

# GIURISPRUDENZA ITALIANA

dal 1849

 [edicolaprofessionale.com/giurit](http://edicolaprofessionale.com/giurit)

I Gennaio 2018

## Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni  
Claudio Consolo - Gastone Cottino  
Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo  
Mattia Persiani - Mariano Protto - Pietro Rescigno  
Giorgio Spangher - Francesco Tesauro

L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni unite

La Corte costituzionale e l'abuso  
della "sanzione" processuale

Fallimento e contratto di *leasing*

Riconoscimento della voce nel processo penale

I Percorsi di giurisprudenza

La clausola *claims made* nella giurisprudenza

I Dottrina e attualità giuridiche

UE e disciplina dell'insolvenza (I parte)

Poste italiane s.p.a. - spedizione in abb. post. - D.L. 353/2003 conv. in L. 27/2/2004 n. 469 art. 1 comma 1, DCBM - ISSN 1125-3029



 Wolters Kluwer

**UTET**  
GIURIDICA

chiarito che nell'ambito di questo statuito annullamento resta assorbita anche la parte della motivazione della impugnata sentenza, laddove una volta ritenuto, ma erroneamente come sopra osservato, il preteso mutuo consenso, con conseguente preclusione di ogni valutazione di merito in ordine alle inadempienze dedotte dall'attore a sostegno delle dedotte pretese risarcitorie, tuttavia contraddittoriamente si ritenevano infondate le allegazioni del V., limitatamente al conseguente solo danno non patrimoniale.

Infine, essendo risultata fondata l'impugnazione, non ricorrono i presupposti di cui all'art. 13, comma 1 quater, d.P.R. n. 115/2002, sicché non ne va dato atto, per cui il ricorrente non è tenuto al versamento di ulteriore contributo unificato.

P.Q.M.

la Corte accoglie il ricorso. CASSA l'impugnata sentenza e RINVIA, anche per le spese, alla Corte di Appello di Milano in diversa composizione.

## Domanda di risoluzione per inadempimento e "sfida processuale all'ultimo sangue"

Enrico Gabrielli

Le sentenze affrontano il delicato problema della disciplina da accordare alle contrapposte domande di risoluzione del contratto per inadempimento e di come il giudice ne debba operare la relativa valutazione ai fini della decisione.

### Premessa

Nel leggere le sentenze della Corte di cassazione degli ultimi anni, in materia di inadempimento, è frequente rinvenire giudizi che registrano lo scontro tra due contrapposte domande di risoluzione per inadempimento del contratto: l'una azionata in via principale dall'attore; l'altra in via di eccezione dal convenuto.

Lo strumento di autotutela negoziale dell'*exceptio* viene infatti sovente impiegato come tecnica difensiva a fronte della richiesta di caducazione del contratto promossa dall'attore.

Il contraente, con l'eccezione di inadempimento, proprio perché costituisce una forma di autotutela privata, fa così valere un proprio contro-diritto che, in quanto contrapposto al fatto costitutivo affermato dall'attore, lo paralizza, dato che l'*exceptio*, come sostiene la giurisprudenza, "è invocabile, oltre che per paralizzare la domanda di adempimento, anche al fine di escludere il diritto della controparte di far accertare e richiedere la risoluzione del contratto"<sup>1</sup>.

L'attore per contrapporsi all'esercizio del diritto potestativo dell'*excipiens* a quel punto ha soltanto una alternativa: eseguire la propria prestazione, oppure chiedere una pronuncia di risoluzione del contratto assumendo l'altrui inadempimento.

È questo il caso oggetto delle presenti sentenze, le quali hanno il merito di mettere a fuoco – con il pregio della sintesi (oramai assai raro, oltre che negli atti processuali, anche nelle motivazioni delle sentenze, impiegate, soprattutto da qualche estensore, con tanto evidenti quanto infondate aspirazioni "teoriche", convinto che il sapere "li discende per li rami", per dar sfogo alla propria egocentrica autoesaltazione narcisistica di maestro del diritto processuale<sup>2</sup>) – le questioni che negli ultimi anni si sono dibattute all'interno della Corte fra due contrapposti orientamenti, di cui entrambe le sentenze danno puntualmente conto, motivandone con apprezzabile misura espositiva le ragioni dell'adesione all'uno piuttosto che all'altro.

In un caso infatti il promissario acquirente di un bene immobile, stipulato il contratto preliminare, assume l'esistenza di un inadempimento e quindi agisce in giudizio per ottenerne la risoluzione, nonché la restituzione del doppio della caparra versata. Il convenuto si costituisce e, di contro, chiede il rigetto della domanda attrice e l'accertamento del suo diritto di recedere e di trattenere la caparra.

Il giudice di primo grado rigetta la domanda dell'attore; quello di seconde cure accoglie l'appello e dichiara risolto consensualmente il contratto preliminare, condannando il convenuto a restituire la caparra. Questi ricorre in cassazione sostenendo che il giudice dell'impugnazione aveva violato il principio dispositivo, e quindi la sentenza era viziata sul piano del contraddittorio ed era incorsa in un vizio di ultra petizione, poiché aveva motivato sulla base di una intervenuta risoluzione consensuale del contratto preliminare, nonostante l'attore avesse agito affinché fosse esplicitamente dichiarata la risoluzione del contratto per inadempimento imputabile al convenuto, e quindi non fosse stata avanzata nel giudizio nessuna domanda di scioglimento consensuale del vincolo negoziale.

Nell'altro caso accade che la Corte d'Appello di Milano ha respinto l'impugnazione contro la pronuncia di primo grado reputando che, in ragione del comportamento tenuto dai contendenti e delle domande dagli stessi avanzate, fosse intervenuto il mutuo consenso circa lo scioglimento dei due contratti di agenzia, dedotti in giudizio dall'attore, dei quali pertanto dichiarò la risoluzione sulla base di tale titolo.

In realtà, entrambe le parti: l'una mediante l'intimazione all'agente del recesso, facendo valere l'apposita clausola di risoluzione espressa; l'altra dichiarando di voler risolvere i rapporti di agenzia, addebitandone la responsabilità ad inadempimenti della controparte, e comunicando in tal senso di aver già notificato citazione per ottenere la condanna della preponente al pagamento delle provvigioni asseritamente non corri-

<sup>1</sup> Cass., 14 marzo 2011, n. 5933, in *Rep. Foro It.*, 2011, voce "Contratto in genere", n. 514.

<sup>2</sup> Cfr. sul tema, P. Pardolesi-Sassani, *Motivazione, autorevolezza*

*interpretativa e "trattato giudiziario"*, in *Foro It.*, 2016, V, 299 e segg., spec. 301.

sposte relativamente ad un certo periodo, non avevano mai fatto valere quel titolo per la ottenere la cessazione degli effetti del contratto di agenzia.

L'agente, infatti, con ricorso si era rivolto al giudice del lavoro chiedendogli di accertare la nullità e l'inefficacia del recesso intimatogli dalla preponente nell'aprile 2004, assumendo, inoltre, che gli erano stati cagionati conseguenti danni, patrimoniali e non.

La società convenuta costituendosi aveva invece domandato in via riconvenzionale la condanna dell'attore al risarcimento dei pretesi danni all'immagine arrecata dalla condotta diffamatoria dell'agente e per lite temeraria.

Il giudice territoriale, in sede di gravame, sul duplice presupposto: che entrambe le parti avevano dedotto la risoluzione dei rapporti, che l'agente aveva già agito, separatamente, per il pagamento delle rivendicate provvigioni; che era trascorso un lungo periodo di tempo tra la cessazione del rapporto risalente all'aprile 2004 e l'inizio del giudizio da parte dell'agente, promosso solo nell'anno 2009, ritenne che il rapporto si fosse risolto per mutuo consenso e sulla base di tale titolo ne pronunciò la risoluzione.

Da qui il ricorso per cassazione dell'agente, il quale si duole della violazione dell'art. 112 c.p.c. per vizio di ultrapetizione, in quanto nessuna delle parti aveva mai nel corso del giudizio dedotto il mutuo consenso, quale titolo sul quale accertare e fondare la pronuncia di risoluzione.

### Eccezione di inadempimento ed eccezione di risoluzione

L'eccezione di inadempimento, che nella prima sen-

tenza costituisce uno dei profili di fondo della vicenda processuale, in quanto dichiarazione di natura negoziale, opera al di fuori del giudizio, poiché configura un legittimo rifiuto di adempiere nelle mani di chi risulti, a sua volta, inadempiente, ed in quanto "eccezione sostanziale"<sup>3</sup> essa, oltre che fatta valere mediante una dichiarazione stragiudiziale, può essere opposta direttamente in giudizio all'altro contraente<sup>4</sup>, ed in tal senso si configura come una eccezione di portata più ampia di una mera eccezione di natura processuale<sup>5</sup>.

Non deve pertanto essere confusa con la domanda riconvenzionale di risoluzione, che è atto giudiziale in senso stretto, perché proposta in giudizio quando la parte inadempiente si sia rivolta al giudice per ottenere la condanna della controparte all'adempimento e la controparte, per sottrarsi all'adempimento, agisca mediante una domanda riconvenzionale (art. 36 c.p.c.) con la quale fa valere l'inadempimento altrui e chiede al giudice che pronunci la risoluzione del contratto<sup>6</sup>.

Né dovrebbe essere confusa con la eccezione di risoluzione, con la quale potrebbe agire chi voglia far estinguere l'obbligazione nascente dal contratto, senza pertanto essere costretto né a promuovere una domanda di risoluzione, né, se convenuto, a proporre una domanda riconvenzionale<sup>7</sup>.

L'autonomia concettuale ed applicativa dell'eccezione di risoluzione, che non è espressamente regolata dal codice, viene sostenuta in dottrina sul rilievo che il potere sostanziale di rifiutare l'adempimento può implicare un potere di scioglimento, il quale può tradursi in una eccezione la quale, invece che di inadempimento, è di risoluzione<sup>8</sup>.

L'eccezione di inadempimento, al contrario, è funzionale a produrre la sospensione dell'obbligazione di

<sup>3</sup> Sul tema cfr. ampiamente Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, IV ed., Milano, 2016, 1660 e segg.

<sup>4</sup> Carnevali, in U. Carnevali-E. Gabrielli-M. Tamponi, *Il contratto in generale. L'inadempimento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2011, 246, il quale rileva che in questo secondo caso, sempre che l'eccezione sia legittimamente opposta, essa ha lo scopo di paralizzare una domanda giudiziale di adempimento proposta dall'altro contraente, ma serve anche a paralizzare una domanda giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento dell'eccezione, una diffida ad adempiere o una dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa (in tal senso, in giurisprudenza, cfr. Cass., 28 marzo 2001, n. 4529; Cass., 4 novembre 2009, n. 23345; Cass., 13 luglio 2005, n. 14737; Cass., 12 febbraio 2002, n. 2706; Cass., 5 agosto 2002, n. 11728; Cass., 4 luglio 2002, n. 9517; Cass., 13 aprile 2000, n. 4122; Cass., 11 agosto 1997, n. 7480).

Nel caso in cui sia stabilito un termine essenziale (art. 1457 c.c.) a favore dell'altro contraente, l'eccezione impedisce la risoluzione di diritto del contratto alla scadenza del termine stesso perché l'*excipiens* non può essere considerato inadempiente (Bigliuzzi Geri, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 47 e segg.).

Sul punto Carnevali, *op. cit.*, 247, segnala che nel caso in cui sia stabilito un termine essenziale (art. 1457, c.c.) a favore di uno dei contraenti, quest'ultimo non ha la possibilità di opporre l'*exceptio*, dato che l'inadempimento dell'altro contraente produce *ipso iure* la risoluzione del contratto stesso: va tuttavia rilevato che non pare precluso al contraente a favore del quale il termine è apposto di dichiarare entro tre giorni (art. 1457, 2° comma, c.c.) di volere ugualmente l'esecuzione del contratto e di essere pronto ad adem-

piere contestualmente all'altro.

<sup>5</sup> Carnevali, *op. cit.*, 246, secondo il quale tale eccezione attribuisce al contraente eccezione il diritto di sospendere temporaneamente l'esecuzione del contratto, e – trattandosi di un diritto, tipicamente potestativo, al quale l'altro contraente rimane soggetto, a condizione che l'eccezione sia stata legittimamente esercitata – può essere neutralizzato solo con l'esecuzione della prestazione dovuta all'*excipiens*, e quindi l'eccezione che rifiuta di eseguire la consegna del bene venduto non cade in mora e non è perciò impedito il passaggio del rischio del perimento del bene secondo le regole generali. Se la prestazione dell'eccezione diventa impossibile per caso fortuito pur dopo il rifiuto di adempiere, non si applica l'art. 1221 c.c., e l'eccezione è liberata dalla sua prestazione con le ulteriori conseguenze stabilite dall'art. 1463 c.c.

<sup>6</sup> Secondo la giurisprudenza, Cass., 29 settembre 2009, n. 20870, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce "Contratto in genere", n. 467, l'eccezione di inadempimento, al pari di ogni altra eccezione, non richiede l'adozione di forme speciali o formule sacramentali, essendo sufficiente che la volontà della parte di sollevarla sia desumibile, in modo non equivoco, dall'insieme delle sue difese, secondo un'interpretazione del giudice di merito che, se ancorata a correnti canonici di ermeneutica processuale, non è censurabile in sede di legittimità.

<sup>7</sup> Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 335 e segg.

<sup>8</sup> Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 341, secondo la quale tale eccezione, in quanto contiene un potere di rifiuto diretto all'estinzione degli obblighi reciproci, "costituisce dunque l'anello di congiunzione tra eccezione di inadempimento, diffida ad adempiere e domanda principale o riconvenzionale di risol-

eseguire la propria prestazione, fino a quando non sia cessato l'inadempimento altrui<sup>9</sup>, e quindi non ha né effetto immediatamente risolutivo del contratto, né definitivamente liberatorio per il debitore<sup>10</sup>, poiché tali effetti derivano unicamente dall'accoglimento della domanda di risoluzione.

Il principio di autotutela contenuto nella clausola<sup>11</sup> si esplica dunque in presenza del mero ed oggettivo fatto della mancata esecuzione della controprestazione, che legittima, in capo al contraente *in bonis*, il rifiuto di eseguire la propria prestazione<sup>12</sup>.

Può dunque avvalersi della risoluzione del contratto, giudiziale o stragiudiziale, solo la parte adempiente e non può invocarla il contraente che sia stato, a sua volta, inadempiente<sup>13</sup> ed ha con la propria violazione dato causa al comportamento oppositivo dell'altra

parte, che si è legittimamente astenuta dall'eseguire la propria controprestazione.

Occorre tuttavia segnalare che la protezione offerta dall'eccezione non è illimitata, proprio perché si tratta di un rimedio "conservativo" del contratto, ma viene a cessare quando la controparte ha fatto venire meno il suo stato di inadempimento, facendo mancare il fondamentale presupposto giustificativo dell'eccezione stessa.

Tale situazione si registra, ad esempio, non solo quando il debitore *sic et simpliciter* adempie, ma anche quando egli si offre di adempiere, mettendo a disposizione della controparte la prestazione, con un'offerta che non deve possedere i medesimi requisiti formali di quella prevista per la messa in mora del creditore<sup>14</sup>.

zione" e quindi l'eccezione di risoluzione rappresenta un altro e diverso modo, in presenza dell'altrui inadempimento, per provocare l'estinzione dell'obbligazione contrattuale, mediante l'esercizio di un diritto potestativo sostanziale che consente alla parte di produrre lo scioglimento del contratto nel processo.

<sup>9</sup> Sul piano della dialettica delle contrapposte posizioni dei contraenti, va segnalato che l'eccezione fatta valere al di fuori del giudizio non impedisce all'*excipiens* di domandare successivamente nel processo la risoluzione del contratto (eventualmente in via riconvenzionale di fronte ad una domanda di adempimento o di risoluzione dell'altro contraente), ovvero di inviare una diffida ad adempiere, oppure di dichiarare di volersi avvalere di una clausola risolutiva espressa, ma nell'immediato rende inesigibile la propria prestazione in attesa dell'adempimento della controparte, ovvero della pronuncia di risoluzione del contratto.

Autorevole dottrina sostiene infatti che ciò "è coerente con l'efficacia della clausola, che serve a "congelare" il rapporto contrattuale (e per questo viene tradizionalmente definita come eccezione "dilatatoria") in attesa di vedere se l'altro contraente si decida ad adempiere: l'*excipiens* può, ad un certo momento, perdere interesse ad un sia pur tardivo adempimento dell'altro contraente e optare per la risoluzione del contratto sia in via diretta, sia in via riconvenzionale" (Carnevali, *op. cit.*, 247).

Il rifiuto di adempiere, se legittimo *ex art.* 1460, ha inoltre effetto preclusivo dell'accoglimento della domanda dell'altro contraente di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno (Cfr. Cass., 15 dicembre 1985, n. 6347, in *Mass. Foro It.*, 1985; Cass., 11 ottobre 2012, n. 17353, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012), ed impedisce l'operatività della clausola risolutiva espressa (Cfr. Cass., 13 luglio 1982, n. 4122, in *Mass. Foro It.*, 1982; per Cass., 16 settembre 2013, n. 21115 in *Giust. Civ. Mass.*, 2013, "anche quando la parte interessata abbia manifestato la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa, il giudice deve valutare l'eccezione di inadempimento proposta dall'altra parte, attesa la pregiudizialità logica della stessa rispetto all'avverarsi degli effetti risolutivi che normalmente discendono in modo automatico, ai sensi dell'art. 1456 cod. civ., dall'accertamento di un inadempimento colpevole").

In dottrina, Bigliuzzi Geri, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 45 e segg., dove è formulata una corrispondente soluzione anche per il termine essenziale.

<sup>10</sup> Cfr. Cass., 5 maggio 1982, n. 2821, in *Mass. Foro It.*, 1982: l'eccezione di inadempimento "opera nel senso di consentire alla parte adempiente di sospendere la prestazione dovuta finché l'altro contraente non adempia a sua volta, ma non la libera dalla propria obbligazione in via definitiva; pertanto, l'eccezione suddetta, opposta dal conduttore al locatore asseritamente inadempiente all'obbligo di eliminare determinati vizi della cosa locata, giustifica la sospensione del pagamento dei canoni, ma non esime dall'adempimento della relativa obbligazione con riferimento all'intera durata della locazione".

A sua volta Cass., 28 marzo 2001, n. 4529, in *Mass. Foro It.*, 2001, ha statuito che "l'*exceptio inadimpleti contractus*, di cui all'art. 1460 c.c., è invocabile, oltre che al fine di paralizzare la domanda di adempimento, anche nei confronti di una domanda di risoluzione del contratto promossa dalla controparte". Secondo Cass., 16 novembre 2000, n. 14865, in *Corr. Giur.*, 2001, 762, anche la violazione delle obbligazioni collaterali di protezione, di informazione, di collaborazione, derivanti dagli artt. 1337, 1338, 1374, 1375, 1175, che si pongono come precondizioni dell'obbligazione principale, legittima l'eccezione *ex art.* 1460 c.c.

Per Cass., 15 aprile 2014, n. 8736, in *Giur. It.*, 2014, 1058, "il debitore convenuto che si avvalga dell'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., può limitarsi ad allegare l'altrui inadempimento, mentre il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento e ciò anche nel caso in cui si sia eccepito non l'inadempimento dell'obbligazione ma il suo inesatto adempimento, essendo sufficiente che il creditore istante alleghi l'inesattezza dell'inadempimento e gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento".

<sup>11</sup> Sul punto, anche per le ulteriori indicazioni, mi permetto di rinviare a E. Gabrielli, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 171 e segg. (ora anche in *Id.*, *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, 171 e segg.).

<sup>12</sup> Tale comportamento peraltro rimane legittimo anche se successivamente si accerti che la controprestazione era diventata impossibile per causa non imputabile al debitore, come si desume da Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Mass. Foro It.*, 1984, secondo cui si deve "prescindere dalla colpevolezza dell'inadempimento della parte cui viene opposto il rifiuto".

<sup>13</sup> Cfr. sul punto Cass., 12 novembre 2013, n. 25427, la quale in tema di contratto preliminare, ha affermato che l'eccezione di inadempimento – basata sulla mancanza del certificato di abitabilità dell'immobile o della presenza di difformità edilizie sanabili – non può essere proposta qualora risulti che il promissario acquirente era a conoscenza di tale situazione. Secondo la Corte infatti il presupposto dell'obbligo che l'art. 1477, ult. comma, c.c., pone a carico del venditore (e non del promittente venditore) di consegnare i documenti relativi all'uso della cosa venduta, è che tali documenti siano necessari all'uso della medesima e si trovino in possesso del venditore, il quale, in caso negativo, dovrà curarne la formazione al momento della conclusione del contratto. Ne segue che, in caso di preventiva conclusione del contratto preliminare, è necessario che tali documenti siano acquisiti e consegnati al promissario acquirente all'atto della stipula del contratto definitivo di vendita.

<sup>14</sup> La giurisprudenza sottolinea che non è sufficiente un'offerta di idonee garanzie, perché l'eccezione è stata in questo caso sollevata di fronte ad un inadempimento, e non di fronte ad un mero pericolo di inadempimento (Cass., 22 marzo 1968, n. 908, in *Rep. Foro It.*, 1968, voce "Obbligazioni e contratti", n. 360).

Sicché fino a quando il contraente adempiente non fa valere il proprio potere di caducazione del contratto (mediante la risoluzione sia essa stragiudiziale, sia essa giudiziale), manifestando quindi interesse alla risoluzione, il contraente inadempiente potrebbe sempre adempiere, ovvero offrire di adempiere<sup>15</sup>.

In tal caso – a fronte della sostanziale acquiescenza, fino a quel momento, del creditore adempiente all'altrui inadempimento – l'eventuale rifiuto di accettare l'adempimento tardivo potrebbe configurarsi come contrario al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e quindi determinare a favore del creditore adempiente un'ipotesi di inadempimento.

### Inadempimento reciproco, ordine cronologico delle prestazioni e onere della prova

Una volta chiarito quale sia il meccanismo mediante il quale, nei reciproci rapporti sinallagmatici, opera tra i contraenti l'eccezione dilatoria nella fase di esecuzione del contratto, occorre esaminare come essa si sviluppi sia sul piano del binomio prestazione – controprestazione, sia nelle sequenze di svolgimento cronologico dello stesso, dato che l'ambito di applicazione dell'*exceptio* è quello dei contratti a prestazioni corrispettive e, a volte, ad esecuzione istantanea ovvero differita nel tempo.

È infatti frequente il caso in cui una parte, al fine di non voler adempiere alla propria prestazione, strumentalmente sostenga che la controparte sia inadempiente, ovvero in ritardo nell'adempimento, ovvero che l'adempimento effettuato non sia conforme alla regola negoziale a sua tempo pattuita, e che quindi si versi in un caso di inadempimento che legittimerebbe l'esercizio dell'*exceptio* e quindi il proprio rifiuto di adempiere<sup>16</sup>.

L'ordine cronologico dell'esecuzione delle prestazioni, soprattutto quando esso sia disciplinato in termini di contemporaneità, assume dunque in questa direzione un significativo rilievo.

La regola generale dovrebbe essere quella della successione cronologica dell'ordine delle prestazioni, per cui si dovrebbe in prima battuta ritenere che l'*exceptio*

possa anzitutto essere fatta valere dal contraente tenuto ad adempiere per secondo, quando quello obbligato ad adempiere per primo non abbia provveduto; ma l'idea che l'ordine cronologico dettato dalla regola della contemporaneità dell'esecuzione delle prestazioni sia tassativa è stata da tempo abbandonata.

Si ammette pertanto che l'*exceptio* possa essere fatta valere sia dal contraente che deve adempiere per secondo, quando l'altro contraente obbligato ad adempiere per primo non abbia adempiuto<sup>17</sup>, dato che l'art. 1460 c.c. stabilisce che termini diversi per l'adempimento possano essere fissati dalle parti o che possano risultare dalla natura del contratto<sup>18</sup>; sia che l'*exceptio* possa essere fatta valere anche dal contraente tenuto ad adempiere per primo, nei confronti del contraente tenuto ad adempiere per secondo.

Tale ipotesi, ad esempio, si presenta quando al contraente che deve adempiere per secondo venga notificata la decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 c.c., ovvero risulti molto probabile che egli non sia in grado di adempiere alla scadenza, come nel caso in cui il contraente tenuto ad adempiere per secondo abbia dichiarato anticipatamente di non volere adempiere. Siffatto comportamento infatti viene tradizionalmente equiparato all'inadempimento<sup>19</sup>.

Una seconda possibile sequenza potrebbe rinvenirsi quando il contraente giustifica il rifiuto della propria prestazione con l'inadempimento dell'altro contraente o con la mancata offerta della prestazione da parte di quest'ultimo, laddove non sarebbe necessario che l'inadempimento altrui (fatto valere dall'*excipiens* per giustificare la sospensione del proprio adempimento) sia un inadempimento totale.

In tal caso infatti si sostiene che il contraente può respingere l'adempimento inesatto (sia sotto l'aspetto qualitativo sia quantitativo) e quindi rifiutare di eseguire la prestazione a proprio carico, entro il limite del principio della buona fede, in base all'antica regola dell'*exceptio non rite adimpleti contractus* che equipara l'inesatto adempimento all'inadempimento in senso stretto. Rimane però dubbio se, in presenza di un

<sup>15</sup> Sul tema del concorso alternativo tra azione di esatto adempimento del contratto ed azione di risoluzione per inadempimento dello stesso, cfr. Consolo, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, I, 229 e segg. (ora anche in Id., *Passaggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, Milano, 2015, 128 e segg.).

<sup>16</sup> Una parte della dottrina, al riguardo, distingue tra inadempimento giustificante (cioè a dire in che cosa deve consistere l'inadempimento di controparte affinché di fronte ad esso la parte possa sollevare l'eccezione) ed inadempimento giustificato (vale a dire in che senso la parte, in ragione dell'eccezione, è legittimata a non adempiere), fermo restando il rilievo che assume in materia il principio di buona fede, unico a sostenere in questo caso il rifiuto di adempiere (Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.* dir. da Iudica-Zatti, Milano, 2001, 920 e segg.; A.M. Benedetti, *Sub art. 1460*, in *Comm. del cod. civ.* dir. da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, 497 e segg.; Id., *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, dir. da Busnelli, Milano, 2011, 68 e segg.).

<sup>17</sup> Cfr. Realmonte, Realmonte, *Eccezione di inadempimento*, in

*Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, 229; Bigliuzzi Geri, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 24; C.M. Bianca, *Diritto civile*, V. *La responsabilità*, Milano 1994, 334-335. In giurisprudenza cfr. Cass., 19 aprile 1996, n. 3713.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., 4 novembre 2010, n. 22464, in *Giust. Civ.*, 2011, I, 79, secondo la quale nei contratti a prestazioni corrispettive la possibilità di eccepire, ex art. 1460, 1° comma, c.c., l'inadempimento o l'imperfetto adempimento dell'obbligazione assunta dalla controparte – al fine di paralizzare la pretesa avversaria chiedendone il rigetto – trova un limite nell'ipotesi in cui siano stabiliti termini diversi per l'adempimento in relazione ai diversi contraenti.

<sup>19</sup> Cfr. Bigliuzzi Geri, *op. ult. cit.*, 28-29; Addis, *Le eccezioni dilatorie*, nel *Trattato dei contratti* dir. da Roppo, Milano, 2006, V, 424 e segg.

L'orientamento della giurisprudenza in materia: Cass., 14 marzo 2003, n. 3787, in *Contratti*, 2004, 446 e segg., con nota di Sardo; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, è nel senso di equiparare la dichiarazione di non volere adempiere ad un inadempimento.

adempimento inesatto (sotto l'aspetto qualitativo o quantitativo), sia ammissibile un'eccezione parziale d'inadempimento, in ragione della quale il contraente potrebbe operare una riduzione della prestazione da lui dovuta, in misura proporzionale al difetto qualitativo o quantitativo della prestazione ricevuta dall'altro contraente<sup>20</sup>.

L'art. 1460 c.c., però, consente di esercitare il rifiuto di eseguire la prestazione anche quando l'altro contraente non offre di adempiere contemporaneamente la propria prestazione, ma in tal caso non è richiesta un'offerta formale, ma unicamente un comportamento che (al di fuori del caso in cui l'offerta non sia completa o sia inesatta, per cui se così fosse essa non varrebbe a bloccare l'*exceptio*) consenta all'altro contraente di ricevere la prestazione a lui dovuta, di modo che egli possa in tal modo realizzare l'interesse connesso alla esecuzione in suo favore del rapporto obbligatorio.

Nel contrasto tra le contrapposte pretese di inadempimento emerge il problema della ripartizione dell'onere della prova tra le parti, poiché ciascuna tenta di far valere il proprio diritto a sospendere l'esecuzione del contratto<sup>21</sup>.

La questione sorge in particolare qualora venga convenuto in giudizio (per l'adempimento o per la risoluzione) il contraente che in via stragiudiziale ha sollevato l'*exceptio*.

Sul punto una parte della dottrina ha affermato che il contraente che si avvale dell'eccezione di inadempimento deve dimostrare il fatto su cui l'eccezione si fonda, cioè l'inadempimento dell'altro contraente<sup>22</sup>, ma la tesi è stata criticata in ragione del fatto che si fonderebbe su un'applicazione meccanicistica dell'art. 2697, 2° comma, c.c.<sup>23</sup>.

La giurisprudenza invece nel corso del tempo ha mutato il proprio orientamento.

Una prima lettura, maggioritaria, sosteneva che il regime probatorio dovrebbe essere diverso a seconda che il creditore richieda l'adempimento ovvero la risoluzione.

In questa linea di pensiero si affermava che la parte che chiede la risoluzione del contratto per l'inadempimento di un'obbligazione è tenuta a provare il fatto

legittimante la risoluzione, ossia l'inadempimento; laddove, una volta fornita tale prova, spetta al convenuto l'onere di dimostrare di essere immune da colpa.

Si reputava infatti che ai fini della ripartizione dell'onere della prova dell'inadempimento, si deve avere riguardo all'oggetto specifico della domanda.

A differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato (e cioè l'esistenza del contratto, e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito), nell'ipotesi in cui si domandi la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti, in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza. In tal caso infatti, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento, spetterebbe al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa<sup>24</sup>.

Un diverso e contrapposto indirizzo, seppur minoritario, tendeva invece a ricondurre ad unità il regime probatorio da applicare in riferimento a tutte le azioni previste dall'art. 1453 c.c., e cioè all'azione di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma.

In questa linea di pensiero si affermava che l'azione di risoluzione per inadempimento prevista dall'art. 1453 c.c. – e quelle di adempimento e di risarcimento dei danni contemplate dalla medesima norma – hanno in comune il titolo ed il vincolo contrattuale di cui si deduce la violazione ad opera dell'altro contraente.

Alla parte che tali azioni propone non può, pertanto, addossarsi altro onere, a norma dell'art. 2697 c.c., che quello di provare l'esistenza di quel titolo e, quindi, l'insorgenza di obbligazioni ad esso connesse.

Alla controparte, invece, spetterebbe l'onere della prova di avere adempiuto, salvo che non proponga un'eccezione di inadempimento, nel qual caso dovrà essere l'altro a neutralizzarla, dimostrando il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico<sup>25</sup>.

Altro orientamento si fondava, invece, sul rilievo che il meccanismo di ripartizione dell'onere della pro-

<sup>20</sup> Ritengono ammissibile una *exceptio* parziale Gentili, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 247 e segg.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, cit., 351; Tamponi, *op. cit.*, 1536.

<sup>21</sup> Cfr., sul punto, Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 320 e segg.

<sup>22</sup> C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, cit., 343; Tamponi, *op. cit.*, 1535.

<sup>23</sup> Addis, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 456.

<sup>24</sup> Cfr. in tal senso Cass., 9 gennaio 1997, n. 124, nel caso di specie, ove si trattava di un contratto di cessione di quote sociali, la Corte ha ritenuto che la mancata stipulazione del contratto traslativo costituisse inadempimento dell'obbligo del venditore di fare acquistare al compratore la proprietà della cosa o il diritto ceduto, sicché, quando tale circostanza risulti certa, non spetta al compratore l'onere di dimostrare le cause del suo verificarsi, ma è il venditore che deve vincere la presunzione di responsabilità sancita dall'art. 1218 c.c.

La tesi nel pensiero della Corte trova il proprio sostegno nella

valorizzazione della distinzione tra i rimedi congiuntamente previsti dall'art. 1453 c.c., rilevando che si tratta di azioni con le quali vengono proposte domande con diverso oggetto (adempimento, risoluzione, risarcimento del danno).

Si osserva che nella azione di adempimento il fatto costitutivo è il titolo, costituente la fonte negoziale o legale del diritto di credito, sicché la prova che il creditore deve fornire, ai sensi dell'art. 2697, 1° comma, deve avere ad oggetto soltanto tale elemento. Al contrario, nella azione di risoluzione, la domanda si fonda su due elementi: il titolo, fonte convenzionale o legale dell'obbligazione, e l'inadempimento dell'obbligo, sicché la prova richiesta al creditore deve riguardarli entrambi, trattandosi di fatti costitutivi del diritto fatto valere, ai sensi dell'art. 2697, 1° comma.

Si ritiene infatti irrilevante che l'inadempimento, elevato ad oggetto dell'onere probatorio, sia un fatto negativo, opponendosi che, per costante giurisprudenza, anche i fatti negativi possono essere provati fornendo prova dei fatti positivi contrari.

<sup>25</sup> Cass., 5 dicembre 1994, n. 10446.

va ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale; così che in entrambi i casi il creditore dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa, cioè l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto, il termine di scadenza, e non anche l'inadempimento, mentre il debitore dovrà eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento<sup>26</sup>.

La Corte di cassazione, in seguito, con una pronuncia a sezioni unite, ha risolto il ricordato contrasto<sup>27</sup>, affermando la regola secondo cui "in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, 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, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento".

Un eguale criterio di riparto dell'onere della prova

deve ritenersi applicabile, secondo la Corte, al 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*, in tal caso risultando invertiti i ruoli delle parti in lite.

Il debitore eccipiente infatti si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione, ed anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento<sup>28</sup>.

La Corte di cassazione ha poi espressamente precisato che la regola sul riparto dell'onere della prova vale anche nel caso in cui l'inesatto adempimento sia posto a fondamento dell'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.<sup>29</sup>.

Il ricordato orientamento sembra trovare ulteriore

<sup>26</sup> Cass., 27 marzo 1998, n. 3232, secondo cui nell'azione di adempimento, di risoluzione ed in quella risarcitoria (che hanno in comune l'elemento costitutivo fondamentale del mancato adempimento) il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, ma non l'inadempimento dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto, salvo che non opponga un'eccezione di inadempimento, nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta (nel caso di specie, l'azione era diretta nei confronti di una banca per la mancata consegna di certificati di deposito; la Corte ha stabilito che la prova positiva dell'avvenuta consegna gravava sulla stessa banca debitrice, non potendosi addossare al creditore l'onere della prova negativa del mancato adempimento).

La tesi veniva argomentata sul presupposto che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi all'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale.

In entrambi i casi, infatti, il creditore dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa (cioè a dire l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto, il termine di scadenza, e non anche l'inadempimento, mentre il debitore dovrà eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento).

Secondo la Corte, quando si verte in tema di responsabilità da inadempimento, l'onere della prova della mancata prestazione da parte del debitore non può far carico al creditore, in virtù della c.d. "presunzione di persistenza del diritto in relazione ai normali tempi di adempimento".

È peraltro il debitore, in quanto parte del contratto nella cui sfera l'inadempimento si produce, a possedere gli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, con la precisazione, secondo la Corte, "che la presunzione di persistenza del diritto è operante esclusivamente nell'ambito del vincolo obbligatorio rimasto inadempito".

Il creditore che agisce per l'adempimento della prestazione è dunque tenuto unicamente a fornire la prova del rapporto o del titolo dal quale deriva il suo diritto alla prestazione e non anche la

prova di un fatto negativo, qual è il mancato adempimento, poiché quest'ultimo integra il fatto estintivo per eccellenza dell'obbligazione, la cui prova grava sul debitore che l'eccepisce.

Tale regola troverebbe dunque la propria giustificazione nella considerazione che le norme devono essere interpretate secondo un criterio di ragionevolezza (cfr. in tal senso anche Cass., 7 febbraio 1996, n. 973), per cui l'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento, in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c., e non soltanto nel caso di domanda di adempimento, con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento, sarebbe dunque, secondo questo indirizzo, conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova.

In ragione di tale principio (che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione) l'onere della prova dovrebbe essere ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Il ragionamento sarebbe coerente con la regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, e quindi si porrebbe in linea con l'assunto secondo cui si debba ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione.

<sup>27</sup> Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, 113, con nota di Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*.

<sup>28</sup> Nello stesso senso cfr., successivamente, fra le più recenti: Cass., 31 luglio 2015, n. 16214; Cass., 17 giugno 2015, n. 12501; Cass., 20 gennaio 2015, n. 826; Cass., 14 marzo 2014, n. 5952; Cass., 4 luglio 2012, n. 11173; Cass., 15 maggio 2012, n. 7530; Cass., 23 maggio 2011, n. 11290; Cass., 15 luglio 2011 n. 15659; Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876.

<sup>29</sup> Cass., 10 aprile 2008, n. 9439, così ragionando, però, secondo un'autorevole voce critica della dottrina, (Carnevali, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 253) "chi oppone l'*exceptio* lamentando un adempimento inesatto è il soggetto che si trova nella migliore posizione per dimostrare i difetti dell'adempimento altrui (impiegando una terminologia divenuta corrente, è il più vicino alla prova)".

supporto nella tendenza, espressa successivamente dalla giurisprudenza della Corte di cassazione anche in tema di rilevanza officiosa della nullità del contratto, pur a fronte di una originaria domanda di annullamento ovvero di risoluzione<sup>30</sup>, che è rivolta a valorizzare il principio di prossimità della prova nella scelta dei criteri secondo i quali ripartire il relativo *onus probandi*.

### Il giudizio di proporzionalità tra i contrapposti inadempimenti

Il fondamento, ed al medesimo tempo, il limite di esercizio del diritto potestativo dell'eccezione è tuttavia segnato dal principio di buona fede.

La formula della norma è del resto assai chiara nel senso che "non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede" in senso oggettivo<sup>31</sup>, la quale in questo caso si caratterizza come legittimo esercizio delle proprie ragioni, cioè, secondo la giurisprudenza, come comportamento che "non sia determinato da motivi non corrispondenti alle finalità per le quali esso è concesso dalla legge"<sup>32</sup>.

Il rimedio dell'eccezione dilatoria infatti si distingue da quello della risoluzione, perché si fonda sull'altrui inadempimento, ma non produce lo scioglimento del contratto e non necessita, per il suo utilizzo, dei medesimi presupposti soggettivi ed oggettivi.

L'interpretazione della regola, e del principio di buona fede applicato alla stessa, ha trovato un particolare risalto nella giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>33</sup>, la quale si è formata prevalentemente con riguardo al tema dell'inadempimento inesatto, piuttosto che a quello dell'inadempimento totale, ed è orien-

tata nel senso che la facoltà del debitore di rifiutare la propria prestazione sia subordinata alla gravità dell'inadempimento altrui.

Tale inadempimento, che secondo la formula legislativa dettata dall'art. 1455, c.c., deve essere di non "scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte"<sup>34</sup>, è da valutare sulla base di un criterio di proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, commisurato "non in rapporto alla rappresentazione soggettiva che le parti se ne facciano, ma in relazione alla oggettiva proporzione degli inadempimenti stessi, riguardata con riferimento all'intero equilibrio del contratto ed alla buona fede"<sup>35</sup>.

Qualora nei contratti con prestazioni corrispettive le parti si imputino reciproche violazioni delle regole contrattuali, il giudice, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento, è tenuto a formulare un giudizio di comparazione in merito al comportamento complessivo delle parti, al fine di stabilire se – e quale di esse – si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti, da ascrivere a causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma contrattuale.

In sostanza il giudice non può isolare singole condotte di una delle parti per stabilire se costituiscano o meno motivo di risoluzione, a prescindere da ogni altra ragione di doglianza della controparte, ma deve, invece, procedere alla considerazione sinergica del comportamento di entrambi i contraenti, attraverso un'indagine globale ed unitaria dell'intero loro agire, perché l'unitarietà del rapporto obbligatorio a cui ineriscono tutte le prestazioni inadempite non tollera una ponderazione frammentaria e settoriale della condotta dei singoli contraenti, ma esige un apprezza-

<sup>30</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Giur. It.*, 2014, I, 70, con nota di Pagni, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*.

<sup>31</sup> Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce "Contratto in genere", n. 468, secondo cui nel caso in cui venga opposta, nei contratti con prestazioni corrispettive, l'eccezione di inadempimento occorre verificare, secondo il principio di buona fede e correttezza sancito dall'art. 1375 c.c., in senso oggettivo, se la condotta della parte inadempiente, avuto riguardo all'incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, abbia influito sull'equilibrio sinallagmatico dello stesso, in rapporto all'interesse perseguito dalla parte, e perciò abbia legittimato, causalmente e proporzionalmente, la sospensione dell'adempimento dell'altra parte.

<sup>32</sup> Cfr. Cass., 3 novembre 2010, n. 22353, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce "Contratto in genere", n. 523; Cass., 21 maggio 2012, n. 8002.

<sup>33</sup> Cfr. da ultimo, Cass., 12 maggio 2017, n. 11783, secondo la quale il principio *inadimplenti non est adimplendum* non può prescindere dall'osservanza dei canoni di correttezza e buona fede, ed in tal senso ha deciso che, in caso di contratto di locazione, la sospensione totale dell'adempimento dell'obbligazione del conduttore è legittima soltanto qualora venga a mancare completamente la controprestazione da parte del locatore, poiché diversamente determina un'alterazione del sinallagma contrattuale che produce uno squilibrio tra le prestazioni.

Un'autorevole dottrina, Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, II ed., 2010, 515, che ha attentamente esaminato gli

orientamenti della giurisprudenza, ha osservato che negli stessi è possibile scorgere alcune linee di tendenza, in ragione delle quali le Corti fanno impiego di criteri generici, come quello secondo il quale "la parte che oppone l'eccezione può considerarsi in buona fede, secondo la previsione di cui all'art. 1460 c.c., solo se il rifiuto di esecuzione del contratto si traduca in un comportamento che risulti oggettivamente ragionevole e logico, nel senso che trovi concreta giustificazione nel rapporto tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate, in relazione ai canoni legali di corrispettività e contemporaneità delle medesime" (Cass., 29 aprile 1982, n. 2708, in *Mass. Foro It.*, 1982; Cass., 27 marzo 2013, n. 7759 in *Giust. Civ.*, 2013, I, 968); oppure quello, di matrice più restrittiva (Cass., 8 settembre 1986, n. 5459, in *Mass. Foro It.*, 1986), per cui "il giudice deve valutare il comportamento della parte contraente per stabilire quando il rifiuto di adempiere, in relazione alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti (artt. 1175, 1366, 1375 c.c.), sia strumento per la tutela del proprio diritto ovvero mezzo per mascherare la propria inadempienza"; sul punto cfr. anche P. Gallo, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, vol. 3, 2123.

<sup>34</sup> Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce "Contratto in genere", n. 468; Cass., 3 luglio 2000, n. 8880, in *Riv. Notar.*, 2001, 242; Cass., 5 marzo 1984, n. 1530; Cass., 8 luglio 1981, n. 4486; nel senso della necessaria gravità dell'inadempimento quale presupposto per la valida opposizione dell'eccezione prevista dall'art. 1460, 2° comma, c.c., cfr. anche Cass., 7 maggio 1982, n. 2843; Cass., 24 febbraio 1982, n. 1182; Cass., 4 dicembre 1981, n. 6441; Cass., 21 febbraio 1979, n. 1123.

<sup>35</sup> Cass., 8 gennaio 2010, n. 74, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce "Contratto in genere", n. 525.



mento complessivo, anche in difetto di una formale eccezione ai sensi dell'art. 1460 c.c.<sup>36</sup>.

La giurisprudenza, infatti, enuclea il principio di proporzionalità affermando la regola secondo cui, nel caso in cui venga sollevata l'eccezione di inadempimento, il giudice è chiamato a svolgere un esame comparativo degli opposti inadempimenti, avendo riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse<sup>37</sup>.

In tal modo priorità cronologica, causalità (nel senso di successione causale tra inadempimenti) e proporzionalità (cioè obiettiva consistenza dell'inadempimento in relazione all'incidenza sull'equilibrio sinallagmatico), divengono i principali parametri mediante i quali deve essere giudicato l'inadempimento prevalente<sup>38</sup>.

L'interprete, pertanto, qualora rilevi che l'inadempimento della parte, nei cui confronti è opposta l'eccezione, non sia grave ovvero sia di scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c., deve ritenere che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia in buona fede e, quindi, non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c.<sup>39</sup>.

La nozione di buona fede sembrerebbe quindi servire per dare ingresso ad un giudizio di proporzionalità tra l'inadempimento e l'eccezione, al fine di verificare la sostanziale comparabilità delle prestazioni ineseguite e di quelle rifiutate in via di eccezione, dando così luogo a quello che la giurisprudenza ap-

punto chiama il "giudizio di proporzionalità dell'inadempimento"<sup>40</sup>.

In questa prospettiva diventa rilevante l'intervento del giudice<sup>41</sup>, poiché egli è chiamato a svolgere un controllo ed una valutazione di tipo "comparativo" degli opposti inadempimenti, nell'ambito della quale egli deve avere riguardo, non soltanto all'elemento cronologico dei rispettivi inadempimenti, ma, come detto, al fondamentale criterio di proporzionalità degli stessi rispetto alla causa in concreto del contratto.

In tal senso si deve ponderare quale sia stata, tenuto conto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite, della durata del loro protrarsi nel tempo, l'oggettiva e rispettiva entità degli inadempimenti sull'equilibrio tra le contrapposte prestazioni in relazione ai singoli e concreti interessi di ciascuna parte, e quindi con riguardo alla concreta funzione di scambio rimasta inattuata.

Con la conseguenza che, all'esito di tale scrutinio – in presenza di una valutazione del giudice che ritenga che l'inadempimento della parte, nei cui confronti è opposta l'eccezione, non sia grave, ovvero abbia scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c. – deve ritenersi che il rifiuto di adempimento, di colui che ha mosso l'eccezione, non sia conforme a buona fede e, quindi, non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460, 2° comma, c.c. L'eccezione, pertanto, risulterà soccombente nel giudizio di risoluzione con le relative conseguenze<sup>42</sup>.

Questo orientamento viene però in parte criticato da chi ritiene che debbano essere tenuti distinti il

<sup>36</sup> Cass., 4 maggio 2016, n. 8912; Cass., 15 giugno 2015, n. 12410; Cass., 15 giugno 2016, n. 12410; Cass., 9 gennaio 2013, n. 336; Cass., 5 giugno 2012, n. 9046; Cass., 7 marzo 2001, n. 3341.

<sup>37</sup> Cfr. Cass., 9 giugno 2010, n. 13840, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce "Contratto in generale", n. 504, (in un caso in cui il giudice del merito aveva dichiarato risolto per inadempienze reciproche, reputate equivalenti, il contratto di locazione di un bar, con annesso laboratorio di pasticceria, rispetto al quale, nello svolgimento del relativo rapporto, il conduttore lamentava l'inidoneità dei locali e delle macchine all'uso pattuito ed il locatore la morosità nel pagamento dei canoni, chiedendo entrambe le parti la risoluzione del contratto medesimo) ha stabilito il principio secondo cui "nei contratti con prestazioni corrispettive, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento in caso di inadempienze reciproche, il giudice di merito è tenuto a formulare un giudizio – incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato – di comparazione in merito al comportamento complessivo delle parti, al fine di stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi ed all'oggettiva entità degli inadempimenti (tenuto conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche e soprattutto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite e della incidenza di queste sulla funzione economico-sociale del contratto), si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma contrattuale; in difetto di prova sulla causa effettiva e determinante della risoluzione, il giudice non potrà dichiarare risolto il vincolo contrattuale per inadempienze equivalenti delle parti, ma dovrà limitarsi al rigetto di entrambe le domande per l'insussistenza dei fatti giustificativi posti a sostegno di esse".

<sup>38</sup> Cfr. ora Saccò, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 1614.

<sup>39</sup> Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Rep. Foro It.*, la quale ha affermato il principio con riguardo ad un caso di vendita di un

immobile e di modifica di un muro perimetrale della cantina e dell'autorimessa tali da far divergere il disegno finale dalla planimetria catastale allegata al preliminare. In tal caso la Corte ha escluso la gravità dell'inadempimento tale da giustificare l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.

<sup>40</sup> Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 968, secondo la quale la verifica sulla configurabilità della buona fede ex art. 1460, 2° comma, c.c., va effettuata sull'esistenza del grave inadempimento della controparte e sulla conseguente necessaria comparazione tra gli opposti inadempimenti, avuto riguardo per lo più alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto.

<sup>41</sup> Cfr. ad esempio Cass., 23 marzo 2012, n. 4709, in *Rep. Foro It.*, 2012, voce "Contratto in genere", n. 612, la quale ha sostenuto che la valutazione della gravità dell'inadempimento contrattuale è sempre rimessa all'esame del giudice di merito ed è incensurabile in Cassazione se la relativa motivazione risulti immune da vizi logici o giuridici (nel caso di specie la sentenza impugnata, confermata dalla Corte di cassazione, ha ritenuto giustificata l'eccezione d'inadempimento sollevata dal lavoratore che, pur contestando il trasferimento di cui era stato fatto oggetto in ragione della natura deteriorata delle mansioni affidategli, aveva ugualmente lavorato nella nuova sede per oltre un mese, fino a che, per la ritenuta e poi giudizialmente accertata insussistenza delle ragioni poste a base del trasferimento stesso, si era rifiutato di eseguire la prestazione nella nuova sede e nelle nuove funzioni, mettendosi a disposizione del datore); Cass., 8 gennaio 2010, n. 74, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce "Contratto in genere", n. 525, secondo cui l'eccezione di inadempimento postula la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, la cui valutazione rientra nei compiti del giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se assistita da motivazione sufficiente e non contraddittoria.

<sup>42</sup> Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 968; nello stesso senso cfr.: Cass., 6 luglio 2009, n. 15769; Cass., 16

piano della gravità dell'inadempimento da quello dell'eccezione di inadempimento, poiché, anche secondo l'opinione di una parte seppur minoritaria della giurisprudenza<sup>43</sup>, la gravità dell'inadempimento funge da limite alla domanda di risoluzione del contratto, mentre il rifiuto di adempiere *ex art.* 1460 c.c. tende, all'opposto, a salvaguardare l'interesse all'adempimento del contratto, con la conseguenza che scarsa importanza dell'inadempimento e contrarietà a buona fede non sono concetti tra loro identificabili in termini assoluti.

La valutazione comparativa potrebbe però condurre ad un esito diverso da quello che addebita ad una parte la responsabilità per l'inadempimento e la conseguente risoluzione, poiché nel bilanciamento degli interessi in conflitto, il giudice potrebbe reputare equivalenti gli inadempimenti reciproci, con il risultato di rigettare entrambe le domande (principale di risoluzione per inadempimento dell'attore e riconvenzionale, del pari di risoluzione, del convenuto), dichiarando così risolto il contratto.

In questo caso, secondo una giurisprudenza consolidata, il giudice, pur escludendo che si tratti di una ipotesi di risoluzione consensuale del contratto, respinge sia la domanda di risoluzione dell'attore, sia quella analoga proposta in via riconvenzionale dal

convenuto e risolve il contratto per impossibilità di esecuzione sul presupposto che entrambe le parti hanno deciso di non darvi esecuzione<sup>44</sup>.

Può inoltre presentarsi il caso in cui, in presenza di reciproche domande di risoluzione fondate da ciascuna parte sugli inadempimenti dell'altra, il giudice ritenga che nessuna delle violazioni nell'esecuzione del contratto, dedotte come fattispecie di inadempimento, dia luogo a tale ipotesi.

Egli allora, non potendo pronunciare la risoluzione per colpa di una delle parti, dovrebbe secondo un orientamento escludere la pronuncia di risoluzione del contratto, limitandosi a dare atto dell'impossibilità di esecuzione del contratto per effetto della scelta (*ex art.* 1453, 2° comma) di entrambi i contraenti di non eseguirlo, ritenendo che si sia verificata una ipotesi di mutuo consenso delle parti, ai sensi dell'art. 1372 c.c., e decidere di conseguenza quanto agli effetti risolutivi di cui all'art. 1458 c.c.<sup>45</sup>.

Tale soluzione è stata però criticata in dottrina, poiché si è giustamente osservato<sup>46</sup> che – se l'orientamento che fa capo alla “manifestazione di volontà di entrambe le parti di non eseguirlo”, sembra indice, per un verso, del fatto che i giudici vedono nelle contrapposte domande di risoluzione un *contrarius consensus* che porta allo scioglimento del contratto (art. 1372, 2°

maggio 2006, n. 11430; Cass., 3 luglio 2000, n. 8880; Cass., 3 febbraio 2000, n. 1168; Cass., 27 settembre 1999, n. 10668; Cass., 22 gennaio 1985, n. 250; Cass., 5 marzo 1984, n. 1530; Cass., 7 maggio 1982, n. 2843; Cass., 8 luglio 1981, n. 4486.

<sup>43</sup> Cass., 13 febbraio 2008, n. 3472, secondo cui il “grave inadempimento” che giustifica la risoluzione si distinguerebbe dalla buona fede, prevista in relazione all'eccezione di inadempimento, perché il primo e più rigoroso requisito si lega alla natura radicale e definitiva della risoluzione, mentre la seconda, determinando soltanto la sospensione temporanea dell'esecuzione del contratto e tendendo a salvaguardare l'interesse positivo all'esatto adempimento, si riferirebbe esclusivamente al mero pretesto o all'abuso. Secondo la Corte l'interesse all'esatto adempimento sarebbe tutelato, *ex art.* 1372, c.c., in maniera più intensa rispetto all'interesse alla risoluzione del contratto, e per tale ragione non sarebbe soggetto al limite rigoroso della non scarsa importanza, quanto piuttosto al limite della buona fede in senso oggettivo, con la conseguenza che – fermo restando il rilievo della non scarsa importanza dell'inadempimento al fine di valutare la rispondenza a buona fede del rifiuto della prestazione – si deve in ogni caso ritenere che il concetto di buona fede e quello di non scarsa importanza non sono coincidenti, né è possibile istituire tra essi un rapporto di implicazione, in ragione del quale la buona fede implicherebbe la scarsa importanza dell'inadempimento; nello stesso senso Cass., 26 gennaio 2006, n. 1690.

In dottrina si osserva che la gravità dell'inadempimento non costituisce un presupposto necessario dell'eccezione di inadempimento ma, esclusivamente, una delle possibili circostanze da valutarsi ai fini del giudizio di conformità a buona fede (cfr. Bigliuzzi Geri, voce “Eccezione di inadempimento”, cit., 342), e si sostiene che è contrario a buona fede il rifiuto dell'adempimento quando ciò comporta per l'altro contraente conseguenze eccessivamente gravose o può pregiudicare interessi inerenti alla persona dell'altro contraente e perciò di rango superiore all'interesse economico (così C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 349), oppure quando l'inadempimento dell'altro contraente sia imputabile a ragioni scusabili ovvero il creditore vi abbia in ogni caso prestato acquiescenza (Galgano, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., II, Padova, 2000, 574).

<sup>44</sup> Cass., 19 dicembre 2014, n. 26907, in *Contratti*, 2015, 569,

con nota di Iorio, secondo la quale qualora un contraente richieda la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, ed il contraente asseritamente inadempiente richieda anch'esso una pronuncia di risoluzione – pur attribuendo l'inadempimento all'altra parte – si verifica la risoluzione del contratto, poiché le due contrapposte manifestazioni di volontà, pur non determinando un accordo negoziale di natura risolutoria, come invece accade nell'ipotesi del mutuo consenso, in quanto muovono da premesse contrastanti – sono tuttavia dirette all'identico scopo dello scioglimento del contratto del quale il giudice non può non prendere atto; Cass., 26 luglio 2011, n. 16317, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce “Contratto in genere”, n. 431, che – in un caso in cui il contraente aveva comunicato la propria dichiarazione di recesso, con contestuale richiesta di restituzione della somma versata a titolo di anticipo, ovvero di caparra, e di rimborso delle spese sostenute, ed il contraente asseritamente inadempiente, a sua volta, aveva comunicato anch'esso la volontà di recedere, pur attribuendo l'inadempimento all'altra parte, e la disponibilità alla restituzione delle somme richieste – ha reputato che si verificasse la risoluzione del contratto. Secondo la Corte infatti le due dichiarazioni di recesso, pur non dando luogo ad una ipotesi di risoluzione consensuale, sono tuttavia dirette all'identico scopo dello scioglimento del contratto e della restituzione delle somme versate, con la conseguenza che resta preclusa la domanda di adempimento successivamente proposta da uno dei contraenti; Cass., 9 giugno 2010, n. 13840, cit.

In senso critico verso questo orientamento v. Cataudella, *I contratti*, Torino, 2014, IV ed., 245, nota 312.

<sup>45</sup> Cass., 18 maggio 2005, n. 10389, in *Rep. Foro It.*, 2005, voce “Contratto in genere”, n. 612, ha affermato il richiamato principio in un caso di contratto di locazione, nel quale il giudice del merito aveva escluso tanto la colpa del locatore nel difetto di manutenzione della cosa locata, perché i danni alla cosa provenivano da proprietà di terzi, quanto la colpa del conduttore, che aveva sospeso il pagamento dei canoni a causa della denunciata inidoneità sopravvenuta dell'immobile; cfr. anche Cass., 24 novembre 2000, n. 15167, *ivi*, 2000, voce “Contratto in genere”, n. 579; Cass., 4 aprile 2000, n. 4089, *ivi*, 2000, voce cit., n. 580.

<sup>46</sup> Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*, cit., 118.

comma, c.c.); per un altro, che essi sono spinti dall'intento di non mantenere in essere un contratto di cui ambedue le parti domandano la risoluzione – ciò nonostante considerare la domanda di risoluzione per inadempimento una manifestazione di consenso allo scioglimento del contratto è tuttavia una forzatura.

Forzatura la quale rinviene ulteriore fondamento nella circostanza che, in ragione del principio processuale della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, nel momento in cui le parti allegano inadempimenti reciproci, e li pongono a fondamento delle loro contrapposte domande di risoluzione, il giudice non può pronunciare la risoluzione del contratto per un *contrarius consensus* o fondandola sulla impossibilità della sua esecuzione, perché in tal modo supererebbe violandolo il suddetto principio di corrispondenza; così che, in presenza di inadempimenti insussistenti o in ogni caso privi del requisito della gravità, le contrapposte domande di risoluzione per inadempimento dovrebbero essere rigettate in quanto infondate.

La Corte di cassazione nelle presenti pronunce aderisce a tale soluzione e, recuperando un proprio precedente insegnamento delle Sezioni Unite<sup>47</sup>, ribadisce – a fronte degli orientamenti di cui sopra, che se ne erano discostati – il principio secondo il quale il giudice, adito con contrapposte domande di risoluzione per inadempimento del medesimo contratto, può accogliere l'una e rigettare l'altra, ma non anche respingere entrambe e dichiarare l'intervenuta risoluzione consensuale del rapporto, implicando ciò una violazione del principio della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, mediante una regolamentazione del rapporto stesso difforme da quella perseguita dalle parti<sup>48</sup>.

La Corte sottolinea inoltre che – pur in presenza di contrapposte domande di risoluzione per inadempimento – rimane ferma, e non soffre attenuazioni, la regola secondo cui il contratto non si può risolvere se

l'inadempimento “ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra” parte.

Le parti, infatti, con la domanda reciproca di risoluzione non danno vita ad una sorta di “sfida processuale all'ultimo sangue” (se il tuo inadempimento è reputato più grave del mio il contratto deve essere risolto ai tuoi danni), ma, secondo la clausola generale della gravità dell'inadempimento, affidano alla cognizione del giudice di merito la valutazione dell'altrui inadempimento del quale fanno valere “la non scarsa importanza”.

Con la conseguenza che non si rivela sufficiente l'esistenza di un reciproco inadempimento, ma deve esserne valutata e riscontrata la gravità per dar luogo alla pronuncia di risoluzione.

Il giudice, infatti, deve limitarsi a rigettare entrambe le domande risolutorie, se i dedotti inadempimenti non superino comunque la soglia della “gravità”, rimanendo essi circoscritti nel limite della scarsa importanza per la soddisfazione dell'interesse della controparte negoziale.

### “Sfida all'ultimo sangue” e motivazione delle sentenze

Al lettore della prima sentenza, da ultimo, viene da chiedersi se, risolta con l'enunciazione della corretta regola di diritto la “sfida all'ultimo sangue tra le parti”, le Corti – a causa del solipsistico protagonismo di qualcuno che, nella foresta delle *quaestiones juris*, invece di sfolire tra frasche ed arbusti, si compiace di aggrovigliarsi nel “guazzabuglio della sentenza”, piuttosto che dirigersi verso la loro soluzione – sappiano in futuro evitare che la stessa “sfida” si riproponga tra i contrapposti orientamenti sopra ricordati, ai quali, con le presenti pronunce, si è voluta dare una ferma e convincente definizione.

## ■ **Compensatio lucri cum damno e benefici collaterali**

Cassazione civile, Sez. III, 22 giugno 2017, n. 15534 – Pres. Spirito – Rel. Vincenti – P.M. Pratis (parz. conf.) – Ministero Difesa, Ministero delle Infrastrutture (avv. ti Avvocatura Generale dello Stato) – Aerolinee Itavia s.p.a. in Amministrazione Straordinaria (avv. ti Alessi, Criscuolo, Azzaro). *Rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.*

**Responsabilità civile – Compensatio lucri cum damno – Arricchimento senza causa – Benefici collaterali – Assicurazione – Previdenza sociale**

*Va rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale investitura delle Sezioni unite, il seguente quesito: se nella liquidazione del danno debba tenersi conto del vantaggio che*

*la vittima abbia comunque ottenuto in conseguenza del fatto illecito, ad esempio percependo emolumento versatigli da assicuratori privati (come nella specie), da assicuratori sociali, ovvero anche da terzi, ma comunque in virtù di atti indipendenti dalla volontà del danneggiante.*

*Omissis.* – L'orientamento che nega la *compensatio lucri cum damno* quando vantaggio e svantaggio non trovino ambedue causa immediata e diretta nell'illecito si fonda su quattro presupposti teorici che non parrebbero condivisibili.

5.3.1. – Il primo vulnus dell'orientamento tradizionale è di tipo logico.

Esso, infatti, pretendendo la medesimezza del “titolo” per il danno e per il lucro, al fine dell'operare della *compensatio*, finisce per disapplicare di fatto l'istituto della *compensatio*,

<sup>47</sup> Cass., Sez. un., 15 gennaio 1983, n. 329, in *Foro It.*, 1983, I, 654.

<sup>48</sup> Nello stesso senso si erano orientate di recente anche Cass.,

25 febbraio 2014, n. 4493, in *Rep. Foro It.*, 2014, voce “Sentenza civile”, n. 50; Cass., 16 febbraio 2016, n. 2984, *ivi*, 2016, voce “Contratto in genere”, n. 432; Cass., 14 marzo 2017, n. 6570.