

Gerhard Hohloch
Università di Friburgo/Brisgovia

La dottrina dell'impossibilità della prestazione

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La dottrina dell'impossibilità e l'intenzione della "Riforma del diritto delle obbligazioni". – 2.a. Situazione giuridica e modifiche di legge a causa della riforma. – 2.b. Scopo e significato della modifica del diritto. – 3. Dettagli sul trattamento dell'"impossibilità" secondo la legge riformata. – 4. Sintesi e prospettive. – 5. Osservazione conclusiva.

1. *Introduzione*

Il secondo libro del codice civile tedesco (diritto dei rapporti obbligatori) inizia con il § 241 BGB, con la frase: «In forza del rapporto obbligatorio il creditore è legittimato ad esigere una prestazione dal debitore»¹. La norma indica innanzitutto l'"obbligo di prestazione principale" ("Hauptleistungspflicht") che è stato validamente concordato tra le parti del "rapporto obbligatorio" e che decide sulla qualificazione del rapporto obbligatorio, nel caso in cui si tratta di un "contratto" nei "tipi" di rapporti obbligatori. Il presupposto dell'obbligo di prestazione è, da un lato, il suo accordo basato sulla volontà delle parti di essere legalmente vincolate; l'"adempimento" dell'obbligo di prestazione ("Erfüllung der Leistungspflicht") così concordato va fino all'"impossibilità soggettiva" ("subjektive Unmöglichkeit" o "Unvermögen") del debitore, mentre il suo adempimento è l'obbligo del rapporto di eseguire la prestazione come concordato tra le parti; il limite è anche l'"impossibilità (oggettiva)" ("objektive Unmöglichkeit"), cioè

¹ Cf. § 241 I 1 BGB: "Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen".

“l'impossibilità per tutti” (“**Unmöglichkeit für alle**”). Dove inizia tale “impossibilità” è una questione di regolamentazione che spetta al legislatore di diritto civile; quali siano o possano essere le sue conseguenze giuridiche è anch'essa una questione che spetta al legislatore di diritto civile, che ha un margine di decisione per le sue regolamentazioni².

Questa parola mi porta al tema della mia relazione in questo bel simposio presso la illustre Scuola di Giurisprudenza di Pavia. La disciplina dell’“impossibilità”, come parte del “diritto sulle inesattezza delle prestazioni”, è stata una parte centrale della riforma del diritto delle obbligazioni, avviata nel 1979 a Bonn, l'allora sede del governo federale della Germania non ancora riunificata. L'allora Ministro Federale della Giustizia, *Hans-Jochen Vogel*, perseguì l'idea di una “revisione” del “diritto delle obbligazioni” (“*Obligationenrecht*”), concepito circa 100 anni prima per il *Reich* tedesco al fine di creare un'unità giuridica nel campo del diritto privato, per modernizzarlo in collaborazione con il ministero, il mondo accademico e la politica giuridica. Era consapevole che il compito era grande e avrebbe richiesto tempo, ma che una volta completato avrebbe rappresentato un progresso per il diritto civile tedesco e avrebbe intensificato l'interesse straniero per il diritto tedesco e la cultura giuridica tedesca. Per questo motivo, a cavallo tra il 1979 e il 1980, si è preoccupato di nominare nella Commissione per la revisione del diritto delle obbligazioni del codice civile tedesco non solo esponenti già noti della dottrina del diritto civile tedesco, ma anche alcuni studiosi di diritto civile più giovani. A quel tempo disse qualcosa di simile: «Avremo bisogno di molto tempo e alla fine del lavoro dovrebbe esserci ancora qualcuno del tempo del primo inizio». Così è successo che sono stato nominato nel 1979 come studioso ancora abbastanza giovane e quindi posso essere qui oggi come rappresentante ancora in vita di quel gruppo e, nel frattempo da tempo “emerito”, parlarne con mia grande gioia anche nella vostra bella lingua³. Ne sono molto

² V. per il funzionamento del § 241 I BGB eg. B. DAUNER-LIEB-W. LANGEN (a cura di), *NomosKommentar BGB Schuldrecht Band 2/1 3*, Auflage Baden-Baden 2016, § 241 N. 1 (Peter Krebs).

³ V. per i motivi del legislatore di 1979, “*Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*” ed. del Ministro Federale di Giustizia Vol. I (Verlag Bundesanzeiger Köln 1981) “*Einleitung*” (“Introduzione”), 11 ss.; in lingua

felice e devo ringraziare i promotori dell'evento. Un ringraziamento particolare, naturalmente, al mio amico *Salvatore Patti*; la nostra collegialità e amicizia è ancora più antica della "riforma del diritto delle obbligazioni". Il suo inizio risale al 1976!

2. La dottrina dell'impossibilità e l'intenzione della "Riforma del diritto delle obbligazioni"

2.a. Situazione giuridica e modifiche di legge a causa della riforma

Ora torniamo al mio argomento. "*Ultra posse nemo obligatur*" e "*Impossibile nulla est obligatio*" sono due antiche massime giuridiche tradizionali, familiari alla storia del diritto in Italia quanto alla storia e all'esegesi del diritto romano in Germania⁴. Le due brevi frasi riguardano, oltre il loro semplice significato letterale e fondamentale per l'ambito dei negozi giuridici, il contenuto e la rilevanza della libertà contrattuale e quindi anche la questione della responsabilità della parte contrattuale il cui obbligo contrattuale di prestazione non può essere adempiuto perché è impossibile da adempiere e deve rimanere inadempito. Il BGB, nella sua prima versione in vigore dall'1.1.1900, aveva commentato questo aspetto in due disposizioni, nel § 275 e nel § 306 BGB nella versione in vigore all'epoca e fino alla fine del 2001. Le brevi disposizioni prevedevano quanto segue⁵:

§ 275 BGB vecchia versione

(1) Il debitore è liberato dall'obbligo alla prestazione nella misura in cui la prestazione diventa impossibile a causa di una circostanza

italiana G. HOHLOCH, *Responsabilità per danni e riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, 609-622 (relazione alla conferenza del 28 ottobre 1983 a Roma Centro Nazionale delle Ricerche CNR).

⁴ Cf. Digesten 50, 17, 185; M.J. SCHERMAIER, *Impossibile nulla est obligatio, Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht* (Relazione fatta a Palermo ottobre 2006).

⁵ Le traduzioni italiane seguono la traduzione italiana del "BGB" di S. PATTI, *Codice civile tedesco – Bürgerliches Gesetzbuch*, Giuffrè, Milano, 2013.

verificatasi a seguito dell'instaurazione del rapporto obbligatorio e a lui non imputabile.

(2) La successiva impossibilità soggettiva del debitore alla prestazione equivale a un'impossibilità sopravvenuta a seguito dell'instaurazione del rapporto obbligatorio.

§ 306 BGB vecchia versione

Un contratto finalizzato a una prestazione impossibile è nullo.

§ 275 BGB vecchia versione tedesca

(1) Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

(2) Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträgliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

§ 306 BGB vecchia versione

Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

Viceversa, la versione del § 275 BGB elaborata dalla “riforma del diritto delle obbligazioni”, in vigore dal 2002, prevede quanto segue:

§ 275 BGB nuova versione

(1) La pretesa alla prestazione è esclusa, qualora questa sia impossibile per il debitore o per chiunque.

(2) Il debitore può rifiutare la prestazione, qualora questa richieda uno sforzo che sta in un rapporto di grave sproporzione rispetto all'interesse del creditore alla prestazione, avuto riguardo al contenuto del rapporto obbligatorio e al principio di buona fede. Nella determinazione degli sforzi da pretendersi dal debitore deve altresì considerarsi se l'impedimento alla prestazione è imputabile al debitore.

(3) Il debitore può inoltre rifiutare la prestazione, se egli deve eseguire la prestazione personalmente e se essa non può pretendersi dal debitore, bilanciando gli impedimenti contrastanti la sua prestazione e l'interesse del creditore alla prestazione.

(4) I diritti del creditore si determinano sulla base dei §§ 280, da 283 a 285, 311a e 326.

§ 275 BGB versione tedesca

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

(4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.

Il § 306 BGB vecchia versione non è più legge all'interno della riforma del diritto delle obbligazioni. Il contenuto dell'odierno § 306 BGB nuova versione fa parte dell'attuale regolamentazione del controllo legale delle condizioni generali di contratto (§§ 305-310 BGB) e non ha più nulla a che fare con il vecchio contenuto ("impossibilità oggettiva iniziale"). Del vecchio § 306 BGB (vecchia versione) è rimasto solo il § 311a BGB, che ha il seguente contenuto e testo letterale:

§ 311a BGB nuova versione

(1) Non preclude l'efficacia di un contratto, il fatto che il debitore ai sensi del § 275 commi da 1 a 3 non debba eseguire la prestazione e che l'impedimento alla prestazione sussista già alla conclusione del contratto.

(2) Il creditore può pretendere a sua scelta il risarcimento del danno in luogo della prestazione o il rimborso delle sue spese nell'ammontare determinato nel § 284. Ciò non vale se il debitore al momento della conclusione del contratto non conosceva l'impedimento alla prestazione e la sua mancata conoscenza non era a lui imputabile. Il § 281 comma 1 periodi 2 e 3 e comma 5 trova corrispondente applicazione.

§ 311a BGB versione tedesca

(1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der

Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.

(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.

Il § 311a BGB nella sua attuale versione sostituisce i §§ da 306 a 309 BGB (vecchia versione), ormai non più in vigore. Regola gli impedimenti alla prestazione che sussistono già al momento della conclusione del contratto. Oltre al § 275 BGB nuova versione, questa disposizione è un altro elemento centrale del nuovo concetto di impossibilità, e della sua gestione dal punto di vista giuridico, creato dalla riforma del diritto delle obbligazioni⁶.

2.b. *Scopo e significato della modifica del diritto*

Al fine di comprendere il movimento di riforma del diritto delle obbligazioni e la modifica della “legge dell’impossibilità”, occorre partire dalla precedente situazione giuridica e legislativa. Il § 275 BGB vecchia versione, come l’attuale § 275 BGB nuova versione, rientrava nel diritto delle “inesattezze della prestazione” e riguardava l’“impossibilità non imputabile al debitore”; nel comma 1 della disposizione era disciplinata la sopravvenuta impossibilità (oggettiva) (“*nachträgliche Unmöglichkeit*”), nei suoi effetti sulla “prestazione” in capo al debitore di per sé, nel comma 2 della disposizione l’“impossibilità soggettiva”, l’“incapacità” sopravvenuta. I §§ 306 e seguenti BGB vecchia versione, invece, si occupavano dell’impossibilità iniziale (“*anfängliche o ursprüngliche Unmöglichkeit*”), compresa la “incapacità” iniziale. Secondo la soluzione del diritto delle “inesattezze della prestazione”, elaborata al momento della creazione del BGB, esistevano, da un punto di vista generale, solo due tipi o forme di “inesattezza della prestazione”: da un lato,

⁶Descrizione buona e dettagliata con ulteriori riferimenti all’evoluzione della giurisprudenza nella prassi e nelle scritture di P. KREBS, in *NomosKommentar*, cit. *supra* n. 2, § 241 n. 1-17.

l'impossibilità iniziale o successiva di prestazione a carico del debitore derivante dal rapporto contrattuale stipulato tra le parti e, dall'altro, il ritardo del debitore nell'adempimento del suo obbligo di prestazione derivante dal rapporto contrattuale, cioè la "mora" del debitore. L'"impossibilità" della prestazione portava alla liberazione dall'obbligo di prestazione promesso, ma nel caso in cui il debitore della prestazione impossibile fosse responsabile dell'"impossibilità", poteva portare al suo obbligo di pagare per il mancato adempimento della prestazione promessa attraverso la creazione dell'"obbligo secondario al pagamento del risarcimento danni equivalente".

La liberazione dalla prestazione promessa si applicava al contratto validamente concluso con il contenuto di tale prestazione "impossibile" (§ 275 comma 1 e 2 BGB vecchia versione), nonché al contratto basato su una prestazione impossibile fin dall'inizio del contratto. Era necessaria una differenziazione delle conseguenze giuridiche secondarie disciplinate dalla legge: mentre il "risarcimento danni" si basa sull'"interesse positivo" quando l'adempimento diventa successivamente impossibile, il risarcimento danni in linea di principio non è dovuto quando la prestazione è sin dall'origine oggettivamente impossibile. Piuttosto, il contratto con l'obbligo di adempiere ad una prestazione che è oggettivamente impossibile fin dall'inizio, è nullo a causa dell'impossibilità di eseguire la prestazione così promessa, in modo da non poter eseguire gli obblighi di prestazione contrattualmente dovuti. In questo caso, l'unico rimedio è che la controparte rivendichi l'"interesse negativo"; l'interesse positivo, invece, non può essere rivendicato (§ 307 BGB vecchia versione). Questa disposizione è stata criticata nel corso degli anni in cui è stata in vigore. La critica riguardava il regolamento stesso per il suo trattamento dell'"impossibilità" della prestazione; la critica principale, tuttavia, era che il regolamento del BGB originario, con la sua limitazione all'"impossibilità" e al "ritardo" dell'adempimento, non aveva preso in considerazione l'aspetto molto più importante del "prestazione insufficiente" o dell'"adempimento in violazione del contratto" per la creazione delle norme generali dei §§ 275 e seguenti del BGB vecchia versione e aveva spostato la sua regolamentazione al diritto speciale delle obbligazioni dei singoli tipi di contratto. L'incompletezza del regolamento è stata presto riconosciuta e ha portato all'"introduzione" della "violazione positiva del

contratto ovvero della pretesa”, che è stata sviluppata o praticata al di fuori della legge scritta del BGB e ha presto superato il significato della norma del § 275 BGB vecchia versione. Nella sua motivazione si legge che la “violazione positiva del contratto” coincide con la motivazione della “responsabilità per vizi” tipica dei singoli tipi di contratto di uso quotidiano; entrambe le forme riguardano la reazione alle violazioni dell’obbligo da parte della parte interessata con l’obbligo alla prestazione in natura all’interno della struttura contrattuale⁷. Queste “violazioni degli obblighi” possono essere di vario tipo, obblighi di informazione e di cura, obblighi di qualità della prestazione secondo la norma, obblighi di assistenza e vari altri obblighi. Infine, questi obblighi includono anche l’obbligo di non concordare l’impossibile e di garantire che l’adempimento dell’obbligo relativo alla prestazione non diventi impossibile. Anche la capacità di fornire e pagare tempestivamente l’obbligo di prestazione in natura è uno di questi “obblighi cardinali” della parte contraente interessata.

Da questo punto di vista, l’elaborazione internazionale di questi obblighi, in definitiva non differenziati, di tutte le parti contraenti nei lavori preparatori della Convenzione di Vienna sulla vendita è stata corretta e anche la giusta scintilla per la “revisione del diritto delle obbligazioni in Germania”.

Nella riforma del diritto delle obbligazioni a partire dal 1979 e nei successivi lavori della Commissione, questo punto di vista è stato generalmente accettato. La distinzione tra “impossibilità della prestazione” e “ritardo nella prestazione”, è stata dapprima gradualmente e nel prosieguo dell’opera di riforma, fondamentalmente eliminata in favore del punto di partenza unitario della “violazione dell’obbligo contrattuale”. Ciò potrebbe risiedere nella causalità giustificabile dell’impossibilità della prestazione, nel ritardo altrettanto giustificabile della prestazione e, in terzo luogo, nella “prestazione insufficiente”, per cui in questo caso la violazione dell’obbligo potrebbe verificarsi nei modi più diversi. Il legislatore è rimasto di

⁷ Per gli inizi di questa strutturazione si veda H. STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen* (1936). Per il significato nella discussione sulla riforma del diritto delle obbligazioni si veda “*Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG)*”, in *Bundestagsdrucksache*, 14/6040 und 14/7052. Anche C. GRÜNEBERG, in PALANDT, *Kommentar zum BGB*, LXXVI ed., 2017, Einleitung vor § 1 BGB n. 10.

questo avviso anche alla fine dei lavori di riforma, tanto che da allora il risultato è:

- una disciplina dell'impossibilità della prestazione e delle modalità di responsabilità del debitore nel § 275 e nel § 311a BGB (nuova versione);
- una disciplina del ritardo nella prestazione da parte del debitore e le conseguenze per le parti del contratto di cui ai §§ 284 e seguenti BGB;
- una disciplina dell'inadempimento dell'obbligo e delle sue conseguenze per le parti nei §§ 280 e seguenti BGB e, altrove, per i tipi di contratto adatti a questo scopo, nei §§ 433 e seguenti BGB del diritto speciale delle obbligazioni.

La Germania ha così compiuto un passo importante nella riforma del diritto delle obbligazioni. La riforma del diritto delle obbligazioni, come nelle intenzioni della prima commissione, è riuscita comunque ad allontanarsi da una costruzione di base che prevedeva una contrapposizione degli impedimenti della prestazione in “impossibile” e “tardiva”, troppo astratta fin dall'inizio della creazione del BGB e già inadeguata ai tempi, verso una legge che, invece, distingue tra “adempimento” della prestazione del contraente in conformità alla legge e “impossibilità” della prestazione – evenienza per la quale il contraente non è responsabile e che, in ogni caso, lo esonera dall'obbligo di adempiere secondo il contratto⁸. Di contro, l'inadempimento, l'inesatto adempimento o l'adempimento tardivo in violazione del contratto non liberano il debitore a questo riguardo, ma lo lasciano gravato dell'obbligazione principale o almeno secondaria e lasciano all'altra parte gli strumenti legali previste dalla legge o dal contratto.

L'idea di base della riforma così intrapresa era quella di creare un sistema differenziato di diritto dell'inadempimento contrattuale, con il quale, sulla base dell'“inadempimento contrattuale”, l'obbligo contrattuale, la liberazione dagli obblighi contrattuali e la responsabilità della parte debitrice e i diritti della parte creditrice dovrebbero essere ben bilanciati. Al centro della normativa in vigore su questa base dal 2002 c'è il § 275 BGB (nuova versione). Il suo scopo è

⁸ Schema e descrizione sommaria di facile comprensione dell'attuale sistema di §§ 275 e seguenti in C. GRÜNEBERG, *op. cit. supra* n. 7, marg. no. 1-3.

quello di rispondere alla questione primaria e centrale delle esenzioni del debitore dalla sua “obbligazione primaria di prestazione in natura” e quindi alla portata della sua obbligazione legale (= contrattuale). La disposizione contiene tre fattispecie indipendenti: secondo la regola di base nel comma 1, il debitore è *ipso iure* liberato dall’obbligo della prestazione se la prestazione è impossibile per lui o per chiunque. Ai sensi del comma 2, il debitore può anche rifiutare la prestazione se lo sforzo richiesto per la prestazione o gli sforzi che ci si aspetta da lui sono eccessivamente sproporzionati rispetto all’interesse del creditore. Il comma 3, infine, conferisce al debitore il diritto di rifiutare la prestazione nel caso in cui la prestazione debba essere eseguita personalmente, se non ci si può ragionevolmente aspettare che egli la esegua dopo aver bilanciato la difficoltà della sua esecuzione rispetto all’interesse del creditore. Rispetto alla disciplina della vecchia legge, si ha quindi una formulazione molto differenziata della norma e una tecnica normativa sottostante altrettanto differenziata. Per la sua comprensione, tuttavia, occorre sapere che il legislatore, come si evince dai materiali e dalle differenze tra la prima bozza di riforma e la successiva “bozza di discussione”, non intendeva apportare un allontanamento fondamentale dal passato. Il “limite del sacrificio” rigorosamente applicato nella vecchia legge non doveva essere spostato a favore del debitore. La liberazione del debitore dal suo “obbligo primario di prestazione” legalmente assunto doveva avvenire solo in casi estremamente eccezionali. In poche parole: il § 275 BGB, rivisto vent’anni fa, non mira a una restrizione generale dell’obbligo di prestazione in natura dal punto di vista della considerazione dell’onere del debitore in ogni singolo caso⁹. Non si tratta del sistema tradizionale del BGB, che non era in dubbio al momento della riforma; né sarebbe stato un passo di riforma raccomandabile. L’ambito dell’obbligo legale è, secondo il motto “*pacta sunt servanda*”, tuttora valido in Germania, costituisce la base indispensabile per l’adempimento di un contratto e, in casi eccezionali, per la liberazione dall’obbligo contrattuale. Ciò è evidente anche in altre parti del BGB, ad esempio nel § 313 BGB (nuova

⁹“Keine Verschiebung der Opfergrenze!” (= “Nessuno spostamento del confine sacrificale!”), v. *Gesetzesbegründung* (Relazione esplicativa) sul § 275 in *Bundestagsdrucksache*, 14/6040, 127 ss; C. W. CANARIS, *Das Recht der Leistungsstörungen*, in *Juristenzeitung* (JZ), 2001, 499 ss.

versione), la disposizione sul “venir meno del fondamento del contratto”, che esiste come norma giuridica nel BGB dal 2002¹⁰. Anche in questo caso, l'accordo contrattuale decade o viene modificato solo in casi estremi. Tuttavia, l'impostazione del nuovo regolamento ha un significato pratico che non deve essere sottovalutato.

L'attuale regolamentazione della limitazione dell'obbligo primario di prestazione da parte del § 275 BGB (nuova versione) nel suo complesso ha un significato nel processo. Il debitore citato in giudizio per l'esecuzione e l'adempimento del contratto può almeno difendersi dalla richiesta di adempimento mediante esecuzione sollevando la relativa difesa ai sensi del § 275 comma 2 BGB o anche ai sensi del comma 3 della disposizione, con l'esito positivo del rigetto dell'azione in via principale, eventualmente con l'ulteriore conseguenza della richiesta di risarcimento danni (ai sensi dei §§ 280 comma 1, 283, 287 periodo 2 BGB). Ciò vale in particolare per la valutazione dell'inadempimento del debitore¹¹.

È inoltre importante sapere, per quanto riguarda l'importanza pratica, che la disposizione del § 275 BGB si applica a tutti gli obblighi di prestazione, indipendentemente dal fatto che siano basati su motivi contrattuali o legali; la disposizione del § 275 BGB non si applica, come in precedenza, ai “debiti pecuniari”. Se si deve rispondere di un debito monetario, non avere denaro non significa “impossibilità” nel senso del § 275 e nemmeno nel senso del § 311a BGB nuova versione¹².

3. *Dettagli sul trattamento dell'“impossibilità” secondo la legge riformata*

Nella prossima parte della mia presentazione spiegherò alcuni dettagli della disciplina dell'impossibilità secondo il § 275 (con il §

¹⁰ Cf., eg. G. HOHLOCH, *BGB Erman Handkommentar (a cura di Harm Peter Westermann)*, Vol. 1, XIII ed., 2011, § 313 BGB marg. no. 35-38.

¹¹ Sull'onere di prova del debitore v. BUNDESGERICHTSHOF (Corte Suprema Federale), *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2010, 2341. Per altri esempi v. C. GRÜNEBERG, *op. cit.* (*supra* n. 7) § 275 BGB marg. no. 34.

¹² Opinione generale, l'incapacità di pagare non è sinonimo di incapacità, v. *Bundestagsdrucksache*, 14/7052 e “*Kommissionsentwurf*” (“Progetto della Commissione”) così come “*Diskussionsentwurf*” (“Progetto di discussione”).

311a BGB). Inizierò con il § 275 comma 1 BGB. La disposizione prevede l'esclusione del diritto alla prestazione per legge. Come nella precedente versione, il debitore è liberato *ipso iure* dall'obbligo della prestazione in natura nel caso di impossibilità oggettiva (per tutti) e impossibilità soggettiva (per il debitore). Poiché al comma 1 si legge che la prestazione è "impossibile", il comma 1 copre sia l'impossibilità iniziale che quella successiva. Poiché il comma 1 ha anche abbandonato – in deroga alla vecchia legge – il legame tra l'esenzione dalla prestazione e l'"obbligo di rappresentanza" del vecchio § 275, il nuovo § 275 è la disposizione centrale per tutte le forme di impossibilità. Solo la "vera impossibilità", cioè il caso in cui la prestazione non può (o non può più) essere eseguita, è coperta dalla norma in vigore dal 2002. Le interpretazioni precedenti, che guardavano all'"impossibilità" come ad una "possibilità" teoricamente ancora esistente, ma che avrebbe avuto come presupposto e conseguenza uno sforzo irragionevole, non sono quindi più oggetto della disciplina del comma 1, per le quali rimane solo l'eccezione di "irragionevolezza" ai sensi dei commi 2 o 3 della disposizione. Il comma 1 non è più applicabile alla "impossibilità pratica". Di conseguenza, l'"impossibilità oggettiva" sussiste se c'è "impossibilità fisica o naturale" (= "inapplicabilità"), ad esempio se c'è un ostacolo che fa sembrare impossibile l'esecuzione della prestazione dovuta, anche "secondo la legge della logica". Esempi sono ancora "il quadro originale bruciato", la "distruzione totale dell'oggetto in affitto", "l'acquisto di titoli dopo l'insolvenza dell'emittente" e la conseguente svalutazione totale. I casi di "impossibilità legale o giuridica" sono da equiparare all'impossibilità di diritto naturale. Se la prestazione non può essere eseguita per motivi legali o non può essere realizzata, ciò equivale all'impossibilità di diritto naturale. Ad esempio, in caso di sequestro di un oggetto da consegnare o di mancata approvazione finale di una transazione a causa di un divieto legale. A questo proposito, nulla è cambiato nell'applicazione della legge dal 2002. È rimasto invariato anche il trattamento delle transazioni per consegna a data fissa, ossia quelle transazioni in cui il rispetto del termine di prestazione è talmente essenziale per il creditore in base allo scopo della transazione e alla situazione di interesse data, che una prestazione ritardata non costituisce più un adempimento. Con la scadenza del "periodo di adempimento" si verifica l'"impossibilità" ai sensi del § 275 comma 1 BGB nuova versione. Tuttavia, è

necessario dare un'occhiata più da vicino. La giurisprudenza ora nega l'"impossibilità" nel caso di un contratto di trasporto aereo non in orario, per cui l'adempimento da parte della compagnia aerea è ancora possibile in caso di ritardo, anche se la coincidenza del volo successivo non viene raggiunta, per cui il passeggero subisce comunque un danno a causa del ritardo¹³.

Tuttavia, la situazione giuridica è diversa nel caso di "impossibilità soggettiva" ("incapacità"). Il restringimento dell'ambito di applicazione del comma 1 all'"impossibilità reale ed effettiva" significa che l'impossibilità soggettiva può sussistere solo se il debitore non può nemmeno teoricamente rimuovere l'impedimento alla prestazione, per così dire "a qualsiasi prezzo". Se il debitore ha possibilità realistiche di approvvigionamento o di reperimento, l'impossibilità soggettiva è esclusa in base al concetto rigoroso del comma 1. Con questa lettura del comma 1, i problemi di approvvigionamento possono al massimo portare alla possibilità di una eccezione di cui al comma 2 attraverso la regola della ragionevolezza o comportare l'applicabilità del § 313 BGB, che disciplina il caso del venire meno del fondamento negoziale¹⁴.

La conclusione è che l'ambito di applicazione del § 275 comma 1 BGB nuova versione è diventato significativamente più ristretto rispetto alla vecchia legge. Ciò ha implicazioni per il diritto di vendita e il rapporto con la responsabilità per i vizi. In questa interpretazione restrittiva, il § 275 comma 1 (e anche i commi 2 e 3) può essere applicato solo nel caso di un debito non riproducibile per un oggetto specifico o nel caso di un "debito per una scorta di merci" chiaramente limitato; resta salva la responsabilità per la garanzia ai sensi dei §§ 434 e seguenti del BGB¹⁵.

Questo mi porta al comma 2 del § 275: il diritto di opporsi all'adempimento a causa di una grave sproporzione tra lo sforzo del debitore e l'interesse del creditore alla prestazione. La disposizione è stata concepita come una continuazione della prassi del vecchio diritto dell'"impossibilità pratica o di fatto", in cui la rimozione dell'ostacolo all'adempimento della prestazione sarebbe teoricamente

¹³ Ampia raccolta di pratiche ad esempio presso B. DAUNER-LIEB, in *NomosKomentar*, cit. *supra* n. 2, § 275 BGB marg. no. 26 ss.

¹⁴ Cf. *ibidem* marg. no. 38-57.

¹⁵ *Ibidem* marg. no. 36 e 48 ss.

possibile, ma non potrebbe essere prospettata da nessun creditore ragionevole (esempio: l'anello nuziale ordinato a Napoli cade in mare durante la traversata verso Capri. Una nuova ricerca è possibile, ma è un'impresa ridicola se si considera lo sforzo e l'interesse del committente). Come nell'esempio, deve esserci un'enorme discrepanza tra lo sforzo del debitore e l'interesse del creditore; un bilanciamento verso l'interesse del creditore violerebbe regolarmente il divieto di abuso di diritto. Pertanto, non è stato concesso un alleggerimento della liberazione del debitore rispetto alla vecchia legge. A questo proposito, tuttavia, permane la difficoltà di differenziazione rispetto alla disposizione sul venir meno del fondamento negoziale (§ 313 BGB); il modo migliore per farlo è esaminare l'interesse del creditore. Se l'interesse del creditore è sproporzionatamente inferiore allo sforzo che il debitore dovrebbe compiere per la prestazione (= sforzo aggiuntivo), si applica il § 275 comma 2; negli altri casi di squilibrio e di rottura dell'equilibrio, si può ricorrere al § 313 BGB¹⁶. Tuttavia, l'accordo concreto delle parti, ossia il "contenuto del rapporto obbligatorio assunto", ha sempre la priorità nel processo di bilanciamento.

Nel contesto della panoramica sull'ambito di applicazione, che può essere fornita solo in questa sede, occorre poi parlare del comma 3 della disposizione, la cosiddetta "impossibilità personale". La disposizione è stata inserita successivamente nel § 275, e concede al debitore il diritto di rifiutare la prestazione, come il comma 2. Tuttavia a differenza del comma 2, nel comma 3 la prospettiva del debitore è il punto di vista decisivo. Il comma 3 è una disposizione sistematicamente problematica; la prassi finora seguita al riguardo non è molto estesa, anche perché l'applicazione della disposizione richiede standard altrettanto rigorosi come quelli del comma 2. Solo in casi estremamente eccezionali ciò può comportare l'esonero dalla prestazione per motivi personali. Ciò non vale nemmeno per il diritto delle obbligazioni e, in particolare, per il diritto delle obbligazioni contrattuali, in cui l'obbligo contrattuale deve riguardare, in linea di principio, ogni partecipante al negozio giuridico privato, senza che una situazione personale che non era percepibile o non poteva essere riconosciuto al momento della conclusione del negozio giuridico possa successivamente portare all'esenzione dalla prestazione.

¹⁶ Presentazione dettagliata di gruppi di casi e delle distinzioni per i singoli tipi di contratto in G. HOHLOCH, *op. cit. supra* n. 10, § 313 marg. no. 35-38 e marg. no. 47-59a.

4. *Sintesi e prospettive*

Mi avvio così verso la conclusione delle mie osservazioni. Innanzitutto, mi chiedo come debba essere valutata la riforma della sottocategoria “impossibilità” all’adempimento nel BGB. Bisogna valutarlo con cautela. Ciò che si dice oggi, a distanza di oltre 40 anni, sull’iniziativa del governo federale di allora deve innanzitutto tenere conto del fatto che nel 1979 non era prevista alcuna riforma sostanziale del diritto delle obbligazioni del BGB. Il titolo del programma era più modesto e recitava “Revisione del Diritto delle Obbligazioni”; la commissione di esperti di allora doveva esaminare varie sezioni della parte generale del BGB (Libro 1) e del Diritto delle Obbligazioni (Libro 2) della Legge Generale delle Obbligazioni, nonché le sezioni dei tipi di contratto regolati nella “Legge Speciale delle Obbligazioni” e nella Legge degli Illeciti e presentare proposte di riforma. L’intero programma dei 4 volumi di pareri e proposte di esperti non è stato in alcun modo ulteriormente elaborato e sottoposto ad una riforma statutaria. Altre parti sono servite come incentivo e aiuto per i tribunali nel loro “sviluppo giudiziario della legge”, altre ancora sono state implementate nella legge come singole norme nel corso del tempo, come ad esempio la separazione delle richieste di risarcimento per dolore e sofferenza dalla legge sulla responsabilità civile. Il termine “riforma”, invece, è stato dato alla revisione della parte sull’“impossibilità della prestazione”, disciplinata sin dall’entrata in vigore del BGB (1.1.1900) nei §§ 275 e 306, 307 BGB qui riportati. Oltre al “diritto della prescrizione” (§§ 194 e seguenti BGB), che si intendeva modernizzare in modo significativo, questo settore del diritto sulla inesattezza della prestazione costituiva il secondo nucleo della riforma. Il lavoro è stato portato avanti con cura e concentrazione, sempre in discussione con professionisti e accademici; la discussione è stata a volte tempestosa e non priva di attacchi ai riformatori che, secondo gli oppositori, potevano peccare contro la legge più importante del diritto tedesco. Me lo ricordo molto bene.

Il risultato, per quanto riguarda l’“impossibilità”, è un cauto rinnovamento e ammodernamento del diritto degli impedimenti alla prestazione. La collocazione è rimasta sostanzialmente la stessa (§ 275 BGB), l’omissione dei §§ 306 e 307 BGB vecchia versione ha comportato che l’attuale disciplina dell’“impossibilità” può essere intesa, in armonia con le idee dei riformatori, come parte della

sovraordinata “violazione del dovere contrattuale”. Ciò vale per l’attuale sistema degli impedimenti alla prestazione, vale anche per le conseguenze giuridiche che ne derivano in termini di esenzione del debitore dalla prestazione e/o di prosecuzione della responsabilità contrattuale e, in terzo luogo, vale anche per i diritti e le possibilità che ne derivano per il creditore. Mi sembra significativo, nell’odierno bilancio dell’“impresa della riforma”, a 20 anni dall’entrata in vigore della “Legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del BGB”, che la prassi giuridica si adegui sostanzialmente alla legge rinnovata. Ciò vale in particolare per l’idea di base di inserirlo nel “diritto delle violazioni dei doveri contrattuali”, che comprende l’intera area dei §§ 274-288 BGB; infine, ciò vale anche per il rapporto, ancora non semplice, dei §§ 275 e seguenti BGB con i “sistemi di responsabilità” dei tipi di contratto più significativi per la pratica legale. Con ciò intendo innanzitutto il rapporto con il diritto della vendita (obblighi di consegna nel caso di acquisto di pezzi e acquisto generico, responsabilità per vizi e responsabilità per l’esecuzione); in secondo luogo, il rapporto con il diritto dei contratti di lavoro e di servizi, dai quali vorrei escludere il “contratto di costruzione”. Nella prassi tedesca, quest’ultimo è maggiormente influenzato dalla legge speciale del “VOB” (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*)¹⁷ che dal BGB. Come in precedenza, poi, il rapporto con il “contratto di lavoro” è speciale, ed ha una propria regolamentazione nei casi di impossibilità di svolgere il lavoro in caso “di malattia” di cui al § 616 BGB, che di solito rende superfluo il ricorso al § 275 BGB¹⁸.

L’ultimo punto delle mie osservazioni sull’argomento in questa sede, in cui mi riferisco al diritto tedesco al di fuori della Germania, riguarda la possibilità per la parte della riforma di cui ho avuto il privilegio di parlare qui, di trovare applicazione anche a lavori di riforma al di fuori del diritto tedesco. Sono sempre cauto su questo argomento; non si tratta di “ricezione” e nemmeno di “ricezione

¹⁷ Le “Procedure tedesche per i contratti di costruzione (VOB)” sono l’opera di base e di riferimento per l’aggiudicazione dei contratti di costruzione in Germania, v. “Gesamtausgabe VOB 2019”; per informazioni di base su questa serie di regolamenti al di fuori del codice civile (BGB) vedere e.g. de.wikipedia.org. “Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)” (tedesco o inglese).

¹⁸ Cf. B. DAUNER-LIEB, in *NomosKommentar*, cit. *supra* n. 2, § 275 BGB marg. no. 61, 62.

parziale”, ma al massimo di una cauta modernizzazione. Gli altri due Paesi di lingua e terminologia giuridica tedesca hanno permesso l'entrata in vigore della riforma del diritto delle obbligazioni, ma non hanno ancora completato il proprio lavoro. Lo stesso si può dire per altre leggi extraeuropee che hanno un legame particolare con il BGB. L'opera di riforma tedesca ha trovato un terreno parzialmente fertile nell'Europa dell'Est, dove il diritto delle obbligazioni doveva essere modernizzato dopo la “*Wendezeit*” del 1988 e degli anni successivi e l'esempio tedesco poteva essere presentato ed esaminato. Naturalmente, sono molto cauto nel guardare all'Italia qui a Pavia. La giurisprudenza italiana è sempre stata aperta alla discussione sulla riforma del diritto delle obbligazioni fin da quando ero giovane. A questo proposito, un'esperienza è ancora oggi nella mia memoria: a Roma ne abbiamo discusso nel centro scientifico finché non si sono spente le luci. *Salvatore Patti* probabilmente avrà ancora questo ricordo! Concludo oggi con uno sguardo al codice civile italiano e dico: a seguito del lavoro sui §§ 275 e seguenti del BGB e del suo risultato di riforma, la vicinanza con l'art. 1218 e seguenti del codice civile italiano è diventata maggiore di prima. Certo, gli artt. 1218 e seguenti sono più giovani di circa 40 anni rispetto ai §§ 275 e seguenti del BGB dell'epoca precedente alla “riforma del diritto delle obbligazioni”.

5. Osservazione conclusiva

Queste frasi portano alla conclusione del mio contributo e ad un riferimento al sottotitolo del simposio – “*un modello per i legislatori europei*”? Sappiamo che l'Unione Europea non ha competenza legislativa per un “codice civile europeo”. Esistono però i “*Principi di diritto contrattuale europeo*” e il “*Progetto di quadro comune*” con i suoi principi, concetti e modelli di norme di diritto privato europeo. La vicinanza del BGB con le idee che vi si trovano (Capitolo 7: 102 DCF; Art. 4:102 PECL) è diventata maggiore con la modifica del § 275 e l'abolizione del § 306 BGB aF. Questo può dare speranza.

