

## TUTELA DEL CREDITO E ONERE DELLA PROVA: LA CASSAZIONE E' A UNA SVOLTA?

Cassazione civile, sez. I, 27 marzo 1998, n. 3232 - Pres. Sgroi - Rel. Carbone - P.M. Sepe (conf.) - Banca Popolare di Crema c. Gandolfi

2.16389

*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 risoluzione 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.*

(Massima non ufficiale che valorizza una affermazione incidentale)

... Omissis ...

Motivi della decisione

...Omissis...

Con il secondo motivo del proposto ricorso la banca ricorrente censura l'impugnata sentenza per aver fatto mal governo dell'onere probatorio in tema di responsabilità contrattuale, invocando la violazione dell'art. 2697 c.c. e sostenendo che gravava sui clienti l'onere della prova negativa del mancato adempimento da parte della banca all'obbligo di consegna dei certificati di deposito sottoscritti e pagati dai ricorrenti.

Anche questa censura è del tutto infondata.

Costituisce giurisprudenza di questa Corte il ritenere che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, e in entrambi i casi il creditore dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa, cioè l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto,

il termine di scadenza, e non anche l'inadempimento, mentre il debitore dovrà eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento (Cass., sez. III, 7 febbraio 1996, n. 973).

In altri termini, in tema di responsabilità da inadempimento, l'onere della prova della mancata prestazione da parte del debitore - nella specie la mancata consegna dei titoli (certificati di deposito) da parte della banca - non può gravare sul creditore in virtù della cd. presunzione di persistenza del diritto in relazione ai normali tempi di adempimento. Infatti, come da più parti viene evidenziato, l'inadempimento si produce prevalentemente nella sfera del debitore, sicché è costui a possedere gli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore con la precisazione che la presunzione di persistenza del diritto è operante esclusivamente nell'ambito del vincolo obbligatorio rimasto inadempito. In altri termini il creditore che agisce per l'adempimento della prestazione è tenuto unicamente a fornire la prova del rapporto o del titolo dal quale deriva il suo diritto alla prestazione e non anche alla prova di un fatto negativo qual è il mancato adempimento, poiché quest'ultimo integra il fatto estintivo per eccellenza dell'obbligazione, la cui prova incombe al debitore che l'eccepisce (nella specie l'onere della prova positiva dell'effettuata consegna dei certificati di deposito gravava sulla banca debitrice, non potendosi addossare al creditore l'onere della prova negativa del mancato adempimento: Cass., sez. III, 11 marzo 1994, n. 2369).

In conclusione 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 risoluzione 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 provarne 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 (Cass. 31 marzo 1987, n. 3099; Cass. 5 aprile 1984, n. 2221).

Alla stregua delle esposte considerazioni il ricorso dev'essere respinto.

... Omissis ...

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

784

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 7/1998

## IL COMMENTO

di Vincenzo Mariconda

### Un felice *obiter dictum*

La lettura della sentenza in commento evidenzia una serie di circostanze che depongono nel senso che il Supremo Collegio, formulando il principio di cui alla riportata massima, abbia inteso sfruttare l'occasione che gli si è presentata 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.

Il caso deciso dal Collegio si presentava di scarsa importanza economica dal momento che si collegava alla pretesa fatta valere dai clienti di una banca ai fini dell'ottenimento dell'importo corrispondente a due certificati di deposito dell'ammontare complessivo di L. 20.000.000 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.

Poiché all'esito della procedura la banca non aveva corrisposto né il controvalore dei titoli né gli interessi convenzionali e non aveva rimborsato le spese per l'eseguito ammortamento i clienti avevano agito avanti al Tribunale di Crema proponendo la domanda di condanna al pagamento degli importi relativi alle suddette voci (controvalore dei titoli, interessi convenzionali e rimborso delle spese di ammortamento).

Nel corso del giudizio la banca aveva provveduto a pagare sia il capitale sia gli interessi fino ad una certa data; ma si era opposta al pagamento degli ulteriori interessi, alla richiesta di risarcimento dei danni e al rimborso delle spese giudiziali.

Il Tribunale di Crema nel dare atto degli avvenuti pagamenti aveva respinto le altre domande.

La sentenza di primo grado era stata poi riformata dalla Corte d'Appello di Brescia con specifico riferimento al pagamento degli ulteriori interessi ed alle spese.

La banca ha proposto ricorso per cassazione facendo valere due motivi: il primo dei quali inteso a lamentare che i giudici del merito non avessero dato rilievo ad argomenti presuntivi per concludere che essa aveva adempiuto l'obbligo di consegnare i titoli; il secondo collegato alla asserita violazione dell'art. 2697 c.c., dovendo gravare sui clienti l'onere della prova del mancato adempimento da parte della banca.

Con riferimento al primo motivo la Cassazione lo ha respinto affermando che l'impugnata sentenza aveva accertato, con motivazione adeguata e convincente, "l'inadempimento della banca venditrice" all'obbligo di consegna dei certificati di deposito agli acquirenti.

A questo punto si poteva ritenere assorbito il secondo motivo dal momento che lo stesso pre-

supponeva che il responso di merito fosse stato emesso in relazione ad una situazione oggettivamente incerta: per contro l'affermazione dell'inadempimento della banca, quale positivamente operata dalla Corte di merito e ritenuta insindacabile dalla Cassazione perché sorretta da adeguata motivazione, ha determinato la irrilevanza della questione su chi dovesse gravare nella specie l'onere della prova in ordine al mancato adempimento della obbligazione di consegnare i certificati di deposito.

La Cassazione ha esaminato nondimeno il secondo motivo di ricorso della banca e, in questa prospettiva, dopo avere richiamato un proprio recente precedente relativo alla prova gravante sul creditore che pretende il risarcimento del danno (richiamo che sarebbe stato sufficiente al fine di respingere il motivo), ha colto l'occasione per enunciare il principio di cui alla massima malgrado che nella specie non venisse in considerazione alcun problema di onere della prova in materia di azione di risoluzione per inadempimento.

Nella specie, infatti, come chiarito in precedenza, la pretesa dei clienti della banca quale fatta valere in sede di impugnazione, era limitata al pagamento degli interessi e delle spese: per cui la motivazione della pronuncia si sarebbe potuta arrestare laddove inizia il periodo di cui alla massima.

Proprio tutte queste circostanze convincono che la Cassazione abbia inteso approfittare della occasione per fare una importante affermazione di principio che vale a superare un orientamento ritenuto, a torto o a ragione, di gran lunga dominante nel nostro panorama giurisprudenziale: e cioè l'orientamento che considera rilevante, ai fini della ripartizione dell'onere della prova in materia di obbligazioni, l'oggetto specifico della domanda semplificando la posizione dell'attore che agisca per ottenere l'esecuzione del contratto e rendendo più gravosa la posizione dell'attore che domandi la risoluzione del contratto ovvero il risarcimento del danno (1).

#### Nota:

(1) La svolta giurisprudenziale compiuta dalla sentenza in commento è stata anticipata da Cass. 7 febbraio 1996, n. 973, in questa *Rivista*, 1996, 5, 541, con mia nota *Risarcimento e onere della prova*. Sentenza pubblicata pure in *Contratti*, 1996, 552, con nota di Giuggioli e in *Foro it.*, 1996, I, 1265, sulla quale tornerò in seguito.

La massima espressiva dell'indirizzo prima prevalente è 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 chiedi 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'inadempimen-

(segue)

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

785

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 7/1998

## Azione di adempimento e onere della prova

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 (2).

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.).

Si potrebbe pertanto ritenere che la surriportata comune conclusione sia imposta da entrambe le menzionate norme e cioè da quella specifica in materia di responsabilità contrattuale e da quella che disciplina in termini generali il cosiddetto onere probatorio stabilendo su chi devono gravare le conseguenze della incertezza dei fatti rilevanti ai fini della decisione (3).

Si potrebbe in definitiva considerare identico il risultato conseguente all'applicazione dell'art. 1312 del codice previgente e degli artt. 1218 e 2697 c.c.: ed è questa, come si vedrà, la conclusione cui si deve pervenire. Ed infatti il creditore che prova il proprio credito e chiede la condanna

### Note:

(segue nota 1)

to 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». Massima che è ripresa dalla pronuncia di Cass. 29 gennaio 1993, n. 1119 in questa *Rivista*, 1993, 5, 568 e ss. con mia nota *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, nella quale è chiarito che però il caso specie era relativo non ad un'azione di risoluzione per ritardo nell'adempimento bensì ad un caso di inesatto adempimento. Successivamente alla pronuncia 7 febbraio 1996, n. 973, cit., ha ribadito l'orientamento tradizionale Cass. 9 gennaio 1997, n. 124, in *Gius*, 1997, n. 7, 867. Peraltro pure in questa pronuncia l'affermazione che «la parte che chiede la risoluzione del contratto per l'inadempimento di un'obbligazione è tenuta a provare il fatto legittimante la risoluzione, ossia l'inadempimento, mentre, una volta fornita tale prova, spetta al convenuto l'onere di dimostrare di essere immune da colpa» pare irrilevante ai fini di evidenziare la vera *ratio decidendi*: nella specie, infatti, si verteva in materia di cessione di quote sociali e la Cassazione, dopo aver qualificato il contratto con effetti meramente obbligatori, ha aggiunto 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» con la conseguenza 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 non si poneva, pertanto, nella specie il problema dell'onere della prova del mancato trasferimento.

Nel senso dell'orientamento ritenuto sino ad ora prevalente cfr. Cass. 17 agosto 1990, n. 8336, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 1551, che è però pure essa riferita ad un'azione di risoluzione di un contratto di compravendita per vizi della cosa (con la conseguenza che l'affermazione secondo cui, in caso di azione di risoluzione, «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» è ancora una volta priva di rilievo ai fini dell'applicazione concreta della regola sull'onere probatorio. Enunciano ancora lo stesso principio Cass. 24 giugno 1982, n. 3838, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 1394; Cass. 7 settembre 1970, n. 1234, *ivi*, 1970, 674. Sono invece orientate nello stesso senso della pronuncia annotata, Cass. 31 marzo 1987, n. 3099, *ivi*, 1987, 894 e Cass. 17 aprile 1970, n. 1109, in *Foro it.*, 1970, I, 1911. Parzialmente conforme pure Cass. 12 ottobre 1970, n. 964, in *Giust. civ. Mass.*, 1970, 1041.

(2) In questo senso si possono menzionare tutte le pronunce citate nella nota precedente 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. che agisce per il pagamento di un proprio credito 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'eccepisce». 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*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss., 1095; Patti, *Prove*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1987, 117; Comoglio, *Le prove*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1985, 19, 237; De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 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*, in *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» sulla quale si tornerà in seguito. Infine, sempre Bianca, in *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 240, nella nota 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».

(3) 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.

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

786

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 7/1998

del debitore all'adempimento fornisce la prova del fatto costitutivo della propria pretesa, mentre è il debitore che intenda opporsi alla domanda basandosi sulla intervenuta estinzione della obbligazione che deve fornire la prova del fatto estintivo: così come stabiliva espressamente il richiamato art. 1312 c.c. e come paiono implicare gli artt. 1218 e 2697 c.c.

Questa conclusione non è però così semplice come potrebbe a prima vista apparire: la mancata riproduzione del menzionato art. 1312 comporta la necessità di procedere ad una verifica non semplice 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, presunzione di colpa e prova liberatoria a carico del debitore.

Si comprende pertanto la ragione per cui la dottrina e la giurisprudenza facciano spesso riferimento ad ulteriori argomenti che dovrebbero assumere un ruolo primario, rispetto alla semplice applicazione degli artt. 2697 e 1218 c.c., ai fini della soluzione del problema probatorio in esame (4).

Se ci si pone dall'angolo visuale delle allegazioni del creditore non v'è dubbio che ai fini dell'accoglimento dell'azione di adempimento è necessario che egli non solo *provi* il fatto costitutivo dell'obbligazione ma è altresì indispensabile che *alleghi* esplicitamente o anche implicitamente il mancato adempimento; per cui si potrebbe essere indotti a ritenere che alla allegazione del mancato adempimento dovrebbe corrispondere la relativa prova a suo carico (5).

Contro questa conclusione sono stati prospettati, come si diceva, argomenti ulteriori rispetto a quello desumibile dagli artt. 1218 e 2697 c.c.: così la sentenza in esame si fonda, oltre che sul richiamo dell'art. 2697 c.c., pure sulla cosiddetta «presunzione di persistenza del diritto in relazione ai normali tempi di adempimento» (6).

In altra occasione la Cassazione ha fatto riferimento agli ulteriori argomenti desumibili dal criterio di ragionevolezza, dal criterio di riferibilità della prova e dalla distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (7).

Pare opportuno esaminare brevemente 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 (8): la verifica deve partire dalla considerazione che la dottrina e la giurisprudenza, così come sono concordi nel limitare, nel senso chiarito, l'onere probatorio a carico del creditore che agisce per l'adempimento allegando il mancato adempimento, sono altrettanto concordi nell'accollare al creditore l'onere di provare l'inesatto adempimento che sia allegato al fine di attivare uno dei rimedi ad esso collegati.

Si tratta pertanto di comprendere il perché di questa differenza a fronte di una situazione pro-

cessuale apparentemente simile: in entrambi i casi, infatti, l'attore allega e prova il fatto costitutivo del proprio diritto e lamenta la relativa violazione.

Ma mentre nel primo caso la violazione allegata consiste nel *fatto negativo* del mancato adem-

#### Note:

(4) La difficoltà della corretta applicazione della regola sull'onere probatorio al caso del creditore che agisca per l'adempimento dell'obbligazione è confermata dall'esame di quelle posizioni dottrinarie, per le quali cfr. le citazioni di cui alla nota 2, secondo le quali la prova dell'inadempimento dovrebbe essere a carico del creditore proprio in attuazione dei principi di carattere generale, quale elemento costitutivo della pretesa, sia in relazione all'adempimento sia in relazione al risarcimento del danno (in questo senso cfr. in particolare Bianca, *L'inadempimento*, cit., 175 ss. e *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., 75).

(5) Una posizione molto articolata con riferimento a tutta la problematica dell'onere della prova sia in tema di inadempimento, sia di risarcimento del danno sia di risoluzione del contratto, è espressa da V. 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 tatuaggi*, in questa *Rivista*, 1997, 5, 546 ss.. L'Autore dopo aver asserito che la mancata riproduzione del disposto dell'art. 1312 del codice abrogato comporterebbe, alla luce degli attuali artt. 1218 e 2697 c.c. il mutamento dello scenario normativo nel senso che «la 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». L'opinione comune è, come chiarito nelle note precedenti, 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*, I, Torino, 1995, 147, n. 8.

(6) L'espressione "presunzione di persistenza del diritto" si ritrova in Bianca, *L'inadempimento*, cit., 165 ss.; è ripresa da V. Carbone, *Obbligazioni di mezzi*, cit., 554, ed è richiamata dalla pronuncia in commento.

(7) Cfr. Cass. 7 febbraio 1996, n. 541, cit., 542.

(8) Il fatto è che l'applicazione del disposto dell'art. 2697 c.c. si presenta dubbia nei casi in cui risulta complessa l'assegnazione di un fatto alla categoria dei fatti costitutivi ovvero a quella dei fatti impeditivi e/o estintivi: particolarmente felice, al fine di illustrare le difficoltà applicative connesse alla regola, pare l'espressione di Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Milano, 1995, 168, il quale puntualizza che «il fatto che difesa ed eccezione si distinguano essenzialmente dal punto di vista del rischio della mancata prova, poiché solo l'eccezione si colloca nell'area di quei fatti per cui il rischio è sopportato dal convenuto, sembrerebbe implicare che l'interprete possa agevolmente determinare se il fatto da provare ha efficacia costitutiva oppure estintiva, impeditiva, modificativa. Ed invece al riguardo, dopo avere stabilito tali distinzioni, l'art. 2697 pone una norma "in bianco", perché non ne disegna i confini: talora facili, altre volte delicati». Ed è per questa ragione che si cerca la conferma della (ritenuta) corretta applicazione della regola in altri argomenti quali, appunto, quelli della presunzione di persistenza del credito, ovvero dei criteri di ragionevolezza e di riferibilità della prova.

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

787

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 7/1998

pimento; nel secondo caso l'attore lamenta il concorso di due *fatti positivi*: l'avvenuto adempimento e la relativa inesattezza.

Poiché entrambi gli orientamenti comuni paiono da condividere si potrebbe in ultima analisi ritenere che essi siano fondati sulla diversa appartenenza dei fatti allegati alla categoria, in un caso, dei fatti negativi e, nell'altro caso, dei fatti positivi: non è pertanto casuale che queste conclusioni si siano talvolta spiegate facendo riferimento al tradizionale brocardo *negativa non sunt probanda* (9).

Ad esso fanno ancora richiamo la dottrina e la giurisprudenza che, per lo più, sottolineano la rilevanza pratica del principio ma ne evidenziano al contempo la scarsa consistenza sul piano logico-giuridico.

Talvolta la Cassazione collega il carattere negativo del fatto alla sua estraneità alla sfera del soggetto che lo asserisce e perviene alla conclusione 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» (10).

Il riferimento al cosiddetto criterio di 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 fatta.

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.

### Fatti costitutivi negativi e fatti estintivi

Il comune riferimento al problema della prova dei fatti negativi si svolge in modo non sempre chiaro dal momento che tratta questi fatti come se fossero una categoria omogenea all'interno del più ampio genere dei fatti giuridici.

In realtà è necessario distinguere tra i casi nei quali la norma regolatrice di una data fattispecie colleghi l'effetto al concorso tra fatti positivi e fatti negativi e casi che sono contrassegnati dalla presenza di soli fatti positivi produttivi di un determinato effetto che può essere paralizzato, modificato o estinto da altri fatti positivi.

La prima evenienza non è infrequente venendo in considerazione, ad esempio, nella disciplina dell'azione surrogatoria che presuppone l'inerzia del creditore nell'esercizio del diritto (inerzia che l'art. 2900 c.c. esprime avendo riguardo al debitore che «trascura di esercitare» i diritti verso terzi); nella disciplina di alcune fattispecie di responsabilità indiretta contrassegnate dalla necessità che il soggetto, ritenuto responsabile, per ottenere la liberazione, provi «di non aver potuto impedire il fatto» (artt. 2047 ss. c.c.); nella disciplina dell'azione di ripetizione di indebito che presuppone «un pagamento non dovuto» (art. 2033 c.c.).

Non meraviglia, pertanto che, pur con le indiscutibili difficoltà di ordine pratico connesse alla prova dei fatti costitutivi di ciascuna di queste fattispecie, la giurisprudenza sia costante nel porre a carico dell'attore la prova del fatto negativo.

#### Note:

(9) 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 dimostrare 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.

(10) Questo collegamento è operato da Cass. 7 febbraio 1996, n. 973, cit., che definisce «il criterio di riferibilità della prova, a seconda in concreto 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 alla precedente nota 3, 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.

Così, per tornare sull'ultimo degli esempi proposti, si può considerare pacifico che «in tema di ripetizione di indebito, incombe sull'attore in ripetizione l'onere di provare, oltre al fatto materiale del pagamento eseguito, la inesistenza del vincolo giuridico capace di giustificarlo ovvero il successivo venir meno della *causa petendi*» (11).

Le difficoltà di ordine pratico connesse all'applicazione di questo costante orientamento sono state prese in considerazione dalla recente pronuncia della Cassazione 28 luglio 1997, n. 7027 che, dopo avere ribadito il luogo comune secondo cui «la prova del fatto negativo, e cioè dell'inesistenza della *causa debendi*, può anche consistere nella prova di un fatto, apparentemente negativo, ma sostanzialmente positivo, dal quale sia argomentabile l'obiettiva inesistenza della medesima *causa debendi*», ha peraltro chiarito che «al *solvens* compete determinare la causa di ciascun pagamento e, anzi la configurazione di questo in riferimento ad un determinato (ed eventualmente anche controverso) obbligo conforme; conseguentemente, nella successiva azione di ripetizione, il *solvens* deve dimostrare l'inesistenza solo di quella causa da lui stesso individuata all'atto del pagamento, incombendo allo *accipiens* la dimostrazione di un'eventuale altra fonte di debito (Cass. n. 1690 del 1984 cit., in motivazione)».

Una soluzione equilibrata di questo tipo viene seguita dalla giurisprudenza anche con riferimento alla prova della inesistenza del rapporto in relazione al quale è stata emessa una dichiarazione ricognitiva di debito: anche a questo proposito viene in rilievo, nella struttura dell'art. 1988 c.c., il fatto negativo costituito dalla inesistenza del «*rapporto fondamentale*» che, come più volte chiarito dalla Cassazione, non comporta la necessità di dimostrare che tra il dichiarante e il destinatario non intercorreva alcun rapporto cui potesse riferirsi la dichiarazione ma impone all'autore della ricognizione «l'onere di provare quali ragioni l'hanno determinato ad emettere la dichiarazione, ragioni che debbono essere tali da dimostrare che l'obbligazione oggetto di riconoscimento non è riferibile ad alcun preesistente rapporto giuridico» (12).

La pronuncia da cui è tratta questa proposizione ha avuto cura di aggiungere che «se alla ragione, allegata dal promittente e di cui questi si sia assunto l'onere di dare la prova, il destinatario della dichiarazione ritenga di contrapporre un'altra, mentre la dimostrazione della prima implicherà la prova negativa della seconda, il fallimento della prova della prima non significherà che la seconda resti dimostrata e perciò non impedirà al promittente di assolvere all'onere di provare che la ragione allegata dal destinatario non esiste o non è idonea a fungere da fatto costitutivo dell'obbligazione oggetto di riconoscimento».

Discorso completamente diverso è da farsi con riferimento ai casi in cui il soggetto faccia valere

in giudizio un diritto fondato su fatti costitutivi di contenuto positivo e alleghi la mancanza di fatti modificativi e/o estintivi: in questi casi si verifica la *negazione di un fatto* ma questa negazione non vale certo a qualificare il fatto come fatto costitutivo negativo.

Ma se è così non paiono del tutto convincenti le critiche che vengono formulate in relazione al brocardo *negativa non sunt probanda*. Nel momento in cui si sottolinea che il principio ha perduto valore nel pensiero giuridico moderno (13) si fa un'affermazione che può essere valutata sotto due diverse prospettive: se si vuole semplicemente puntualizzare l'esistenza di fatti costitutivi negativi per i quali il principio non vale non v'è motivo di non essere d'accordo.

Ma al di là dei fatti costitutivi negativi la regola antica pare che conservi ancora validità 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.

Ma, posto in questi termini, il riferimento al principio *negativa non sunt probanda* finisce per non aggiungere nulla alla regola dell'onere della prova e si rivela possibile fonte di equivoci proprio in considerazione della necessità di distinguere tra le negazioni che investono fatti costitutivi negativi e le negazioni che, esplicite o implicite, tendono semplicemente ad evidenziare lo stato di insoddisfazione del diritto in conseguenza del mancato conseguimento degli obiettivi perseguiti dal titolare. Allorché l'attore chiede la condanna del convenuto all'adempimento egli lamenta proprio che da quando è sorta l'obbligazione non si è verificato il mutamento della situazione di fatto che si sarebbe dovuta verificare al momento dell'adempimento: perciò è sufficiente che egli provi il fatto costitutivo del proprio diritto (14).

Del resto, e sia pure nella diversa e per certi

#### Note:

(11) Cfr. Cass. 18 dicembre 1995, n. 12897, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1063, e ancor più di recente, Cass. 28 luglio 1997, n. 7027, in *Gius.*, 1997, 2819, che non risulta pubblicata per esteso e dalla quale è tratto il brano riportato nel testo.

(12) Cfr. Cass. 29 gennaio 1991, n. 885, in questa *Rivista*, 1991, 5, 558 ss., con commento di Granelli, *La Cassazione ritorna sulla differenza tra ricognizione di debito e negozio di accertamento*.

(13) Così Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1095, n. 155.

(14) In senso critico sulla possibilità di utilizzare il principio *negativa non sunt probanda* al fine di risolvere il problema probatorio nelle materie in esame, cfr. De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., 576 ss., con argomentazioni del tutto convincenti.

versi più complessa prospettiva delle azioni di accertamento negativo, anche il proprietario che chiede l'accertamento della inesistenza dei diritti affermati da altri sulla cosa ai sensi dell'art. 949 c.c. non ha altro onere se non quello di dimostrare il proprio diritto, gravando sul convenuto l'onere di provare il titolo costitutivo del preteso e contestato diritto su cosa altrui: in questo caso come in quello del creditore che lamenta il mancato adempimento la negazione del diritto altrui è semplicemente la contestazione di un fatto modificativo del diritto di proprietà fatto valere in giudizio e quindi la prova dell'esistenza del diritto reale minore grava sul convenuto non soltanto perché, come pure comunemente si afferma, la proprietà si presume libera da vincoli e/o oneri ma più semplicemente perché così stabilisce l'art. 2697 c.c. (15).

### La presunzione di persistenza del diritto

Ad analoghe conclusioni pare si debba pervenire anche con riferimento all'altro argomento cui si ricorre al fine di avere conferma della sufficienza della prova del fatto costitutivo del diritto di credito allorché il creditore chieda la condanna del debitore all'adempimento: la cosiddetta presunzione di persistenza del diritto cui fa riferimento anche la sentenza annotata che ha peraltro cura di sottolineare che essa vale «in relazione ai normali tempi di adempimento». A questa presunzione ha fatto riferimento una corrente dottrina che però non è riuscita a convincere su quello che sarebbe l'ambito di operatività di questa presunzione (16).

«Per quanto attiene ai crediti - così si esprime questa dottrina - la presunzione di persistenza del diritto oltre il termine di scadenza può implicare per se 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».

Il ragionamento non è del tutto chiaro: se infatti certi rapporti sono normalmente estinti entro determinati termini, decorsi detti termini si dovrebbe presumere non l'inadempimento bensì l'adempimento.

Quando poi si aggiunge che la presunzione di persistenza del diritto non vale con riferimento «alle pretese creditorie che tutelano un interesse di salvaguardia contro la dannosa ingerenza del debitore o di terzi e in cui la scadenza del termine di durata segna anche la normale estinzione del diritto» con conseguente esattezza della soluzione che assegna al creditore la prova dell'inadempimento nelle obbligazioni negative, si formula una conclusione sicuramente corretta ma che mortifica la vera ragione per cui nelle obbligazioni negative è il creditore a dover provare l'inadempimento (17). Infatti 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 pro-

#### Note:

(15) Cfr. Cass. 28 novembre 1991, n. 12762, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 452, secondo cui «l'attore in negatoria deve provare la proprietà e non anche la libertà del fondo, gravando sul convenuto l'onere di provare l'esistenza del preteso diritto». La spiegazione di questa conclusione fa spesso riferimento alla presunzione di libertà del fondo: così Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1995, 945 («una volta provata la proprietà, la libertà del fondo si presume»); così pure Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XIV, Milano, 1997, 320, in cui leggesi che è «il convenuto che ha l'onere, se vuole ottenere il rigetto dell'azione, di dimostrare il diritto che vanta. Questa regola costituisce una conseguenza, sul terreno probatorio, del principio che il diritto di proprietà non incontra limiti che non siano stabiliti dalla legge o dalla volontà del proprietario: essa, cioè, si presume libera da pesi. Incombe, pertanto, a chi sostiene l'esistenza di limitazioni, l'onere di fornirne la dimostrazione». Spiegazione diversa della stessa disciplina è proposta da Galgano, *Diritto civile e commerciale*, I, II ed., Padova, 1993, 387, che, dopo aver chiarito che «l'attore si limiterà a dare la prova del proprio diritto di proprietà (o del proprio diritto reale)», aggiunge che «la prova di un fatto negativo, come l'inesistenza del diritto altrui, non sarebbe concepibile; mentre incombe sul convenuto l'onere di provare l'esistenza del suo preteso diritto sulla cosa, contestato dall'attore».

(16) Cfr. Bianca, *Inadempimento*, cit., 175 ss., al quale si devono le parole riportate in seguito tra virgolette. Cfr. altresì Carnevali, *La risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1990, 71 ss., e in specie 74; Carbone, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., 554. Si esprime in termini di «principio probatorio di equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo» Mengoni, voce cit., 1095. L'espressione pare ben più appropriata di quella che fa riferimento alla presunzione di persistenza del diritto: quest'ultima ha la pretesa di modificare la regola generale sull'onere della prova mentre l'affermazione della equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la sua titolarità attuale esprime in termini diversi il contenuto della regola generale sulla prova. Critico, infine, sul «principio di persistenza del diritto» è De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione*, cit., 582 ss.

(17) 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 nel processo civile*, Napoli, 1974, 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 fattore 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, 1418.

mosso 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.).

Poiché le presunzioni sono, com'è noto, mezzi di prova, il vizio logico che pare insito nel richiamo alla cosiddetta presunzione di persistenza del diritto consiste nella considerazione implicita della insufficienza dell'affermazione e della prova dell'avvenuto acquisto del diritto ai fini della sua tutela attuale: pare per contro che nella dimostrazione della esistenza del diritto sia insita anche quella della sua persistenza nel momento in cui è stato promosso il giudizio per ottenere la condanna all'adempimento (18). Non è quindi questione di presunzione di cui non v'è traccia a livello normativo quanto più semplicemente di adeguamento dei canoni probatori al contenuto delle fattispecie sostanziali. Il creditore che abbia dimostrato l'esistenza del suo diritto è pertanto considerato tale finché il debitore non dimostri il contrario; ed al fine di sorreggere questa conclusione pare sufficiente la corretta applicazione dell'art. 2697 c.c. nella quale confluiscono del resto le ragioni di ordine pratico che stanno alla base sia della massima *negativa non sunt probanda* sia di questo ulteriore argomento di tipo presuntivo.

In realtà la conclusione che pone a carico del creditore che agisce per l'adempimento il solo onere della prova del fatto costitutivo del credito si pone quale logico corollario sul piano processuale della caratteristica strutturale del rapporto obbligatorio come rapporto destinato a durare fino a quando il debitore non abbia adempiuto ovvero si sia verificata una qualche altra fattispecie estintiva.

### **L'adempimento inesatto e l'onere della prova**

Si è già sottolineato che la dottrina e la giurisprudenza pervengono pacificamente a conclusioni diverse nei casi in cui il creditore lamenti l'inesatto adempimento (19). Anche questa conclusione pare una diretta conseguenza del generale principio dell'onere della prova dal momento che l'inesatto adempimento è per definizione non un fatto negativo così come il mancato adempimento ma un fatto positivo che si collega ad un altro fatto positivo: l'inesatto adempimento presuppone infatti l'adempimento e, su questo presupposto, propone di confrontare la prestazione data a quella dovuta al fine di far emergere

l'inesattezza quantitativa o qualitativa. Ne deriva che le domande che si innestano sull'allegazione della inesattezza dell'adempimento (l'azione di esatto adempimento se ammissibile, le azioni re-dibitorie, l'azione risarcitoria) presentano il denominatore comune di collegarsi al fatto costitutivo della difformità della prestazione rispetto a quella dovuta: con conseguente onere probatorio a carico dell'attore.

Questa conclusione vale con riferimento sia alle obbligazioni di mezzi sia alle obbligazioni di risultato. A seconda che venga in considerazione l'una o l'altra categoria di obbligazioni cambia peraltro il parametro di valutazione dell'esattezza dell'adempimento: ciò in coerenza con la diversa struttura del rapporto obbligatorio e della prestazione in esso dedotta, estesa, nel caso di obbligazioni di risultato, al conseguimento del risultato finale sperato dal creditore; limitata, nel caso di obbligazioni di mezzi, allo svolgimento dell'attività del debitore funzionale al conseguimento del risultato che però resta estraneo rispetto all'oggetto della obbligazione (20).

Nel primo caso la prova a carico del creditore investe l'esistenza dei vizi, difetti o difformità del risultato. Nel secondo caso, consistendo l'esatto adempimento in una qualità del comportamento dovuto dal debitore (ad esempio, la buona conduzione della causa o la buona cura della malattia) il creditore dovrà dimostrare l'inosservanza, da parte del debitore, delle regole di comportamento enucleabili sulla base dell'art. 1176 comma 2 c.c.

Il mancato conseguimento del risultato finale atteso dal creditore, che di per sé non vale ad integrare l'inesatto adempimento di questa seconda categoria di obbligazioni, può però essere fonte

#### **Note:**

(18) In tal senso è condivisibile la già riportata affermazione di Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, cit. di cui alla n. 16 che precede.

(19) La conclusione vede concordi la dottrina prevalente e la giurisprudenza: per la prima cfr. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1097; De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione*, cit., 590 ss.; Patti, *Prove*, cit., 120 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». Per la giurisprudenza cfr. Cass. 14 febbraio 1969, n. 513, in *Foro it.*, 1969, I, 1153; Cass. 23 luglio 1973, n. 2156. Si riferisce ad un caso di inesatto adempimento Cass. 29 gennaio 1993, n. 1119, già citata alla n. 1, con mio commento, nel quale puntualizzo la improprietà del principio di diritto enunciato rispetto al caso di specie (riferendo il principio di diritto all'onere della prova gravante sul creditore che agisce chiedendo la risoluzione per inadempimento in genere e vertendo il caso di specie sul lamentato inesatto adempimento).

(20) Sullo stato attuale della dottrina e della giurisprudenza in relazione alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultati cfr. Carbone, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., 550 ss.. Sullo specifico tema dell'onere probatorio nelle obbligazioni di mezzi e di risultati cfr. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1097; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1993, 12 ss.



di presunzioni semplici di non corretta esecuzione della prestazione nei casi di prestazioni ampiamente collaudate, nelle quali l'esperienza fa emergere uno stretto collegamento tra corretta applicazione delle regole tecniche e conseguimento del risultato.

Rovesciando questo collegamento si può pertanto desumere dal mancato raggiungimento del risultato la violazione delle regole enucleabili in base all'art. 1176 c.c. (21).

Inoltre molto spesso diventa rilevante, ai fini dell'accertamento della inesattezza dell'adempimento, l'integrazione delle cognizioni del giudice mediante consulenze tecniche che com'è noto, non sono mezzi di prova ma di semplice integrazione delle cognizioni del giudice.

In linea di principio, peraltro, deve confermarci che l'onere della prova dell'inesattezza dell'adempimento grava, sia nelle obbligazioni di mezzi sia in quelle di risultato, sul creditore; e questa diversa incidenza della regola sulla prova rispetto al caso dell'azione di adempimento fondata sul mancato adempimento dipende dal fatto che la domanda esercitata si fonda non sul fatto costitutivo del credito, come nel caso di mancato adempimento, bensì sulle circostanze ulteriori costituite dai vizi e dai difetti ovvero dalla mancanza di qualità della prestazione resa rispetto a quella dovuta in base alle richiamate regole della buona tecnica professionale (22).

### Domanda di risoluzione per omesso adempimento ed onere della prova

L'affermazione più rilevante contenuta nella sentenza annotata si riferisce all'assoggettamento alla stessa regola probatoria per entrambe le azioni contemplate dall'art. 1453 c.c.: sotto questo profilo la sentenza rappresenta una indubbia novità anche se l'esame della giurisprudenza, condotto alla luce dei casi cui si riferiscono i precedenti, vale a ridimensionare la portata dell'orientamento che assegna al creditore un diverso onere probatorio nel caso di azione di adempimento e di azione di risoluzione (23).

Ed infatti da un lato non sono mancate in passato prese di posizione giurisprudenziali del medesimo segno di quello della sentenza in commento (24); e dall'altro alcuni precedenti comunemente annoverati tra quelli espressivi del contrario orientamento che assegna al creditore un diverso onere a seconda della domanda proposta, si riferiscono in realtà non a casi di ritardo nell'adempimento bensì a casi di adempimento inesatto (25).

Sia pure con queste necessarie puntualizzazioni si può convenire con la valutazione comunemente espressa dai commentatori in ordine alla esistenza di un orientamento dominante, quanto meno sino alla metà degli anni '90, che collega il differente onere probatorio a carico del creditore all'oggetto specifico della domanda (26).

La conclusione che fa dipendere l'onere della

prova dall'oggetto della domanda non pare avere alcuna giustificazione sul piano della corretta applicazione dei principi generali in materia di onere probatorio. Una volta chiarito che il mancato adempimento non costituisce fatto costitutivo negativo del diritto ad ottenere l'adempimento la medesima conclusione deve estendersi anche all'altro diritto che, a norma dell'art. 1453 c.c., si collega all'inadempimento: e cioè al diritto di ottenere la risoluzione del contratto.

#### Note:

(21) Cfr. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., XIII; e, per la giurisprudenza, Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953, secondo cui «se l'intervento operatorio applicato dal chirurgo è di facile esecuzione, la dimostrazione da parte del cliente di un risultato peggiorativo, nel senso che le sue condizioni di salute risultano deteriori dopo l'intervento rispetto a quelle preesistenti, è sufficiente a fondare la presunzione di inadeguata e non diligente esecuzione della prestazione professionale, e tocca al chirurgo fornire la prova contraria che l'esito peggiorativo fu causato dal sopravvenire di un evento imprevedibile o dalle particolari condizioni fisiche del cliente».

(22) La distinzione tra domande fondate sul credito originario e domande fondate su fatti ulteriori quale in particolare l'inadempimento dell'obbligazione si ritrova sviluppata in Coviello, *L'obbligazione negativa*, II, cit., 60 ss. al fine di sostenere il differente onere probatorio nel caso di domanda di esecuzione e di domanda di risarcimento del danno. Quella stessa distinzione, inaccettabile nei termini posti, è oggi utilizzabile per spiegare il differente onere probatorio che grava sul creditore che lamenta l'omesso adempimento o l'inesatto adempimento. In tal senso cfr. De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione*, cit., 595, ove ulteriori citazioni.

(23) Cfr. le pronunce citate nella nota 1 e in particolare quelle analiticamente richiamate nel mio commento a Cass. 29 gennaio 1993, n. 1119, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 572 ss.

(24) Cfr. in particolare Cass. 31 marzo 1987, n. 3099, che puntualizza espressamente che «in base ai principi sulla ripartizione dell'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 inadempimento 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».

(25) Il rilievo vale con specifico riferimento a Cass. 29 gennaio 1993, n. 1119, cit. e a Cass. 9 gennaio 1997, n. 124, cit.

(26) 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*, cit., 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; Mariconda, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 572; Id., *Risarcimento del danno*, cit., 544; De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione*, cit., 599. In senso contrario e quindi a favore dell'orientamento giurisprudenziale prevalente in passato cfr. Micheli, *L'onere della prova*, rist., 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*, cit., 42, ss.

Pare pertanto poco plausibile che il fatto dell'omesso adempimento venga costruito come costitutivo del diritto alla risoluzione mentre il suo contrario, e cioè l'avvenuto adempimento, è considerato pacificamente fatto estintivo del diritto all'adempimento. Di un diritto che l'art. 1453 c.c. configura quale alternativo rispetto al diritto di risoluzione legando l'uno e l'altro al medesimo fatto costitutivo, da individuarsi nel ritardo dell'adempimento e quindi nella persistenza del credito enunciato dall'attore; credito la cui esistenza costituisce, conseguentemente, oggetto dell'onere probatorio a suo carico.

Tra i due diritti, all'adempimento e alla risoluzione, esiste una sola differenza dal punto di vista della fattispecie costitutiva presupponendo il diritto di risoluzione l'importanza dell'inadempimento (e quindi del ritardo) ai sensi dell'art. 1455 c.c.

Ma da questa differenza non può trarsi certo la conseguenza che la prova della importanza del ritardo nell'adempimento implichi la prova, a carico del creditore, anche del mancato adempimento.

In definitiva l'attore che alleghi il mancato adempimento al fine di ottenere la pronuncia di risoluzione si trova in una situazione sostanzialmente e processualmente omogenea con quella dell'attore che chiede l'adempimento; con la sola differenza che, essendo sufficiente per entrambi i casi la negazione del fatto estintivo del credito, nel caso di domanda di risoluzione dovrà essere dimostrata l'intollerabilità del ritardo.

### Pretesa risarcitoria e onere della prova

Nessun problema si pone a mio avviso allorché i danni lamentati si collegano alla situazione di ritardo nell'adempimento: in tal caso la domanda è accessoria rispetto alla domanda di condanna all'adempimento (27).

A conclusione diversa deve invece pervenirsi in linea di principio quando il creditore domanda il risarcimento del danno in luogo della prestazione.

In tal caso il *thema probandum* a carico del creditore passa attraverso il punto della disciplina sostanziale del rapporto obbligatorio che impone al titolare del diritto di richiedere l'adempimento in natura finché perdura la possibilità della prestazione.

Il principio dell'adempimento in natura comporta come conseguenza che, perdurando la possibilità della prestazione, il creditore non può chiedere una somma di denaro 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 (28).

Nel nostro sistema, pertanto, se l'attore lamenta l'inadempimento definitivo conseguente alla intervenuta impossibilità della prestazione deve

in linea di principio ritenersi che sia il creditore a dover provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione essendo tale prova necessaria al fine di consentirgli di chiedere, in luogo della condanna all'adempimento, la condanna al pagamento di una somma di denaro corrispondente al danno lamentato e provato (29).

Il principio enunciato dalla massima della sentenza in commento va pertanto rettificato inteso nel senso della sufficienza della prova della esistenza del titolo ai fini dell'accoglimento della domanda di condanna al risarcimento del danno che si innesta sulla domanda di risoluzione proposta ai sensi dell'art. 1453 c.c.

Resta da stabilire se vi siano casi nei quali il creditore possa richiedere il risarcimento del danno da inadempimento definitivo senza transitare attraverso la domanda di risoluzione *ex art.* 1453 e senza dover provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Nel recente precedente giurisprudenziale che viene richiamato dalla pronuncia in commento in senso conforme alle proprie conclusioni, si è ritenuta la non necessità della domanda di risoluzione per inadempimento in relazione alla pretesa risarcitoria fatta valere dal mittente (o meglio dall'assicuratore che agiva *ex art.* 1916 c.c. in surrogazione del mittente) per ottenere il risarcimento della perdita della cosa trasportata ai sensi dell'art. 1693 c.c. (30).

La pronuncia ha escluso che l'attore dovesse provare oltre al titolo anche il fatto negativo della mancata riconsegna della merce e, quindi

#### Note:

(27) Già Coviello, *L'obbligazione negativa*, II, cit., 63, distingue tra richiesta del risarcimento del danno in luogo della prestazione originaria e richiesta di risarcimento del danno in aggiunta alla prestazione originaria: «nel primo caso la domanda dell'attore ha per oggetto unico ed esclusivo il risarcimento del danno, nel secondo l'attore chiede principalmente la esecuzione della prestazione, e accessoriamente il risarcimento del danno per il ritardo. Qui il rapporto obbligatorio si fa valere nel suo contenuto originario e a sua base si deduce l'esistenza dell'obbligazione: quanto alla domanda di risarcimento per il ritardo, se basta provare la scadenza del termine o l'atto di messa in mora, e non occorre anche la prova dell'inadempimento, gli è perché, dato il carattere di accessorialità, essa seguirà la sorte della domanda principale di esecuzione, e se questa sarà accolta, si avrà *in re ipsa* la prova dell'inadempimento».

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

(29) 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 guisa da lasciare intatto, a carico del debitore, il tema di prova dettato all'art. 1218, il quale implica la dimostrazione sia dell'impossibilità sia della non imputabilità dell'evento che l'ha cagionata».

(30) Cfr. Cass. 7 febbraio 1996, n. 973, in questa *Rivista*, 1996, 5, 541.

l'inadempimento del vettore; ed ha ammesso il diritto al risarcimento del danno per la perdita della cosa trasportata ai sensi dell'art. 1693 c.c. per il solo fatto che fosse risultata provata la consegna della merce al vettore.

Quella soluzione mi è parsa condivisibile in considerazione delle caratteristiche peculiari della pretesa risarcitoria ex art. 1693 c.c. apparendo incongruo accollare al destinatario della merce che lamenti di non averla ricevuta l'onere di richiedere in via principale la riconsegna della merce stessa in modo da rispettare lo schema logico dell'art. 1218 c.c. che impone al debitore di provare la fattispecie estintiva di cui all'art. 1256 c.c. (cioè l'impossibilità della prestazione e la non imputabilità dell'evento che l'ha cagionata) (31).

Occorre però dare atto che questo risultato deve passare attraverso il superamento del principio della priorità dell'adempimento in natura; e che a tal fine può essere utilizzato lo stesso percorso argomentativo che ha determinato la formazione dell'indirizzo giurisprudenziale ormai prevalente secondo cui, con riferimento ad una offerta di adempimento tardivo di non scarsa importanza, il creditore potrebbe rifiutare l'offerta anche se non è ancora stata proposta la domanda di risoluzione per inadempimento.

Le esigenze di rapidità nella definizione di rapporti quale quello originato dal contratto di trasporto comportano un rapido esaurimento dell'interesse del creditore ad ottenere l'adempimento in natura e giustificano la concentrazione della tutela del credito sull'equivalente pecuniario della prestazione mancata senza che sia necessario a tal fine passare attraverso la pronuncia di risoluzione per inadempimento allorché non ricorra taluna delle fattispecie di risoluzione stragiudiziale.

Qualora si ritenga condivisibile una conclusione del genere si potrà ammettere che anche il diritto al risarcimento del danno conseguente alla prestazione mancata possa essere affermato per il solo fatto che il creditore abbia dimostrato il proprio diritto all'adempimento.

Qualora invece dovesse ritenersi che la disciplina sostanziale del rapporto obbligatorio imponga al creditore di chiedere l'adempimento in natura fin quando lo stesso sia possibile e non sia

chiesta la risoluzione per inadempimento, il creditore dovrebbe provare oltre al proprio diritto anche l'impossibilità di ottenere l'adempimento in natura.

Ancora una volta la corretta applicazione della regola processuale sull'onere della prova passa attraverso la verifica della fattispecie sostanziale per adeguare il *thema probandum* a carico dell'attore a quelli che sono i fatti costitutivi della pretesa fatta valere in giudizio (32).

**Note:**

(31) Su questa problematica cfr. Luminoso in Luminoso-Carnevali-Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Commentario Scialoja-Branca*, (artt. 1453-1454), 139 ss.; Belfiore, *Inattuazione 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.

(32) La pronuncia di Cass. 7 febbraio 1996, n. 973, cit., al fine di giustificare la conclusione della omogeneità dell'onere probatorio tra creditore che agisce per l'adempimento e per il risarcimento del danno in luogo della prestazione, fa riferimento anche alla diversità dei presupposti che fondano la responsabilità contrattuale e la responsabilità da fatto illecito. Il riferimento rappresenta un indubbio progresso rispetto alla tradizionale configurazione della responsabilità contrattuale in termini di colpa presunta. Come ricordato nella nota 10, il riferimento ad una colpa presunta del debitore segnerebbe il distacco tra la regola sostanziale (l'inadempimento sarebbe fondato sulla colpa) e quella processuale (la colpa sarebbe presunta). Si è per contro ormai chiarito in dottrina, e la stessa giurisprudenza pare averne percezione, che l'onere probatorio in materia di responsabilità contrattuale e da fatto illecito varia esclusivamente in ragione della differente fattispecie sostanziale che collega la responsabilità contrattuale ad un credito primario rimasto insoddisfatto e quella extracontrattuale alle componenti di cui agli artt. 2043 ss. c.c.: «si applica in entrambi i casi la regola generale dell'art. 2697 e il danneggiato prova tutti gli elementi da cui si origina il suo diritto al risarcimento; l'apparente diversità - che talvolta ha indotto a esprimersi in termini di inversione dell'onere della prova - risiede nel fatto che quando non preesista l'obbligo violato il danneggiato deve provare oltre all'evento dannoso e al nesso di causalità il criterio di imputazione del fatto al danneggiante (e quindi per regola generale deve provare la colpa di quest'ultimo); quando il credito resti insoddisfatto è sufficiente provare che non è stato adempiuto l'obbligo preesistente» (così Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Ludica e Zatti, Milano, 1991, 666). Cfr. altresì Franzoni, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, 329 ss.

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

794

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 7/1998