

Tutela del credito

# Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro

CASSAZIONE CIVILE, sez.un., 30 ottobre 2001, n. 13533

Pres. Vela - Rel. Preden - P.M. Iannelli (diff.) - Gallo (avv.Arceri) c. Centro Culturale Latino Americano El Charango

*Obbligazioni in genere- Inadempimento-Responsabilità del debitore- Onere della prova- Ripartizione tra il soggetto attivo ed il soggetto passivo del rapporto obbligatorio- Criteri- Mera allegazione della circostanza dell'inadempimento da parte del creditore istante per l'adempimento, la risoluzione, il risarcimento- Sufficienza -Applicabilità del principio anche all'ipotesi di exceptio inadimpleti contractus e di inesatto adempimento - Sussistenza*

(Art. 1218; art. 1453 c.c.; art. 2687 c.c.)

**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 ed 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). 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. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS. UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento).**

...Omissis...

## Motivi della decisione

1. Il denunciato contrasto riguarda la posizione del creditore e del debitore, in tema di onere della prova, a norma dell'art. 2697 c.c., relativamente ai rimedi offerti al creditore dall'art. 1453 c.c., nel caso di inadempimento del debitore nei contratti a prestazioni corrispettive.

È opportuno richiamare il dato normativo di riferimento.

Recita l'art. 1218 c.c.:

«Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da

impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

Dispone l'art. 1453 c.c.:

«Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento, ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione».

A sua volta, la disciplina generale dell'onere della prova

è dettata dall'art. 2697 c.c., secondo il quale: «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».

Il contrasto si pone nei seguenti termini.

1.1. Un primo orientamento, maggioritario, sostiene che il regime probatorio è diverso secondo che il creditore richieda l'adempimento ovvero la risoluzione.

Si afferma che, in materia di obbligazioni contrattuali, l'onere della prova dell'inadempimento incombe al creditore, che è tenuto a dimostrarlo, oltre al contenuto della prestazione stessa, mentre il debitore, solo dopo tale prova, è tenuto a giustificare l'inadempimento che il creditore gli attribuisce. Infatti, ai fini della ripartizione di detto onere, si deve riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, 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 invece 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, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento (sentenza 2024/68; 1234/70; 2151/75; 5166/81; 3838/82; 8336/90; 11115/90; 13757/92; 1119/93; 10014/94; 4285/94; 7863/95; 8435/96; 124/97).

1.1.1. La tesi trova sostegno nei seguenti argomenti.

Viene valorizzata la 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, comma 1, 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, comma 1.

Si ritiene 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 (in tal senso: sentenza 3644/82; 13872/91; 12746/92; 5744/93).

1.1.2. L'orientamento maggioritario trova riscontro an-

che in una parte della dottrina, nella quale si rinven- gono analoghe argomentazioni.

1.2. Il contrapposto indirizzo, minoritario, tende 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 (facoltà pacificamente ammessa dalla giurisprudenza di questa S.C.: sentenza 3911/68; 3678/71; 1530/88).

Si è affermato che l'azione di risoluzione per inadempimento prevista dall'art. 1453 c.c. e quelle di adempimento e di risarcimento dei danni previste anch'esse da detta norma hanno in comune il titolo ed il vincolo contrattuale di cui si deduce la violazione ad opera dell'altro contraente, sicché alla parte che le propone non può addossarsi altro onere, a norma dell'art. 2697 c.c., che di provare l'esistenza di quel titolo e, quindi, l'insorgenza di obbligazioni ad esso connesse, incombando alla contro parte, invece, l'onere della prova di avere adempiuto (sentenza 10446/94).

Altre decisioni hanno ribadito che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova 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; 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 (sentenza 973/96; 3232/98; 11629/99).

1.2.1. La tesi trova sostegno nei seguenti argomenti.

Dall'art. 2697 c.c., che richiede all'attore la prova del diritto fatto valere ed al convenuto la prova della modificazione o dell'estinzione del diritto stesso, si desume il principio della presunzione di persistenza del diritto. Ed il principio - pacificamente applicabile all'ipotesi della domanda di adempimento, in relazione alla quale il creditore deve provare l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto, del termine di scadenza, in quanto si tratta di fatti costitutivi del diritto di credito, ma non l'inadempimento, giacché è il debitore a dover provare l'adempimento, fatto estintivo dell'obbligazione -, deve trovare applicazione anche alle ipotesi in cui il creditore agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma (sentenza 973/96; 3232/98; 11629/99).

Siffatta estensione trova giustificazione nella considerazione che, dovendo le norme essere interpretate secondo un criterio di ragionevolezza appare irrazionale che di fronte ad una identica situazione probatoria della ragione del credito, e cioè dell'esistenza dell'obbligazione contrattuale e del diritto ad ottenerne l'adempimento, vi sia una diversa disciplina dell'onere probatorio, solo perché il creditore sceglie di chiedere (la risoluzione o) il ri-

sarcimento in denaro del danno determinato dall'inadempimento in luogo dell'adempimento, se ancora possibile, o del risarcimento in forma specifica (sentenza 973/96).

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, è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In virtù 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 viene infatti 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 azioni. Ed appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, 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 (sentenza 973/96; 3232/98; 11629/99).

1.2.2. L'orientamento minoritario riceve l'approvazione di larga parte della dottrina, che svolge analoghe argomentazioni.

2. Il contrasto va composto aderendo all'indirizzo minoritario.

2.1. Per quanto concerne la disciplina dell'onere della prova, va ricordato che l'art. 1312 del c.c. del 1865 disponeva che: «Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione dell'obbligazione».

Veniva quindi regolata specificamente la sola ipotesi dell'onere probatorio in relazione alla domanda di adempimento.

L'art. 2697 c.c. vigente ha invece dettato una disciplina generale in tema di riparto dell'onere della prova, senza riferimento a specifici tipi di domande.

La formulazione generale del principio è quindi di ostacolo alla formulazione di temi fissi di prova. Ed occorre considerare che, al fine in esame, assume certamente rilevanza il ruolo assunto dalla parte nel processo.

Tuttavia, con riferimento ai tre rimedi congiuntamente previsti dall'art. 1453 c.c. appare opportuno individuare un criterio di massima caratterizzato, nel maggior grado possibile, da omogeneità. L'eccesso di distinzioni di tipo concettuale e formale è sicuramente fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di certezza meritano di essere tenute nella dovuta considerazione.

2.2. Ritengono queste Sezioni Unite di prestare adesione all'indirizzo minoritario, del quale condividono le principali argomentazioni.

2.2.1. Il principio della presunzione di persistenza del di-

ritto, desumibile dall'art. 2697, in virtù del quale, una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo, costituito dall'adempimento, deve ritenersi operante non solo nel caso in cui il creditore agisca per l'adempimento, nel quale caso deve soltanto provare il titolo contrattuale o legale del suo diritto, ma anche nel caso in cui, sul comune presupposto dell'inadempimento della controparte, agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno.

2.2.2. La ravvisata omogeneità del regime dell'onere della prova per le tre azioni previste dall'art. 1453 c.c. consegue infatti ad una interpretazione delle norme che vengono in gioco nella specie (l'art. 1453 in relazione agli artt. 1218 e 2697 c.c.) secondo un criterio di ragionevolezza.

La domanda di adempimento, la domanda di risoluzione per inadempimento e la domanda autonoma di risarcimento del danno da inadempimento si collegano tutte al medesimo presupposto, costituito dall'inadempimento. Servono tutte a far statuire che il debitore non ha adempiuto: le ulteriori pronunce sono consequenziali a questa, che rimane eguale a se stessa quali che siano i correlari che ne trae l'attore.

Le azioni di adempimento e di risoluzione sono poste dall'art. 1453 sullo stesso piano, tanto è vero che il creditore ha facoltà di scelta tra l'una o l'altra azione. Non è ragionevole attribuire diversa rilevanza al fatto dell'inadempimento a seconda del tipo di azione che viene in concreto esercitata. Se la parte che agisce per l'adempimento può limitarsi (come è incontrovertito) ad allegare (senza onere di provarlo) che adempimento non vi è stato, eguale onere limitato alla allegazione va riconosciuto sussistente nel caso in cui invece dell'adempimento la parte richieda, postulando pur sempre che adempiendo non vi è stato, la risoluzione o il risarcimento del danno. D'altra parte, va anche rilevato che l'art. 1453, comma 2, che consente di sostituire in giudizio alla domanda di adempimento la domanda di risoluzione (art. 1453, comma 2) ha riconnesso l'uno e l'altro diritto ad un'unica fattispecie, e non ha condizionato il mutamento della domanda all'accollo di un nuovo onere probatorio.

2.2.3. L'identità del regime probatorio, per i tre rimedi previsti dall'art. 1453, merita di essere affermata anche per palesi esigenze di ordine pratico.

La difficoltà per il creditore di fornire la prova di non aver ricevuto la prestazione, e cioè di fornire la prova di un fatto negativo (salvo che si tratti di inadempimento di obbligazioni negative), è superata dai sostenitori dell'orientamento maggioritario con l'affermazione che nel vigente ordinamento non vige la regola secondo la quale *negativa non sunt probanda*, ma opera il principio secondo cui la prova dei fatti negativi può essere data mediante la prova dei fatti positivi contrari.

Si tratta tuttavia di una tecnica probatoria non agevolmente praticabile: il creditore che deduce di non essere

stato pagato avrà serie difficoltà ad individuare, come oggetto di prova, fatti positivi contrari idonei a dimostrare tale fatto negativo; al contrario, la prova dell'adempimento, ove sia avvenuto, sarà estremamente agevole per il debitore, che di regola sarà in possesso di una quietanza (al rilascio della quale ha diritto: art. 1199 c.c.) o di altro documento relativo al mezzo di pagamento utilizzato.

Si rivela quindi conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento.

2.2.4. In conclusione, deve affermarsi che il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento.

3. Eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile nel caso in cui il debitore, convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno da inadempimento, si avvalga dall'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. per paralizzare la pretesa dell'attore.

In tale eventualità i ruoli saranno invertiti.

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 carico (in tal senso: sentenza 3099/87; 13445/92; 3232/98).

4. Anche secondo i fautori della tesi che esenta il creditore dall'onere di provare l'inadempimento, qualora richieda la risoluzione o il risarcimento del danno in via autonoma, e pongono a carico del debitore, in entrambi i casi, l'onere di provare l'adempimento come fatto estintivo del diritto azionato (alla stessa stregua di quanto avviene nel caso di proposizione della domanda di adempimento), la regola non vale qualora sia dedotto, a fondamento della domanda di risoluzione o di risarcimento del danno, un inesatto adempimento; in tale ipotesi affermano che il creditore non può limitarsi ad allegare l'inesatto adempimento, ma ne deve fornire la prova (in tal senso, tra le decisioni che accolgono l'orientamento minoritario, vedi sentenza 11629/99).

In dottrina si rileva che, in tale eventualità, il creditore ammette l'avvenuto adempimento, ma lamenta vizi, di-

fetti o difformità della prestazione eseguita rispetto a quella dovuta, dei quali deve dare la prova.

4.1. La tesi non merita adesione.

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.

Appare artificiosa la ricostruzione della vicenda secondo la quale il creditore che lamenta un inadempimento inesatto manifesterebbe, per implicito, la volontà di ammettere l'avvenuto adempimento. In realtà, il creditore esprime una ben precisa ed unica doglianza incentrata sulla non conformità del comportamento del debitore al programma negoziale, ed in ragione di questa richiede tutela, domandando l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento.

D'altra parte, la diversa consistenza dell'inadempimento inesatto non può giustificare il diverso regime probatorio. In entrambi i casi il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto. Non è ragionevole ritenere sufficiente l'allegazione per l'inadempimento totale (massima espressione di infedeltà al contratto) e pretendere dal creditore la prova del fatto negativo dell'inesattezza, se è dedotto soltanto un inadempimento inesatto o parziale (più ridotta manifestazione di infedeltà al contratto). In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sulla allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento.

5. Una eccezione all'affermato principio va invece ravvisata nel caso di inadempimento di obbligazioni negative.

Ove sia dedotta la violazione di una obbligazione di non fare, la prova dell'inadempimento è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento.

5.1. Il diverso regime è giustificato dalle seguenti considerazioni.

Ai sensi dell'art. 1222 c.c., ogni fatto compiuto in violazione di obbligazioni di non fare costituisce di per sé inadempimento. L'inadempimento di siffatte obbligazioni integra un fatto positivo e non già un fatto negativo come avviene per le obbligazioni di dare o di fare.

Comune presupposto dai rimedi previsti dall'art. 1453 c.c. è quindi un inadempimento costituito da un fatto positivo (l'esecuzione di una costruzione, lo svolgimento di una attività).

Non opera quindi, qualora il creditore agisca per l'adempimento, richiedendo l'eliminazione delle modificazioni della realtà materiale poste in essere in violazione dell'obbligo di non fare, ovvero la risoluzione o il risarcimento, nel caso di violazioni con effetti irreversibili, il

principio della persistenza del diritto insoddisfatto, perché nel caso di obbligazioni negative il diritto nasce soddisfatto e ciò che viene in considerazione è la sua successiva violazione, né sussistono le esigenze pratiche determinate dalla difficoltà di fornire la prova di fatti negativi sulle quali si fonda il principio di riferibilità della prova, dal momento che l'inadempimento dell'obbligazione negativa ha natura di fatto positivo.

6. Tanto premesso, può ora procedersi all'esame del ricorso.

6.1. Con i tre motivi, tra loro intimamente connessi, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1321, 1382, 2697 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3,

c.p.c., e difetto di motivazione, il ricorrente addebita alla corte d'appello di aver erroneamente posto a carico del creditore, che agiva per ottenere il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale (danno di consistenza preventivamente determinata mediante clausola penale), l'onere di fornire la prova dell'inadempimento; sostiene, invocando l'orientamento minoritario, che era onere del debitore dimostrare di avere adempiuto.

6.2. Il ricorso è fondato.

La sentenza impugnata è in contraddizione con il principio accolto da queste Sezioni Unite in sede di composizione del contrasto e va pertanto cassata.

...*Omissis*...

## IL COMMENTO

di Vincenzo Mariconda

### Il contrasto nelle massime della Cassazione

Nel commentare la sentenza della Cassazione 27 marzo 1998, n. 3232 mi era parso appropriato intitolare la nota di commento con un punto interrogativo («Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?») (1).

Era lecito chiedersi, infatti, se l'*obiter dictum* tradotto nella massima apparsa sulla rivista fosse anticipatore del superamento dell'indirizzo tradizionale in materia di diverso onere della prova a carico del creditore che avesse lamentato l'inadempimento al fine di proporre l'una o l'altra delle domande contemplate nell'art. 1453 c.c. (condanna all'adempimento, risoluzione per inadempimento e/o risarcimento del danno).

Com'è a tutti noto, stando alle massime ufficiali, l'orientamento di gran lunga dominante era nel senso che «ai fini della ripartizione dell'onere della prova in materia di obbligazioni si deve aver riguardo all'oggetto specifico della domanda: se l'attore chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni è sufficiente che 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 di una 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, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento» (2).

In chiara difformità da questo principio la Cassazione, nella menzionata sentenza 27 marzo 1998, n. 3232, affermava testualmente che «in base ai principi sulla ripartizione dell'onere della prova ricavabili dall'art. 2697 c.c., per l'azione di adempimento - come per quella di ri-

soluzione e per quella risarcitoria previste dallo stesso art. 1453 - che hanno in comune l'elemento costitutivo fondamentale del *mancato adempimento*, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, ma non la inadempienza dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto salvo che non opponga un'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta».

Non v'era dubbio sul fatto che il Supremo Collegio avesse colto l'occasione per fare una enunciazione di principio irrilevante ai fini della decisione in concreto adottata (3): ed infatti, la Cassazione, esaminando il motivo principale del ricorso volto a lamentare la mancan-

#### Note:

(1) *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, è il titolo della mia nota a Cass. 27 marzo 1998, n. 3232, in questa *Rivista*, 1998, 7, 784, ove ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinari.

(2) La massima riprodotta nel testo è quella enunciata da Cass. 29 gennaio 1993 n. 1119, in questa *Rivista*, 1993, 5, 568 ss. con mia nota, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*.

(3) Il caso oggetto della decisione era di pressoché nulla consistenza economica e si era sviluppato a causa della ostinazione di una banca a riconoscere ai clienti tutti gli interessi da essi richiesti sull'importo costituente il controvalore di due certificati di deposito che la banca, pur avendo comunicato i numeri di matrice dei titoli, aveva poi ommesso di consegnare imponendo ai clienti di procedere al relativo ammortamento. Nel corso del giudizio di primo grado, iniziato dai clienti che non avevano ricevuto né il controvalore dei titoli né gli interessi convenzionali né il rimborso delle spese per l'ammortamento, la banca aveva provveduto a pagare sia il capitale sia gli interessi fino ad una certa data ma non aveva riconosciuto tutti gli interessi e le spese giudiziali sostenute dai clienti. Essendo certo l'inadempimento della banca, mi era parso di poter affermare che il Supremo Collegio avesse inteso sfruttare l'occasione per annunciare il mutamento dei propri indirizzi in materia di onere della prova gravante sul creditore che agisca facendo valere le alternative di tutela che gli si presentano di fronte all'inadempimento del debitore.

za della prova dell'inadempimento del debitore, aveva respinto il motivo ritenendo che la sentenza di merito avesse accertato, con motivazione adeguata e convincente, l'inadempimento del debitore all'obbligo di consegna dei beni richiesti dai clienti.

Diventava, conseguentemente, privo di rilievo, tanto da poter essere ritenuto assorbito, il secondo motivo volto a lamentare la violazione della regola sull'onere della prova, motivo che veniva nondimeno esaminato quale mezzo al fine per enunciare la conclusione riportata in precedenza.

Nel periodo successivo alla menzionata pronuncia n. 3232/1998, si rinvencono sia sentenze che ripropongono l'indirizzo tradizionale (4) sia sentenze anticipatrici dell'indirizzo ora recepito dalle Sezioni Unite (5): così, ad es., nella pronuncia 8 gennaio 2000, n. 123 si trova ancora scritto che «costituisce infatti orientamento consolidato di questa Corte che, in materia di risoluzione del contratto per inadempimento, chi agisce in giudizio per ottenere tale pronuncia deve provare il fatto costitutivo dell'inadempimento e le circostanze in funzione delle quali esso assume rilevanza mentre, una volta fornita tale prova, spetta al convenuto dimostrare di essere immune da colpa (vedi tra le altre Cass. 4 maggio 1994, n. 4285 e Cass. 9 gennaio 1997 n. 124)». Per contro, nella ben più informata sentenza 23 maggio 2001, n. 7027 è prestata adesione al «diverso ed opposto orientamento secondo cui, nell'azione di adempimento, di risoluzione ed in quella risarcitoria, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, e non anche l'inadempimento dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto, salvo che non opponga l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare, provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta (*ex plurimis*, Cass. 27 marzo 1998 n. 3232, in *id.*, Rep. 1998, voce Contratto in genere, n. 515; 15 ottobre 1999, n. 11629, *id.*, 2000, I, 1917; 7 febbraio 1996, n. 973, *id.*, 1996, I, 1265; 5 dicembre 1994, n. 10446, *id.*, Rep. 1995, voce Contratto in genere, n. 458; 31 marzo 1987, n. 3099, *id.*, Rep. 1987, voce Contratto in genere, n. 393)».

Le Sezioni Unite, dopo aver descritto in modo chiaro i due contrapposti orientamenti e gli argomenti su cui essi si fondano, hanno affermato di voler comporre il contrasto aderendo al nuovo ed ancora minoritario indirizzo dando atto che lo stesso ha ricevuto «l'approvazione di larga parte della dottrina». Le Sezioni Unite hanno quindi illustrato le ragioni a sostegno delle proprie conclusioni pervenendo alla affermazione che si legge nella prima parte della massima, la sola necessaria e sufficiente ai fini della soluzione della controversia avente ad oggetto la pretesa al pagamento di una penale pattuita per il caso del mancato adempimento della obbligazione relativa ad una prestazione di fare (l'insonorizzazione della parete divisoria tra due immobili).

Avendo il Tribunale di Roma condannato il debi-

tore al pagamento della penale, la Corte di merito era pervenuta alla conclusione contraria ritenendo che gravasse sull'attore l'onere di dimostrare il mancato adempimento della obbligazione entro il termine pattuito. Contro la pronuncia della Corte romana veniva proposto ricorso per cassazione e, all'esito dell'assegnazione dello stesso alla terza sezione civile, il Presidente di detta sezione rimetteva gli atti al primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite in considerazione del contrasto esistente nella giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine alla questione «se sia il creditore agente, che lamenta la violazione del suo diritto, ad essere gravato dell'onere di dimostrare il mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione, quale fondamento dell'azione di esatto adempimento, di risoluzione o di risarcimento del danno, ovvero se incomba al debitore resistente, che eccepisca l'estinzione dell'obbligazione per adempimento, la prova dell'avvenuto compimento dell'attività solutoria».

Pare opportuno sottolineare che la formulazione letterale della questione, in relazione alla quale vi è stata la rimessione alle Sezioni Unite, quale leggesi nello svolgimento del processo e quale ora riprodotta, fa riferimento anche alla prova dello «inesatto adempimento dell'obbligazione» in relazione al quale non si era però verificato alcun contrasto essendo certo, anche per l'indirizzo minoritario, che il contrasto investiva solo il caso dell'omesso adempimento: così, ad es., la già menzionata pronuncia 23 maggio 2001 n. 7027, nel recepire l'indirizzo minoritario e nell'estenderlo anche alla prova dell'obbligo di informazione gravante sul medico, non ha alcuna esitazione ad affermare che non può «che essere il creditore, in presenza di un inesatto adempimento, a provare in che cosa consista l'inadempimento», sia pure con l'ulteriore puntualizzazione, sulla quale si ritornerà in seguito, della esclusione della regola probatoria valida nel caso di contrasto sull'esatto adempimento alla controversia relativa all'esistenza o no dell'informazione al paziente da parte del medico.

Per contro le Sezioni Unite, pur dando atto che «anche secondo i fautori della tesi che esenta il creditore dall'onere di provare l'inadempimento ... la regola non vale qualora sia dedotto, a fondamento della domanda di risoluzione o di risarcimento del danno, un inesatto adempimento ...», ritengono che la conclusione comunemente accettata non sia condivisibile e, con la sola eccezione delle obbligazioni negative, estendono il medesimo criterio probatorio adottato per il caso in cui il fatto incerto è l'adempimento anche al caso di incertezza sulla relativa esattezza: «le richiamate esigenze di omogeneità del regime probatorio - è testual-

#### Note:

(4) In tal senso Cass. 8 gennaio 2000 n. 123, in *I contratti*, 547 con commento di Carnevali.

(5) Così Cass. 23 maggio 2001 n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, 2504, con nota di Pardolesi.

mente asserito - inducono ad estendere anche all'ipotesi dell'inesatto adempimento il principio della sufficienza della 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».

A mio avviso, mentre l'impostazione generale che la pronuncia ha dato alla complessa questione della ripartizione degli oneri probatori tra le parti del rapporto controverso merita di essere pienamente condivisa, l'estensione degli stessi risultati anche all'inesatto adempimento finisce col contraddire la maggior parte degli argomenti sui quali la sentenza ha fatto leva per aderire all'indirizzo definito minoritario; si basa su una non adeguatamente meditata esigenza di estensione della unificazione del regime probatorio gravante sul creditore e realizza in definitiva una sostanziale violazione del disposto dell'art. 2697 c.c..

### L'effettiva portata del contrasto

Ho già avuto modo di scrivere che le massime della Cassazione allineate all'indirizzo che le Sezioni Unite definiscono maggioritario e che fino a poco tempo fa veniva qualificato «costante» o «consolidato», non si riferiscono, per lo più, a casi in cui il creditore lamenti un mancato adempimento ma riguardano contrasti in ordine alla esattezza dell'adempimento effettivamente posto in essere (6). Così, ad es., la già citata pronuncia 29 gennaio 1993 n. 1119, la cui massima è formulata in conformità al principio di diritto che differenzia l'onere probatorio per il creditore a seconda che chieda l'adempimento o la risoluzione per inadempimento, riguardava in realtà contestazioni che l'attore faceva in ordine al modo in cui il soggetto obbligato aveva adempiuto le obbligazioni collegate ad un contratto vitalizio *sui generis* il cui oggetto era costituito non dalla prestazione periodica di una somma di denaro ma da un complesso di prestazioni assistenziali di dare e di fare. L'attore, padre della convenuta, lamentava che gli fosse stato messo a disposizione un alloggio inadeguato e che la figlia non fosse presente con continuità nello stesso alloggio in modo da provvedere all'attività assistenziale cui si era obbligata. Conseguentemente, l'attore chiedeva la risoluzione del contratto con cui aveva trasferito alla figlia la proprietà di vari immobili pur di ottenere le accennate prestazioni assistenziali.

Nella specie, inoltre, non si poneva neppure un problema di incidenza dell'onere della prova dal momento che, come già ricordato con riferimento al caso cui si riferisce la sentenza 27 marzo 1998 n. 3232, non vi era alcuna incertezza probatoria tant'è che la Cassazione poteva concludere nel senso che «l'accertamento dell'incidenza dell'onere probatorio si appalesa superfluo allorchando - come nel caso che ne occupa - il giudice

tragga dagli elementi di prova acquisiti al processo e da qualunque parte forniti il proprio convincimento sui fatti in contestazione».

L'enunciazione di principio riprodotta nella massima estratta dalla sentenza si presentava pertanto doppiamente scollegata dal caso di specie e ciò perché, da un lato, la controversia non era stata decisa sulla base del principio dell'onere della prova ma in considerazione dell'accertamento positivo dei fatti operato dai giudici di merito; dall'altro, in considerazione della già sottolineata peculiarità dei fatti di inadempimento lamentati dall'attore, rispetto ai quali la statuizione di diritto espressa dalla Cassazione non pareva aderente facendo genericamente riferimento all'onere probatorio nel caso di domanda di risoluzione collegata al mancato adempimento mentre nella specie la contestazione verteva sulla esattezza dello adempimento.

La verifica dei singoli casi in relazione ai quali era stata fatta l'affermazione di principio tradizionale, verifica sollecitatami dal salto esistente tra l'astratto principio di diritto e il caso deciso in concreto, mi ha indotto ad esaminare l'effettiva portata dell'indirizzo che la pronuncia 29 gennaio 1993 n. 1119 aveva qualificato «costante» e che ancora la pronuncia 8 gennaio 2000 n. 123 definisce «consolidato». Sono emersi due interessanti risultati: a) al principio di diritto definito «costante» se ne contrapponeva, già all'epoca, un altro orientato nel senso che «in base ai principi di ripartizione sull'onere della prova ricavabili dall'art. 2697 c.c., per l'azione di risoluzione e per quella risarcitoria previste dallo stesso art. 1453 c.c., che hanno in comune con quella di adempimento l'elemento costitutivo fondamentale, chi le propone, sia pure in via riconvenzionale, è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo ma non la inadempienza dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto, salvo che non opponga una eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta» (7); b) la stragrande maggioranza di sentenze che enunciavano il principio della differenziazione dell'onere probatorio nel caso di domanda di adempimento e di domanda di risoluzione riguardavano ipotesi non di mancata prestazione ma di adempimento inesatto e

### Note:

(6) Mi sia consentito di rinviare a quanto più ampiamente argomentato in *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, cit., 569 ss., e in *Tutela del credito e onere della prova*, cit., 785 ss.. La necessità di procedere alla verifica dei singoli casi trova conferma in Carnevali, *L'onere della prova*, cit., 551 e in Pardolesi, nota a Cass. 23 maggio 2001 n. 7027, cit., che richiama altresì la nota redazionale a Cass. 5 dicembre 1994 n. 10446, in *Giur. it.*, 1995, I, 1192 ss., la cui motivazione pare essere la più puntuale tra quelle che hanno anticipato l'orientamento ora condiviso dalle Sezioni Unite.

(7) Così Cass. 31 marzo 1987 n. 3099, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 894. Nello stesso senso Cass. 17 aprile 1970 n. 1109, in *Foro it.*, 1970, I, 1911 e Cass. 12 ottobre 1970 n. 964, in *Giust. civ. Mass.*, 1970, 1041.

spesso si riferivano a casi nei quali non esisteva alcuna incertezza sul fatto dell'inadempimento.

La correttezza di questa conclusione è stata ulteriormente confortata dall'esame di altre pronunce che si sono succedute nel periodo dal 1993 al 1998 e così, in particolare, dalla considerazione che la massima corrente era reiterata pure da Cass. 9 gennaio 1997, n. 124 (8) che riguardava però un caso di cessione di quote sociali qualificato dalla Cassazione come produttivo di effetti meramente obbligatori, con la conseguenza, testualmente enunciata, che «la mancata stipulazione del contratto traslativo costituisce inadempimento dell'obbligo del venditore di fare acquistare al compratore la proprietà della cosa o il diritto ceduto» e che «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.» essendo certa la mancata stipulazione del contratto traslativo. Neppure in questo caso la massima che accollava al creditore l'onere di provare l'inadempimento aveva avuto alcun rilievo dal momento che nella specie non si poneva il problema dell'onere della prova del mancato trasferimento.

Può ben affermarsi, in conclusione, che le Sezioni Unite si sono occupate di un contrasto giurisprudenziale che, valutato alla stregua delle massime estrapolate dalle sentenze, appariva molto esteso ma che, in realtà, era molto meno marcato se valutato alla luce della relativa applicazione alle fattispecie concrete: da questo diverso punto di vista era per contro riscontrabile un punto di sostanziale convergenza sia delle pronunce riprodotte la massima tradizionale sia di quelle orientate nel senso dell'indirizzo innovatore. Per le une e le altre, infatti, nel caso di allegazione di vizi o di mancanza di qualità e, più in generale, nei casi di lamentate inesattezze dell'adempimento, l'onere della prova dei vizi o delle inesattezze in genere gravava sul creditore che aveva ricevuto la prestazione. L'indirizzo tradizionale esprimeva questa conclusione con una massima non aderente ai casi, vestiva cioè l'effettiva *ratio decidendi* con espressioni genericamente riferite all'onere della prova gravante sul creditore che chiede la risoluzione; l'indirizzo di segno contrario, nel formulare il corretto principio dell'identità dell'onere probatorio gravante sul creditore aveva però cura di escludere dall'ambito di detta regola i casi di lamentata inesattezza dell'adempimento per i quali, come già visto con riferimento a Cass. 23 maggio 2001 n. 7027, veniva ritenuto addirittura ovvio che l'onere della prova della inesattezza fosse a carico di chi aveva ricevuto la prestazione.

Le Sezioni Unite, con la pronuncia in commento, hanno risolto il contrasto esistente tra le contrapposte affermazioni di principio espresse dagli indirizzi definiti maggioritario o tradizionale e minoritario o innovatore ma, nel solco di una malintesa esigenza di omogeneità di soluzioni, hanno aperto un contrasto ben più pericoloso rispetto a quello preesistente che, pur meritando una

composizione ad opera delle Sezioni Unite, era però un contrasto più sul piano delle enunciazioni astratte che della relativa effettiva portata applicativa.

Per contro il contrasto che la sentenza in commento introduce rispetto ai risultati fino ad ora condivisi da tutte le pronunce della Cassazione, non importa se aderenti all'uno o all'altro indirizzo, rischia, qualora non venga tempestivamente superato, di portare a conseguenze applicative addirittura aberranti.

Chi scrive non può non salutare con soddisfazione il superamento delle divisioni che si erano precedentemente verificate nelle decisioni della Cassazione, nel senso più volte auspicato (9); ma deve esprimere un netto dissenso rispetto al contenuto dichiaratamente innovativo del responso delle Sezioni Unite che, per questa parte, non è risolutivo di alcun contrasto sorto tra le sezioni semplici e, quindi, non essendo espressione della funzione propria di dette Sezioni Unite è doppiamente irrilevante, sia ai fini della soluzione del caso specifico sia ai fini del superamento del contrasto illustrato nel corso della sentenza, e appare destinato, più che a semplificare il problema dell'onere probatorio, a complicare l'effettiva tutela del credito favorendo manovre di carattere dilatorio.

#### **Tutela ex art. 1453 c.c. e onere della prova: il primo argomento delle Sezioni Unite**

È pressoché pacifico sia in dottrina sia in giurisprudenza che al creditore che chiede l'adempimento incombe esclusivamente l'onere di provare il fatto costitutivo del credito (10).

#### **Note:**

(8) Così Cass. 9 gennaio 1997 n. 124, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 23.

(9) Oltre ai miei due interventi già citati alle note n. (1) e n. (2) mi sia consentito rinviare anche al commento a Cass. 7 febbraio 1996 n. 973, *Risarcimento del danno e onere della prova*, in questa *Rivista*, 1996, 5, 541. La stessa sentenza è pubblicata anche su *I Contratti*, 1996, 552 ss. con commento di Giuggioli, *Risoluzione contrattuale e onere della prova*, 554 ss. Tra gli autori che sostengono l'identità dell'onere probatorio sia nel caso di domanda di adempimento sia nel caso di domanda di risoluzione cfr. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 439; Mengoni, *Voce Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss., in specie 1097; Sacco, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 406 nota 26; Id., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Sacco, Torino, 1993, II, 609; Marco De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 567 ss., in specie 599; Carnevali, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, 39 ss. In senso contrario e quindi a favore dell'orientamento giurisprudenziale prevalente in passato cfr. Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 438 ss.; Id., *In tema di onere della prova dell'inadempimento*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 1417 ss.; Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 42, ss..

(10) In questo senso si possono menzionare tutte le pronunce citate nelle note precedenti le quali, sia quando differenziano l'onere probatorio tra azione di adempimento e azione di risoluzione sia quando affermano l'esistenza del medesimo onere, danno per pacifico che chi agisce per l'adempimento deve provare esclusivamente il proprio credito. Questa conclusione è ribadita, proprio con riferimento all'azione di adempimento, da Cass. 11 luglio 1983, n. 4689 secondo cui «in conformità al principio di cui all'art. 2697 c.c. chi agisce per il pagamento di un proprio credito (segue)

Questa comune conclusione costituiva addirittura un precetto normativo sotto il vigore del codice del 1865: stabiliva infatti l'art. 1312 che «chi domanda l'esecuzione di una obbligazione deve provarla e chi pretende di essere stato liberato deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione».

La norma, collocata in un capo dal significativo titolo «Della prova delle obbligazioni e di quella della loro estinzione», non è stata riprodotta nel vigente codice che contiene per un verso una norma più specifica (l'art. 1218 c.c.) e per altro verso una disposizione generale sull'onere della prova (l'art. 2697 c.c.).

Le Sezioni Unite, nel momento in cui passano ad argomentare la propria adesione al c.d. «indirizzo minoritario», prendono le mosse proprio dalla differente formulazione dell'art. 1312 del codice civile previgente e dell'attuale art. 2697 c.c. che, enunciando un principio generale, sarebbe «di ostacolo alla formulazione di temi fissi di prova» essendo necessario, al fine di dare concreta attuazione al principio, procedere all'esame del «ruolo assunto dalla parte nel processo» ma apparendo opportuno, con riferimento ai tre rimedi congiuntamente previsti dall'art. 1453 c.c., «individuare un criterio di massima caratterizzato, nel maggior grado possibile, da omogeneità» e ciò perché «l'eccesso di distinzioni di tipo concettuale e formale è sicuramente fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di certezza meritano di essere tenute nella dovuta considerazione».

Questo è il primo argomento enunciato dalla sentenza commentata, così come risulta anche dalla indicazione per numeri in cui si articola la motivazione: il punto 2 è dedicato a illustrare le ragioni della scelta interpretativa e si compone del punto 2.1, nel quale si trovano gli argomenti ora riferiti, e del punto 2.2 (a sua volta scomposto come si vedrà in seguito).

Ora, sarebbe stato lecito attendersi che, sia pure con l'avvertenza delle difficoltà e dei dubbi che si possono incontrare nel distinguere il ruolo che il singolo fatto svolge ai fini dell'applicazione dell'art. 2697 c.c., la sentenza desse preminente rilievo alla questione relativa agli elementi costitutivi delle singole fattispecie costitutive dei tre diritti contemplati dall'art. 1453 c.c. (all'adempimento, alla risoluzione e al risarcimento del danno).

Il generico riferimento alle «esigenze di certezza» che imporrebbero di non eccedere in «distinzioni di tipo concettuale e formale», che ben può avere un rilievo finale nell'ambito di un iter argomentativo saldamente ancorato al rigore proprio del ragionamento giuridico, non può essere valutato positivamente se finalizzato a preannunciare l'abbandono dei criteri interpretativi direttamente collegati all'applicazione della regola probatoria: regola che, per quanti dubbi di carattere applicativo possa determinare, si avvale, con specifico riferimento ai ruoli probatori del creditore e del debitore, del decisivo contributo che emerge dall'art. 1218 c.c., norma

che è appena richiamata nel corpo della motivazione della sentenza.

Ho già avuto modo di scrivere che l'interpretazione sistematica degli artt. 1218 e 2697 c.c. impone di pervenire alla stessa conclusione enunciata dal previgente art. 1312 c.c. (11): questa norma, così come l'art. 2697 c.c., si riferiva specificamente al problema del riparto dell'onere della prova laddove l'art. 1218 c.c. enuncia anzitutto

#### Note:

(segue nota 10)

deve dimostrare il rapporto dal quale deriva il suo diritto ma non è tenuto a provare anche che il debitore non l'ha pagato, costituendo il pagamento un fatto estintivo, la cui prova incombe al debitore medesimo che l'eccepisca». In senso conforme Cass. 11 luglio 1983, n. 5127; Cass. 20 gennaio 1982, n. 379; Cass. 9 aprile 1980, n. 2277.

Più articolata la posizione della dottrina che sostiene in maggioranza le medesime conclusioni della giurisprudenza: cfr., tra i tanti, Mengoni, *Voce Responsabilità contrattuale*, cit., 1072 ss., 1095; Patti, *Prove*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1987, 117; Comoglio, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1985, vol. 19, 237; De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione*, cit., 567 ss., in specie 574, ove altre citazioni.

Sostiene per contro che «chi vuol far valere il diritto all'adempimento deve anche provare la materiale inesecuzione della prestazione», Maiello, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 168. Una posizione molto articolata è quella di Bianca che, in *L'obbligazione*, Milano, 1990, 319 asserisce testualmente che «la prova del pagamento è di regola un onere a carico del debitore»; nel volume *Inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 175 ss., dopo avere richiamato la tesi di Maiello secondo cui «l'inesecuzione della prestazione è un tema di prova che spetta comunque al creditore, poiché anche la domanda di adempimento ha per presupposto l'accertamento della irrealizzazione del credito» aggiunge testualmente che «effettivamente, deve ammettersi che la domanda giudiziale la quale non si limiti ad un giudizio di mero accertamento del credito esprime una pretesa che assume a suo fondamento il fatto dell'inadempimento del rapporto obbligatorio». Subito dopo aggiunge però che «siffatto riconoscimento, peraltro, non si traduce nella costante necessità di una prova specifica dell'inesecuzione della prestazione» venendo in considerazione la «presunzione di persistenza del diritto».

Infine, sempre Bianca, in *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 240, nella n. 2, richiamando Cass. 17 agosto 1990, n. 8336, lamenta che la stessa «giunge a reputare sufficiente la prova del contratto» e sottolinea che tale tesi sarebbe «inaccettabile in quanto il giudice non può condannare all'adempimento senza che sussista l'inadempimento, che costituisce quindi presupposto della domanda e tema di prova dell'attore».

(11) Cfr. al riguardo Pardolesi, *op. cit.*, 2504, che, dopo avere ricordato l'opinione che pare diversificare le conseguenze dell'applicazione dell'art. 1312 c.c. previgente e degli artt. 1218 e 2697 c.c. (così Giuggioli, *op. cit.*, 554), richiama la mia differente presa di posizione (cfr. *Tutela del credito*, cit., 787) incline ad interpretare sistematicamente le due norme in modo da pervenire al medesimo risultato dell'art. 1312 c.c. sia pure con una complessa verifica del rilievo che presenta la distinzione tra fatti costitutivi, da un lato, e fatti modificativi ed estintivi, dall'altro, nella complessa materia del rapporto obbligatorio, contrassegnata a sua volta dalle persistenti incertezze in ordine ai rapporti tra inadempimento, cosiddetta presunzione di colpa, e prova liberatoria a carico del debitore.

L'opinione comune è, come emerge dai riferimenti precedenti e da quanto esporrò in seguito, orientata in senso contrario: essa si accontenta che il creditore da un lato provi il fatto costitutivo del credito e dall'altro affermi, quanto meno implicitamente, che la propria pretesa è rimasta insoddisfatta: nel senso che, con riferimento ai diritti di obbligazione di genere «l'allegazione del fatto costitutivo già determina il fatto lesivo implicitamente affermato col fatto stesso della proposizione della domanda» cfr. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, X ed., Torino, 1995, I, 147, n. 8.

to la regola sostanziale dell'inadempimento che persiste fin quando l'obbligazione è in vita ma enuclea anche la regola processuale sull'onere della prova nel momento in cui pone a carico del debitore l'onere di dimostrare la sussistenza degli estremi di quella particolare fattispecie estintiva che è l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile allo stesso debitore (art. 1256 c.c.).

Pare questo il punto di partenza obbligato per una corretta impostazione del problema probatorio in relazione alle domande che il creditore può proporre a norma dell'art. 1453 c.c.: l'argomento è presente nel corpo della motivazione della sentenza ma quale argomento di semplice supporto rispetto a quello principale che si riassume nella necessità di «individuare un criterio di massima caratterizzato, nel maggior grado possibile, da omogeneità» (si vedrà con quali conseguenze in relazione al problema dell'esatto adempimento).

In effetti, al punto 2.2.2 troviamo scritto che «la ravvisata omogeneità del regime dell'onere della prova per le tre azioni previste dall'art. 1453 c.c. consegue infatti ad una interpretazione delle norme che vengono in gioco nella specie (l'art. 1453 in relazione agli artt. 1218 e 2697 c.c.) secondo un criterio di ragionevolezza»: ma il riferimento alla «ravvisata omogeneità del regime dell'onere della prova» non costituisce la conclusione di una compiuta argomentazione bensì riflette esclusivamente la aspirazione ad evitare l'eccesso di distinzioni: aspirazione che non può ovviamente tradursi nella automatica conclusione che, poiché sarebbe opportuno un omogeneo regime probatorio, la omogeneità risulta per ciò stesso dimostrata.

Potrà apparire eccessivamente insistita l'argomentazione critica che precede, essendo essa rivolta nei confronti di una sorta di «preambolo» dei più significativi argomenti esposti nel prosieguo della motivazione: ma a me pare che proprio in quel «preambolo» si annidi il difetto di prospettiva che, saltando tutta la problematica delle tre domande proponibili dal creditore nei confronti del debitore inadempiente, precipita nella parte finale della sentenza dedicata all'inesatto adempimento.

### **Gli ulteriori argomenti delle Sezioni Unite: l'identità della fattispecie costitutiva dei diritti all'adempimento e alla risoluzione**

Come già chiarito, il punto della sentenza che sviluppa gli effettivi argomenti a sostegno delle conclusioni del cosiddetto «indirizzo minoritario» è il punto 2.2, all'interno del quale si trovano trattati nell'ordine: a) il principio della presunzione di persistenza del diritto (2.2.1); b) l'identità della fattispecie costitutiva del diritto all'adempimento e del diritto alla risoluzione (2.2.2); c) palesi esigenze di ordine pratico quali in particolare la difficoltà della prova di un fatto negativo e il principio di vicinanza della prova (2.2.3).

Non v'è dubbio che dei tre temi quello principale è il secondo dal quale conviene partire dal momento che

individua, a mio avviso, la questione principale, se non esclusiva, rilevante al fine di stabilire i criteri di applicazione della regola probatoria nelle controversie connesse all'art. 1453 c.c..

La Cassazione chiarisce che le tre domande, di adempimento, di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno da inadempimento «si collegano tutte al medesimo presupposto costituito dall'inadempimento»: questo è il solo accenno che viene operato in relazione alla «domanda autonoma di risarcimento del danno da inadempimento» dal momento che gli ulteriori due periodi di cui si compone il menzionato punto 2.2.2 si riferiscono esclusivamente alle due azioni di adempimento e di risoluzione e formulano corretti concetti giuridici fino a far emergere la unicità della fattispecie costitutiva dei diritti all'adempimento e alla risoluzione e la distinzione tra onere della prova e onere di allegazione.

Apparendo certo che il solo fatto costitutivo del diritto ad ottenere l'adempimento è il contratto da cui deriva l'obbligazione, non si vede sulla base di quale argomento si dovrebbe configurare, quale elemento costitutivo del diritto potestativo alla risoluzione, l'inadempimento dell'altro contraente (12).

Né la formulazione letterale della norma né alcun altro argomento depongono nel senso che le fattispecie costitutive dei due diritti (all'adempimento e alla risoluzione) presentino una differenza tanto rilevante quale quella che si verificherebbe a voler considerare l'inadempimento estraneo alla fattispecie costitutiva del diritto all'adempimento ma componente della fattispecie costitutiva del diritto potestativo alla risoluzione.

Del resto, sia pure ad altri fini, le stesse Sezioni Unite in un non lontano precedente hanno avuto modo di chiarire che, pur presentando diversità di *petitum*, le due azioni, di adempimento e di risoluzione per inadempimento, «sono dirette alla tutela del *medesimo diritto* alla prestazione, con la conseguenza che la proposizione della domanda di adempimento ha effetto interruttivo della prescrizione anche con riferimento al diritto di chiedere la risoluzione del contratto, il quale potrà essere esercitato fino a quando il termine prescrizione non sarà nuovamente decorso per intero» (13); e la pronuncia in esame dà rilievo alla circostanza, che si colloca sullo stesso piano della unicità della fattispecie, che «l'art. 1453, comma 2, nel consentire la sostituzione alla domanda di adempimento la domanda di risoluzione, non ha condizionato il mutamento della domanda all'accollo di un nuovo onere probatorio».

Quando si sostiene che il diritto alla risoluzione

#### **Note:**

(12) Sulla identità delle due fattispecie cfr. Sacco, *Il contratto*, cit., 609 e 610.

(13) Cfr. Cass. SS.UU. 10 aprile 1995 n. 4126, in questa *Rivista*, 1195, 5, 557 ss., con commento di Carbone, *La domanda di adempimento interrompe la prescrizione del diritto a chiedere la risoluzione?*

spetta solo a fronte dell'inadempimento dell'altro contraente si trascura di considerare che anche il diritto all'adempimento è subordinato al mancato adempimento: qualunque sia la tutela invocata dall'attore è certo che egli avrà l'onere di allegare l'inadempimento ma non al fine di individuare un elemento costitutivo del proprio diritto all'adempimento o alla risoluzione bensì al fine di fornire la spiegazione delle «ragioni della domanda» così come impone l'art. 163 n. 4 c.p.c. e di far emergere l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., interesse che, come è stato felicemente sintetizzato, «sta dunque nell'affermazione contenuta nella domanda, dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi di un diritto» (14).

Ma dalla necessità che l'attore *alleghi* l'inadempimento, al fine di spiegare perché chiede l'intervento del giudice, non può certo ricavarsi la natura costitutiva dello stesso inadempimento rispetto ai due diritti contemplati nell'art. 1453 c.c. o, ancor più, rispetto a uno solo di essi (quello alla risoluzione).

Quindi l'onere di allegazione gravante sull'attore non è sovrapponibile con l'onere della prova a suo carico: quest'ultimo onere investe il solo fatto costitutivo del diritto che, nel linguaggio del previgente art. 1312 c.c., si identificava nella prova della obbligazione (e quindi della relativa fonte) e nel linguaggio del codice attuale emerge dal già sottolineato collegamento tra l'art. 2697 c.c. e l'art. 1218 c.c., norma che non contiene affatto, così come la tradizione era solita ripetere, una presunzione di colpa a carico del debitore tale da realizzare un'inversione dell'onere della prova rispetto alla fattispecie costitutiva della responsabilità contrattuale; ma che va interpretata nel senso che il fatto generatore della responsabilità del debitore è costituito, una volta sorta l'obbligazione, dalla mancata prova, da parte del debitore, di quel particolare fatto estintivo che è l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per una causa a lui non imputabile.

Tra il menzionato art. 1312 del codice previgente e l'attuale art. 1218 c.c. non esiste, pertanto, altra differenza se non quella della formulazione più generale della prima norma rispetto alla seconda che, però, impartisce una regola rilevante sia sul piano sostanziale sia su quello processuale: sul piano sostanziale collega la responsabilità contrattuale al solo fatto della esistenza della obbligazione (finché l'obbligazione è in vita il debitore è responsabile) e sul piano processuale isola, tra tutte le vicende estintive, quella collegata al disposto dell'art. 1256 c.c. (15).

Non v'è dubbio che l'art. 1312 del codice previgente aveva portata più generale ed enunciava una più chiara regola processuale dal momento che la norma non si riferiva solo alla posizione del convenuto ma anche a quella dell'attore e non riguardava un solo modo d'estinzione della obbligazione ma tutti i modi possibili («il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione»): senonché la norma del codice abrogato aveva la sola valenza di carattere processuale che oggi

ha, sul piano generale, l'art. 2697 c.c.; laddove l'art. 1218 c.c. rileva anzitutto sul piano sostanziale dal momento che impone di considerare inadempiente il debitore sino al limite del verificarsi di una fattispecie estintiva della obbligazione.

Sotto un secondo profilo non pare corretto collegare il diverso onere probatorio, nel caso di domanda di risoluzione rispetto alla domanda di adempimento, al requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento *ex art.* 1455 c.c. e ciò perché l'importanza dell'inadempimento è oggetto di una valutazione rimessa al giudice ma non costituisce un tema di prova non essendo qualificabile alla stregua di un fatto costitutivo del diritto alla risoluzione.

Sicché, il giudice dovrà valutare, allorché l'attore alleghi di non aver ancora ricevuto l'adempimento della prestazione pur in presenza dei relativi requisiti costitutivi, se il ritardo quale allegato dall'attore sia tale da giustificare la domanda di risoluzione (16).

### Il diritto al risarcimento del danno

Come chiarito in precedenza la controversia cui si riferisce la sentenza delle Sezioni Unite non concerneva un problema probatorio nell'ambito di un giudizio promosso dal creditore al fine di ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento ma era relativo alla pretesa ad ottenere il pagamento della penale per l'inadempimento.

Pertanto, ci si sarebbe potuti attendere una riflessione più approfondita sulla fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno che, com'è noto, può collegarsi al semplice ritardo nell'adempimento ovvero può essere danno da inadempimento definitivo. La Casazione si è limitata ad evidenziare l'identità del presupposto costitutivo del diritto al risarcimento del danno rispetto ai diritti all'adempimento e alla risoluzione per inadempimento e questa affermazione, ai fini del caso di specie, era sufficiente dal momento che non veniva in considerazione l'ostacolo che incontra colui che intende proporre la domanda di condanna al risarcimento del danno in via autonoma al fine di ottenere l'integrale risarcimento causato dall'inadempimento dell'altro contraente: ostacolo costituito dalla priorità dell'adempimento in natura che comporta che nel nostro sistema, fin quando la prestazione è possibile, il creditore non

#### Note:

(14) cfr. Mandrioli, *op. cit.*, 52.

(15) Nel senso che «l'art. 1218 non detta soltanto il regime sostanziale dell'inadempimento, ma impartisce anche una regola (processuale) sull'onere della prova» cfr. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1095, nella quale si trova l'insegnamento sulla corretta collocazione della norma nell'ambito del nostro sistema delle obbligazioni.

(16) cfr. in tal senso Cass. 31 marzo 1987 n. 3099, cit., nella quale si legge che «l'importanza dell'inadempimento, modo di essere dello stesso, ... non è però oggetto di prova autonoma, ma deve essere accertato dal giudice attraverso la valutazione di cui all'art. 1455»; Carnevali, *L'onere della prova*, cit., 552.

può chiedere una somma di danaro in luogo della prestazione inadempita.

Ciò a differenza del diritto romano nel cui processo la *litis contestatio* segnava la trasformazione della prestazione originariamente dovuta in quella necessariamente pecuniaria in cui si concretizzava la condanna (17). Se infatti l'attore lamenta l'inadempimento definitivo conseguente all'intervenuta impossibilità della prestazione, può apparire plausibile che sia il creditore a dover provare l'impossibilità sopravvenuta: il principio dell'adempimento in natura impone infatti al creditore di chiedere l'esecuzione della prestazione finché essa sia possibile a meno che egli non proponga domanda di risoluzione giudiziale ovvero non si verifichi una delle fattispecie di risoluzione stragiudiziale.

In tal senso si è espressa una autorevole dottrina che ha peraltro sottolineato il carattere prevalentemente teorico dell'ipotesi in cui il creditore alleggi l'avvenuta impossibilità della prestazione (18).

Nel caso di specie esaminato da Cassazione 7 febbraio 1996, n. 973 (19), un istituto assicuratore, dopo aver pagato al soggetto assicurato la indennità per la perdita di un apparecchio oggetto della copertura assicurativa, perdita avvenuta durante l'esecuzione di un trasporto, si è surrogato nei diritti del proprio assicurato ai sensi dell'art. 1916 c.c. ed ha chiesto la condanna del vettore al risarcimento del danno individuato nel valore dell'apparecchio non consegnato. Essendo sorta tra le parti contestazione in ordine a quale di esse dovesse provare la circostanza della riconsegna ovvero della mancata riconsegna del bene, la Corte di cassazione ha confermato la sentenza della Corte di merito che aveva accolto la domanda formulata dall'istituto assicuratore ritenendo che il vettore non avesse provato, così come imposto dai principi in materia di onere della prova, la circostanza dell'avvenuta riconsegna. Pare plausibile affermare che in casi quale quello ora descritto la pretesa ad ottenere l'equivalente pecuniario della prestazione inadempita prescinda dalla prova della impossibilità sopravvenuta della prestazione originaria (20).

Resta però da chiarire sulla base di quale percorso argomentativo sia possibile superare il principio della priorità dell'adempimento in natura anche se sono evidenti le ragioni di carattere sostanziale che indirizzano verso la possibilità di conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente pecuniario (21).

Sta di fatto che su questi temi la pronuncia delle Sezioni Unite nulla aggiunge al precedente della Cassazione n. 973/1996.

### La presunzione di persistenza del diritto

La pronuncia in commento ha dato ampio rilievo alla «presunzione di persistenza del diritto desumibile dall'art. 2697».

Come chiarito in precedenza (22), alla presunzione di persistenza del diritto fa riferimento una dottrina al fi-

ne di giustificare una sorta di inversione dell'onere probatorio che imporrebbe al creditore di dimostrare l'inesecuzione della prestazione. «Per quanto attiene ai crediti - così si esprime questa dottrina - la presunzione di persistenza del diritto oltre il termine di scadenza può implicare per sé stessa presunzione di inadempimento: quando infatti si tratta delle pretese creditorie che sono destinate ad essere estinte entro un certo termine attraverso l'atto di adempimento, la loro sopravvivenza al di là di questo termine significa che la prestazione non è stata eseguita».

Nei termini ora riferiti la tesi non pare accettabile dal momento che se certi rapporti sono normalmente estinti entro determinati termini, la circostanza, lungi dal consentire di innestare una presunzione di persistenza del diritto, dovrebbe imporre la differente presunzione di estinzione del rapporto così come avviene nella disciplina delle prescrizioni presuntive.

Pure alcune pronunce della Cassazione hanno utilizzato l'argomento della presunzione di persistenza del diritto al fine di giustificare l'inversione dell'onere della prova: così, ad es., Cass. 15 ottobre 1999 n. 11629, nella

#### Note:

(17) Un antico proverbio, ricordato da Gaio, stabiliva che *ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem iudicatum facere oportere*.

(18) Cfr. Mengoni, *op. cit.*, 1096, che, dopo avere fatto l'affermazione di ordine generale della priorità del principio dell'adempimento in natura, aggiunge che «il creditore che non sia in grado di dimostrare senza difficoltà l'impossibilità della prestazione, può dispensarsi proponendo in via principale la domanda di adempimento e di danni per ritardo in guida da lasciare intatto, a carico del debitore, il tema di prova dettato dall'art. 1218, il quale implica la dimostrazione sia dell'impossibilità sia della non imputabilità dell'evento che l'ha cagionata».

(19) In questa *Rivista*, 1996, 5, 541 con mio commento, *Risarcimento del danno*, cit..

(20) Su questa problematica cfr. Luminoso, in Luminoso - Carnevali - Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Commentario Scialoja-Branca*, (artt. 1453-1454), 139 ss.; Belfiore, in *Attuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 227 ss., con particolare riferimento all'inadempimento nel contratto di permuta e all'art. 1553 c.c.; Cannata, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, 20 e 21.

(21) Cfr. quanto da me argomentato in proposito in *Risarcimento del danno*, cit., 546.

(22) Cfr. i riferimenti a Bianca contenuti nella nota 10. Allo stesso Autore, *Inadempimento*, cit., 175 ss. si devono le parole riportate tra virgolette. Nella stessa prospettiva di una presunzione utile al fine di invertire l'onere probatorio, cfr. Carbone nel commento alle pronunce di Cass. 8 aprile 1997, n. 3046 e Cass. 21 aprile 1997 n. 2540, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e attuaggi*, in questa *Rivista*, 1997, 5, 546 ss., ad avviso del quale «a prova dell'inadempimento dovrebbe essere a carico del creditore, in attuazione dei principi di carattere generale, quale elemento costitutivo della pretesa, sia in relazione all'adempimento che al risarcimento dei danni» puntualizza poi che «l'inadempimento resta in astratto un fatto costitutivo a carico del creditore mentre in concreto il creditore viene esonerato dall'onere della prova sulla base della presunzione di persistenza del diritto e si addossa al debitore l'onere della prova contraria, e cioè dell'adempimento che si pone come fatto estintivo dell'obbligazione». Critico sul «principio di persistenza del diritto» è De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione*, cit., 582 ss..

quale leggesi che «la rigorosa attuazione del principio dell'onere probatorio, che fa gravare sul creditore la prova sia dell'esistenza del rapporto obbligatorio che del successivo inadempimento come fatto materiale, è stata stemperata da un indirizzo interpretativo che offre una mediazione, idonea, da un lato, a giustificare il diffuso indirizzo giurisprudenziale, dall'altro a fornire un corretto assetto ermeneutico, in linea con i principi generali. In base a quest'orientamento l'inadempimento resta in astratto un fatto costitutivo a carico del creditore, mentre in concreto il creditore viene esonerato dall'onere della prova, sulla base della presunzione di persistenza del diritto». (23).

È piuttosto vero che la cosiddetta presunzione di persistenza del diritto, non configurabile nella richiamata prospettiva di determinare la inversione dell'onere della prova rispetto ai risultati cui porterebbe l'applicazione dell'art. 2697 c.c., può valere ad esprimere con altre parole un principio che si ricava direttamente dalla regola probatoria dell'art. 2697 c.c.: e ciò nel senso che nella dimostrazione della esistenza del diritto è insita anche la prova della sua persistenza fino a quando non viene dimostrato il contrario.

Insomma, se l'attore ha provato il fatto costitutivo del suo diritto (all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno), si può dire che in questa prova si annida la presunzione che il diritto sussiste ancora a meno che il convenuto dimostri il contrario (24). In questa diversa prospettiva la presunzione in questione finisce per divenire un artificio concettuale volto ad assecondare un risultato già autonomamente conseguibile sulla base degli artt. 2697 e 1218 c.c. ma rispetto al quale emergono tutte le difficoltà connesse alla concreta applicazione della regola probatoria.

Le Sezioni Unite si pongono esattamente in questa prospettiva nel momento in cui collegano la presunzione di persistenza del diritto all'art. 2697 c.c., considerando quindi, sia pure implicitamente, la norma sull'onere della prova direttamente in grado di giustificare la conclusione per cui la tutela del creditore si collega direttamente alla prova del fatto costitutivo del credito.

Il medesimo ruolo di rafforzare la conclusione direttamente ricavabile dall'art. 2697 c.c. ha il richiamo al «criterio di ragionevolezza» che renderebbe «irrazionale» la conclusione di un diverso onere probatorio nel caso di domanda di adempimento o di risarcimento in forma specifica ovvero di domanda di risoluzione o di risarcimento in danaro: la irrazionalità sta e cade a seconda che la fattispecie costitutiva delle diverse tutele sia o no identica. E, quindi, una volta chiarita la unicità della fattispecie, gli argomenti che assecondano quelli direttamente ricavabili dagli artt. 2697 e 1218 c.c., assumono il già sottolineato ruolo di tranquillizzare l'interprete ancora incerto nella collocazione dell'inadempimento rispetto, in particolare, alla fattispecie che dà diritto a chiedere la risoluzione.

### Le palesi esigenze di ordine pratico, la prova dei fatti negativi e il principio di riferibilità della prova

La pronuncia in commento fa infine riferimento, in un unico contesto argomentativo, alle esigenze di ordine pratico che impongono di non accollare al creditore la prova di un fatto negativo difficilmente dimostrabile attraverso fatti positivi contrari, tanto più che la sfera personale in cui si è prodotto l'inadempimento è quella del debitore e viene conseguentemente in considerazione anche il principio di riferibilità della prova.

Pare opportuno riproporre quanto ho già avuto modo di puntualizzare con riferimento a ciascuno di questi argomenti ulteriori, al fine di verificare se essi realizzino davvero un «valore aggiunto» rispetto alla corretta applicazione della regola sull'onere della prova: ciò anche perché questa analisi coinvolge pure la problematica dell'onere della prova nel caso di allegazione della inesattezza dell'adempimento. Mentre infatti nel caso di allegazione dell'omesso adempimento la violazione allegata consiste in un *fatto negativo* invece nel caso di allegazione dell'inesatto adempimento viene lamentato il concorso di due *fatti positivi*, quali l'avvenuto adempimento e la relativa inesattezza.

Il tradizionale brocardo *negativa non sunt probanda* viene ancora richiamato dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, per lo più, sottolineano la rilevanza pratica del principio ma ne evidenziano al contempo la scarsa consistenza sul piano logico-giuridico (25).

Talvolta la Cassazione collega il carattere negativo del fatto alla sua estraneità alla sfera del soggetto che lo asserisce e perviene alla conclusione, presente pure nella pronuncia delle Sezioni Unite, che a ciascuna delle parti della controversia occorrerebbe assegnare l'onere di «dare la prova diretta e positiva di un fatto riferibile alla sua sfera di azione» (26).

#### Note:

(23) La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2000, I, 1918 ss.

(24) Cfr. Mengoni, *Voce cit.*, 1095, che si esprime in termini di «principio probatorio di equivalenza tra l'effetto di acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo».

(25) Sulla prova dei fatti negativi cfr. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1992, 117 ss.; Patti, *Prove cit.*, 53 ss.; De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio cit.*, 576 ss. ove ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali. Sottolinea l'estraneità del principio *negativa non sunt probanda* al pensiero giuridico moderno Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale cit.*, 1095, n. 155 che aggiunge che «non è sempre possibile fornire la prova del fatto negativo mediante quella dei fatti positivi contrari ed esemplifica così: il malato che lamenta di non essere stato visitato a tempo debito dal medico obbligato a curarlo, come può provare il mancato tempestivo adempimento dell'obbligazione? Dovrebbe essere in grado di conoscere i movimenti del debitore e dimostrarne che in tal giorno e a quell'ora era altrove».

Tra le pronunce che affermano la possibilità di provare i fatti negativi mediante la prova dei fatti positivi contrari cfr. Cass. 28 aprile 1981 n. 2586, in *Giur. it.* 1982, I, 1, 560 e Cass. 15 giugno 1982 n. 3644.

(26) Questo collegamento è operato da Cass. 7 febbraio 1996 n. 973 cit. che definisce «il criterio di riferibilità della prova, a seconda in concreto

(segue)

Il cosiddetto criterio di vicinanza o riferibilità della prova presenta una indubbia interferenza con il principio *negativa non sunt probanda*: molte volte, infatti, l'allegazione di una circostanza negativa fa riferimento a fatti che riguardano la sfera di azione del soggetto contro cui l'affermazione è svolta.

Vi sono pertanto esigenze indiscutibili di ordine pratico sia alla base del criterio di riferibilità della prova richiamato dalla giurisprudenza sia alla base del risalente brocardo *negativa non sunt probanda*. D'altra parte la corrente affermazione giurisprudenziale della possibilità di provare i fatti negativi mediante la prova dei fatti positivi contrari si rivela inutilizzabile in tutti i casi in cui il fatto negativo allegato presenta contenuto concretamente indefinito e non può pertanto essere desunto dalla prova dei fatti positivi contrari.

Del resto la stessa affermazione comunemente ripetuta della intrinseca debolezza del principio *negativa non sunt probanda* può essere oggetto di ulteriori verifiche volte a chiarire il rilievo che, nelle singole fattispecie, presenta il fatto negativo, ben potendo accadere che esso sia elemento costitutivo di una data fattispecie (27). Ma se si prescinde da questi casi pare che l'antica regola *negativa non sunt probanda* vada rivalutata e che, in definitiva, essa sia implicita nel principio generale di cui all'art. 2697 c.c.: ed infatti la negazione di fatti estintivi e/o modificativi del diritto per la cui tutela si agisce in giudizio comporta la necessità di accoglimento della domanda in virtù del contenuto del primo comma del menzionato articolo e ciò a meno che il convenuto provi i fatti modificativi e/o estintivi ai sensi del secondo comma dello stesso articolo.

### La rilevanza della eccezione di inadempimento

La sentenza in commento dedica il punto 3 della motivazione a evidenziare la rilevanza della eccezione di inadempimento al fine di affermare che l'eccezione non va provata ma è oggetto di semplice allegazione: «sarà la controparte - leggesi nell'unico periodo destinato a illustrare il concetto - a dover neutralizzare l'eccezione, dimostrando il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico (in tal senso: sentenza 3099/87; 13445/92; 3232/98)».

Il principio enunciato è sicuramente corretto tant'è che viene richiamato da quasi tutte le massime che si uniformano al cosiddetto nuovo indirizzo quale limite alla sufficienza della prova del fatto costitutivo del credito: in realtà se il creditore è tenuto a provare il fatto costitutivo del credito, la prova del proprio adempimento è una componente della prova del credito in tutti i casi in cui chi agisce deve adempiere per primo.

Com'è peraltro noto, l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. presenta al proprio interno le due varietà della *exceptio inadimpleti contractus* e della *exceptio non rite adimpleti contractus*: mentre con riferimento alla prima di esse vale sicuramente il principio di diritto formulato al punto 3 della sentenza delle Sezioni Unite, a diverso risulta-

to deve pervenirsi allorché il convenuto non contesti di avere ricevuto la prestazione ma lamenti la relativa non conformità a quanto effettivamente dovuto. Il problema probatorio refluiscie in questo secondo caso nella più ampia questione della prova dell'inesatto adempimento.

Il punto dolente di questa distinzione è costituito, nel caso di compravendita, dalla categoria giurisprudenziale del cosiddetto *aliud pro alio* venuta alla ribalta nella vicenda di cui si è occupata la pronuncia della Cassazione 16 novembre 2000, n. 14865 che ha ritenuto che nel caso di specie non fosse stata contestata semplicemente l'esattezza dell'adempimento ma, addirittura, l'adempimento stesso, con conseguente onere (non dell'esatto adempimento ma) dell'adempimento a carico del venditore (28).

Se si eccettua questo caso limite, per il quale a mio avviso dovrebbe valere lo stesso principio in materia di onere della prova che disciplina i casi di inesattezza dell'adempimento, pare lecito affermare che la giurisprudenza della Corte di cassazione avesse perfettamente colto le incongruenze insite nella attribuzione all'attore dell'onere di provare l'esattezza dell'adempimento in tutti i casi in cui il convenuto avesse preteso di paralizzare la domanda mediante la *exceptio non rite adimpleti contractus*: così, ad es., la pronuncia 11 settembre 1996, n. 9825 le cui conclusioni paiono pienamente condivisibili dal momento che sono orientate in funzione della distinzione tra eccezione di inadempimento e eccezione di inesatto adempimento, gravando nel primo caso sull'attore e nel secondo caso sul convenuto l'onere proba-

#### Note:

(segue nota 26)

della possibilità per l'uno o l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione (criterio al quale del resto si ispira l'art. 2697, distinguendo tra fatti costitutivi, modificativi ed estintivi), cosicché è conforme a norma che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto per la cui tutela agisce il creditore, (sia che agisca in via diretta che per il risarcimento), spetti al debitore, convenuto in giudizio, che dovrà in sostanza dare la prova diretta e *positiva* di un fatto riferibile alla sua sfera di azione» (corsivo nostro).

Allo stesso concetto si richiama, in dottrina, Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1996, 393, secondo il quale «dato che l'inadempimento si produce prevalentemente nella sfera del debitore, è costui (molto più che il creditore) a possedere gli elementi che decidono se l'inadempimento gli è imputabile, o no» per questa ragione l'art. 1218 c.c. derogherebbe «al principio generale, stabilendo l'inversione dell'onere della prova». Una inversione tradizionalmente affermata ma che per contro, una volta correttamente impostata la struttura del rapporto obbligatorio, non pare contemplata dall'art. 1218 c.c. dal momento che questa norma impone la conclusione che la responsabilità del debitore non è fondata sulla colpa. La dimostrazione di ciò si ritrova, com'è noto, in Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale* cit., che, come già ricordato, considera l'art. 1218 c.c. fonte sia del «regime sostanziale dell'inadempimento» sia della «regola (processuale) sull'onere della prova». Quindi: tutto il contrario della presunzione di colpa che lascerebbe intendere l'esistenza di una regola sostanziale diversa da quella processuale.

(27) Cfr. in proposito quanto argomentato in *Tutela del credito*, cit., 788 ss..

(28) La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 2001, 6, 762 ss. con ampie osservazioni di Forchino.

torio (29) dal momento che «non si può far gravare sull'attore anche la prova di aver adempiuto esattamente e spetta, viceversa, allo stesso eccipiente dimostrare la differenza tra ciò che è stato prestato e ciò che era dovuto».

### L'onere della prova dell'inesatto adempimento

Come già anticipato, le Sezioni Unite non si sono limitate a comporre il contrasto giurisprudenziale sorto in relazione all'onere della prova gravante sulla parte che, lamentando l'altrui inadempimento, proponga domanda di risoluzione e/o di risarcimento del danno, ma si sono spinte ad esaminare una questione sulla quale la dottrina e la giurisprudenza di gran lunga dominanti si erano mostrate sostanzialmente concordi: sotto questo specifico profilo non si può fare a meno di sollevare un primo punto di critica che investe il metodo seguito dalle stesse Sezioni Unite.

Se, infatti, il relativo intervento era stato sollecitato al fine di appianare il contrasto esistente all'interno della Cassazione sulla questione dell'onere della prova gravante a carico della parte che chiede la risoluzione del contratto, le stesse Sezioni Unite si sarebbero dovute limitare a dirimere il contrasto e non avrebbero dovuto spingersi sino ad aprire un nuovo «fronte contenzioso» tra il contenuto innovatore della propria pronuncia e quello che, per così dire, accomunava le decisioni della Cassazione espressione dei due orientamenti contrapposti.

La critica di metodo diventa critica di contenuto nel momento in cui si riflette su quanto velocemente argomentato al punto 4 della sentenza dopo che la stessa ha dato atto della tesi comunemente recepita dalla giurisprudenza (per la quale «la regola non vale qualora sia dedotto, a fondamento della domanda di risoluzione o di risarcimento del danno, un inesatto adempimento; in tale ipotesi affermando che il creditore non può limitarsi ad allegare l'inesatto adempimento, ma ne deve fornire la prova») e dalla dottrina (che «rileva che, in tale eventualità, il creditore ammette l'avvenuto adempimento, ma lamenta vizi, difetti o difformità della prestazione eseguita rispetto a quella dovuta, dei quali deve dare la prova»).

Questo comune risultato, affermano le Sezioni Unite, andrebbe disatteso perché: a) contrasterebbe con le «richiamate esigenze di omogeneità del regime probatorio» che imporrebbero di far gravare «anche in tale eventualità sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento»; b) il creditore che lamenta un inesatto adempimento non avrebbe «la volontà di ammettere l'avvenuto adempimento» ma esprimerebbe la doglianza «sulla non conformità del comportamento del debitore al programma negoziale»; c) la differenza tra inadempimento *tout court* e inadempimento inesatto non giustificerebbe una diversa regola probatoria dal momento che in entrambi i casi «il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto» e non sarebbe ragionevole pretendere dal creditore «la prova

del fatto negativo dell'inesattezza» che costituisce «più ridotta manifestazione di infedeltà al contratto» rispetto all'inadempimento totale che rappresenta «massima espressione di infedeltà al contratto».

La critica al contenuto delle argomentazioni ora riportate (le sole con cui le Sezioni Unite hanno disinvoltamente voltato pagina su una materia tanto delicata), sono radicali dal momento che investono tutti i riportati passaggi e, ancor prima, la portata della categoria dell'adempimento inesatto quale presa in considerazione ai fini delle successive puntualizzazioni.

Si scrive infatti che l'allegazione dell'inesattezza dell'adempimento potrebbe essere formulata «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»: ma non pare che tutte le ipotesi accomunate dalla Cassazione si prestino a essere genericamente ricomprese nel concetto di inesatto adempimento.

Ai fini del problema probatorio si isola anzitutto la allegazione della violazione di obblighi cosiddetti accessori, appartenenti alla categoria dei doveri di protezione quale, ad es., gli obblighi di informazione.

Ed infatti, rispetto a detti obblighi sono prospettabili sia l'allegazione del relativo inadempimento totale sia quella della inesattezza dell'informazione effettivamente data, per cui si sarebbe dovuto dar conto dell'inserimento anche della prima delle due alternative nell'ambito dell'inesatto adempimento; apparendo essa riconducibile al diverso ambito del mancato adempimento: ad esempio, nel caso in cui il paziente contesti che il medico lo abbia informato dei rischi connessi all'intervento professionale, caso che è stato al centro della già richiamata decisione di Cass. 23 maggio 2001 n. 7027, pare condivisibile la conclusione del Giudice di legittimità nel senso che l'onere della prova gravasse sul medico. Si è già ricordato in precedenza che la sentenza ora citata perviene a questa conclusione, anche sulla scorta di quanto argomentato nella precedente sentenza 15 ottobre 1999, n. 11629, avendo chiara la distinzione tra allegazione dell'omesso adempimento dell'obbligo di informazione e contestazione dell'inesattezza dell'adempimento (30).

Quanto al caso della allegazione della mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, il generico riferimento ad essa, contenuto nel riportato passaggio della sentenza, non consente di valutare se la Cassazione abbia inteso ri-

#### Note:

(29) La massima della sentenza leggesi in *Rep. Giur. it.*, 1996, *Obbligazioni e contratti*, n. 417; nello stesso senso cfr. Cass. 5 aprile 1974 n. 967 e Cass. 25 luglio 1954 n. 2668. Cfr., altresì, Cass. 29 maggio 1998 n. 536, in *Giur. it.*, 1999, 1841 ss. con ampia nota illustrativa di Mungari.

(30) La sentenza è motivata avendo riguardo alla «rilevanza costituzionale» della salute, ma ben potrebbe essere riferita a ogni caso di allegazione della violazione dei doveri di protezione dal momento che gli stessi si presentano con contenuto autonomo e rispetto ad essi la questione probatoria si pone negli stessi termini con cui si pone in relazione all'obbligazione principale.

ferirsi alle sole obbligazioni di diligenza o di mezzi o anche a quelle di risultato, dovendosi nell'uno e nell'altro caso chiarire cosa si intenda con la formula «mancata osservanza dell'obbligo di diligenza».

Infine, la menzione di «differmità quantitative o qualitative dei beni» non chiarisce se si sia inteso far riferimento ai soli casi di obbligazioni di *facere* aventi ad oggetto i beni e, quindi, alle obbligazioni di risultato; o, anche, alle garanzie dovute dal venditore al compratore, per le quali appare addirittura inappropriata la ricomprensione nel genere dell'inesatto adempimento delle obbligazioni, vertendosi nel diverso ambito concettuale delle garanzie che assistono la prestazione traslativa del venditore.

Il mancato approfondimento della categoria cui si riferiscono le osservazioni espone al punto 4.1 della motivazione costituisce il segnale che l'intero punto non è stato adeguatamente motivato e la circostanza pare tanto più grave se si considera il livello della conclusione raggiunta, in grado di comportare effetti pratici addirittura devastanti nella direzione esattamente contraria alle «esigenze di certezza» per gli operatori pratici del diritto cui le Sezioni Unite hanno mostrato di voler dare ampia considerazione.

I riportati argomenti che dovrebbero supportare la conclusione sono intrinsecamente deboli e si pongono in palese contraddizione con quelli esposti al punto 2.2, al fine di assegnare all'attore che chieda la risoluzione il solo onere di provare il fatto costitutivo del proprio diritto.

Ed infatti:

a) in quella sede, ed al fine specifico di risolvere il conflitto fra i due orientamenti, è richiamato «il principio della presunzione di persistenza del diritto» non più operante qualora sia dedotto «non già l'inadempimento dell'obbligazione ma l'inesatto adempimento» (come chiarisce la più volte richiamata sentenza 15 ottobre 1999, n. 11629). Se infatti la cosiddetta persistenza del diritto, correttamente intesa, esprime il «principio probatorio di equivalenza tra l'effetto di acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo» (31), è evidente che detta equivalenza non può più valere nel momento in cui si è verificato l'adempimento, fatto significativo di per sé e non perché espressivo della manifestazione di volontà di ammettere l'avvenuto adempimento. Per cui non si capisce il senso del richiamo, da parte delle Sezioni Unite, del carattere artificioso della tesi che volesse accollare al creditore che contesti l'esatto adempimento l'onere della prova della inesattezza in quanto egli avrebbe manifestato la volontà di ammettere l'adempimento. Non è per contro ovviamente questione di intento perseguito dall'una o dall'altra parte ma è questione di implicazioni conseguenti alle allegazioni: se una parte allega l'inesattezza dell'adempimento riconosce il fatto dell'adempimento e, quindi, non si può più giovare del «principio della persistenza del diritto» che vale fino al momento in cui l'adempimento si è verificato;

b) ancora in quella sede (punto 2.2) è dato rilievo

all'elemento, di primaria importanza, della identità della fattispecie costitutiva dei due diritti all'adempimento e alla risoluzione allorché venga lamentato l'omesso adempimento. Per contro, le questioni connesse all'inesatto adempimento si collegano a fattispecie eterogenee e sicuramente differenti da quella che si fonda sul solo fatto costitutivo del credito, fattispecie collegate tutte alle circostanze ulteriori costituite, a seconda dei casi, dalla inosservanza delle regole d'arte, dalla differmità di qualità della prestazione resa rispetto a quella dovuta, dai vizi o dai difetti, dalle inesattezze quantitative. Ne deriva che l'aver accollato alla parte contro la quale è formulata la contestazione di inesattezza l'onere di provare la esattezza dell'adempimento ha comportato una palese violazione dell'art. 2697 c.c., consumata estendendo a fattispecie che presentano come propri elementi costitutivi le circostanze di fatto in cui si sostanzia, per ciascuna di esse, l'inesatto adempimento, la stessa regola probatoria enunciata con riferimento al caso della pretesa fondata esclusivamente sul contratto. E con ciò accollando ad una parte (che non conviene chiamare creditore o debitore ma semplicemente contraente) l'onere di dimostrare l'inesistenza del vizio, della differmità o della inesattezza in genere: onere che deve per contro essere posto a carico della parte che allega la inesattezza al fine, alternativamente, di paralizzare l'altrui pretesa o di attivare i rimedi collegati a ciascuno di detti casi;

c) infine le ragioni di ordine pratico connesse al brocardo *negativa non sunt probanda* e ai principi di riferibilità e di vicinanza della prova non possono assolutamente valere pure nel caso di allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, per le quali è davvero incredibile che si sia potuto asserire il carattere negativo, essendo di tutta evidenza che ogni caso di allegata inesattezza consiste (e non può non consistere) in un contenuto positivo, qual è quello insito nei concetti di vizio, difetto, differmità tra qualità promesse e qualità effettive ovvero di violazione delle regole della buona tecnica professionale. Inoltre, una volta eseguita la prestazione, diventa davvero difficile immaginare che i principi di riferibilità e vicinanza della prova siano applicabili a chi ha posto in essere l'esecuzione e della prestazione si sia quindi spogliato piuttosto che a chi, avendola ricevuta, ha la disponibilità dei beni che asserisce viziati o difformi da quelli promessi ovvero è in grado, qualora venga in considerazione una prestazione professionale ormai entrata nella propria sfera giuridica, di supportare la lamentata violazione della regola d'arte con le prove da cui detta violazione dovrebbe emergere.

Insomma, le Sezioni Unite non si sono rese conto che gli argomenti esposti al punto 2 per sostenere le proprie conclusioni in ordine al superamento del contrasto sull'onere della prova nel caso di domanda di risoluzione o di risarcimento del danno vengono implicitamente

Nota:

(31) Così testualmente Mengoni, voce cit., 1095.

contraddetti dalle conclusioni esposte al punto 4 con riferimento al problema dell'onere della prova nel caso di allegazione dell'inesatto adempimento. D'altro canto, il riferimento ai diversi livelli di «infedeltà al contratto», al fine di far emergere la incongruenza di un diverso regime probatorio che accolto al creditore un onere più rigoroso nell'ipotesi di minore infedeltà, non ha nulla a che fare con la questione dell'onere della prova e propone una dannosa sollecitazione di tipo emotivo che allontana ancora una volta dalla corretta impostazione del problema probatorio dell'esatto o inesatto adempimento.

A mio avviso è sfuggito, infine, alle Sezioni Unite che anche il reiterato richiamo alle esigenze di omogeneità del regime probatorio contraddice sé stesso nel momento in cui perviene a risultati concreti antitetici rispetto all'obiettivo perseguito.

Tutta la motivazione della sentenza è sviluppata dall'angolo visuale dei rapporti tra un soggetto creditore e un soggetto debitore, tant'è che anche la massima ufficiale si riferisce «al creditore istante (cui) sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento»: laddove, come è chiaro, i rapporti che si fondano sui contratti a prestazione corrispettive individuano, prima che un creditore e un debitore, contraenti ciascuno dei quali titolare di contrapposti e interdipendenti crediti e debiti.

L'unificazione del regime probatorio in relazione alle domande proposte dal contraente che lamenta l'omesso adempimento da parte dell'altro contraente è in funzione di una effettiva tutela del credito.

La pretesa estensione della stessa regola al creditore che lamenta la inesattezza dell'adempimento da parte dell'altro contraente vale a invertire il livello di tutela di ciascuna parte dal momento che consente al cosiddetto creditore, che tale non è più una volta che vi sia stato l'adempimento, di giovare della contestazione sulla esattezza dell'adempimento per addossare a chi è ancora creditore l'onere della prova della inesistenza dei vizi o delle difformità (lamentati da chi la prestazione ha comunque ricevuto).

Ne deriva che le Sezioni Unite, forse inconsapevolmente, hanno enunciato un principio che, se dovesse trovare effettiva applicazione, finirebbe col paralizzare la tutela dei crediti che stanno di fronte a prestazioni già eseguite, sacrificando la parte adempiente e consentendo all'altra parte di approfittare della agevolazione probatoria connessa alla contestazione della esattezza dell'adempimento (32) (33), con conseguente vanificazione delle esigenze di effettiva tutela del credito.

#### Note:

(32) Cfr., per i riferimenti dottrinari in materia di onere della prova dell'inesatto adempimento, il mio *Tutela del credito* cit., 791 ss. ove ampi ragguagli della comune conclusione che pone a carico di chi lamenta l'inesattezza l'onere della relativa prova. In tal senso cfr. Mengoni, *Voce Responsabilità contrattuale* cit., 1097; De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione* cit., 590 ss.; Patti, *Prove*, cit., 120 ss.; Carnevali, *L'onere della prova*, cit., 552; e, con riferimento all'eccezione di inadempimento, Realmonte, *Voce Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 222 ss.,

nonché Dalmartello, *Voce Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1968, 358 ss..

In senso parzialmente diverso Verde, *L'onere della prova* cit., 429, secondo il quale «qualora si agisca per l'adempimento sarà il convenuto a dover provare l'esatto adempimento; qualora si agisca per la risoluzione e/o per il risarcimento dei danni, sarà l'attore a dover provare che l'adempimento è stato inesatto».

In senso contrario ma con posizione che appare isolata, Giuggioli, *op. cit.*, ad avviso del quale la comune opinione potrebbe portare a «paradossali conseguenze» quale, in particolare, quella di un diverso riparto nel caso di *aliud pro alio* o di mancanza di qualità. È piuttosto vero che, in relazione a questo caso, va rimeditata la conclusione che dà rilievo alla menzionata distinzione che, elaborata al fine di sottrarre alla disciplina dei termini di cui all'art. 1495 c.c. i casi di *aliud pro alio*, non dovrebbe valere con riferimento alla distinta questione dell'onere della prova che accomuna tutte le situazioni nelle quali l'avente diritto lamenta che la prestazione ricevuta sia conforme a quella dovuta. Si ritorni al caso esaminato da Cass. 16 novembre 2000 n. 14865, di cui alla nota 28, e si prefiguri lo scenario che potrebbe verificarsi qualora prendesse consistenza il principio enunciato dalle Sezioni Unite: in quel caso l'opponente al decreto ingiuntivo si è potuto giovare della qualificazione della prestazione effettivamente conseguita come «altra» rispetto a quella dovuta dal venditore ed ha potuto così ottenere la revoca del decreto ingiuntivo, non avendo il venditore provato la conformità dei beni consegnati a quelli commissionati dal cliente. Potrà pertanto accadere che i venditori-creditori del prezzo, ottenuto il decreto ingiuntivo, subiranno opposizioni con le quali il compratore-debitore lamenterà vizi e/o mancanza di qualità (magari dopo averne denunciato l'esistenza ai fini dell'art. 1495 c.c.), e, a questo punto, il creditore opposto avrà l'onere della prova della inesistenza dei vizi o della presenza delle qualità promesse e, a rigore, non potrà neppure ottenere la provvisoria esecuzione del decreto dal momento che il proprio credito non è provato per iscritto, emergendo dai documenti scritti solo il credito condizionato all'esatto adempimento.

Sull'intera problematica cfr. le interessanti puntualizzazioni critiche di Pardolesi in nota a Cass. 23 maggio 2001 n. 7027, cit..

(33) Nessuna chiosa particolare merita il punto finale della pronuncia delle Sezioni Unite relativo alla prova dell'inadempimento nelle obbligazioni negative che riproduce la conclusione comunemente recepita sulla base della considerazione che per le obbligazioni negative non è concepibile una domanda di adempimento disgiunta dalla allegazione di un fatto positivo compiuto in violazione dell'obbligo ed è perciò che chi agisce deve provare oltre al diritto anche la relativa violazione.

Il confronto tra obbligazioni positive e negative rende la differenza tra la posizione del creditore che agisce chiedendo l'adempimento: nel primo caso egli sostiene in definitiva che tra il momento in cui è sorto il credito e quello in cui ha promosso l'azione non è successo nulla (e perciò egli chiede la condanna del debitore all'adempimento); nel secondo caso l'attore sostiene e non potrebbe non sostenere che tra il momento in cui è sorto il diritto e quello in cui egli ha agito in giudizio si è verificato il fatto positivo della violazione del diritto stesso.

In questo secondo caso la domanda di condanna all'adempimento passa in definitiva attraverso la dimostrazione del fatto compiuto in violazione dell'obbligo; così come l'esecuzione in forma specifica della sentenza di condanna consiste nella distruzione di «ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo» (art. 2933 c.c.).

Sull'onere della prova nelle domande di adempimento che fanno valere in giudizio obbligazioni negative, la dottrina e la giurisprudenza unanimi affermano l'incidenza sul creditore agente dell'onere di provare l'inadempimento: cfr. Coviello, *L'obbligazione negativa*, II, Napoli, 1931, 58 ss.; Verde, *L'onere della prova*, cit., 427; Bianca, *Inadempimento*, cit., 176 ss.; Patti, *Prove* cit., 120; Carnevali, *Risoluzione* cit., 74; De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione* cit., 585; Mengoni, *voce Responsabilità contrattuale* cit., 1096, n. 157 che, con riferimento a quanto esposto nel testo puntualizza che il discorso «è riferibile soltanto alle obbligazioni positive (di dare e di fare). Per le obbligazioni negative e così pure per gli obblighi di protezione ancorché avente ad oggetto un *facere* positivo, non è configurabile una domanda di adempimento, ma soltanto una domanda che faccia valere le conseguenze di un fatto compiuto in violazione dell'obbligo. Tale fatto deve essere provato dal creditore».

In giurisprudenza cfr. Cass. 16 aprile 1959, n. 1143, in *Giur. it.* 1960, I, 1, c. 1418.