

Esame avvocato 2012: prima traccia e svolgimento atto giudiziario in materia di diritto civile

Tizio propone opposizione a decreto ingiuntivo, presso il Tribunale Alfa in relazione alla pretesa creditizia di Caio, azionata per euro 30.000,00 portata da titoli non onorati alla scadenza e relativi ad una fornitura di merce. A sostegno della opposizione deduce di aver onorato la propria obbligazione con altri assegni consegnati all'opposto ancor prima della presentazione in Banca dei titoli successivamente posti a base del ricorso per Decreto ingiuntivo. Chiede di provare per testi tale pagamento.

Il candidato, assunte le vesti di difensore di Caio, rediga l'atto giudiziario più opportuno alla sua difesa, illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie in esame, con particolare riferimento ai limiti della prova orale in materia contrattuale ed in materia di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Esame d'avvocato 2012: atto giudiziario in materia di diritto civile a cura di Ilaria Di Punzio

Possibile soluzione schematica a cura di Altalex

La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.

L'atto richiesto dalla traccia è sicuramente una comparsa di costituzione e risposta nell'ambito di un contenzioso ordinario scaturito da un'opposizione a decreto ingiuntivo.

La tematica giuridica sottesa, come precisato dalla stessa traccia, riguarda i limiti posti dal codice civile alla prova per testi in materia di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

La normativa di riferimento consta dei seguenti articoli:

Art. 2697 c.c.

Onere della prova.

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.

Art. 2721 c.c.

Ammissibilità: limiti di valore.

La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede le lire cinquemila.

Tuttavia l'autorità giudiziaria può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza.

Art. 2724 c.c.

Eccezioni al divieto della prova testimoniale.

La prova per testimoni è ammessa in ogni caso:

1) quando vi è un principio di prova per iscritto: questo è costituito da qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato;

2) quando il contraente è stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta;

3) quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova.

Art. 2726 c.c.

Prova del pagamento e della remissione.

Le norme stabilite per la prova testimoniale dei contratti si applicano anche al pagamento e alla remissione del debito.

Contenuto sintetico dell'atto:

Tizio assume nella propria citazione in opposizione che il debito consacrato nel provvedimento monitorio è stato onorato tramite consegna di assegni consegnati a Caio prima della presentazione all'incasso di quelli posti a fondamento del decreto ingiuntivo e che, quindi, i distinti titoli rimasti impagati non avrebbero dovuto essere azionati.

Nel domandare la revoca del decreto ingiuntivo per estinzione dell'obbligazione pecuniaria, richiede al Tribunale Alfa di essere ammesso alla prova testimoniale sulla circostanza dell'avvenuta estinzione dell'obbligazione nei confronti di Caio.

L'opposizione in questione è infondata per i seguenti motivi:

L'onere della prova del pagamento ricade, ai sensi dell'art. 2697, comma II, codice civile, su chi la eccepisce.

In particolare, Tizio dovrebbe dimostrare:

1) che effettivamente sono stati consegnati degli assegni ulteriori rispetto a quelli che sono stati posti a fondamento del decreto ingiuntivo;

2) che tali assegni sono stati emessi in pagamento della stessa fornitura dedotta in giudizio.

A tale riguardo, significativo appare il *dictum* costante della Corte di Cassazione, ribadito da ultimo con la [sentenza n. 3008/2012](#). Tale pronuncia, in un caso simile a quello dedotto in traccia, statuisce:

“costituisce orientamento risalente e pacifico nella giurisprudenza di questa Corte che il principio secondo cui quando il convenuto per il pagamento di un debito dimostri di aver corrisposto una somma di denaro idonea all'estinzione del medesimo, spetta al creditore, il quale sostenga che il pagamento sia da imputare all'estinzione di un debito diverso, allegare e provare di quest'ultimo l'esistenza, nonché la sussistenza delle condizioni necessarie per la dedotta diversa imputazione, non può trovare applicazione nel caso in cui il debitore eccepisca l'estinzione del debito fatto valere in giudizio per effetto dell'emissione dell'assegno, atteso che, implicando tale emissione la presunzione di un rapporto fondamentale idoneo a giustificare la nascita di un'obbligazione cartolare, resta a carico del debitore convenuto l'onere di superare tale presunzione, dimostrando il collegamento tra il precedente debito azionato ed il successivo debito cartolare, con la conseguente estinzione del primo per effetto del pagamento degli assegni” (cfr. Cass. n. 3437/2007; Cass. n. 20134/2005; Cass. n. 6155/1978).

Inammissibilità della prova testimoniale invocata

L'art. 2726 c.c. precisa che “Le norme stabilite per la prova testimoniale dei contratti si applicano anche al pagamento e alla remissione del debito”

L'art. 2721 c.c. prescrive che “La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede le lire cinquemila”

Vero è che il rigore delle disposizioni in questione è attenuato dal disposto:

del comma II dell'art. 2721 c.c. (“Tuttavia l'autorità giudiziaria può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza”)

e dell'art. 2724 c.c. (La prova per testimoni è ammessa in ogni caso: 1) quando vi è un principio di prova per iscritto: questo è costituito da qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato; 2) quando il contraente è stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta; 3) quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova)

ma è evidente come tali disposizioni non possano trovare applicazione nel caso di specie, posto che per Tizio sarebbe stato oltremodo agevole procurarsi, tramite il proprio istituto di credito, copia degli assegni, asseritamente, consegnati a Caio e dal medesimo, presuntivamente, bancati.

Residuerebbe, peraltro, la ulteriore necessità per Tizio di dimostrare la pertinenza dell'emissione di tali titoli, ipoteticamente riferibili ad altre obbligazioni, rispetto al pagamento della fornitura che Caio assume impagata.

Richiesta di concessione della provvisoria esecutività

L'art. 642 c.p.c., in materia di esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo, dispone che “se il credito e' fondato su cambiale, **assegno bancario**, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, il giudice, su istanza del ricorrente, ingiunge al debitore di pagare o consegnare senza dilazione, autorizzando in mancanza l'esecuzione provvisoria del decreto e fissando il termine ai soli effetti dell'opposizione”

L'art. 648 c.p.c., in merito all'esecuzione provvisoria in pendenza di opposizione, precisa che “Il giudice istruttore, se l'opposizione non e' fondata su prova scritta o di pronta soluzione, puo' concedere, con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del decreto, qualora non sia già stata concessa a norma dell'art. 642.”

Ricorrendo i presupposti di entrambe le prescrizioni sopra dette, Caio ha pieno titolo ad avanzare richiesta di concessione della provvisoria esecutività.

Conclusioni

Si deve quindi concludere chiedendo, **in via principale**, al Giudice che:

previa concessione della provvisoria esecutività del decreto opposto, **respinte** le istanze istruttorie orali perché inammissibili,

rigetti l'opposizione in quanto infondata in fatto ed in diritto

confermando integralmente, anche in merito alle spese ivi liquidate, il decreto ingiuntivo opposto

e che:

In subordine, nella denegata ipotesi di non accoglimento della domanda principale, condanni l'opponente al pagamento delle somme che risulteranno dovute in corso di causa.

In entrambi i casi, con vittoria di spese e competenze del giudizio di opposizione.

SVOLGIMENTO

TRIBUNALE ALFA

Comparsa di costituzione e risposta

Nell'interesse di Caio, nato a, il, CFrappresentato e difeso dall'Avv.....(C.F.) del Foro giusta procura in calce al ricorso introduttivo, elettivamente domiciliato nel di lui studio sito in, che dichiara di voler ricevere i prescritti avvisi a mezzo fax al n. ovvero email certificata

- *opposto*

Nel giudizio per opposizione a D.I. proposto da Tizio (Avv.....)

- *opponente*

RG N. Dott....., udienza del

PREMESSO CHE:

I. Con ricorso per D.I., depositato in data, veniva richiesto il pagamento di €. 30.000,00 oltre accessori a carico di Tizio.

Caio, oggi opposto, assumeva di essere creditore per la suddetta somma nei confronti di Tizio, in favore e per conto della quale aveva eseguito fornitura merci per cui lo stesso Tizio aveva rilasciato assegni prodotti in copia unitamente al ricorso per D.I.

In data, il Tribunale di Alfa ingiungeva il richiesto pagamento con provvedimento notificato unitamente al ricorso in data

II. Con atto notificato in data, Tizio proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo, deducendo, a fondamento della propria difesa, di aver già provveduto ad estinguere la propria obbligazione con altri assegni consegnati all'opposto in data antecedente a quella in cui quest'ultimo aveva presentato in banca gli assegni come sopra posti a fondamento dell'opposto D.I. Veniva quindi richiesta la revoca del D.I.

III. Con il presente atto si costituisce in giudizio Caio per contestare tutto quanto *ex adverso* dedotto e richiesto, per domandare la conferma dell'opposto D.I. e, fin d'ora, la concessione della provvisoria esecutività dello stesso, per i seguenti

MOTIVI

INFONDATEZZA DELL'OPPOSIZIONE AVVERSARIA

Preliminarmente si deduce che è onere di Tizio, ai sensi dell'art. 2697 c.c., fornire prova dell'eccepito pagamento, intesa come prova della avvenuta consegna degli ulteriori assegni e dell'emissione degli stessi a pagamento del debito azionato con il D.I.

Non giova a controparte opporre che, sempre in tema di onere della prova, nel caso in cui il debitore dimostri di aver corrisposto una somma di denaro idonea all'estinzione del debito, spetta al creditore di provare che il pagamento sia da imputare all'estinzione di un debito diverso; tale principio, infatti non trova applicazione nel caso di specie, in cui il debitore "eccepisce l'estinzione del debito fatto valere in giudizio per effetto dell'emissione dell'assegno, atteso che, implicando tale emissione la presunzione di un rapporto fondamentale idoneo a giustificare la nascita di un'obbligazione cartolare, resta a carico del debitore convenuto l'onere di superare tale presunzione, dimostrando il collegamento tra il precedente debito azionato ed il successivo debito cartolare, con la conseguente estinzione del primo per effetto del pagamento degli assegni" ([Cass. Civ. n. 3008/2012](#)).

In ogni caso, per quanto attiene all'eccezione di Tizio, egli sostiene di aver già provveduto all'estinzione del debito. Tuttavia nulla produce che supporti tale affermazione, limitandosi ad indicare dei testimoni che potrebbero, a suo dire, confermare la dedotta circostanza.

Ebbene, tale richiesta di prova per testi della circostanza dell'avvenuto pagamento, non potrà che essere respinta, come inammissibile, dall'adito tribunale, ostando alla sua ammissibilità il formale disposto dell'art. 2721 c.c. come esteso alla fattispecie dei pagamenti, dall'art. 2726 c.c.

La prima disposizione citata, infatti, prescrive che "La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede euro 2.58"; la seconda norma prevede, per quanto attiene al caso di specie, che "Le norme stabilite per la prova testimoniale dei contratti si applicano anche al pagamento e alla remissione del debito."

Né potrà invocarsi, da parte di Tizio, il disposto dell'art. 2724 c.c. che ammette la prova per testi per il caso in cui sia un principio di prova per iscritto, inteso come qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato; quando il contraente sia stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta; quando il contraente abbia senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova.

E' evidente, infatti, che Tizio avrebbe potuto benissimo procurarsi, tramite il proprio istituto di credito, copia degli assegni, asseritamente consegnati a Caio e dal medesimo, presuntivamente, messi all'incasso ed altrettanto pacifico che, in ogni caso, il debitore ha l'onere di custodire i documenti che attestano pagamenti.

Residuerrebbe, peraltro, la ulteriore necessità per Tizio di dimostrare la pertinenza dell'emissione di tali titoli, ipoteticamente riferibili ad altre obbligazioni, rispetto al pagamento della fornitura che Caio assume impagata.

Non giovi, infine, tentare da parte di controparte di aggirare il divieto dell'art. 2721 c.c. come esteso dall'art. 2726 c.c., deducendo che nel caso di specie non si tratterebbe di provare un pagamento ma l'imputazione dello stesso allo specifico debito azionato da Caio con il D.I.

A tale riguardo infatti, è principio ormai stabilito quello secondo cui "La facoltà d'imputare il pagamento ad uno fra più debiti va esercitata e si consuma all'atto del pagamento; una successiva

dichiarazione del debitore è inefficace senza l'adesione del creditore" (Cass. n. 6605/88). Anche sotto tale aspetto, quindi, l'opposizione di Caio è del tutto infondata.

In ogni caso, sin da ora laddove dovessero essere depositati eventuali documenti bancari questa parte disconosce gli stessi e si riserva sin da ora il diritto di proporre istanza di verifica.

RICHIESTA PROVVISORIA ESECUZIONE DELL'OPPOSTO DECRETO EX ART. 648 c.p.c.

Per quanto sin qui esposto, appare del tutto evidente che l'opposizione proposta da controparte al decreto ingiuntivo per cui è causa, è del tutto sfornita dei requisiti di cui all'art. 648 c.p.c. ed ha il solo fine di procrastinare il pagamento di quanto dovuto.

Considerato che l'opposizione idonea ad escludere la concessione della provvisoria esecuzione del D.I. è solo quella fondata su prova scritta o di pronta soluzione, per quanto concerne il primo requisito, l'attore non ha fornito alcuna prova scritta certa della fondatezza del proprio diritto.

Pur apparendo tale circostanza del tutto assorbente di ogni ulteriore osservazione, si rileva, comunque, anche in riferimento alla pronta soluzione della controversia, che le prove fornite fin qui dall'opponente devono essere valutate e confrontate con le "prove scritte in concreto poste alla base della domanda di decreto ingiuntivo" (Corte Cost. n. 137/1984).

Nel caso di specie, mentre la prova fornita a suo tempo dal creditore, era perfettamente idonea alla concessione del decreto ingiuntivo (fatture e assegni bancari), l'opposizione di controparte appare sfornita di qualunque produzione dotata della stessa valenza probatoria.

Conseguentemente, a fronte della "rimarchevole disparità di supporto probatorio delle contrapposte tesi", mentre appare fondato il *fumus boni juris* della pretesa creditrice, lo stesso non può dirsi di quello oggetto della richiesta dell'opponente (Trib. Firenze 02/08/91 e Trib. Roma 07/08/91 e Trib. Tortona 02/12/91).

Il requisito della pronta soluzione della lite, infatti, deve ritenersi esistente solo quando risulti *ictu oculi*, auspicabile una decisione favorevole all'opponente, senza necessità di attività istruttoria.

Nel caso di specie, poichè controparte, non ha fornito alcun supporto istruttorio e di facile ed immediata valutabilità, da parte del Giudicante, anche il suddetto secondo requisito appare del tutto inesistente.

Stante tutto quanto precede, Caio, come sopra rappresentato e difeso insiste per l'accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI

"In via preliminare: stante quanto sin qui esposto, voglia l'Ill.mo Giudice adito concedere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 648 c.p.c. e con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del D.I. n.....

Nel merito: voglia l'Ill.mo Giudice adito disattesa e rigettata l'opposizione avversaria in quanto infondata in fatto ed in diritto per tutti i motivi sopra esposti, confermare in ogni sua parte il D.I. *ex adverso* opposto.

In subordine e nella denegata ipotesi di non accoglimento della domanda principale, voglia il Giudice adito condannare l'opponente al pagamento delle somme che risulteranno dovute in corso di causa.

Il tutto sempre e comunque con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.

IN VIA ISTRUTTORIA

Con riserva espressa di poter svolgere le proprie istanze istruttorie nei termini di cui all'art. 183, co. VI c.p.c.

SI PRODUCE

- atto di opposizione *ex adverso* notificato;
- fascicolo di parte Caio nel procedimento per decreto ingiuntivo.