
Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Domanda dell'attore di adempimento, risoluzione o risarcimento del danno e eccezione del convenuto d'inadempimento: riparto degli oneri probatori

Posto che in tema di riparto dell'onere della prova nelle azioni generali a tutela del contraente fedele (risoluzione del contratto, esatto adempimento, risarcimento del danno), è ormai radicata nella giurisprudenza della corte regolatrice l'idea secondo cui il creditore che agisce in giudizio, sia per l'adempimento del contratto sia per la risoluzione ed il risarcimento del danno, deve fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto (ed eventualmente del termine di scadenza), limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l'onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'adempimento, eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile 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 c.c., risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione.

...omissis...

Con atto di citazione ritualmente notificatosssssssssssss che in data 23.3.06 ssssss. sottoscrivevano una scrittura privata con la quale, previa adesione dell'impresa esercitata dall'attore al Consorzio, quest'ultimo si impegnava ad assegnare al neo consorziato il lotto sopra indicato, a condizione che si verificassero i presupposti tecnici ed amministrativi di fattibilità del Piano Insediativo oggetto della scrittura privata; che per l'assegnazione veniva convenuto il prezzo di Euro 175.158,94, da pagarsi in ragione del 30% successivamente alla firma della scrittura privata ed il residuo 70% contestualmente alla stipula del rogito notarile; che in data 26.4.06 il M. versava in acconto la somma di Euro 63.968,24 oltre IVA al 20%, per un totale di Euro 76.761,89, come da fattura n. *omissis* del 26.4.06; che successivamente veniva emessa nota di credito n. 13 del 9.5.06 per Euro 13.704,68, comprensivi di IVA, a parziale storno della fattura di acconto; che in data 27.2.08 il Comune di Massa deliberava l'adozione del Piano di Lottizzazione Convenzionata con riguardo all'ex ssssssss. n. 20 del 11 aprile 2012, adottava una variante del Piano di Lottizzazione Convenzionata, con un diverso frazionamento dei lotti interni al monoblocco; che con atto del 17.1.2013 il Comune approvava in via definitiva la variante, con la quale tuttavia il lotto 13B oggetto della scrittura privata siglata con il M. aveva visto mutare la sua destinazione fisica, nonché la metratura coperta, la quale non risultava più essere di mq 248, bensì di mq 637,50; che inutilmente il M. richiedeva la restituzione della somma versata in acconto; che lo Statuto del Consorzio (art. 26) prevedeva, per quanto qui rileva, una clausola di arbitrato irrituale per tutte le controversie che fossero sorte tra Consorzio e Consorziati in dipendenza dei rapporti consortili o in relazione allo Statuto; che detta clausola doveva ritenersi radicalmente nulla; ha convenuto in giudizio G. onde sentir accertare l'inadempimento della scrittura del 23.3.06 e dichiararne conseguentemente la risoluzione, con condanna del Consorzio a restituire la somma versata di Euro 63.057,22, oltre al risarcimento dei danni nella misura provata in corso di causa.

Nella contumacia del Consorzio, la causa è stata istruita a mezzo di produzioni documentali ed avviata per la precisazione delle conclusioni e la discussione orale ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c. all'udienza del 10.12.2015.

La domanda di risoluzione del contratto concluso con la scrittura privata del 23.3.06 è fondata e va accolta. Non di meno, devono essere rigettate le consequenziali domande restitutorie e risarcitorie.

In ordine logico, occorre interrogarsi con priorità circa gli effetti della clausola statutaria - di cui è stato dato conto in premessa - che devolve ad un collegio di tre arbitri, in funzione di amichevoli compositori, le liti che dovessero sorgere in dipendenza dei rapporti consortili, nonché in relazione alle disposizioni statutarie (cfr. doc. 1 fasc. attoreo, art. 26).

E' da credere, anche a voler ritenere attratta l'odierna controversia nell'ambito applicativo della clausola compromissoria - istitutiva di una forma di arbitrato irrituale - che essa non espliciti alcun effetto con riguardo al caso di specie, dal momento che l'improponibilità della domanda a causa della previsione duna clausola compromissoria per arbitrato irrituale è rilevabile non già d'ufficio, ma solo su eccezione della parte interessata (cfr. Cass. sent. n. 5265/011), sì che, con la contumacia del Consorzio convenuto, resta sottratto al Tribunale il potere di conoscere degli effetti della ridetta clausola.

Tanto premesso, venendo all'esame del merito della controversia, corre l'obbligo di considerare in primo luogo che con la produzione in giudizio della scrittura privata del 23.3.06 (doc. 2 fasc. attoreo) siglata solo dal Consorzio, l'attore ha integrato un valido equipollente della mancata sottoscrizione, dovendo stimarsi perfezionato, sia sul piano sostanziale che su quello probatorio processuale, l'accordo negoziale (ex multis, Cass sent. n. 13548 del 2006).

La scrittura riveste i caratteri del contratto preliminare, ovvero del contratto per mezzo del quale le parti assumono l'obbligo di addivenire alla stipula di un successivo contratto definitivo, cui sono riconnessi gli effetti traslativi di natura eminentemente reale. Ed infatti, l'atto di

assegnazione, che sostanzia il contratto definitivo, si inquadra in un ordinario contratto consensuale ad effetti reali assimilabile al negozio tipico di compravendita (art. 1470 ss. c.c.). La clausola condizionale apposta subordina l'impegno al trasferimento della proprietà del lotto promesso al verificarsi delle "... condizioni tecniche ed amministrative di fattibilità del Piano insediativo oggetto della presente scrittura privata".

Ad onta della formulazione letterale, da un complessivo esame testuale del coacervo degli accordi raggiunti si trae il convincimento che le parti hanno voluto subordinare non già l'efficacia, secondo il modulo della condizione sospensiva, bensì la risoluzione dell'impegno preliminare al verificarsi dell'evento futuro e incerto (art. 1353 c.c.), che si identifica con il mancato verificarsi delle condizioni tecniche ed amministrative di fattibilità previste nello strumento urbanistico particolareggiato che nella specie è stato adottato con il Piano di Lottizzazione Convenzionata. Non v'è chi non veda infatti che l'impegno al trasferimento in capo al Consorzio era già attuale, tanto da prevedersi vuoi un diritto di credito immediatamente efficace al pagamento di una parte del corrispettivo da adempiersi dopo la stipula dell'accordo preliminare, vuoi l'immediata adesione al Consorzio dell'impresa esercitata dall'attore.

par.4.2 - Ciò posto, in tema di riparto dell'onere della prova nelle azioni generali a tutela del contraente fedele (risoluzione del contratto, esatto adempimento, risarcimento del danno), è ormai radicata nella giurisprudenza della corte regolatrice l'idea secondo cui il creditore che agisce in giudizio, sia per l'adempimento del contratto sia per la risoluzione ed il risarcimento del danno, deve fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto (ed eventualmente del termine di scadenza), limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l'onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'adempimento. Peraltro, eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile 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 c.c., risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione (cfr. Cass., sez. un., sent. n. 13533 del 2001, cui adde Cass. sent. n. 13925 del 2002; n. 17626 del 2002; n. 2647 del 2003; n. 5135 del 2003; n. 15249 del 2003; n. 18315 del 2003; n. 2387 del 2004; n. 6395 del 2004; n. 20073 del 2004; n. 8615 del 2006; n. 13674 del 2006; n. 1743 del 2007; n. 9351 del 2007; n. 26953 del 2008; n. 15677 del 2009; n. 936 del 2010).

L'inadempimento allegato nella specie appare indubitabilmente di non scarsa importanza, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1455 c.c., rivelandosi del tutto idoneo a incidere sulla consistenza e sulle qualità essenziali del bene promesso in vendita, legittimando pertanto, in assenza di prove contrarie che il Consorzio convenuto avrebbe dovuto farsi carico di offrire, a ritenere integrati i presupposti per la risoluzione del contratto.

Con riguardo all'azione restitutoria esperita occorre premettere che in tema di ripetizione di indebito oggettivo (art. 2033 c.c.) sull'attore incombe l'onere di provare tanto l'avvenuto pagamento, quanto l'inesistenza di una causa solvendi (Cass. sent. n. 22872 del 2010; n. 11029 del 2000; n. 12897 del 1995; n. 4583 del 1993; n. 4276 del 1983; n. 12 del 1980). Occorre peraltro che l'attore dimostri anche la connessione eziologica tra il pagamento ed il rapporto obbligatorio ritenuto insussistente, ovvero la destinazione funzionale del pagamento ripetibile alla soddisfazione del debito privo di causa giustificativa (Cass. sent. n. 5472/83; n. 1236/71).

Chiarito ciò, deve porsi in evidenza che, per un verso, non risulta la prova del pagamento dell'importo per il quale è stata domandata la ripetizione; per altro verso, per i pagamenti per i quali è stata offerta congrua dimostrazione non sembra istituibile un nesso di correlazione con il debito che è stato ritenuto privo di causa giustificativa.

A tale riguardo, si osservi che gli scritti allegati all'atto di citazione (doc. 3, 4), pur redatti su carta intestata di G., non recano alcun elemento che ne attesti la provenienza dal Consorzio, trattandosi di documenti non sottoscritti, ovvero una fattura per complessivi Euro 76.761,89 e successiva nota di credito di Euro 13.704,68.

Peraltro, non è inutile sottolineare che l'attore ha chiesto la ripetizione di un pagamento ben individuato: quello che assume di aver eseguito in data 26.4.06 per un totale di Euro 76.761,89 (cui occorre detrarre Euro 13.704,68 per il parziale storno della fattura n. *omissis* del 2006).

Sennonché, nessuna delle ulteriori evidenze processuali disponibili assevera l'assunto attoreo.

Per convincersene, è sufficiente porre in rilievo che i pagamenti che emergerebbero dalle produzioni documentali allegate alla seconda memoria depositata ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c. non presentano alcun nesso eziologico con il debito ritenuto privo di titolo, tant'è che:

i) la quietanza sottoscritta da G. recante data 28.4.04, per Euro 27.904,77, appare largamente anteriore alla stipula del contratto preliminare, non si concilia con l'importo per il quale si assume intervenuto il pagamento ed appare riferibile ad un lotto diverso (21/B) da quello oggetto dell'impegno a trasferire assunto dal Consorzio;

ii) a considerazioni del tutto simili deve pervenirsi con riguardo alla quietanza recante data 25.9.03;

iii) il pagamento di quote associative non è stato oggetto di espressa domanda di ripetizione;

iv) il bonifico di Euro 59.000,00 - alla cui dimostrazione sembra funzionale la produzione dell'estratto conto dell'attore relativo al c.s.s.s.s.s.s.s. Cassa di Risparmio di Lucca Pisa e Livorno - risulta addebitato in data radicalmente diversa rispetto a quella in cui si postula essere avvenuto il pagamento ripetibile e l'importo appare irriducibilmente difforme.

Ne consegue, per le superiori considerazioni, il rigetto della domanda di ripetizione.

Peraltro, è appena il caso di rilevare l'inammissibilità delle nuove conclusioni rassegnate nella comparsa conclusiva, con la quale l'attore ha chiesto la restituzione della maggior somma di Euro 103.174,86. Riferendosi il più ampio petitum a pagamenti del tutto diversi da quello per cui in origine fu proposta domanda di ripetizione con l'atto introduttivo - le cui conclusioni non risultano essere state emendate nei termini apprestati dall'art. 183 comma 6 c.p.c. per lo svolgimento di attività assertiva - la modifica si connota per assoluta novità, implicando nuovi temi di indagine e distinti accertamenti di fatto che ridondano in una causa pretendi radicalmente difforme.

Del tutto similmente, deve essere rigettata anche la domanda risarcitoria, non avendo l'attore neppure allegato - e, tanto meno, provato - pregiudizi patrimoniali suscettibili di ricomposizione per equivalente pecuniario.

In ragione della reciproca soccombenza - derivante dall'accoglimento solo parziale delle domande attoree - sussistono i presupposti per compensare integralmente le spese di lite.

p.g.m.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra contraria domanda, istanza o eccezione, così provvede: accoglie, per quanto di ragione, le domande attoree e, per l'effetto, dichiara risolta per fatto e colpa del convenuto la scrittura privata del 23.3.06; rigetta la domanda risarcitoria; rigetta la domanda restitutoria; compensa integralmente le spese di lite.