

Giovanni D'Amico
Tiziana Rumi
Gianfranco Orlando

Inadempimento
Responsabilità contrattuale
Mora debendi



Giappichelli



PARTE IV
INADEMPIMENTO
RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE
MORA DEBENDI

SEZIONE I
L'INADEMPIMENTO IN GENERALE

Giovanni D'Amico

CAPITOLO I

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Premessa. La nozione di inadempimento. Inattuazione del rapporto obbligatorio e inadempimento. – 2. La tutela del credito in forma specifica (adempimento in natura): a) l'azione di adempimento nei confronti del debitore e i mezzi di c.d. “coazione indiretta”; b) le ipotesi di esecuzione forzata in forma specifica. Rilievi sulla teoria del c.d. *efficient breach*. – 3. Inadempimento e responsabilità patrimoniale.

1. *Premessa. La nozione di inadempimento. Inattuazione del rapporto obbligatorio e inadempimento*

La nozione di “inadempimento” che sarà presupposta nelle pagine che seguono è una nozione ampia, e può essere identificata con qualsiasi “difformità” che lo svolgimento del rapporto obbligatorio prospetti nella fase della sua realizzazione (comprensiva anche – come vedremo – delle attività “preparatorie” della prestazione), rispetto a quello che potrebbe definirsi un “adempimento esatto” della prestazione. Pur assunta in tale ampiezza, essa non si identifica con l'*inattuazione del rapporto obbligatorio* (che è concetto ancora più ampio): come l'attuazione di tale rapporto – intesa come realizzazione dell'interesse creditorio – può discendere da cause diverse dall'adempimento (es.: prestazione effettuata da un terzo), così a propria volta l'inattuazione può verificarsi non solo in conseguenza di un comportamento del debitore che concreti un “inadempimento”, ma anche per altre ragioni che determinino l'estinzione dell'obbligazione (prima, fra queste ragioni, la sopravvenuta impossibilità non imputabile della prestazione).

La “difformità”, in cui consiste l’inadempimento, può sostanziarsi – ed è l’ipotesi più radicale – nel totale e definitivo mancato adempimento della prestazione obbligatoria (ipotesi alla quale si riserva spesso la denominazione di inadempimento “assoluto”, o inadempimento in senso stretto), ma può anche presentarsi allorché – pur essendo stata effettuata la prestazione dovuta in obbligazione (ovvero, nel difetto di essa, ne permanga comunque la possibilità, in tutto o almeno in parte) – sia dato registrare uno *scostamento* rispetto a uno o più dei parametri che definiscono l’“esattezza” dell’adempimento: sotto il profilo dei soggetti (v. artt. 1188, 1189, 1190, 1191 c.c.), oppure dell’oggetto della prestazione (v., ad es., art. 1181 c.c., a proposito dell’adempimento “parziale”, e, dunque, *quantitativamente* difforme dal dovuto), o, ancora, del luogo dell’adempimento (sia esso determinato nel titolo dell’obbligazione, oppure risulti dall’applicazione delle regole di cui all’art. 1182 c.c.) o, infine, del tempo in cui l’obbligazione deve essere eseguita (la violazione delle regole relative al quale apre le porte alla possibilità di configurare quella particolare e rilevante ipotesi di “inadempimento” che consiste nella c.d. “mora del debitore”).

Nei confronti di queste varie (ipotesi di) “difformità” che possono riguardare lo svolgimento del rapporto obbligatorio *a parte debitoris* la disciplina positiva contempla diversi rimedi, volti a tutelare la posizione del creditore (sul punto si rinvia al contributo della RUMI, *infra*, in questo volume). E così – per fare soltanto qualche esempio – dall’art. 1188 c.c. si ricava che il pagamento fatto a chi non era legittimato a riceverlo (ossia, a persona diversa dal creditore o da un suo rappresentante, o da persona comunque da lui indicata o autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo) *non libera* il debitore, al quale pertanto continuerà a poter essere richiesta dal creditore la prestazione dovuta¹; dall’art. 1181 c.c. risulta che il debitore non ha un diritto ad ottenere una liberazione “parziale”, atteso che il creditore *può rifiutare* una prestazione siffatta che gli venga offerta dall’altra parte; ancora: se l’obbligazione si inserisce nell’ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, il creditore di essa può rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione se l’altra parte non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria (c.d. “eccezione di inadempimento”: v. art. 1460 c.c.); e così via.

Il rimedio certamente più importante è, comunque, il risarcimento del danno, che il creditore può pretendere dal debitore inadempiente, e nel quale si sostanzia la c.d. responsabilità contrattuale, alla cui natura sarà dedicata essenzialmente la presente trattazione (mentre per la *disciplina* del danno contrattuale si fa rinvio al già citato contributo della RUMI, *infra* in questo volume).

¹ Lo stesso si dica se il pagamento venga fatto al creditore “incapace” di riceverlo (v. art. 1190 c.c.).

Prima di passare ad occuparci del tema della responsabilità per inadempimento, è opportuno, tuttavia, fare un cenno al più importante tra gli altri rimedi² che l'ordinamento prevede in caso di inadempimento, ossia l'azione spettante al creditore per ottenere l'adempimento (da parte del debitore ovvero, a certe condizioni, da parte di un terzo).

2. *La tutela del credito in forma specifica (adempimento in natura): a) l'azione di adempimento nei confronti del debitore e i mezzi di c.d. "coazione indiretta"; b) le ipotesi di esecuzione forzata in forma specifica. Rilievi sulla teoria del c.d. efficient breach*

L'art. 1142 del *code civil* francese disponeva – com'è noto – che «tutte le obbligazioni di fare o di non fare *si risolvono in risarcimento del danno in caso di inadempimento del debitore*»³. La formula normativa si prestava ad essere equivocata, in particolare ove intesa nel senso di stabilire una sorta di alternatività tra (obbligo di) adempimento e (obbligo di) risarcimento del danno.

²Intendiamo qui il termine "rimedio" nell'accezione (generica) di una "forma di tutela" concessa al titolare di una situazione giuridica.

Sul tema generale dei "rimedi" (e sulla c.d. "prospettiva rimediabile") esiste ormai una letteratura vastissima. Tra i moltissimi scritti (saggi, monografie, atti di convegno, ecc.) che hanno affrontato (con varietà di accenti) il tema, e che potrebbero citarsi, ci limitiamo qui a segnalare: AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (Atti del Convegno di Palermo del 22-24 ottobre 1987), a cura di S. MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, ed *ivi* (tra gli altri) il saggio di A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, 11 ss. (sempre di DI MAJO v. anche i numerosi interventi successivi sul tema, tra cui: ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 341 ss., ID., *I rimedi giuridici tra ideologia e tecnica*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 3, 825 ss. e, da ultimo, ID., voce *Rimedi contrattuali*, in *Enc. dir.*, I tematici, 1, *Contratto*, diretto da G. D'AMICO, Milano, 2021, 1034-1035); S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 585 ss.; G. SMORTO, *Sul significato di rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1, 161; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1214; L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 3, 583 ss.; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 4; G. VERDE, *L'effettività della tutela giudiziaria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti – Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. GRISI, Napoli, 2019, 673; M. BARCELLONA, *L'ottica rimediabile e la morte della legge*, *ivi*, 682.

³La disposizione è stata abrogata dall'*Ordonnance* n. 2016-131 du 10 février 2016 (sulla riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti) che detta ora una disciplina organica della responsabilità per inadempimento in sede di regolamentazione della *inexécution du contrat* (v. i nuovi artt. 1217-1231-7).

In realtà, la “conversione” (se è lecito usare questo termine approssimativo) dell’obbligo di prestazione inadempito in obbligo di risarcire il danno al creditore potrebbe essere vera (sia pure solo descrittivamente) a condizione di trovarsi di fronte ad un inadempimento (oltre che “imputabile”) *definitivo*, il che presuppone che la prestazione dovuta sia diventata impossibile – naturalisticamente ovvero giuridicamente (si pensi, a quest’ultimo riguardo, alla regola di cui all’ult. co. del nostro art. 1453 c.c., secondo la quale dalla data della domanda di risoluzione l’inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione).

Fino a quando, invece, la prestazione (*recte*: il suo adempimento) continua ad essere “possibile”, l’obbligazione rimane in vita (salvo – beninteso – che non si sia verificata una diversa causa di estinzione, ad es. la prescrizione del diritto di credito), e il creditore ne può pretendere l’adempimento, sia in via stragiudiziale sia in via giudiziale.

In tal senso la domanda di adempimento non è altro che esercizio della “pretesa” che costituisce il contenuto (originario) del diritto di credito⁴, sicché è corretto evidenziare⁵ l’erroneità (o, meglio, l’ambiguità) dell’affermazione che postula l’esistenza di un principio del “primato dell’adempimento in natura” (rispetto al rimedio del risarcimento del danno), principio la cui declamazione serve al più – ammesso che ce ne sia bisogno (e che non si tratti, invece, di una cosa ovvia) – a sottolineare che *il debitore* non può sottrarsi al proprio obbligo e *preferire* risarcire il danno al creditore piuttosto che eseguire la prestazione⁶. Ove infatti si ammettesse una simile *scelta* qualsiasi

⁴ Ma sulla domanda di c.d. “adempimento in natura” come *rimedio all’inadempimento* di una prestazione (ancora possibile), v. per tutti F. PIRAINO, *L’adempimento in natura alla luce della riforma del code civil*, in *Giur. it.*, 2018, 1273 ss.

⁵ Come fa, ad es., A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Padova, 2021, 172 ss. (il quale evidenzia anche l’imprecisione – a suo dire – della formula del c.d. “adempimento in natura”: «... l’adempimento è uno e quindi non si può parlare di un adempimento in natura come se ve ne fosse un altro diverso, ad esempio per equivalente»).

⁶ Altro è che il c.d. “primato dell’adempimento in natura” sia inteso come (e tradotto in) un *onere del creditore* – sino a quando la prestazione (del debitore) è possibile – di non attivare altri rimedi, se non dopo aver chiesto la condanna del debitore ad adempiere (v. MENGONI, cit. *infra*, nt. 16).

Orbene, un simile onere – ammesso che esso sia configurabile – presuppone, comunque, che l’inadempimento non sia “grave”, perché in quest’ultimo caso il creditore potrebbe senz’altro agire per la risoluzione del contratto, la cui domanda si pone come *ostativa* per il debitore della possibilità di adempiere (tardivamente). Sicché il principio del “primato dell’adempimento in natura” (rispetto agli altri rimedi, e in particolare al rimedio risarcitorio, *il quale ultimo comunque potrà sempre essere esercitato per il ritardo*) potrà sostenersi soltanto se non sussistono i presupposti per la risoluzione del contratto (presupposti il cui accertamento dovrà avvenire nel corso del giudizio instaurato, il che *di fatto* “sospenderà” la

obbligazione diventerebbe virtualmente un'obbligazione *alternativa*, potendo il debitore o eseguire la prestazione promessa ovvero risarcire il danno procurato con l'inadempimento.

Che non sia, invece, così lo si desume sia dalla disposizione dell'art. 1197 c.c., secondo la quale *il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta* (e, dunque, neanche offrendo al creditore il risarcimento del danno)⁷, sia dalla norma (art. 1453 c.c.) che faculta *il creditore* (e non già il debitore inadempiente) a chiedere la risoluzione del contratto, facendo venir meno (retroattivamente) le obbligazioni che dallo stesso erano discese, e aprendo *così (id est: a quel punto)* la strada alla possibilità di chiedere il risarcimento del danno.

Ed è bensì vero che la prestazione del debitore è incoercibile in senso proprio (*nemo ad factum cogi potest*), ma non bisogna sottovalutare né la disposizione (di recente introduzione) che ha previsto anche nel nostro ordinamento uno strumento (alquanto incisivo) di coazione indiretta all'adempimento (il riferimento è alla norma dell'art. 614-*bis* c.p.c.⁸, inserito dalla l.

eventualità di un adempimento da parte del debitore, ammesso pure che quest'ultimo si dichiari disponibile ad effettuarlo).

Si può ammettere, comunque, che – nei limiti or ora precisati – anche la scelta dei rimedi da parte del creditore *non è completamente libera*. In altre parole, deve dirsi tutelato anche l'interesse del debitore ad adempiere (sia pur tardivamente) o a “correggere” un precedente adempimento “inesatto” (che non rivesta i caratteri di “gravità” che giustificerebbero una domanda di risoluzione), *mantenendo in vita il contratto*. Il che – oltre che nel codice civile – viene ribadito anche in altre normative, come ad es. nell'art. 135-*bis* cod. cons. (a proposito della vendita di beni di consumo). *In questo senso* il c.d. “primato dell'adempimento in natura” traduce (sia pure attraverso una formula imprecisa, e – come già detto – ambigua) una scelta che privilegia la conservazione del rapporto obbligatorio (*rectius*: del contratto da cui tale rapporto scaturisce), a vantaggio soprattutto dei debitori *professionali* (più che dei debitori *occasionalmente*). Peraltro, detta “conservazione” – a parte il limite (già indicato) della “gravità” dell'inadempimento (o dell'inesatto adempimento) – viene “controbilanciata” da altri strumenti che tutelano il creditore nell'ipotesi di prestazione “inadempita” (o inesattamente adempita): dalle varie forme di “autotutela” (ad es. sospensione dell'adempimento della propria prestazione) ai meccanismi che (nel caso di inadempimento di prestazioni pecuniarie) prevedono l'aggravamento del risarcimento del danno (da ritardo) dovuto dal debitore (si pensi alla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali), per citare soltanto alcuni di tali strumenti, v., anche *infra*, nel testo (e, soprattutto, nel contributo della RUMI, in questo stesso volume).

⁷ Richiama l'art. 1197 c.c. anche NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 175.

⁸ Su tale disposizione cfr., nell'ambito di una letteratura vastissima: A. CHIZZINI, *sub art. 614-bis c.p.c.*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile: commento alla legge n. 69 del 2009*, Torino, 2009, 155 ss.; B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, 6; F. TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 267 ss.). S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 947 s.; ID., *La coercizione indiretta*, *ivi*,

n. 69/2009, il quale dispone che «Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento ...», né le ben più risalenti previsioni codicistiche che prevedono la c.d. *esecuzione forzata in forma specifica* (artt. da 2930 a 2933 c.c.) e che consentono in particolare al creditore: *a*) di ottenere in via coattiva la consegna o il rilascio di una cosa determinata, mobile o immobile (art. 2930); *b*) di far eseguire da un terzo, a spese del debitore originario, una prestazione di fare (fungibile) (art. 2931 c.c.); *c*) di ottenere – attraverso una sentenza costitutiva (purché sia possibile, e non sia escluso dal titolo) – la produzione degli effetti che sarebbero scaturiti da un contratto che il debitore si è rifiutato di concludere, pur avendone l'obbligo (art. 2932 c.c.); *d*) di ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione di un obbligo di non fare (escluso solo il caso che la distruzione sia di pregiudizio all'economia nazionale) (art. 2933 c.c.)⁹.

A queste disposizioni generali si aggiungono quelle che, in relazione a specifici rapporti obbligatori inerenti a particolari contratti, prevedono ulteriori forme di *tutela specifica* dell'interesse del creditore ad ottenere l'(esatta) prestazione dedotta in obbligazione (o, quanto meno, a conseguirla il "risultato"). E, così, mentre in via generale è prevista – come or ora accennato – l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di consegnare una *cosa determinata*, in materia di contratto di vendita di *cose generiche* (la disposizione parla, precisamente, di "cose fungibili", che abbiano un prezzo corrente di mercato) l'art. 1516 c.c. stabilisce una speciale forma di esecuzione coattiva (c.d. "compera in danno" del venditore inadempiente), consistente nella facoltà del creditore di far acquistare le cose a spese del venditore (il quale sarà tenuto a corrispondere la differenza tra il prezzo convenuto in contratto e

2021, 465 ss.; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 783 ss.; C. MANDRIOLI-A. CARRATA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 91 ss.; G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, 737 ss.; M. TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, 2017, 744 ss.; A. MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, 53 ss.

Secondo CHIZZINI, *sub art. 614-bis c.p.c.*, cit., 136, la disposizione in esame si inserisce in un processo storico, sviluppatosi nella seconda metà del Novecento, che avrebbe spostato il baricentro della teoria dell'obbligazione in direzione di una tutela in forma specifica (in luogo della tradizionale tutela per equivalente) dell'interesse creditorio.

⁹Sulle disposizioni degli artt. 2930-2933 c.c. v., ora, anche per tutti i riferimenti bibliografici: S. MAZZAMUTO, *Dell'esecuzione forzata (art. 2910-2933)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2020, 538 ss.

quello, ipoteticamente più elevato, che l'acquirente ha dovuto sostenere per procurarsi *aliunde* il bene oggetto del contratto di vendita)¹⁰.

Sempre con riferimento al contratto di compravendita, e in particolare alla vendita di beni di consumo (disciplinata negli artt. 128 ss. del cod. cons.), nell'ambito della "garanzia" per difetto di conformità del bene consegnato al consumatore, quest'ultimo si vede riconosciuto il "*diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene*, mediante riparazione o sostituzione" (art. 135-*bis*, cod. cons.). E già il codice civile – con riferimento questa volta al contratto di appalto – attribuisce al committente, in caso di difformità o difettosità dell'opera, il diritto a chiedere l'eliminazione (a spese dell'appaltatore) delle difformità e dei vizi (art. 1668 c.c.).

Anche queste disposizioni confermano che il risarcimento del danno non si sostituisce all'obbligo di adempimento del debitore, ma costituisce semmai una forma di tutela, che *integra* eventualmente (ove ne sussistano i presupposti e sia azionata dal creditore) quella costituita dalla richiesta di ottenere (se del caso in via "coattiva", secondo le diverse modalità – dirette o indirette – previste dalle disposizioni or ora richiamate, e attraverso cui si realizza la c.d. tutela specifica del credito) la prestazione dovuta (*recte*: l'utilità – o "risultato", che dir si voglia – che il creditore aveva diritto di conseguire attraverso l'attuazione del rapporto obbligatorio) o il completamento/rettifica della stessa (ove vi sia stato un adempimento parziale o qualitativamente inesatto)¹¹.

¹⁰ Discusso è il meccanismo giuridico che può consentire il prodursi degli effetti di cui alla norma in esame. Secondo una tesi autorevole l'art. 1516 c.c. implica una risoluzione (evidentemente stragiudiziale) dell'originario contratto di compravendita, che determini l'impossibilità del venditore di effettuare (tardivamente) la consegna delle merci dovute, e la correlativa liberazione dell'acquirente dalla propria obbligazione di pagamento del prezzo (per la tesi della risoluzione v. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1995, 164 ss.; di una peculiare forma di risoluzione parla anche A. BELFIORE, *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore*, 256 nt. 4; per alcune osservazioni critiche v. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 179, nt. 116).

Come che sia, è evidente che l'ipotizzata risoluzione del contratto di vendita spiega soltanto in parte la previsione dell'art. 1516 c.c., la quale contempla altresì un meccanismo alternativo di acquisizione del bene sul mercato, con una liquidazione del danno corrispondente al maggior esborso che l'acquirente ha dovuto sopportare.

¹¹ Nell'ordinamento francese – dopo la riforma del diritto dei contratti realizzata con l'*Ordonnance* n. 2016-131 du 10 février 2016 – si veda l'art. 1231 *code civil* (inserito nella disciplina del risarcimento del danno), che stabilisce espressamente la priorità dell'adempimento in natura rispetto al rimedio risarcitorio (non diversamente da quanto, nel BGB, stabilisce il § 281).

V. anche l'art. III-3:203 del DCFR (il senso della norma sembra essere quello di ribadire che il debitore *non ha* la scelta di adempiere o di risarcire il danno, ma deve senz'altro effettuare la prestazione promessa, e per questa ragione – di fronte all'inadempimento del debito-

Va da sé, naturalmente, che laddove invece l'inadempimento permanga (nonostante la eventuale richiesta di adempimento del creditore), ed esso – in difetto dei presupposti per ottenere l'esecuzione in forma specifica, o comunque in assenza di una domanda in tal senso – sia da considerare “definitivo” (ad es. per la “conversione” della domanda di adempimento in domanda di risoluzione), l'unica forma di tutela residua per il creditore insoddisfatto non può che essere quella di far valere la responsabilità del debitore e il connesso obbligo risarcitorio, che nella specie potrà pure dirsi *sostitutivo* della prestazione inadempita, ma nel senso – beninteso – che esso va visto come un “surrogato” (*e non come un'alternativa, “disponibile” da parte del debitore*) della prestazione dovuta, destinato a riparare, attraverso un “equivalente pecuniario”, la mancata soddisfazione dell'interesse creditorio¹².

Alla luce di quanto sin qui evidenziato risulta chiaro altresì che non può assegnarsi se non un valore “suggestivo” (o – se si vuole – il valore di una considerazione *di mero fatto*) alla teoria – germogliata sul terreno della c.d. analisi economica del diritto – del c.d. “inadempimento efficiente” (*efficient breach*), secondo la quale il debitore dovrebbe essere considerato libero di

re – si concede al creditore il “rimedio”/pretesa di insistere per l'adempimento “in natura”. Da notare è che la disposizione in questione esclude che il creditore possa pretendere l'adempimento in natura quando “*la prestazione comporti uno sforzo o un costo irragionevoli*”: l'esempio che viene fatto nel *Commento* che accompagna la disposizione, sembrerebbe accostare questo “limite/eccezione” all'ipotesi di *Unvermögen* del § 275, Abs. 2, BGB, sebbene quest'ultima norma esclude in radice che si possa pretendere – nelle situazioni che essa ricomprende – l'adempimento, e quindi impedisce che il debitore che non esegua la prestazione possa considerarsi *inadempiente*, mentre la norma dell'art. III – 3:302 DCFR sembra presupporre una irragionevolezza dell'adempimento “in natura” *sopravvenuta*, ossia intervenuta nel periodo in cui il debitore è in mora, e quindi è già inadempiente, tant'è che l'art. III-3: 303 dichiara esplicitamente che il creditore che non può pretendere l'adempimento in natura non perde il diritto al risarcimento del danno).

Un'opinione dottrinale autorevole, perviene allo stesso risultato anche nel nostro ordinamento, ricavando dall'art. 1218 c.c. una regola secondo la quale «se e fino a quando la prestazione sia possibile, la pretesa di adempimento in natura non può essere sostituita con la pretesa di risarcimento dei danni, salvo, per le obbligazioni derivanti da contratto con prestazioni corrispettive, l'art. 1453, il quale consente alla parte non-inadempiente di domandare, anziché l'adempimento, la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni quando l'inadempimento dell'altra parte sia di notevole importanza» (L. MENGONI, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, cit., 151-152; adesivamente PIRAINO, *L'adempimento in natura*, cit., 1273 ss., 1283, e, per un quadro della discussione dottrinale sul punto, 1289 ss.).

¹² Su un piano diverso – che dà vita ad una sorta di *datio in solutum* legale – si pone la disposizione dell'art. 1818 c.c., che, in ipotesi di contratto di mutuo di cose diverse dal danaro, la cui restituzione sia divenuta impossibile o notevolmente difficile per causa non imputabile al mutuatario, consente a quest'ultimo di pagare il *valore* delle cose, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui la restituzione doveva avvenire.

non adempiere l'obbligazione, se questo gli consente di realizzare un guadagno superiore alla perdita procurata al creditore, perdita che deve essere ovviamente risarcita.

Non c'è dubbio che una prospettiva siffatta – per quanto possa ascrivere a proprio sostegno un discreto grado di realismo (*il debitore, verisimilmente, conformerà assai spesso il proprio comportamento al suddetto criterio opportunistico*), non merita di essere considerata come un modello prescrittivo da condividere e da favorire. La dottrina dell'*efficient breach* – infatti –, se pure possa realizzare, nei singoli casi (isolatamente considerati), il risultato di un aumento della ricchezza sociale complessiva (in quanto orienta l'allocazione delle risorse verso chi è disposto ad attribuire alle stesse il maggior valore), *nel medio-lungo periodo* (e in prospettiva macro-economica) finisce per avere un esito esattamente opposto, perché – minando la fiducia che ciascun contraente può ragionevolmente riporre sul comportamento di attuazione degli impegni assunti da controparte – contribuisce a determinare un aumento dei costi transattivi (ad es.: per la necessità di introdurre nel contratto clausole che dissuadano il debitore dall'inadempimento, ovvero per la necessità di munirsi di adeguate “garanzie”, magari da ottenere da parte di terzi), e, già solo per effetto di ciò, con il produrre una rarefazione degli scambi. Detto altrimenti, nella valutazione della dottrina dell'*efficient breach* occorre considerare adeguatamente il valore della “fiducia” (o – se si preferisce – dell'affidamento) come componente fondamentale dello sviluppo degli scambi e dei mercati¹³. Conseguentemente, sussistono ragioni “economiche” (prima ancora e accanto a ragioni di natura etica) che suggeriscono di conformare la disciplina dei rapporti obbligatori in maniera che risultino rafforzati, piuttosto che indeboliti, i meccanismi che scoraggiano l'inadempimento.

Ciò detto, bisogna anche aggiungere che l'inadempimento (o l'inesatto adempimento), *il più delle volte*, non costituisce un comportamento *intenzionale* del debitore (dovuto ad una scelta magari opportunistica). *Nella maggior parte dei casi* si tratta invece della conseguenza di negligenze, imprudenze, imperizie, o anche del sopravvenire di difficoltà di varia natura che possono ostacolare la corretta attuazione del rapporto obbligatorio. In casi di questo genere è possibile, anche, che lo stesso interesse del creditore ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione venga meno (magari in conseguenza della perdita della fiducia circa la capacità/possibilità di quel debito-

¹³ Così, condivisibilmente, NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 191-192, ove si osserva altresì che “se ogni creditore dovesse ritenere che il suo debitore assuma il debito riservandosi la scelta tra adempiere e pagare il danno sarà indotto a pagare magari il costo di un'assicurazione oppure a trattare al ribasso il corrispettivo dovuto dal debitore, scaricando in proporzione sul prezzo la minore sicurezza del buon esito dell'affare, cioè in definitiva il minor valore del credito acquistato».

re di dare attuazione corretta al rapporto obbligatorio), onde entra in gioco – e diventa la forma di tutela, se non obbligata, quanto meno preferibile (in particolare in abbinamento con la tutela risolutoria, che consente al creditore di un rapporto a prestazioni corrispettive di sciogliersi a propria volta dal vincolo obbligatorio) – la tutela *per equivalente*, ossia il risarcimento del danno conseguibile attraverso il giudizio di *responsabilità per inadempimento*.

Ai *presupposti* che devono ricorrere affinché il debitore possa essere ritenuto responsabile dell'inadempimento sarà dedicata la restante della presente trattazione¹⁴, non senza aver prima fatto un cenno ai rapporti tra l'(inadempimento dell') obbligazione e la responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.

3. Inadempimento e responsabilità patrimoniale

La nozione moderna di “obbligazione” segna – com'è noto – il superamento (e l'abbandono) delle concezioni più antiche, che configuravano il debito come un vincolo afferente alla “persona” stessa del debitore inadempiente, per fare esclusivamente del (suo) “patrimonio” l'oggetto di (eventuale) aggressione da parte del creditore.

Secondo alcune concezioni la responsabilità “patrimoniale” rappresenterebbe – anzi – un elemento addirittura costitutivo dello stesso concetto di obbligazione (figura, quindi, che si presenterebbe – almeno normalmente¹⁵ – come sintesi dei due distinti elementi, del *debito* e, appunto, della *responsabilità patrimoniale*); idea alla quale sembrava dare un qualche fondamento (anche di diritto positivo) l'art. 1948 del c.c. del 1865 («Chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri»), la cui formulazione poteva appunto sembrare configurare la «responsabilità patrimoniale» gravante sul debitore come una forma di *solutio* (adempimento) dell'obbligazione¹⁶.

¹⁴ Come già evidenziato, l'esame delle regole che servono a determinare l'*an* e il *quantum* dei danni risarcibili è svolto, invece, nel contributo della RUMI, *infra*, in questo volume.

¹⁵ È nota la discussione circa la possibilità che si diano (sia pure eccezionalmente) ipotesi di “debito senza responsabilità” (sarebbe il caso della c.d. “obbligazione naturale”) oppure ipotesi di “responsabilità senza debito” (ad es.: fideiussione, pegno o ipoteca concessi da un terzo, pegno o ipoteca per un debito condizionato o futuro).

¹⁶ Ma v., allora, V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 19, Torino, 1985, 367, il quale osserva che «l'art. 1948 c.c. del 1865 poneva l'accento sulla volontaria esecuzione del debitore, e concepiva il patrimonio di lui come mezzo del suo spontaneo adempimento, come entità strumentale all'osservanza dei suoi obblighi di condotta» (corsivi aggiunti).

Quest'idea – che era sembrata, in un primo momento riuscire a far breccia anche sul codificatore del 1942¹⁷ – è stata tuttavia smentita dalla (definitiva) collocazione della norma sulla responsabilità patrimoniale nel Libro VI del nuovo codice (all'art. 2740 c.c.), collocazione che esprime chiaramente la considerazione della responsabilità patrimoniale (non come elemento “interno” dell'obbligazione, bensì) come strumento di *tutela* offerto al creditore la cui pretesa sia rimasta insoddisfatta.

Né a fare riemergere l'idea di cui sopra può valere un'altra disposizione del codice civile del 1942, ossia quell'art. 2910 c.c., che – sotto la rubrica “Oggetto dell'espropriazione” – dispone che «Il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può far espropriare i beni del debitore ...»¹⁸. E, invero, non bisogna dimenticare che l'art. 2910 c.c. presuppone, insieme con l'art. 2740 c.c. (di cui costituisce, per così dire, l'altra faccia della medaglia)¹⁹, una

Talora si legge, tuttavia – e ciò parrebbe attribuire un maggior fondamento all'affermazione qui criticata – che *il vero “potere”* di cui dispone il creditore non è quello di ottenere la “prestazione” dovuta dal debitore (rispetto alla quale il creditore ha una mera “aspettativa”, legata allo spontaneo adempimento da parte del debitore medesimo, posto che *nemo ad factum cogi potest*), ma proprio – e solo – quello di aggredire *il patrimonio* del debitore inadempiente (previo accertamento della sua responsabilità personale per l'inadempimento, e conversione della “prestazione” dovuta nell'equivalente monetario che ne esprime il valore, con correlativa condanna del debitore alla corresponsione di questo “equivalente monetario”, oltre che al risarcimento dei danni ulteriori collegati all'inadempimento). In questa prospettiva – effettivamente – la responsabilità patrimoniale del debitore (e – *a latere creditoris* – il “potere” di farla valere) sembrerebbe addirittura prospettarsi come *l'essenza dell'obbligazione* (e del correlativo diritto di credito). Ciò che, tuttavia, lascia assolutamente insoddisfatti, in questa visione, è che – alla sua stregua – si smarrisce del tutto (si direbbe) il significato e la ricchezza delle *forme di cooperazione* cui danno vita i diversi tipi di rapporti obbligatori (e gli interessi sottostanti), e tutto finisce per essere ridotto ad una indifferenziata (possibilità di) *soddisfazione per equivalente* (ove il rapporto non abbia ricevuto fisiologica attuazione), rispetto alla quale la prestazione effettivamente dedotta nel rapporto obbligatorio (e l'interesse creditorio sottostante) costituiscono soltanto il parametro di misura monetaria.

¹⁷Nella sua prima stesura, il Progetto preliminare del Codice civile conteneva – subito dopo l'art. 1 (definizione dell'obbligazione) – un art. 2, recante una disposizione analoga a quello che diventerà poi l'art. 2740 c.c., e che finiva per attribuire alla “responsabilità patrimoniale” una posizione certamente *centrale* nella disciplina dell'obbligazione (coonestando, almeno apparentemente, l'idea di cui stiamo discutendo).

¹⁸La tesi secondo la quale la “tutela esecutiva” costituirebbe una forma di realizzazione del credito funzionalmente equivalente alla *solutio* è stata riproposta in un recente contributo dottrinale (L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione (Parte I)*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019, *passim*), per l'esame del quale ci permettiamo di rinviare a G. D'AMICO, *La responsabilità patrimoniale tra tutela e solutio*, Relazione svolta al Convegno su *La responsabilità patrimoniale “sostenibile”* (Roma 5-6 novembre 2021), i cui *Atti* sono in corso di pubblicazione.

¹⁹Potendosi dire che l'art. 2740 c.c. guarda al rapporto di responsabilità patrimoniale *dal lato passivo* (ossia, sotto il profilo della *soggezione* del debitore, col suo patrimonio, all'azione

terza norma, che è l'art. 1218 c.c., ossia la disposizione che – in caso di inadempimento (e salva la possibilità per il creditore di ottenere l'esecuzione in forma specifica ex artt. 2930-2933 c.c.) – “converte” l'obbligazione originaria in (obbligazione di) risarcimento del danno. Sicché, laddove la norma in esame parla del diritto del creditore di «conseguire *quanto gli è dovuto*» (e di poterlo conseguire attraverso, appunto, l'aggressione del patrimonio del debitore mercé la procedura dell'espropriazione forzata), essa chiaramente *si riferisce all'obbligazione di risarcimento del danno*, che ha sostituito ormai l'obbligazione originaria²⁰.

Ne consegue – per chiudere queste brevi considerazioni – che la “responsabilità patrimoniale” va vista come un elemento *estrinseco* rispetto al rapporto obbligatorio (e non come una forma di attuazione del diritto di credito, o di *immediata* reazione al suo inadempimento)²¹. Su di essa – e sulle

esecutiva spettante al creditore), mentre l'art. 2910 c.c. guarda allo stesso rapporto *dal lato attivo* (ossia, sotto il profilo del *potere* del creditore di fare espropriare i beni del debitore).

²⁰ Cfr., nitidamente, A. DI MAJO (*Dominio e relazione nell'obbligazione*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 2, § 6, 209 ss.), laddove l'illustre autore osserva che «sebbene la lettera dell'art. 2740 c.c. possa far pensare alla “responsabilità” *quale mezzo o strumento dell'adempimento*, è certo che essa, anche per la sua pratica attuazione, presuppone che sia fatto precedere *un giudizio di responsabilità ‘personale’ del debitore ex art. 1218 c.c.*», il che «è da ritenere implicito nella nozione di “soggezione” del debitore al potere (esecutivo) del creditore, giacché tale potere sul solo piano processuale non sussisterebbe, se non fosse preceduto da un giudizio “personale” sul piano sostanziale» (corsivo aggiunto). Neanche il creditore pecuniario – sottolinea sempre di Majò – ha la possibilità di far valere *direttamente* il suo credito, ove insoddisfatto, nelle forme dirette di un'esecuzione forzata, quasi “specificata”, così da non dovere neanche transitare per un procedimento monitorio (come l'emissione di un decreto ingiuntivo)», a meno di non voler “appiattare la forma dell'espropriazione su quella della esecuzione in forma specifica [per consegna o rilascio] (art. 2930 c.c.)” (del resto – possiamo aggiungere – il creditore pecuniario che agisce esecutivamente, di norma mira ad ottenere anche gli interessi moratori, i quali presuppongono un accertamento della responsabilità del debitore per il ritardo).

In definitiva – come scrive ancora di Majò (e come anche noi affermiamo nel testo) – «Il riferimento [nell'art. 2910 c.c.] alla espressione “quanto gli è dovuto”, ingloba necessariamente il risultato del giudizio di responsabilità, nella misura in cui non si voglia appiattare la forma della espropriazione su quella della esecuzione in forma specifica (art. 2930 c.c.)» (DI MAJO, *Dominio e relazione*, cit., 210; analogamente MAZZAMUTO, *Dell'esecuzione forzata: artt. 2910-2933*, cit., 293, dove si legge che «È bene rammentare l'orientamento della giurisprudenza secondo cui l'azione esecutiva quale risulta delineata dagli artt. 2740 e 2910 cod. civ. non configura un'azione di adempimento specifico ma soltanto un'azione di rivalsa pecuniaria che, sulla base di uno specifico titolo, mira a far conseguire al creditore, attraverso l'aggressione immediata del patrimonio del debitore inadempiente, l'equivalente di quel risultato che egli non ha potuto direttamente conseguire dal debitore attraverso l'esatto adempimento»).

²¹ La conclusione riferita nel testo è ben sintetizzata (e già in epoca risalente) nelle pagine di un illustre Maestro, il quale osservava che «(...) il criterio sistematico seguito dal nuovo

molteplici problematiche ad essa connesse – si soffermerà ampiamente il contributo di L. NIVARRA, in altra parte del presente Trattato, mentre in questa sede – come già avvertito – sarà oggetto di analisi la “responsabilità contrattuale”, come forma di responsabilità – che, per contrapposto, potremmo definire *personale* – cui soggiace il debitore che risulti inadempiente all’obbligazione originaria, e sia pertanto suscettibile di essere condannato al risarcimento del danno conseguente.

legislatore dimostra che la concezione che è prevalsa è appunto quella della scissione tra debito e responsabilità, *ma non nel senso che si tratti di due elementi della medesima entità*, bensì nell’altro, prevalso nella più moderna dottrina, che la responsabilità del debitore e il correlativo potere del creditore di agire sui beni del primo per la realizzazione del suo diritto, si configura come *una situazione giuridica autonoma, se pure strumentale rispetto all’obbligazione* (...) La responsabilità patrimoniale è in altri termini configurata *come un mezzo di tutela del diritto del creditore*, ossia come uno strumento coattivo per la realizzazione del diritto, che appunto perciò non è un elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma un momento estrinseco» (così R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*², in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, 9; i corsivi sono nostri).

CAPITOLO II

IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ PER INADEMPIMENTO. LE DOTTRINE

SOMMARIO: 1. Centralità della tutela risarcitoria nella disciplina normativa dell'inadempimento. – 2. La differenza fondamentale della responsabilità contrattuale rispetto alla responsabilità extracontrattuale. Prime precisazioni sull'esatta portata degli artt. 1218 c.c. e 1176 c.c. – 3. Uno sguardo alla dottrina sulla responsabilità contrattuale nel codice civile del 1865. Primi cenni alla teoria di Giuseppe Osti. – 4. Lo sviluppo della dottrina sulla responsabilità contrattuale dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942. Premessa. – 4.1. Analisi delle principali teorie della responsabilità contrattuale. A) Le teorie "soggettive". Il ruolo dell'art. 1176 c.c. – 4.1.1. La tesi "soggettiva" unitaria secondo l'impostazione di C.M. Bianca. – 4.1.2 La tesi di Giorgianni. – 4.2. B) Le teorie "miste". – 4.2.1. La posizione di Emilio Betti. Osservazioni sulla corretta impostazione del coordinamento tra l'art. 1176 c.c. e l'art. 1218 c.c. – 4.2.2. Il sistema binario della responsabilità contrattuale nell'impostazione di P. Trimarchi. – 4.3. C) La posizione di Luigi Mengoni, e il suo confronto con quella di Osti. Impossibilità "assoluta" v. impossibilità "relativa". – 4.3.1. (*Segue*): la irrilevanza della "colpa" nella responsabilità contrattuale. – 4.3.2. (*Segue*): la responsabilità per non aver previsto/evitato l'impossibilità della prestazione. – 5. Conclusioni.

1. *Centralità della tutela risarcitoria nella disciplina normativa dell'inadempimento*

La centralità del tema della responsabilità del debitore per inadempimento è confermata (ove mai ve ne fosse bisogno) dalla circostanza che l'intero capo III del Tit. I del Libro IV del codice civile – che è il capo dedicato appunto, specificamente, all'*Inadempimento delle obbligazioni* – è occupato dalla disciplina di tale forma di responsabilità (solitamente indicata anche come "responsabilità contrattuale"²²), che sembrerebbe – sebbene non sia così (v. il capitolo precedente) – esaurire/assorbire l'intero profilo dell'inadempimento.

La circostanza ha peraltro una spiegazione "sistematica": la *sedes materiae*, di cui parliamo, è quella della disciplina *generale* dell'obbligazione, vale

²²La locuzione "responsabilità contrattuale" utilizza – in forma metonimica – la qualificazione che a stretto rigore dovrebbe essere riferita all'inadempimento delle sole obbligazioni di fonte contrattuale, per indicare la responsabilità che consegue all'inadempimento di qualsivoglia obbligazione, anche se scaturente da una fonte diversa dal contratto (ad es. la responsabilità per inadempimento dell'obbligazione risarcitoria derivante da fatto illecito).

a dire della disciplina di quei fenomeni ed istituti *che possono essere riferiti ad ogni tipo di obbligazione*²³, ma anche (secondo una diversa accezione di “generalità”) dei profili che trovano o possono trovare *applicazione costante* (e, in questo senso, appunto, generale) al verificarsi di determinate vicende (nel nostro caso: l'inadempimento dell'obbligazione). In base a questo (medesimo) criterio, del resto, si giustifica, correlativamente, il fatto che i rimedi che abbiamo ascritto al tema della c.d. “tutela specifica del credito” – e di cui abbiamo fatto cenno nel capitolo precedente – siano regolati in altre parti del codice civile (o di altri testi normativi), vuoi perché *specifici* (cioè caratteristici della disciplina di particolari rapporti obbligatori: garanzia nella vendita di beni di consumo, garanzia per vizi e difformità nell'appalto, «compera in danno», etc.), vuoi perché il legislatore (anche quando si trattava di norme di carattere generale) ha preferito trattarne nel Libro VI dedicato alla *Tutela dei diritti* (dove trovano posto – come abbiamo visto – le disposizioni relative alla c.d. esecuzione forzata in forma specifica), soprattutto per lo stretto intreccio che queste forme di tutela esibiscono tra profili “sostanziali” e profili “processuali”²⁴.

La “generalità” del livello normativo nel quale si collocano le disposizioni sull'inadempimento di cui agli artt. 1218 ss. c.c. richiede – peraltro – qualche ulteriore, preliminare riflessione, che ridimensiona in certo senso il carattere in questione.

E invero, sebbene queste norme (e in particolare l'art. 1218 c.c.), esprimano – come è stato acutamente osservato – l'ambizione del legislatore di «riassumere in una disciplina uniforme una casistica, a dire il vero, molto varia a causa della diversa natura dei contratti e dei diversi modi di inadempimento»²⁵, esse sono ben lontane dal conseguire tale obiettivo, e – come avremo modo di verificare più avanti – vanno integrate (e, a volte, sostituite) con la disciplina specifica (dell'inadempimento) che il legislatore detta in sede di regolamentazione di singoli rapporti obbligatori (derivanti da particolari tipologie contrattuali).

Ciò, in qualche modo, giustifica – almeno per alcuni aspetti – i tentativi

²³ Per la verità questo assunto non è, dal legislatore, mantenuto fermo in maniera assolutamente coerente e rigorosa, come è provato dalla circostanza che nel suddetto Titolo I è inserito anche un Capo VII, che contiene la disciplina “*Di alcune specie di obbligazioni*”, e dunque una disciplina per definizione priva del carattere della “generalità” nel senso indicato nel testo.

²⁴ Questo intreccio, per la verità, è rilevante sotto molti altri profili della disciplina dell'obbligazione, ma nei casi richiamati nel testo è particolarmente evidente, tanto che la disciplina del codice civile si risolve (in molti casi) in un rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile.

²⁵ Così G. VISINTINI, voce *Inadempimento*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1988, § 1.

che sono stati ripetutamente svolti (da una parte rilevante della dottrina civilistica) di ridimensionare la portata dell'art. 1218 c.c., vuoi nel senso di riconoscere per alcuni rapporti obbligatori un regime di responsabilità più aggravato rispetto a quello "ordinario" desumibile da tale norma²⁶, vuoi per affermare – con riferimento ad una diversa (e più ampia) serie di rapporti obbligatori – un "alleggerimento" del rigore della responsabilità debitoria (per lo più perseguito agendo sulla nozione di "impossibilità" della prestazione, ora per contestarne la qualifica di assolutezza ora per revocarne in dubbio la qualifica di oggettività). Vedremo come questi tentativi presentino, ognuno, dei punti critici, che non tolgono rilievo al tratto comune sopra evidenziato, e cioè all'esigenza di sottrarre ad un regime *unico* (ritenuto espressivo di una regola troppo rigida e astratta) la disciplina dell'inadempimento, formulando ricostruzioni di tale disciplina che propongono regimi differenziati (sebbene sulla base di criteri diversi proposti dai vari autori).

2. La differenza fondamentale della responsabilità contrattuale rispetto alla responsabilità extracontrattuale. Prime precisazioni sull'esatta portata degli artt. 1218 c.c. e 1176 c.c.

Il tema della responsabilità per inadempimento è, forse, uno dei più controversi dell'intero diritto civile, e il dibattito al riguardo nella dottrina italiana – nonostante si sia andato svolgendo da oltre un secolo e mezzo (volendo assumere come termine *a quo* l'entrata in vigore delle norme del codice civile unitario del 1865) – non ha raggiunto (se non in misura alquanto limitata) risultati che possano considerarsi unanimemente condivisi.

Per introdurre a questo dibattito può forse essere utile prendere le mosse da un confronto tra la responsabilità contrattuale e l'altra fondamentale forma di responsabilità, che è la responsabilità extracontrattuale (o aquiliana)²⁷.

²⁶ L'aggravamento – come vedremo meglio più avanti – risiederebbe, per alcune fattispecie (che darebbero vita al fenomeno del c.d. *receptum*), nella circostanza che non sarebbe consentita la prova della non imputabilità a colpa della sopravvenuta impossibilità della prestazione (impossibilità di cui il debitore sarebbe responsabile a titolo "oggettivo"), ovvero (secondo una diversa ricostruzione teorica) nel fatto che il debitore dovrebbe fornire la prova *in positivo* della specifica "causa estranea" che avrebbe in ipotesi determinato l'impossibilità di adempiere l'obbligazione assunta.

Si dirà più avanti come sia possibile un'altra (e più persuasiva) spiegazione delle ipotesi di c.d. responsabilità *ex recepto*.

²⁷ In argomento cfr., di recente, M. BARCELLONA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle rationes dei rispettivi regimi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 3, 340.

La distinzione tra le due ipotesi è – a nostro avviso – assai netta²⁸, e merita di continuare ad essere considerata tale, nonostante i tentativi ricorrenti di attenuare non solo le differenze di disciplina tra le due forme di responsabilità, ma di mettere in discussione persino il *diverso fondamento* delle stesse, sul presupposto che questo fondamento non possa che essere ravvisato in entrambi i casi (almeno come regola generale, e salvo specifiche ipotesi in cui opererebbe un criterio di imputazione “oggettivo”) in una “colpa” che possa essere ascritta al soggetto responsabile, e che fungerebbe appunto da *criterio di imputazione* della responsabilità (nel senso che, quando operante, servirebbe ad individuare il soggetto come responsabile).

Questo modo di ragionare – che invoca a suo sostegno un supposto principio etico (secondo il quale un soggetto può essere ritenuto responsabile solo se gli si può “rimproverare” qualcosa) – omette, a tacer d'altro²⁹, di dare il

²⁸Le considerazioni che seguono ripercorrono argomentazioni nitidamente e persuasivamente formulate, in particolare da Osti. Ci piace, più specificamente, citare *in limine* il seguente brano che si legge nella voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 287 ss., e ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 481-483: «... in questo campo [*id est*: il campo dei rapporti obbligatori; *n.d.a.*], che dunque è quello dei rapporti patrimoniali (o, più propriamente, economici), non vi è nulla che ripugni a considerare decisiva, per dare fondamento alla responsabilità, quella subordinazione di interessi fra i due soggetti, indipendentemente dalla concreta libertà e possibilità di azione che abbia il soggetto vincolato a soddisfare l'interesse dell'altro: ed anzi, per la stessa autonomia delle rispettive sfere patrimoniali, *qui domina il principio che ogni soggetto sopporta il rischio della propria economia individuale*. – È questo un dato di comune esperienza, che spiega perfettamente perché il debitore il quale pur senza sua colpa non si trovi in grado di adempiere, quando la prestazione in sé considerata è possibile, è ritenuto responsabile dell'inadempimento, e perché, se da un punto di vista morale nei rapporti tra gli uomini dovrebbe prevalere l'indulgenza per gli errori altrui, in quanto *errare humanum est*, da un punto di vista giuridico, per ciò che riguarda i rapporti economici, vale per converso il duro principio che chi sbaglia paga, anche se l'errore sarebbe moralmente scusabile ...» (corsivo aggiunto).

Da qui anche l'accentuazione (nel concetto di obbligazione) del profilo della “utilità” dovuta al creditore (più che dell'attività che deve essere svolta dal debitore): «... È intuitivo – continua Osti nel brano appena citato – che, riconosciuto sussistente il vincolo e la conseguente responsabilità per inadempimento anche quando senza sua colpa il debitore non possa adempiere mentre la prestazione non sia oggettivamente impossibile, la prestazione stessa non tanto appare come un'attività volontaria del debitore, quanto come un apporto di utilità al creditore, che fa carico al debitore stesso, e di cui questi deve rispondere indipendentemente dal modo in cui si comporti, indipendentemente da una sua possibilità e volontà ...» (*op. ult. cit.*, 483-484).

²⁹Anche nel campo della responsabilità aquiliana, invero, è risalente (e ormai consolidata) l'acquisizione secondo la quale il criterio della “colpa” (e quindi – per semplificare – della “rimproverabilità” della condotta) è solo uno dei possibili criteri di “imputazione” della responsabilità, perché ad esso si affiancano, con pari dignità se non con analoga estensione applicativa, altri criteri (ad es., il criterio del rischio), che prescindono da valutazioni di segno *lato sensu* etico.