; COSTA, *L'intervento in causa*, Torino, 1953, 24 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1964, 283; FAZZALARI, *op. cit.*; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 4° ed., I, Milano, 1980, 91.

39 In tema, fondamentale è la lettura di Cass., 28.3.2006, n. 7079, che così recita: «l'ordine di integrazione del contraddittorio da parte del giudice ai sensi dell'art. 102 c.p.c. suppone soltanto che oggetto della decisione sia una situazione giuridica, la quale impone il contraddittorio di più parti e non che tale situazione sia effettivamente esistente, poiché l'integrità del contraddittorio è imposta proprio in funzione del legittimo svolgimento del processo ai fini dell'accertamento dell'esistenza o meno di detta situazione. Qualora il processo abbia avuto luogo *inter pauciores* e sia stata accertata l'inesistenza della situazione la cui decisione avrebbe imposto l'applicazione della regola di cui all'art. 102, il giudice che, anche in sede di impugnazione, rilevi che tale regola è stata violata deve ordinare l'integrazione del contraddittorio, a nulla rilevando che lo svolgimento (invalido) dell'istruzione abbia fatto emergere detta inesistenza. La domanda con la quale sia richiesto l'accertamento dell'esistenza di un negozio giuridico che presenti una parte plurisoggettiva deve essere decisa nel contraddittorio di tutti i componenti della parte plurisoggettiva, che, pertanto, sono litisconsorti necessari nel relativo giudizio».

efficacia per alcuno di essi»⁴⁰. Peraltro, il litisconsorzio non sarebbe mai necessario in presenza di un'azione di accertamento o di condanna⁴¹, essendo concepibile solo «nel campo dei diritti potestativi e più particolarmente di quelli che tendono a una sentenza costitutiva»⁴².

A questa teoria se ne contrappone una seconda⁴³ che, partendo dal postulato secondo il quale il nostro ordinamento non conosce la categoria del rapporto giuridico unico con pluralità di parti ma esclusivamente rapporti giuridici bilaterali, sostiene che la necessità del litisconsorzio discende da mere esigenze di convenienza e opportunità pratica⁴⁴.

Nel dibattito dottrinale si è inserita la tesi di un illustre autore⁴⁵ che ha individuato la ratio dell'istituto «nell'esigenza di fornire alle parti già presenti in causa non un qualsivoglia provvedimento di merito, ma una sentenza utile e cioè idonea a regolare compiutamente il rapporto giuridico controverso»⁴⁶.

Secondo altra dottrina⁴⁷, infine, in ipotesi di deduzione in giudizio di un rapporto plurisoggettivo si ha litisconsorzio necessario - indipendentemente dalla natura dell'azione (costitutiva, di condanna o di accertamento mero) - «sempre e solo che non sia possibile applicare la disciplina dell'art. 1306 c.c.»⁴⁸. Peraltro, la più recente giurisprudenza sembra sintetizzare le diverse posizioni dottrinali riscontrando che «il litisconsorzio necessario ricorre, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, quando la situazione sostanziale plurisoggettiva dedotta in giudizio debba essere necessariamente decisa in maniera unitaria nei confronti di ogni soggetto che ne sia partecipe, onde non privare la decisione dell'utilità connessa all'esperimento dell'azione proposta, indipendentemente dalla natura del provvedimento richiesto, non essendo di per sé solo rilevante il fatto che la parte istante abbia richiesto un sentenza costitutiva, di

40 Così, PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1100.

41 In tal senso, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile, Le azioni. Il processo di cognizione*, IV, Napoli, 1928, 1081: «quando si richieda la dichiarazione di un obbligo o la condanna a una prestazione, la domanda ha sempre un'utilità pratica anche se si agisce da uno solo dei più aventi diritto o contro uno solo degli obbligati e anche se la prestazione è tale che non possa farsi se non a tutti insieme e da tutti insieme. Perocché l'obbligo è per sua natura individuato nella persona di ciascuno degli obbligati e degli aventi diritto; e la sentenza chiesta da uno solo contro uno solo avrà sempre il valore di autorizzare il singolo a pretendere per suo conto o di costringerlo a tenere per suo conto una determinata condotta. Gli altri aventi diritto potranno agire successivamente, e forse non ne avranno bisogno perché la prestazione a loro riguardo non è contestata; gli altri coobbligati potranno essere condannati successivamente e forse non ve ne sarà bisogno perché essi sono pronti a prestare o quantomeno non ne contrastano il diritto dell'attore. Basta questa possibilità giuridica perché non si possa negare di agire da solo o contro uno solo. La convenienza di impedire eventuali giudizi successivi ed eventuali pronunce contrarie, non autorizza a violare la libertà d'agire, dove manca una norma di legge; per evitare un danno temuto ed incerto si farebbe un male certo, attuale e spesso irreparabile».

42 Così, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 1082; LIEBMAN, *op. cit.*; REDENTI, *op. cit.*, tende invece ad allargare il litisconsorzio necessario, anche ai casi in cui la domanda sia diretta ad una sentenza di accertamento o di condanna.

43 CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 241 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 87 ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 50; DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, cit., 36.

44 Tali esigenze possono essere delineate esclusivamente ed espressamente dal legislatore e non dall'interprete.

45 COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, cit. A tale tesi sembra aderire anche MENCHINI, *op. cit.*, 540.

46 COSTANTINO, *Litisconsorzio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1994, 3. In giurisprudenza, v. Cass., 3.2.2004, n. 1940: «il litisconsorzio necessario ricorre, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, quando la situazione sostanziale plurisoggettiva dedotta in giudizio debba essere necessariamente decisa, alla stregua di un accertamento da effettuarsi sulla base del petitum e cioè in base al risultato perseguito in giudizio dall'attore, in maniera unitaria nei confronti di ogni soggetto che ne sia partecipe, onde non privare la decisione dell'utilità connessa all'esperimento dell'azione proposta indipendentemente dalla natura del provvedimento richiesto». In tal senso, cfr. anche Cass., 6.8.2002, n. 11765 e Cass., 17.11.1998, n. 11550.

47 PROTO PISANI, *Appunti sul litisconsorzio necessario e sugli interventi*, cit., 357.

48 Tale articolo prescrive che la sentenza pronunciata nei confronti di uno solo dei contitolari attivi o passivi del rapporto ha efficacia a favore e non contro i contitolari che non hanno partecipato al processo.

condanna o meramente dichiarativa»⁴⁹.

Qualunque teoria si voglia abbracciare, dottrina e giurisprudenza paiono comunque concordi nel ritenere necessario il litisconsorzio:

a) nelle azioni di diritto reale contro la comunione o, meglio, contro la situazione di diritto reale in contitolarità tra più persone⁵⁰;

b) in generale, nelle azioni di nullità contrattuale, simulazione⁵¹, accertamento dell'avvenuta risoluzione stragiudiziale per inadempimento, impugnativa o esecuzione del preliminare inadempito⁵²;

c) in materia di rapporti obbligatori plurisoggettivi a parte collettiva⁵³, nelle azioni dirette all'impugnativa di rapporti giuridici aventi ad oggetto effetti reali, e cioè il trasferimento, la costituzione, l'estinzione di situazioni giuridiche di diritto reale⁵⁴. Infatti, non è possibile che il rapporto giuridico sia rimosso parzialmente, «in quanto la caducazione parziale renderebbe impossibile il soddisfacimento degli interessi contrattuali»⁵⁵.

In applicazione di questi principi, la Corte, dopo aver chiarito che la promessa di vendita di un bene in comunione da parte dei comunisti dà luogo ad un'obbligazione indivisibile⁵⁶ a loro carico ed il relativo

49 Cass., 26.10.1992, n. 11626, in *Arch. locazioni*, 1993, 296; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 502, con nota di CONSOLO.

50 MENCHINI, *op. cit.*, 543, fa l'esempio della confessoria servitutis a carico di un fondo in comproprietà.

51 Cass., 23.11.2004, n. 22054: «nel giudizio avente ad oggetto l'azione di simulazione (assoluta o relativa) di una vendita sussiste il litisconsorzio necessario fra tutti i partecipi dell'accordo simulatorio, giacché l'accertamento da svolgere comporta il mutamento della situazione giuridica unica e necessariamente comune a tutti i soggetti che hanno concorso a realizzare la situazione di apparenza contrattuale e nei confronti dei quali la sentenza che accerta la simulazione è destinata a spiegare i suoi effetti». Nello stesso senso, Cass., 26.5.2004, n. 10151.

52 CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Profili generali, II*, Padova, 2004, 466.

53 Cass., 16.2.2005, n. 3105: «qualora sia chiesta la risoluzione per inadempimento di una transazione con pluralità di parti, avente ad oggetto i beni comuni dell'edificio condominiale e il diritto d'uso di ciascun condomino, sorge la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti i contraenti, giacché - configurando il negozio de quo un accordo unico plurisoggettivo e non un insieme di distinti ed autonomi accordi - il rapporto dedotto in giudizio, per la sua unicità, non può essere risolto nei confronti di alcuni e rimanere vincolante ed efficace per gli altri; diversamente, non ricorre l'ipotesi del litisconsorzio necessario quando una questione coinvolgente un rapporto plurisoggettivo unico debba essere decisa in via incidentale, senza efficacia di giudicato, con valore strumentale rispetto alla decisione della domanda principale». In dottrina, Tommaseo, *Lezioni di diritto processuale civile, Disposizioni generali*, Padova, 2005, 194: «l'azione di annullamento per vizi del consenso o di risoluzione di un contratto stipulato tra più parti, quali azioni costitutive estintive di un rapporto avente titolo nel contratto viziato o risolubile deve essere proposta necessariamente nei confronti di tutte le parti, non essendo possibile considerare il rapporto annullato o risolto per alcune soltanto delle parti e non per tutte».

54 MENCHINI, *op. cit.*, 585, però riferendosi ai soli contratti traslativi o costitutivi di diritti reali.

55 FRASCA, *op. cit.*, 420, il quale fa l'esempio di una vendita di cosa comune. Il venir meno del rapporto renderebbe impossibile l'acquisto della cosa per l'intero da parte dell'acquirente.

56 Conf. Cass., 6.2.1999, n. 1050 e Cass., 11.2.1997, n. 1258, entrambe con riferimento ad un contratto preliminare, con pluralità di promissari acquirenti, di un unico fondo considerato nella sua interezza. La relativa obbligazione viene considerata indivisibile, per cui tanto l'adempimento, quanto l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c. devono essere richiesti congiuntamente da tutti i detti promissari, configurandosi un'ipotesi di litisconsorzio necessario ai sensi dell'art. 102 c.p.c., stante l'impossibilità che gli effetti del contratto non concluso si producano nei confronti di alcuni soltanto dei soggetti del preliminare. Il principio risulta già affermato, negli stessi termini, da Cass., 7.7.1987, n. 5903. Cfr., anche Cass., 29.1.1983, n. 822, secondo la quale il bene promesso in vendita, anche se appartenga pro quota a più comproprietari, può essere considerato dai contraenti nella sua interezza, ma in tale caso - qualora il preliminare non giunga a perfezione a seguito della mancata accettazione della relativa proposta da parte di tutti i comproprietari - non può pretendersi (attivamente o passivamente) la sua esecuzione specifica limitatamente ad una o ad alcune soltanto delle quote di comproprietà in cui risulta frazionata la proprietà

contratto non può subire modificazioni se non in confronto di tutti, ha ribadito che l'azione con la quale il promissario acquirente chieda l'accertamento del proprio diritto di recedere dal contratto deve svolgersi nel contraddittorio di tutti i comunisti promissari venditori. Infatti, detto accertamento determina l'estinzione del rapporto contrattuale, che è concepibile soltanto nei riguardi di tutti detti soggetti. Il giudizio non può che essere soggetto alla regola di litisconsorzio necessario.

Francesco Tedioli

dell'intero immobile con la realizzazione soltanto parziale e frazionata degli effetti e del risultato, globalmente e unitariamente considerati dalle parti contraenti nel contratto preliminare. In tal caso, infatti, mutando l'entità di una delle prestazioni, dovrebbe correlativamente modificarsi anche la controprestazione pattuita, ma tale modifica non può essere attuata dal giudice, in quanto la sentenza costitutiva prevista dall'art. 2932 c.c. deve riprodurre il medesimo assetto di interessi assunto dalle parti quale contenuto del contratto preliminare, senza possibilità alcuna di introdurvi modifiche.