

INDICE

CAPITOLO I: LA PRESTAZIONE DEL PROFESSIONISTA D'OPERA INTELLETTUALE

1. LA PRESTAZIONE DEL PROFESSIONISTA D'OPERA INTELLETTUALE TRA OBBLIGAZIONI "DI MEZZI" E OBBLIGAZIONI "DI RISULTATO" p. 1
2. LA DICOTOMIA OBBLIGAZIONI "DI MEZZI"-OBBLIGAZIONI "DI RISULTATO" NELLE RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA p. 5
3. LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI OBBLIGAZIONI DEL PROFESSIONISTA D'OPERA INTELLETTUALE p. 16

*

CAPITOLO II: INADEMPIMENTO E DISTRIBUZIONE DELL'ONERE PROBATORIO

1. L'ART. 1218 C.C. E I DIVERSI ASPETTI DELLA PROBLEMATICA DELL'INADEMPIMENTO. I PRECEDENTI LEGISLATIVI E DOTTRINALI p. 25
2. LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE NEL CODICE CIVILE VIGENTE p. 31
3. L'IMPOSSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE p. 34
 - 3.1 IMPOSSIBILITÀ E INESIGIBILITÀ p. 38
 - 3.2 L'INFLUENZA DEL TIPO DI OBBLIGAZIONE NELL'ACCERTAMENTO DELL'IMPOSSIBILITÀ p. 42
4. LA NOZIONE DI CAUSA NON IMPUTABILE p. 44
5. LE VARIE SPECIE DI INADEMPIMENTO p. 51
 - 5.1 L'ADEMPIMENTO INESATTO p. 52
 - 5.2 IL RITARDO NELL'INADEMPIMENTO p. 53
 - 5.3 L'INADEMPIMENTO DEFINITIVO p. 54
6. I RIMEDI A DISPOSIZIONE DEL CREDITORE A FRONTE DELL'INADEMPIMENTO p. 54
7. L'ONERE PROBATORIO DELL'INADEMPIMENTO: LA QUESTIONE DELLA RIPARTIZIONE DEGLI ONERI PROBATORI IN SEDE DI ESERCIZIO DEI RIMEDI A TUTELA DEL CREDITORE INSODDISFATTO p. 59
 - 7.1 I PRECEDENTI IN DOTTRINA p. 60
 - 7.2 I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI p. 73
8. LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE N. 13533/2001 p. 77
 - 8.1 L'ADESIONE ALL'ORIENTAMENTO MINORITARIO E LA OMOGENEIZZAZIONE DEL REGIME PROBATORIO NELLE FATTISPECIE PREVISTE DALL'ART. 1453 C.C. p. 79
 - 8.2 L'AZIONE DI ADEMPIMENTO p. 83
 - 8.3 L'INADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI NEGATIVE p. 84
 - 8.4 LE AZIONI DI RISOLUZIONE E DI RISARCIMENTO DEL DANNO DA INADEMPIMENTO p. 86

8.5 L'ONERE DELLA PROVA DELL'INESATTO ADEMPIMENTO	p. 89
8.6 L'ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO	p. 94
9. LA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA A S.U. 13533/2001	p. 97
10. L'ACCOGLIMENTO DELLA SENTENZA 13533/2001 IN DOTTRINA	p. 106

*

CAPITOLO III: ONERE DELLA PROVA E RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA.

1. CAUSE ED EFFETTI DELLA "SEMPLIFICAZIONE" DEL REGIME PROBATORIO	p. 109
2. LA PROVA DEI FATTI COSTITUTIVI	p. 111
3. ALLEGAZIONE DELL'INADEMPIMENTO E PROVA DELLA CAUSALITÀ	p. 114
4. LE DEDUZIONI DI INADEMPIMENTO	p.116
5. PROVA DELL'AGIRE DILIGENTE E PROVA DEL FATTO ESTINTIVO SPECIFICO	p. 120
6. CONTRADDITTORIO PROCESSUALE ED ONERI PROBATORI	p. 124
7. LA RESPONSABILITÀ DELL'AVVOCATO	p. 126

*

BIBLIOGRAFIA	p. 134
---------------------	--------

*A Mamma e Papà
che vegliano da lassù...*

CAPITOLO I

LA PRESTAZIONE DEL PROFESSIONISTA D'OPERA INTELLETTUALE

1. LA PRESTAZIONE DEL PROFESSIONISTA D'OPERA INTELLETTUALE TRA OBBLIGAZIONI "DI MEZZI" E OBBLIGAZIONI "DI RISULTATO".

La prestazione che il professionista è tenuto a compiere a favore del cliente consiste in un'attività di prevalente carattere intellettuale, i cui tratti peculiari si delineano in un lavoro che, per quanto possa essere svolto anche in maniera continuativa, viene pur sempre compiuto con piena autonomia e discrezionalità¹.

Il contenuto principale dell'obbligazione viene individuato nel dovere di compiere quanto necessario in vista del risultato che il cliente spera di perseguire. Il dato è significativo poiché, diversamente da ogni altro rapporto proiettato verso il pieno soddisfacimento dell'interesse creditorio², l'opera del professionista potrà risultare esattamente adempiuta anche se ciò non dovesse verificarsi.

L'art. 2230 cod. civ. individua la normativa applicabile al contratto d'opera intellettuale attraverso un collegamento sistematico tra le disposizioni dal legislatore espressamente dedicate alle professioni intellettuali (artt. 2229-2238) da una parte e le statuizioni generali in tema di *locatio operis* (artt. 2222-2228) dall'altra. La possibilità di estendere la disciplina del contratto d'opera manuale ai contratti aventi a oggetto una prestazione d'opera professionale è, tuttavia, subordinata a una duplice verifica di compatibilità che lo stesso art. 2230 prescrive all'interprete: l'applicazione combinata delle disposizioni racchiuse nei due capi del Titolo III (Del lavoro autonomo) può aver luogo soltanto nei limiti in cui le norme generali risultino, *in primis*, compatibili con le previsioni del Capo II e, quindi, con la specifica natura del rapporto regolato; viene, inoltre, fatta salva la previsione di eventuali leggi speciali.

Ma il dialogo tra le disposizioni sulla *locatio operis* e quelle relative alle prestazioni professionali si è dimostrato nella realtà piuttosto sporadico. La fattispecie particolare ha, infatti, caso per caso rivelato connotati peculiari difficilmente

¹ Tale è la definizione tradizionale, ed in tal senso CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano 1958, p. 3 ss. Definizione da taluno ritenuta ormai insufficiente, sia per il diffondersi di nuove figure professionali, sia per la maggiore complessità del sistema sociale ed economico, così TIMELLINI, *Liberi professionisti*, in *Dig. Disc. priv.*, IV, Torino 2008, p. 521.

² Per tutti: "L'elemento centrale dell'obbligazione è perciò dato dal dovere del debitore, avente come contenuto un comportamento tale da soddisfare perfettamente l'interesse del creditore", GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano 1975, p. 231 ss.

riconducibili entro lo schema generale, a cominciare dalla stessa definizione di contratto d'opera (art. 2222 c.c.) che mal si adatta a un'attività d'indole intellettuale, il cui oggetto non consiste nel compimento né di un'opera né di un servizio intesi in senso materiale³.

Il rinvio effettuato dall'art. 2230 c.c. sembra rispondere, allora, non tanto alla preoccupazione del legislatore di dotare il rapporto professionale di una disciplina integrativa, quanto piuttosto a un'esigenza di ordine sistematico: inquadrare l'opera intellettuale, insieme all'opera manuale e all'appalto, nel più ampio *genus* della *locatio operis*. Pertanto, dell'intero *corpus* normativo racchiuso nel Capo I l'unica disposizione di cui si è potuta prospettare l'eventuale applicazione estensiva al contratto d'opera intellettuale è rappresentata dall'art. 2226 c.c., in relazione al quale il giudizio di compatibilità ha avuto, in taluni casi, esiti positivi, dando però origine a un contrasto giurisprudenziale negli anni riprodottosi sia nelle corti di merito sia in sede di legittimità.

I differenti orientamenti influiscono sensibilmente sull'ampiezza delle garanzie spettanti al cliente nei confronti di un prestatore d'opera intellettuale. L'estensione dell'art. 2226 al contratto concluso con un professionista influirebbe, infatti, in misura rilevante, a scapito del committente, sulla disciplina della responsabilità e dei rimedi esperibili in caso di inesatto adempimento della prestazione. Innanzitutto, l'accettazione espressa o tacita dell'opera da parte del cliente avrebbe l'effetto di liberare la controparte dalla responsabilità per difformità o vizi noti al committente o facilmente riconoscibili (comma 1°); la relativa azione di garanzia sarebbe, inoltre, assoggettata a brevi termini di decadenza (otto giorni dalla scoperta della difformità o del vizio) e di prescrizione (un anno dalla consegna dell'opera) (comma 2°); il comma 3° dell'art. 2226 estenderebbe, infine, all'inesatto adempimento del professionista i rimedi contemplati dall'art. 1668 cod. civ., ovvero l'eliminazione dei vizi e delle difformità a spese del responsabile e la proporzionale diminuzione del prezzo, facendo salvo, da un lato, il risarcimento del danno ma confinando, dall'altro, il rimedio risolutorio ai soli casi in cui l'opera si riveli del tutto inadatta alla sua destinazione.

³ MUSOLINO, *Il contratto d'opera professionale*, Milano 1999, p. 83 ss.

Il contrasto in merito alla soluzione della questione concernente l'ambito applicativo dell'art. 2226 c.c. si è sviluppato su un terreno di confronto comune ai diversi orientamenti. La valutazione di compatibilità di cui all'art. 2230 c.c. viene, infatti, saldamente ancorata alla natura dell'obbligazione del professionista: laddove questa risultasse riconducibile, nonostante il carattere «intellettuale» della prestazione, entro la categoria delle obbligazioni di risultato, si potrebbe includere l'art. 2226 tra le fonti di disciplina del rapporto e conseguentemente riconnettere il passaggio del rischio contrattuale all'accettazione dell'opera da parte del committente. Poiché alla prestazione intellettuale è, però, solitamente riconosciuta natura di obbligazione di mezzi, si comprende perché il segnalato divario di ricostruzioni interpretative ha avuto per oggetto prettamente alcune prestazioni professionali, come quelle edili proprie dell'ingegnere progettista e/o direttore dei lavori, la cui riconduzione nell'una ovvero nell'altra categoria presenta confini piuttosto mobili e incerti.

Secondo l'orientamento più diffuso, sebbene l'obbligazione inerente l'esercizio di un'attività professionale sia generalmente considerata obbligazione di mezzi, quando il prestatore d'opera intellettuale si impegni a realizzare un *opus materiale*, come accade nell'ipotesi in cui la prestazione professionale consista nella realizzazione del progetto di un edificio, deve ritenersi che il conseguimento del risultato non rappresenti un elemento esterno al contratto, ma integri, invece, l'oggetto della prestazione caratteristica; ne consegue l'applicabilità del regime di responsabilità per inadempimento proprio delle obbligazioni di risultato.

Secondo gli insegnamenti tradizionali, oggi messi in discussione, il professionista – di norma – era reputato adempiente qualora avesse agito con la diligenza e la perizia richieste anche se non avesse raggiunto il risultato programmato ovvero sperato dal cliente.

L'oggetto dell'obbligazione professionale è stato particolarmente analizzato dapprima dalla dottrina tedesca e, poi, da quella francese⁴ la quale, prendendo in considerazione la aleatorietà del risultato cui teleologicamente è orientata la

⁴ Una prima elaborazione della categoria delle obbligazioni di mezzi si deve ad autori tedeschi, quali H.A. FISCHER, *Vis maior in Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1897. Ma essa si è poi particolarmente sviluppata in Francia attraverso l'opera di DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Parigi 1947.

prestazione del professionista, ha concluso che, in tali casi, il debitore è tenuto solo ad un comportamento diligente, in quanto il risultato può essere raggiunto con il concorso di fattori favorevoli il cui controllo sfugge alla sfera di possibilità del professionista. Tali particolari obbligazioni, in cui il debitore è tenuto ad una certa modalità di condotta e non anche ad un fine nella sua oggettività distinto da essa per la sua attitudine a non esaurirvisi, è quel che si designa con il sintagma obbligazioni “di mezzi” (o di prudenza e diligenza o, ancora, di comportamento) contrapposta a quella delle obbligazioni “di risultato”, in cui il debitore è tenuto ad un fine determinato ed individuato nella sua oggettività, anche a prescindere dalla concreta modalità della condotta adottata⁵.

L'idea di fondo si riduce al fatto che il comportamento particolarmente connotato del debitore si possa distinguere da una specifica opera o servizio che di quel comportamento costituisca il risultato e che le due realtà possano altresì assumere rilevanza esclusiva come oggetto del rapporto obbligatorio⁶, secondo uno schema che si può considerare per lo meno intuito, anche se non concettualizzato, sin dal diritto romano, dove l'*opus* veniva distinto dalle *operae* quali due articolazioni della *locatio*.

Alla luce dei più recenti approdi dogmatici e giurisprudenziali in tema di distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato nell'ambito della responsabilità del professionista d'opera intellettuale, si rende necessario verificare se tale dicotomia meriti l'oblio o invece nasconda un fondo di verità.

⁵ Così riassume la distinzione tra obbligazioni di “mezzi” ed obbligazioni di “risultato” MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (Studio Critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 190 ss.: “Nelle c.d. obbligazioni di risultato, il risultato dovuto consiste in una realizzazione finale in cui si risolve, con piena soddisfazione, il fine economico del creditore, l'interesse che ha determinato il sorgere del vincolo; invece oggetto delle c.d. obbligazioni di mezzi è soltanto un comportamento qualificato da un certo grado di convenienza o utilità in ordine a quel fine, la cui realizzazione, non è di per sé compresa nell'orbita del rapporto obbligatorio”.

⁶ DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1177-1200, Bologna-Roma 1994, p. 463, osserva che “il referente socio-economico della c.d. obbligazione *di mezzi* può ritrovarsi in un rapporto di *cooperazione* in cui il soggetto obbligato mette a disposizione di altri un proprio patrimonio di esperienze e di tecnica, in vista del conseguimento *di un risultato pratico*. Resta fermo tuttavia che il conseguimento di questo risultato non può essere assicurato o garantito dall'attività dell'obbligato, ma solo reso possibile secondo un certo calcolo di probabilità e/o invece sicuramente *compromesso* ove l'attività venga svolta malamente”.

2. LA DICOTOMIA OBBLIGAZIONI “DI MEZZI”-OBBLIGAZIONI “DI RISULTATO” NELLE RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA.

La distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato viene reputata dalla dottrina più rigorosa ed autorevole artificiosa ed inconsistente a causa di una chiara insufficienza di impianto e di struttura⁷.

Si osserva, infatti, quanto si riveli fuorviante ipotizzare l'esistenza di obbligazioni in cui oggetto della prestazione dovuta sia il solo impegno del debitore: al contrario, un fatto-risultato necessariamente inerisce a qualsiasi rapporto obbligatorio⁸ e, d'altra parte, lo stesso comportamento del debitore è sempre in *obligatione* in quanto *facere-mezzo* rispetto alla realizzazione dell'interesse creditorio tutelato. La relatività della terminologia in questione consente, dunque, di rinvenire un'*utilitas* destinata al creditore in ogni obbligazione, indipendentemente dalla circostanza che essa coincida con l'esito positivo voluto o risulti semplicemente qualificata da un certo grado di convenienza e strumentalità rispetto a quello scopo. In altre parole, «un fatto valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato quando sia considerato in se stesso, come termine finale di una serie teleologica più limitata»⁹. Così la conclusione maturata dalla dottrina maggioritaria si risolve nell'invito ad abbandonare la distinzione in parola in quanto fonte di confusione, così da «evitare la persistenza dell'equivoco su cui si fonda»¹⁰.

⁷ MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, cit., p. 185 ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano 1975, p. 227 ss.; RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, p. 190 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano 1984, p. 47 ss.; CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano 1998, p. 117 e ss.; MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1068 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1979, p. 33 ss.; NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.* 2000, p. 518 ss.; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 1987, p. 117 ss.; NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 797 ss.; PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 83 ss.; CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista d'opera intellettuale*, Padova 2008, p. 135 ss.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 109 ss.

⁸ SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1959, p. 1273 ss.

⁹ MENGONI, *op. cit.*, p. 188 ss.

¹⁰ CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, cit., p. 124.

D'altra parte, le differenti soluzioni nel corso del tempo elaborate e proposte in merito alla prospettabilità concettuale della dicotomia obbligazioni di comportamento/di risultato e alla più opportuna classificazione del vincolo gravante sul prestatore d'opera professionale non sono quasi mai, come è ovvio, rimaste confinate su un piano puramente teorico-sistematico: l'interprete si è, in altre parole, da sempre interessato alle possibili conseguenze, in termini di disciplina, della riconduzione di un rapporto obbligatorio entro una delle due opposte categorie.

La distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato viene talora difesa invocando il duplice argomento della "forza delle cose" e della necessità di preservare "spazi di libertà", che l'idea di obbligazione come vincolo sempre preordinato al conseguimento di un risultato rischia di assottigliare drasticamente¹¹. Frequente nelle ricostruzioni favorevoli alla distinzione è l'attribuzione alla stessa di rilevanza in punto di fondamento e di articolazione del giudizio di responsabilità per inadempimento, sino a farne discendere la rottura dell'unitaria natura di tale giudizio, legato, ora, ad un criterio di imputazione soggettiva, ove la prestazione inadempita sia di mezzi, ora, ad un criterio di responsabilità oggettiva ove la prestazione sia invece di risultato. Ma partendo dal presupposto per cui l'obbligazione, quale figura giuridica dell'attribuzione al creditore di un'utilità tramite la cooperazione del debitore, è una ed allo stesso modo uno è il giudizio di responsabilità, la ricostruzione sopra accennata appare criticabile¹². La tesi muove dalla diversità di oggetto delle due specie dell'obbligazione e perviene alla conclusione della rilevanza di tale diverso contenuto non tanto sul piano del limite della responsabilità (consistente in ogni caso nell'impossibilità oggettiva ed assoluta della prestazione), quanto piuttosto sul

¹¹ Così E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino 2007, p. 50-51: «E' nelle cose, invero, che il programma obbligatorio possa annoverare, per legge o per patto, anche impegni di condotta, piuttosto che di risultato, in tal modo esigendo una verifica di contegno a stregua di diligenza»; e ancora «Molteplici fattori congiurano per liquidare la figura dell'obbligo di condotta dall'orizzonte giuridico europeo, mentre essa, liberata dagli irrigidimenti dogmatici e dalle torsioni politiche che le hanno guadagnato una pessima reputazione, può esercitarvi ancora un ufficio essenziale, quello di garantire l'equilibrio tra protezione del creditore e libertà di agire del debitore, in special modo nei settori innovativi, sprovvisti di protocolli consolidati».

¹² MENGONI, *op. cit.*, p. 185 ss.; p. 280 ss. Le critiche alla teoria sostenitrice della dicotomia in esame sono poi state costantemente ribadite dalla sua scuola: CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, cit., p. 119 ss.; *Id.*, *sub art. 1179*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Cendon, IV, artt. 1173-1654, Torino 1991, p. 28 ss.; NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 791 ss.

versante del fondamento della responsabilità medesima¹³: fondamento ravvisato nella colpa, se inadempita è un'obbligazione di mezzi, e nel rischio, se inadempita è invece un'obbligazione di risultato. La partita si gioca, dunque, sul contenuto e sulla distribuzione dell'onere della prova¹⁴. L'assunto è che nelle obbligazioni di risultato il debitore che voglia andare esente da responsabilità sia chiamato a fornire la prova specifica e positiva di un fatto estraneo idoneo a determinare l'impossibilità della prestazione, pena l'attribuzione della responsabilità per inesatto adempimento anche nell'ipotesi in cui nessuna specifica colpa possa essergli imputata. Di contro, nelle obbligazioni di mezzi il debitore, per esonerarsi dalla responsabilità, potrebbe limitarsi a fornire la prova dell'osservanza degli *standards* tecnici e di diligenza normalmente praticati – ferma ovviamente la possibilità di invocare l'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile – in quanto tale *thema probandum* appare idoneo a fondare una presunzione relativa che la mancata realizzazione del risultato

¹³ Il principale sostenitore di tale ricostruzione dogmatica è D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli 1999, p. 105 ss.; ID., *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.* 2006, p. 141 ss. L'autore assume come interlocutore Giuseppe Osti nonostante nel pensiero di quest'ultimo la distinzione in discorso rivesta in definitiva scarso rilievo, addirittura irrilevante sul piano del fondamento della responsabilità che per Osti assume carattere rigorosamente unitario: «se si può accertare che le obbligazioni aventi per oggetto una "prestazione di diligenza" costituiscono solo una categoria dei rapporti obbligatori, e che nelle altre categorie di obbligazioni, aventi per oggetto prestazioni diverse da quella ora accennata, la responsabilità è collegata al momento obiettivo dell'inadempienza senza bisogno che vi concorra la colpa, dovremo concludere che l'inadempienza in sé per sé costituisce il fondamento generale della responsabilità, e che, se in determinate obbligazioni la responsabilità appare collegata alla colpa, ciò dipende solo dal fatto che nelle medesime obbligazioni inadempienza e colpa coincidono» (OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.* 1918, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1973, p. 423). Tuttavia D'AMICO, in *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, p. 108, valorizza un ulteriore passaggio del pensiero di Osti nel quale quest'ultimo riconosce l'incidenza sull'atteggiarsi della regola di responsabilità del diverso contenuto della prestazione e, ferma la conclusione sull'unitarietà del fondamento del giudizio di responsabilità, svela come, in concreto, esso (l'inadempimento) possa assumere contorni differenti. Ed infatti, nelle obbligazioni di mezzi, «il dovere sarà solo di una determinata diligenza, e la responsabilità del soggetto sarà collegata puramente e semplicemente alla mancanza del risultato concreto la cui apprestazione costituisce il contenuto del dovere, non avendo altro limite fuor che la sopravvenuta inidoneità di tal risultato concreto a costituire oggetto di un dovere, come ad es. per il sopravvenire in riguardo ad esso (per dirla con lo Hartmann) della *necessità negativa* del non verificarsi, o in altri termini per il divenire esso impossibile in modo obiettivo e assoluto» (OSTI, *op. cit.*, p. 425-426).

¹⁴ È opportuno chiarire che la tesi della rilevanza dogmatica della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato sul piano della disciplina della responsabilità contrattuale prospettata da D'Amico presuppone l'inesatto adempimento giacché «è evidente che, di fronte all'*inadempimento assoluto* (=mancata esecuzione *in toto* della prestazione), obbligazioni "di mezzi" e obbligazioni "di risultato" non possono che soggiacere alla stessa disciplina» (D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, *op. cit.*, p. 132).

utile per il creditore (che non è dedotto in obbligazione) sia attribuibile alla sopravvenienza di una causa estranea non imputabile al debitore, la cui prova «non sembra ragionevole [...] immaginare che sia il debitore a dover fornire»¹⁵, proprio alla luce della diversità di oggetto rispetto alle obbligazioni di risultato. Viene, infatti, reputato incongruo accollare al debitore il rischio della c.d. causa ignota e da ciò viene tratta la conseguenza che, ove il debitore abbia fornito la prova del rispetto delle c.d. *leges artis*, compete al creditore, viceversa, individuare specificatamente tale ipotetica “causa ignota” e dimostrare che essa avrebbe potuto (e dovuto) essere prevista e/o evitata.

La differente dislocazione del rischio della causa ignota e, più in generale, la diversità di contenuto della prova liberatoria che incombe sul debitore nelle due specie di obbligazione incide sul fondamento della responsabilità contrattuale imprimendole una conformazione soggettiva in presenza di un vincolo “di mezzi”: «sicché resta vero che anche il debitore “di mezzi” trova il *limite ultimo* della propria responsabilità non nella semplice prova di essere stato “diligente” (*secondo lo standard “ordinario”*), bensì nella “impossibilità” (oggettiva e assoluta) di realizzare l’interesse finale del creditore; ma è altresì vero che – non spettando a lui (per quanto detto), allorché abbia dimostrato di essere stato “diligente”, provare altresì *questa* “impossibilità” (e la causa specifica che l’ha provocata) – la sua responsabilità potrà essere in tal caso affermata solo attraverso la prova (incombente sul creditore) di una sua (diversa) colpa»¹⁶, ossia tramite la mancata osservanza delle diverse e ulteriori condotte diligenti imposte dall’impedimento in concreto verificatosi. Tale ricostruzione del giudizio di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni di mezzi appare inoltre alla dottrina che la sostiene idonea a disinnescare l’obiezione mengoniana secondo cui, se nelle obbligazioni di mezzi il contenuto della prestazione si riduce ad uno sforzo personale improntato al parametro della diligenza, ossia in un *agere quantum possum*, al fine di propiziare il conseguimento di un fine che rimane però estraneo al rapporto obbligatorio e, dunque, la dimostrazione di essersi condotto secondo diligenza ammonta a prova liberatoria del debitore, si deve logicamente concludere che, qualora il risultato non venga conseguito nonostante il debitore abbia

¹⁵ D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 127.

¹⁶ D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 129.

profuso lo sforzo adeguato alla luce del parametro della diligenza dovuta, l'esonero dalla responsabilità discende non dall'assenza di colpa, ossia dalla circostanza che l'inadempimento non è imputabile al debitore, ma dal fatto che il debitore va considerato adempiente. In quest'ottica, quindi, non si produce neanche una rottura dell'unitarietà del limite della responsabilità poiché una tale evenienza si potrebbe verificare soltanto se, espletata da parte del debitore la prova *prima facie* della propria diligenza, il creditore di una prestazione di mezzi non disponga della possibilità di dimostrare che nel caso concreto si sia verificata una circostanza sopravvenuta che il debitore avrebbe dovuto prevedere e governare adottando regole di diligenza e prudenza diverse e/o ulteriori; ma una prova siffatta al creditore compete e ciò viene ritenuto sufficiente ad escludere che la prova del rispetto delle regole di diligenza assuma quella valenza pienamente e incontrovertibilmente liberatoria che invece va riservata alla sola dimostrazione dell'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore¹⁷. La conseguenza da trarne è che nelle obbligazioni di mezzi la responsabilità del debitore si fonda o sulla trasgressione degli *standards* ordinari di diligenza, prudenza o perizia o, qualora il debitore riesca a fornire la prova della propria diligenza e il creditore replichi con la dimostrazione che il risultato sperato non è stato conseguito per l'interposizione di una causa sopravvenuta prevedibile ed evitabile, sull'inadeguatezza e/o insufficienza di quegli *standards* di diligenza adottati dal debitore e prospettati come segno dell'esattezza della prestazione eseguita. In entrambi i casi, la responsabilità trova il suo fondamento in una "colpa" e, dunque, manifesta carattere soggettivo. Tutt'al contrario, in presenza di un vincolo "di risultato", il mancato conseguimento del fine dovuto assume di per sé la consistenza dell'inadempimento, anche se sulla condotta debitoria non si possa formulare alcuna censura, sicché il debitore, se non riesce a fornire la prova specifica e positiva di una circostanza estranea che ha reso impossibile la prestazione e che non sia a lui imputabile, «risponde dell'inesatto adempimento *anche nell'ipotesi in cui nessuna specifica colpa gli possa essere imputata*, e dunque la sua è una responsabilità oggettiva»¹⁸.

¹⁷ D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 128-129.

¹⁸ D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 132.

La tesi appena descritta non è condivisa dalla dottrina maggioritaria ed anche a parere di chi scrive essa si espone a più critiche.

Una possibile obiezione investe l'assunto secondo cui nelle obbligazioni di mezzi l'interesse primario del creditore costituisca parametro indiretto del sindacato sull'adempimento¹⁹ e ciò è tanto più vero se si conviene sull'estraneità di tale interesse dall'oggetto dell'obbligazione²⁰. Infatti, punto di partenza di tale ricostruzione critica è che – come chiarito da Mengoni - «l'interesse-presupposto dell'obbligazione è sempre orientato al mutamento o alla conservazione di una situazione di fatto iniziale. Ma non sempre l'oggetto della qualificazione giuridica, ossia il contenuto del rapporto obbligatorio, coincide con la realizzazione di questo interesse che potremmo chiamare primario. Talvolta la tutela giuridica, che è misura del “dover avere” del creditore, è circoscritta a un interesse strumentare, a un interesse di secondo grado che ha come scopo immediato un'attività del debitore capace di promuovere l'attuazione dell'interesse primario. In tali ipotesi il fine tutelato, cioè appunto il risultato dovuto, non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore»²¹. Nelle obbligazioni di mezzi si assiste, quindi, alla scissione tra interesse primario del creditore e risultato dovuto dal debitore e ciò determina l'individuazione dell'oggetto del diritto di credito non già nella realizzazione dell'interesse presupposto del rapporto, ma piuttosto «nella produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento. Ciò che si attende dal debitore, affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta, è un comportamento idoneo a dare principio a un processo di mutamento (o di conservazione), l'esito del quale dipende peraltro da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo»²².

¹⁹ Così PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 114 ss.; CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, p. 130 ss.

²⁰ Nello stesso senso della tesi criticata nel testo è la posizione di CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, *op. cit.*, p. 51, secondo il quale «in tanto la prestazione dei “mezzi” è utile al creditore, in quanto è per lui utile il risultato finale. Ciò significa allora anche che in tanto l'attività del debitore corrisponde all'interesse del creditore e adempie quindi l'obbligazione, in quanto essa sia obiettivamente diretta ad ottenerlo. Il risultato ultimo assume quindi anche la funzione di criterio per controllare l'esattezza del risultato immediato, cioè della esatta esecuzione della prestazione. Anche il risultato ultimo dunque, che pur sta fuori dalla prestazione, ha una sua rilevanza».

²¹ MENGONI, *op. cit.*, p. 188-189.

²² MENGONI, *op. cit.*, p. 189.

La tesi criticata, invece, non accogliendo il rilievo sopra delineato in ordine all'oggetto delle obbligazioni di mezzi, arriva a sostenere che la prova del rispetto da parte del debitore delle regole di diligenza e di perizia richieste dalla specificità della prestazione da attuare determina che debba «ritenersi *presunto* (atteso il particolare oggetto dell'obbligazione) che il mancato conseguimento del "risultato finale" – non dedotto *in obligatione* – sia dovuto all'operare di una "causa estranea", che peraltro il debitore non è chiamato ad individuare»²³.

Tale ragionamento perde consistenza proprio alla luce di quello che è considerato dalla dottrina maggioritaria il tratto caratterizzante delle obbligazioni di mezzi: la scissione tra interesse primario del creditore e risultato dedotto nel rapporto obbligatorio. Ciò che non è dedotto in obbligazione non può assumere rilevanza, nemmeno soltanto indiretta, nel giudizio di responsabilità contrattuale come in effetti accade quando si afferma che, ove sia data prova dell'osservanza degli *standards* di diligenza e l'interesse finale del creditore resti ciononostante insoddisfatto, sorge la presunzione relativa di sussistenza di una "causa esterna" idonea ad escludere l'inadempimento. In dottrina è parso fuori segno rispetto al contenuto dell'obbligazione di mezzi anche quello che è considerato l'oggetto della presunzione, la quale mira ad inferire dalla prova del rispetto da parte del debitore delle regole di perizia che il mancato raggiungimento dell'interesse finale vada ascritto alla sopravvenienza di una causa estranea non imputabile al debitore. Infatti, anche a voler ammettere che la prova del rispetto delle *leges artis* valga a fondare una tale presunzione in caso di mancato conseguimento dell'interesse finale, va riconosciuto che l'irrealizzabilità di tale interesse, proprio perché non dedotto *in obligatione*, di per sé non coincide con l'impossibilità della prestazione "di mezzi" né si può affermare che ne costituisca un indice di rilevanza²⁴.

La prospettiva va quindi mutata giacché la diversità di contenuto della prestazione nelle due specie di obbligazione prospettata nella tesi in discorso assume un rilievo diverso, che si appunta sul piano dell'identificazione dei temi di prova a disposizione dei soggetti del rapporto obbligatorio²⁵. La diversità di contenuto incide, infatti, sulla prova dell'inadempimento, la quale risulta semplificata nelle obbligazioni

²³ D'AMICO, *op. cit.*, p. 125.

²⁴ CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, p. 131-132.

²⁵ PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 115.

di risultato dalla circostanza che la mancata realizzazione del termine finale del rapporto è indice rivelatore dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento ed esonera il creditore dall'addurre la concreta irregolarità o la specifica inesattezza della condotta debitoria cui imputare la mancata realizzazione del risultato dovuto, costringendo così il debitore a scendere sul piano della prova dell'impossibilità della prestazione e ad addurre la "causa esterna" a lui non imputabile. Ciò però non significa che l'allegazione del mancato conseguimento del risultato dovuto non radica una presunzione assoluta di inadempimento imputabile al debitore e la ragione è duplice: per un verso perché in questo modo si trasforma l'allegazione richiesta al creditore dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 13533/2001 in uno strumento di prova critica; per altro verso, perché la caratteristica delle obbligazioni di risultato consiste, per l'appunto, nell'assorbimento dei mezzi nel termine finale del rapporto ai fini dell'identificazione dell'inadempimento, senza con ciò rendere la condotta irrilevante. Qualora non venga conseguito il risultato dovuto, la valutazione della condotta si rivela superflua ai fini dell'identificazione dell'adempimento, ma essa torna in campo ove il debitore, per andare esente da responsabilità, dia prova dell'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile ed il creditore, per ribadire invece la responsabilità, scenda sul piano del contegno esecutivo del debitore e contesti l'adozione di misure sufficienti per prevenire la "causa estranea" oppure, per corroborare la domanda di adempimento, contesti che l'evento sopravvenuto abbia natura di impossibilità e ne prospetti piuttosto la riconducibilità ad un mera *difficultas praestandi*²⁶.

Nelle obbligazioni di mezzi, al contrario, la valutazione sull'esattezza dell'adempimento così come non si deve appuntare esclusivamente sulla condotta del debitore rapportata al paradigma dell'operatore diligente, parimenti non deve assumere come referente mediato il risultato finale, perché non dedotto *in obligatione*, e deve piuttosto concentrarsi sul risultato in concreto raggiunto

²⁶ Già MENGONI, *op. cit.*, p. 202, rilevava che «in realtà l'affermazione che, per le obbligazioni di risultato, la mancanza oggettiva del risultato finale segna senz'altro l'inadempimento, a prescindere da ogni indagine sulla diligenza impiegata dal debitore, è vera soltanto in quanto il debitore non provi di essersi trovato nell'impossibilità oggettiva di adempiere. Quando risulti l'impossibilità, la non realizzazione del risultato dovuto è qualificabile come inadempimento solo se la causa dell'impedimento sia imputabile all'obbligato, vale a dire l'accertamento dell'inadempimento e della conseguente responsabilità presuppone un controllo del contegno del debitore, da condurre alla stregua del criterio indicato dall'art. 1176».

dall'attività di prestazione del debitore al fine di accertare se tale esito si discosti dal risultato conseguibile, secondo criteri di regolarità, a seguito del tipo di attività espletata e in considerazione delle condizioni date.

È possibile, infine, avanzare un'ulteriore obiezione alla tesi della rilevanza dogmatica della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato: la diversificazione delle regole di responsabilità in funzione del contenuto del rapporto obbligatorio dovrebbe valere in assoluto e, dunque, a fronte di qualsiasi forma di inadempimento, tanto più che l'art. 1218 c.c. equipara quanto all'effetto della responsabilità l'inadempimento totale all'inadempimento parziale e, in particolare, all'inadempimento inesatto. L'unitarietà del sistema di responsabilità è un dato difficilmente contestabile proprio alla luce della disciplina unica predisposta dagli artt. 1218 ss. c.c., ma, una volta contestata tale acquisizione e disarticolate le regole di responsabilità in funzione della diversità di contenuto delle obbligazioni di mezzi rispetto alle obbligazioni di risultato, la logica impone che almeno nell'ambito delle due specie di obbligazione la regola di responsabilità si conservi una. Tale auspicata coerenza interna non si rintraccia nella tesi in commento che, al contrario, poggia sul presupposto che il diverso fondamento della responsabilità contrattuale emerga soltanto ove si controverta sull'esattezza dell'adempimento del debitore poiché «è evidente che, di fronte all'*inadempimento assoluto* (=mancata esecuzione *in toto* della prestazione), obbligazioni "di mezzi" e obbligazioni "di risultato" non possono che soggiacere alla stessa disciplina; onde la verifica circa l'omogeneità o meno dei due tipi di obbligazioni sotto il profilo delle regole di responsabilità non può che condursi con riferimento all'ipotesi in cui vi sia (stato) un adempimento che il creditore assuma tuttavia essere inesatto»²⁷.

Il rifiuto della concezione monistica dei criteri di imputazione della responsabilità è considerata dalla dottrina in discorso²⁸ nulla più che un *iuris preceptum*. Secondo questa ricostruzione, il fondamento della responsabilità è duplice proprio come è il possibile contenuto dell'obbligazione sicché, se la prestazione ha ad oggetto la condotta diligente, l'art. 1218 c.c. viene integrato dall'art. 1176 c.c., dettato per le sole obbligazioni in discorso, dando luogo ad una forma di responsabilità

²⁷ D'AMICO, *op. cit.*, p. 124-125, nt. 48.

²⁸ Cui si aggiunge CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 96 ss.

soggettiva, poiché la causa di esonero del debitore ha connotazioni per l'appunto soggettive e va individuata nella prova della non imputabilità, in base al criterio della diligenza del *boni paterfamilias*, della causa dell'inadempimento. Se la prestazione consiste, invece, nella realizzazione di un risultato, l'art. 1218 c.c. costituisce l'unica norma di responsabilità e ciò determina il suo fondamento oggettivo dovuto alla circostanza che la causa di esonero del debitore va ravvisata nel solo *casus* oggettivamente inteso.

Tale conclusione secondo l'opinione dominante ed anche il pensiero di chi scrive va respinta perché poggia su presupposti confutabili. Il primo consiste nella convinzione che l'alternativa alla soluzione propugnata dalla dottrina in esame sia la teoria delle c.d. sfere di influenza²⁹, secondo cui l'art. 1176 c.c. si limiterebbe a disciplinare l'adempimento mentre l'art. 1218 c.c. presiederebbe al giudizio di responsabilità, trascurando, dunque, la ben più accreditata lettura che, pur individuando il fondamento della responsabilità nell'inadempimento e dunque la sua regola nel solo art. 1218 c.c., non esclude l'integrazione di tale disposizione con l'art. 1176 c.c., affidando a quest'ultimo il ruolo di criterio di imputazione dell'unica causa di esonero costituita dall'impossibilità oggettiva e assoluta. Il secondo presupposto confutabile va ravvisato nell'evidente forzatura dell'impianto codicistico, per giunta sulla scorta di una premessa ideologica qual è la fiducia nella distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato: la forzatura consiste nell'interpretazione antiletterale che conduce a ravvisare una causa di esonero dalla responsabilità ulteriore rispetto all'impossibilità oggettiva e confonde, inoltre, i piani della causa di esonero e del criterio della sua imputazione al debitore, presupponendo che la diligenza nelle obbligazioni di mezzi abbia un'incidenza tale da influenzare in senso soggettivo l'esimente della forza maggiore³⁰; mentre nelle obbligazioni di risultato addirittura la diligenza non giocherebbe alcun ruolo, neppure quello di criterio di imputazione dell'impossibilità.

Tali riflessioni confermano, dunque, l'idea dell'unitarietà tanto delle regole di responsabilità contrattuale quanto del loro fondamento, da ravvisarsi in quella che, a volersi attenere al lessico adottato dalla teoria da cui si sono prese le mosse, si è

²⁹ CARBONE, *op. ult. cit.*, p. 95

³⁰ CARBONE, *op. ult. cit.*, p. 109 ss.

designata come “colpa specifica”, sebbene sia preferibile – in linea con il linguaggio del legislatore consacrato nell’art. 1218 c.c. – discorrere di inadempimento.

La conclusione cui si giunge a seguito delle riflessioni sopra svolte è che la distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato non presuppone una diversità di oggetto dei due tipi di obbligazione e non determina conseguenze in punto di responsabilità. L’unico elemento reale su cui essa pare insistere è la varietà fenomenica delle obbligazioni pur all’interno dell’unitario schema concettuale di riferimento e il tratto distintivo delle obbligazioni di risultato dalle obbligazioni di mezzi è ben più sottile della contrapposizione tra un vincolo che porta a conseguire un obiettivo finale apprezzabile in termini obiettivi e un vincolo che si esaurisce in un’attività strumentale.

È quindi corretto affermare l’inesistenza di categorie di obbligazione ontologicamente “di mezzi” in quanto tale qualificazione è strettamente connessa al contenuto concreto della prestazione e alle condizioni materiali di attuazione: riprova ne è l’ascrizione, da parte della giurisprudenza e della dottrina, alla *species* delle obbligazioni di risultato di talune obbligazioni del professionista che per molto tempo hanno costituito il tradizionale prototipo delle obbligazioni di mezzi, quali le prestazioni sanitarie aventi ad oggetto interventi di *routine*, la prestazione dell’odontoiatra volta a realizzare una protesi o la prestazione dell’ingegnere finalizzata a stilare un progetto. Tutto ciò conferma l’inidoneità della coppia dialettica mezzi-risultato ad incrinare il carattere unitario del concetto di obbligazione e del giudizio di responsabilità e questo alla luce del fatto che le concrete differenze tra vincoli obbligatori sulle quali si è preteso di erigere la distinzione non sono così significative da legittimare una categorizzazione, ma appartengono all’universo delle variabili morfologiche che una medesima figura giuridica può assumere nelle sue incarnazioni pratiche. Non è dunque per la difficoltà di individuare sicuri criteri identificativi, da cui discende la mobilità del confine tra le due presunte specie di obbligazione, che va rifiutata la distinzione³¹, ma per l’assenza di un presupposto

³¹ FONDRIESCHI, *Prestazione*, in *Dig. Disc. priv.*, t. II, Torino 2007, p. 973-974, la quale peraltro suggerisce come esempio della relatività della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, se non addirittura del suo eccessivo schematismo, la disciplina dell’appalto, da cui sorge un’obbligazione tradizionalmente reputata “di risultato”, ma che prevede anche, all’art. 1672 c.c., l’obbligo del committente di pagare la parte dell’opera compiuta, nei limiti in cui è per lui utile ed in proporzione del prezzo pattuito per l’intera opera, nei casi in cui il contratto si risolva per

fenomenico sufficiente a giustificare una teorizzazione finalizzata a bipartire il campo delle obbligazioni³².

L'idea è che in qualsiasi rapporto obbligatorio i mezzi si scarichino sempre in un risultato e che, pertanto, sia sempre al risultato che si debba guardare per valutare la congruità dei mezzi adoperati: nelle obbligazioni di mezzi si muove da un termine, il risultato in concreto, per approdare ad un altro termine, il risultato in astratto, e tramite il loro confronto si ripercorre l'attività di prestazione per saggiarne l'esattezza.

Non si può dunque che convenire con l'opinione prevalente che afferma che tutte le obbligazioni siano di risultato.

3. LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI OBBLIGAZIONI DEL PROFESSIONISTA D'OPERA INTELLETTUALE.

Analizzata l'opinione dottrinale oramai prevalente secondo cui la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato dev'essere reputata artificiosa ed inconsistente, occorre analizzare la giurisprudenza sul punto che, oramai da tempo, nell'ambito delle obbligazioni professionali pare orientata al rifiuto della dicotomia in parola.

In passato il ricorso alla dicotomia mezzi-risultato si riduceva ad un espediente retorico volto a camuffare quell'attenuazione del vincolo di responsabilità a favore di alcune categorie professionali che trovava invece la sua autentica ragione altrove – ossia in valutazioni di politica del diritto – così come altrove rintracciava la sua reale giustificazione giuridica – ossia in istituti quali la limitazione della responsabilità in presenza di una prestazione che comporta la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e le regole sulla distribuzione dell'onere della prova – relegando in tal modo il ricorso alla tradizionale distinzione dei rapporti obbligatori ad un mero argomento *ad abundantiam*.

sopravvenuta impossibilità dell'esecuzione dell'opera per causa non imputabile ad alcune delle parti. La distinzione appare all'autrice non del tutto compatibile con la configurazione dell'obbligazione dell'appaltatore come vincolo "di risultato", poiché, se la realizzazione dell'interesse creditorio dipende esclusivamente dal conseguimento del risultato (la realizzazione dell'opera nella sua interezza), una volta che tale obiettivo non sia raggiunto, neanche si dovrebbe porre una questione di utilità per il committente della parte di prestazione eseguita.

³² PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli 2011, p. 576.

Oggi, in termini analoghi, la rinuncia a tale classificazione non sembra strettamente funzionale alla risoluzione dei casi sottoposti all'esame del giudice di legittimità e ciò alimenta nella dottrina il sospetto che si sia in presenza di un'affrettata liquidazione della distinzione. Ciò non autorizza, tuttavia, a sminuire l'indubbio valore del *revirement* per il maggior rigore concettuale manifestato nella ricostruzione della disciplina generale delle obbligazioni e della responsabilità per inadempimento e, soprattutto, perché il nuovo orientamento getta le premesse per impostare, su basi del tutto rinnovate, il discorso teorico sul significato della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

L'ambito d'elezione per il confronto tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato – che è anche l'ambito in cui ha avuto inizio l'opera giurisprudenziale di demolizione delle distinzioni dogmatiche tra i due tipi di obbligazione – è quello della responsabilità medica, ove la giurisprudenza, nel distinguere tra interventi sanitari di facile esecuzione ed interventi implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ha affermato di assoggettare i primi alla regola di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.³³, in realtà non facendo altro che spostare in avanti il risultato utile per il creditore. L'innalzamento dell'obiettivo del vincolo obbligatorio fa sì che il fine promesso al creditore venga identificato non più nella semplice conformità dell'opera prestata alle regole c.d. dell'arte, quanto piuttosto nelle «conseguenze positive che derivano dall'opera stessa secondo un nesso di derivazione naturale quando siano rispettate le regole medesime e non intervengano fattori imprevedibili e inevitabili, che, rendendo impossibile il conseguimento del risultato maggiore oramai dovuto, come tali sono in grado di scagionare il debitore»³⁴.

La dicotomia interventi operatori di facile esecuzione ed interventi operatori di difficile esecuzione è, dunque, funzionale alla trasformazione di un'obbligazione tipologicamente considerata di mezzi in un'obbligazione di risultato al fine di

³³ Cass. 21.12.1978, n. 6141; Cass. 15.1.1997, n. 364; Cass. 4.2.1998, n. 1127; Cass. 22.1.1999, n. 589; Cass. 14.2.2008, n. 3520.

³⁴ CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, cit., p. 121 ss., il quale rileva altresì le ripercussioni di tale orientamento giurisprudenziale sulla teoria del rapporto obbligatorio mediante la «messa in luce, *in corpore vili*, dell'inconsistenza della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Già il semplice fatto di continuare a qualificare l'obbligazione in questione come di mezzi per poi applicarle il modello di responsabilità che da sempre i teorici proclivi alla distinzione e la stessa giurisprudenza hanno attribuito alle obbligazioni di risultato basterebbe a screditare la distinzione». Nello stesso senso v. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti*, cit., p. 519 ss.

realizzare un irrigidimento della responsabilità del professionista sanitario³⁵. Tale «espediente retorico anche piuttosto maldestro»³⁶ in apparenza riconferma la distinzione ed anzi sembra presupporlo, ma nella sostanza ne mina il fondamento di puro empirismo perché nasce dall'esigenza di sottrarsi proprio alla conseguenza per la quale tale *divisio* è sorta, ossa la rottura dell'unità del giudizio di responsabilità contrattuale e la creazione di regole di responsabilità più miti per le obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di carattere professionale. È così che, in senso contrario alla distinzione ed in modo da evitare "privilegi" alla categoria dei professionisti d'opera intellettuali, la giurisprudenza è approdata, tramite l'*escamotage* delle diverse tipologie di intervento sanitario e lo strumento tecnico della presunzione di colpa, alla trasformazione in prestazioni di risultato di una vasta area delle prestazioni sanitarie, che storicamente hanno rappresentato il paradigma delle obbligazioni di mezzi. I moduli interpretativi appena descritti hanno trovato applicazione anche alla dell'obbligazione del medico e, difatti, con gli opportuni adeguamenti, la giurisprudenza ha inaugurato un orientamento analogo in tema di responsabilità dell'avvocato, avvalendosi della distinzione tra errori macroscopici ed errori interpretativi e collegando ai primi una presunzione di colpa che semplifica la prova del cliente, tenuto soltanto a dimostrare l'errore o l'omissione ed esonerandolo, invece, dalla prova della specifica negligenza del professionista.

Uno dei più significativi arresti giurisprudenziali in materia è costituito dalla sentenza n. 15781 del 15.7.2005 in cui le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla qualificazione giuridica dell'obbligazione di progettazione delle strutture in cemento armato di un edificio privato e di direzione dei relativi lavori affidati in appalto, risolvendo un contrasto di orientamenti che vedeva le sezioni semplici propendere per la riconducibilità di tale prestazione ora alla specie delle prestazioni di mezzi ora a quella delle prestazioni di risultato. Infatti, sino a quel momento giurisprudenza e dottrina avevano affidato alla coppia mezzi-risultato la soluzione del problema dell'applicabilità o meno al contratto d'opera intellettuale dei

³⁵ Non è di questo avviso CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 59, secondo cui la distinzione tra interventi di *routine* e di difficile esecuzione o l'applicazione della massima *res ipsa loquitur*, non valgono a trasformare un'obbligazione di mezzi in un'obbligazione di risultato, ma, tutt'al più, a creare obbligazioni di mezzi "rinforzate" e ciò «per la necessario distinzione tra regime probatorio ed essenza ontologica del rapporto».

³⁶ NIVARRA, *op. cit.*, p. 520.

termini di decadenza e di prescrizione dell'azione volta all'eliminazione delle difformità e dei vizi dell'opera o del servizio, previsti dall'art. 2226 c.c. nell'ambito della disciplina del contratto d'opera manuale. Secondo un primo orientamento, peraltro maggioritario, l'obbligazione del progettista-direttore dei lavori costituisce un'obbligazione di mezzi e da tale assunto veniva tratta la conseguenza dell'inapplicabilità dell'art. 226 c.c. in quanto disposizione dettata con riferimento al contratto d'opera manuale dal quale, tutt'al contrario, scaturisce un'obbligazione di risultato. Diametralmente opposto è l'approdo del secondo orientamento, decisamente minoritario, incline invece a ravvisare nell'obbligazione del progettista-direttore dei lavori una prestazione di risultato.

La Suprema Corte in questa pronuncia ha ritenuto non applicabili all'obbligazione d'opera intellettuale del progettista-direttore dei lavori le disposizioni di cui all'art. 2226 c.c., ma non già sulla base della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato³⁷, reputata anzi irricevibile in punto di teoria generale dell'obbligazione in quanto «in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti autori criticano la distinzione in poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo».

Il ripudio compiuto dalle Sezioni Unite denuncia l'inconsistenza della distinzione mezzi-risultato sul piano della diversità di disciplina, con particolare riguardo alle regole di responsabilità e di individuazione dei temi di prova incumbenti sui soggetti del rapporto obbligatorio. Tale enunciazione segna, infatti, un punto di discontinuità rispetto ad un orientamento costante in giurisprudenza fedele alla dicotomia mezzi-risultato; ripudio preceduto da quelle prime incrinature rappresentate dalla distinzione tra interventi operatori di facile esecuzione ed interventi operatori di difficile esecuzione.

Il presupposto logico della *regola iuris* individuata dalle Sezioni Unite non risiede però tanto nella critica della dicotomia mezzi-risultato quale categoria

³⁷ La S.C. esclude l'applicazione dell'art. 2226 c.c. al contratto d'opera professionale avente ad oggetto la redazione del progetto e la direzione dei successivi lavori per carenza del requisito della compatibilità con la "natura del rapporto", richiesto dall'art. 2230 c.c. per l'integrazione della disciplina del contratto d'opera professionale con le disposizioni dettate in materia di contratto d'opera manuale.

generale del diritto delle obbligazioni, quanto piuttosto nella rinuncia all'alternativa obbligazione di mezzi-obbligazioni di risultato come chiave di soluzione del problema interpretativo sull'applicabilità o meno dell'art. 2226 c.c. alle obbligazioni di indole intellettuale. Chiaramente l'aver sgomberato il campo da un argomento decettivo come la rilevanza della distinzione sul piano della disciplina applicabile al rapporto obbligatorio costituisce di per sé un progresso non trascurabile, ma resta il fatto che la conclusione della Suprema Corte ruota attorno ad un criterio diverso rispetto all'unitarietà dell'oggetto dell'obbligazione e della regola di responsabilità per inadempimento.

Altra pronuncia emblematica è quella in cui la Corte di Cassazione, affrontando il caso di un intervento di settorinoplastica, sovvertendo la conclusione del giudice di secondo grado secondo cui la responsabilità del medico andava esclusa prevalentemente sulla scorta della riconduzione del vincolo obbligatorio del medico specialista alla categoria delle obbligazioni di mezzo, ha ritenuto che lo stato "di inalterazione e di non risolutività" del difetto funzionale al termine dell'intervento sanitario costituisce un indice sintomatico dell'inadempimento del medico sotto il profilo del difetto della diligenza adeguata alle circostanze del caso concreto e ciò in quanto il permanere della disfunzione o della malattia rappresenta per definizione un'ipotesi di mancato conseguimento del risultato normalmente conseguibile nelle condizioni date³⁸. Un tale epilogo è inoltre favorito dall'adesione del collegio alla regola di distribuzione dell'onere probatorio inaugurata dalla sentenza n. 13533 del 2001 delle Sezioni Unite della Corte ed ispirata al criterio della vicinanza o della riferibilità, che pone l'onere della prova in capo a colui che con più semplicità riesca a reperirla, senza operare alcuna distinzione di trattamento a seconda della tipologia di inadempimento. La Suprema Corte giunge ad affermare che «il danneggiato è tenuto a provare il contratto e la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello normalmente realizzato da una condotta improntata alla dovuta diligenza. Mentre al debitore, presunta la colpa, incombe l'onere di provare che l'inesattezza della prestazione dipende da causa a lui non imputabile, e cioè la prova del fatto impeditivo»³⁹. In tale contesto i giudici di legittimità rinnovano il rifiuto della coppia

³⁸ Cass. 13.4.2007, n. 8826.

³⁹ In un altro punto di Cass. 13.4.2007, n. 8826, si legge che «il paziente che agisce in giudizio deve, anche quando deduce l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, provare il contratto e

dialettica obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato, ma in questo caso la rottura con il tradizionale orientamento fedele alla distinzione è meno ornamentale del precedente ripudio compiuto in materia di obbligazione del progettista-direttore dei lavori. Qui esso è funzionale alla riduzione del carico probatorio del creditore-paziente alla prova del titolo e della scadenza del termine e alla mera allegazione del fatto di inadempimento, ed è in ciò che va ravvisato il passaggio cruciale della motivazione. Ecco dunque il punto in cui la Suprema Corte riconosce che «per il professionista e conseguentemente per la struttura sanitaria non vale invocare, al fine di conseguire la propria irresponsabilità, la distinzione tra “obbligazioni di mezzi” e “obbligazioni di risultato”, sostenendo che la propria attività è da ricomprendersi tra le prime, sì da non rispondere in caso di risultato non raggiunto. Siffatta distinzione costituisce infatti, come ormai da qualche tempo dalla migliore dottrina non manca di porre in rilievo, il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralatiziamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento per l’inidoneità di tale distinzione in tema di prestazione d’opera intellettuale, con particolare riferimento all’obbligazione del progettista».

Residuo però due osservazioni. Fermo il tratto comune alle due pronunce ricordate, che è rappresentato dal rifiuto della distinzione in discorso, la Suprema Corte approda tuttavia a conseguenze divergenti sul piano della struttura del rapporto obbligatorio. E, difatti, nell’ambito della responsabilità del progettista-direttore dei lavori la Cassazione assegna piena centralità al risultato come termine finale nel quale si scaricano i mezzi strumentali al suo conseguimento; mentre, nel caso della responsabilità del medico, attenua il rilievo del risultato – pur proclamato in tesi⁴⁰ – per individuare invece l’oggetto dell’obbligazione sostanzialmente nelle regole tecniche a carattere oggettivo cui deve attenersi il medico. Rispetto a tali regole il risultato sembra nulla più che un *posterius*, consistente nell’esito conseguibile proprio tramite il rispetto delle regole tecniche, alla luce però di un criterio di normalità, il quale incardina un giudizio relazionale in cui convergono diversi elementi, quali le

allegare l’inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore (medico-struttura sanitaria) l’onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente, e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da impedimento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta».

⁴⁰ Cass. 13.4.2007, n. 8826, riconosce infatti che «anche nelle obbligazioni di mezzi lo sforzo diligente del debitore è in ogni caso rivolto al perseguimento del risultato dovuto».

condizioni del paziente, l'abilità tecnica del medico e le capacità tecnico-organizzative dell'ente ospedaliero di cui il medico è dipendente.

La seconda osservazione riguarda l'insanabile contraddizione insita nel predicare dapprima la sufficienza dell'allegazione da parte del paziente dell'inesatto adempimento del medico e nel proclamare poi la rilevanza sul piano probatorio dello "stato di in alterazione" del quadro clinico del paziente come indice sintomatico dell'inadempimento del professionista: un argomentare siffatto denuncia, oltre che una certa confusione, la persistente influenza dell'idea – del tutto errata – dell'operare in sede di responsabilità contrattuale della presunzione di colpa.

Più di recente la Suprema Corte ha riaffrontato, a Sezioni Unite, il tema della responsabilità medica, con particolare riguardo alla responsabilità della struttura sanitaria, in un caso di contrazione di epatite "C" che il paziente fa dipendere dalle trasfusioni praticategli in occasione di un intervento chirurgico⁴¹. I giudici di legittimità colgono l'occasione per ribadire sia l'inconsistenza teorico-pratica della distinzione, riproducendo in buona sostanza le critiche formulate nelle due occasioni precedenti, sia l'adesione alla regola di distribuzione dell'onere della prova elaborata da Cass. 13533/2001. In quest'occasione la Suprema Corte aggiunge però qualcosa alla riflessione precedente poiché sposta in parte il fuoco del discorso sulla prova del nesso di causalità tra l'inadempimento del medico, di cui è sufficiente la mera allegazione da parte paziente-creditore, e il danno lamentato, di cui è necessario che questi fornisca, invece, la prova specifica. Il ragionamento della Corte muove dalla premessa che, nel caso di specie, l'imposizione al paziente-creditore della prova effettiva del nesso causale costituisca l'ennesimo precipitato della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato e che, una volta allegato l'inadempimento e provati il danno ed il titolo della pretesa, il collegamento eziologico tra danno e inadempimento vada ritenuto presunto, sicché compete al medico verificare l'esistenza di eventuali patologie pregresse in occasione degli accertamenti cui il paziente va sottoposto prima dell'intervento chirurgico e della trasfusione. La conclusione da trarne è che non spetti al paziente provare che al momento del ricovero non fosse affetto da epatite ma, tutt'al contrario, sia cura del medico-debitore dimostrare che l'inadempimento non si sia in realtà verificato o che, pur

⁴¹ Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 577.

essendosi in effetti prodotto, tale inadempimento non sia però idoneo dal punto di vista causale a produrre il danno lamentato.

Come tutto ciò si colleghi alla distinzione fra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato non è tuttavia chiaro, al punto da legittimare il sospetto che si tratti di un riferimento del tutto pretestuoso. Inoltre l'applicazione della regola sull'onere della prova che legittima il creditore alla sola allegazione dell'inadempimento non appare corretta: un conto è sostenere che il creditore possa anche soltanto descrivere il fatto di inadempimento nella sua pura materialità – il che peraltro è discutibile per lo meno quando si sia al cospetto di un adempimento inesatto – rimettendo invece al debitore il compito di provare l'avvenuto adempimento o la presenza di una circostanza sopravvenuta a lui non imputabile che ha reso impossibile la prestazione, ed un conto è ritenere che l'allegazione possa estendersi anche a quell'ulteriore elemento della fattispecie di responsabilità rappresentato dal nesso di causalità tramite la scorciatoia argomentativa della necessità che l'inadempimento allegato appaia qualificato, ossia astrattamente idoneo alla produzione del danno. Qui si confondono i diversi perché il nesso causale è oggetto di un autonomo tema di prova e non può quindi essere accorpato all'inadempimento e, inoltre, anche a voler ammettere -come fanno le Sezioni Unite – che l'attestazione della difettosa tenuta della cartella clinica valga a fondare una presunzione di sussistenza del nesso causale tra inadempimento e danno da emotrasfusione, resta tutto da dimostrare come possa una mera allegazione incardinare la prova critica della sussistenza del nesso causale. Il meccanismo della presunzione esige infatti che per lo meno il fatto noto, da cui si pretende di inferire il fatto ignoto, sia oggetto di prova diretta. Già in passato la giurisprudenza ha ammesso la prova per presunzioni del nesso causale, ma l'ha fatto su ben altre basi, ricorrendo, ad esempio, alla controversa distinzione tra interventi di facile e di difficile esecuzione⁴², sulla cui scorta è possibile reputare la prova da parte del paziente di fatti secondari, quali il peggioramento dello stato di salute e la natura di intervento di facile esecuzione, idonea a supportare l'attività logico-deduttiva del giudice in ordine alla sussistenza del nesso di causalità.

⁴² Cass. 23.2.2000, n. 2044, in *Giur. It.* 2000, p. 2016 ss.

L'autonoma rilevanza del nesso causale e l'addossamento al paziente-attore della sua prova sono stati di recente riconosciuti in maniera assai efficace dalla Suprema Corte in una controversia relativa all'inadempimento da parte del medico dell'obbligo di informare il paziente sulle possibili conseguenze negative dell'intervento sanitario, così da porlo in condizione di esprimere o meno il proprio consenso consapevole al trattamento⁴³. La Cassazione ha colto l'occasione per ribadire che all'interno del vincolo del sanitario vanno distinti i due profili del corretto e perito compimento della diagnosi e della terapia e dell'assolvimento dell'obbligo di informazione funzionale al conseguimento del consenso del paziente al trattamento, nell'ottica della c.d. alleanza terapeutica. Il punto più significativo della motivazione riguarda la sussistenza o meno del nesso causale tra l'omessa informazione e il danno alla salute occorso al paziente ma rivelatosi inevitabile (per quanto prevedibile) giacché originato da un intervento chirurgico perfettamente eseguito. La Suprema Corte ritiene che il nesso causale sussista soltanto in presenza della prova che, se adeguatamente informato, il paziente si sarebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento e reputa che la relativa dimostrazione competa al paziente, anche avvalendosi di presunzioni⁴⁴.

⁴³ Cass. 9.2.2010, n. 2847, in *Corr. giur.* 2010, p. 1201 ss., con nota di DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*.

⁴⁴ Cass. 9.2.2010, n. 2847, cit., n. 3.3.: «Il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente: (a) perché la prova del nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allega l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; (b) perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; (c) perché si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicché anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della "vicinanza" al fatto da provare induce alla medesima conclusione; (d) perché il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*».

CAPITOLO II

INADEMPIMENTO E DISTRIBUZIONE DELL'ONERE PROBATORIO

1. L'ART. 1218 C.C. E I DIVERSI ASPETTI DELLA PROBLEMATICA DELL'INADEMPIMENTO. I PRECEDENTI LEGISLATIVI E DOTTRINALI.

La responsabilità del debitore per inadempimento contrattuale costituisce uno degli argomenti più dibattuti del diritto civile delle obbligazioni.

L'art. 1218 c.c. contiene la regola generale in materia di responsabilità del debitore: prevede il fatto dell'inadempimento, ne indica il criterio di imputabilità al debitore e stabilisce a carico di quest'ultimo la fondamentale sanzione dell'obbligo di risarcimento del danno.

Tale norma sostanzialmente rappresenta il tentativo del legislatore di riassumere, in una disciplina unica ed uniforme, una casistica molto varia che è conseguenza della diversa natura dei contratti e dei diversi possibili modi di inadempimento. Infatti, ai sensi dell'art. 1218 c.c. la mancata esecuzione della prestazione dovuta, l'esecuzione di una prestazione quantitativamente o qualitativamente inesatta o il ritardo nell'esecuzione della prestazione, obbligano il debitore a risarcire i danni causati al creditore; ma il debitore deve risarcire questi danni solo fino ai limiti della possibilità della prestazione e, al di là di questo limite, se l'impossibilità sopravvenuta della prestazione è dovuta a causa a lui imputabile.

Tale norma assume sicuramente una portata generale in ragione dell'ampio contenuto della sua formula e della sua stessa collocazione. Essa, infatti, è posta nel titolo "Delle obbligazioni in generale", ad apertura del capo terzo che la sistematica del codice dedica all'inadempimento delle obbligazioni.

In dottrina non sono mancate perplessità sulla effettiva idoneità dell'art. 1218 c.c. a porsi come valida regola generale della responsabilità debitoria. È certo, comunque, che la disposizione costituisce il frutto del tentativo di dar vita ad un sistema unitario della responsabilità contrattuale.

La maggior parte degli autori ritiene che i principi generali contenuti nella norma in esame siano ispirati alla produzione scientifica di una giurista, Osti, che, oltre a rivendicare alle sue tesi una continuità con una tradizione collaudata da decenni di

esperienza scientifica, aveva partecipato di persona ai lavori di codificazione del 1942, in particolare alla stesura del libro quarto dedicato alle obbligazioni⁴⁵.

La continuità con la tradizione scientifica precedente all'attuale codice civile pare suffragata dal raffronto tra l'art. 1218 c.c. ed i suoi antecedenti legislativi, ossia gli artt. 1225 e 1226 c.c. del 1865.

Le citate disposizioni normative del codice abrogato prescrivevano, l'uno che il debitore è responsabile "ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da causa estranea a lui non imputabile", l'altro che il debitore non risponde dei danni "quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito, fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato od ha fatto ciò che gli era vietato". Di fronte a questi testi il dibattito degli interpreti si era accentrato sul significato da attribuire al concetto di caso fortuito e di causa estranea non imputabile al debitore.

Due erano le concezioni a cui potevano riportarsi le varie tesi: una c.d. soggettiva ed una c.d. oggettiva.

La teoria c.d. soggettiva identificava il caso fortuito, la forza maggiore e la causa estranea non imputabile, con l'assenza di colpa del debitore, fondandosi sull'art. 1224 c.c. abr.⁴⁶, attinente alla diligenza (del buon padre di famiglia) che il debitore doveva impiegare nell'adempimento delle obbligazioni. Così, era caso fortuito qualsiasi evento superiore alla diligenza del buon padre di famiglia e al debitore si accollava solo il rischio di quegli impedimenti che egli avrebbe potuto evitare con una normale diligenza.

⁴⁵ Tra gli scritti di OSTI spicca in materia il testo *La revisione critica della teoria della impossibilità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1918, p. 209 ss., ove l'Autore teorizza la figura della c.d. "impossibilità sopravveniente" posta a base della teoria oggettiva dell'inadempimento. Tale scritto è stato poi ripubblicato in *Scritti Giuridici*, a cura di Rescigno, Milano, 1973, p. 1 ss.; tra le altre opere dell'Autore si veda: *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. It.*, p. 287 ss.

⁴⁶ Norma che costituisce il precedente legislativo dell'attuale art. 1176 c.c.

Alle soglie della codificazione del 1942 la tesi c.d. soggettiva appariva come la tesi prevalente presso la dottrina e trovò la sua più completa esposizione in una monografia di Coviello⁴⁷ e venne propugnata da diversi autori.

In sintesi la tesi c.d. soggettiva identificava il caso fortuito in una mera situazione di non colpa e si fondava sull'art. 1224 c.c. abr. (precedente dell'art. 1176 c.c.) interpretato alla stregua di regola fondamentale in materia di responsabilità debitoria: era da considerarsi caso fortuito qualsiasi evento superiore alla diligenza del buon padre di famiglia, inevitabile cioè con l'uso della diligenza cui il debitore è tenuto in relazione al concreto rapporto obbligatorio. Che poi il caso fortuito fosse costituito da tutti i fatti non imputabili al debitore sarebbe stato, secondo questa dottrina, chiaramente enunciato dal sistema legislativo risultante dagli artt. 1225 e 1226 c.c. abr., laddove il limite della responsabilità veniva individuato nella non imputabilità e laddove la causa non imputabile era qualificata come caso fortuito e forza maggiore⁴⁸. E non ostava a questa concezione del fortuito come assenza di colpa la presenza del requisito della estraneità della causa non imputabile prescritto espressamente dall'art. 1225 c.c. abr. in quanto tale estraneità veniva intesa come riferita ad un'attività cosciente e volontaria del debitore⁴⁹.

La teoria c.d. oggettiva, invece, equiparava il caso fortuito, la forza maggiore e la causa estranea non imputabile, a un impedimento estraneo non solo alla persona del debitore ma anche alla sua sfera economica. Tale tesi, quindi, arrivava ad accollare al debitore anche impedimenti non imputabili direttamente a una sua colpa, ma non così estranei alla sua sfera economica da non poter essere da lui controllati, sia pure con un giudizio astratto. In sostanza, la responsabilità da inadempimento doveva ritenersi fondata non sulla colpa debitoria, bensì sul puro e semplice fatto obiettivo

⁴⁷ COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895. È opinione diffusa che la soggettivazione del fortuito costituisce il risultato di un processo alquanto risalente nel tempo, che appartiene, cioè, non soltanto all'epoca delle prime codificazioni, ma già al diritto comune e alla pandettistica. Tale opinione è stata, ad esempio, espressa presso i cultori di diritto romano, da LUZZATO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, in *La responsabilità per custodia*, Milano, 1938. Si veda poi: CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1987, p. 51 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1907, p. 33 ss.

⁴⁸ Vedi COVIELLO, *op. cit.*, p. 11 e ss., ove l'Autore argomenta principalmente dal testo dell'art. 1225 c.c. abr. - il quale menziona la malafede - per dedurne la sua nozione di imputabilità, comprensiva, oltre che della malafede, della colpa.

⁴⁹ Cfr. COVIELLO, *op. cit.*, p. 18 e ss.

dell'inadempimento, con l'unico limite della impossibilità obiettiva non colposa della prestazione⁵⁰.

Tale interpretazione si fondava anche su dati testuali diversi dai richiamati articoli 1224, 1225 e 1226 c.c. abr. come: l'art. 1247 c.c. abr. ove accanto alla colpa era nominato il fatto del debitore (anche non imputabile) fra le cause di non esonero dalla responsabilità per perimento della cosa da restituire; l'art. 61 cod. comm. laddove individuava, fra le cause insufficienti a funzionare da causa liberatrice della responsabilità del venditore di merci, impedimenti estranei alla persona del debitore, ma inerenti alla sua azienda (o alla sua organizzazione in merito alla provvista dei mezzi necessari all'esecuzione dell'obbligo).

In questo quadro di contraddizioni dottrinali merita segnalazione anche il tentativo di un Autore, il Barassi, di fondare la responsabilità contrattuale sulla violazione di un dovere di diligenza, quello previsto dall'art. 1224 c.c. abr.; costruzione teorica, questa, proposta allo scopo di dare una soluzione al problema della rilevanza dello sciopero dei dipendenti del debitore come causa di esonero dalla responsabilità contrattuale di quest'ultimo verso i terzi⁵¹.

La produzione scientifica dell'Osti è soprattutto diretta a contrastare quest'ultimo tentativo di teorizzazione del fondamento della responsabilità contrattuale; ma, nel fare un bilancio del pensiero di questo Autore, la dottrina mette in risalto che il suo merito maggiore è stato quello di aver appianato le diverse incongruenze dottrinali sull'argomento della responsabilità contrattuale⁵².

In sintesi la posizione di Osti può essere riassunta nei seguenti termini: <<finché la prestazione è in senso oggettivo e assoluto possibile il debitore è responsabile per il solo fatto dell'inadempienza; quando la prestazione diventa oggettivamente e assolutamente impossibile, il debitore non è responsabile se non a condizione che possa essergli imputata a colpa quella sopravvenuta impossibilità>>⁵³. Quindi, non si deve parlare di inadempimento imputabile, e cioè di un elemento

⁵⁰ In tali termini POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile*, Roma 1914, p. 336 ss.

⁵¹ BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore ai sensi dell'art. 1226 c.c.*, in Baudry-Lacantinerie, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, vol. II, parte II, Milano, p. 455 ss.

Tale tesi è stata successivamente ripresa dai sostenitori della teoria della inesigibilità della prestazione quale causa di esclusione della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.

⁵² In tali termini si esprime G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2006, p. 95 ss.

⁵³ Sono parole di OSTI, *La revisione critica*, op.cit., p. 344.

soggettivo che caratterizzerebbe l'inadempimento, ma di imputabilità della impossibilità della prestazione. Osti concludeva che la liberazione del debitore esige un'impossibilità obiettiva e assoluta di adempiere non imputabile a sua colpa.

Premessa di questa tesi è la distinzione tra impossibilità oggettiva e soggettiva. Secondo Osti l'impossibilità è oggettiva quando dipende da un impedimento inerente all'intrinseca entità del contenuto della prestazione in sé e per sé considerata; l'impossibilità è soggettiva quando dipende da impedimenti insorti nella persona o nella sfera economica del debitore senza essere necessariamente collegati al contenuto della prestazione. In entrambi i casi, Osti attribuisce preminente rilievo alla necessità di un collegamento oggettivo dell'impedimento con la prestazione. In tal modo è possibile considerare oggettiva l'impossibilità anche quando dipende da impedimenti tipicamente soggettivi, inerenti alla persona del debitore, quando questi siano strettamente collegati alla prestazione, quando, cioè, pur derivando da condizioni particolari del debitore, non possano considerarsi estrinseci rispetto al contenuto della prestazione: ad esempio, l'impossibilità di reperire denaro o materia prima per eseguire un'obbligazione di fare infungibile a causa di un dissesto economico o dell'inadempienza del proprio fornitore abituale, non sono tali da dar luogo a una impossibilità oggettiva per mancanza del collegamento immediato dell'impedimento con la prestazione⁵⁴.

Altro problema è quello di verificare se l'impedimento personale sia da ritenere caso fortuito o causa non imputabile: non potrà ritenersi tale se il debitore era in grado, alla stregua della diligenza dovuta nel singolo rapporto, di evitarlo o prevenirlo e di organizzare, prima del suo verificarsi, una sostituzione da parte di terzi nell'esecuzione dell'obbligazione.

Tipica della tesi oggettiva è altresì la ricostruzione del significato e della portata dell'art. 1224 c.c. abr., norma cui viene assegnata tanta importanza alla dottrina fautrice della responsabilità fondata sulla colpa. Secondo Osti l'art. 1224 c.c. abr. disciplinava il modo di adempiere, mentre gli artt. 1225 e 1226 c.c. abr. disciplinavano il fenomeno dell'inadempimento e i limiti della responsabilità del debitore. Tale affermazione pare confermata dalla dizione legislativa dell'art. 1224 c.c. abr. secondo cui «la diligenza che si deve impiegare nell'adempimento

⁵⁴ V. OSTI, *La revisione critica*, op. cit., p. 217 e ss.

dell'obbligazione è sempre quella di un buon padre di famiglia>>, ma la sua collocazione accanto agli artt. 1225 e 1226 c.c. abr. creava, almeno all'apparenza, un contrasto, sì da indurre i sostenitori della tesi soggettiva a leggere la norma come se essa affermasse indirettamente una esenzione dalla responsabilità se il debitore provava di essere stato diligente.

Osti osservava, in contrario, che l'art. 1224 c.c. abr. derivava dall'art. 1137 Code Napoléon che determinava le modalità proprie dell'adempimento. Stante quindi la sua limitata applicazione nel sistema del codice francese, la norma non poteva certo avere la portata di un caposaldo per la determinazione del fondamento e dei limiti della responsabilità⁵⁵. La norma, conclude Osti, non può essere invocata ad integrazione del disposto degli artt. 1225 e 1226 c.c. abr., i quali soltanto presuppongono l'inadempimento e intendono disciplinare quel particolare effetto che è la responsabilità.

La disciplina da essi risultante fonda la responsabilità debitoria sul fatto oggettivo dell'inadempienza e individua il limite della responsabilità nell'impossibilità della prestazione derivante da caso fortuito, con la conseguenza che il debitore è responsabile per il solo fatto dell'inadempimento finché la prestazione è oggettivamente possibile.

Tesi particolarmente rigorosa che necessita un raccordo con le circostanze sociali ed economiche del momento storico in cui si inserisce per valutarne l'influenza ed il successo: l'elemento soggettivo della colpa poteva essere utile nella società dell'Ottocento e l'impiego di un parametro come l'assenza di negligenza favoriva gli interessi dell'industria, imputando ai danneggiati, e non al produttore, i costi del danno⁵⁶. La prevalenza che le dottrine soggettivistiche attribuiscono all'elemento della colpa ed al *favor debitoris* si pone, invece, in contraddizione con le esigenze dei rapporti economici del novecento: il mero impegno del debitore, adeguato alla sua capacità, utilizzato come parametro di valutazione, diventava insufficiente alla realizzazione e alla tutela del rapporto contrattuale, pregiudicando le istanze di sicurezza dei traffici commerciali. In tale contesto la colpa, anche collegata con l'idea

⁵⁵ OSTI, *op. cit.*, p. 345 ss.

⁵⁶ Per un'ampia ricostruzione dei fondamenti socio-economici della teoria oggettiva dell'inadempimento si veda R. VERDERA SERVER, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova 1994, p. 121 ss.

morale di peccato, esprimeva una certa riprovazione sociale che mal si conciliava con le istanze del mondo del commercio.

L'oggettivazione della responsabilità contrattuale ed il superamento della colpa rispondevano egregiamente alle necessità della realtà economica del Novecento⁵⁷: la rigorosa nozione di impossibilità e le particolarità del giudizio di imputabilità rendevano più difficile la liberazione del debitore e determinarono l'accoglimento delle tesi di Osti nel codice del 1942.

2. LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE NEL CODICE CIVILE VIGENTE.

La ricezione delle idee di Osti può constatarsi nella stessa lettera dell'art. 1218 c.c., il quale riassume fedelmente il concetto di impossibilità come unico limite alla responsabilità per inadempimento, eliminando ogni incertezza interpretativa che la duplice previsione degli artt. 1225 e 1226 c.c. abr., nonché il loro combinato disposto con l'art. 1224, aveva suscitato. Ma risulta ancora più chiaramente se si prende in considerazione il contenuto della *Relazione al Codice*, dove, in commento all'art. 1218 c.c., si legge: "L'art. 1218, logicamente connesso al 1256, ha voluto mettere in evidenza che deve trattarsi di impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata; di guisa che non può, agli effetti liberatori, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione originata da cause inerenti al debitore o alla sua economia che non siano obiettivamente collegate colla prestazione dovuta; mentre d'altra parte, anche gli impedimenti che si verificano nella persona o nell'economia del debitore dovranno aver rilievo quando incidono sulla prestazione considerata in sé e per sé".

Da quanto sopra appare quindi possibile affermare che il nostro attuale codice civile recepisce la ricostruzione dogmatica di inadempimento professata da Osti e fondata sulla oggettivazione della responsabilità contrattuale. Richiedere, infatti, la prova dell'impossibilità ai fini della liberazione del debitore dalla responsabilità equivale ad esigere dal debitore il massimo sforzo per adempiere e non solo quello corrispondente a una diligenza media; lo sforzo, cioè, idoneo a superare qualsiasi

⁵⁷ Come ha sostenuto FRANZONI, la dottrina ostiana evoca "l'immagine di una società del passato: di una società nella quale ciascuno deve sopportare il rischio delle proprie azioni con la propria economia individuale", in *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova 1988, p. 340 ss.

impedimento di natura oggettiva o soggettiva che non sia tale da incidere direttamente sulla prestazione rendendone impossibile l'esecuzione.

È da rilevare, però, che l'art. 1218 c.c. non contiene traccia manifesta delle caratteristiche che secondo Osti devono caratterizzare l'impossibilità di eseguire la prestazione dedotta in contratto, ossia le qualifiche di oggettiva ed assoluta; il nostro legislatore, infatti, pare essersi preoccupato soltanto della non imputabilità della causa dell'impossibilità al debitore.

La formulazione dell'art. 1218 c.c. quindi, pur avendo il fine di risolvere le dispute dottrinali preesistenti, si presta a diverse letture mantenendo in vita la contrapposizione tra teorie soggettivistiche e teorie oggettivistiche.

In particolare, sono state elaborate teorie ispirate al criterio della diligenza, previsto ora dall'art. 1176 c.c., al fine di collegare la responsabilità per inadempimento alla colpa-negligenza, intesa come violazione della diligenza ordinaria del buon padre di famiglia.

Fra queste teorie una delle più rilevanti, quantomeno per il seguito ricevuto e l'influenza operata sulle ricostruzioni successive, è quella di Giorgianni⁵⁸. L'Autore, pur riconoscendo che i compilatori del codice del 1942 intesero regolare con l'art. 1218 l'intero problema dei limiti della responsabilità, riassumendo in una formula generale le varie regole specifiche disseminate nel codice del 1865, e quindi accogliere la tesi di Osti, ritiene che tale intento non è stato raggiunto se sia ha riguardo all'intero sistema di regole dettate in varie sedi per regolare l'inadempimento ai singoli contratti.

Si è così cercato di attenuare il rigore delle conseguenze di una applicazione rigida dell'art. 1218 c.c. riducendone l'ambito di applicazione ad una sola ipotesi di inadempimento: quello che si manifesta nella impossibilità sopravvenuta della prestazione. In altri termini, secondo Giorgianni, l'art. 1218 c.c. non avrebbe portata generale e regolerebbe esclusivamente l'obbligo del debitore di impedire l'impossibilità della prestazione limitando il suo sforzo al metro del buon padre di famiglia. Mentre l'art. 1176 c.c. conterrebbe una regola probatoria secondo la quale il debitore sarebbe esonerato da responsabilità offrendo la prova di essere stato diligente, limitando al parametro del buon padre di famiglia lo sforzo che il debitore

⁵⁸ GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 228 ss..

deve compiere di fronte alla difficoltà di adempimento⁵⁹. Di conseguenza, quando il debitore si trovi di fronte ad un impedimento che non può vincere con l'ordinaria diligenza, la prestazione dovrà ritenersi caratterizzata da impossibilità sopravvenuta⁶⁰.

In questa ricostruzione la colpa-negligenza viene a costituire il fondamento della responsabilità per inadempimento, sia che questo si manifesti nella forma della impossibilità per causa imputabile al debitore, sia in tutte le altre ipotesi di inadempimento in cui la prestazione divenga impossibile. Così la diligenza diviene al contempo criterio generale di responsabilità debitoria e criterio di determinazione dell'esattezza della prestazione. In entrambe le funzioni ad essa accreditate la diligenza investe indistintamente tutta l'attività debitoria, la quale comprende non solo l'esecuzione della prestazione ma anche l'attività preparatoria. Conseguentemente, anche l'attività compiuta dal debitore per mettersi in condizione di adempiere fa parte del contenuto della prestazione e può essere soggetta a un giudizio di negligente adempimento⁶¹.

Altra teoria elaborata successivamente all'introduzione dell'art. 1218 c.c., che può definirsi mediana, partendo sempre da una lettura sistematica degli artt. 1176 e 1218 c.c., prospetta soluzioni diverse in funzione del tipo di obbligazione, distinguendo tra obbligazioni di diligenza (o di mezzi) e obbligazioni di risultato. In breve, secondo tale dottrina, l'art. 1176 c.c., pur non distinguendo tra i diversi tipi di obbligazione, enuncia un criterio (quello della diligenza del buon padre di famiglia) che trova la sua ragion d'essere nella valutazione del comportamento del debitore nelle obbligazioni che hanno ad oggetto un certo risultato, ma non è un criterio sufficiente ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento in entrambi i tipi di obbligazione. Infatti, nelle cc.dd. obbligazioni di diligenza occorre verificare, oltre all'osservanza della diligenza, se, mancata la prestazione o la prestazione esatta, questa mancanza sia imputabile al debitore o non dipenda da causa estranea; mentre nelle obbligazioni di risultato occorre verificare se la formazione dell'*opus* sia stata impedita da una causa non imputabile al debitore, estranea alla sua sfera di controllo⁶². Quindi, il limite della responsabilità sarebbe sempre segnato dall'art. 1218

⁵⁹ GIORGIANNI, *op.cit.*, p. 228 ss.

⁶⁰ BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *op.cit.*, p. 164.

⁶¹ BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 26 ss.

⁶² BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1953, p.110 ss.

c.c. nella impossibilità di adempiere dipendente da causa estranea alla sfera di controllo del debitore.

Dinnanzi a questi tentativi dottrinali di elaborare teorie soggettivistiche dell'inadempimento contrattuale che limitassero il rigore della disposizione di cui all'art. 1218 c.c. che obbliga il debitore ad adempiere fino al limite della possibilità della prestazione e, quindi, accoglie un concetto di inadempimento *tout court* e non di inadempimento imputabile, Osti fece in tempo a ribadire la sua dottrina polemizzando con quelle che, a suo dire, potevano essere definite "deviazioni dottrinali" rispetto alla lettera della legge, la quale confortava pienamente le sue tesi⁶³. L'Autore in particolare ribadisce che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dev'essere tanto obiettiva quanto assoluta. È obiettiva l'impossibilità costituita da un impedimento che si opponga all'esecuzione della prestazione in sé e per sé considerata; è assoluta l'impossibilità costituita da un impedimento che non può essere in nessun modo vinto dalle forze umane⁶⁴.

Attualmente la dottrina prevalente propende per la ricostruzione oggettiva della responsabilità contrattuale ed anche la giurisprudenza afferma ripetutamente che "*l'art. 1176 c.c. non è norma invocabile per identificare il contenuto di un'obbligazione, determinato invece dalla fonte che lo costituisce*"⁶⁵, contrariamente a quanto sostenuto dai fautori della concezione soggettivistica della responsabilità contrattuale.

3. L'IMPOSSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE.

Molte delle incertezze e delle contraddizioni in cui la dottrina e la giurisprudenza ancora oggi incorrono sono legate a due problemi diversi: quello relativo alla delimitazione della nozione di impossibilità e quello relativo alla nozione di causa non imputabile.

Uno degli ostacoli nella comprensione dei diversi concetti risiede certamente sul piano meramente linguistico: l'impiego di termini polisemi come quello di

⁶³ OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1954, p. 593 ss.

⁶⁴ All'impedimento che non può essere vinto dalle forze umane, OSTI equipara quello che non sia suscettibile di essere vinto se non con un'attività illecita, o se non con il sacrificio dell'integrità personale o di un altro attributo della personalità dell'agente.

⁶⁵ Queste le precise parole della Corte di Cassazione nella sentenza 13 febbraio 1998, n. 1560.

impossibilità, colpa, causa estranea, imputabilità, ecc., non contribuisce a risolvere le questioni sorte nel dibattito dottrinale.

Leggendo senza preconcetti l'art. 1218 c.c. ricaviamo i due presupposti affinché il debitore possa dirsi liberato: da un lato, la sopravvenienza dell'impossibilità; dall'altro, la non imputabilità al debitore di questa impossibilità. Quindi, l'esonero da responsabilità del debitore esige la concorrenza di queste due circostanze⁶⁶. Ma questi due elementi ricevono nella pratica una considerazione complessa.

Verificata l'inesecuzione della prestazione l'art. 1218 c.c. condiziona la liberazione del debitore, in primo luogo, all'esigenza che la prestazione sia divenuta impossibile.

Questo è quindi il primo momento del giudizio di responsabilità contrattuale. Allora bisogna accertare quali siano i caratteri di tale concetto: secondo i tratti richiesti si avrà impossibilità o meno e, dunque, si potrà entrare nella valutazione dell'imputabilità al debitore. È ovvio che quanto più rigorosa sarà la nozione di impossibilità tanto più difficile sarà l'esonero del debitore. Se, invece, i caratteri dell'impossibilità sono tali da essere facilmente verificati dal debitore, sarà tanto più probabile la sua liberazione.

Gli autori concordano solo nell'enunciazione di un carattere dell'impossibilità: questa dev'essere sopravvenuta alla costituzione del rapporto obbligatorio. Se la prestazione risulta originariamente impossibile manca uno dei requisiti indispensabili dell'oggetto del contratto, con la conseguenza che il contratto sarà nullo ex art. 1418 c.c.

Dopo questa iniziale coincidenza le posizioni della dottrina sono particolarmente diverse.

Le dottrine cc.dd. soggettivistiche affermano che la diligenza costituisce il criterio di determinazione dell'impossibilità, nel senso che si tratta di stabilire, alla stregua del sistema legislativo vigente, che cosa sia possibile al debitore buon padre di famiglia⁶⁷. Perciò si arriva alla conclusione per cui se l'impedimento non può essere

⁶⁶ SANTORO, *La responsabilità contrattuale*, in *I grandi orientamenti giur. civ. comm.*, Padova 1992, p. 5 ss., fa notare come nell'art. 1147 *Code Napoléon*, nell'abrogato art. 1225 e nell'attuale art. 1218 c.c. si formuli una sorta di equazione: inadempimento + *quid* = responsabilità; la lettura dell'art. 1218 c.c. pare suggerire che quel *quid*, necessario al fine di far nascere la responsabilità, vada identificato nella presenza di (1) impossibilità della prestazione e (2) non imputabilità al debitore della causa che ha determinato l'impossibilità.

⁶⁷ COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano 1955, p. 124 ss.

vinto dal debitore con l'ordinaria diligenza, la prestazione dovrà ritenersi caratterizzata da impossibilità sopravvenuta. Così, una volta accertata questa particolare impossibilità, dovrebbe valutarsi la sua imputabilità.

Questa impostazione presenta diversi inconvenienti. In primo luogo, non è conforme alla impossibilità oggettiva accolta dal legislatore del 1942. Inoltre, si manifesta la difficoltà di precisare la nozione di diligenza rispetto a quella di colpa, perché viene da chiedersi: l'assenza di colpa equivale a diligenza?

Il tenore dell'art. 1218 c.c. è molto chiaro: il debitore deve adempiere fino ai limiti della possibilità fisica e giuridica di eseguire la prestazione. L'impossibilità sopravvenuta è classificata dal codice fra i modi di estinzione dell'obbligazione (art. 1256 c.c.), ma è liberatoria per il debitore solo se dovuta a una causa a lui non imputabile. Il che significa che se la causa dell'impossibilità è imputabile al debitore, questi non è ovviamente da ritenersi ancora obbligato ad una prestazione divenuta impossibile, non avrebbe senso, ma incorre nella responsabilità contrattuale. In altri termini, il rischio dell'impossibilità della prestazione, cioè il rischio rappresentato dal costo dei danni che al creditore derivano dall'inadempimento, è posto a carico del debitore quando l'impossibilità deriva da causa a lui non imputabile; mentre è posto a carico del creditore stesso quando l'impossibilità deriva da causa non imputabile al debitore.

Può trattarsi di impossibilità materiale (ad es. la distruzione della cosa oggetto della prestazione) o giuridica (ad es. l'incommerciabilità della merce oggetto della prestazione a seguito di un ordine dell'autorità), ma, in ogni caso, deve trattarsi di una effettiva impossibilità e non soltanto di una eccessiva difficoltà di adempiere.

L'impossibilità che libera il debitore, sia materiale che giuridica, è intesa in modo molto rigoroso dalla dottrina oggettivistica, la quale insiste sul carattere effettivo e reale e sull'incidenza immediata sulla prestazione.

La nozione che, a seguito dell'influenza della teoria di Osti sulla compilazione del codice civile, è penetrata nella disciplina della responsabilità del debitore, è una nozione pregiuridica, naturalistica⁶⁸. Il termine "impossibilità" è proprio del linguaggio ordinario e si riferisce all'esperienza comune: deve trattarsi di una impossibilità reale

⁶⁸ In tal senso, SACCO, *Diligenza del buon padre di famiglia e fatto imputabile al debitore*, in *Foro pad.*, 1951, p. 926.

di svolgere quella determinata prestazione e non soltanto una difficoltà, anche grave, di adempiere.

Viceversa, è giuridico il concetto di imputabilità della causa dell'impossibilità, rispetto al quale dunque occorre un'indagine a livello di dati normativi e giurisprudenziali.

Il codice civile vigente ha certamente recepito la nozione di impossibilità come impossibilità effettiva e, come tale, contrapposta alla mera *difficultas praestandi*, lasciando però agli interpreti il compito di verificare di volta in volta, in concreto, la effettiva incidenza dell'impedimento sulla prestazione e non ha sedato il dibattito tra teorie oggettivistiche e teorie soggettivistiche.

Se, da un lato, le teorie soggettivistiche conservano un certo seguito in dottrina e trovano spesso un'eco a livello di declamazioni giurisprudenziali, dall'altro lato anche gli autori che restano rigorosamente nel solco della teoria oggettivistica hanno riflettuto a fondo sulle caratteristiche dell'impossibilità liberatorie, introducendo elementi di flessibilità che consentono di commisurare il rigore della responsabilità debitoria alle circostanze rilevanti nelle diverse fattispecie.

In primo luogo, sono state sollevate critiche alla nozione di assolutezza e si è sostenuto che l'impossibilità non è un concetto astratto, ma una nozione che va riferita alla prestazione dedotta in obbligazione, e quindi all'impegno esigibile dal debitore in quella data specie di rapporto obbligatorio. In questo senso, si afferma, l'impossibilità non può che essere relativa⁶⁹. Queste critiche all'assolutezza dell'impossibilità riflettono una tendenza alla concretezza, che sembra però fermarsi sulla soglia di una valutazione pur sempre tipizzata: l'impegno esigibile dal debitore viene rapportato non a quel concreto rapporto obbligatorio, così come configurato dall'autonomia delle parti, ma all'impegno cui è tenuto il debitore in quel tipo di rapporti obbligatori. Se così è, in questa particolare accezione l'impossibilità relativa coincide perfettamente con la nozione di impossibilità assoluta a cui era pervenuta l'evoluzione finale del pensiero di Osti⁷⁰: riconoscendo un "nucleo di verità" alle concettualizzazioni di Betti, che sosteneva la natura relativa dell'impossibilità, egli concordava sul punto che l'insuperabilità dell'impedimento debba essere valutata alla

⁶⁹ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, II, 1, p. 63 ss.

⁷⁰ OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, cit., p. 289 (ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 494 ss.).

stregua delle modalità di esecuzione connaturate alla prestazione nel singolo tipo di rapporto, specificando che questo era “solamente un più delicato criterio che si deve porre in opera per determinare la prestazione, prescindendo sempre dalle considerazioni particolari del debitore (...) e integrandone l’individuazione col riferimento, oltre che al suo oggetto in sé e per sé considerato, anche alle modalità concrete della sua esecuzione secondo la particolare natura tipica del rapporto”⁷¹.

Queste precisazioni non implicavano il rigetto della nozione assoluta di impossibilità, ma solo la sua riformulazione: essa non veniva più circoscritta agli impedimenti insuperabili con uno sforzo esorbitante “dall’entità – astrattamente considerata – del vincolo obbligatorio”⁷², ma ricomprendeva anche gli impedimenti insuperabili con i mezzi concretamente dedotti in quel tipo di obbligazione; sempre in netta contrapposizione con il concetto di impossibilità relativa come intesa da Osti, ossia come estendersi agli impedimenti non superabili dal debitore con lo sforzo diligente normale.

Appare chiaro che finché il dibattito sull’assolutezza dell’impossibilità rimane in questi termini, esso ha una portata essenzialmente terminologica: la vera divergenza di opinioni si pone tra chi intende l’impossibilità nell’accezione rigorosa propugnata da Osti e chi invece l’attenua fino a farla coincidere con gli ostacoli insuperabili con l’impegno diligente dovuto⁷³.

3.1 IMPOSSIBILITÀ E INESIGIBILITÀ⁷⁴

Una volta postasi sulla strada della valutazione concreta dello sforzo richiesto per superare l’ostacolo all’adempimento, la dottrina oltrepassa anche il limite segnato dalla considerazione tipizzata del rapporto obbligatorio.

⁷¹ OSTI, *Scritti giuridici*, cit., p. 494 ss. Egli precisava che in questa valutazione tipica della prestazione si deve tener conto “di tutti gli elementi che concorrono a determinarla, in specie della qualità e della natura tipica della organizzazione dell’azienda propria del debitore”: in altre parole, se debitore è un imprenditore, la prestazione della cui impossibilità si discute va determinata con riferimento alle prestazioni cui normalmente s’impegna un imprenditore di quel settore, con un’azienda di quelle dimensioni e con quel tipo di organizzazione.

⁷² OSTI, *Revisione critica*, p. 18 ss.

⁷³ Di questo secondo avviso è BIANCA, *Dell’inadempimento*, cit., p. 98 ss.

⁷⁴ La teoria c.d. della inesigibilità della prestazione alla stregua della buona fede è nata in Germania tramite l’interpretazione del § 242 BGB. In Italia essa ha trovato una rigorosa elaborazione negli scritti di MENGONI.

Vi sono infatti autorevoli opinioni nel senso che la rilevanza dell'evento impeditivo della prestazione vada apprezzata alla stregua del singolo concreto rapporto obbligatorio⁷⁵.

Di particolare rilevanza è l'opinione di Mengoni, secondo cui è in definitiva necessario far capo al concreto regolamento contrattuale, interpretato secondo buona fede ex art. 1366 c.c., per individuare i mezzi concretamente dedotti in obbligazione e a questa stregua apprezzare l'eseguibilità della prestazione: così intesa l'impossibilità troverebbe un'adeguata definizione nel termine di "ineseguibilità"⁷⁶. All'ineseguibilità si affiancherebbe poi, come ulteriore temperamento, un'ulteriore figura concettuale: l'inesigibilità secondo buona fede, che fa leva sul dovere del creditore di comportarsi secondo correttezza ex art. 1175 c.c., per escludere che questi possa pretendere dal debitore l'adempimento in presenza di impedimenti che non rendano ineseguibile la prestazione con i mezzi dedotti in obbligazione, ma creino un rischio per la salute o l'integrità fisica del debitore, o comunque per valori considerati preminenti alla stregua dei giudizi di valore accolti dall'ordinamento giuridico (ivi compreso l'interesse – rilevante ex art. 41 Cost. – all'integrità del patrimonio aziendale del debitore, nel caso che l'adempimento ponga in grave pericolo la produttività dell'azienda)⁷⁷.

Si noti peraltro che anche la nozione di impossibilità assoluta a cui Osti era pervenuto nelle sue riflessioni più recenti era suscettibile di estendersi a questi ultimi impedimenti; e, analogamente, anche chi riserva un ruolo molto limitato alla buona fede nel temperare il rigore dell'impossibilità assoluta della prestazione finisce poi con il ritenere che l'impossibilità assoluta ricomprenda le ipotesi di adempimento ancora materialmente possibile, ma contrastante con i superiori interessi della tutela della

⁷⁵ MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1087 ss. Si vedano anche: PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1256, Bologna-Roma, 1975, p. 447 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, op. cit., p. 72.

⁷⁶ MENGONI, *cit.*, p. 1089 ss.

⁷⁷ MENGONI, *cit.*, p. 1089 ss. Per una nozione di inesigibilità secondo buona fede intesa come limite all'esercizio di pretese e/o all'adempimento, in modo da dare ingresso alla tutela di interessi prevalenti, e in particolare di interessi tutelati a livello costituzionale, v. anche NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *cit.*, p. 71 ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 55 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv.*, II, Torino, 1988, p. 183 ss.; CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 346 ss.

personalità o della pubblica economia, o con interessi tutelati da specifiche norme pubbliche⁷⁸.

La vera utilità del ricorso alla categoria della inesigibilità sta nel fornire uno strumento che consenta di apprezzare la rilevanza dell'impedimento alla stregua del concreto regolamento contrattuale, sulla cui base si individuano i mezzi dedotti in obbligazione (e quindi lo sforzo a cui il debitore è tenuto per superare l'impedimento): non tanto sulla base di una interpretazione secondo buona fede, quanto piuttosto utilizzando la buona fede in funzione integrativa. È la ricostruzione proposta da Visintini che, mantenendo ferma la nozione di impossibilità liberatoria come impossibilità assoluta, in senso naturalistico o in senso giuridico, ritiene che il debitore possa liberarsi da responsabilità anche quando la prestazione sia divenuta inesigibile sulla base di una valutazione di buona fede (o più precisamente di correttezza) ex art. 1175 c.c.: il contenuto della prestazione è integrato da doveri di correttezza facenti capo non solo al debitore, ma anche al creditore, il quale per conseguenza non può esigere l'adempimento con mezzi non connaturati con la prestazione stessa, così come essa viene a configurarsi in concreto nelle circostanze di specie secondo una valutazione di buona fede⁷⁹.

È, dunque, da mantenersi ben ferma la distinzione dell'impossibilità liberatoria dalla semplice difficoltà di adempimento, facendo perno sul carattere di assolutezza dell'impossibilità; ma a tale nozione può affiancarsi quella di inesigibilità, allo scopo circoscritto di temperare le conseguenze troppo rigorose dell'assolutezza.

Va ribadito che l'impossibilità e l'inesigibilità non si risolvono negli impedimenti non superabili con la diligenza di cui all'art. 1176 c.c.. E' infatti incontestabile che nella nozione di prestazione rilevino – anche se bilanciandosi in modo diverso a seconda del tipo di rapporto obbligatorio – tanto la condotta del debitore quanto il risultato utile per il creditore, a cui tale condotta è rivolta⁸⁰; se ciò è

⁷⁸ MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, p. 430 ss.

⁷⁹ VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, *cit.*, p. 327 ss.

⁸⁰ DI MAJO, *Delle Obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1173-1320, Bologna-Roma 1988, p. 105 ss.; MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, *cit.*, p. 1083, che si ricollega al suo noto saggio *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 105 ss. Cfr. anche CANNATA, *Oggetto dell'obbligazione*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1999, p. 36 ss., che ispirandosi alla dottrina tedesca ricorre alla nozione di "programma" d'obbligazione – dipendente dalla fonte di questa e dalla natura della prestazione principale – e supera così la contrapposizione tra il contegno del debitore e lo scopo (l'utilità per il creditore) cui esso è proteso,

vero, stabilire quali siano condotta e risultato dovuti – e quindi fino a dove si estenda l'impegno finalizzato al soddisfacimento dell'interesse primario del creditore⁸¹ - significa determinare quale sia precisamente la prestazione dedotta in obbligazione; e in tale momento si dispiega anche la funzione integrativa della clausola generale di buona fede. Il criterio della diligenza entra in considerazione successivamente, per apprezzare l'attività svolta dal debitore nell'eseguire la prestazione, il cui contenuto è già stata determinato: è cioè criterio per valutare la conformità della condotta effettivamente tenuta dal debitore a quella dovuta, con riferimento all'esattezza dell'adempimento⁸², ed eventualmente anche con riferimento alla conservazione della possibilità di adempiere.

Anche questa nozione di impossibilità, che possiamo definire "concreta" (o inesigibilità) non è sostanzialmente incompatibile con quell'impossibilità a cui Osti attribuiva il carattere dell'assolutezza, posto che il dato fondamentale è che l'obbligazione si estingue non già per il verificarsi di impedimenti non superabili da un debitore di ordinaria diligenza nelle circostanze concrete, ma solo per impedimenti che, alla stregua del concreto regolamento contrattuale, il debitore non è tenuto a superare con i mezzi dedotti in obbligazione.

Il concetto di inesigibilità è stato ri-elaborato anche nell'ambito della teoria soggettivistica; così, si è sostenuto – ritenendo che la colpa costituisca un criterio di responsabilità e che un'attenuazione del concetto di impossibilità consegua già ad una lettura dell'art. 1218 c.c. integrata con l'art. 1176 c.c., nel senso che il debitore vincolato all'adempimento "solo entro i limiti di ciò che si può esigere da questi secondo il metro della diligenza"⁸³ - che la categoria dell'inesigibilità secondo buona fede è da utilizzarsi per risolvere i problemi di compatibilità dell'adempimento con le circostanze, originarie o sopravvenute (ma prevedibili) che sconvolgono i presupposti

arricchendo inoltre il contenuto dell'obbligazione con le prestazioni accessorie e sussidiarie del debitore e con le prestazioni del creditore.

⁸¹ Tale terminologia è modellata su quella di MENGONI, *Obbligazioni, cit.*, p. 188 ss.: egli rileva che il risultato promesso dal debitore coincide con la completa realizzazione dell'interesse primario del creditore, da cui l'obbligazione trae origine, nelle c.d. obbligazioni di risultato; mentre nelle c.d. obbligazioni di mezzi il risultato promesso si ferma ad un livello intermedio, in quanto la condotta del debitore tende solo a porre in essere uno o più presupposti per la realizzazione dell'interesse primario del creditore, e cioè per il raggiungimento del risultato finale di utilità che egli persegue.

⁸² VISINTINI, *Inadempimento, cit.*, p. 169 ss. Critici, nel senso che la diligenza non è solo criterio di valutazione dell'esattezza dell'adempimento, sono NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, cit.*, p. 56; e BRECCIA, *Le obbligazioni, cit.*, p. 239 ss.

⁸³ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969, p. 397 ss.

stessi dell'operazione economica perseguita dalle parti. Tale impostazione si riflette inevitabilmente sui limiti della responsabilità per inadempimento: diventa così più labile la distinzione tra impossibilità, difficoltà e onerosità della prestazione; e, se pure in astratto è chiara la distinzione tra buona fede come criterio integrativo per determinare il contenuto dell'obbligazione e diligenza come criterio di responsabilità, in concreto non può essere semplice distinguere il rispettivo ruolo nella determinazione del limite del sacrificio richiesto al debitore per adempiere⁸⁴.

In conclusione, aderendo alla ricostruzione oggettiva della responsabilità debitoria, si ritiene possibile la sovrapposizione tra impossibilità della prestazione e inesigibilità della prestazione, con la conseguenza che l'obbligazione si estingue non solo quando l'interesse del creditore non è più, in assoluto, realizzabile, ma anche quando esso sarebbe sì realizzabile, ma con l'impiego da parte del debitore di mezzi non concretamente dedotti in obbligazione o con il sacrificio di interessi che vanno considerati preminenti alla stregua dei giudizi di valore operati dall'ordinamento giuridico.

3.2 L'INFLUENZA DEL TIPO DI OBBLIGAZIONE NELL'ACCERTAMENTO DELL'IMPOSSIBILITÀ.

Una precisazione dei criteri di responsabilità contrattuale può discendere dalla analisi differenziata delle regole di responsabilità in ordine alle varie ipotesi tradizionalmente individuate di obbligazioni.

Con riguardo alle obbligazioni di dare, o consegnare, assume rilievo la distinzione fra quelle che hanno per oggetto un bene di genere e quelle che invece hanno ad oggetto un bene di specie. Il regime dell'impossibilità deve, parallelamente, essere differenziato nei due casi.

L'opinione più seguita ritiene che, nelle obbligazioni di consegnare cosa generica, non c'è impossibilità se l'oggetto della prestazione consiste in una cosa appartenente ad un *genus illimitatum*; questo perché se la prestazione ha per oggetto una cosa di genere non limitato l'impossibilità sopravvenuta non potrà mai verificarsi per applicazione della regola *genus numquam perit*. Il debitore potrà, in ogni caso,

⁸⁴ Sul punto si vedano le critiche di VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore, cit.*, p. 333 ss., alla dottrina che collega l'inesigibilità secondo buona fede all'abuso del diritto, ravvisando poi tale abuso nella pretesa del creditore ad uno sforzo diligente del debitore superiore a quello che il creditore poteva concretamente attendersi.

sostituire le cose perdute o perite. Il contenuto della prestazione si determina mediante il genere, e non per le cose singolari. Sicuramente, in alcune ipotesi, come nel caso di perimento di una parte di tali cose, o la rarefazione di esse, la conseguenza sarà un maggiore onere economico per il debitore, ma questa difficoltà non potrà mai esonerarlo da responsabilità in caso di inadempimento.

Si può quindi parlare di una inconfigurabilità di una impossibilità sopravvenuta della prestazione di dare cosa generica: il debitore non può addurre quel fatto per conseguire la propria liberazione. E così, poiché non si avrà responsabilità, non si rende necessario interrogarsi in merito alla imputabilità o meno dell'inesecuzione: è irrilevante quale sia stata la causa che ha provocato l'inadempimento. Questa interpretazione esige una visione profondamente oggettivistica, naturalistica, dell'impossibilità. Per questo motivo si cerca di mitigare il rigore di questa nozione attraverso l'idea di materiale procurabilità, di raggiungibilità, avuto riguardo al concreto assetto di interessi nel rispetto di tutte le possibili circostanze; si è avvertita la necessità di analizzare le concrete caratteristiche di ogni genere, allo scopo di valutare la sua ampiezza e conseguentemente l'eventualità che un singolo genere sia influenzato da una impossibilità sopravvenuta.

Il panorama muta radicalmente nell'analisi dell'impossibilità rispetto alle prestazioni di dare cosa specifica. La cosa da consegnare è determinata nella sua individualità ed il suo perimento supporrebbe la sostituzione con un'altra cosa diversa da quella cui le parti si sono riferite. Gli interpreti concordano nell'accettare che la prestazione possa in questi casi divenire impossibile, con la conseguenza che sia apre il giudizio sull'imputabilità o meno dell'impossibilità sopravvenuta. In applicazione delle regole generali, non basta la prova dell'esistenza di una impossibilità oggettiva, ma si esige, inoltre, la dimostrazione della non imputabilità di quella situazione.

Per quanto concerne, invece, le obbligazioni di fare, appariva consolidata fino ad un recente passato la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Secondo l'opinione tradizionale, le obbligazioni di mezzi richiedono al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore; nelle obbligazioni di risultato, invece, il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come elemento essenziale ed irriducibile della prestazione, quindi l'adempimento

coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per conseguirlo.

Questa distinzione assumerebbe rilievo in ordine ai criteri di responsabilità del debitore nel senso che la regola di responsabilità oggettiva dettata dall'art. 1218 c.c. andrebbe riferita alle sole obbligazioni di scopo, poiché per quelle di mezzi varrebbe il principio della diligenza.

Parte della dottrina⁸⁵ esprimeva da tempo riserve su questa bipartizione delle obbligazioni di fare, affermando che un risultato inteso come momento finale e conclusivo della prestazione è dovuto in tutte le obbligazioni; mentre, per altro verso, si ritiene che il risultato finale implichi sempre il doveroso impiego dei mezzi necessari per il conseguimento del risultato stesso. Tali perplessità sono state recentemente fatte proprie dalla giurisprudenza, tant'è che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato si ritiene superata⁸⁶.

Altra categoria di obbligazioni da prendere in considerazione è quella della prestazioni di non fare. In questo ambito la giurisprudenza ha ritenuto che non è concepibile l'impossibilità dell'adempimento perché, consistendo l'obbligazione in una semplice inazione, non è ipotizzabile che un soggetto, contro il divieto, sia costretto a fare. Tale corrente giurisprudenziale è oramai risalente nel tempo ed è stata fortemente criticata dalla dottrina; è possibile affermare che se l'obbligato è tenuto a non fare, l'impossibilità di adempimento altro non è che la necessità del fare: se a questo *facere* l'obbligato è determinato da causa a lui non imputabile secondo l'art. 1218 c.c., non può esservi responsabilità contrattuale.

4. LA NOZIONE DI CAUSA NON IMPUTABILE.

Verificata l'impossibilità della prestazione, il secondo grado del giudizio di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. consiste nell'accertamento dell'imputabilità o meno di questa situazione al debitore. Infatti, l'art. 1218 c.c. non richiede unicamente l'impossibilità della prestazione ma esige altresì che questa non sia imputabile all'obbligato: solo la concorrenza dei due elementi libera il debitore.

⁸⁵ V. BIANCA, *Dell'adempimento, cit.*, p. 32 ss.

⁸⁶ Si veda, in tal senso, Corte di Cassazione, Sez. Un., 11 gennaio 2008 n. 577.

Sulla nozione di causa non imputabile non esiste una definizione legislativa, né un'identità di vedute da parte degli interpreti. Inoltre, si perpetua il dualismo tra i sostenitori di una concezione soggettiva ed i fautori di una concezione oggettiva.

Nell'art. 1218 c.c. il legislatore ha sostituito, allo scopo di far chiarezza, la locuzione "causa non imputabile" a quelle che comparivano nel codice abrogato di "causa estranea", "caso fortuito" e "forza maggiore". Da un lato, infatti, l'espressione "causa estranea" che compariva nell'art. 1225 c.c. abr. era stata criticata perché, pur escludendo dal suo ambito eventi interni alla sfera economica del debitore, comportava comunque la necessità di spiegare che anche impedimenti personali – e quindi interni – come una malattia, a volte potessero comportare l'esonero della responsabilità perché incidenti sulla possibilità di eseguire la prestazione dedotta in oggetto.

Ed è questa la ragione per cui l'espressione "causa non imputabile" ha sostituito quella di "causa estranea".

D'altro lato, invece, le locuzioni "caso fortuito" e "forza maggiore" sembravano implicare un riferimento al *casus*, cioè all'evento naturale, e non erano quindi esaustive dell'intera area degli impedimenti che possono rendere imputabile, o meno, al debitore l'impossibilità della prestazione⁸⁷.

Continua, quindi, il dibattito sulla definizione della nozione di causa non imputabile.

Vi è chi sostiene che la nozione di causa non imputabile abbracci tutti quegli eventi che il debitore non può evitare con la diligenza del buon padre di famiglia⁸⁸, ma questa definizione, che ricostruisce la nozione di imputabilità alla stregua del criterio della colpa, come riportato nei paragrafi precedenti, è contraddetta da una serie di dati normativi che individuano criteri di imputazione della responsabilità contrattuale diversi da quello della colpa – come le norme che imputano al debitore il fatto degli ausiliari.

È quindi preferibile interpretare la nozione di causa non imputabile in termini oggettivi, includendo in essa quegli eventi che sono interamente estranei alla sfera di controllo dell'obligato, da lui inevitabili ed in rapporto causale con una effettiva

⁸⁷ VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova 2005, p. 191 ss.

⁸⁸ BIANCA, *Dell'inadempimento*, op. cit., p. 98 ss.

impossibilità di adempiere⁸⁹: al debitore sono imputati tutti gli eventi impeditivi, anche se inevitabili, se risulta che egli avrebbe potuto evitarli. Estraneità alla sfera di controllo non significa soltanto estraneità al rischio tipico: designa l'insussistenza di un nesso causale, o anche solo di una connessione occasionale, tra la cerchia di attività del debitore e l'evento causa dell'impossibilità.

Il dibattito dottrinale tra i sostenitori delle tesi soggettivistiche e quelli delle tesi oggettivistiche, oggi, non è più attuale, dal momento che il codice utilizza una nozione così ampia come quella di causa non imputabile in cui, a detta degli interpreti, sono confluite le diverse espressioni che figuravano nei codici precedenti. Tale nozione deve essere ricostruita attraverso la ricognizione di tutti i dati normativi sparsi nel codice, che individuano e tipizzano certi impedimenti come causa di esonero dalla responsabilità ed attraverso l'analisi delle applicazioni giurisprudenziali.

Un'indagine così condotta porta a determinati risultati.

Innanzitutto, il concetto di causa non imputabile assume il significato di evento estraneo alla sfera di controllo dell'obbligato e da lui inevitabile e inoltre in rapporto causale con una effettiva impossibilità di adempiere. Sono considerati comunemente come requisiti essenziali l'estraneità e l'inevitabilità, che non sempre si misurano alla stregua del criterio della diligenza del buon padre di famiglia.

Infatti, il requisito della estraneità sta a significare che l'avvenimento da cui dipende l'impossibilità deve essere di provenienza esteriore rispetto alla cerchia dell'attività del debitore e privo di qualunque connessione, anche soltanto occasionale, con l'attività stessa.

Quanto al requisito dell'inevitabilità o della insuperabilità dell'evento, esso rivela la sua utilità, a livello di uso da parte dei giudici, soprattutto quando il fatto da cui dipende l'impossibilità è esteriore alla sfera di attività del debitore quale un evento naturale o un ordine dell'autorità.

È da segnalare, però, che dall'analisi della casistica giurisprudenziale circa il tema della causa non imputabile i riferimenti alle diverse teorie, soggettivistiche od oggettivistiche, spesso restano a livello di declamazione, perché la valutazione degli

⁸⁹ VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 73 ss.; ID., *L'inadempimento delle obbligazioni*, op. cit., p. 228 ss. Negli stessi termini, FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., p. 359 ss.; CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1463, Bologna-Roma, 2002, p. 63 ss.

interessi configgenti nel caso concreto porta i giudici a scegliere la soluzione che ritengono più adeguata ai parametri normativi di riferimento in quel tipo di rapporto obbligatorio, “vestendo” la loro decisione con le argomentazioni teoriche che meglio sembrano attagliarsi alla fattispecie.

A titolo di verifica è utile la seguente casistica esemplificativa.

a) Fatti della Pubblica Autorità o impedimenti giuridici (c.d. *factum principis*). Il c.d. *factum principis* è un provvedimento legislativo, amministrativo o giudiziario che vieta al debitore di tenere la condotta promessa, o lo priva della disponibilità dei beni oggetto della prestazione. Ad esempio, un embargo nei confronti di uno Stato estero libera da responsabilità gli imprenditori impossibilitati ad adempiere contratti di fornitura di merci ad imprese di quello Stato; il sequestro su tutto il territorio nazionale di una merce ritenuta pericolosa per la salute costituisce causa di impossibilità non imputabile della prestazione di consegna di una partita di tale merce⁹⁰. In questo campo degli impedimenti consistenti in atti della pubblica autorità (divieti sia legislativi che amministrativi, rifiuto di autorizzazioni, espropriazione, ecc.) la giurisprudenza conduce un’indagine diretta ad accertare se il debitore ha sperimentato ed esaurito tutte le possibilità che gli si offrivano per rimuovere l’impedimento, comprese le pratiche amministrative, i ricorsi, ecc. Ad esempio, si esclude la liberazione del debitore quando egli ha iniziato tardivamente l’attività preparatoria all’adempimento, ponendosi così in condizione di subire gli effetti negativi di un vincolo giuridico sopraggiunto poco prima della scadenza dell’obbligazione⁹¹. La giurisprudenza argomenta in termini di colpa del debitore, ma si potrebbe meglio sostenere che la scelta dei tempi organizzativi è un rischio a carico del debitore stesso. In generale, se si rileva una mancanza di iniziativa del debitore, anche se non si può sapere con certezza *ex post* se la corretta iniziativa avrebbe impedito il provvedimento dell’autorità, il debitore dovrà rispondere dell’inadempimento, considerando *il factum principis* causa a lui imputabile. Quindi, questa tradizionale esimente rientra nella nozione di “causa non imputabile” solo quando sia inevitabile con il ricorso di tutti i rimedi esperibili e non solo con una diligenza ordinaria. Quando poi la causa dell’impossibilità è sicuramente estranea alla

⁹⁰ Cass., 24 aprile 1982, n. 2548.

⁹¹ Cass., 26 agosto 2002, n. 12477.

sfera di controllo del debitore ed inevitabile, allora la valutazione circa la sua concreta prevedibilità da parte dell'obbligato al momento della conclusione del contratto può costituire un valido criterio operativo per scegliere il soggetto su cui far ricadere il relativo rischio. Ciò appare evidente quando il *factum principis* consiste non già in un atto amministrativo, che spetta ai privati promuovere o sollecitare, bensì in un'innovazione legislativa; tanto più se nel contratto non assumono rilievo la qualità professionale o le conoscenze tecniche e giuridiche dei contratti. Così, nel caso di un contratto di affitto di fondo rustico decorrente dalla scadenza del contratto con il precedente affittuario, in cui la liberazione del fondo era stata resa impossibile dal sopravvenire di una legge di proroga dei contratti in corso, la giurisprudenza ha escluso che l'esperienza della precedente legislazione vincolistica fosse di per sé sufficiente a rendere prevedibile la nuova proroga e ha subordinato l'esonero da responsabilità del locatore all'accertamento dello stato concreto eventualmente raggiunto dal dibattito sulla nuova legge al momento in cui il contratto era stato concluso⁹².

b) Impedimenti inerenti all'approvvigionamento nelle obbligazioni generiche e pecuniarie. A questo proposito la giurisprudenza si trincerava solitamente dietro il principio *genus numquam perit* per affermare la responsabilità debitoria. Da ciò discende l'imputazione al debitore degli impedimenti relativi alla provvista, cioè al reperimento dei beni generici sul mercato; e sostenere che, al contrario, è configurabile un'impossibilità liberatoria quando si tratta di *genus limitatum* che è perito completamente o è diventato incommerciabile per causa non imputabile al debitore, significa ammettere che possono non essergli imputati taluni impedimenti non controllabili, se l'obbligazione assunta è legata alla provvista già esistente o alla produzione del debitore stesso.

c) Eventi naturali. Tra le cause non imputabili d'impossibilità della prestazione rientrano certamente gli eventi naturali, che spesso assumono i connotati della forza maggiore. È il caso di incendi provocati da fulmini, inondazioni, terremoti, ecc.; ad esempio, le avverse condizioni meteorologiche provocano la cancellazione dei voli nell'aeroporto di destinazione esonerano l'organizzatore del viaggio da responsabilità

⁹² Cass., 14 novembre 1957, n. 4391.

per il ritardo nel trasporto⁹³. Ma in taluni casi possono essere qualificati come impedimenti tipici se correlati ad una certa attività e perciò accollati al debitore che è in grado di controllarne gli effetti dannosi con misure tecniche *ad hoc*. Ad esempio, l'ipotesi di distruzione di un'imbarcazione dovuta al crollo della diga foranea del porticciolo turistico durante una tempesta fu risolta ravvisando una responsabilità per colpa del concessionario dell'ormeggio, perché la diga era stata sottodimensionata rispetto al progetto⁹⁴.

d) Fatto del terzo. Causa dell'impossibilità di adempiere può essere il fatto del terzo, o meglio di una persona di cui il debitore non deve rispondere. Se si tratta di un soggetto integrato nell'organizzazione del debitore, infatti, non vi è impossibilità liberatoria e il debitore è in linea di principio responsabile dell'inadempimento in quanto dovuto al fatto di un ausiliario *ex art. 1228 c.c.* Ma anche se si tratta di soggetto completamente estraneo all'organizzazione del debitore, la causa di impossibilità potrebbe comunque essere imputata a quest'ultimo se il fatto del terzo rientra fra i rischi che egli era tenuto a controllare e prevenire, come mostra la casistica in tema di furto e rapina nei contratti di trasporto e deposito; ad esempio, in caso di furto nelle cassette di sicurezza la responsabilità è addebitata alla banca in quanto il furto è un fatto che la banca si è obbligata a prevenire e, dunque, rientra nella sua sfera di controllo e rischio, e non si ritiene sufficiente ad escludere tale responsabilità la prova di aver predisposto una serie di misure di sicurezza, senza spiegare e giustificare le ragioni della loro inidoneità ad impedire l'accesso dei ladri nel locale⁹⁵. Per converso, anche nel caso di integrazione nell'organizzazione economica del debitore il fatto del terzo potrebbe costituire una causa non imputabile di impossibilità: è il caso dello sciopero dei dipendenti, che causa al debitore l'impossibilità di adempiere regolarmente alle obbligazioni verso i clienti, e che può comunque liberare costui da responsabilità quando si tratti di uno sciopero nazionale, o comunque non circoscritto all'impresa del debitore. In tali casi, infatti, lo sciopero coinvolge bensì i dipendenti del debitore ma è provocato da cause che sfuggono completamente alla sua sfera di controllo. Per gli scioperi aziendali, invece, la soluzione dipende dalla chiave di lettura del sistema della responsabilità per

⁹³ Cass., 27 ottobre 2004, n. 20787.

⁹⁴ Cass., 1 giugno 2004, n. 10484.

⁹⁵ Cass., 5 aprile 2005, n. 7081

inadempimento, e in particolare dal fatto che, essendo i dipendenti “ausiliari” in senso tecnico del debitore, è possibile inquadrare l’ipotesi nell’ambito applicativo dell’art. 1228 c.c. Il fatto che il debitore, che nell’adempimento dell’obbligazione si vale dell’opera di terzi, risponda anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, significa che il rischio organizzativo facente capo al debitore si estende alle conseguenze della sua eventuale scelta di servirsi di altri soggetti per l’esecuzione della prestazione. In ordine alla specifica ipotesi dello sciopero dei dipendenti è da segnalare che la prassi contrattuale ha indotto a considerare tutti gli scioperi come cause non imputabili, introducendo apposite clausole di esonero da responsabilità; per conseguenza, la casistica in tema di sciopero dei dipendenti si è rarefatta. Quando però il debitore è un imprenditore di minori dimensioni (e di minor potere contrattuale) rispetto al creditore, che è invece una grande impresa, allora la clausola di esonero non viene inserita, e in un caso recentemente affrontato dalla Corte di Cassazione i Giudici hanno statuito che lo sciopero aziendale costituisce forza maggiore che libera il debitore dalla responsabilità per la mancata esecuzione della prestazione contrattuale solo se si provi l’illiceità dello sciopero per la sua proclamazione o per le modalità della sua attuazione⁹⁶. Dalla casistica in materia di sciopero si ricava, quindi, che il fatto del terzo, per essere non imputabile al debitore, non deve essere provocato dalla situazione in cui il debitore ha posto il terzo mettendolo così in condizioni di interferire nell’inadempimento dell’obbligazione.

e) Fatto del creditore. Fra gli eventi che possono essere considerati causa non imputabile al debitore rientrano senz’altro fatti le vicende riconducibili al creditore o alla sua sfera. Esso è parificato al fortuito nel caso di perdita o avaria delle cose trasportate (art. 1693 c.c.) e nel caso di deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate in albergo o consegnate all’albergatore (art. 1785 c.c.). La casistica più frequente riguarda informazioni erranee o incomplete fornite dal creditore, o imprudenze da lui commesse. Il tema dell’individuazione del fatto del creditore come causa non imputabile di impossibilità della prestazione, che libera il debitore da responsabilità, s’interseca peraltro strettamente con il problema di determinare quando l’impossibilità della prestazione possa dirsi imputabile al creditore e quali ne siano le conseguenze ulteriori rispetto alla liberazione del debitore. Sul punto è

⁹⁶ Cass., 2 maggio 2006, n. 10139.

possibile ravvisare una simmetria tra la nozione di causa imputabile al creditore e causa imputabile al debitore: affinché il fatto del creditore possa ritenersi liberatorio del debitore deve trattarsi di un'impossibilità dell'adempimento che dipenda da eventi rientranti nella sfera di controllo e di influenza del creditore stesso.

Al termine di questa sommaria ricognizione casistica pare potersi confermare che la "causa non imputabile" ricorre solo in presenza di un impedimento oggettivo e quando quest'ultimo sia stato provato dal debitore.

L'art. 1218 c.c. richiede la prova della causa dell'impossibilità e secondariamente della non imputabilità di questa al debitore. Conseguenza sostanziale di tale regime probatorio è, per la giurisprudenza, che può dirsi consolidata in questo senso, l'accollo del rischio delle cause ignote al debitore.

La giurisprudenza giunge dunque a questo risultato adottando, da un lato, un concetto ristretto di "causa non imputabile", caratterizzato dall'esteriorità rispetto alla cerchia di attività del debitore e dall'inevitabilità con tutte le misure ragionevolmente ed economicamente possibili e non soltanto con quelle suggerite dal parametro della diligenza ordinaria e, dall'altro lato, esigendo l'identificazione di una causa specifica dell'impossibilità di adempiere per esonerare il debitore.

5. LE VARIE SPECIE DI INADEMPIMENTO.

La situazione di inadempimento si ricollega normalmente ad una mancanza di attività. Tuttavia, l'inadempimento consiste ovviamente in un'attività positiva del debitore quando il contenuto dell'obbligazione consiste nel non fare.

Inoltre, poiché l'attività del debitore va riguardata in funzione dell'interesse del creditore, può costituire inadempimento anche un'attività positiva del debitore la quale non soddisfi, o non soddisfi integralmente l'interesse del creditore. Viene a tal proposito in considerazione anzitutto il caso in cui la prestazione non sia stata eseguita esattamente dal punto di vista del suo oggetto (ad esempio, è stato consegnato un bene non avente le qualità pattuite), ovvero dal punto di vista soggettivo (come nel caso dell'adempimento al terzo ovvero al creditore incapace).

Dalla disciplina legislativa si ricavano tre tipi di inadempimento: l'adempimento inesatto, quello ritardato e l'inadempimento definitivo.

Ciascuna di tali ipotesi presenta aspetti peculiari che ne impongono trattazione separata.

5.1 L'ADEMPIMENTO INESATTO.

In generale, può dirsi che vi sia adempimento inesatto nel caso in cui la prestazione effettuata non possenga i requisiti soggettivi e oggettivi che sono idonei a farla coincidere con l'oggetto dell'obbligazione, e a soddisfare l'interesse del creditore.

Integra una fattispecie di inesattezza sotto il profilo del soggetto il pagamento al creditore che non è legittimato a riceverlo e, a questo proposito, rinvio alla problematica del pagamento del pagamento a creditore apparente di cui all'art. 1189 c.c., o a quella del pagamento al creditore incapace di cui all'art. 1190 c.c.,

L'inesattezza dell'inadempimento che attiene all'oggetto della prestazione può, invece, profilarsi, in particolare, come inesattezza quantitativa. A questo riguardo occorre prendere in considerazione il principio sancito dall'art. 1181 c.c., secondo il quale il creditore può rifiutare l'adempimento parziale, anche se la prestazione è divisibile "salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente". Tale principio trova una importante eccezione nella disciplina della sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione per causa non imputabile al debitore, in cui l'art. 1258, co. 1, c.c., ritiene valido l'adempimento parziale. Questa regola subisce una deviazione nelle obbligazioni nascenti da contratti a prestazioni corrispettive, che certo sono di gran lunga le più frequenti nella pratica, per le quali vige un'apposita norma, l'art. 1464 c.c., che subordina l'adempimento parziale alla facoltà dell'altra parte di recedere dal contratto, qualora non vi abbia un interesse apprezzabile.

Oltre che sotto il profilo della quantità, la inesattezza della prestazione può essere considerata anche sotto quello della qualità.

In questo contesto le norme più importanti si rivengono nella disciplina di taluni contratti speciali, mentre quelle di carattere generale si riducono agli artt. 1178 e 1258, co. 2, c.c. Il primo stabilisce che, nelle obbligazioni generiche, il debitore è tenuto a prestare "cose di qualità non inferiore alla media". Mentre l'art. 1258, co. 2,

attribuisce al debitore la facoltà di prestare la cosa deteriorata a seguito di eventi sopravvenuti a lui non imputabili⁹⁷.

5.2 IL RITARDO NELL'INADEMPIMENTO.

Un altro aspetto dell'inadempimento del debitore è costituito dal c.d. ritardo.

Bisogna distinguere concettualmente il ritardo e l'adempimento ritardato. Il ritardo indica quella situazione giuridica in cui si viene a trovare il rapporto obbligatorio quando, scaduto il termine entro il quale l'obbligazione doveva essere adempiuta, il debitore non ha adempiuto e non si sa se egli adempirà o meno.

Esso qualifica quindi quella situazione di incertezza in cui viene a trovarsi il rapporto obbligatorio che non è stato adempiuto, pur essendo scaduto il termine, ma potrebbe ancora essere adempiuto⁹⁸.

L'adempimento ritardato invece è costituito da un atto di adempimento compiuto con ritardo.

L'art. 1218 c.c. ricollega anche al ritardo imputabile al debitore la responsabilità per danni. Pure su questo terreno vi sono fraintendimenti e gli orientamenti giurisprudenziali vanno attentamente valutati.

Ad esempio l'affermazione che in modo ricorrente viene tradotta nelle massime di sentenza della Cassazione, secondo cui si ha *mora debendi* solo quando il ritardo è ingiustificato e può ascriversi a dolo o a colpa del debitore, costituisce una affermazione ridondante che ha tutt'altro significato rispetto a quello apparente⁹⁹. Tale massima ha il solo significato di richiamare sul terreno della mora i principi generali interpretati alla luce delle dottrine soggettivistiche. In altri termini, l'affermazione secondo cui il ritardo, per essere fonte di responsabilità, deve essere colposo, viene fatta al fine di riscontrare l'assenza del caso fortuito e quindi al fine di affermare la responsabilità perché l'impedimento cui il debitore affida la prova dell'esonero della responsabilità è un impedimento a lui imputabile.

Oppure la stessa affermazione ricorre in sentenze che negano la responsabilità in seguito alla valutazione, non della condotta del debitore, ma della condotta del

⁹⁷ Cfr. per una esposizione sistematica di queste varie forme di adempimento inesatto GIORGIANNI, *L'inadempimento, op. cit.*, p. 862 ss., e BIANCA, *op. cit.*, p. 23 ss.

⁹⁸ V. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 867 ss.

⁹⁹ VISINTINI, *Trattato breve, cit.*, p. 209 ss.

creditore alla stregua della correttezza. Nel senso che quando risulti una tolleranza del creditore alla dilazione dell'adempimento o sia mancato da parte sua un atto di costituzione in mora, si ritiene che il ritardo del debitore sia giustificato.

5.3 L'INADEMPIMENTO DEFINITIVO.

L'altra ipotesi di inadempimento a cui l'art. 1218 c.c. si riferisce è quella dell'inadempimento definitivo, cioè l'ipotesi in cui la prestazione manchi del tutto.

Quando la prestazione permane "possibile", per vedere se il debitore è inadempiente occorre attendere la scadenza dell'obbligazione, salvo i casi eccezionali in cui costui può considerarsi inadempiente anche prima della scadenza, ossia nell'ipotesi in cui il debitore dichiara di non voler adempiere; in quest'ultima ipotesi non sembra giustificato che il creditore debba attendere la scadenza del termine per mettere in funzione i rimedi contro l'inadempimento, specie la risoluzione del contratto, che gli consente di sottrarsi ad un vincolo ormai inutile.

Anche l'adempimento inesatto può trasformarsi in adempimento definitivo se il creditore ha rifiutato, o restituito, la prestazione inesatta, a meno che il debitore non adempia con una nuova prestazione esatta.

6. I RIMEDI A DISPOSIZIONE DEL CREDITORE A FRONTE DELL'INADEMPIMENTO.

Il quadro dei rimedi che seguono all'inadempimento, nella sistematica del codice, non appare in un contesto unitario e deve essere riconosciuto ad opera dell'interprete, che deve ricomporlo esaminando i vari frammenti nel codice civile che si occupano del fenomeno.

Quindi, di fronte all'inadempimento del debitore, il creditore che voglia sapere quali rimedi ha a disposizione deve consultare tutte le regole sparse nel codice civile sotto angolature diverse e con riferimento a istituti diversi.

Nell'ordinamento italiano le responsabilità del debitore, secondo il modello fino ad ora descritto, comporta soltanto l'obbligo di risarcire il danno subito dal creditore e sembra riferirsi esclusivamente al risarcimento per equivalente. Ma occorre tener conto che il risarcimento può essere anche in forma specifica, secondo un indirizzo della giurisprudenza accreditato dalla dottrina.

Infatti, l'art. 2058 c.c., pur se collocato nella sede della disciplina dei fatti illeciti, viene da molti ritenuto estensibile alla violazione degli obblighi contrattuali.

La dottrina più recente ha peraltro sottolineato la necessità di non confondere la richiesta di risarcimento in forma specifica con l'esecuzione coattiva¹⁰⁰ e ne ha indicato l'ambito di applicazione soprattutto con riferimento a quella forma di inadempimento che consiste nell'adempimento inesatto o nella violazione di obblighi accessori di protezione.

In giurisprudenza si sono avute applicazioni in materia di mandato, di locazione, di vendita e di appalto.

In generale si trova frequentemente in giurisprudenza l'affermazione secondo cui l'art. 2058 c.c. sarebbe espressione di un principio fondamentale applicabile anche in materia contrattuale, dovendosi ammettere che la tutela del credito passi anche attraverso la richiesta del creditore diretta ad ottenere la medesima cosa che egli intendeva assicurarsi con il contratto e non solo attraverso la liquidazione di una somma di denaro equivalente per valore.

Quindi, già con riferimento al risarcimento del danno, il quadro non appare chiaro, perché accanto ai dati legislativi espressi dal combinato disposto degli artt. 1218 e 1223 c.c. occorre richiamare la tendenza giurisprudenziale ad estendere, alla responsabilità debitoria, il principio espresso nell'art. 2058 c.c.

In sede poi di disciplina degli effetti collegabili alla fattispecie di inadempimento consistente nel ritardo va ricordata la disciplina legislativa degli effetti della mora del debitore.

A leggere soltanto l'art. 1218 c.c., al ritardo imputabile al debitore è collegata *tout court* la responsabilità per danni.

Ma è noto il dibattito che si è sollevato in dottrina a proposito dei rapporti tra gli articoli 1218 e 1219 c.c., cioè a dire tra il semplice ritardo, cui si riferisce la prima norma, e la mora, cioè il ritardo qualificato da un atto di costituzione in mora cui si riferisce l'art. 1219 c.c.

Secondo alcuni autori, infatti, il semplice ritardo non sarebbe rilevante ai fini del risarcimento del danno, in assenza dei presupposti della mora in senso tecnico.

¹⁰⁰ Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 214 ss. Sui profili di differenziazione tra l'ambito applicativo dell'art. 2058 c.c. e l'area dell'esecuzione forzata in forma specifica, v. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 127 ss.

Secondo altri, invece, al semplice ritardo si riconnette la sola responsabilità per danni e alla mora in senso tecnico sarebbe invece connesso lo spostamento sul debitore del rischio della impossibilità sopravvenuta¹⁰¹.

A favore della tesi per cui la responsabilità per danni deve dipendere da ritardo preceduto da una costituzione in mora, per intimazione o *ex re*, militano i precedenti storici, a norma dei quali l'obbligo del risarcimento e la c.d. *perpetuatio obligationis* sono sempre stati connessi e subordinati alla presenza dei medesimi presupposti.

Inoltre, a livello di orientamenti giurisprudenziali, non si riscontrano sentenze che ricolleghino conseguenze sanzionatorie ad una situazione di ritardo in mancanza della rituale richiesta di pagamento, nei casi in cui è prevista la formalità della costituzione in mora per intimazione¹⁰².

In particolare, non si possono trarre argomenti in senso contrario da quell'orientamento giurisprudenziale che in tema di risoluzione per inadempimento afferma che ai fini della risoluzione del contratto la costituzione in mora non è richiesta, perché unico presupposto della risoluzione giudiziale è un inadempimento di non scarsa importanza¹⁰³.

Tale enunciato viene espresso dai giudici in vicende processuali in cui il creditore fa valere, ai fini della risoluzione, l'inadempimento definitivo e non già un semplice ritardo, mentre quando la richiesta di risoluzione si fonda sul ritardo si può pensare che la domanda giudiziale diretta alla risoluzione vale essa stessa come atto di costituzione in mora.

Il quadro inoltre va completato ricordando che l'inadempimento, con riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive, dà luogo ad una forma di risoluzione del contratto disciplinata negli artt. 1453 e ss. c.c.

Oltre a ciò tale disciplina va integrata con una serie di discipline tipiche relative a singoli contratti il cui insieme risulta molto differenziato.

Anche il processo unilaterale costituisce spesso una reazione all'inadempimento. Non vi è una disciplina generale del recesso legale che appare

¹⁰¹ Sul dibattito di cui al testo v. BIANCA, *Dell'inadempimento, op.cit.*, p. 186 ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento, op. cit.*, p. 867 ss.

¹⁰² Cfr., nel senso della necessità dell'atto di costituzione in mora ai fini del risarcimento, Cass., 10 gennaio 1976, n. 52; Cass., 12 maggio 1990, n. 4098.

¹⁰³ Cfr., per tutte, Cass. 17 aprile 1970, n. 1109.

come istituto speciale di determinati contratti. Però è certo che, esemplificando, il recesso per giusta causa del datore di lavoro costituisce una reazione predisposta per l'inadempimento del lavoratore, e lo stesso può dirsi per il recesso previsto con riferimento ad altri contratti di durata, o per l'esclusione del socio amministratore, che possono essere determinati da gravi inadempienze oltre che da altre circostanze.

Tale dispersione di testi legislativi può dare l'impressione sbagliata che il rimedio della risoluzione sia specifico e di minore importanza di quello del risarcimento. Ma viceversa, se si scorrono i repertori, dal momento che il contratto di scambio è il genere più diffuso, i due rimedi vi ricorrono più o meno nella stessa proporzione.

Forse in ragione di ciò è stato poco vagliato dagli studiosi il rapporto fra azione di risarcimento e azione di risoluzione del contratto per inadempimento.

Come noto, ai fini della risoluzione per inadempimento, vale la regola dell'art. 1455 secondo la quale il contratto non può risolversi se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza con riguardo all'interesse dell'altra. E non vi è stato dibattito fra gli studiosi, in ordine alla seguente questione attinente ai rapporti tra i due rimedi: se il giudice valuta che non ricorre il presupposto della gravità dell'inadempimento – il che avviene soprattutto con riferimento alle ipotesi di ritardo, di adempimento inesatto e di violazione di obblighi accessori – residua l'obbligo di risarcimento del danno?

E ancora, non si è studiato a sufficienza il rapporto che intercorre tra l'azione di risarcimento *ex art. 1218 c.c.* e il sistema dei rimedi contro la consegna di cose affette da vizi redibitori, in cui la dottrina ravvisa una forma di consegna inesatta e quindi una forma di inadempienza.

In particolare, alcuni problemi sussistono in materia di garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita: la prevista sostituzione o riparazione dell'opera a spese dell'appaltatore (art. 1668 c.c.) e l'ammissibilità, ritenuta da buona parte della dottrina per la vendita in generale, e specificatamente prevista per la vendita di beni di consumo, di un diritto del compratore ad ottenere la condanna del venditore alla sostituzione o riparazione, confermano, secondo alcuni, la configurabilità di un risarcimento in forma specifica in ipotesi in cui è in gioco un inadempimento definitivo e totale, ma è in atto una collaborazione, anche se inadeguata, da parte del debitore

della prestazione. Secondo altra opinione, nelle stesse ipotesi, si configura, in capo al creditore, il diritto di chiedere ed ottenere l'esatto adempimento, trattandosi di casi in cui un adempimento, pur se inesatto, vi è stato.

Pertanto, nell'ambito dei rimedi alternativi alla risoluzione e fra le tecniche di conservazione del contratto può svolgere un ruolo importante il risarcimento in forma specifica.

In conclusione la tecnica risarcitoria, pur valorizzata nella trama del codice come principale sanzione connessa all'inadempimento, deve essere rivalutata anche in funzione del mantenimento del contratto.

Accanto a tale tutela, per così di repressiva, si può delineare anche una tutela preventiva, che consiste in mezzi che, di fronte al pericolo di inadempimento, mettono il creditore in condizione di proteggere il proprio interesse, e sono la sospensione della controprestazione (artt. 1461 e 1565 c.c.) e la cosiddetta *exceptio inadimpleti contractus*, disciplinata dall'art. 1460 c.c., la quale consente al contraente "fedele" al contratto di rifiutare legittimamente di eseguire la prestazione, fino a che l'altro contraente non abbia adempiuto o offerto di adempiere esattamente la propria prestazione. Non essendo diretta a contrastare definitivamente la pretesa dell'attore, ma comportando solamente la sospensione della prestazione dovuto fino a quando la controprestazione non sia stata adempiuta, alla eccezione di inadempimento si attribuisce carattere meramente dilatorio. Per quanto concerne la sua natura – sostanziale o processuale – dottrina e giurisprudenza hanno più volte affermato che essa ha natura di eccezione in senso proprio e che, pertanto, sia necessario l'impulso di parte perché il giudice possa tenerne conto.

Maggior varietà di posizioni, invece, si riscontra in ordine all'individuazione della *ratio* dell'eccezione di inadempimento, ma la tesi maggiormente accreditata in dottrina è quella che ravvisa tale *ratio* nella conservazione del sinallagma contrattuale.

Affinché sia possibile l'applicazione dell'art. 1460 c.c., è necessario che entrambe le parti siano obbligate ad effettuare una prestazione non ancora eseguita: la parte cui è richiesto l'adempimento potrà rifiutare la propria prestazione se l'altra non ha adempiuto o non ha fatto offerta di adempiere contemporaneamente la propria.

Ma si ammette la possibilità che l'eccezione di inadempimento possa essere esercitata anche quando la parte eccepita abbia adempiuto ma la sua prestazione sia incompleta o difettosa (c.d. *exceptio non rite adimpleti contractus*).

7. L'ONERE PROBATORIO DELL'INADEMPIMENTO: LA QUESTIONE DELLA RIPARTIZIONE DEGLI ONERI PROBATORI IN SEDE DI ESERCIZIO DEI RIMEDI A TUTELA DEL CREDITORE INSODDISFATTO.

In dottrina e giurisprudenza, per lungo tempo, hanno continuato a susseguirsi prese di posizione di segno opposto sulla questione della ripartizione degli oneri probatori in sede di esercizio dei rimedi a tutela del creditore insoddisfatto.

In relazione alle domande di condanna all'adempimento, di risoluzione *ex art.* 1453 c.c. e di risarcimento del danno, non si è mai definitivamente giunti a determinare con chiarezza quali siano le circostanze che, nell'ambito delle rispettive fattispecie, sono da considerare fatti costitutivi delle diverse pretese e, in quanto tali, *themata probanda* gravanti sul creditore agente.

È pacifico che, qualunque sia la pretesa creditoria della quale si lamenta la lesione, è sul titolare del credito che grava l'onere di dare la prova quanto meno della fonte del proprio diritto ed eventualmente della scadenza del termine di adempimento¹⁰⁴.

Da sempre, invece, costituisce *vexata quaestio* se sia il creditore agente, che lamenta la violazione del suo diritto, ad essere gravato dall'onere di dimostrare il mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione, quale fondamento dell'azione di esatto adempimento, o di risoluzione o di risarcimento del danno, ovvero se incomba sul debitore resistente, che eccepisca l'estinzione dell'obbligazione per adempimento, la prova dell'avvenuto compimento dell'attività solutoria.

Al riguardo, si rileva la coesistenza di due orientamenti: secondo una prima impostazione, non vi dovrebbe essere diversità di trattamento a seconda dell'azione esperita dal creditore e dunque, se egli può limitarsi a dimostrare il titolo del proprio credito quando agisce per l'esecuzione, altrettanto dovrebbe accadere quando egli chieda la risoluzione o il risarcimento.

¹⁰⁴ V. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 69 ss.; DE CRISTOFARO M., *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 567 ss.

Un'altra opinione intravede per contro un differente fondamento dei rimedi disponibili; in particolare, poiché l'inadempimento costituirebbe il presupposto per l'applicazione delle norme che concedono al creditore il diritto alla risoluzione o al risarcimento, l'onere di provare il comportamento infedele del debitore ricadrebbe sull'attore che invoca quei rimedi.

Entrambe le opinioni sono state al contempo sostenute e criticate da dottrina e giurisprudenza. Per lungo tempo la tesi che diversifica l'onere probatorio a seconda dell'azione esercitata dal creditore è risultata essere la tesi maggioritaria.

Questo fino al 2001, anno in cui la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 13533, è arrivata ad una svolta aderendo alla tesi c.d. minoritaria e prendendo posizione su tutte le diverse questioni concernenti l'onere probatorio dell'inadempimento.

Prima di analizzare nello specifico questa sentenza è bene, però, muovere dall'origine della questione e approfondire le diverse posizioni sostenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel corso del tempo.

7.1 I PRECEDENTI IN DOTTRINA.

In dottrina, con particolare riguardo all'azione di risoluzione, si trovano da un lato autori i quali ritengono che, nel domandare la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, l'attore non può sottrarsi all'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento altrui¹⁰⁵, dall'altro voci le quali affermano che, una volta offerta dall'attore la prova del contratto, incomberà sul convenuto la prova liberatoria¹⁰⁶.

In relazione alla domanda di danni per inadempimento, si è sostenuto in dottrina che il creditore, oltre al titolo, deve provare l'impossibilità della prestazione, ove l'abbia dedotta a fondamento della propria pretesa, e addirittura che, nei casi in cui non abbia più interesse all'adempimento, per essere decorso il tempo in cui doveva effettuarsi la prestazione, o quando in conseguenza del mancato

¹⁰⁵ V. COMOGLIO, *Le prove civili*, in AA. VV., nel *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, vol. 19, Torino, 1984, p. 237.

¹⁰⁶ V. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca (artt. 1453 – 1454), Bologna – Roma, 1990, p. 228.

adempimento nel termine convenuto si è verificata l'impossibilità della prestazione, egli sia tenuto a provare l'inadempimento¹⁰⁷.

Rispetto, invece, all'azione di condanna all'adempimento, si riscontra la maggior convergenza di vedute, nel senso che la prova del pagamento è di regola un onere a carico del debitore. Anche qui, però, si sono levate voci contrarie, orientate a sostenere che, in materia di obbligazioni contrattuali, l'onere della prova dell'inadempimento graverebbe sempre sul creditore. Poi, gli stessi sostenitori dell'opinione dominante hanno formulato distinzioni ed eccezioni, ora ravvisando la necessità di una diversa soluzione per le obbligazioni negative, poiché in queste è il creditore che deve provare il fatto positivo dell'inadempimento¹⁰⁸, ora ponendo la prova dell'inadempimento a carico del creditore quando quest'ultimo lamenti l'inesattezza della prestazione¹⁰⁹.

Entro a questo panorama così composito è bene, poi, porre in rilievo come il differente atteggiarsi della questione concernente la determinazione dei *themata probanda* gravanti sul creditore insoddisfatto venga ricondotto, in linea di massima, a tre ordini di considerazioni.

Sotto un primo profilo, si è sostenuto che la ripartizione dei carichi probatori tra creditore e debitore dipende dal contenuto della pretesa dedotta in giudizio e varia, quindi, secondo che questa sia diretta a ottenere la condanna all'esecuzione della prestazione ovvero il risarcimento dei danni per ritardo o per inadempimento definitivo oppure la risoluzione del contratto fonte dell'obbligazione inadempita. Di conseguenza l'inadempimento non costituirebbe un *thema probandum* gravante sul creditore che agisce per l'adempimento; mentre conclusione opposta sarebbe da accogliere per le ipotesi in cui la mancata esecuzione della prestazione venga posta a fondamento di una diversa conseguenza giuridica: sia questa il diritto al risarcimento dei danni o al pagamento di una penale oppure il potere di risolvere il contratto.

Sotto un secondo profilo, ci si è richiamati al contenuto dell'impegno debitorio, che si assume inadempito, per distinguere le obbligazioni aventi ad oggetto un *dare* o un *facere* da quelle aventi ad oggetto un *non facere*. Nelle prime, il creditore sarebbe chiamato a dare la dimostrazione solo del titolo; nelle seconde,

¹⁰⁷ MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, op. cit., p. 1096 ss.

¹⁰⁸ PATTI, *Prove*, in *Comm. Scialoja-Branca*, IV, Bologna – Roma, 1987, p. 117.

¹⁰⁹ BIANCA, *Inadempimento*, cit., p. 176; MENGONI, op. ult. cit., p. 1097.

invece, sarebbe tenuto a provare anche il fatto (positivo) compiuto in violazione del dovere di inerzia.

Si è infine prospettata la necessità di soluzioni diversificate a seconda che, nell'ambito delle obbligazioni c.d. positive, ad essere lamentata sia la totale mancanza oppure l'inesattezza della prestazione. Ove il creditore contesti solamente la conformità tra la prestazione eseguita e quella dovuta spetterà a lui stesso dare prova di questa inesattezza nell'adempimento. Mentre nell'ipotesi di inadempimento definitivo resta ferma la regola che accolla al debitore la dimostrazione dell'adempimento.

La presenza di così tante e diversificate posizioni deve essere ricondotta in particolar modo al fatto che nel codice vigente non è stata rinnovata una norma quale l'art. 1312 c.c. del 1865.

Tale articolo, modellato sull'art. 1315 Code Napoléon, statuiva che : “Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne liberato, deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione”.

Il legislatore del 1942 ha preferito dettare una disciplina generale in tema di ripartizione dei carichi probatori (art. 2697 c.c.), con una norma che impone, a chi vuol far valere un diritto in giudizio, l'onere di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Tale norma costituisce l'applicazione di una teoria elaborata agli inizi del secolo scorso in Germania (***Normen Theorie***, elaborata dal Rosenberg, *Die Beweislast*, Berlino 1900), secondo cui la dimostrazione degli accadimenti che realizzano in concreto una fattispecie normativa viene fatta gravare su quella delle parti che, dall'applicazione della disposizione relativa a tale fattispecie, viene a trarre effetti favorevoli.

Ora, per quanto ci interessa, la lettera della disposizione lascia irrisolta la questione se sul creditore incomba, oltre all'onere di dimostrare l'esistenza (il titolo) del rapporto, anche la prova dell'inadempimento. Anzi, ove si ritenga che il mancato svolgimento dell'attività solutoria costituisca un presupposto per l'accoglimento della domanda, sembrerebbe essere proprio questa la soluzione imposta dal dettato dell'art. 2697 c.c., dal momento che ogni pretesa giudiziale relativa a un credito che

non si esaurisca in una domanda di mero accertamento dello stesso assume necessariamente a suo fondamento l'inadempimento del rapporto obbligatorio.

Per giungere ad una conclusione opposta a questa, in dottrina si sono percorse due vie.

Da un lato si è cercato di giustificare l'esenzione del creditore dall'onere di provare l'inadempimento in base al criterio della ripartizione del rischio relativo alla prestazione, anche richiamandosi alle difficoltà, spesso insuperabili, che il creditore incontrerebbe se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione. È questo il criterio c.d. della riferibilità o della vicinanza della prova, per cui l'onere della prova di un fatto è a carico alla parte cui si riferisce.

D'altro lato, per giustificare l'incidenza sul debitore dell'onere di provare l'adempimento, parte della dottrina ha fatto leva sulla operatività del c.d. principio di persistenza del diritto; in forza di detto principio, il debitore sarebbe gravato dall'onere di dare la dimostrazione dell'avvenuta *solutio* proprio al fine di vincere detta presunzione, che in ambito obbligatorio si tradurrebbe in presunzione di inadempimento.

Volendo riassumere, possiamo ricondurre tutte queste diverse posizioni a due differenti orientamenti dottrinali: da un lato tutti quegli autori che pongono la prova dell'inadempimento a carico del creditore, e dall'altro lato tutti coloro che fanno gravare la prova dell'adempimento a carico del debitore.

La dottrina che pone la prova dell'inadempimento a carico del creditore è la più datata.

Tra gli autori che hanno sostenuto tale posizione troviamo il MAJELLO¹¹⁰, secondo il quale la mancata esecuzione della prestazione è un tema di prova che spetta comunque al creditore, poiché anche una domanda di adempimento ha per presupposto l'accertamento dell'irrealizzazione del credito. La domanda la quale non si limiti ad una richiesta di mero accertamento del credito esprime una pretesa che assume a suo fondamento il fatto dell'inadempimento del rapporto obbligatorio. In questo senso l'inadempimento può essere inteso come fatto costitutivo della pretesa anche nella domanda di esatto adempimento.

¹¹⁰ MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 161 ss.

L'ANDRIOLI¹¹¹ ritiene che chi agisce per la risoluzione o per la rescissione di un atto è tenuto a fornire la prova dei fatti che stanno a base delle relative azioni costitutive: l'inadempimento e la gravità del medesimo se si tratta della risoluzione ex art. 1453 c.c., gli eventi straordinari ed imprevedibili, se si tratta della risoluzione ex art. 1457 c.c.

Il COMOGLIO¹¹², afferma che, in linea di principio, la ripartizione dell'onere della prova nel sistema processuale civile è condizionata dalle esigenze decisorie a cui il giudice è chiamato a far fronte, le quali sono di natura pragmatica ed applicativa e comportano una equa ripartizione degli oneri e dei rischi probatori, in rapporto alle mutevoli caratteristiche della situazione sostanziale e processuale. Egli avalla l'opinione prevalente secondo cui il creditore, agendo per la c.d. manutenzione (o esecuzione) del contratto può limitarsi a provarlo, quale titolo genetico del diritto che intende far valere, lasciando al convenuto l'onere di opporre fatti contrari, di portata estintiva o impeditiva; mentre ritiene, invece, che nel domandare la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, quale che sia l'oggetto dell'obbligazione insoddisfatta, l'attore, pur non essendo tenuto a provare la costituzione in mora o il proprio adempimento, non può sottrarsi all'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento altrui, quale supporto essenziale della sua azione.

Anche il MICHELI¹¹³ ritiene che l'inadempienza della controparte rappresenti un fatto costitutivo dell'effetto giuridico richiesto dall'attore. In senso contrario non si può opporre che l'adempimento costituisca sempre un fatto estintivo, pertanto da provarsi dal convenuto, poiché esso non è da considerare un tema fisso di prova. L'autore pone a sostegno di questa sua affermazione il fatto che l'art. 1312 c.c. del 1865, che poneva a carico del convenuto l'obbligo della prova dell'adempimento, stabiliva ciò solo nell'ipotesi in cui l'attore chiedesse l'adempimento della prestazione. In questo caso l'attore può limitarsi alla prova del sorgere dell'obbligazione, mentre incombe sul convenuto la dimostrazione che questa è stata adempiuta.

¹¹¹ ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, p. 295.

¹¹² COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. 9, Torino, 1991, p. 211 ss.

¹¹³ MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, p. 438.

Nell'ipotesi, invece, in cui l'attore chieda la risoluzione per inadempimento, la situazione sarebbe diversa: il fatto costitutivo rispetto alla fattispecie legale è appunto l'inadempimento, affinché l'art. 1453 c.c. venga in considerazione; per cui detto inadempimento deve essere provato dal creditore che agisce. L'autore prende posizione anche nei confronti della tesi secondo cui, in caso di obbligazione di fare o di dare, la prova dell'inadempimento non graverebbe sull'attore creditore, ma competerebbe al debitore dimostrare di aver adempiuto; mentre graverebbe sull'attore creditore l'onere della prova dell'inadempimento solo relativamente alle obbligazioni di non fare. Ritiene il Micheli che la differenza tra i due casi non dipende esclusivamente dal gioco naturale delle regole sull'onere della prova, ma anche dal criterio di identificazione della domanda. Quando l'attore chiede la condanna del debitore inadempiente rispetto ad un obbligo della prima categoria, egli è tenuto ad indicare gli elementi che servono ad individuare l'obbligazione e la propria pretesa e, pertanto, il contenuto del provvedimento richiesto.

L'art. 2697 c.c., dettando il principio generale della ripartizione dell'onere della prova, dovrebbe impedire la formulazione di temi fissi di prova, tanto più che il principio è posto in relazione con la posizione delle parti rispetto all'effetto giuridico richiesto. L'ambito dell'onere della prova viene così fissato, tenendo conto della pretesa avanzata da ciascuna parte, dal rapporto che corre tra la parte e l'effetto giuridico richiesto.

Più sfumata è la posizione del VERDE¹¹⁴. Questo Autore, pur affermando in linea di principio che, ai fini della ripartizione dell'onere della prova, debba riconoscersi importanza al ruolo assunto dalla parte nel processo, ritiene che l'analisi dell'art. 1453 c.c. debba andare oltre la lettera dell'articolo stesso, in cui il fatto adempimento sembra indicato nella sua accezione meramente naturalistica e non come elemento costitutivo delle due fattispecie legali previste in detta norma: in quella costruita in funzione dell'adempimento, il fatto costitutivo è nel contratto o comunque nella fonte dell'obbligo; in quella costruita in vista della risoluzione, al contrario deve aggiungersi l'inadempimento della controparte, giacché senza l'inadempimento non nasce l'effetto risolutivo. Più in particolare, qualora l'azione di condanna all'adempimento abbia ad oggetto un *facere* consistente nell'eliminazione

¹¹⁴ VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 424 ss.

di quanto sia stato posto in essere in violazione di un'obbligazione di non fare, oltre alla fonte dell'obbligo di non fare occorre provare che in concreto questo obbligo è stato violato. Se l'oggetto della domanda contribuisce ad individuare la *causa petendi*, è chiaro come la circostanza che sia azionata una pretesa di risoluzione o di risarcimento, anziché di inadempimento, non possa non incidere sulla struttura della fattispecie dedotta in giudizio, sull'individuazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere e, quindi, dei temi di prova gravanti sull'attore.

Per quanto concerne, invece, la dottrina che pone la prova dell'inadempimento a carico del debitore, una posizione molto articolata è espressa dal CARBONE¹¹⁵ il quale, dopo aver asserito che la mancata riproduzione del disposto dell' art. 1312 del codice abrogato comporterebbe, alla luce degli attuali artt. 1218 e 2967 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 contraria, e cioè dell'adempimento che si pone come fatto estintivo dell'obbligazione".

Il MARICONDA¹¹⁶ rileva che l'inadempimento è un concetto di genere che comprende due specie contrassegnate da fatti positivi ed un'altra caratterizzata dalla circostanza negativa della mancata esecuzione della prestazione dovuta. Le due specie connotate positivamente sono da un lato l'adempimento inesatto e dall'altro l'inadempimento definitivo conseguente alla sopravvenuta impossibilità della prestazione.

Quella a contenuto meramente negativo coincide con la situazione di ritardo nell'adempimento di una prestazione ancora possibile.

La verifica della portata dell'enunciazione di principio secondo cui il creditore deve provare l'inadempimento, dovrebbe passare attraverso l'esame dei fatti di

¹¹⁵ CARBONE, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*, in *Corriere giuridico*, 1997, 5, p. 546 ss.

¹¹⁶ MARICONDA, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Corriere Giuridico*, 1993, p. 568 ss.

inadempimento allegati dalla parte che pretende di ottenere la risoluzione, con la conseguenza di un netto ridimensionamento di detto principio.

Rileva l'Autore che qualora il creditore non neghi il fatto dell'adempimento, ma lamenti che la prestazione eseguita non risponda a quella dovuta, l'onere di provare l'inesattezza grava su di lui. Ciò è una diretta conseguenza del principio generale sull'onere della prova: una volta, infatti, che l'attore riconosca come fatto pacifico l'avvenuto adempimento dell'altra parte e lamenti vizi, difetti o difformità della prestazione eseguita rispetto a quella dovuta, sarà a suo carico la prova dell'esistenza di detti vizi, difetti o difformità.

Quando, invece, si versi in ipotesi di domanda di risoluzione di contratto per inadempimento assoluto, la prova dell'inesistenza dello stesso fa carico al debitore, come fatto impeditivo della domanda. Infatti, l'art. 1453 c.c. attribuisce alla parte non inadempiente un'alternativa tra la domanda di esatto adempimento e la domanda di risoluzione che si collega al medesimo presupposto costituito dal mancato adempimento.

L'Autore conferma detto suo orientamento in due successivi scritti¹¹⁷, nei quali, commentando adesivamente rispettivamente Cass. 27 marzo 1998 n. 3232 e Cass. 7 febbraio 1996 n. 973, le quali sostenevano che l'inadempimento va solo allegato dal creditore che agisce per il risarcimento del danno, osserva che il criterio della riferibilità della prova (per cui ognuno deve provare i fatti a sé riferibili) andrebbe coordinato con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui non avrebbe più valore 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. Il frequente riferimento giurisprudenziale alla possibilità di provare i fatti negativi mediante la prova dei fatti positivi contrari, può contraddire il criterio enunciato della riferibilità della prova.

Questo criterio si collega a ragioni di opportunità pratica, quali erano poste a fondamento dell'antico brocardo *negativa non sunt probanda*. Le esigenze pratiche sono penetrate sia nell'art. 1218 c.c., sia nell'art. 2697 c.c., con la conseguenza che le due norme convergono nel risultato di porre a carico del debitore la prova

¹¹⁷ V. MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova, la Cassazione è a una svolta?*, in *Corriere Giuridico*, 1998, p. 784; *Risarcimento del danno ed onere della prova*, in *Giustizia civile*, 1996, p. 541.

dell'adempimento, qualificabile come fatto estintivo delle pretese del creditore fondate sugli artt. 1218 e 1453 c.c.

Aderisce alla tesi secondo cui la prova dell'inadempimento grava sul debitore, in caso di domanda di risoluzione, anche il MENGONI¹¹⁸. Il diritto alternativo di chiedere l'adempimento o la risoluzione è attribuito dall'art. 1453 c.c. alla parte fedele al contratto sulla base del medesimo presupposto, onde le due azioni non possono essere soggette a diversi regimi di prova. Anche la domanda di risoluzione fa valere l'inadempimento nella forma del ritardo: come tale è sufficientemente fondata in giudizio con la prova del contratto. L'inadempimento definitivo non è una condizione dell'azione, bensì un effetto collegato dalla legge al suo esercizio, e precisamente l'effetto di preclusione al debitore della facoltà di adempimento tardivo.

A parere dell'Autore sollecita, invece, considerazioni diverse il caso in cui l'attore richieda il risarcimento del danno in via autonoma, ex art. 1218 c.c., lamentando l'inadempimento definitivo conseguente all'intervenuta impossibilità della prestazione. In tal caso può apparire plausibile che sia il creditore a dover provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione così come è da ritenersi per l'ipotesi in cui l'attore pretenda di ottenere il risarcimento del danno in luogo dell'inadempimento e non proponga domanda di risoluzione.

Il creditore che chieda il risarcimento del danno commisurato alla mancata esecuzione della prestazione dovuta ha l'onere di provare l'impossibilità della prestazione, con la conseguenza che sarà poi il debitore a dover dare la prova liberatoria ai sensi dell'art. 1218 c.c. L'ipotesi della sopravvenuta impossibilità della prestazione è, comunque, del tutto marginale, concernendo esclusivamente prestazioni infungibili e presupponendo che il creditore allegghi la circostanza della sopravvenuta impossibilità della prestazione.

Si tratta di un'ipotesi prevalentemente teorica. Questo perché, in pratica, il creditore che non sia in grado di dimostrare l'impossibilità sopravvenuta, può dispensarsi proponendo in via principale la domanda di adempimento e di danni per il ritardo, così da lasciare intatto, a carico del debitore, il tema di prova dettato dall'art.

¹¹⁸ MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, op. cit., p. 1097.

1218 c.c., che implica la dimostrazione sia dell'impossibilità che della non imputabilità dell'evento che l'ha cagionata.

Il CHIOVENDA¹¹⁹ afferma che spetta al convenuto la prova dell'estinzione del diritto dell'attore. Ma, relativamente all'adempimento, distingue le obbligazioni che dopo l'inadempimento rimangono tali e quali (conservando cioè l'originario contenuto) e le obbligazioni che con l'inadempimento danno luogo a diritti nuovi. Nelle prime (obbligazioni di dare e fare) l'attore non deve provare l'omissione dell'inadempimento: ciò che si deve dopo l'inadempimento è di solito ciò che si doveva prima, l'obbligazione perdura, per cui all'attore basterà provare che è nata. Nelle seconde (obbligazioni di non fare) l'inadempimento consiste in un'azione positiva, nel fare quello che non si doveva fare. In tale caso, l'azione tende ad ottenere la rimozione di ciò che si è fatto: il fondamento del diritto di agire dell'attore sta anche nel fatto lesivo dell'obbligazione; quindi, l'attore dovrà provare il fatto lesivo compiuto dal convenuto.

Articolata è la posizione del BIANCA¹²⁰. Questo Autore rileva che, quando l'art. 2697 c.c. chiede all'attore la prova del diritto fatto valere e al convenuto la prova della modificazione o dell'estinzione del diritto stesso, sancisce chiaramente il principio della presunzione di persistenza del diritto.

Ora, per quanto attiene ai crediti, la presunzione di persistenza del diritto oltre il termine di scadenza può implicare per sé stessa una presunzione di inadempimento: quando, infatti, si tratta di 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.

Entro questi limiti si giustifica la proposizione secondo la quale il creditore deve dare la prova dell'esistenza del rapporto e della scadenza del termine, ma non anche dell'inadempimento: opera la presunzione di sopravvivenza del rapporto obbligatorio, per cui è il debitore che deve vincere tale presunzione, fornendo la prova dell'adempimento come fatto estintivo del diritto del debitore.

La prova specifica dell'inadempimento deve invece porsi a carico del creditore quando la presunzione di persistenza del diritto è inoperante e la dimostrazione

¹¹⁹ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1965, p. 794 ss.

¹²⁰ BIANCA, *Dell'inadempimento*, op. cit., p. 173 ss.

dell'originaria esistenza del credito non consente, quindi, alcuna presunzione nel senso della sua in esecuzione. Ciò deve dirsi per quanto attiene alle pretese creditorie che tutelano un interesse di salvaguardia contro l'ingerenza del debitore o di terzi ed in cui la scadenza del termine segna anche la normale estinzione del diritto.

Ritiene, pertanto, l'Autore che è esatta la soluzione che assegna al creditore la prova dell'inadempimento nelle obbligazioni negative.

Anche nel caso di adempimento inesatto la prova dell'inadempimento fa carico al creditore, in quanto la presunzione di persistenza del diritto è inoperante, perché il creditore ammette l'avvenuta esecuzione e ravvisa la lesione del suo interesse in un certo modo di essere del bene prestatato; si pone allora a suo carico la dimostrazione di tale lesione.

Se, invece, il creditore si limita ad ammettere un adempimento parziale, sussiste a suo favore la presunzione che il diritto persista nella parte rimanente e che per questa parte debba considerarsi inadempito, con la conseguenza che se l'inesattezza della prestazione è quantitativa, la prova di aver adempiuto esattamente grava sul debitore.

In questi termini si muove anche LUMINOSO¹²¹, il quale rileva che, ai fini della prova, al creditore spetta unicamente dimostrare l'esistenza del proprio diritto, non anche l'altrui inadempimento, posto che a tale effetto basta che egli affermi il mancato soddisfacimento del proprio interesse per la mancata offerta della prestazione, o che provi l'inesattezza dell'offerta. Spetterà al debitore dimostrare o l'inesigibilità della prestazione o l'avvenuto esatto pagamento, o che il mancato soddisfacimento dell'altrui interesse è dipeso da una causa a lui non imputabile. Ciò, però, vale solo per l'inadempimento totale di obbligazioni positive; nel caso in cui si lamenti l'adempimento inesatto la prova di questa inesattezza deve essere fornita dal creditore.

Il DE CRISTOFARO¹²² ritiene che, sotto il profilo dell'incidenza sul creditore dell'onere di provare la lesione del suo diritto, si distinguono differenti tipologie di inadempimento. Chi agisce *ex art. 1453 c.c.* per la risoluzione o per il risarcimento del danno non chiede il soddisfacimento del credito, bensì invoca l'inadempimento quale

¹²¹ LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 224.

¹²² DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione*, cit., p. 567 ss.

presupposto di un diverso effetto giuridico ed egli non allega necessariamente a fondamento della propria pretesa tale fatto, di modo che la relativa prova deve essere posta a suo carico. Il creditore fa valere il rapporto nel suo contenuto originario e non afferma il verificarsi di un fatto nuovo, cui possa essere riconosciuta funzione costitutiva nella struttura della fattispecie sostanziale del diritto alla risoluzione. Pertanto, se il creditore lamenta un totale inadempimento, l'accertamento della mancata soddisfazione del suo diritto, quale consegue alla prova della fonte del vincolo ed alla mancata deduzione di fatti estintivi dello stesso, è sufficiente per considerare sussistente il diritto potestativo alla risoluzione, che esiste in quanto il debito non risulti estinto. Richiedendo cioè, tanto la pronuncia ex art. 1453 c.c. quanto quella di condanna, l'accertamento dei presupposti di esistenza attuale del credito, una volta che si riconosca che detto accertamento consegue alla dimostrazione del titolo ed alla mancata allegazione e prova di fatti estintivi del vincolo, diviene logico concludere che l'acquisizione della prima comporterà che risultino sussistenti le condizioni di accoglimento sia della domanda di adempimento che quella di risoluzione.

L'equiparazione delle situazioni sostanziali sottese alla domanda di adempimento e di risoluzione porta l'Autore a concludere che nelle ipotesi di cui all'art. 1453 c.c., se viene esperita l'azione di risoluzione per inadempimento di obbligazioni positive, al creditore non incombe l'onere di provare l'inadempimento.

Diverso è invece il caso in cui l'attore, nel chiedere la risoluzione, allegi circostanze nuove od ulteriori rispetto a quelle attinenti alla conclusione del contratto. Laddove venga fatta valere la violazione di obblighi negativi o l'inesatta esecuzione di prestazioni positive, infatti, le circostanze in cui si è concretato l'inadempimento si pongono, sotto il profilo della struttura della fattispecie sostanziale, quali fatti costitutivi della pretesa, come tali da provare. In questi casi, pertanto, l'attore in risoluzione sarà gravato da uno specifico onere probatorio con riguardo, oltre che alla gravità dell'inadempimento, alla violazione del dovere di inerzia o di protezione ovvero, dopo la ricezione della prestazione positiva, alla non corrispondenza tra il prestatore ed il dovuto. Dato che il diritto alla risoluzione sussiste in tanto in quanto risulti l'insoddisfazione del credito e, quindi, constino i presupposti cui è subordinato l'accoglimento della domanda di esatto adempimento, nelle

fattispecie in questione la lesione del credito potrà considerarsi accertata solo se il creditore ne avrà dato la prova specifica.

Il CARNEVALI¹²³ osserva che il creditore deve fornire la prova dell'inadempimento solo nelle obbligazioni negative (in cui deve provare il fatto positivo che concreta l'attività vietata) o nel caso in cui si tratti di inesatto adempimento o di adempimento tardivo. Quando invece il creditore agisca per la risoluzione per inadempimento di un contratto da cui sorgono obbligazioni positive ed allegghi l'inadempimento totale del debitore, è sufficiente che provi la fonte dell'obbligo, mentre competerà al debitore provare il fatto estintivo dell'adempimento, così come avviene nel caso in cui il creditore agisca per l'esatto adempimento.

Infatti, allorché agisce per l'adempimento, il creditore aziona una pretesa che è preceduta da una fase di accertamento che, mirando a verificare l'esistenza della pretesa, presuppone logicamente l'inesistenza di qualunque fatto estintivo o impeditivo.

Anche la domanda di risoluzione ha in comune con quella di condanna all'esatto adempimento una fase di accertamento: infatti secondo la dottrina prevalente la differenza tra sentenze di mero accertamento, di condanna e costitutive è puramente quantitativa, poiché la condanna e l'effetto costitutivo sono aggiuntivi e consequenziali rispetto all'accertamento. In questa fase preliminare di accertamento l'attore deve provare solo i fatti costitutivi del suo diritto, a seguito della quale prova opera la presunzione di persistenza del diritto stesso, per cui compete al debitore provare che il diritto del creditore si è estinto per effetto dell'adempimento.

Quando l'indirizzo tradizionale osserva che gli oneri probatori vanno costruiti in funzione dell'effetto giuridico considerato e che senza l'inadempimento non sorge l'effetto risolutivo, trascura di considerare che il diritto potestativo di risoluzione per inadempimento presuppone una pretesa insoddisfatta e che di conseguenza confluiscono in esso due temi probatori: l'uno attiene all'inesecuzione della prestazione (tema probatorio comune alla domanda di condanna all'inadempimento)

¹²³ CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub artt. 1453 – 1454*, Bologna – Roma, 1990, p. 71 ss.

e l'altro attiene ai presupposti specifici del diritto alla risoluzione (ad esempio il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento).

Per concludere l'analisi delle diverse posizioni dottrinali possiamo sottolineare come i dissidi sull'onere della prova derivano dalla formulazione davvero concisa dell'art. 2697 c.c.. Come si ricorderà, l'articolo dispone: "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".

Secondo l'interpretazione corrente, la norma, nell'affermare il principio generale sull'onere della prova, offre al giudice una regola di giudizio in base alla quale decidere nell'eventualità che al termine del procedimento risulti incerto un fatto rilevante. Tuttavia tale regola di giudizio non scioglie il problema di individuare in concreto i carichi probatori che incombono alle parti, tanto che essa è stata considerata una vera e propria "norma in bianco".

7.2 I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI.

Fino alla sentenza delle Sezioni Unite n. 13533, in giurisprudenza si potevano individuare due orientamenti in tema di ripartizione dell'onere della prova, in particolare con riguardo al caso della domanda di risoluzione del contratto per inadempimento.

L'orientamento prevalente riteneva che, in materia di obbligazioni contrattuali, l'onere della prova dell'inadempimento incombesse sul creditore, al quale sarebbe quindi spettato dimostrarlo; mentre il debitore, solo dopo tale prova fornita dal creditore, viene chiamato a giustificare l'inadempimento attribuitogli.

Si sosteneva che, ai fini della ripartizione dell'onere della prova, si deve aver 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, in cui è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione l'attore sarebbe 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 poi al convenuto l'onere di provare di essere immune da colpa¹²⁴.

Questa giurisprudenza si richiama "al costante orientamento della Corte", secondo il quale l'attore deve provare il fatto costituente il preteso inadempimento se agisce per la risoluzione. In proposito si ritiene che la domanda di risoluzione si fondi su due elementi: il contratto, come fonte dell'obbligazione, e l'inadempimento, con la conseguenza che entrambi detti elementi devono essere provati dall'attore a norma dell'art. 2697 c.c.

Una verifica dei fatti consente, tuttavia, di ridimensionare la portata di quello che è comunemente considerato nelle stesse sentenze predette "il consolidato insegnamento della Suprema Corte". Infatti, anche se non emerge quasi mai dalle massime, molte delle pronunce che contengono l'enunciazione di tale principio, e che vengono richiamate quali precedenti da cui emergerebbe il costante orientamento della Corte, si riferiscono a fattispecie diverse dall'inadempimento assoluto ed attengono spesso all'inesattezza qualitativa o quantitativa della prestazione.

Ad esempio, la sentenza della Cassazione del 24 gennaio 1994, n. 10014, in relazione a prestazione d'opera intellettuale di un medico, rileva che il cliente, che abbia subito un intervento di chirurgia riabilitativa, o anche di chirurgia estetica senza conseguire i risultati sperati, che intenda chiedere al professionista il risarcimento dei danni sostenendo che l'obbligazione da questo contratta era, nel caso specifico, di risultato o addebitando al professionista la violazione del dovere di informazione sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei risultati e sulle possibilità e probabilità di risultato conseguibile, ha l'onere di provare l'inadempimento, che è fatto costitutivo del suo diritto al risarcimento del danno, e perciò che la prestazione dovuta dal professionista era di risultato, o che il professionista non ha adempiuto puntualmente all'obbligo di informazione.

Altre volte, invece, la regola di giudizio desumibile dall'art. 2697 c.c. viene richiamata impropriamente. Tale norma introduce un criterio di ripartizione dell'onere

¹²⁴ Cfr. Cass. 8 gennaio 2000 n. 123, in *Contratti*, 2000, p. 547, con nota di CARNEVALI; Cass. 9 gennaio 1997 n. 124, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 23; Cass. 24 settembre 1996 n. 8435, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 1313; Cass. 19 luglio 1995 n. 7863, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1398; Cass. 4 maggio 1994 n. 4285, in *Mass. Giust. civ. 1994*, p. 600; Cass. 30 dicembre 1992 n. 13757, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, p. 1776; Cass. 17 agosto 1990 n. 8336, in *Rep. Giust. civ.*, 1990, voce "Obbligazioni e contratti", n. 191, p. 293;

probatorio necessario perché la sentenza venga comunque pronunciata, anche in mancanza di prove circa la verità dei fatti adottati dalle parti. Diversa è l'attività di valutazione delle prove, che il giudice può e deve svolgere solo qualora l'istruttoria abbia dato i suoi frutti, in una fase cioè in cui l'art. 2697 c.c. non entra più in gioco. Ecco che allora appare scorretto invocare tale disposizione e dire che l'inadempimento non è stato provato quando, come accade in talune sentenze, avendo le parti affermato talune circostanze a fondamento della richiesta di risoluzione per inadempimento e avendo altresì provato le stesse, le richieste vengono respinte per la rilevata insussistenza della fattispecie inadempimento¹²⁵

Tale risalente orientamento c.d. maggioritario, non privo di consensi anche in dottrina, ha tuttavia riscosso le dure critiche di chi ha rilevato il disagio dell'ordinamento nell'attribuire al creditore la prova di un fatto negativo e sottolineato come il giudizio rilevante in materia (tanto in ipotesi di azione volta all'adempimento che in quella di azione volta alla risoluzione) sia diretto all'accertamento di un unico fatto principale, vale a dire il mancato adempimento del debitore, e come solo da tale accertamento comune discendano i diversi corollari precisati nella domanda dell'attore.

Si è, infine, evidenziato che una diversa ricostruzione della fattispecie condurrebbe a conclusioni assurde laddove l'attore abbia richiesto, in via principale, la risoluzione del contratto e, in via subordinata, la condanna all'adempimento; in tal caso, in assenza di una prova concreta sull'inadempimento stesso, il giudice dovrebbe astenersi dall'accogliere la domanda di risoluzione, perché non risulta dimostrato l'inadempimento, e condannarlo all'adempimento, perché non risulta dimostrato che abbia già adempiuto.

Secondo l'orientamento minoritario della giurisprudenza di legittimità, 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, e che in entrambi i casi il creditore dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa, cioè l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se

¹²⁵ È quanto appare accadere in Cass. 29 gennaio 1993, n. 1119, in *Corr. giur.*, 1993, p. 568 con nota di MARICONDA e in Cass. 8 gennaio 2000, n. 123, *cit.*, entrambe relative ad una supposta violazione di contratti di vitalizio assistenziale.

previsto, il termine di scadenza, e non anche l'inadempimento, mentre il debitore dovrà eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento.

Secondo tale orientamento¹²⁶ sarebbe opinione pacifica in dottrina ed in giurisprudenza che il creditore, il quale chiede l'adempimento, deve provare l'esistenza del contratto e, se previsto, del termine di scadenza, ma non l'inadempimento; mentre l'adempimento, quale fatto estintivo dell'obbligazione, dovrebbe essere provato dal debitore, tant'è che da taluno si è parlato, una volta scaduto il termine, di presunzione di persistenza del diritto.

Egual principio si deve applicare, oltre che alla domanda di adempimento dell'obbligazione, anche alla domanda di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale, non potendo l'onere della prova dell'inadempimento gravare sul creditore, in virtù della c.d. presunzione di persistenza del diritto, in relazione ai normali tempi di adempimento. Il creditore non è tenuto a fornire anche la prova del fatto negativo, quale è il mancato adempimento, poiché quest'ultimo integra il fatto estintivo per eccellenza dell'obbligazione, la cui prova incombe sul debitore che l'eccepisca.

A fronte della persistenza di tale evidente contrasto¹²⁷ nella giurisprudenza della Cassazione, le Sezioni Unite, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, con sentenza del 30 ottobre 2001, n. 13533¹²⁸, hanno, quindi, avuto occasione di intervenire al fine di comporre la questione che stava creando non pochi problemi anche di ordine pratico in materia.

¹²⁶ V. in particolare Cass. 23 maggio 2001 n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2504, con nota di PARDOLESI; Cass. 27 marzo 1998 n. 3232, in *Corr. giur.*, 1998, p. 784, con nota di MARICONDA; Cass. 7 febbraio 1996 n. 973, in *Corr. giur.*, 1996, p. 541, con nota di MARICONDA e in *Contratti*, 1996, p. 552, con nota di GIUGGIOLI.

¹²⁷ Contrasto che esula, quindi, dal caso di domanda di adempimento, rilevandosi diversità di posizioni solo in merito alla risoluzione ed al risarcimento del danno. Sulla effettività del contrasto si leva l'opinione contraria di VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contratto e Impresa*, 2001, p. 903 ss., dove l'Autrice scrive: "...si ha la netta impressione che il contrasto di giurisprudenza in ordine al quale sono intervenute le Sezioni Unite sia un contrasto più apparente che reale; un contrasto dovuto ad una non corretta massimazione delle sentenze in quanto, a ben vedere, tutte le massime appaiono caratterizzate dal difetto di estendere la regola di decisione espressa dal giudice al di là del caso in cui l'istanza è rivolta, ovvero anziché circoscriverla di volta in volta, alla risoluzione, all'adempimento o al risarcimento per equivalente, estendendola a tutti i rimedi a disposizione del creditore".

¹²⁸ Pres. Vela, Rel. Preden, P.M. Iannelli, in *Contratti*, 2002, p. 113 ss., con commento di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, p. 118 ss.; in *Corriere giuridico*, 2001, p. 1565 ss., con commento parzialmente critico di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1569 ss.

8. LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE N. 13533/2001.

Nel caso di specie l'attore, un albergatore, aveva convenuto davanti al Tribunale di Roma un centro culturale, in persona del suo legale rappresentante, per sentirlo condannare all'adempimento di un'obbligazione che questi aveva assunto con scrittura privata, avente ad oggetto l'insonorizzazione, ovvero la collocazione di pannelli fonoassorbenti nella parete divisoria tra l'albergo gestito dall'attore e la sede dell'associazione, con la previsione di una penale di € 51,65 per ogni giorno di ritardo.

Il Tribunale aveva condannato l'associazione al pagamento di una somma di € 7643,56 oltre al rimborso delle spese.

La Corte d'Appello, rilevando che oggetto del giudizio era la richiesta del pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno conseguente a inadempimento contrattuale, aveva riformato la sentenza di primo grado ritenendo che il Tribunale aveva erroneamente fondato l'accoglimento della domanda di risarcimento sulla mancata prova dell'adempimento da parte dei convenuti mentre gravava sull'attore l'onere di dimostrare sia il mancato adempimento entro il termine pattuito sia il periodo di protrazione del medesimo.

Contro questa sentenza l'albergatore propone ricorso per cassazione e il ricorso viene assegnato alle Sezioni Unite sul presupposto di un contrasto di orientamenti fra le diverse sezioni della Corte di Cassazione.

La Corte nell'articolata motivazione esamina anche gli argomenti su cui, a suo dire, si appoggiano le due tesi in contrasto.

Essa rileva che sussiste un orientamento, peraltro maggioritario, nella giurisprudenza della Cassazione che distingue in ordine alla "intensità" dell'onere della prova a carico dell'attore ove, in ipotesi di contratti con prestazioni corrispettive, agisca ex art. 1453, comma 1° c.c.. Si ritiene in tal senso che, nel proporre l'azione di adempimento, egli sia tenuto a provare solo l'esistenza del contratto, rappresentante sia il titolo in base al quale agisce sia il fatto costitutivo stesso della pretesa, risultando sul piano processuale sufficiente la semplice allegazione dell'inadempimento altrui.

Diversamente si argomenta che, nel caso in cui agisca per la risoluzione, l'attore sia tenuto a dimostrare tanto il titolo quanto l'inadempimento, fondandosi la domanda su tali due elementi. L'onere a carico del convenuto riguarderebbe, quindi,

secondo questo orientamento, solo la dimostrazione che tale inadempimento, preventivamente dimostrato dall'attore, non dipende da sua colpa.

Il rigore di questa tesi si spinge inoltre a richiedere all'attore, in relazione all'art. 1455 c.c., la prova, ulteriore, delle circostanze in funzione delle quali l'inadempimento assume rilevanza. Anche in tema di obbligazioni di non *facere* si ammette l'applicabilità del criterio, atteso che, secondo questa impostazione giurisprudenziale, anche i fatti negativi possono essere provati con argomentazioni positive contrarie.

La Cassazione poi rende conto dell'indirizzo c.d. minoritario, largamente avallato anche in sede dottrinale, meno rigoroso nella valutazione dell'onere della prova in capo all'attore, ove in particolare tende ad accomunare, sotto tale specifico aspetto, le ipotesi di cui all'art. 1453, c. 1°, c.c..

Tale orientamento ritiene sufficiente la prova del solo titolo da cui trae origine l'obbligazione, sicché in tale prospettiva spetterà al convenuto l'onere di provare di avere adempiuto, tanto in ipotesi di domanda di manutenzione del contratto quanto in quella di risoluzione, nonché in quella proposta per il risarcimento del danno. Le Sezioni Unite ribadiscono puntualmente l'unicità della fattispecie costitutiva dei diritti all'adempimento ed alla risoluzione e precisano che il legislatore consente la sostituzione della domanda di adempimento con quella di risoluzione, riconducendo l'uno e l'altro diritto ad un'unica fattispecie, senza ricollegare espressamente al mutamento della domanda un aggravio dell'onere probatorio.

Dalla semplice lettura degli elementi di fatto emerge come oggetto della questione fossero l'inadempimento di un'obbligazione di *facere* di modesta entità ed il conseguente addebito mosso al convenuto in ordine al risarcimento del danno, il cui ammontare era, peraltro, già stato definito con la previsione di una penale. La Corte di Appello di Roma¹²⁹, avallando l'orientamento maggioritario della Cassazione, riformò la sentenza di primo grado¹³⁰ in quanto ritenne non soddisfatto il requisito dell'onere probatorio in capo al resistente-attore in termini di prova dell'inadempimento.

¹²⁹ App. Roma, 3 aprile 1996, inedita.

¹³⁰ Trib. Roma, 1 ottobre 1993, inedita.

Rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia di onere probatorio nell'azione risarcitoria, il ricorso viene assegnato alle Sezioni unite, le quali, traendo spunto dall'ampia formulazione dell'ordinanza di rimessione della terza sezione civile, colgono l'occasione per affrontare l'argomento nella sua massima estensione, ossia anche in relazione ai rimedi generali di cui all'art. 1453 c.c., nonché con riferimento all'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c.

Ne risulta una sentenza esaustiva, di grande rilevanza, che si propone di mettere una parola definitiva, quanto meno in ambito giurisprudenziale, sulla questione dell'individuazione del soggetto onerato della prova dell'inadempimento, distinguendo a seconda del *petitum* e del tipo di obbligazione che si assume inadempita.

8.1 L'ADESIONE ALL'ORIENTAMENTO MINORITARIO E LA OMOGENEIZZAZIONE DEL REGIME PROBATORIO NELLE FATTISPECIE PREVISTE DALL'ART. 1453 C.C.

Nel caso in esame le Sezioni unite ritengono di ricomporre il contrasto giurisprudenziale aderendo all'indirizzo minoritario, cassando, così, con rinvio la sentenza impugnata.

Le considerazioni del Supremo Collegio muovono, essenzialmente, da necessità di carattere pratico, come si evince allorché la Corte postula che "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".

Ritiene, infatti, la Corte che il criterio da utilizzarsi per il riparto dell'onere della prova, il c.d. criterio della presunzione di persistenza del diritto¹³¹, sia il medesimo tanto nella domanda di manutenzione, quanto in quella di risoluzione nonché in quella proposta per il risarcimento del danno, essendo unico e comune nelle tre ipotesi il presupposto, ossia l'inadempimento.

¹³¹ Cfr. Cass., 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1917, ove si legge che "in tema di prova dell'inadempimento di obbligazioni, opera a favore del creditore, il quale abbia provato l'esistenza dell'obbligazione e l'esigibilità del credito, la presunzione di persistenza del diritto oltre il termine di scadenza; pertanto il creditore è esonerato dall'onere della prova dell'inadempimento e grava sul debitore la prova del fatto estintivo o della mancanza della colpa".

Le tre domande “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 corollari che ne trae l’attore”.

Questa interpretazione delle modalità di distribuzione dell’*onus probandi* deriva a sua volta dal c.d. principio di ragionevolezza, come risulta dalla lettura unitaria fornita dalle Sezioni Unite all’art. 1453 c.c.: “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 e l’altra. 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 adempimento non vi è stato, la risoluzione o il risarcimento del danno”.

Viene inoltre sottolineato come il secondo comma della norma in questione non ponga alcuna differenza in termini di onere probatorio in capo all’attore.

Quanto affermato sin qui dalla Corte non solo trova riscontro sul piano sistematico, ma risponde anche a palesi esigenze di ordine pratico, che sembrano far riferimento al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. Chiarisce la Corte che tale principio è conforme all’esigenza di non rendere eccessivamente difficile l’esercizio del diritto del creditore di reagire all’inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore inadempiente. Così facendo si pone “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”.

Aggiunge la Corte che “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”.

Nella motivazione il Supremo Collegio, inoltre, precisa che uguale criterio è utilizzabile anche quando il debitore si avvalga della *exceptio inadimplenti contractus*; in tal caso le posizioni processuali saranno ribaltate e 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.

Ancora, la Corte svolge un’ampia panoramica sul tema e dichiara di non voler aderire all’orientamento minoritario in modo totale ed incondizionato. Infatti, i criteri sopra esposti non sono applicabili allorché il creditore denunci un inesatto o un parziale adempimento. In tale casi si è ritenuto gravante sull’attore l’onere di provare l’inesattezza.

Di contro, ritengono le Sezioni Unite che i principi affermati in sede di inadempimento totale valgano anche in caso di parziale o inesatta esecuzione della prestazione, sostenendo che: “ 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, gravando in tale eventualità sul debitore l’onere di dimostrare l’avvenuto esatto adempimento”.

La regola della distribuzione dell’onere della prova, così intesa in modo unitario, trova però la sua puntuale eccezione quando si tratti di obbligazioni negative. Essendo l’inadempimento in tali casi implicito nel fatto positivo compiuto dal debitore, non può operare il principio della persistenza del diritto insoddisfatto, perché, sottolinea la Corte, il diritto nasce già soddisfatto, già perfetto e quello che merita rilievo è la successiva aggressione ai danni dello stesso.

Inoltre la Corte ritiene che, in tale caso, neppure 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.

Il filo conduttore dell'argomentazione riassunta fino ad ora è dunque costituito dall'esigenza che il regime della prova sia unitario, qualunque sia l'azione prescelta dal creditore.

Si tratta di una necessità logica che la dottrina ha messo in evidenza considerando l'eventualità che nel medesimo giudizio vengano proposte più domande; in particolare, come già detto, si è denunciata la stravaganza di un sistema che, consentendo al contraente deluso di agire in via principale invocando la risoluzione ed in via subordinata chiedendo l'adempimento, potrebbe giungere a respingere la prima domanda perché il creditore non ha provato l'inadempimento e ad accogliere la domanda proposta in subordine perché il debitore non ha dimostrato di aver eseguito.

D'altro canto, disciplinando gli oneri probatori in modo differenziato nell'azione di adempimento ed in quella di risarcimento danni, le contraddizioni risulterebbero ancor più singolari se il creditore insoddisfatto facesse valere contestualmente le due pretese: egli vedrebbe perciò accolta la domanda di esecuzione sulla semplice scorta del titolo, ma non conseguirebbe il risarcimento se non dimostrasse l'inadempimento, che sarebbe tuttavia presupposto nella ottenuta condanna alla prestazione.

Dunque, per evitare conclusioni così paradossali, di fronte a simili pretese proposte contestualmente si è costretti a scomporre ancora più in dettaglio la articolazione dei temi di prova. Si afferma così che la pretesa risarcitoria che accompagna l'azione di adempimento reagisce ad un danno da ritardo; essa dunque rappresenterebbe un semplice accessorio della domanda principale e, per tale ragione, verrebbe attratta alle regole di quest'ultima. Ne consegue che se il risarcimento per il ritardo viene chiesto insieme alla prestazione, è sufficiente all'attore dimostrare il titolo ed allegare il ritardo, cosicché l'onere della prova viene reso uniforme all'interno della stessa causa; mentre, se la medesima domanda viene svolta autonomamente, si imporrebbe al creditore la dimostrazione dell'inadempimento¹³².

¹³² V. al riguardo le indicazioni di DE CRISTOFARO M., *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 607 ss., il quale, pur criticando in linea generale la posizione che distingue tra diversi oneri probatori secondo l'azione proposta, accoglie la conclusione descritta per il danno da ritardo.

In realtà, l'esigenza di omogeneità della prova, se perseguita con coerenza, dovrebbe condurre a far gravare sulle parti il medesimo onere, qualunque sia il giudizio che esse intendano promuovere ed in qualunque sede esse decidano di proporre la domanda¹³³; e ciò implica, secondo quanto suggerisce la decisione della Corte, che il compito del creditore dovrebbe esaurirsi con la sola dimostrazione che il credito è sorto.

Tuttavia, stando sempre ad un ragionamento logico, è anche vero che l'esigenza di uniformità potrebbe venire ugualmente soddisfatta da una regola opposta a quella indicata dalla Cassazione, dal momento che sarebbe altrettanto omogeneo un sistema che invertisse i segni ed imponesse sempre al creditore la dimostrazione dell'inadempimento, inteso come presupposto costitutivo della propria pretesa.

Quindi il principio di omogeneità finisce per avere in concreto un ruolo del tutto marginale ai fini della individuazione della parte gravata dall'onere della prova, se non si individua prima il parametro a cui le scelte dovrebbero essere rese omogenee¹³⁴.

8.2 L'AZIONE DI ADEMPIMENTO.

L'azione di adempimento, con riferimento alle ipotesi di inadempimento totale, è il rimedio su cui maggiore è stata l'uniformità di pensiero in dottrina e giurisprudenza: è parso infatti del tutto naturale, limitare l'onere probatorio gravante sull'attore alla sola fonte del credito e, eventualmente, al termine di scadenza (fatti costitutivi della sua pretesa), imponendo invece al convenuto, che voglia replicare all'altrui pretesa asserendo di aver adempiuto, di fornire la relativa prova.

Così il giudice adito potrà condannare all'esecuzione della prestazione anche in assenza di prova circa il mancato pagamento, a meno che il convenuto sia stato in grado di dimostrare il proprio adempimento (fatto estintivo).

A tale soluzione aderiscono le Sezioni Unite, rilevando come nell'azione di adempimento il solo fatto costitutivo sia il titolo.

¹³³ V. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 707 ss.

¹³⁴ VILLA, *op. cit.*, p. 713.

Il diritto di agire per l'esecuzione della prestazione sorge contestualmente al perfezionamento del contratto, fonte dell'obbligazione, non essendo necessario alcun ulteriore accadimento.

A sostegno di tale tesi è comune, in dottrina e in giurisprudenza, il richiamo a quel principio generale del sistema probatorio desumibile dall'art. 2697 c.c., che è la presunzione di persistenza del diritto; si avrebbe così un'equipollenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo¹³⁵.

8.3 L'INADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI NEGATIVE.

Per le obbligazioni negative, secondo l'opinione dominante confermata dalla sentenza in esame, varrebbe un diverso regime. Infatti, quando l'inadempimento consiste in un'attività positiva la regola di ripartizione dell'onere probatorio si inverte: la prova dell'inadempimento è sempre a carico del creditore, agisca egli per l'adempimento o per la risoluzione del contratto.

A giustificazione di tale differenza di disciplina, le Sezioni Unite adducono due ordini di considerazioni: da un lato, la non operatività del principio di 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"; dall'altro, la mancanza di quelle "esigenze pratiche determinate dalla difficoltà di fornire la prova di fatti negativi sulle quali si fonda il principio di riferibilità della prova".

Sull'esatta portata di questo principio occorre intendersi.

Le difficoltà legate alla prova dei fatti negativi possono solo in parte incidere sulla ripartizione dell'onere della prova: l'antico brocardo *negativa non sunt probanda* è rifiutato dai moderni ordinamenti e la nostra giurisprudenza afferma costantemente che l'onere probatorio previsto dall'art. 2697 c.c. non subisce deroga alcuna allorché concerna fatti negativi in quanto questi, pur non potendo essere provati direttamente, possono però essere dimostrati con i fatti positivi contrari anche a mezzo di presunzioni, a norma dell'art. 2729 c.c..

¹³⁵ Si discosta sul punto PATTI, il quale esclude che possa configurarsi una presunzione di persistenza del diritto di credito dopo la scadenza, stante la naturale e fisiologica destinazione del rapporto obbligatorio alla estinzione. Proprio la natura anomala e patologica dell'inadempimento dovrebbe indurre a richiedere al creditore la prova della "sopravvenienza" del credito dopo il termine di scadenza (così PATTI, *Prove, op. cit.*, p. 118 ss.).

La natura negativa di un fatto, quindi, non può, di per sé sola, escludere che la parte sia tenuta a fornire la prova, altri dovendo essere i criteri da utilizzare.

Al principio di “riferibilità” (o “vicinanza” o “migliore attitudine alla prova”) potrebbe contestarsi la circostanza di non trovare alcun riscontro nel sistema codicistico e nell’art. 2697 in particolare, ove invece il riferimento al profilo strutturale del rapporto giuridico contestato parrebbe escludere ogni valutazione circa la facilità della prova, salvo però ritenere che la disposizione in commento, operando un rinvio ad altri criteri determinativi della natura dei fatti adottati nel processo, andrebbe integrata proprio a tal fine dal suddetto principio: così sarebbero da considerare costitutivi i fatti riferibili alla parte attrice, ossia quei fatti di cui con più facilità essa può raggiungere la prova.

Una soluzione di tal genere presenterebbe indubbi vantaggi, rispondendo il criterio in commento a esigenze di ragionevolezza, economicità ed efficienza. Come rilevato in dottrina, infatti, addossare la prova di un fatto alla parte che, secondo *l’id quod plerumque accidit*, è nella posizione di più agevole reperibilità, riduce al minimo il rischio che la prova non venga fornita e che l’eventuale pronuncia basata non sulla valutazione dei fatti, perché non sufficientemente provati, ma sul gioco delle regole di ripartizione dell’onere probatorio, sia difforme da quanto sarebbe stato deciso nella totale conoscenza dei fatti.

E pare che un tale argomento sia tutt’altro che sconosciuto alla giurisprudenza la quale, in numerose occasioni, più o meno palesemente, ha fatto ricorso al criterio di vicinanza, talora, come nel caso della sentenza in commento, semplicemente a conferma di risultati già raggiunti per mezzo di altre argomentazioni, talvolta invece in via esclusiva¹³⁶.

La correttezza dell’inversione dell’onere probatorio in tale fattispecie trova giustificazione altresì in considerazioni di tipo strutturale.

Se si intende per fatto costitutivo quel o quei fatti necessari e sufficienti perché il diritto vantato possa esistere, ne discende che l’indagine dovrà muovere dal

¹³⁶ Emblematiche Cass. 10 novembre 1960, n. 3010, in *Rep. Foro It.*, 1960, voce “Prova Civile”, n. 10 e Cass. 14 febbraio 1952, n. 389, *ivi*, 1952, voce cit., n. 4, che in tema di azione di risoluzione per inadempimento, pur aderendo all’indirizzo che vuole il creditore gravato dall’onere di provare l’inadempimento, distinguono tra obbligazioni di fare e obbligazioni di dare; solo nelle prime opererebbe la regola generale, mentre nelle seconde l’onere probatorio spetterebbe al debitore perché “la prova è, di regola, nelle sue mani”.

tipo di diritto fatto valere. Così, chi domanda una condanna all'esecuzione dell'obbligazione fa valere il proprio diritto all'adempimento, che però non può essere disgiunto dal diritto di credito vantato, entrambi nascenti contestualmente, in forza del perfezionamento del contratto. Ma quando l'obbligazione è negativa, la richiesta va oltre la mera esecuzione dell'obbligazione nascente da contratto, implicando l'accertamento di un obbligo succedaneo, di contenuto positivo (ad es. la distruzione dell'opera realizzata), sorto a seguito della violazione degli impegni presi.

Già su un piano strutturale, dunque, può con facilità attribuirsi all'attore l'onere di provare il fatto dell'inadempimento in tali casi.

È quanto hanno sicuramente voluto intendere le Sezioni Unite, anche se con la formulazione non del tutto convincente secondo cui "nel casi di obbligazioni negative il diritto nasce soddisfatto e ciò che viene in considerazione è la sua successiva violazione".

8.4 LE AZIONI DI RISOLUZIONE E DI RISARCIMENTO DEL DANNO DA INADEMPIMENTO.

È alle azioni di risoluzione e di risarcimento del danno da inadempimento che la sentenza in esame dedica maggior spazio.

Dichiarando espressamente di aderire all'indirizzo minoritario in giurisprudenza, le Sezioni Unite affermano che anche in tali giudizi la parte attrice non è gravata dalla prova dell'inadempimento, configurando quest'ultimo quale fatto estintivo della pretesa.

Il risultato che ne scaturisce è quello di una semplificazione nella disciplina dell'onere probatorio, data da un'omogeneizzazione della regola di ripartizione con riferimento a tutti i rimedi contro l'inadempimento. Se si eccettua il caso delle obbligazioni negative, per i motivi sopra esposti, l'inadempimento riveste sempre, secondo la Corte, natura estintiva, onde il giudice, mancando la prova di esso, dovrà accogliere le richieste della parte attrice.

In dottrina è risalente nel tempo l'affermazione secondo cui qualora si chiedo la risoluzione del contratto o il risarcimento del danno per inadempimento, fatti costitutivi da provarsi dall'attore sono la fonte dell'obbligazione, l'esigibilità del credito e lo stesso inadempimento. La diversa struttura della pretesa fa sì che l'inadempimento, fatto estintivo nelle domande di adempimento, sia in tali ipotesi

considerato fatto costitutivo, indipendentemente dalla sua natura positiva o negativa e quindi dalle difficoltà della prova in cui potrebbe imbattersi il creditore. Solo una volta che quest'ultimo abbia dimostrato la mancata esecuzione della prestazione, spetterà al convenuto l'onere di provare l'assenza di colpa.

Analoghe considerazioni si ritrovano in giurisprudenza, ove è frequente la massima secondo cui se si domanda la risoluzione del contratto e/o il risarcimento del danno l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la pretesa, ossia l'inadempimento.

La sentenza in commento respinge tutti questi argomenti. La *ratio decidendi* di essa va vista nell'affermazione che l'inadempimento costituisce il medesimo presupposto delle tre domande, le quali servono tutte a far statuire che il debitore non ha adempiuto, mentre le ulteriori pronunce sono solo consequenziali.

Di notevole interesse sono le motivazioni addotte a sostegno di tale orientamento. I giudici non cercano alcun appiglio al disposto dell'art. 2697 c.c., rinunciano ad ogni indagine sul significato di tale disposizione e sui concetti di fatto costitutivo e fatto estintivo, ma si richiamano a criteri di giustizia sostanziale, quali la ragionevolezza, la vicinanza della prova, l'omogeneità e la semplificazione della disciplina e ad esigenze di ordine pratico.

Ammessa a livello dogmatico la distinzione delle tre differenti situazioni (domanda di adempimento, domanda di risoluzione e risarcimento del danno), prevale, secondo la Corte, la necessità di uniformità, non solo tra le sentenze (e le massime) della Cassazione, ma anche per la regolazione delle fattispecie in relazione all'art. 3 Cost., rappresentante una delle chiavi di lettura fornite dalla Corte al problema.

Il criterio di ragionevolezza non informa più, quindi, per quanto riguarda il diritto positivo, solo la materia costituzionale, bensì l'intero ordinamento giuridico. Dalla sentenza oggetto di queste riflessioni si può dedurre che il principio possa (e debba) trovare "cittadinanza" anche nel sistema privatistico e processuale se non addirittura nel quadro generale dell'ordinamento giuridico, essendo assai difficile, per

vero, ammetterne la contrarietà ai precetti costituzionali cui necessariamente la teoria della ragionevolezza si ispira¹³⁷.

Appare innegabile che il contratto, modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo nonché fonte di obbligazioni, meriti la massima tutela che l'ordinamento gli possa apprestare, il che si può tradurre in un *favor creditoris*¹³⁸.

La sentenza in esame, inoltre, potrebbe apparire un esempio di "economia giudiziale": con una sentenza unica le Sezioni Unite affrontano e risolvono tre distinti problemi; e lo fanno semplicemente perché in realtà il problema è unico. Come unica deve essere la soluzione.

Del pari non si può negare che, pur ammettendo che in realtà si tratti di un contrasto più nominale che reale, nondimeno l'intervento delle Sezioni Unite appare quanto mai opportuno attesa la funzione nomofilattica della Corte stessa e, non da ultimo, attesa la prassi di limitarsi all'uso e al richiamo delle massime senza verificarne l'aderenza al caso di specie affrontato ovvero la coerenza con quanto in realtà stabilito nel *decisum*.

Per quanto concerne il diritto al risarcimento del danno, ci si sarebbe potuti attendere una riflessione più approfondita sulla fattispecie costitutiva di tale diritto, visto che 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, ma era, appunto, relativa alla pretesa di ottenere il pagamento della penale per l'inadempimento.

La Cassazione si è limitata ad evidenziare l'identità del presupposto costitutivo del diritto al risarcimento del danno rispetto ai diritti all'adempimento e alla

¹³⁷ V. TUOZZO, *Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 547 ss.

¹³⁸ Ritene ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1996, p. 393, che in tema di imputabilità dell'inadempimento, l'art. 1218 rappresenti una deroga al principio generale ex art. 2697 e stabilisca un'inversione dell'onere della prova stante il fatto che "l'inadempimento si produce prevalentemente nella sfera del debitore", tale da giustificare una disciplina dell'obbligazione ove viene data "prevalente considerazione all'interesse del creditore". Mentre in relazione all'art. 1453 c.c. non sempre è facile individuare "il creditore": trattandosi di contratti a prestazioni corrispettive, sottolinea MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova*, *op. cit.*, p. 1581, la difficoltà di individuare quale parte sia creditrice e quale debitrice, atteso che, in questo tipo di contratti vi siano "prima che un creditore e un debitore, contraenti ciascuno dei quali titolare di contrapposti e interdipendenti crediti e debiti". Si può, astrattamente, individuare il creditore nella parte che abbia già adempiuto e che agisca per la risoluzione del contratto, rimedio che secondo ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 556, mira a "proteggere l'interesse particolare di uno dei contraenti" quale conseguenza del difetto funzionale del sinallagma per causa imputabile all'altro contraente".

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: ostacolo costituito dalla priorità dell'adempimento in natura che comporta che nel nostro sistema, fin quando la prestazione è possibile, il creditore non può chiedere una somma di denaro in luogo della prestazione inadempita. 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 stragiudiziale¹³⁹. Pare evidente però, che, in molti casi, la pretesa ad ottenere l'equivalente pecuniario della prestazione inadempita prescinda dalla prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione originaria.

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.

Sta di fatto che su questi temi la pronuncia delle Sezioni Unite in esame nulla aggiunge ai precedenti giurisprudenziali della Cassazione stessa.

8.5 L'ONERE DELLA PROVA DELL'INESATTO ADEMPIMENTO.

Se in materia di risoluzione e risarcimento del danno la sentenza in commento non fa altro che aderire all'indirizzo prevalente in dottrina e in via di consolidamento in giurisprudenza, è in tema di inesatto adempimento che essa esprime un principio davvero innovativo. Le Sezioni Unite, infatti, estendono la regola secondo cui l'adempimento deve essere provato dal debitore convenuto alle ipotesi in cui la domanda di adempimento o di risoluzione contrattuale sia fondata su un inesatto adempimento, con conseguente sufficienza per l'attore dell'allegazione dell'inesattezza.

¹³⁹ Per la giurisprudenza in merito, v. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova*, op. cit., p. 576.

Tale presa di posizione, finalizzata alla ricerca della massima omogeneizzazione del regime probatorio, segna una netta rottura con l'opinione praticamente unanime di dottrina e giurisprudenza, che distingue nettamente tra inadempimento e adempimento inesatto, addossando in quest'ultimo caso al creditore l'onere della prova dell'assunta inesattezza, sia che egli agisca per ottenere l'esatto adempimento, sia che invece domandi la risoluzione del contratto.

Ciò sulla base della considerazione che, in ambedue le ipotesi, il principio di persistenza del diritto non può operare, in quanto il creditore ammette che vi è stato adempimento, lamentando tuttavia una non totale soddisfazione del proprio diritto dipendente da una non conformità della prestazione eseguita rispetto a quanto pattuito, circostanza questa da considerarsi elemento costitutivo ulteriore della pretesa.

A tale consolidata opinione le Sezioni Unite replicano che “la diversa consistenza dell'inadempimento totale e dell'inadempimento inesatto non può giustificare il diverso regime probatorio”, perché in entrambi i casi “il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto”, cosicché non si reputa 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.

Secondo la Corte, inoltre, risulta “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”.

Questa soluzione è stata oggetto di critiche da parte dei primi commentatori della sentenza¹⁴⁰, i quali contestano alle Sezioni Unite di aver perseguito, con una certa frettolosità, un obiettivo di omogeneizzazione della regola probatoria, senza motivare adeguatamente la rottura con il costante orientamento giurisprudenziale e dottrinale.

¹⁴⁰ CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, cit., p. 120; MARICONDA, *op. cit.*, p. 1569 ss.; MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 363 ss.

Il fatto che l'inesatto adempimento e l'inadempimento totale siano le due *species* del *genus* inadempimento non esclude una rilevante differenza di contenuti e del tipo di pretese che possono avanzarsi nei due casi. Invero, se all'espressione inadempimento totale può facilmente ricondursi una situazione di totale mancanza della prestazione dovuta, la nozione di adempimento inesatto ha contorni molto più incerti, potendosi annoverare al suo interno fattispecie diverse: dalla parzialità della prestazione (inesattezza quantitativa), ai vizi materiali o giuridici del bene (inesattezza qualitativa), fino a giungere, come si legge nella sentenza in commento, alla "mancata osservanza dell'obbligo di diligenza" e alla "violazione dei doveri accessori, come quello di informazione".

La varietà di situazioni prospettabili rende difficile un discorso omogeneo. Così, se può ammettersi che, a fronte di un pagamento parziale, il creditore sia legittimato a chiedere la restante parte della prestazione solo dimostrando il titolo del credito, non identico carico probatorio dovrà gravare su di lui qualora pretenda, ad esempio, a fronte di vizi materiali presenti nella cosa venduta, la sostituzione o la riparazione del bene, avanzando in tal caso richieste non direttamente riconducibili al solo titolo del credito, ma fondate altresì sulla circostanza ulteriore dell'inesattezza qualitativa. La regola probatoria non può che dipendere, oltre che dalla *causa petendi*, anche dal *petitum*. Siffatta impostazione consentirebbe, inoltre, se non un'omogeneizzazione rispetto alla regola probatoria in materia di totale inadempimento, un'uniformità rispetto a quella applicabile in materia di vendita, dove la giurisprudenza è costante nell'addossare al compratore, che si avvalga dei rimedi edilizi, l'onere di provare i difetti e la tempestività della denuncia¹⁴¹.

Gli argomenti critici adottati dai commentatori nei confronti dell'impostazione scelta dalla Cassazione sono, sostanzialmente, tre: come già detto, la presunzione di persistenza del diritto, principio che la sentenza pone a base del proprio ragionamento in tema di mancato adempimento, è inoperante in questa diversa situazione; questo perché il creditore, contestando l'inesattezza dell'adempimento, ammette che quest'ultimo si è verificato. In secondo luogo il creditore, quando contesta l'esattezza dell'adempimento, allega a fondamento della sua domanda

¹⁴¹ Cfr., tra le tante, Cass. 10 settembre 1998, n. 8963, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1881; Cass. 28 gennaio 1997, n. 844, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1472; Cass. 18 luglio 1991, n. 7986, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, p. 851.

specifiche circostanze ulteriori rispetto alla mera esistenza del titolo, alle quali si assegna valore costitutivo. Autorevole dottrina da ciò ricava che “l’aver accollato alla parte contro la quale è formulata la contestazione di inesattezza l’onere di provare l’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”¹⁴². In terzo luogo, con riguardo ai criteri della vicinanza e della riferibilità della prova, si precisa che, poiché la prestazione eseguita dal debitore si trova ormai nella disponibilità fisica del creditore, quest’ultimo si trova nella posizione migliore per dimostrare l’inesattezza dell’adempimento.

Quest’ultimo rilievo si presta ad una ricorrente esemplificazione: Tizio vende a Caio una data quantità di stoffa, quest’ultimo cita in giudizio il primo, dà prova del contratto e adduce un inesatto adempimento del venditore. In ossequio al principio della Suprema Corte Tizio risulterà soccombente se non dimostrerà che la merce da lui venduta a Caio era esattamente, in qualità e quantità, quella pattuita e della quale dovrà provarne l’esatta conformità al contratto ma che, essendo già stata consegnata, non sarà più nella sua sfera di disponibilità.

Questo esempio sembra palesare alcune contraddizioni insite nella sentenza del Supremo Collegio perché si potrebbe osservare, come la dottrina ha rivelato, una dissociazione esistente tra i suoi criteri motivazionali di presunzione di persistenza del diritto, di vicinanza e riferibilità della prova e l’ipotesi sopra descritta, ove chiaramente la prova circa la consistenza dell’inesatto adempimento è uscita dalla disponibilità del debitore, avendo questo provveduto a consegnarla.

Osservazioni di analisi economica della sentenza, infine, sono state svolte in un saggio ove, relativamente alla questione dell’inesatto adempimento, si sono prese le distanze dalla decisione in esame: “il costo della prova imposto al debitore tenderebbe all’infinito e dunque sarebbe corretta la soluzione tradizionale, che richiede al creditore che lamenta l’inesatto adempimento di darne dimostrazione. Ciò conferma la correttezza della diffusa opinione che assegna al creditore insoddisfatto

¹⁴² L’espressione è di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova*, op. cit., p. 1580.

da una prestazione inesatta il compito di provare le ragioni delle sue doglianze”¹⁴³. L’Autore, infatti, afferma di non condividere la statuizione delle Sezioni Unite sul tema dell’inesatto adempimento perché: “Il sostenere che il debitore, di fronte alle lamentele del creditore, debba dimostrare di avere eseguito correttamente significa imporgli di provare di *non* avere commesso errori, di *non* avere colluso con altri, di *non* avere divulgato informazioni inveritiere; il che vuol dire tornare al tema dell’inadempimento delle obbligazioni negative, con il riproporsi del problema della prova della proposizione negativa indefinita”¹⁴⁴.

A parere dei commentatori, insomma, le Sezioni Unite non si sono rese conto che gli argomenti esposti 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 contraddetti dalle conclusioni esposte con riferimento al problema dell’onere della prova nel caso di allegazione dell’inesatto adempimento.

L’unificazione del regime probatorio in relazione alle domande proposte dal contraente che lamenti l’omesso adempimento da parte dell’altro contraente è funzionale ad una effettiva tutela del credito.

La pretesa estensione della stessa regola al creditore che lamenti 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 ricevuto¹⁴⁵.

¹⁴³ VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, cit., p. 729

¹⁴⁴ Quest’ultimo tema è ugualmente affrontato dall’Autore: “Ciò che ostacola la razionalità di una regola che imponga al debitore di dimostrare di non aver tenuto il comportamento vietato non è però l’invocazione di un inesistente principio *negativa non sunt probanda*. Non si dubita infatti che possa essere dimostrato che un fatto non si è verificato, ricorrendo eventualmente alla prova positiva di un evento incompatibile secondo l’intuitivo meccanismo dell’alibi;...la questione rileva quando si tratti di provare una proposizione negativa indefinita (fatti negativi destinati ad avere una collocazione temporale e spaziale indeterminata), dal momento che si dovrebbe far ricorso in tal caso ad un numero indefinito di proposizioni affermative”. VILLA, *op. ult. cit.*, p. 725.

¹⁴⁵ V. MARICONDA, *op. cit.*, p. 1581, il quale conclude sostenendo 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

Concludendo, se si vuole indicare un criterio generale che funga da criterio di massima circa la distribuzione dell'onere della prova, sembra più convincente rimanere aderenti all'opinione tradizionale in dottrina e in giurisprudenza, che assegna al creditore l'onere di provare il dedotto inesatto adempimento, e ciò sia nel caso in cui il creditore promuova l'azione per ottenere la condanna all'esatto adempimento, sia nel caso in cui agisca per la risoluzione del contratto, sia infine nel caso in cui chieda il risarcimento del danno.

8.6 L'ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO.

La tendenza semplificatrice e omogeneizzante della sentenza in commento trova ulteriore conferma nelle conclusioni cui essa perviene sulla questione del riparto dell'onere probatorio nell'ipotesi in cui il convenuto, cui si contesti di non aver adempiuto, eccepisca l'altrui inadempimento, avvalendosi di quello strumento di tutela che è l'*exceptio inadimpleti contractus*.

Le Sezioni Unite statuiscano che il convenuto eccepiente può limitarsi alla mera allegazione dell'altrui inadempimento, spettando alla parte attrice dimostrare di avere già adempiuto ovvero che la sua prestazione non è ancora esigibile.

Così statuendo, la sentenza si allinea all'orientamento nettamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza: molte sono infatti le pronunce che affermano tale principio, sia nell'ipotesi in cui l'attore abbia agito per ottenere l'esecuzione della prestazione, sia in quella in cui abbia chiesto la risoluzione del contratto e/o il risarcimento del danno¹⁴⁶. Ma, in passato, non era difficile trovare sentenze nelle quali, in senso diametralmente opposto, si affermava che deve essere il convenuto eccepiente a provare l'inadempimento dell'attore, a prescindere dal fatto che l'azione sia diretta alla risoluzione del contratto ovvero all'adempimento¹⁴⁷. Anzi, si doveva prendere anche atto di un terzo orientamento che, molto più sottilmente, distingueva a seconda che l'azione giudiziale fosse volta all'adempimento o alla risoluzione ed assumeva che, nel primo caso, incomberebbe sull'attore, una volta sollevata dal

probatoria connessa alla contestazione della esattezza dell'adempimento, con conseguente vanificazione delle esigenze di effettiva tutela del credito.

¹⁴⁶ Cfr., tra le tante, Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro It.*, 2001, I, c. 2504, con nota di PARDOLESI; Cass. 29 maggio 1998, n. 5306, in *Giur. it.*, 1999, p. 1841.

¹⁴⁷ Cfr. Cass. 16 dicembre 1981, n. 6670, in *Vita Not.*, 1982, p. 734; Cass. 28 aprile 1975, n. 1661, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce "Contratto in genere", n. 336.

convenuto l'eccezione di inadempimento, provare di aver adempiuto, poiché il proprio adempimento rappresenta il fatto costitutivo dell'azione; nel secondo, invece, incombendo già sull'attore la prova dell'inadempimento del convenuto, lo stesso non potrebbe essere gravato anche dall'onere di provare il proprio adempimento, con la conseguenza di scaricare sul convenuto la dimostrazione dell'inadempimento dell'attore¹⁴⁸.

La soluzione adottata dalla Sezioni Unite appare pienamente in linea con l'indirizzo già espresso dalle stesse Sezioni Unite in tema di onere probatorio nelle azioni di adempimento, risarcitoria e di risoluzione contrattuale: in ogni caso, fatta solo salva l'ipotesi delle obbligazioni negative, l'inadempimento non risulta mai essere fatto costitutivo per chi lo invoca, gravando invece sulla controparte l'onere di provare il fatto positivo del proprio adempimento.

La medesima regola, quindi, ma a ruoli invertiti, ponendosi il convenuto, con l'eccezione di inadempimento, nella posizione probatoria più favorevole che è di regola propria dell'attore. Adducendo l'altrui inadempimento, infatti, il convenuto non fa altro che tutelare il proprio diritto di credito derivante dal contratto; per il richiamato principio di persistenza del diritto, egli non sarà tenuto a provare anche l'attualità dello stesso e quindi il mancato avverarsi di cause estintive del diritto, quali l'adempimento del suo debitore.

Ciò risulterà altresì conforme al principio di vicinanza della prova, nella misura in cui si esonera il convenuto dalle difficoltà di provare un fatto negativo riferibile alla sfera d'azione del suo debitore.

Analoghe considerazioni hanno indotto la giurisprudenza a distinguere dalla vera e propria eccezione di inadempimento la c.d. *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Così, se il convenuto eccepisce non l'integrale inadempimento delle proprie obbligazioni, ma l'inesattezza dell'avvenuto adempimento, spetterà al medesimo dimostrare la differenza tra ciò che è stato prestato e ciò che era dovuto, non potendosi far gravare sull'attore, che ha l'onere di dimostrare il proprio adempimento, anche la prova di aver adempiuto esattamente¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Pret. Torino 20 febbraio 1995, *Foro It.*, 1995, I, p. 2615, con nota di ZAMPETTI.

¹⁴⁹ Cfr. Cass. 10 febbraio 2000, n. 1457, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 287; Cass. 11 novembre 1996, n. 9825, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 1497.

Ponendosi nuovamente in conflitto con l'opinione prevalente, le Sezioni Unite non accolgono tale differenziazione e, richiamandosi alle esigenze di omogeneità del regime probatorio, estendono anche all'ipotesi di eccezione di inesatto adempimento il principio di sufficienza dell'allegazione dell'inesattezza¹⁵⁰. Così facendo, però, si espongono alle critiche già espresse di eccessiva generalizzazione. A ciò si aggiunga che la soluzione criticata ha l'effetto di rendere molto difficoltoso, in talune fattispecie, l'assolvimento dell'onere probatorio gravante sull'attore, in netto contrasto con il principio di riferibilità, accolto dalle stesse Sezioni Unite.

È vero, però, che non è possibile liquidare l'orientamento delle Sezioni Unite in materia di inesatto adempimento come una semplice svista dovuta alla frettevolezza dei giudici. A dare conferma di ciò è la semplice constatazione che, sul piano operativo, la previsione di un onere probatorio differenziato per *l'exceptio inadimpleti contractus* e per *l'exceptio non rite adimpleti contractus* non sarebbe priva di controindicazioni: per sollevare l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. basterebbe al debitore allegare il fatto dell'inadempimento (incombendo sul creditore l'onere di fornire la prova contraria), per *l'exceptio non rite adimpleti contractus*, al contrario, sarebbe necessario che lo stesso fornisca la prova dell'inesattezza dell'adempimento. Al debitore che intenda usare le pieghe del sistema per sottrarsi alle proprie obbligazioni, resterebbe ancora la possibilità di sollevare, subordinando l'una all'altra, tanto l'eccezione di inesatto adempimento, quanto l'eccezione di mancato adempimento. La prima e immediata conseguenza sarebbe quella di costringere, di fatto, l'attore ad esibire in giudizio l'evidenza di aver completamente e correttamente adempiuto; e questo non solo al fine di scongiurare l'eccezione sollevata in subordine dal debitore, ma anche per evitare di incappare nelle maglie di un'erronea determinazione degli esatti confini fra le due fattispecie del mancato ed inesatto adempimento¹⁵¹.

¹⁵⁰ La sentenza si esprime in termini generali, ma è chiara nell'estendere tali considerazioni a tutte le fattispecie ipotizzabili, ivi compresa quella di cui all'art. 1460 c.c.

¹⁵¹ È la conclusione cui perviene LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro Italiano*, 2002, p. 769 ss.

9. LA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA A S.U. 13533/2001.

Adeguandosi all'intervento delle Sezioni Unite i giudici si sono allineati a quanto è stato deciso: ad eccezione, infatti, di una pronuncia emessa dal Tribunale di Genova¹⁵², non è stata rinvenuta alcuna decisione che si sia discostata dal *dictum* del Supremo Collegio.

Se nella maggior parte delle sentenze vengono riprese integralmente le argomentazioni di quest'ultimo, in altre si analizzano alcuni ulteriori profili, per lo più di carattere interpretativo, che contribuiscono a chiarire la portata del nuovo indirizzo. In particolare viene affrontata la questione, come abbiamo visto fonte di molte critiche, della ripartizione degli oneri probatori nelle situazioni di inesatto adempimento. Ad esempio il Tribunale di Monza¹⁵³, con una sentenza del 2005, aderisce all'indirizzo delineato dalle Sezioni Unite ma se ne discosta in materia di inesatto adempimento statuendo che: "Il principio secondo il quale chi lamenta l'inadempimento di una obbligazione contrattuale deve provare solo la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, mentre è onere del convenuto dimostrare di aver adempiuto, non trova applicazione qualora l'attore deduca l'inesatto adempimento della prestazione; in tal caso, infatti, l'onere di provare le circostanze che privano l'adempimento della sua efficacia estintiva e che divengono veri e propri autonomi elementi costitutivi della domanda non può essere accollato a chi, per l'appunto, intende avvalersene, e cioè al creditore". Questo Tribunale, quindi, fa proprie le critiche mosse dalla dottrina verso la scelta della

¹⁵² Con la sentenza n. 181 emessa il 16 gennaio 2004, per quanto è possibile argomentare dalla massima che è stata pubblicata in *Il merito*, 2004, n. 9, p. 38, si è proceduto ad un vero e proprio ribaltamento di opinione: "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 dell'onere probatorio, si deve aver riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chiedi 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, ..., spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento". Tale sentenza quindi sembra aderire a quello che era il c.d. orientamento maggioritario della giurisprudenza disatteso dalle Sezioni Unite proprio con la sentenza 13533/2001.

¹⁵³ Tribunale di Monza, 23 agosto 2005.

Suprema Corte di estendere anche alle ipotesi di inesatto adempimento il principio per cui al creditore è sufficiente allegare l'inadempimento.

Nella recente evoluzione giurisprudenziale merita poi attenzione una pronuncia della Suprema Corte¹⁵⁴ di poco successiva a quella delle Sezioni Unite.

Nel caso di specie si trattava di una causa nella quale era stata proposta un'azione diretta a conseguire il risarcimento dei danni dinanzi all'inesatto adempimento di una prestazione contrattuale. I giudici, dopo aver ripercorso la decisione delle Sezioni Unite, ed averne valorizzato i criteri della ragionevolezza, della riferibilità della prova e della distinzione tra la responsabilità contrattuale e aquiliana, hanno statuito che: "... il diritto alla risoluzione del contratto, come l'obbligo del risarcimento in caso di domanda autonoma e non accessoria, conseguente all'inadempimento, attua una responsabilità del debitore coeva al sorgere del rapporto obbligatorio. Il risarcimento del danno o la risoluzione per inadempimento, così come per l'adempimento, sono intrinseci al rapporto obbligatorio, inteso come struttura complessa, costituito da un insieme funzionalmente unitario di effetti giuridici, i quali possono mutare senza che il rapporto perda la sua identità. Ne consegue che, nelle obbligazioni positive, con il contratto sorge sia il diritto alla prestazione sia contemporaneamente il diritto alla risoluzione ed al risarcimento del danno".

Sulla scorta di tale impostazione si conclude che non è l'inadempimento a porsi "come fatto costitutivo della domanda di risoluzione, ma è l'adempimento che si pone come fatto estintivo dei diritti sorti coevamente con il contratto in favore del creditore (diritto all'adempimento o alla risoluzione del contratto ed al risarcimento del danno). Dovrà essere, quindi, il debitore a provare di aver adempiuto".

Si mostra dunque con evidenza come queste ragioni siano capaci di sorreggere quanto affermato dalle Sezioni Unite, non solo per i casi di inadempimento totale ma anche in quelli di adempimento inesatto.

Vengono, infine, indicate delle eccezioni a tale criterio probatorio nelle obbligazioni negative ed in quelle di protezione o di vigilanza poiché si sostiene che nella stessa struttura "del diritto di credito è già insito il soddisfacimento. Si potrebbe

¹⁵⁴ Cass. 28 gennaio 2002 n. 982, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 978 e in *Giur. it.*, 2002, p. 1837, con nota di ORTOLANI.

dire che detti diritti sono potenzialmente soddisfatti, tant'è che se essi durassero pochi istanti, non sarebbe concepibile un inadempimento. Quindi in questi casi l'inadempimento si pone come fatto aggiuntivo, che porta il diritto del creditore dalla posizione di potenziale attuale soddisfacimento a quella di insoddisfacimento: è un *quid novi*, che viene a ledere la posizione esistente già al momento della conclusione del contratto, e che va, quindi, provato dal creditore".

Vi è poi una pronuncia di legittimità, che ha seguito la sentenza 13533 del 2001, la quale è l'unica che mostra una qualche incertezza nell'assimilare integralmente i criteri. Forse nell'intento di aggirare le problematiche probatorie sollevate da fattispecie di inesatto adempimento, la Corte con la sentenza 13925 del 2002¹⁵⁵ ha stabilito che, proposta un'azione di risoluzione ed eccepito da parte dell'attore "non un inesatto adempimento ma un integrale inadempimento" del convenuto, spetta a quest'ultimo "fornire la prova del proprio adempimento" e quindi, trattandosi di una compravendita, "anche della corrispondenza dell'oggetto della prestazione resa rispetto a quella pattuita".

La distinzione operata tra i due casi di inadempimento può essere segno di una qualche titubanza verso la decisione delle Sezioni Unite avendo queste, come noto, unificato tutte le situazioni. Forse per questo motivo nella sentenza si evita di entrare nel merito della questione e, qualificato come *aliud pro alio* il vizio palesato dall'attore nella prestazione resagli, si sostiene che tale fattispecie non "integri gli estremi di un inesatto adempimento,..., attenendo ad una differenza sostanziale nell'identità della prestazione, mentre integra gli estremi di un inadempimento totale". Così qualificato il tipo di inadempimento si aderisce all'indirizzo delle Sezioni Unite ponendo la prova estintiva a carico del convenuto venditore.

In un'altra decisione la Corte di Cassazione, trovandosi a statuire sulla ripartizione degli oneri probatori dinanzi ad una domanda di risarcimento danni per responsabilità contrattuale derivante da un contratto di ormeggio, richiamato l'indirizzo delle Sezioni Unite, ne tenta una sintesi sostenendo che l'onere della prova spetta sempre al soggetto sul quale incombe l'esecuzione della prestazione contestata¹⁵⁶. Essa, innanzitutto, qualifica il contratto di ormeggio come un "negozio

¹⁵⁵ Cass. 25 settembre 2002 n. 13925, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 1716.

¹⁵⁶ Cass. 1 giugno 2004 n. 10484, in *Dir. e Giust.*, 2004, con nota di ROSSETTI.

atipico, che ha un contenuto minimo indefettibile rappresentato dalla messa a disposizione, dietro pagamento di un corrispettivo, di uno spazio acqueo per la conveniente allocazione di un natante; ed un contenuto eventuale, rappresentato dalla volontaria assunzione, da parte dell'ormeggiatore, dell'obbligo di custodia del natante medesimo. Nel primo caso, al contratto saranno applicabili le norme sulla locazione, nel secondo caso quelle sul deposito." Dopo questa ricostruzione, la Corte sostiene che: "Con riferimento al contratto di ormeggio con obbligo di custodia (come nel caso di specie), in caso di avaria, deterioramento o distruzione della imbarcazione, il concessionario dell'ormeggio non si libera della responsabilità *ex recepto* provando di avere usato nella custodia della *res* la diligenza del buon padre di famiglia prescritta dall'art. 1768 c.c., ma deve provare, a mente dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento è derivato da causa a lui non imputabile".

Sempre in materia di obbligazioni di custodia, con riferimento ad un contratto di cassette di sicurezza stipulato tra un privato ed una banca, la Cassazione, in una recente sentenza¹⁵⁷, ha stabilito che: "Premesso che con il contratto di cassette di sicurezza la banca assume la responsabilità riferita a prestazioni di custodia, dalla quale può essere liberata solo nelle ipotesi di caso fortuito, ..., la questione della distribuzione dell'onere della prova non trova ragione di essere prospettata in termini diversi, rispetto alla disciplina che regola l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, come prevista dall'art. 1218 c.c., in forza del quale è il debitore che, per liberarsi dalla responsabilità, ha l'onere di provare, in caso di inadempimento o di ritardo, che la impossibilità della prestazione è dovuta a causa a lui non imputabile".

Anche con riferimento al contratto di mandato la Corte di Cassazione, in una recentissima sentenza¹⁵⁸, ha confermato l'indirizzo delineato dalle Sezioni Unite nel 2001, riprendendo le medesime argomentazioni. Nel caso di specie si trattava di una causa promossa dal Ministero delle Finanze contro il Comune di Modena, dove si chiedeva il risarcimento dei danni subiti dal Ministero provocati con la notificazione tardiva di un avviso di accertamento del locale Ufficio delle imposte, relativo ai redditi di un contribuente, il quale, per tale ritardo, aveva chiesto ed ottenuto in sede giurisdizionale l'annullamento dell'atto indicato. Nel confermare la sentenza di merito

¹⁵⁷ Cass. 5 aprile 2005 n. 7081, in *Giur. it.*, 2005, p. 2035.

¹⁵⁸ Cass. 26 gennaio 2007 n. 1743, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1.

che ha escluso l'inadempimento da ritardo del Comune nell'esecuzione del mandato conferito dall'Amministrazione finanziaria per la notifica di avvisi di accertamento, la Corte di Cassazione ha ribadito che: "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".

La Corte ha poi dato applicazione al principio statuito nel 2001 anche nell'ambito dei contratti d'appalto¹⁵⁹, dove essa ha stabilito che: " Ai fini della risoluzione del contratto di appalto per i vizi dell'opera si richiede un inadempimento più grave di quello richiesto per la risoluzione della compravendita per i vizi della cosa, ..., e incombe al committente l'onere probatorio in ordine alla sussistenza dei vizi dedotti a fondamento della domanda di risoluzione del contratto di appalto, mentre compete all'appaltatore addurre l'esistenza di eventuali cause che impediscano al committente di far valere il suo diritto".

La Corte si è trovata poi a decidere su una situazione di inesatto adempimento in una prestazione di dare ed aderendo all'indirizzo della Sezioni Unite ha statuito che "anche nel caso in cui sia dedotto (come nella specie) non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento"¹⁶⁰.

È da notare che con tali argomenti si reputano superate le problematiche insite nell'atto di accettazione della prestazione, quale momento di scambio degli oneri probatori.

Quest'ultimo criterio è stato menzionato anche in un'altra recente sentenza¹⁶¹, dove il Collegio si è interrogato sulla ripartizione degli oneri probatori nell'ambito della responsabilità sanitaria e più esattamente a quale parte, tra paziente

¹⁵⁹ Cass. 15 marzo 2004 n. 5250, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1366.

¹⁶⁰ Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 2.

¹⁶¹ Cass. 28 maggio 2004 n. 10297, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 1601.

e medico, spettasse l'onere di provare che la prestazione di quest'ultimo fosse stata eseguita in modo esatto ossia conforme alla *legis artis*. Ci troviamo dunque in un caso di inesatto adempimento di una prestazione di fare e la Corte richiama, facendolo proprio, quanto espresso dalle Sezioni Unite sull'onere della prova.

Applicando, quindi, tale principio in punto di responsabilità professionale del medico afferma "che il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento. Più precisamente, consistendo l'obbligazione professionale in un'obbligazione di mezzi, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile".

Quest'ultima pronuncia non è rimasta isolata ed il criterio di ripartizione degli oneri probatori nell'ambito della responsabilità medica ha trovato poco tempo dopo un'ulteriore conferma nella sentenza 11488 del 2004¹⁶² dove è stato affermato che nel caso di specie deve essere il medico a provare di aver adottato la diligenza richiesta poiché "la diligenza dell'adempimento è sempre riferibile alla sfera d'azione del debitore; in misura, inoltre, tanto più marcata quanto più l'esecuzione delle prestazioni consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore siccome estranee al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore, nella specie specialista nell'esercizio di una professione protetta".

Sempre nell'ambito della responsabilità medica, la Corte, in un'altra recente sentenza¹⁶³, ha statuito che: "In tema di prova dell'inadempimento di una prestazione d'opera intellettuale, grava sul professionista la dimostrazione dell'adempimento o dell'esatto adempimento della prestazione, sia sotto il profilo dell'obbligo di diligenza e perizia, sia della conformità quantitativa o qualitativa dei risultati che ne sono derivati, mentre sono a carico del committente l'onere di allegazione dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento e la dimostrazione del pregiudizio

¹⁶² Cass. 21 giugno 2004 n. 11488, in *Danno e Responsabilità*, 2005, 23, con nota di DE MATTEIS.

¹⁶³ Cass. 31 luglio 2006 n. 17306, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8.

subito ed il nesso causale tra tale pregiudizio e l'attività del professionista". Nella specie, relativa ad una richiesta di compenso per prestazione odontoiatrica, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che, nell'accogliere la domanda del medico, aveva posto a carico del cliente soccombente la omessa dimostrazione dell'esistenza di ineliminabili vizi e difformità della protesi oggetto della prestazione e in particolare la mancata constatazione dei vizi mediante un accertamento peritale, considerando irrilevanti le testimonianze addotte per dimostrare i danni causati al paziente dall'impianto della protesi.

La Corte è rimasta fedele all'indirizzo delineato dalle Sezioni Unite anche in materia di contratto d'affitto d'azienda¹⁶⁴, in una causa promossa per ottenere il risarcimento del danno derivante dal mancato rispetto degli obblighi derivanti da un contratto di locazione di un campeggio e da un patto aggiuntivo in esso inserito.

Interessante appare, altresì, un'altra sentenza¹⁶⁵ censita sul tema della prova nelle situazioni di inesatto adempimento.

Nel caso si trattava di una causa promossa contro l'INPS per ottenere la corresponsione degli interessi legali e della rivalutazione monetaria sulle somme dovute a titolo di pensione di inabilità che l'attore asserisce essergli state corrisposte in ritardo.

Il collegio, richiamato fedelmente quanto statuito con la nota sentenza 13533 del 2001, ha affermato che la ripartizione degli oneri probatori già individuata per le ipotesi di inesatto adempimento vale anche nel caso in cui sia dedotto l'avvenuto pagamento di una somma di denaro, costituente l'oggetto di una obbligazione pecuniaria, oltre il termine di scadenza stabilito per legge o in base al negozio, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento. La Corte fornisce, così, un'interpretazione chiarificatrice del principio, asserendo che quest'ultimo va "correttamente inteso, nel senso che le Sezioni Unite, quando hanno affermato che il creditore il quale lamenta l'inesatto adempimento deve limitarsi a dedurre l'inesattezza, hanno voluto dire che il medesimo creditore ha l'onere di allegare tutte le circostanze del caso concreto, tutte quelle circostanze, cioè, che integrano la suddetta inesattezza (che è concetto ampio, comprendente plurime

¹⁶⁴ Cass. 12 aprile 2006 n. 8615, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4.

¹⁶⁵ Cass. 23 febbraio 2004 n. 3579, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 6.

specificazioni) a seconda delle sue effettive manifestazioni: sicché, qualora venga affermato, come nel caso in esame, che l'inesattezza è costituita dal ritardo nel pagamento in quanto effettuato oltre il termine stabilito dal contratto o dalla legge, è onere del creditore, allo scopo di conseguire per tale ritardo gli interessi moratori o il c.d. maggior danno o la rivalutazione monetaria (a norma dell'art. 1224, commi primo e secondo, c.c. o dell'art. 429, terzo comma, c.p.c.), indicare non solo il giorno di scadenza dell'obbligazione, ma anche quello (successivo) in cui è stato eseguito il pagamento della somma capitale. E, se tale onere venga osservato, compete al debitore dimostrare l'avvenuto esatto adempimento".

L'indirizzo delineato dalle Sezioni Unite nella sentenza 13533/2001 è stato poi ripreso anche in materia di lavoro subordinato; in presenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alla parte (attrice o convenuta) sulla quale incombesse la prova – nel caso di annullamento giudiziale del licenziamento ingiustificato – di dimostrare i requisiti dimensionali dell'unità produttiva o del complesso aziendale, al fine di beneficiare della misura della reintegrazione nel rapporto, ex art. 18 Stat. Lav., le Sezioni Unite¹⁶⁶ hanno scelto di porre il relativo onere a carico del datore di lavoro. A tal fine hanno operato una consapevole scelta a favore dell'indirizzo minoritario affermatosi proprio con la sentenza 13533/2001, dando conto al tempo stesso dei tre indirizzi sussistenti nella specifica tematica ed affermati sia in sentenze maggioritarie antecedenti che in dottrina, sottoposti a critica sostenendo che fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa costituirebbero, insieme al giustificato motivo del licenziamento, fatti impeditivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio e dovrebbero essere perciò provati dal datore di lavoro. Con l'assolvimento di quest'onere probatorio il datore dimostrerebbe che l'inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro non è a lui imputabile e che comunque il diritto del lavoratore a riprendere il suo posto non sussiste, con conseguente necessità di ridurre il rimedio al risarcimento pecuniario. L'individuazione di siffatto onere probatorio a carico del

¹⁶⁶ Cass. Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 2, 440, con nota di VALLEBONA e in *Dir. & Formazione*, 2006, 2, 189, con nota di GIACOMARDO.

datore di lavoro persegue, inoltre, la finalità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore il quale, a differenza del datore di lavoro, non dispone di norma delle informazioni e della documentazione necessaria per provare il numero dei lavoratori occupati nell'impresa.

Infine, la Corte di Cassazione¹⁶⁷ ha confermato l'applicabilità della tesi formulata nella sentenza 13533/2001 alle ipotesi in cui il convenuto sollevi l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., affermando che: "...uguale criterio di riparto dell'onere della prova deve peraltro 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 quanto il debitore eccepiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione"; e nella specie la domanda proposta dalla parte attrice è stata respinta proprio perché, essendo stato eccepito dalla parte convenuta il mancato adempimento delle prestazioni alle quali, secondo l'interpretazione data al contratto dal giudice del merito, il pagamento del compenso era subordinato, l'attrice non aveva fornito la prova su di essa incombente dell'avvenuto adempimento della controprestazione.

Le sentenze riportate non possono che arricchire di nuovi spunti la riflessione sul tema probatorio e, in particolare, sul riparto di tale onere nelle situazioni di inesatto adempimento. La previsione di un'unica regola di riparto dell'onere probatorio per tutte le diverse ipotesi di inadempimento, enunciata incidentalmente dalle Sezioni Unite e criticata aspramente dalla pressoché totalità della dottrina nella parte in cui viene estesa anche all'inesatto adempimento, sta inesorabilmente consolidandosi, quantomeno nella giurisprudenza di legittimità. Per contro, come si è visto, alcuni giudici di merito hanno preferito, proprio nelle ipotesi di adempimento inesatto, mantenersi fedeli all'orientamento tradizionale, aderendo così alle critiche mosse dalla dottrina.

¹⁶⁷ Cass. 13 giugno 2006 n. 13674, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6.

10. L'ACCOGLIMENTO DELLA SENTENZA 13533/2001 IN DOTTRINA.

La dottrina che si è prestata a commentare la sentenza delle Sezioni Unite ha accolto con favore lo sforzo di semplificazione operato dai Giudici, dei quali ha condiviso le soluzioni adottate circa la ripartizione degli oneri probatori nelle situazioni di inadempimento totale ed assoluto del contratto¹⁶⁸.

Di ben diverso tenore, invece, sono stati i giudizi riservati alla soluzione prescelta per le situazioni di inesatto adempimento. Al riguardo la dottrina pressoché unanime ritiene che sarebbe stato preferibile mantenere l'orientamento precedente, che era tra l'altro condiviso anche dalla giurisprudenza. A parere degli autori, quindi, nelle ipotesi di inesatto adempimento l'onere della prova dovrebbe gravare sul creditore perché pretendere che il debitore dimostri di aver adempiuto esattamente vorrebbe dire, ad esempio, imporgli la prova che la cosa già consegnata, quindi nella sfera di disponibilità della controparte, è esente da vizi e irregolarità. Ben più facile sarebbe per il creditore possessore dimostrare i difetti riscontrati nella cosa ricevuta.

Osservazioni critiche di analisi economica sono state svolte in un saggio ove, pur sotto questo profilo, si è preso le distanze dai criteri della recente giurisprudenza con l'argomento che essi provocherebbero una proposizione negativa infinita: "il costo della prova imposto al debitore tenderebbe all'infinito e dunque sarebbe corretta la soluzione tradizionale, che richiede al creditore che lamenta l'inesatto adempimento di darne dimostrazione. Ciò conferma la correttezza della diffusa opinione che assegna al creditore insoddisfatto da una prestazione inesatta il compito di provare le ragioni delle sue doglianze"¹⁶⁹.

¹⁶⁸ L'unica opinione critica sul punto è stata espressa da VISINTINI, in *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime*, cit., p. 909.

¹⁶⁹ VILLA, *Onere della prova*, op. cit., p. 729. L'Autore, infatti, afferma di non condividere la statuizione delle Sezioni Unite sul tema dell'inesatto adempimento: "Il sostenere che il debitore, di fronte alle lamentele del creditore, debba dimostrare di avere eseguito correttamente significa dunque imporgli di provare di *non* avere commesso errori, di *non* avere colluso con altri, di *non* aver divulgato informazioni inveritiere; il che vuol dire tornare al tema dell'inadempimento delle obbligazioni negative, con il riproporsi il problema della prova della 'proposizione negativa indefinita'. E ancora: "Ciò che ostacola la razionalità di una regola che imponga al debitore di dimostrare di non avere tenuto il comportamento vietato non è però l'invocazione di un inesistente principio 'negativa non sunt probanda'. Non si dubita infatti che possa essere dimostrato che un fatto non si è verificato, ricorrendo eventualmente alla prova positiva di un evento incompatibile secondo l'intuitivo meccanismo dell'alibi; il problema si pone piuttosto perché alcuni fatti negativi sono destinati ad avere collocazione temporale e spaziale indeterminata e dunque diviene assai complesso dare prova di una serie di accadimenti positivi capaci di escludere l'accadimento contrario. Detto altrimenti, mentre può essere relativamente agevole provare di non essere stati in

Non mancano comunque posizioni dottrinali che ritengono corretta l'estensione del regime probatorio dell'inadempimento totale alle ipotesi di inesatto adempimento. Si è, infatti, detto che le azioni rimediali derivano dall'esercizio di un potere, essenziale alla struttura del rapporto obbligatorio; da tale qualificazione discende che il contraente fedele, fornita la prova in ordine al titolo contrattuale, non resta gravato da ulteriori oneri per poter esercitare sia l'azione di adempimento, sia l'azione risolutoria che quella di risarcimento dei danni. Temi probatori, quest'ultimi, che "non muteranno neppure nelle situazioni di inesatto adempimento, giacché tutte le volte in cui l'atto solutorio presenti una deficienza, qualitativa o quantitativa, l'obbligazione permarrà nell'interezza della sua struttura con tutte le facoltà ed i poteri a questa connaturati. L'obiezione di fondo, mossa dalla parte avversa della dottrina, per la quale in queste situazioni l'inesattezza costituisce un elemento nuovo ed ulteriore rispetto al titolo, quale fatto costitutivo delle domande rimediali, perde di consistenza se ammettiamo che fin quando perdura l'obbligazione permangono, nella propria struttura, tutte le azioni dirette alla sua tutela"¹⁷⁰.

Altri, pur mostrandosi favorevoli ad un'unificazione del regime probatorio tanto per l'azione risolutoria quanto per quella di adempimento, si sono discostati dai principi enunciati dalle Sezioni Unite per il caso dell'azione risarcitoria - alla quale riconoscono un'autonomia funzionale - sul presupposto che il creditore insoddisfatto ha l'onere di dimostrare tanti i danni patiti quanto il nesso di causalità che li collega al comportamento del debitore inadempiente¹⁷¹.

La nuova ripartizione degli oneri probatori vede dunque contrapporsi, da una parte, la giurisprudenza che ha consolidato il proprio orientamento prestando

un certo luogo ad una certa ora perché si è stati visti altrove, provare di non aver fatto concorrenza per tutto il periodo in cui si era assunto l'impegno significherebbe dover dimostrare tutti i fatti positivi incompatibili nel frattempo intervenuti. La questione rileva dunque quando si tratti di provare una 'proposizione negativa indefinita', dal momento che si dovrebbe fare ricorso in tal caso ad un numero indefinito di proposizioni affermative".

¹⁷⁰ Questa è la posizione di BUSONI, *Inesatto adempimento ed onere probatorio*, in *Rivista di diritto privato*, 2006, p. 787 ss.

¹⁷¹ MAGGIOLLO, *Inadempimento e oneri probatori*, in *Riv. dir. civ.* 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista*, p. 165 e ss., secondo cui: "l'azione di danno presenta una coerenza interna alla stregua della quale l'onere di provare l'inadempimento deve gravare sul creditore. Trova così conferma quella sorta di autonomia funzionale che parte della dottrina attribuisce alla azione di danno rispetto agli altri rimedi concessi contro l'inesecuzione del contratto. È un'autonomia che si traduce anche sul piano della prova nel senso che rispetto alla domanda di risoluzione e alla domanda di condanna all'adempimento, l'azione di danno può e deve seguire una sua propria via".

adesione alla statuizione della Sezioni Unite e, dall'altra parte la dottrina la quale, pur accettandone i criteri per le situazioni di totale inadempimento, ne critica in modo praticamente compatto, seppur con argomenti diversi, la posizione per le situazioni di inesatto adempimento.

CAPITOLO III

ONERE DELLA PROVA E RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA

1. CAUSE ED EFFETTI DELLA “SEMPLIFICAZIONE” DEL REGIME PROBATORIO.

Il nuovo corso della giurisprudenza ha prodotto l'effetto di indurre una maggior tutela della posizione creditoria. Abbiamo visto come quest'evoluzione sia passata attraverso una diversa ripartizione ed un'assoluta semplificazione degli oneri probatori. All'origine della scelta sono stati posti motivi di razionalità ed efficienza, ma le conseguenze che ne sono derivate hanno sicuramente superato queste spinte iniziali suscitando effetti di grande rilievo nel sistema della responsabilità contrattuale.

Il rischio della soccombenza si è spostato sul debitore, sul quale pesa la probabilità di non riuscire a soddisfare i più pregnanti oneri probatori posti a suo carico. Il meccanismo è noto e deriva da una delle funzioni principali del precetto stabilito nell'art. 2697 c.c. Il giudice è tenuto ad emettere una decisione anche quando i fatti non sono stati provati, facendo ricadere l'esito negativo di quest'attività sulla parte che era gravata dall'onere di procurarne la dimostrazione. L'art. 1697 c.c. determina infatti una distribuzione del “rischio del mancato convincimento del giudice”¹⁷².

La ripartizione dei carichi probatori si riflette direttamente sulla disciplina sostanziale del rapporto; d'altra parte l'efficienza dei rimedi non può che essere misurata nel momento della pronuncia giudiziale e, dunque, ecco confermati il rilievo delle dinamiche processuali e dell'onere della prova¹⁷³. Il ruolo di quest'ultimo spicca

¹⁷² PATTI, *Prove. Disposizioni generali.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, p. 4. Peraltro questo rischio deriva non soltanto dalla possibilità di non riuscire a fornire la prova richiesta, ma anche dalla possibilità che questa, sebbene offerta, non sia stata capace di persuadere il giudicante in merito alla sua fondatezza. Accollare l'onere della prova significa quindi addossare un rischio, che aumenterà proporzionalmente all'aggravarsi del contenuto degli oneri probatori.

¹⁷³ Una lettura di estremo interesse sul ruolo degli oneri probatori è data dal saggio di VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova 2005, p. 231 ss., ove il tema viene affrontato sotto questo profilo: “La disparità può essere rilevante solo in presenza del dettato di una norma, dell'uso di una clausola generale o del richiamo positivo del fatto. In tutti questi casi, (...) la rilevanza della disparità non si ha nel momento della identificazione della situazione soggettiva ma nel momento dell'accertamento giudiziale della disuguaglianza. Ciò significa che la specificità non va ricercata solo sul piano della differenziazione sostanziale del potere o del diritto, ma anche sul piano delle dinamiche dell'iniziativa processuale e dell'onere della prova e ne segue una conclusione di grande interesse. (...) essendo pienamente consapevoli di quanto la ripartizione dell'onere della prova, effettuata dalla giurisprudenza, incida sulla disciplina sostanziale del rapporto e sulla sua concreta regolazione” *ivi* p. 255 e ss. Ed ancora, nelle conclusioni, “la fattispecie contrattuale basata sulla disparità di potere delle parti richiede forme flessibili modellate sulle circostanze soggettive delle parti, la concretezza del fatto e la efficienza del rimedio costruito

perché si trova a governare l'applicazione concreta dei rimedi. L'impianto della responsabilità contrattuale è stato costruito anche sui temi probatori se consideriamo che l'art. 1218 c.c. pone espressamente alla base dell'esclusione di responsabilità non un fatto, ma la sua prova. Concetto che negli ultimi anni la giurisprudenza, ma anche il legislatore, ha sempre più affinato, adoperandolo, unitamente a quello stabilito dall'art. 2697 c.c., per adattarlo alle singole situazioni, talvolta predisponendo un'inversione degli oneri probatori, oppure indicando esattamente le modalità di esecuzione di una determinata obbligazione, ossia codificando il comportamento che il debitore deve tenere per adempiere esattamente il contratto.

Nei tempi recenti si conferma una lettura della responsabilità costruita in una preminente ottica processuale, la quale pare assurgere a baricentro sul quale regolare gli equilibri patologici del rapporto contrattuale. Ed ecco allora che il processo supera la propria dimensione di mezzo per l'attuazione del diritto sostanziale, per divenire il luogo dal quale muovere per regolare la responsabilità debitoria¹⁷⁴.

Nella determinazione dell'onere della prova dinanzi ai giudici assumono un peso crescente i criteri della vicinanza e riferibilità della prova, della migliore attitudine¹⁷⁵, della più adeguata capacità¹⁷⁶ e della giustizia. Canoni che ruotano attorno alla convinzione secondo la quale "ciascuna parte deve provare i fatti che hanno origine nell'ambito del proprio dominio, e conseguentemente sopportare il

dalla norma o dal giudice con una peculiare attenzione alla ripartizione dell'onere probatorio" *ivi*, p. 260.

¹⁷⁴ Nell'ambito del rapporto tra regole sostanziali e processo è interessante cogliere il ruolo assegnato alla fattispecie, quale costruzione su cui si fonda necessariamente la regola di ripartizione degli oneri probatori. La figura è sempre più osservata criticamente poiché da tempo vi è una marcata tendenza ad abbandonare la qualificazione degli istituti in categorie e conseguentemente a sfaldare la costruzione di fattispecie; ciò non di meno è possibile scorgere un nuovo utilizzo di questo strumento nella sua veste prettamente processuale. Autorevole dottrina ha sostenuto che "Senza la teoria della fattispecie non vi può essere la teoria dell'onere della prova" (SACCO, *La parte generale del diritto civile, 1, Il Fatto, L'Atto, Il Negozio*, in *Tratt. Dir. Civ. dir. da Sacco*, Torino 2005) e tale affermazione merita di essere portata alle sue conseguenze. Senza la teoria dell'onere della prova, infatti, non sempre si può giungere ad una sentenza giacché il principio sancito dall'art. 2697 c.c. è necessario per regolare la definizione di un processo ogniqualvolta non sia raggiunta la prova necessaria all'accoglimento della domanda ed il giudice debba decidere l'esito della controversia. Dunque per avere una decisione può occorrere la fattispecie. Anche il ricorso a questo schema concettuale – considerando che assieme al contratto sorge sia il diritto alla prestazione sia il diritto ai rimedi – deve, dunque, essere letto nell'ottica del processo, ove non troverà più una coincidenza perfetta con quella sostanziale poiché dovrà esser costruita oltretutto dai fatti costitutivi anche dalla qualità dei soggetti, dalla natura specifica degli interessi in gioco, ed anche dalle allegazioni, quale imprescindibile attività della parte attrice.

¹⁷⁵ Cass. 28.5.2004, n. 10297.

¹⁷⁶ Cass. 21.6.2004, n. 11488.

rischio del mancato chiarimento di tali fatti”¹⁷⁷. Qualora il debitore non sia in grado di adempiere alla propria obbligazione dovrà farsi carico del rischio dello scioglimento del contratto o del risarcimento dei danni. La mera in attuazione dell’obbligo sposta sul debitore il rischio di sopportarne le conseguenze, trovandosi gravato dall’onere di dimostrare la propria liberazione o le ragioni che la giustificano.

Nel nuovo corso giurisprudenziale, inoltre, non è difficile scorgere una riduzione del ruolo che si assegnava agli aspetti soggettivi, e dunque alla colpa, all’interno degli istituti che presiedono alla tutela del contratto.

Il sistema della responsabilità professionale sembra uniformarsi in regole uniche, ma l’apparenza supera la realtà in molti aspetti.

La questione che si pone è quella di verificare se la ripartizione degli oneri probatori, tracciata dalla giurisprudenza, sia una regola valida per l’intero settore della responsabilità professionale.

Il problema è sicuramente complesso e conviene muovere da un’analisi di singoli casi concreti nei quali è stata affrontata la suddivisione degli oneri probatori.

2. LA PROVA DEI FATTI COSTITUTIVI.

Il titolo, in forza del quale si aziona la pretesa giudiziale, rappresenta l’elemento costitutivo della domanda e non è mai stato posto in dubbio che dovesse essere dimostrato dal soggetto che, nella sua qualità di creditore della prestazione, si fosse determinato ad agire in giudizio.

Tuttavia una minore linearità interpretativa si riscontra nelle ipotesi in cui la situazione fatta valere non derivi da un contratto concluso secondo uno schema classico, nel quale parti hanno concordato tutti i singoli elementi dell’accordo, ma nasca da un’ipotesi di contatto sociale, ovvero da un’ipotesi di responsabilità precontrattuale, oppure l’obbligo che si invoca inadempito abbia un carattere accessorio non apertamente enunziato, ma derivante da una fonte di integrazione del contratto.

Procedendo per ordine occorre evidenziare che in questi casi il creditore dovrà dimostrare tutti quegli elementi di fatto dai quali si può ritenere che emerga la

¹⁷⁷ PATTI G., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, artt. 1337-1342, in *Comm. Schlesinger*, 43.

situazione non esplicitata. Così nelle ipotesi di contatto sociale il creditore dovrà dimostrare l'instaurarsi di un vincolo ed il sorgere di quegli obblighi che si assumeranno inadempiti. La prova dovrà essere particolarmente rigorosa poiché il diritto fatto valere ha ad oggetto una prestazione non determinata nel suo contenuto e nelle modalità della sua esecuzione, giacché deriva da un mero obbligo di corretto comportamento.

Considerazioni non del tutto dissimili possono essere svolte quando si affronti il tema degli obblighi accessori. Anche in questo caso il quesito che si pone è quello di individuare l'esistenza ed il contenuto degli obblighi nonché quello di stabilire le condizioni alle quali possono ritenersi esattamente adempiti.

Occorre considerare che qualora si intenda far valere in giudizio la violazione di un obbligo accessorio, non esplicitato nell'accordo, la dimostrazione del solo titolo contrattuale e l'allegazione del fatto illecito non sarà sufficiente al creditore per soddisfare gli oneri messi a suo carico dall'art. 2697 c.c. posto che tali obblighi, in quanto non dichiarati, non possono ritenersi esplicitamente contenuti nel contratto.

La particolarità di tale dimostrazione consiste nel fatto che l'obbligo trova la sua genesi in una fonte legale che opera un'integrazione del regolamento contrattuale. È evidente come la sola dimostrazione del titolo, ossia del contenuto dell'accordo, sia necessaria ma non sufficiente a dar conto dell'esatta consistenza degli obblighi accessori. Invero il contratto non rappresenta direttamente il fatto storico da cui trae origine, ad esempio, l'obbligo di buona fede, ma costituisce il fatto storico dal quale consegue, ed in relazione al quale opera, la clausola generale indicata dall'art. 1375 c.c.

Cosicché, qualora si intenda far valere la violazione dell'obbligo di buona fede, si dovrà dimostrarne l'esistenza¹⁷⁸. Sarà quindi necessario provare sia la sussistenza del contratto sia "le circostanze che hanno reso giuridicamente doveroso un atto non previsto dalle parti nel regolamento"¹⁷⁹. In altre parole la parte interessata dovrà provare le circostanze di fatto dalle quali è possibile sussumere la nascita dell'obbligo strumentale tramite il precetto della buona fede. Quest'ultimo verrà individuato ponendo le circostanze di fatto in rapporto di strumentalità con l'interesse che la

¹⁷⁸ Una notevole eccezione la si può trovare, pure in questo caso, nelle ipotesi in cui preesista un determinato obbligo, magari di natura deontologica. Vedi *infra*.

¹⁷⁹ UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, in *Studi di diritto privato*, Padova 2008, p. 507.

clausola di integrazione è diretta a perseguire per consentire la realizzazione del programma contrattuale¹⁸⁰.

Il contratto, frequentemente, si paleserà come un insieme complesso di clausole ed obblighi¹⁸¹ che talvolta discendono non tanto da una espressa pattuizione bensì dalla natura socialmente tipica del rapporto. Il creditore insoddisfatto dovrà pertanto curarsi di dimostrare il rapporto nella sua interezza, non solo per identificare l'effettivo oggetto materiale della prestazione dovuta, bensì per circoscrivere adeguatamente obblighi e responsabilità del debitore.

Considerazioni non dissimili possono essere svolte anche sui temi probatori della responsabilità precontrattuale.

Come noto in dottrina resta assai discussa la natura giuridica di questa responsabilità, mentre in giurisprudenza esiste un orientamento consolidato che le riconosce natura aquiliana¹⁸², e alla diversa qualificazione è stata attribuita una rilevante portata nel campo della ripartizione degli oneri probatori.

¹⁸⁰ In sintesi si è affermato: "l'oggetto della prova relativa alla sussistenza dell'obbligo di buona fede si riconduce alla prova della esistenza del contratto e alla prova delle circostanze dalle quali si individua la strumentalità di una determinata condotta o, ancor meglio, di un determinato atto, rispetto al conseguimento delle utilità economiche che i contraenti avevano convenzionalmente previsto. È opportuno precisare che la prova della sussistenza delle circostanze in base alle quali la buona fede è chiamata a operare, e in base alle quali sorge quindi il relativo obbligo, abbraccia anche l'attualità delle circostanze, posto che la stessa si traduce nell'attualità dell'obbligo medesimo. Il fatto storico che configura il fatto costitutivo dell'obbligo di buona fede è quindi un fatto composito, dato per un verso dalla fattispecie contrattuale, e per altro verso dalle circostanze (aventi carattere di incidentalità), le quali intervengono nella sua vicenda dinamica; è altresì un fatto qualificato dalla sua attualità, posto che le circostanze sono idonee a modificarsi secondo dinamiche estranee alla vicenda contrattuale, e la loro modificazione può comportare la sopravvenuta estinzione dello stesso obbligo di buona fede" *op. ult. cit.*, p. 509.

¹⁸¹ Il contratto costituisce un regolamento di interessi "che abbraccia non soltanto le conseguenze giuridiche necessarie per realizzare il precetto negoziale, ossia il risultato avuto presente dai contraenti nella loro comune intenzione, ma anche tutti gli effetti predisposti in vario modo dalle numerose disposizioni di legge con le quali si concreta l'intervento dello Stato nell'opera di ricezione degli atti giuridici", SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del contratto ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1352 ss.

¹⁸² All'interno di questo dibattito occorre dar conto come, in una recente pronuncia delle Sezioni Unite sia stato affermato che "per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina e puntualmente riprese dalla sentenza di questa Corte n. 19024 del 2005 – alla quale si intende su questo punto dare continuità – la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza

La giurisprudenza, fedele alla propria interpretazione sulla natura della *culpa in contrahendo*, afferma che l'attore, il quale abbia invocato il risarcimento dei danni per violazione dell'art. 1337 c.c., deve dimostrare che il comportamento dell'altra parte ha generato un legittimo affidamento ed ha esulato dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma¹⁸³. I giudici onerano dunque l'attore della prova del fatto illecito, ossia della condotta che si ritiene causa del danno.

In conclusione, nel settore della responsabilità professionale, la prova del titolo in forza del quale il creditore agisce in giudizio non trova differenze tra i diversi tipi di prestazione professionale, mentre riscontra variazioni sostanziali qualora si proceda ad un'indagine in verticale, ossia nelle singole fasi attraverso le quali il rapporto si va formando.

3. ALLEGAZIONE DELL'INADEMPIMENTO E PROVA DELLA CAUSALITÀ.

Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento è stato determinato da un'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. La norma stabilita dall'art. 1218 c.c. trova fedele regolazione nell'art. 1223, ove l'obbligo di risarcire il danno viene, di nuovo, collegato direttamente all'inadempimento.

Dunque deve essere letta con favore la tesi delle Sezioni Unite¹⁸⁴ che, in merito alla bipartizione del nesso di causalità, onera il creditore di provare il solo nesso tra inadempimento e conseguenze dannose. Ciò sul presupposto che il debitore è tenuto a rispondere del fatto illecito, non perché quest'ultimo è congiunto alla sua sfera giuridica in base al nesso di causalità, bensì direttamente perché l'obbligazione non è stata adempiuta.

A ben vedere quest'impianto conduce alle necessarie conseguenze l'impostazione che onera il creditore del solo onere di allegazione, ancorché qualificato, dell'inadempimento. Dal momento che al creditore è imputato soltanto quest'onere, gravarlo della prova del nesso di causalità materiale significherebbe addossargli la prova delle conseguenze, ossia entità, portata, effetti e caratteristiche

di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto", Cass. S.U. 19.12.2007, n. 26725.

¹⁸³ Cass. 5.8.2004, n. 15040.

¹⁸⁴ Cass. S.U. 11.1.2008, n. 577.

che derivano da un fatto che egli deve solo allegare: imporre la prova della causalità materiale significa onerare, per altra via, il debitore della prova dell'inadempimento. Circostanza, questa, espressa chiaramente dalle S.U. quando affermano che ritenere il debitore tenuto a dimostrare l'esistenza del nesso di causalità materiale deriva dall'errata bipartizione delle obbligazioni in quelle di mezzi ed in quelle di risultato.

D'altra parte le S.U. chiedono che l'allegazione abbia d'oggetto un inadempimento astrattamente efficiente alla produzione del danno, ossia impongono al creditore di prospettare un fatto al quale sia possibile collegare la prova dell'ammontare dei danni.

Pur aderendo in linea generale a quest'interpretazione si deve osservare come la stessa possa patire quantomeno due eccezioni.

La prima si verifica nei casi in cui l'inadempimento è distinto dall'evento di danno, ossia quando l'inadempimento causa un evento di danno diverso e distinto dall'oggetto del contratto poiché determina una situazione di fatto da cui deriva, senza però averlo prodotto direttamente, il danno. In quest'ipotesi l'esistenza del nesso di causalità potrà essere dimostrata tramite un giudizio contro fattuale, sicché il creditore dovrà allegare e dimostrare che l'inadempimento non vi fosse stato il danno non si sarebbe prodotto.

La seconda eccezione si presenta qualora il debitore dovesse trovarsi nell'impossibilità di dimostrare l'irrelevanza, l'inesistenza o l'interruzione del nesso causale, sotto il profilo dell'inaccessibilità della prova.

Un esempio tratto dalla giurisprudenza può chiarire il problema: l'attore ha agito in giudizio contro il proprietario dell'albergo ove ha passato le vacanze, chiedendo il risarcimento dei danni subiti per aver contratto la salmonellosi, a suo dire, a seguito dell'ingerimento del cibo somministratogli nei pasti¹⁸⁵. Ebbene i giudici, pur trattandosi di responsabilità contrattuale, rilevano che non esiste alcun serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica alla luce del quale affermare che una persona, quando trascorre un periodo di vacanza, ancorché con la formula "pensione completa", si astenga in modo assoluto dall'assumere alimenti in altri esercizi. Conseguentemente rigettano la domanda sostenendo che incombe sul cliente, che chieda il risarcimento del danno subito per un'infezione alimentare, contratta in

¹⁸⁵ Cass. 5.6.2007, n. 13082.

occasione del soggiorno presso una struttura alberghiera, l'onere di provare il nesso di causalità intercorrente tra l'infezione e la condotta tenuta dal gestore dell'albergo. Ebbene è facilmente intuibile come quest'ultimo fosse nell'impossibilità di fornire la prova dell'irrelevanza del nesso eziologico tra i pasti somministrati e la malattia e quindi appare corretto l'enunciato della Corte.

4. LE DEDUZIONI DI INADEMPIMENTO.

Nell'esperienza giurisprudenziale, secondo quanto già segnalato, è oramai comune l'osservazione secondo la quale il creditore, prescindendo dal tipo di prestazione professionale, sia tenuto soltanto ad allegare l'inadempimento, ancorché ciò debba avvenire in modo specifico e l'inadempimento denunciato non possa essere costituito da un qualsiasi evento, bensì soltanto da quello astrattamente idoneo alla produzione del danno. Più esattamente "l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno"¹⁸⁶. Indicazioni che dovranno essere rispettate non soltanto qualora si dovesse condividere l'enunciato delle Sezioni Unite in punto di ripartizione della prova del nesso causale, bensì anche per il rigoroso rispetto della regola processuale che chiede allegazioni specifiche e non generiche.

L'uniformità interpretativa – che trova conferma da un'analisi delle decisioni prese in cause promosse contro i professionisti intellettuali – non appare del tutto assoluta osservando alcune pronunzie rese sulla responsabilità dell'avvocato, laddove non sono rare le decisioni che addossano al cliente l'onere di dimostrare la violazione dei doveri inerenti l'esercizio della professione¹⁸⁷. Talvolta, da una lettura delle motivazioni, si può osservare che il *dictum* è collegato alla posizione assunta sulla prova del nesso di causalità. In altri casi è innegabile constatare come parte della giurisprudenza continui ad onerare il cliente-creditore della prova dell'inadempimento, affermando che dal rapporto contrattuale con l'avvocato sorge un'obbligazione di mezzi e non di risultato¹⁸⁸, distinzione che, al contrario, non viene

¹⁸⁶ Cass. S.U. 11.1.2008, n. 577.

¹⁸⁷ Trib. Torino 29.1.2009; Cass. 18.4.2007, n. 9238: "il cliente ha l'onere di fornire la prova di idonei dati obiettivi in base ai quali il giudice valuterà se, in relazione alla natura del caso concreto, l'attività svolta dal professionista possa essere giudicata sufficiente"; Cass. 27.3.2006, n. 6967; Cass. 11.8.2005, n. 16846.

¹⁸⁸ Cass. 27.3.2006, n. 6967; App. Roma 14.4.2005; Cass. 18.7.2002, n. 10454.

più richiamata e seguita per nessun'altra professione. Le ragioni del suo permanere, nella disamina della responsabilità del professionista legale, sono state scorte nell'ampia discrezionalità operativa¹⁸⁹ di cui quest'ultimo gode, al contrario del medico, dell'architetto o del commercialista¹⁹⁰.

Il contenuto della prestazione professionale ha una struttura complessa, che i professionisti sono tenuti ad eseguire ponendo in essere tutte quelle condotte stabilite come dovute dal programma obbligatorio, il quale può contenere obblighi di mero comportamento, ovvero di risultato, intendendosi quest'ultimo nell'accezione di obblighi in cui il margine di discrezionalità è pressoché inesistente ed il loro esito finale rientra nella sfera di controllo del debitore. L'inadempimento del professionista può derivare dalla violazione di ciascuno di questi obblighi, ma permetterà un'azione risarcitoria soltanto qualora sia stato produttivo di danni, i quali non potranno che essere valutati all'esito finale della prestazione.

Alcuni esempi possono chiarire il problema.

Se l'avvocato non deposita alcuna memoria difensiva, non cita i testimoni e non presenza alle udienze, ma ciò non di meno vince la causa è stato negligente ma non incorre in alcuna responsabilità risarcitoria. Stesse sorti per il medico che sbaglia la cura ma il paziente guarisce ugualmente.

La questione può apparire scontata, ma nasconde due argomenti peculiari propri delle obbligazioni professionali. Come noto nelle obbligazioni di mezzi l'esito finale della prestazione – di norma – non entra a far parte della struttura del rapporto obbligatorio ed era ritenuto irrilevante ai fini della determinazione di responsabilità. Ma il creditore che intenda agire giudizialmente in via risarcitoria, anche nell'ipotesi in cui intenda allegare uno specifico inadempimento intermedio della prestazione, dovrà comunque allegare anche il mancato conseguimento del risultato finale.

La questione ha un risvolto pratico e non solo teorico poiché spesso nelle controversie giudiziali non è agevole delineare la portata del risultato di una prestazione intellettuale, soprattutto laddove l'esito di questa, che di per sé dovrebbe

¹⁸⁹ MARINELLI, *Responsabilità civile dell'avvocato: evoluzione e problemi*, in *Rass. Forense* 2008, 2, p. 338.

¹⁹⁰ Come è stato osservato nella professione dell'avvocato mancano "quelle regole scientifiche conosciute dalla comunità scientifica e che si riscontrano in altre professioni quali ad esempio quella medica e che rappresentano le linee guida nella adozione delle tecniche diagnostiche e terapeutiche più adeguate al singolo caso" A. BALDASSARRI – S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano 2006, p. 977.

essere insensibile al risultato, non sia del tutto negativo. Dinanzi ad un inadempimento del professionista il cliente vince parzialmente la causa, oppure, il paziente vede migliorare le sue condizioni di salute ma non guarisce.

Nel consistente dibattito che accompagna l'analisi della responsabilità debitoria vi sono dei dati pacifici dai quali conviene muovere.

L'obbligazione contrattuale è fonte di responsabilità nel momento in cui non è esattamente adempiuta; ipotesi nella quale le conseguenze sono regolate dall'art. 1218 c.c., norma che per operare presuppone l'inadempimento. Al creditore compete l'onere di allegarlo.

Al creditore spetta, infine, l'onere di dimostrare il nesso di causalità giuridica e quindi ex art. 1223 c.c. l'ammontare del danno-conseguenza patito.

Il debitore ha l'onere di provare l'estinzione dell'obbligazione. Tale prova può essere raggiunta mediante la prova dell'adempimento ovvero dimostrando la sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa al medesimo non imputabile.

Nell'ipotesi in cui il debitore non riesca a fornire la prova che compete potrà ancora evitare di esser condannato al risarcimento dei danni dimostrando che non vi è nesso di causalità tra il proprio inadempimento e l'evento dannoso poiché l'azione risarcitoria presuppone l'esistenza di un danno. Quest'ultima prova può essere offerta secondo "la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non"¹⁹¹, poiché qualora fosse accertato che il nesso di causalità materiale è più probabile che sussista (e meno probabile che non sussista) il debitore risponderà dell'evento dannoso.

Sulla base di queste osservazioni occorre verificare se il debitore che dimostri di aver seguito un comportamento improntato alla dovuta diligenza/perizia per il tipo di prestazione nel quale era impegnato, ossia dimostri di aver adottato i dovuti protocolli, le linee guida e la metodologia propria del settore di competenza, le dovute regole di prudenza e perizia, offra per ciò stesso la prova di essere stato adempiente. E, soprattutto, se questa prova escluda l'operatività dell'art. 1218 c.c.

In altre parole, è possibile affermare che la prova della diligenza esclude la responsabilità perché essa è prova dell'adempimento e quindi il creditore non può invocare l'art. 1218 c.c. perché questo, come detto, presuppone l'inadempimento?

¹⁹¹ Cass. S.U. 11.1.2008, n. 581.

La dottrina più attenta, da tempo, risponde affermativamente. Si noti come questa opinione, per quanto in apparenza possa sembrare far eco alla teoria delle obbligazioni di mezzi, in realtà non ponga una frattura nell'unità del sistema della responsabilità contrattuale, poiché se il debitore non offre la prova di aver adempiuto sarà condannato¹⁹², salvo dimostri, ai sensi dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento è dovuto a causa al medesimo non imputabile.

Questa posizione consente, in modo assolutamente apprezzabile, di collocare la consistenza del dibattito sul binomio mezzi-risultato nella dimensione pratica dei temi probatori.

Nei casi in cui sia stato dedotto in obbligazione il risultato, al creditore è sufficiente l'allegazione del suo mancato conseguimento, mentre il debitore può porsi sul piano della mera difesa, ed offrire la controprova di quanto affermato a suo danno, ossia che il risultato promesso è stato conseguito, ovvero dimostrare che la prestazione è divenuta impossibile per una causa a lui non imputabile¹⁹³.

Nelle obbligazioni descrittivamente individuate come di mezzi il creditore può contestare direttamente la violazione di una norma di condotta oppure, anche qui, il mancato raggiungimento che il normale esito della prestazione avrebbe dovuto avere. In quest'ultima ipotesi con l'allegazione dell'insuccesso dell'operazione, del peggioramento delle condizioni di salute, con l'esito negativo della causa, il creditore afferma una circostanza che pone, in via di presunzione, una deduzione di negligenza. Ciò risulterà vero qualora si consideri che nelle obbligazioni di comportamento o di

¹⁹² "Un conto è il problema che inerisce ai mezzi dovuti e al risultato spettante al creditore, cioè allo scopo essenziale (l'oggetto) del rapporto obbligatorio e un conto è il problema del limite posto alla responsabilità del debitore per il mancato raggiungimento dello scopo del rapporto obbligatorio. Il debitore che non consegna la cosa dovuta, l'appaltatore che realizza un *opus* difettoso, il medico che non impiega certe metodiche terapeutiche che il buon professionista avrebbe dovuto saper impiegare, l'ingegnere che sbaglia il progetto così come il mandatario a vendere che propone l'affare al primo che capita sono tutti debitori inadempienti (ancorché tecnicamente non necessariamente in colpa). E tale giudizio risulta in base a un semplice confronto oggettivo tra il fatto dell'esecuzione del rapporto obbligatorio e il suo dover essere, cui il debitore, in quanto tale era tenuto" NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, op. cit., p. 803 e ss.

¹⁹³ È chiaro che essendo diverso il contenuto del rapporto obbligatorio la prova della diligenza non ha alcuna rilevanza: "L'eshaustività dell'allegazione del mancato raggiungimento del risultato ai fini dell'individuazione dell'inadempimento (...) rende superflua l'indagine della condotta debitoria giacché l'inadeguatezza dei mezzi è implicita ed assorbita nel mancato conseguimento dell'obiettivo finale del vincolo cui non venga contrapposta una causa di impossibilità non imputabile" PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, op. cit., p. 131.

mezzi, come noto, il mancato raggiungimento del risultato finale non rappresenta affatto un'ipotesi di inadempimento, posto che quest'ultimo non è un evento dedotto in obbligazione.

In termini del tutto generali possiamo affermare che il professionista debitore, al quale venga contestato l'inadempimento della propria prestazione, possa, anche in quest'ipotesi, offrire la controprova di essere stato diligente, di aver seguito un comportamento improntato alla perizia richiesta ed esigibile, e con ciò dimostrare l'intervenuta estinzione dell'obbligazione a seguito dell'adempimento.

Ne consegue che: "Obbligazioni di mezzi e di risultato quindi nel nostro sistema non comportano una diversa ripartizione dell'onere della prova, ma solo un diverso contenuto della prova, dovuto alla diversità del contenuto dell'obbligazione e quindi dei fatti che integrano l'inadempimento e l'impossibilità: inosservanza dei criteri di cui all'art. 1176 , Il comma, e impossibilità di tale osservanza nel primo caso; mancata realizzazione del risultato e impossibilità di realizzare il risultato nel secondo caso"¹⁹⁴.

La diversità di contenuto della prova richiesta, tra le obbligazioni nelle quali è dedotto un risultato e quelle nelle quali è dedotto un comportamento, non deve far pensare a un diverso atteggiarsi della responsabilità così da riproporre il fondamento di quest'ultime nella mera colpa.

5. PROVA DELL'AGIRE DILIGENTE E PROVA DEL FATTO ESTINTIVO SPECIFICO.

La questione affrontata da ultimo nel precedente paragrafo è rilevante anche sotto il profilo del genere di prova che deve essere data. Se ammettiamo che il debitore – nell'ipotesi in cui gli sia stata contestata la violazione di una norma di condotta – possa dimostrare il proprio adempimento offrendo la prova di aver agito con la diligenza dovuta, escludiamo che costui debba dar prova del fatto specifico, ossia l'evento imprevisto ed imprevedibile che ha determinato il caso fortuito o la forza maggiore e quindi l'impossibilità della prestazione.

¹⁹⁴ PROTO PISANI, *L'onere della prova nella colpa medica*, in *Il danno risarcibile*, a cura di G. Vettori, Padova 2004, p. 1390-1391.

In giurisprudenza vi è un contrasto interpretativo, come emerge da una serie di pronunce, rese per lo più nell'ambito della responsabilità medica, che conviene leggere con attenzione.

Prendendo in esame le decisioni rese dopo il 2001, vediamo come i giudici esprimano chiaramente la loro posizione "Poiché l'art. 1218 c.c. pone espressamente a carico del debitore la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, la generica prova della sua diligenza non può essere sufficiente a dimostrare l'assenza di colpa del debitore in relazione all'inadempimento, atteso che la prova della mancanza di colpa esige la dimostrazione o dello specifico impedimento che ha reso impossibile la prestazione o, quanto meno, la prova che, qualunque sia stata la causa, questa non possa essere imputata al debitore"¹⁹⁵.

In un'altra sentenza¹⁹⁶ si è affermato senza riserve come debba restare a carico dell'obbligato la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi sono stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.

Seguendo questo criterio la Corte è stata esplicita nel chiedere la prova specifica dell'impossibilità a fronte di una mera deduzione di negligenza: dinanzi al «risultato "anomalo" o anormale – in ragione dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza – dell'intervento medico-chirurgico, la fonte di responsabilità è da ravvisarsi non solo in presenza di aggravamento dello stato morboso, o in caso di insorgenza di una nuova patologia, ma anche quando l'esito non abbia prodotto il miglioramento costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto». Di talché si afferma: "il danneggiato è tenuto a provare il contratto e ad allegare la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello normalmente realizzato da una condotta improntata alla dovuta diligenza. Mentre al debitore, presunta la colpa, incombe l'onere di provare che l'inesattezza della prestazione dipende da causa a lui non imputabile, ossia la prova del fatto impeditivo"¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Cass. 17.5.2002, n. 7214.

¹⁹⁶ Cass. 28.5.2004, n. 10297.

¹⁹⁷ Cass. 13.4.2007, n. 8826.

Ancor più di recente si è statuito che spetta al medico/debitore la prova della mancanza di colpa “*sub specie* della sopravvenienza, nella serie causale che dall’intervento ha condotto all’evento di danno, di un fatto inevitabile o imprevedibile”¹⁹⁸.

Al contrario, in un contrapposto, sebbene minoritario, indirizzo interpretativo si afferma che la prova dell’impossibilità sopravvenuta e non imputabile, quale fatto ignoto alle parti, può esser presunta dalla prova che il debitore ha oggettivamente adottato la dovuta diligenza: “affermare che la prova della causa non imputabile implica necessariamente la dimostrazione positiva del fatto che ha cagionato l’impossibilità è una forzatura della lettera e della logica della legge”¹⁹⁹.

Senza entrare in merito alla correttezza del tesi è rilevante notare che parte della giurisprudenza, favorevole a quest’impostazione, ammette come la prova della diligenza sia prova idonea ad escludere la responsabilità debitoria.

Si è così statuito che dinanzi all’allegazione del paziente di aver patito un danno alla salute in conseguenza dell’attività professionale del medico, ovvero di non aver conseguito alcun miglioramento delle proprie condizioni di salute, costituisce onere di quest’ultimo, per evitare la condanna in sede risarcitoria, “provare che l’insuccesso dell’intervento è dipeso da fattori indipendenti dalla propria volontà e tale prova va fornita dimostrando di aver osservato nell’esecuzione della prestazione sanitaria la diligenza normalmente esigibile da un medico in possesso dello stesso grado di specializzazione”²⁰⁰.

Nel medesimo senso vi è un’interessante pronunzia della Suprema Corte²⁰¹ resa in un caso ove si discuteva della responsabilità di un amministratore di società. Il Collegio muove dal presupposto secondo il quale nell’ambito degli obblighi che gravano sugli amministratori e dalla cui violazione discende la responsabilità, si possono individuare anzitutto gli obblighi che hanno un contenuto specifico e già precisamente determinato dalla legge o dall’atto costitutivo. Oltre a questi – riferisce la Corte – la legge prevede due doveri identificativi attraverso clausole generali e cioè l’obbligo di amministrare con diligenza (art. 2392, 1°co., c.c.) e l’obbligo di

¹⁹⁸ Cass. 14.2.2008, n. 3520.

¹⁹⁹ MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, op. cit., p. 1093.

²⁰⁰ Cass. 8.10.2008, n. 24791.

²⁰¹ Cass. 23.3.2004, n. 5718.

amministrare senza conflitto di interessi (art. 2391 c.c.). Trattandosi di clausole generali, le norme non specificano la condotta che l'amministratore deve tenere ed è, quindi, necessario stabilire di volta in volta, in relazione alle circostanze del caso concreto, quando vi sia violazione. Ciò che interessa rilevare è come, in questa seconda ipotesi, l'agire diligente venga ritenuto compenetrato nel contenuto della prestazione dell'amministratore e, pertanto, si ammetta che la prova dell'attività diligente, per realizzare l'interesse del creditore, escluda l'inadempimento.

Che la prova della diligenza-perizia sia prova dell'adempimento sembra la posizione da preferire, anche se valevole solo per le obbligazioni nelle quali non è dedotto alcun risultato specifico. Diversamente, nei rapporti in cui quest'ultimo si ritiene dovuto, correttamente la giurisprudenza e la dottrina chiedono al debitore la prova positiva dello specifico fatto impeditivo.

In conclusione, la ripartizione probatoria indicata dalla Corte nelle pronunce in cui si chiede la prova specifica impeditiva anche dinanzi ad obbligazioni di fare nelle quali il risultato non è dedotto in obbligazione, da un lato, pone a carico del creditore l'onere di un'allegazione generica che talvolta viene individuata nella mera deduzione dell'insuccesso della prestazione, nel "risultato anomalo" e, dall'altro lato, chiede al debitore di contrapporvi la prova del fatto specifico che è stato causa dell'insuccesso con ciò addossandogli il rischio altissimo di non esser in grado di assolvere a tale compito.

Volendo prescindere da valutazioni di opportunità sembra che tale modo di impostare il problema non sia corretto poiché intende contrapporre alla generica deduzione di negligenza, cui si è giunti peraltro in via presuntiva, una prova che può essere data soltanto dimostrando la specifica causa che ha reso impossibile e non imputabile il mancato adempimento della prestazione. In altre parole la giurisprudenza chiede che, pur dinanzi ad una deduzione di negligenza, il debitore deve comunque provare la causa impeditiva non imputabile che ha reso impossibile il conseguimento del risultato sperato: non sono guarito, non ho vinto la causa, dimostra perché questo è stato impossibile, senza avvalerti della controprova che è stata applicata la dovuta diligenza.

Tale conclusione non appare plausibile²⁰².

Pur ammettendo che il debitore si possa scagionare da responsabilità solo con la prova di una responsabilità sopravvenuta per causa non imputabile, non è condivisibile l'opinione per cui – dinanzi ad una mera contestazione di una regola di condotta – offrendo la prova della diligenza, non possa dimostrare il proprio adempimento e con ciò l'estinzione dell'obbligo. Diversamente si avrebbe un ingiustificato livellamento tra tutti i tipi di obbligazione ed una deriva della responsabilità professionale verso approdi di stampo eccessivamente oggettivo, secondo una concezione che sembra non aderente al sistema della responsabilità professionale tracciato nel codice.

Ciò che può dirsi definitivamente superata è la concezione che distingue le prestazioni professionali tra quelle di mero comportamento e quelle di mero risultato. In ogni rapporto possono scorgersi obblighi dell'una e dell'altra categoria, i quali continuano ad assumere rilevanza non già sotto il profilo di un diverso atteggiarsi della responsabilità ovvero sotto l'aspetto degli oneri probatori del creditore, quanto sotto il profilo della prova dell'adempimento che il debitore è chiamato ad offrire.

6. CONTRADDITTORIO PROCESSUALE ED ONERI PROBATORI.

È stato osservato che la prestazione del professionista intellettuale può essere descrittivamente composta sia da obblighi c.d. di comportamento sia da obblighi di risultato.

Si tratta adesso di trasporre all'interno della dialettica processuale e quindi della distribuzione degli oneri probatori questa bipartizione, per porne in luce il meccanismo applicativo.

Soltanto ponendo in raffronto la disciplina sostanziale e la regola sulla ripartizione probatoria, da un lato, e, dall'altro, le regole processuali possono essere risolti i non pochi dubbi che parte della dottrina ha sollevato in relazione al nuovo

²⁰² In questo senso MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, op. cit., p. 1098, nota 164: "La presunzione semplice è un mezzo di prova (critica), non una regola sull'onere della prova comportante una *relevatio ad onere probandi*. Quando il giudice, applicando la massima *res ipsa loquitur*, presume l'inadeguatezza dell'attività professionale cui il debitore si era obbligato (cioè l'inesatto adempimento), non si riversa su quest'ultimo l'onere della prova contraria, ma soltanto l'onere (nel senso empirico di incombente processuale) di fornire una controprova atta a rimuovere o almeno a scuotere il convincimento negativo che si è formato nel giudice circa l'adempimento dell'obbligazione".

indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalle Sezioni Unite con la sentenza 13533 del 2001.

Ebbene, il professionista-debitore, per non risultare gravato una prova infinita ed indefinita, sarà tenuto a soddisfare il proprio onere probatorio alla stregua delle sole allegazioni poste dal cliente-attore, le quali dovranno essere specifiche e circostanziate sin dall'atto introduttivo del giudizio, peraltro senza possibilità di proporre di nuove nel corso del processo. Cosicché qualora l'attore alleghi che il professionista ha violato un obbligo "di risultato" costui dovrà difendersi assolvendo alla dimostrazione chiesta dall'art. 1218 c.c. Diversamente, qualora il cliente-attore affermi che il professionista è stato negligente, il convenuto potrà difendersi dimostrando la propria diligenza per offrire in via diretta e contraria la prova del proprio adempimento. Nell'ipotesi in cui siffatta prova risulti infruttuosa quest'ultimo dovrà dimostrare che l'inadempimento deriva da una causa non imputabile.

Questi appaiono i criteri che possono desumersi, in sintesi, dall'applicazione sistematica tanto delle regole generali dettate dall'art. 2697 e 2907 c.c. da un lato, e dagli articoli 99 e 112 c.p.c. dall'altro, quanto dalle regole particolari che sanciscono quello dell'allegazione nei termini di un onere, dalla cui mancata soddisfazione deriva la dichiarazione di nullità dell'atto introduttivo o della comparsa di costituzione e risposta.

Vi è dunque uno stretto nesso tra onere della prova e principio dispositivo. Ne consegue che il professionista-convenuto, per quanto abbia la facoltà di sollevare eccezioni in senso ampio, risulta gravato dall'onere di sollevare eccezioni soltanto in relazione ai fatti posti dall'attore a fondamento della domanda. La specificità che deve presiedere l'attività di allegazione dell'attore-cliente, da un lato, e l'onere di eccepire solo sulle questioni allegate, dall'altro lato, ed ancora la distinzione tra la prova dell'inadempimento in caso di violazione di obblighi di comportamento o in caso di obblighi di risultato, consente di delimitare entro giusti confini il problema del rischio della prova indefinita e delle cause ignote.

Resta indubbiamente il fatto che l'attore potrebbe allegare, ancorché solo strumentalmente, un'infinita serie di inadempimenti per gravare il convenuto di un ingente sforzo probatorio nella speranza che costui non riesca a soddisfarlo. Sicché è buona regola del professionista accorto, all'atto dell'assunzione di un incarico, essere

consapevole che in caso di inadempimento dovrà farsi carico del rischio di sopportarne tutte le conseguenze, tra le quali quelle di carattere probatorio, essendo gravato dall'onere di dimostrare il proprio adempimento ovvero l'esclusione della sua responsabilità.

7. LA RESPONSABILITÀ DELL'AVVOCATO.

Il contratto che lega l'avvocato al proprio cliente è riconducibile al contratto d'opera intellettuale di cui all'art. 2222 c.c.; trattasi quindi di un contratto in forza del quale un soggetto (il professionista – avvocato) assume, nei confronti di altro soggetto (il cliente) l'obbligo di eseguire una prestazione il cui contenuto è di natura intellettuale, dietro pagamento di un compenso liberamente pattuito (come da ultimo sancito dall'art. 13 della legge n. 247 del 31.12.12 recante la “Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense”). È un contratto sinallagmatico connotato però dalla “professionalità” della prestazione a carico del debitore – avvocato; professionalità da intendersi quale capacità (media) dell'avvocato di applicare la normativa di riferimento e le regole procedurali applicabili al singolo caso. La prestazione professionale dell'avvocato è però connotata anche da un'ampia autonomia, ossia nella libera scelta discrezionale circa il modo “migliore” di tutelare gli interessi del proprio assistito, nell'utilizzo di mezzi e strumenti tecnici che l'avvocato ritenga opportuni per la realizzazione della prestazione contrattuale.

Sino agli anni '50 l'avvocato godeva di una sorta di impunità fondata sul presupposto che la di lui responsabilità avrebbe potuto essere affermata solo dove si fosse potuto stabilire con certezza un rapporto tra diligenza ed esito favorevole, ma ciò era impossibile in quanto “ogni sentenza è condizionata da una quantità di fattori inimmaginabili, da indurre a negare la sussistenza di un danno risarcibile, anche in presenza di una accertata negligenza professionale”²⁰³.

La stessa Corte di Cassazione nel 1931²⁰⁴ affermò che il procuratore in colpa per l'omessa interposizione di appello di cui abbia assunto l'incarico dal proprio cliente può farsi carico del rimborso delle spese invano anticipategli, ma non del danno incerto ed eventuale desunto da una stima preventiva dell'esito della lite,

²⁰³ Trib. Roma 3.3.1954.

²⁰⁴ Cass. 10.2.1931, n. 495.

posto che secondo la Suprema Corte *habent sua sidera lites*, nel senso che nel calcolo concorrono elementi di difficile valutazione, quali l'opinione personale del giudice, il suo apprezzamento delle prove, l'apprestamento delle stesse, il corso del giudizio ed altro ancora.

Ai giorni nostri le cose non sono molto cambiate. Nonostante l'ormai definitivo accantonamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato si discute ancora molto sulla natura della prestazione professionale dell'avvocato, se debba essere qualificata quale obbligazione di mezzi o quale obbligazione di risultato. Anche recentissima giurisprudenza continua infatti a precisare che la prestazione dell'avvocato è qualificabile quale obbligazioni di mezzi e non di risultato, riproponendo tutte le conseguenze che discendono da tale qualificazione, in particolare per quanto concerne il carico probatorio a carico del cliente-creditore.

Tale insistenza nel precisare la qualificazione dell'obbligazione del professionista quale obbligazioni di mezzi può essere dipesa dal fatto che l'avvocato assumendo l'incarico conferitogli dal cliente assume l'obbligo sì di liberamente scegliere la strategia processuale che ritiene più consona per la tutela degli interessi del proprio assistito, ma assume altresì l'obbligo di svolgere una serie di attività materiali e tecniche strettamente collegate alla strategia processuale adottata. Si pensi ad esempio all'obbligo di informazione, in base al quale l'avvocato è tenuto ad informare costantemente il proprio cliente circa l'andamento della causa, dal conferimento dell'incarico e sino alla totale chiusura della pratica. Sicché pur precisando che talune attività del legale impongono il compimento di attività che si esauriscono in un risultato materiale (si pensi alla verifica circa la pendenza di procedure esecutive a carico di un soggetto al fine di valutare un intervento a tutela del credito del proprio assistito) la giurisprudenza suole precisare che, in ogni caso, l'obbligazione dell'avvocato è un'obbligazione di mezzi e che quindi l'inadempimento dell'avvocato non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira il cliente, ma soltanto dalla violazione del dovere di diligenza adeguato alla natura dell'attività esercitata.

Questo l'orientamento dominante della giurisprudenza sia di legittimità che di merito. Vi sono alcune rare eccezioni in ipotesi di attività specificamente individuate, quali ad esempio lo studio di una pratica per trovare una soluzione al fine di ottenere

il riconoscimento di una qualifica superiore²⁰⁵, ovvero la mancata informazione, in sede di parere stragiudiziale, della possibilità che venga eccepita la prescrizione²⁰⁶ o la decadenza dalle prove²⁰⁷.

Le ripercussioni più rilevanti che discendono dal continuare a distinguere tra obbligazioni di mezzi e di risultato si hanno in materia di onere della prova dell'inadempimento: nel caso di obbligazioni ritenute di mezzi si accolla al cliente creditore la prova del comportamento non diligente; nel caso di obbligazioni ritenute di risultato si accolla al professionista debitore la prova della causa non imputabile.

La giurisprudenza, con buona pace dei principi enunciati nella sentenza resa a Sezioni Unite n. 13533 del 2001, in materia di responsabilità dell'avvocato si mostra "insensibile" al criterio della semplice allegazione dell'inadempimento, imponendo al cliente "l'onere di fornire la prova di idonei dati obiettivi in base ai quali il giudice valuterà se, in relazione alla natura del caso concreto, l'attività svolta dal professionista possa essere giudicata sufficiente"²⁰⁸. In altra occasione la Corte ha precisato che "il cliente è tenuto a provare non solo di aver sofferto un danno, ma anche che questo danno è stato causato dall'insufficiente o inadeguata attività del professionista, e cioè dalla difettosa prestazione professionale"²⁰⁹.

La distanza di tali affermazioni dai principi sanciti in altro settore della responsabilità professionale è evidente: nel caso di responsabilità dell'avvocato si arriva a chiedere una *probatio diabolica* ossia la dimostrazione – da parte del cliente – che una diversa strategia processuale gli avrebbe fatto conseguire il risultato favorevole.

In realtà ci sono state delle aperture "favorevoli" al cliente, che hanno in qualche modo "alleviato" l'onere probatorio posto a suo carico. Infatti dapprima

²⁰⁵ Cass. 11.1.2010, n. 230.

²⁰⁶ Cass. 14.11.2002, n. 16023.

²⁰⁷ Cass. 8.5.1993, n. 5325.

²⁰⁸ Cass. 14.4.2007, n. 9238. Nella specie l'avvocato si è costituito tardivamente in giudizio e ha ommesso di chiedere la prova testimoniale su circostanze qualificanti la controversia, ma la Corte conferma la decisione di merito che aveva ritenuto non sufficientemente provata – da parte del cliente – la negligenza dell'avvocato.

²⁰⁹ Cass. 27.5.2009, n. 12354. Qui il legale non ha comunicato tempestivamente agli attori il deposito della sentenza che li aveva visti soccombenti, sicché non era stato possibile proporre la relativa impugnazione; secondo la Corte "la perdita del diritto di impugnare la sentenza non può configurarsi di per sé come una conseguenza patrimoniale pregiudizievole" né i soccombenti avevano dimostrato "in concreto i riflessi pregiudizievoli offrendo la prova dell'erroneità della decisione e della concreta possibilità di essere riformata in appello".

l'orientamento prevalente era nel senso che l'affermazione della responsabilità del difensore "implica l'indagine – positivamente svolta sulla scorta degli elementi di prova che il cliente ha l'onere di fornire – circa il sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, in definitiva, la certezza morale che gli effetti di una diversa sua attività sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente medesimo"²¹⁰.

Ora, invece, l'impostazione dominante sostituisce al criterio della certezza circa gli effetti di una diversa condotta il criterio della probabilità di tali effetti e dell'idoneità di tale condotta a produrli²¹¹.

Ciò non cambia il fatto che anche di fronte ad ipotesi di palese ed oggettivo inadempimento imputabile all'avvocato la Corte abbia negato il risarcimento del danno al cliente.

Un esempio tratto da recente giurisprudenza è utile a determinare la portata di tale orientamento.

Nel caso di specie un legale dimentica di comunicare ai propri assistiti il deposito di una sentenza di primo grado, determinando in tal modo, per gli stessi, la perdita della possibilità di impugnare la pronuncia, con conseguente soccombenza definitiva. A seguito di tale fatto, i clienti citano in giudizio il professionista per vedersi riconosciuto il risarcimento del danno asseritamente subito in conseguenza del negligente comportamento dell'avvocato; danno consistente, a detta degli attori, non solo nella mancata possibilità di vedere riconosciute le proprie ragioni in sede di gravame, bensì anche nelle ulteriori conseguenze pregiudizievoli evidentemente derivanti dal passaggio in giudicato della sentenza di primo grado quali la mancanza di eventuale sospensione della esecutività della sentenza impugnata, mancanza della possibilità di avviare trattative per un accordo transattivo da una posizione di maggior vantaggio, ecc.

La Corte di legittimità respinge il ricorso degli attori, risultati peraltro già soccombenti sia in primo che in secondo grado, sulla base di una nota e consolidata giurisprudenza: quella che ritiene, sostanzialmente, per un verso che ai fini della risarcibilità del danno cagionato dalla negligenza dell'avvocato occorra la prova, da

²¹⁰ Cass. 11.8.2005, n. 16846; nello stesso senso Cass. 16.10.2008, n. 25266.

²¹¹ Cass. 18.4.2007, n. 9238; Cass. 14.4.2005, n. 7997 e più di recente Cass. 3.4.2009, n. 8151.

parte degli attori, della cosiddetta certezza morale che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente, laddove, per altro verso, il metro centrale ai fini della valutazione di tale asserita certezza morale sarebbe da individuarsi in un'indagine sul sicuro fondamento dell'azione da coltivare e sulla prognosi favorevole della stessa.

Nel caso *de quo* da un lato ci troviamo dinnanzi ad un inadempimento di manifesta e grossolana gravità: l'avvocato ha dimenticato di comunicare il deposito di una sentenza di primo grado sfavorevole; in tal modo ha fatto perdere ai clienti la possibilità di scegliere se procedere con il giudizio appellando la sentenza, per poi magari affrontare anche il giudizio di Cassazione, oppure se accettare di risultare definitivamente ed immediatamente soccombenti, chiudendo in tal modo la vicenda. Il legame tra la perdita della possibilità di impugnare e la condotta negligente del legale è talmente evidente da poter assurgere ad esempio del concetto codicisticamente recepito di "diretta conseguenza" del danno derivante dall'inadempimento.

Dall'altro lato, tuttavia, il danno non viene considerato risarcibile, in ragione della mancata prova di un probabile esito favorevole del giudizio d'appello.

La responsabilità del professionista che abbia dimenticato di comunicare il deposito della sentenza e abbia fatto sfumare la possibilità di appellarla non può, mi sembra, in nessun modo essere ridimensionata sulla base di un giudizio probabilistico relativo alla possibilità di vittoria dell'appello oramai improponibile, nella logica implicita di una sorta di obbligazione di risultato "abortita".

Qui sta il punto fondamentale della questione: il legale che agisce (o non agisce) nei termini, sottraendo per propria colpa e negligenza al cliente la possibilità di valutare l'opportunità di impugnare una sentenza a lui sfavorevole, risulta chiaramente ed evidentemente inadempiente, senza che a suffragare, o in qualche modo integrare, tale inadempimento debba esservi alcun giudizio prognostico sull'esito del gravame, oramai irreparabilmente sfumato.

Se, da un lato, occorre infatti considerare la concreta prestazione dovuta dal legale, senza rifugiarsi nei modelli astratti del tipo di obbligazione cui ricondurre tale prestazione, dall'altro anche il riferimento all'obbligazioni di mezzi o di risultato, o

l'inclusione di quella del legale nell'uno o nell'altro schema, non potrebbe, sotto questo profilo, mutare i termini del giudizio.

La legge, infatti, che prevede una disciplina unitaria della responsabilità contrattuale, dove non v'è alcuna distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, riconosce che la diligenza professionale deve essere valutata prestando attenzione e dando rilievo alla qualifica del debitore. Ecco la previsione di cui all'art. 1176, co. 2, c.c.: chi ha particolari conoscenze deve commisurare alla propria *peritia* la diligenza applicata nell'adempire, essendo la base di partenza della diligenza del *peritus* diversa e speciale rispetto a quella dell'uomo medio *non peritus*. Ma la legge riconosce anche che il professionista – qualsiasi professionista – si possa venire a trovare in situazioni di particolare difficoltà oggettiva, dove sarebbe incongruo gravarlo di una responsabilità che, in fondo, farebbe ricadere su di lui un peso che trova ragione nello stato effettivo delle cose, e non è da ricondursi ad una deficienza colposa. Ecco la norma di cui all'art. 2236 c.c.: se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista risponde dei danni solamente in presenza di dolo e colpa grave.

È evidente come, nel caso del legale che dimentica di comunicare il deposito di una sentenza al proprio assistito²¹², la responsabilità nei confronti del cliente sia, di fatto, inevitabile e indiscutibile, in quanto ci troviamo palesemente dinanzi ad un caso di colpa grave, non essendovi, evidentemente, alcuna particolare complessità, per un soggetto pratico della materia, nell'adempimento del dovere di informare i clienti dell'andamento della causa così che essi perdano i termini.

In nessun modo, dunque, il dato di un possibile, probabile o improbabile, successo dell'eventuale appello (mancato) potrà influire sul giudizio di responsabilità che dovrà avere, inevitabilmente, esito positivo. Ciò che si tratta di valutare è se tale profilo può presentare, invece, una ricaduta sul piano dell'individuazione del danno conseguente all'inadempimento e della risarcibilità dello stesso.

Quanto alla concreta qualificazione del danno sopportato dalla parte che si sia trovata a subire la negligenza del professionista, la giurisprudenza è solita ricondurlo

²¹² Altri sono gli esempi di palese inadempimento imputabile al legale che non sono stati considerati fonte di responsabilità dello stesso, quali la mancata riproposizione in appello di una domanda svolta in primo grado, con conseguente preclusione del riesame della stessa (Cass. 14.5.2013, n. 11548); la mancata citazione di testimoni (Cass. 11.4.2007, n. 9238).

alla perdita della *chance* di ottenere una pronuncia favorevole e sostiene che tale perdita non possa configurarsi di per sé come una conseguenza patrimoniale pregiudizievole. Tale ricostruzione, però, dirige la discussione verso una china pericolosa: quella di sminuire e di rendere sostanzialmente immuni da censure, quantomeno sul piano del ristoro del cliente, atti di negligenza professionale che è inammissibile ed illogico che finiscano col rilevare sul mero piano dell'illecito disciplinare, non trovando invece riconoscimento sul piano del risarcimento del danno propriamente inteso.

Si giunge, quindi, alla sottovalutazione del danno che il soggetto subisce, oltre che dei diritti scaturenti dal contratto stipulato con il professionista rivelatosi negligente, anche sul piano dei diritti fondamentali: ciò che dovrebbe venire in rilievo non è solamente la perduta possibilità di vedere riconosciute le proprie ragioni (o comunque di vedere riesaminato il proprio caso) ma anche la lesione, attuale, concreta e non meramente potenziale, al proprio diritto all'autodeterminazione, alla possibilità di decidere come e se proseguire la vertenza secondo una libera e autonoma determinazione personale.

Al riguardo paiono venire in soccorso le riflessioni di una recente ed attenta dottrina, secondo la quale *“è (...) importante che la violazione di certi diritti non sia fatta oggetto di tutela alla sola condizione che si riveli fonte di pregiudizi ulteriori (la vittoria di una lite o la perdita delle chances di vincerla). Ove la protezione risarcitoria venga fondata non sulla misura delle chances perdute ma sulla valorizzazione, ove possibile ed in sé considerata, del diritto leso, diverso dovrebbe risultare anche il processo di quantificazione del danno”*²¹³.

Dall'esempio giurisprudenziale trattato emerge la delicatezza del rapporto tra l'obbligazione del professionista, le possibili molteplici vicende legate all'inadempimento della stessa e il diritto al risarcimento del relativo danno. Al punto che quello di un'equilibrata tutela delle ragioni e dei diritti del cliente e al contempo della posizione del professionista sembra appartenere all'insieme di quei problemi mai ben risolti dall'applicazione degli schemi generali e delle costruzioni teoriche di tipo geometrico che vorrebbero tenere al riparo i rapporti giuridici da quello scontro tra opposte esigenze ed opposte pretese che, nel caso delle professioni intellettuali,

²¹³ PUCELLA, *La causalità “incerta”*, Torino 2007, p. 150.

rischia di tradursi in una guerra senza vincitori né vinti, tra istanze di irragionevole immunità da una parte e pretese di facili strumentalizzazioni dall'altra.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, p. 295.
- BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore ai sensi dell'art. 1226 c.c.*, in Baudry-Lacantinerie, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, vol. II, parte II, Milano, p. 455 ss.
- BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969, p. 397 ss.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1953, p.110 ss.
- BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1979, p. 33 ss.
- BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv.*, II, Torino 1988, p. 183 ss
- BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano 1968, p. 55 ss.
- BUSONI, *Inesatto adempimento ed onere probatorio*, in *Rivista di diritto privato*, 2006, p. 787 ss.
- CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1463, Bologna-Roma 2002, p. 63 ss.
- CANNATA, *Oggetto dell'obbligazione*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino 1999, p. 36 ss.,
- CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino 2007, p. 50-51
- CARBONE, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*, in *Corriere giuridico*, 1997, 5, p. 546 ss.
- CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1453 – 1454, Bologna – Roma, 1990, p. 71 ss.
- CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, p. 118 ss.
- CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano 1998, p. 117 e ss
- CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 346 ss.
- CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista d'opera intellettuale*, Padova 2008, p. 135 ss
- CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1965, p. 794 ss.
- CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino 1987, p. 51 ss.
- COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. 9, Torino, 1991, p. 211 ss.
- COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano 1955, p. 124 ss.
- COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano 1895.
- D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli 1999, p. 105 ss.
- D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.* 2006, p. 141 ss

DE CRISTOFARO M., *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 567 ss.

DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Parigi 1947

DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1177-1200, Bologna-Roma 1994, p. 463

H.A. FISCHER, *Vis maior in Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürg*, 1897

FONDRIESCHI, *Prestazione*, in *Dig. Disc. priv.*, t. II, Torino 2007, p. 973-974

FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova 1988, p. 340 ss.

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1907, p. 33 ss.

GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano 1975, p. 231 ss.

LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro Italiano*, 2002, p. 769 ss.

LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca (artt. 1453 – 1454), Bologna – Roma, 1990, p. 228.

LUZZATO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, in *La responsabilità per custodia*, Milano, 1938.

MAGGIOLO, *Inadempimento e oneri probatori*, in *Riv. dir. civ.* 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista*, p. 165 e ss.

MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 161 ss.

MARICONDA, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Corriere Giuridico*, 1993, p. 568 ss.

MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova, la Cassazione è a una svolta?*, in *Corriere Giuridico*, 1998, p. 784.

MARICONDA, *Risarcimento del danno ed onere della prova*, in *Giustizia civile*, 1996, p. 541.

MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1569 ss.

MARINELLI, *Responsabilità civile dell'avvocato: evoluzione e problemi*, in *Rass. Forense* 2008, 2, p. 338.

MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1068 ss.

MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio Critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 190.

MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1087 ss.

MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 363 ss.

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

MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, p. 430 ss

MUSOLINO, *Il contratto d'opera professionale*, Milano 1999, p. 83 ss.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano 1984, p. 47 ss

NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 797 ss

NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.* 2000, p. 518 ss

OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.* 1918, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1973, p. 423

OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. It.*, p. 287 ss

OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1954, p. 593 ss.

PATTI, *Prove*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1987, p. 117.

PATTI G., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard, artt. 1337-1342*, in *Comm. Schlesinger*, p. 43.

PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1256, Bologna-Roma, 1975, p. 447 ss

PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 83 ss

PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli 2011, p. 576.

POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile*, Roma 1914, p. 336 ss.

PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 127 ss.

PROTO PISANI, *L'onere della prova nella colpa medica*, in *Il danno risarcibile*, a cura di G. Vettori, Padova 2004, p. 1390-1391.

PUCCELLA, *La causalità "incerta"*, Torino 2007, p. 150.

RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, p. 190 ss.

ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1996, p. 393

SACCO, *Diligenza del buon padre di famiglia e fatto imputabile al debitore*, in *Foro pad.*, 1951, p. 926.

SANTORO, *La responsabilità contrattuale*, in *I grandi orientamenti giur. civ. comm.*, Padova 1992, p. 5 ss

SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1959, p. 1273 ss.

SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del contratto ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1352 ss.

TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 69 ss.

TIMELLINI, *Liberi professionisti*, in *Dig. Disc. priv.*, IV, Torino 2008, p. 521

TUOZZO, *Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 547 ss.

UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, in *Studi di diritto privato*, Padova 2008, p. 507.

VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 424 ss.

VERDERA SERVER, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova 1994, p. 121 ss.

VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova 2005, p. 231 ss.

VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 707 ss.

VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2006, p. 117 ss

VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova 2005, p. 191 ss.

VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli 1979, p. 73 ss.

VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contratto e Impresa*, 2001, p. 903 ss.