

La ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento di danno per inadempimento contrattuale dopo Sez. Un. n. 13533/2001.

di Andrea Ortolani

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 28 gennaio 2002, n. 982 – GIUSTINIANI *Presidente* – SEGRETO Relatore – P. M. SEPE (conf.) – Bosi (avv.ti Manzi, De Dominicis) – Omnia Cars SRL (avv.ti Braschi, Saguatti).

Obbligazioni e contratti - Contratto atipico – Mandato– Causa (C.c. artt. 1322, 1325, 1709).

Obbligazioni e contratti – Risoluzione del contratto per inadempimento – Prova in genere – Onere della prova (C.c. artt. 1218, 1453, 2697) .

Secondo gli articoli 1322 e 1325 c.c., tutti i contratti, ancorché non appartenenti ai tipi previsti dal codice civile, richiedono una causa; la mancanza di un corrispettivo in favore di una delle parti del contratto atipico (assimilabile al mandato) non comporta la mancanza della causa, in quanto gli interessi perseguiti dalle parti siano meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. (1)

All'attore che domanda il risarcimento del danno per inadempimento contrattuale incombe l'onere di provare la fonte del diritto che egli ritiene violato, potendo egli limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte, mentre incombe al convenuto l'onere di provare il fatto estintivo del diritto in questione, costituito dal proprio esatto adempimento. (2)

SOMMARIO: 1- I fatti. 2- Il contrasto sull'articolo 2697 c.c. 3- La composizione del contrasto. Aspetti complessivi della disciplina 4- Cenni sul problema della causa nel mandato gratuito.

1- I fatti. Il curatore del fallimento di una concessionaria di automobili aveva assunto l'incarico di provvedere per conto di un'altra concessionaria alla vendita di alcune auto detenute dalla fallita e rimaste di proprietà della casa madre. Nell'esecuzione dell'incarico il curatore vendeva un'automobile al prezzo di 11 milioni di lire, violando così l'impegno assunto nei confronti della casa madre a vendere per una cifra non inferiore a lire 14.600.000. La concessionaria conveniva in giudizio il curatore domandando la differenza tra le due cifre, che otteneva dal giudice di primo grado, la cui sentenza era confermata in appello. Il ricorso in Cassazione del curatore era articolato in due motivi: con il primo egli negava l'esistenza e la validità del negozio intercorso tra le parti, con il secondo lamentava la violazione dell'articolo 2697 c.c., avendo la corte di merito ritenuto che su di lui gravasse l'onere di provare l'adempimento delle obbligazioni assunte.

Il commento può essere pertanto diviso in due parti: da un lato è affrontato uno dei temi più problematici in materia di requisiti del contratto, cioè la presenza di causa nei contratti a titolo gratuito; la soluzione fornita dalla Cassazione riprende una consolidata giurisprudenza e si allinea alla dottrina maggioritaria, ma non per questo va completamente esente dai rilievi critici che saranno esposti in chiusura. Nella seconda parte della sentenza la Suprema Corte affronta la questione della ripartizione dei carichi probatori nell'azione di risarcimento di danno per inadempimento contrattuale. La corretta ripartizione dell'onere probatorio in questa azione, e nelle azioni di adempimento e di risoluzione per inadempimento, è stata oggetto di un lungo contrasto dottrinale e giurisprudenziale affrontato di recente dalle Sezioni Unite. Tale pronuncia non può essere ignorata in quanto probabilmente risolve l'annoso conflitto interpretativo ora ricordato¹. La sentenza riportata in epigrafe è tra le prime in cui trova applicazione il principio di diritto enunciato pochi mesi addietro dalle Sezioni Unite; nonostante questo tema sia trattato nella seconda parte della decisione, esso è il più interessante e

¹ Cass. S.U. 30 ottobre 2001, n. 13533.

costituisce il principale oggetto della presente analisi. La questione, al confine tra il diritto processuale ed il diritto sostanziale², è di importanza cruciale. È opportuno perciò valutare i contenuti e la portata di questa pronuncia attraverso un'analisi complessiva degli orientamenti di dottrina e giurisprudenza.

2- Il contrasto sull'articolo 2697 c.c.. I dissidi sull'onere della prova derivano dalla formulazione davvero concisa dell'articolo 2697 del codice civile. Come si ricorderà, l'articolo dispone: "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda". Secondo l'interpretazione corrente, la disciplina codicistica, nell'affermare il principio generale sull'onere della prova, offre al giudice una regola di giudizio in base alla quale decidere nell'eventualità che al termine del procedimento risulti incerto un fatto rilevante. Tuttavia tale regola di giudizio non scioglie il problema di individuare in concreto i carichi probatori che incombono alle parti, tanto che essa è stata considerata una vera e propria "norma in bianco"³.

Nel caso la domanda abbia ad oggetto l'adempimento, l'orientamento pressoché unanime in dottrina e giurisprudenza ritiene che all'attore spetti esclusivamente l'onere di provare il titolo dal quale deriva l'obbligazione. Identificato il fatto costitutivo della pretesa attorea con la fonte negoziale o legale dell'obbligazione, è onere del convenuto

² Il dibattito sulla natura delle norme sull'onere della prova ha rilevanti riflessi pratici, in particolare per quanto riguarda l'applicabilità della norma di diritto internazionale privato e la successione delle leggi nel tempo. Cfr. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, I, 420. Per la tesi che assegna un valore sostanziale alla norma, cfr. PATTI, *Prove – Disposizioni generali in Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Libro Sesto, *Della tutela dei diritti* (artt. 2697-2698), Bologna-Roma 1987, 47 e segg.; per la tesi processuale ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1957, II-187.

³ "[l'art. 2697 c.c.] non è idoneo a risolvere, nei singoli casi, il problema se un dato fatto interveniente in una data fattispecie debba essere provato, e da chi. [...] Questa insufficienza (o meglio, questa natura di norma in bianco) propria dell'art. 2697 c.c. viene colmata con l'aiuto del diritto materiale" SACCO, *Presunzione*, 420. Cfr. ora TARUFFO, voce "Onere della prova", in *Digesto Civ.*, XIII, Torino, 1995, 65 e s.

eccepire l'inefficacia di tali fatti, portando la prova dell'adempimento⁴. Le ragioni addotte a sostegno della presente soluzione si rifanno ora al criterio della ripartizione del rischio relativo alla prestazione e alle difficoltà che incontrerebbe il creditore se gravasse su di lui l'onere di dimostrare il fatto negativo del mancato adempimento⁵, ora invece al principio della presunzione della persistenza del diritto, secondo cui la stessa prova dei fatti costitutivi del diritto azionato presuppone una ricognizione sull'assenza di fatti estintivi o impeditivi della pretesa fatta valere in giudizio. In questo modo, una volta fornita la prova del titolo, si crea una presunzione di inesecuzione della prestazione che il debitore deve vincere tramite la prova dell'avvenuto adempimento⁶. In un'altra prospettiva si giustifica questa scelta rifacendosi alla distinzione tra fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi del diritto azionato dal creditore: mentre l'esistenza dell'obbligazione è fatto costitutivo della pretesa dell'attore, ed egli pertanto la deve provare, pena il rigetto della domanda, l'adempimento costituisce fatto estintivo del diritto azionato ed è il debitore il soggetto a cui spetta l'onere di portarne la prova⁷. In ogni caso, il creditore soddisfa gli oneri di allegazione e di prova attraverso l'asserzione e la dimostrazione del titolo del vincolo e dell'esigibilità del credito; la mancata o l'insufficiente prova dell'estinzione dell'obbligazione dedotta in giudizio determinano invece la soccombenza del debitore⁸.

⁴ Cfr. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento in Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Libro Quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1453-1454), Bologna-Roma 1990, 71 e s.; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, 141; DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. Dir. Civ.* 1994, I, 570; MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 440 e segg.; PATTI, *cit.*, 117 e s.; SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, II, 609 e s.; TARUFFO, *cit.*; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 426 e s..
Contra MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 161 e segg..

⁵ PATTI, *cit.*, 99, 119 e s..

⁶ “ciò che si deve dopo l'inadempimento è di solito ciò che si doveva prima: l'obbligazione perdura, onde all'attore basterà provare che è nata”, così CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 794; cfr. anche BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni in Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1218-1229), Bologna-Roma 1979, 173 segg.; CARNEVALI, *cit.*, 74 e s..

⁷ STELLA, *Onere della prova a carico del creditore nel caso di inadempimento dell'obbligazione*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1996, II, 1207.

⁸ DE CRISTOFARO, *cit.*, 575.

Tale regola generale deve essere integrata dai seguenti rilievi: in caso di presenza di un termine, il creditore deve provarne la scadenza⁹; inoltre, se il creditore domanda il pagamento di una somma determinata, spetta a lui provare l'ammontare del credito¹⁰.

Inoltre, si sostiene che la questione debba essere valutata con riguardo al contenuto dell'obbligazione, a seconda che essa abbia ad oggetto un *dare* o un *facere*, oppure abbia contenuto negativo. In quest'ultima ipotesi occorre notare che non è sempre configurabile la domanda di esecuzione della prestazione dovuta: dal momento che l'azione di adempimento mira a far cessare le violazioni dell'obbligo di non fare, è evidente che in certi casi la violazione del dovere di inerzia può far venir meno l'interesse del creditore alla continuazione del vincolo e lasciare aperta esclusivamente la strada del risarcimento del danno¹¹. Ove l'interesse del creditore all'esecuzione dell'obbligazione persista all'inadempimento, si ritiene che sia il creditore a dover provare il fatto lesivo che concreta l'inadempimento e cagiona il pregiudizio. Infatti in questi casi il diritto nasce soddisfatto e ciò che costituisce fondamento della domanda attorea è la violazione da parte del debitore dell'obbligazione di non fare. Inoltre una tale ripartizione dell'onere della prova risponde meglio al principio della "migliore attitudine alla prova"¹², essendo generalmente più facile per il creditore fornire la prova del fatto positivo che concreta l'inadempimento, di quanto sia per il debitore fornire la prova della mancata violazione, fatto negativo indefinito.

Diverso è il caso in cui l'attore agisca per la risoluzione del contratto o per il risarcimento del danno ex art. 1218 c.c.. È nelle decisioni rese su queste fattispecie che si è manifestato il perdurante contrasto interpretativo a cui probabilmente la sentenza n.13533/2001 ha posto fine.

È stato rilevato *supra* come il criterio posto dall'articolo 2697 c.c. sia insufficiente a determinare con esattezza i carichi probatori delle parti, che devono pertanto essere identificati avendo riguardo alla pretesa dell'attore. A tal fine, un primo orientamento

⁹ BIANCA, *cit.*, 175 segg..

¹⁰ STELLA, *cit.*, 1207 e s..

¹¹ Cfr. DE CRISTOFARO, *cit.*, 572.

¹² PATTI, *cit.*, 54.

distingue il caso in cui domandi l'adempimento da quello in cui agisca per la risoluzione del contratto, in alternativa o insieme al risarcimento di danno per inadempimento o ritardo¹³. In questo modo è possibile porre in diretta correlazione la posizione processuale delle parti con l'effetto giuridico invocato¹⁴ e identificare quali siano i *themata probanda* a carico di ciascuna delle parti in giudizio.

Secondo quest'interpretazione, vi è diversità strutturale tra l'azione di adempimento e l'azione di risoluzione o di risarcimento. Mentre la prima dipende dall'accertamento dei fatti costitutivi del negozio intercorso tra creditore e debitore e dall'assenza di fattispecie impeditive, modificative o estintive, che il creditore non è tenuto a provare, queste ultime domande si fondano su due elementi: il titolo e l'inadempimento del debitore¹⁵. Si ritiene cioè che l'inesatto adempimento, o l'inadempimento di non scarsa importanza, rappresentino fatti costitutivi dell'effetto giuridico richiesto dall'attore, poiché l'effetto giuridico invocato dipende dalla loro esistenza; pertanto in queste fattispecie l'adempimento verrebbe in considerazione esclusivamente come fatto estintivo, che è materia di eccezione da parte del debitore¹⁶.

Questo indirizzo nega quindi che l'attore in risoluzione possa limitarsi a provare la nascita dell'obbligazione e non sia tenuto a dimostrare l'inadempimento. Numerose sentenze della Suprema Corte adottano quest'interpretazione, affermando che: "la prova del fatto negativo non è contraria al sistema vigente, qualora si tratti appunto del fatto costitutivo dell'azione, come nel caso del risarcimento del danno da inadempimento; [...] se si domanda la risoluzione del contratto stesso 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 rilevanza¹⁷".

¹³ COMOGLIO, *cit.*, 140 e segg..

¹⁴ MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 438.

¹⁵ MICHELI, *cit.*, 438 e s.; COMOGLIO, *cit.*, 140 e s..

¹⁶ MICHELI, *cit.*, 353, 438-442; PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro It.*, 1994, V, 79 e s.; COMOGLIO, *cit.*, 140 e segg.; VERDE, *cit.*, 426 e segg..

¹⁷ Cass., 5 maggio 1967, n. 886 (*Foro it.*, 1967, I, 2591). Cfr. anche Cass., 29 gennaio 1993, n. 1119 in *Foro It.* 1993, I, 1469; Cass., 17 novembre 1990, n. 11115 in *Mass. Giur. It.* 1990; Cass., 17 agosto 1990, n. 8336 in *Mass. Giur. It.* 1990; Cass., 17 aprile 1970, n. 1109 in *Foro It.* 1970, I, 1911;; Cass., 18 giugno 1968, n. 2024, in *Mass. Giur. It.* 1968; Cass., 29 ottobre 1963, n. 2867, in *Mass. Giur. It.* 1963.

Il secondo orientamento, minoritario in giurisprudenza ma avallato da voci significative della dottrina, interpreta in maniera unitaria il regime probatorio nelle azioni in esame¹⁸.

Gli Autori che sposano questa opinione rilevano come il diritto all'esecuzione ed il diritto alla risoluzione abbiano lo stesso titolo. La lettera della legge non contiene nulla che suggerisca di differenziare l'onere della prova a seconda che la domanda miri all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, per cui non vi sono ragioni per sottoporre il creditore ad un diverso regime probatorio. Inoltre la domanda di risoluzione ha in comune con la domanda di condanna all'adempimento la fase di accertamento, la quale non deve far emergere fatti estintivi della pretesa, che risulterebbe altrimenti inesistente¹⁹.

L'attore è pertanto gravato dell'onere di provare l'esistenza del titolo e la nascita delle obbligazioni che da esso derivano; alla controparte che voglia eccepire l'estinzione dell'obbligazione spetta l'onere di provare l'esatto adempimento.

Come già notava Sacco²⁰ un diverso regime probatorio, a seconda della domanda, può condurre al risultato seguente. L'attore che chieda in via principale la risoluzione ed in subordine l'adempimento, e che non provi l'inadempimento, sarebbe soccombente nell'azione di risoluzione (perché non risulta l'inadempimento), ma vittorioso nell'azione di adempimento (poiché non risulta l'adempimento). Lo stesso attore, qualora non sia in grado di provare l'inadempimento del debitore potrebbe agire prima per l'adempimento, ed ottenere una sentenza che valga anche come accertamento dell'inadempimento, ed in seguito domandare la risoluzione, portando come prova la sentenza precedente.

Oltre all'identità della ragione del credito che si assume inadempito, a favore di una disciplina unitaria milita il principio di riferibilità o vicinanza della prova. Potrebbe essere arduo per il creditore provare di non aver ricevuto la prestazione a causa della difficoltà di individuare fatti idonei a dimostrare l'inadempimento altrui²¹. Al contrario,

¹⁸ Cfr. CARNEVALI, *cit.*, 74 e segg.; PATTI, *cit.*, 118 e s.; SACCO e DE NOVA, *cit.*, 609 e s..

¹⁹ CARNEVALI, *cit.*, 74 e s..

²⁰ SACCO, *Presunzione*, *cit.*, n.26.; SACCO, DE NOVA, *cit.*, 609.

²¹ Cfr. PATTI, *cit.*, 99.

risponde a criteri di economia processuale addossare al debitore convenuto l'onere di provare l'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore. Ad agevolare il compito del debitore soccorre l'art. 1199 c.c. che prevede il diritto al rilascio di una quietanza a prova dell'avvenuto pagamento. Una tale ripartizione degli oneri probatori non rende eccessivamente difficile per il creditore l'esercizio del suo diritto, né lede il diritto di difesa del debitore adempiente, per il quale è agevole fornire la prova dell'adempimento attraverso l'esibizione della quietanza.

Per quanto attiene alla domanda di risarcimento del danno ex art. 1218 c.c., identificati nell'inadempimento e nel pregiudizio subito i requisiti della pretesa azionata, l'attore risulta onerato esclusivamente della prova del titolo dell'obbligazione e del danno, alla stessa stregua di quanto si sostiene nei casi in cui l'attore domanda l'adempimento o la risoluzione.

Si trovano pronunce giurisprudenziali che seguono questo orientamento: "È orientamento pacifico in dottrina e giurisprudenza che il creditore, che chiede l'adempimento, deve provare l'esistenza del contratto [...] ma non l'inadempimento, giacché l'adempimento, fatto estintivo dell'obbligazione, deve essere provato dal debitore²²". "Costituisce giurisprudenza di questa Corte il ritenere che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'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 e fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, e 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'adempimento²³".

Il contrasto che si è esposto ha radici lontane. Nel codice civile del 1865 la materia era disciplinata dagli articoli 1165, corrispondente all'attuale 1453 c.c., e 1312,

²² Cass., 7 febbraio 1996, n. 973 in *Giur. It.*, 1997. I, 1, 367.

²³ Cass., 27 marzo 1998, n. 3232 in *Mass. Giur. It.*, 1998.

che recitava: “Chi domanda l’esecuzione di un’obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l’estinzione della sua obbligazione”.

Il dettato legislativo sembra chiaro, nel senso di un regime unitario dell’onere probatorio. Una ricognizione della dottrina e della giurisprudenza italiana degli anni precedenti all’entrata in vigore dell’attuale codice civile rivela tuttavia come il contrasto che si espone fosse già presente allora²⁴.

Procedendo ulteriormente a ritroso, si scopre che la disposizione italiana del 1865 è discendente diretta dell’art. 1315 del *Code Civil*, il quale recita: “Chi chiede l’adempimento di un’obbligazione deve provarla. Al contrario, chi si dichiara liberato deve provare il pagamento o il fatto che ha causato l’estinzione dell’obbligazione”²⁵. Dal tenore letterale della legge l’interprete potrebbe concludere che la soluzione francese corrisponda all’orientamento qui esposto come minoritario; un’analisi della giurisprudenza e della dottrina tuttavia dimostra che questo costituisce un altro esempio di quel fenomeno che la scienza comparatista ha da tempo inquadrato come “dissociazione dei formanti”²⁶. La posizione ormai consolidata della Cassazione francese rispecchia l’orientamento della giurisprudenza italiana precedente all’intervento delle S.U.²⁷: nel caso in cui l’attore agisca per l’adempimento, egli è gravato dell’onere di provare il titolo, mentre se agisce in risoluzione o per i danni sopporta l’onere di provare non solo l’esistenza dell’obbligazione ma anche l’inadempimento del debitore. La dottrina si esprime così: “È sicuramente l’attore in risoluzione, sia nei contratti ad

²⁴ Da una parte, a favore di un diverso onere probatorio si trovano BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 347; MICHELI, *cit.*, 438 e s.; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, 164 e s., con la giurisprudenza ivi citata. Sosteneva un regime unitario CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 793 e s..

²⁵ Il quadro normativo è completato dalla disposizione di carattere generale dell’articolo 9 c.p.c., secondo la quale ciascuna parte deve provare conformemente alla legge i fatti necessari per fare accogliere la sua domanda.

²⁶ SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, in particolare pagg. 62 e s..

²⁷ GHESTIN, GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction Générale*, Paris, 1994, 618 e segg.. Cfr. anche MOURALIS, *Preuve*, in *Rep. Civ. Dalloz*, 955 e segg.; nella dottrina francese vi è tuttavia un indirizzo che rispecchia la soluzione adottata recentemente dalle S.U.: cfr. MOTULSKY, citato in MOURALIS, *cit.*, 973.

esecuzione istantanea, sia nei contratti ad esecuzione continuata²⁸, che deve portare la prova che la controparte non ha eseguito la sua obbligazione²⁹; “Generalmente, è certo che chi agisce per i danni deve provare l’inadempimento del contratto, quale che sia³⁰”. Recentemente la giurisprudenza francese ha ammesso per determinate categorie di soggetti come medici, notai e avvocati, e limitatamente agli obblighi di informazione che gravano su di essi, che non sia il creditore a dover provare l’inadempimento ma che spetti al debitore di tali obbligazioni l’onere di aver fornito l’informazione adeguata³¹.

3- La composizione del contrasto. Aspetti complessivi della disciplina.

Nell’ottobre 2001 la questione è stata affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la già ricordata sentenza n.13533. Questa pronuncia manifesta chiaramente l’intenzione di comporre il contrasto giurisprudenziale non solo in virtù del ruolo nomofilattico ricoperto dall’organo, ma soprattutto attraverso un’ampia e convincente esposizione delle ragioni che stanno alla base della decisione. In questo modo le Sezioni Unite hanno optato per un regime probatorio unitario per le tre azioni, aderendo così all’orientamento fino ad allora minoritario. La III Sezione della Cassazione accoglie ora di buon grado la svolta giurisprudenziale.

Rimangono però da esaminare tre ulteriori ipotesi cui si riferisce la sentenza n. 13533, ovvero quale sia la ripartizione degli oneri probatori nel caso in cui il debitore opponga un’eccezione di inadempimento, nel caso di inadempimento di obbligazioni negative e nell’ipotesi in cui l’attore lamenti un inesatto adempimento.

Generalmente l’attore in risoluzione non è tenuto a provare il proprio adempimento, non essendo questo un elemento costitutivo dell’azione di risoluzione. Nel caso in cui il debitore sollevi l’eccezione di inadempimento di cui all’art. 1460 c.c., i ruoli rivestiti dalle parti si invertono: l’attore sarà gravato dell’onere di superare

²⁸ La lingua francese distingue tra “*résolution*”, che indica la risoluzione nei contratti ad esecuzione istantanea, e “*résiliation*”, che indica la risoluzione nei contratti di durata. Nel passo citato compaiono entrambi i termini.

²⁹ VEAUX, *Preuve*, in *J. Cl. Civil, Art. 1315 et 1316*, Fasc. 20, 48.

³⁰ VEAUX, *cit.*, 50.

³¹ Cfr. MOURALIS, *cit.*; JOURDAIN, in *RDT civ.* (1), 1997, 142; JOURDAIN, in *RDT civ.* (2), 1997, 434.

l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum* con la prova del proprio adempimento o dell'attuale inesigibilità della prestazione da lui dovuta. Secondo l'opinione dominante infatti: "Chi formula l'eccezione può limitarsi ad allegare l'altrui inadempimento: sarà la controparte a dover neutralizzare l'eccezione, dimostrando il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico³²".

Ove sia dedotta la violazione di un'obbligazione di non fare, l'onere di provare l'inadempimento è, conformemente all'opinione pacifica in dottrina e ad una consolidata giurisprudenza, sempre a carico del creditore. Questa scelta è stata motivata dalla Suprema Corte sulla base delle due considerazioni ricordate in precedenza: in primo luogo per la non operatività del principio della persistenza del diritto, quindi perché non sussistono per il creditore le difficoltà pratiche di fornire la prova dell'inadempimento, che in questi casi è un fatto positivo.

Quando invece a fondamento della domanda di risoluzione o di risarcimento del danno l'attore deduca il tardivo o l'inesatto adempimento, secondo la dottrina maggioritaria spetterebbe al creditore dimostrare il ritardo o la difformità tra il dovuto ed il prestato³³. Ciò in ragione della differente natura della fattispecie, e delle circostanze che arricchiscono questa domanda rispetto ad una semplice domanda di adempimento: da un lato infatti si ammette che il debitore ha compiuto un'attività riconducibile all'impegno debitorio, dall'altro si lamenta l'inesattezza di tale attività. La difformità assume carattere di "elemento della *causa petendi*, avente funzione costitutiva rispetto alla pretesa dedotta in giudizio e concretante così un *thema probandum* a carico del creditore agente³⁴". La sentenza n. 13533 ha rigettato quest'interpretazione, definendola "artificiosa", e ha ricondotto ad unità il regime probatorio anche in ipotesi di inesatto adempimento. Secondo la Corte, infatti, oltre alle esigenze di certezza del diritto e alla necessaria coerenza con la posizione sostenuta nelle ipotesi precedenti, non è ragionevole ritenere sufficiente l'allegazione in caso di inadempimento totale e pretendere invece la più difficile prova dell'inesattezza in caso di adempimento inesatto

³² Cass. S.U. 30 ottobre 2001, n. 13533.

³³ Cfr. CARNEVALI, *cit.*, 73; PATTI, *cit.*, 120 e segg.; STELLA, *cit.*, 1210; VERDE, *cit.*, 429 e s..

³⁴ Così DE CRISTOFARO, *cit.*, 595. Tra i sostenitori dell'orientamento unitario che ritengono che in caso di inesatto adempimento sia onere del creditore provare la tardività o l'inesattezza, cfr. anche CARNEVALI, *cit.*, 73; PATTI, *cit.*, 120.

o parziale. La Corte conclude pertanto che “In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sull'allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento³⁵”.

Per quanto riguarda infine il riflesso che può avere la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato sul tema in esame, né la sentenza in esame, né la pronuncia delle S.U. forniscono indicazioni chiare ed inequivocabili. Un passo della sentenza n. 13533 contiene però cenni che suggeriscono la possibilità di rendere omogeneo il trattamento delle obbligazioni di mezzi e delle obbligazioni di risultato: “Le richiamate esigenze di omogeneità del regime probatorio inducono ad estendere anche all'ipotesi dell'inesatto adempimento il principio della sufficienza dell'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 anche in tale eventualità sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.³⁶”

4- Cenni sul problema della causa nel mandato gratuito. La sentenza esamina anche una questione in materia di causa del contratto. Il ricorrente aveva infatti negato gli elementi costitutivi di un valido contratto sostenendo la mancanza di causa, in quanto l'impegno assunto era gratuito. La Cassazione respinge quest'ultima censura e sulla scia di massime consolidate rinviene nella specie un'oggettiva funzione economico sociale dell'accordo, che realizzerebbe comunque interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento.

Il caso in questione offre quindi lo spunto per una breve riflessione sul tema.

La decisione della S.C. pare nei suoi esiti pratici sostanzialmente corretta: il ricorrente nel vendere avrebbe dovuto attenersi all'indicazione di prezzo ricevuta dalla casa madre, ha venduto a meno, per cui è tenuto a corrispondere alla concessionaria la differenza a titolo di risarcimento del danno. La Corte, spinta su questo percorso argomentativo anche dai rilievi presentati dal ricorrente, ha motivato la decisione

³⁵ Cass. S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533.

³⁶ Cass. S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533.

sostenendo che vi era un contratto, che tale contratto era dotato di causa, per cui si trattava di un negozio valido e vincolante.

Pare tuttavia che si possa conseguire lo stesso risultato attraverso un diverso ragionamento, che non si basa su una ricostruzione “contrattuale” della vicenda e che soprattutto non impone di ritrovare una causa in una fattispecie come quella in questione, dotata di caratteristiche del tutto particolari.

Come dato di partenza si deve ricordare che la Suprema Corte assimila il contratto atipico concluso tra le parti ad un mandato gratuito. In questa figura all’impegno assunto dal mandatario non corrisponde una controprestazione del mandante: si è parlato di “struttura debole” delle obbligazioni contrattuali in senso stretto derivanti dal mandato gratuito³⁷, di “effetti attenuati” o di “minorazione” rispetto al vincolo che solitamente deriva dal contratto³⁸, e ne sono state evidenziate le peculiarità rispetto al tipico schema sinallagmatico che caratterizza la maggior parte dei contratti. Mentre infatti di norma non è permesso ad una parte di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale, avendo il contratto “forza di legge tra le parti”, nel mandato gratuito il mandante ha la possibilità di revocare il mandato quando vuole; il mandatario, da parte sua, può estinguere il negozio per rinuncia, salvi i danni ed un congruo preavviso. Il debitore è quindi obbligato, ma ha la peculiare facoltà di liberarsi delle sue obbligazioni attraverso un atto potestativo; i danni di cui parla l’articolo 1727 infine sembrano doversi limitare al mero interesse negativo³⁹. Gorla⁴⁰ ha inoltre sottolineato la natura del tutto particolare dell’accordo nel contratto di mandato gratuito: non vi si ritrova la tipica struttura promessa-accettazione, né l’accordo per promesse o concessioni reciproche, ma il conferimento di un *officium* e la sua conseguente assunzione, nel caso l’iniziativa provenga dal mandante, o, se l’iniziativa è del mandatario, l’offerta di assumere un incarico poi conferito⁴¹.

Si è quindi sostenuto che l’obbligazione del mandatario non consista tanto nel fare, quanto nel non ingannare il mandante, creando o lasciando in vita affidamenti

³⁷ GRAZIADEI, voce “Mandato”, in *Digesto Civ.*, XI, Torino, 1994, 154.

³⁸ SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, II-495.

³⁹ SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., II-495.

⁴⁰ GORLA, *Il dogma del “consenso” o “accordo” e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, 923.

illusori⁴². In altre parole, il mandatario sarebbe esclusivamente tenuto a non peggiorare la situazione patrimoniale complessiva del mandante. La responsabilità del mandatario nasce dunque non perché ha contrattato, o in base all'accordo, quanto per la cattiva gestione dell'affare. Sotto questo aspetto si può notare come la disciplina sia vicina a quella della gestione di affari, come si ricava anche dal testuale richiamo al mandato operato dall'art. 2030, 1° comma, c.c..

È evidente quindi che il requisito della causa è, nel caso del mandato gratuito, piuttosto vacuo. Nella fattispecie erano stati già conclusi degli atti di gestione che da soli potevano obbligare il gestore a non peggiorare la situazione patrimoniale dell'interessato.

Alla luce di queste considerazioni, pur riconoscendo la sostanziale correttezza della soluzione concreta adottata dalla Suprema Corte, un percorso argomentativo non imperniato su un concetto così problematico come quello di causa del contratto avrebbe forse giovato alla linearità della motivazione.

⁴¹ GRAZIADEI, *Mandato, cit.*, 158 e s..

⁴² SACCO, DE NOVA, *Il contratto, cit.*, II-495.