

Inadempimento del preliminare e diffida ad adempiere

Non è raro che, dopo la stipula di un preliminare di vendita immobiliare, una delle parti di un contratto si riveli inadempiente agli obblighi contrattualmente assunti, come nel caso in cui si rifiuti di presentarsi all'appuntamento con il notaio rogante per la stipula dell'atto pubblico. In tali casi, la parte adempiente, che non ha più interesse all'adempimento tardivo, sarà costretta a recedere dal contratto o a percorrere la strada della risoluzione del contratto che può essere conseguita o in via giudiziale o, in mancanza di particolari pattuizioni, in via stragiudiziale con la diffida ad adempiere, ex art.1454 cod. civ.

Giuseppe Bordoli
Avvocato

La soluzione della via stragiudiziale con diffida ad adempiere rappresenta un'opportunità più economica e immediata della "soluzione" giudiziale, che, tra l'altro, non sempre garantisce un pieno soddisfacimento del credito vantato.

La parte adempiente, quindi, può ottenere la risoluzione del contratto in via stragiudiziale, diffidando ad adempiere la controparte. In particolare, secondo l'art. 1454 cod. civ., alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto.

Il termine non può essere inferiore a 15 giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o se-

condo gli usi, risulti congruo un termine minore. Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.

Elementi essenziali della diffida: il termine

Alla luce dell'art. 1454 cod. civ., emerge come la diffida ad adempiere sia un atto unilaterale recettizio che produce effetti indipendentemente dalla volontà di accettarla o meno del destinatario.

Sulla parte intimante, però, grava l'onere di fissare un termine, che (se non è diversamente stabilito con apposita pattuizione) non può essere inferiore a 15 giorni, entro il

COMPRAVENDITA

articolo

quale l'altra parte dovrà adempiere alla propria prestazione, pena la risoluzione per legge del contratto, poiché lo scopo della norma citata è quello di fissare con chiarezza la posizione delle parti rispetto all'esecuzione del negozio.

Nel silenzio normativo deve ritenersi che il termine decorre dal momento della ricezione della diffida, che, quindi, è operativa dal momento in cui perviene nella sfera di conoscibilità del destinatario. In pendenza del termine fissato il creditore non può chiedere l'adempimento o la risoluzione, salvo che il debitore dichiari per iscritto di non voler adempiere. In ogni caso, decorso infruttuosamente il termine contenuto nella diffida, il contratto deve ritenersi risolto.

Forma e contenuto

La diffida ad adempiere può essere fatta nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo, non richiedendo la legge una forma particolare ed essendo sufficiente per la sua operatività che essa pervenga nella sfera di conoscibilità del destinatario (Cass., sent. n. 3566 del 25 marzo 1995).

Tuttavia, la diffida in questione deve rivestire la forma scritta, cioè deve consistere in uno scritto diretto al debitore e portato comunque a sua conoscenza, con cui il creditore manifesti la sua volontà di ottenere il soddisfacimento del proprio diritto.

In ogni caso, per quanto riguarda il contenu-

to, è necessaria una manifestazione univoca della volontà dell'intimante di ritenere risolto il contratto in caso di mancato adempimento della controparte entro un certo termine, restando escluso che tale manifestazione possa sopraggiungere in un momento successivo alla diffida (Cass., sent. n. 3742 del 21 febbraio 2006).

Non è pertanto sufficiente, per produrre l'effetto risolutivo del rapporto costituito fra le parti, previsto dalla norma richiamata, la manifestazione della generica intenzione di agire in tutte le sedi più opportune, senza specificare se si intenda ottenere l'adempimento o la risoluzione del contratto (Cass., sent. n. 4066 dell'11 maggio 1990).

Pertanto, così come prevede la legge, la diffida deve contenere l'avvertenza espressa che, in caso di mancato adempimento entro il termine, il contratto si intenderà certamente risolto.

Diffida e presupposti soggettivi e oggettivi dell'inadempimento

È opportuno precisare che l'intimazione della diffida ad adempiere e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano la necessità dell'accertamento giudiziale circa l'esistenza dei presupposti necessari per poter considerare risolto il contratto. Così secondo i giudici è necessaria un'indagine duplice che investa sia il profilo dell'entità dell'inadempimento e del pregiudizio economico effettivamente patito dalla parte

La diffida ad adempiere: di che cosa si tratta

È un negozio unilaterale recettizio e formale consistente in un'intimazione ad adempiere che una parte del contratto rivolge per iscritto a quella inadempiente dichiarando che, decorso un determinato termine, il contratto si dovrà intendere risolto di diritto.

Gli elementi della diffida

Il termine: la diffida deve contenere l'intimazione (non un mero invito) ad adempiere in un congruo termine che non può essere inferiore a 15 giorni.

La dichiarazione di intenzione risolutoria: la diffida deve contenere una dichiarazione chiara e univoca (non vale una generica minaccia ad agire in giudizio) in cui si avverte il destinatario che, se egli persisterà nell'inadempimento nel termine assegnatogli, il contratto si dovrà intendere risolto.

non inadempiente (valutazione oggettiva), sia le condotte effettivamente tenute dalle parti durante il rapporto contrattuale (valutazione soggettiva).

In altre parole, il giudice è tenuto comunque a valutare la sussistenza degli estremi, soggettivi e oggettivi, dell'inadempimento; in particolare, dovrà verificare sotto il profilo soggettivo l'operatività della presunzione di responsabilità del debitore inadempiente fissata dall'art. 1218 cod. civ., la quale, pur dettata in riferimento alla responsabilità per il risarcimento del danno, rappresenta un principio di carattere generale; l'inadempimento quindi deve essere valutato sotto il profilo dell'elemento soggettivo, con riferimento alla volontà del debitore di sottrarsi ingiustamente alla prestazione dovuta.

Inoltre, sotto il profilo oggettivo, occorrerà accertare che l'inadempimento sia non di scarsa importanza, alla stregua del criterio indicato dall'art. 1455 cod. civ.

Pertanto, l'importanza dell'inadempimento non deve essere intesa in senso soggettivo, in relazione alla stima che la parte danneggiata abbia potuto fare del proprio interesse violato, ma in senso oggettivo, in relazione, cioè, all'attitudine dell'inadempimento a turbare l'equilibrio contrattuale.

Tale situazione ricorre certamente, per esempio, nel caso in cui si verifichi la mancata comparizione del promittente venditore presso il notaio per la stipula del definitivo, comportamento la cui gravità è tale da turbare l'equilibrio delle prestazioni corrispettive.

Presupposti della diffida

La diffida richiede i presupposti previsti in generale per la risoluzione.

Presupposto oggettivo: inadempimento non di scarsa importanza.

Presupposto soggettivo: inadempimento imputabile alla parte inadempiente che vuole sottrarsi ingiustamente alla prestazione dovuta.

Diffida e ritrattazione della risoluzione

La precedente posizione della Suprema Corte

La maggioranza dei giudici ha riconosciuto un assoluto potere dispositivo al contraente adempiente, ammettendo la "ritrattazione" da parte dello stesso anche dopo l'inutile decorso del termine stabilito nella diffida ad adempiere che viene considerato come posto nel suo esclusivo interesse.

Tale giurisprudenza ha rilevato che la diffida ad adempiere è stabilita nell'interesse della parte adempiente e non costituisce un obbligo, bensì una facoltà che si esprime *a priori* nella libertà di scegliere questo mezzo di risoluzione del contratto a preferenza di altri e *a posteriori* nella possibilità di rinunciare agli effetti risolutori già prodottisi.

Essa avrebbe lo scopo di realizzare la rapida risoluzione del rapporto mediante la fissazione di un termine che ha carattere essenziale nell'interesse della parte adempiente, alla quale è rimessa la valutazione della convenienza di farne valere la decorrenza.

Secondo questa opinione, la risoluzione si produce di diritto indipendentemente dalla volontà dell'intimato, rimanendo nella disponibilità dell'intimante che può successivamente rinunciare ad avvalersene.

Così, verificatosi l'inadempimento, la parte non inadempiente può scegliere tra risoluzione (es. giudiziale o di diritto per diffida ad adempiere) e adempimento coattivo, così, verificatasi la risoluzione, la stessa parte non inadempiente potrà rinunciare agli effetti risolutori già prodottisi. In altre parole rientra nelle valutazioni di convenienza dell'adempiente anche quella di esercitare un'azione di adempimento contrattuale pur essendo scaduto il termine dallo stesso concesso nella diffida.

Parallelamente si è considerato che la diffida ad adempiere è un negozio giuridico, sicché non può produrre effetti contro e oltre la volontà del suo autore che può sempre decidere di non fare valere la risoluzione già verifi-

COMPRAVENDITA

articolo

catasi. In ogni caso, si è affermato che la rinuncia all'effetto risolutorio può essere esplicita ovvero implicita. In quest'ultimo caso essa deve risultare da atti univoci dai quali sia possibile desumere che il contraente, che in un primo tempo si sia avvalso della possibilità della risoluzione, abbia successivamente ritenuto più conforme ai propri interessi procedere all'esecuzione contrattuale. La rinuncia all'effetto risolutivo può quindi verificarsi o per effetto di dichiarazione espressa o anche tramite comportamento concludente.

E così, per esempio, chi ha intimato una diffida ben può rinunciare successivamente alla stessa diffida e al suo effetto risolutivo concedendo un nuovo, ulteriore termine per l'adempimento. In questo caso, la risoluzione di diritto consegue solo quale effetto della seconda diffida e, quindi, a condizione che la stessa sia valida anche in relazione alla congruità del termine.

Il nuovo orientamento della Cassazione

Le Sezioni Unite, in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass., sent. n. 23315 dell'8 novembre 2007, n. 11967 del 28 giugno 2004 e n. 7182 del 4 agosto 1997), hanno recentemente affermato (sent. n. 553 del 14 gennaio 2009) che la rinuncia all'effetto risolutorio da parte del contraente adempiente non può ritenersi in alcun modo ammissibile.

Si è osservato, infatti, che l'art. 1454 cod. civ. collega alla scadenza infruttuosa del termine la risoluzione automatica del rapporto, che si produce, come precisano le Sezioni Unite, al momento stesso dello spirare del termine indicato dal diffidante.

Di conseguenza il contratto è risolto e, perciò, non può più risultare nuovamente produttivo di effetti con conseguente esclusione della configurabilità di atti posti in essere dopo la scadenza del termine fissato nella diffida e nel presupposto della permanente efficacia del contratto (per esempio, nuova diffida o domanda di adempimento o di risoluzione).

Alla luce di quanto sopra, non può essere richiesto al debitore destinatario della diffida di adempiere dopo lo scioglimento del contratto.

In ogni caso è vero che il contraente non inadempiente può scegliere tra la diffida, la domanda giudiziale di adempimento e quella di risoluzione.

Tuttavia, le Sezioni Unite non comprendono come possa ricavarsi da ciò la possibilità, non prevista normativamente, di neutralizzare l'avvenuta risoluzione.

Del resto, il fatto che il termine possa anche considerarsi nell'interesse del creditore intimante non vuol dire che l'effetto risolutivo non venga a tutelare pure altri interessi, con conseguente indisponibilità, da parte dell'intimante, della risoluzione verificatasi.

In effetti seguendo il precedente orientamento dei giudici la parte intimata restava indefinitamente esposta all'arbitrio della parte adempiente. In particolare, per la decisione delle Sezioni Unite in commento, la perdurante disponibilità dell'effetto risolutorio in capo alla parte non inadempiente risulterebbe, in assenza di disposizione normativa, operante all'infinito, così generando una ingiustificata e sproporzionata lesione all'interesse del debitore.

A quanto sopra si deve aggiungere che non vi è motivo alcuno per distinguere, ai fini in questione, il caso della risoluzione giudiziale da quello della risoluzione per effetto di una diffida, atteso che entrambe presuppongono l'imputabilità e la gravità dell'inadempimento; di conseguenza come non è proponibile la domanda giudiziale di adempimento dopo la semplice formulazione della domanda giudiziale di risoluzione, così dopo la scadenza del termine precisato in diffida non è possibile prorogare il termine concesso in quanto verrebbe nuovamente creata una situazione di obbligo da cui l'intimato era stato già liberato.

Infine si nota come non può ricavarsi la disponibilità dell'effetto risolutorio (e quindi la possibilità di rinunciare ad avvalersi della risoluzi-

COMPRAVENDITA
articolo

zione verificatasi e di ricorrere ad altri mezzi di tutela) dalla natura di negozio unilaterale della diffida, che non potrebbe produrre effetti contro e oltre la volontà del suo autore.

Tale natura negoziale, infatti, dovrebbe portare invece alla conclusione dell'indisponibilità degli effetti della diffida discendendo dal negozio giuridico una situazione di vincolo per il suo autore, vincolo dal quale quest'ultimo non potrebbe liberarsi a proprio

arbitrio. Per quanto sopra, secondo i giudici supremi, una volta verificatasi la risoluzione di diritto del contratto per effetto della scadenza del termine concesso, non può più operarsi, da parte del contraente non inadempiente, un recesso *ex art. 1385 cod. civ.* con ritenzione della caparra o richiesta del doppio della stessa: in altri termini, è solo possibile chiedere il risarcimento dei danni da provare nel loro integrale ammontare.

La risoluzione del contratto (Cass., Sez. Unite, sent. n. 553/2009)

Scaduto il termine previsto nella diffida, il contratto è risolto: l'inadempiente non può salvare il contratto adempiendo tardivamente e il diffidante non può prorogarlo o, comunque, rinunciare all'effetto risolutorio.

La parte lesa – dopo la risoluzione – non può recedere dal contratto, trattenendo la caparra (o richiedendo il pagamento del doppio), ma può esclusivamente richiedere il risarcimento dei danni dei quali, però, dovrà offrire specifica prova.