

CAPITOLO I

L'ATTO SOLUTORIO DEL TERZO: PROFILI GENERALI E COMPARAZIONE DELLA FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. L'adempimento del terzo tra regola ed eccezione. Approccio metodologico per la ricostruzione della fattispecie. - 2. Dal *favor debitoris* al *favor creditoris*: profili storici della fattispecie. - 3. Cenni comparatistici sull'adempimento del terzo. - 4. Adempimento del terzo ed inesattezza soggettiva, *ex latere solventis*, della prestazione. - 5. I caratteri distintivi dell'adempimento del terzo: le differenze con l'adempimento del rappresentante e l'adempimento dell'ausiliario. - 6. L'intervento del terzo provocato dal debitore. - 7. *Segue*. Il controverso inquadramento della *delegatio solvendi* tra adempimento "al terzo" e adempimento "per mezzo del terzo". - 8. L'atto solutorio del terzo in forza di un obbligo legale. - 9. L'obbligo di estinguere l'altrui rapporto obbligatorio derivante da contratto o testamento. - 10. Distinzione tra adempimento del terzo ed assunzione del debito altrui. La tesi dell'adempimento indiretto dell'obbligo altrui.

1. *L'adempimento del terzo tra regola ed eccezione. Approccio metodologico per la ricostruzione della fattispecie*

L'art. 1180 cod. civ. disciplina l'adempimento del terzo, vale a dire l'atto solutorio proveniente da un soggetto diverso dal debitore e, come tale, estraneo al rapporto obbligatorio¹.

¹Nella vasta letteratura sulla fattispecie, ci si limita, sin d'ora, a segnalare, senza pretesa alcuna di esaustività, i seguenti contributi: R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936; L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 180 ss.; P. SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo «ex latere solventis» e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 58 ss.; ID., *Adempimento del terzo e*

delegazione di pagamento, in *Temi*, 1958, p. 572 ss.; ID., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1286 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, rist. inalt., p. 213 ss., in part. p. 230 ss.; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 181 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, p. 178 ss.; A. BREGOLI, *Legittimazione a ripetere l'indebito oggettivo tra adempimento del terzo e pagamento rappresentativo*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 114 ss.; M. BESSONE - A. D'ANGELO, voce *Adempimento*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, p. 3; B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, continuato da F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 8 ss. (anche in II ed., con E. GABRIELLI, Bologna-Roma, 2023); U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 435 ss.; C. CASTRONOVO, *Adempimento del terzo*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da P. Cendon, vol. IV*, Torino, 1991, p. 38 ss.; A. SPADAFORA, *Nessi problematici fra l'adempimento del terzo e l'indebito soggettivo ex latere solventis*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 461 ss.; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, t. I, Torino, 1992, p. 301 ss.; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1200*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1994, p. 41 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1995 (rist. agg., Milano, 2019), p. 283 ss.; C. A. CANNATA - M. PROSPERETTI - G. VISINTINI, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, t. I, Torino, 1999, II ed., p. 93 ss.; A. FRANGINI, *Il pagamento del terzo. L'imputazione dei pagamenti. La compensazione tra debiti e crediti*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali* (Atti del Convegno organizzato dal Comitato regionale notarile lombardo. Bergamo, 13 novembre 1998), Milano, 1999, p. 301 ss.; C. CHESSA, *Adempimento del terzo*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da P. Cendon, *Aggiornamento 1991-2011*, vol. II, Torino, 2002, p. 19 ss.; C. TURCO, *L'adempimento del terzo. Art. 1180*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2002; ID., *Adempimento del terzo e autonomia delle parti*, in *I mobili confini dell'autonomia privata* (Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara. Catania, 12-14 settembre 2002), a cura di M. Paradiso, Milano, 2005, p. 585 ss.; A. ALBANESE, *Profili dell'adempimento non dovuto nei rapporti trilateri: indebito soggettivo, pagamento al creditore apparente, adempimento del terzo e surrogazione legale*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 455 ss.; A. CICCARELLI, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 392 ss.; E. BRUSCHETTA, *Ancora sulla natura del pagamento del terzo: una corretta applicazione dei principi regolatori della materia*, in *Fallimento*, 2007, p. 65 ss.; A. TOMASSETTI, *Adempimento del terzo e ripetizione della prestazione*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 499 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. I, *Obbligazioni*, t. I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, p. 152 ss.; E. SPITALI, *L'adempimento coattivo dell'obbligo altrui*, in *Hominum causa constitutum. Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmondo*, Milano, 2009, p. 181 ss.; L. FOLLIERI, *L'adempimento del terzo come "nuova" ipotesi di obbligazione naturale?*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 624 ss.; ID., *L'adempimento del terzo al vaglio*

Nonostante l'apparente linearità del dettato normativo, la disposizione richiamata si rivela foriera di diverse questioni, invero non ancora risolte², tanto sul piano dommatico e sistematico, quanto su quello pragmatico³.

delle Sezioni Unite, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 254 ss.; M. LAMICELA, *Note sulla disciplina dell'adempimento del terzo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 395 ss.; M. AQUINO - C. CAMARDI - A. MANIACI - C. ROMEO - R. SENIGAGLIA (con il coordinamento di C. Camardi), *L'adempimento del terzo*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, vol. I, *La struttura e l'adempimento*, t. V, *La liberazione del debitore*, a cura di M. Talamanca e M. Maggiolo, Padova 2010, p. 9 ss.; N. DI MAURO, voce *Adempimento del terzo*, in *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, Milano, 2011, p. 1 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 498 ss.; ID., *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 305 ss.; S. LANDINI, *Adempimento e pagamento con surrogazione*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. del Notariato* diretto da P. Perlingieri, vol. IV, t. 44, Napoli, 2020, p. 63 ss.; G. MATTACE, *L'adempimento del terzo: favor rei per il debitore originario o ulteriore depauperamento della propria situazione patrimoniale?*, in *Giust. civ.com.*, 2020, p. 1 ss.

²Sottolinea la difficoltà, incontrata dalla dottrina, nella ricerca di una soddisfacente sistemazione dommatica della fattispecie in esame, L. GHIDONI, *Le vicende del diritto di prelazione*, Padova, 2015, p. 160 s.

³A conferma dell'attualità dell'indagine, giova rilevare come, in séguito alla riforma del diritto societario, è stata prospettata l'applicazione dell'istituto dell'adempimento del terzo anche in tema di partecipazioni sociali non proporzionali ai conferimenti, di cui agli artt. 2346, quarto comma, e 2468, secondo comma, cod. civ. Invero, già prima della predetta riforma, la Suprema Corte aveva qualificato la fattispecie in termini di adempimento del terzo (cfr. Cass., 26 agosto 1998, n. 8474, in *Mass. Giur. it.*, 1984, c. 907 s.). Sul tema, cfr. A. M. MANCINI, *Partecipazioni non proporzionali ai conferimenti, finanziamento dei soci e adempimento del terzo*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 1168 ss., il quale rileva la specificità dell'istituto delle partecipazioni non proporzionali, in tal guisa escludendo l'idoneità dell'adempimento del terzo a dare forma giuridica al fenomeno in questione. Nei medesimi termini, si veda l'opinione di L. GENGHINI - R. APICELLA, *Le obbligazioni*, in *Manuali notarili*, a cura di L. Genghini, vol. VI, Padova, 2015, p. 123, i quali riconducono la fattispecie esclusivamente nell'ambito del diritto societario, osservando, in proposito, che «nell'ipotesi di assegnazioni non proporzionali, i conferimenti sono proporzionali alla partecipazione assegnata e, inoltre, il terzo non si limita a promettere l'adempimento dell'obbligo del socio, ma esegue il pagamento; nel caso di conferimenti non proporzionali, se è versato solo il 25%, il conferente rimane obbligato verso la società al pagamento dei centesimi residui».

Diversamente è a dirsi per la disciplina dei finanziamenti dei soci nella s.r.l., di cui all'art. 2467, secondo comma, cod. civ., che prevede l'ipotesi di finanziamenti «in qualsiasi forma effettuati» concessi in un momento di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, tra i quali rientrano, pacificamente, i pagamenti di debiti sociali da parte dei soci. Questi ultimi, infatti, possono essere ricondotti allo schema

Si consideri, per esempio, che il terzo, intervenendo, in qualità di *solvens*, nell'altrui rapporto obbligatorio attua una forma di attribuzione, la cui natura è controversa. Si discute, infatti, se essa abbia la consistenza di atto giuridico in senso stretto ovvero di atto negoziale, se non addirittura contrattuale⁴.

In seno a tale fattispecie, inoltre, vengono a convergere, in ragione della sua «trasversalità sistematica»⁵, tanto principi generali che governano il diritto delle obbligazioni, quanto singoli istituti, come, ad esempio, la delegazione e l'indebito soggettivo *ex latere solventis*⁶, rispetto ai quali l'adempimento del terzo si presenta come figura assai prossima.

L'ampio margine di libertà riconosciuto al terzo per soddisfare l'interesse del creditore pone il problema (di teoria generale) dell'esattezza, anche soggettiva, dell'adempimento, ma anche quello, forse meno avvertito, della tutela della sfera giuridica del debitore⁷.

Vi è, poi, il tema della restituzione al *solvens* di quanto prestato al creditore in luogo del debitore e, sotto tale aspetto, l'atto solutorio del terzo interseca gli istituti della surrogazione, della *negotiorum gestio* e dell'azione generale di arricchimento.

La molteplicità dei profili d'indagine rende necessario un coordinamento che, lungi dall'esaurirsi in una mera comparazione, tenda ad una ricostruzione unitaria del fenomeno, attraverso un'operazio-

dell'adempimento del terzo (A. M. MANCINI, *Partecipazioni non proporzionali ai conferimenti, finanziamento dei soci e adempimento del terzo*, cit., p. 1189 ss.).

⁴In proposito, v., *infra*, Cap. II, par. 1-4.

⁵C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 4.

⁶Sulla distinzione tra adempimento del terzo ed indebito oggettivo, v. E. MOSCATI, *Della pagamento dell'indebito*, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRI, *Della gestione di affari. Del pagamento dell'indebito. Dell'arricchimento senza causa*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, II ed., p. 444 ss.

⁷Al riguardo, cfr.: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 64; G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, spec. p. 241 ss.; A. CICCARELLI, *Gli interessi del debitore nel rapporto obbligatorio. Il problema dell'adempimento del terzo*, Roma, 2011, p. 97 ss.; E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, p. 177 ss. Sulla distinzione tra interesse alla liberazione ed interesse alla liberazione con l'adempimento, si veda P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 197.

ne di sintesi, che ruoti intorno all'oggetto dell'obbligazione⁸.

È a dire, sin d'ora, come il tentativo di *reductio ad unitatem* sconti un apporto limitato da parte della giurisprudenza, riconducibile non tanto, o non solo, all'assenza di un contenzioso particolarmente vasto in materia, quanto, probabilmente, alla fisiologica aderenza delle pronunce al caso di specie, che inevitabilmente riducono la disamina delle norme entro i confini della singola vicenda processuale⁹.

Poste tali preliminari considerazioni, giova precisare come l'intervento di un terzo nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio possa riguardare tanto il lato attivo, quanto quello passivo¹⁰. Nondimeno, solo in quest'ultima ipotesi si versa nella fattispecie di cui all'art. 1180 cod. civ., laddove, invece, la sostituzione del terzo al creditore si traduce nell'esercizio di un diritto altrui¹¹.

Il Codificatore, sancendo, in linea di principio, la legittimità dell'attività solutoria del terzo, con l'unico limite della sussistenza di un interesse del creditore a che il debitore esegua personalmente la prestazione (art. 1180, primo comma, cod. civ.), ha operato una scelta di politica legislativa niente affatto scontata; ché anzi, non diversamente da altri ordinamenti¹², avrebbe potuto essere adottata una soluzione opposta e, dunque, la previsione dell'adempimento del terzo in termini di eccezione.

La ragione sottesa all'impostazione prescelta dal legislatore viene

⁸Sul punto, cfr. F. PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, cit., p. 306, il quale osserva come l'art. 1180 cod. civ. abbia rappresentato, nell'ambito del dibattito dottrinale sulla struttura del vincolo obbligatorio, «il banco di prova della reale consistenza delle teorie sull'oggetto dell'obbligazione susseguitesi nel tempo». Si veda anche ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 499, secondo cui «l'istituto dell'adempimento del terzo ha suggerito anche riletture dell'obbligazione come vincolo giuridico che si esaurisce in un risultato dovuto e prescinde in un certo senso dalla condotta del debitore o, per lo meno, vi prescinde come mezzo necessario di conseguimento del risultato dovuto». L'Autore avverte come questa sia «una tentazione ciclicamente ricorrente dalla quale è bene rifuggire». In proposito, v. anche P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, pp. 35 ss. e 43 ss.

⁹A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 48.

¹⁰Per una disamina generale del tema, cfr. F. LINATI, *Il profilo soggettivo dell'inadempimento*, in *Studium iuris*, 2020, p. 867 ss.

¹¹R. NICOLÒ, voce *Adempimento (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 556.

¹²Sul punto, v., *infra*, par. 3.

rintracciata nel fatto che il creditore, ottenendo dal terzo la medesima utilità che si attendeva dal debitore, realizza il suo diritto¹³ e, quindi, soddisfa parimenti l'interesse, quanto meno patrimoniale, allo stesso sotteso.

Per altro, se dal punto di vista pratico è possibile ravvisare un'identità economica tra la prestazione eseguita dal terzo e quella a cui sarebbe stato tenuto il debitore, devesi, per contro, escludere un'identità giuridica tra le stesse; e ciò, per l'ovvia, ma imprescindibile considerazione, che, nel nostro ordinamento, esiste il principio, posto dall'art. 1218 cod. civ., dell'esattezza della prestazione.

In sostanza, affinché il diritto di credito possa estinguersi per adempimento, è necessario che l'attività solutoria corrisponda a quella dedotta in obbligazione anche sul piano soggettivo (oltre che oggettivo) e, quindi, che la prestazione sia eseguita da colui che vi è tenuto in base al programma delle parti¹⁴.

Nella letteratura più risalente, non è mancato l'accostamento tra adempimento del terzo e processo esecutivo, quali forme di soddisfacimento dell'interesse creditorio che prescindono dalla volontà del debitore¹⁵. Siffatta teorica ha condotto ad un'idea, per così dire spersonalizzata, di prestazione, in cui il profilo (oggettivo) del risultato prevale su quello (soggettivo) del comportamento¹⁶.

Senza considerare, poi, la moderna tendenza a rappresentare

¹³R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 29.

¹⁴Sottolinea «l'apparente contrasto tra i termini adempimento e terzo» L. FOLLIERI, *La compensazione del terzo*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 113, secondo cui «l'adempimento, che - volendone fornire una nozione comune - può dirsi consistere nell'esatta esecuzione da parte del debitore di quanto dedotto in obbligazione, stride con l'esecuzione della prestazione da parte del terzo, specie se si considerano quelle obbligazioni aventi ad oggetto una *facere* infungibile».

¹⁵Cfr.: E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 145 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, 1927, p. 221 ss.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 129. Sull'equivalenza tra esecuzione forzata e adempimento del terzo, v. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 45 ss. e, più di recente, M. PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, p. 106.

¹⁶Per una critica a siffatta impostazione, cfr. A. DI MAJO, voce *Obbligazione I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990, p. 20 s.

l'obbligazione con minore rigore dommatico rispetto ai solidi approdi a cui la dottrina è pervenuta negli anni immediatamente successivi all'emanazione del Codice civile¹⁷.

In consimile contesto, è d'uopo domandarsi in che termini la «regola fondamentale dell'adempimento»¹⁸ si concili con la possibilità che un terzo si sostituisca al debitore nell'attuazione del rapporto obbligatorio, in tal modo realizzando il diritto di credito. Più precisamente, vi è da chiedersi se, rispetto al predetto fondamento, l'intervento solutorio del terzo configuri, o meno, una fattispecie eccezionale.

A tale interrogativo si intende fornire una risposta, attraverso l'inevitabile confronto con la disciplina del rapporto obbligatorio¹⁹, al cui interno l'art. 1180 cod. civ. riveste una posizione cruciale, rappresentando, nel tempo, il banco di prova delle diverse (ed anzi diametralmente opposte) teorie sull'oggetto dell'obbligazione²⁰.

Una simile riflessione appare ancora attuale²¹, in un contesto storico in cui la scienza giuridica è chiamata a verificare quali categorie concettuali della tradizione si prestino meglio a rappresentare, razionalizzare ed organizzare l'attuale realtà socio-economica²² e quali, tra di esse, possano essere poste a fondamento del diritto privato europeo²³.

¹⁷In proposito, si segnalano i seguenti contributi: P. FAVA, *Il rapporto obbligatorio nella codificazione italiana alla luce del pensiero della scienza giuridica*, in *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, a cura di P. Fava, t. I, *Caratteri generali, adempimento, inadempimento*, Milano 2008, p. 95 ss.; T. TORRESI, *Elementi costitutivi del rapporto obbligatorio. Le obbligazioni naturali e reali*, *ivi*, p. 321 ss.; V. GIANNUZZI SAVELLI, *L'adempimento del debitore e del terzo*, *ivi*, p. 479 ss.

¹⁸Così, M. BESSONE - A. D'ANGELO, voce *Adempimento*, cit., p. 3.

¹⁹V., *infra*, par. 4.

²⁰F. PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, cit., p. 306.

²¹F. PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, cit., p. 307, il quale sottolinea l'opportunità di riaprire il dibattito sulla struttura dell'obbligazione.

²²Sul punto, illuminante è il contributo di G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 491 ss.

²³Sui principi generali del diritto privato europeo, cfr. almeno: AA.VV., *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, voll. I-IV, Padova, 2003, II ed.; G. B. FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scrit-*

Dalla ricostruzione dommatica dell'adempimento del terzo dipenderà la soluzione di alcuni problemi di natura disciplinare, tra cui l'individuazione del rimedio²⁴ esperibile dal *solvens* per recuperare dal debitore quanto corrisposto al creditore; questione su cui sono intervenute anche le Sezioni Unite della Suprema Corte²⁵.

ti per Adolfo di Majo, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, p. 11; G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, pp. 25 ss. e 69 ss. Con specifico riferimento al tema delle obbligazioni, si veda C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Milano, 2007, p. 137 ss.

²⁴Sul dibattito in punto al rimedio come categoria ordinante del nostro sistema civilistico, il cui fondamento risiede nell'art. 24 Cost. e, quindi, nel principio di effettività della tutela degli interessi dei privati, si segnalano, senza pretesa di esaustività, i seguenti contributi: A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947 (rist. 2011), rist., p. 25 ss.; U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA - M. GRAZIADEI - A. GUARNERI - U. MATTEI - P. G. MONATERI - R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, *La parte generale del diritto civile*, vol. 2, Torino, 2001, p. 107; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 612; ID., *La sistematica rimediale*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, p. 103 ss.; P. PERLINGIERI, *Rimedi e modello sociale europeo*, in *Remedies in Contract. The common Rules for a European Law*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, p. 203 ss.; P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti e la costruzione delle categorie civilistiche*, *ivi*, p. 251 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 585 ss.; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, 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, p. 149 ss.; A. DI MAJO, voce *Rimedi contrattuali*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 1031 ss.; ID., *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. 143 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*, Padova, 2021, IV ed., p. 104 ss. Sull'utilità della categoria rimediale, si veda A. GENTILI, *A proposito de «Il diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 363. In senso critico, cfr., tra gli altri, L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 610.

²⁵Cass., Sez. Un., 29 aprile 2009, n. 9946, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 254 ss., con nota di L. FOLLIERI, *L'adempimento del terzo al vaglio delle Sezioni Unite*. In proposito, v. anche Cass., 8 novembre 2007, n. 23292, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 497 ss., con nota di A. TOMASSETTI, *Adempimento del terzo e ripetizione della prestazione*; e in www.ildirittoepericoncorsi.it, con nota di S. ANSUINI, *L'adempimento del debito altrui ed i rapporti tra terzo e obbligato: l'azione restitutoria basata sul rapporto sottostante e la proponibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento*.

2. *Dal favor debitoris al favor creditoris: profili storici della fattispecie*

L'art. 1180 cod. civ. ammette, in linea di principio, l'adempimento del terzo, contemplando, quale unico limite generale, l'eventualità che il creditore abbia interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione.

Legittimando la sostituzione di un terzo al debitore nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio, la norma assolve ad un'evidente esigenza di carattere pratico: «se il creditore, attraverso l'attività del terzo, riceve lo stesso bene e le stesse utilità che si attendeva dalla prestazione del debitore, non vi è alcuna ragione astratta per negare la legittimità dell'intervento del terzo e per autorizzare il creditore a rifiutare senza motivo la prestazione di questo»²⁶.

Se analogo rilievo può svolgersi riguardo ai corrispondenti artt. 1238 e 1239 del Codice civile del 1865, giova, nondimeno, rilevare come, al di là di siffatta affinità funzionale, non ricorra una totale coincidenza con la disposizione di cui all'art. 1180 cod. civ.²⁷, la quale, come osservato in dottrina, rappresenta «un modello, più che esemplare, di quel processo di *semplificazione-astrattizzazione* che sembra essere l'aspetto più peculiare della codificazione del 1942»²⁸.

In consimile prospettiva, è possibile cogliere alcune significative differenze, sul piano normativo, tra la normativa in vigore e quella abrogata²⁹.

Invero, il Codice civile previgente, riproducendo, in maniera pressoché letterale, gli artt. 1236 e 1237 del *Code Napoléon* (abrogati il 1° ottobre 2016 dall'*Ordonnance* n. 131 del 10 febbraio 2016), stabiliva, all'art. 1238, primo comma, che «le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualunque persona che vi ha interesse, come da un coobbligato o da un fideiussore». Al secondo

²⁶ Così, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 17.

²⁷ C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 10.

²⁸ A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 42 ss.; in termini non dissimili, v. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.

²⁹ C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 11.

comma del medesimo articolo, veniva previsto, altresì, che «le obbligazioni possono essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non vi ha interesse, purché questo agisca in nome e per la liberazione del debitore», vale a dire come suo rappresentante; ovvero, «ove agisca in nome proprio, non venga a sottrarre nei diritti del creditore» e, quindi, a condizione che non operi la surrogazione, in conseguenza dell'adempimento, nei diritti del creditore. A completamento della disciplina, l'art. 1239 precisava che «l'obbligazione di fare non può adempiersi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi non abbia interesse che sia adempiuta dal debitore medesimo»³⁰.

Dal mero raffronto con il più semplificato tenore dell'art. 1180 cod. civ.³¹, di meridiana evidenza si appalesa la diversità di disciplina e di *ratio*. Nondimeno, può ravvisarsi un elemento di contatto nell'interesse del creditore a che il debitore esegua personalmente la prestazione, operante quale limite generale della fattispecie.

Come dianzi anticipato, l'art. 1238 del Codice civile previgente ricalcava, nella sostanza, l'art. 1236 del *Code civil* (non più in vigore), il quale presupponeva, per l'ammissibilità dell'intervento del terzo, l'esistenza di un interesse giuridicamente rilevante del medesimo all'adempimento (come, ad esempio, nel caso del soggetto coobbligato), richiedendo, altrimenti, la dimostrazione del vantaggio che dall'adempimento possa scaturire per il debitore, presente, appunto, nel caso in cui il terzo adempia in nome di quest'ultimo, ovvero adempia in nome proprio ma senza alcuna surrogazione nella posizione creditoria³².

³⁰ Per un'analisi critica sul combinato disposto degli artt. 1238 e 1239 del Codice civile abrogato, cfr. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., pp. 18 ss. e 119 ss.

³¹ Di opportuna «semplificazione» sistematica discorre A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 43, nt. 6, il quale osserva come il legislatore del 1942 abbia inteso configurare l'adempimento del terzo quale fattispecie residuale rispetto ad altre figure da essa distinte, quali l'adempimento del fideiussore o del rappresentante. Il tenore dell'art. 1180 cod. civ. viene apprezzato anche da C. A. CANNATA - M. PROSPERETTI - G. VISINTINI, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., p. 94, i quali ritengono «ottima» la formulazione della nuova disposizione.

³² Cfr. C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 13; ma già A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 44, testo e nt. 4.

Nella disciplina attuale, invece, non è più presente la dicotomia tra terzo interessato e terzo non interessato ad adempiere il debito altrui, nonché, con riguardo a quest'ultimo, l'ulteriore distinguo tra terzo adempiente *nomine proprio* e *nomine alieno*.

Ebbene, nella scelta di non riproporre la «condizione negativa» del necessario difetto della surrogazione al creditore, da parte del terzo non interessato ed adempiente in nome proprio, si coglie la diversità di *ratio* dell'attuale normativa rispetto a quella abrogata³³.

Quest'ultima, infatti, era espressione del *favor debitoris* che, caratterizzando l'impostazione sistematica del Codice civile del 1865, imponeva la preminente tutela della posizione debitoria, a fronte del pericolo di un aggravamento di quest'ultima in conseguenza della possibile surrogazione del terzo *solvens*.

La portata del predetto principio è stata fortemente ridimensionata dal Codificatore del 1942, il quale ha spostato il baricentro verso il creditore. È nella prospettiva del *favor creditoris* che si colloca, dunque, la rilevata operazione di semplificazione della fattispecie operata dall'art. 1180 cod. civ., il quale, emendato dalle distinzioni e condizioni a cui il Codice civile abrogato subordinava l'ammissibilità dell'adempimento del terzo, tende ad assicurare un più ampio margine di soddisfacimento del credito.

Per altro, al fine di rendere effettiva tale tutela, l'attuale disciplina consente al creditore di neutralizzare le eventuali conseguenze pregiudizievoli dell'intervento del terzo. In particolare, il primo comma dell'art. 1180 cod. civ. riconosce al creditore, in termini generali, la possibilità di rifiutare la prestazione offertagli da altri, ogni qualvolta sussista un suo interesse, apprezzabile in termini oggettivi, a che sia il debitore ad eseguire personalmente la prestazione dovuta. Circo- stanza, quest'ultima, che rappresenta il limite all'intervento solutorio del terzo³⁴, riferibile a tutte le tipologie di obbligazioni e, quindi, non solamente a quelle di *facere*, come previsto, invece, dall'art. 1239 del Codice civile previgente.

L'interesse del debitore, invece, assume rilevanza nella sola ipo-

³³Cfr. C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 13.

³⁴Trattasi, più precisamente, di uno dei limiti all'adempimento del terzo, per i quali v., *infra*, Cap. II, par. 5-8, anche con riferimento ai criteri di apprezzabilità del concreto interesse del creditore all'esecuzione della prestazione da parte del debitore.

tesi, contemplata dal secondo comma dell'art. 1180 cod. civ., in cui questi manifesti al creditore la propria opposizione all'adempimento del terzo³⁵. Tuttavia, anche in siffatta evenienza, la tutela dell'interesse creditorio risulta preminente, in quanto l'opposizione debitoria facoltizza, ma non obbliga, il creditore a rifiutare la prestazione in tal guisa ricevuta.

3. Cenni comparatistici sull'adempimento del terzo

Si è osservato come il Codificatore, nel sancire, in termini di regola generale, la validità dell'attività solutoria del terzo, abbia operato una scelta di politica legislativa niente affatto scontata, come emerge anche dal confronto con altri ordinamenti giuridici, sia di *civil law* sia di *common law*.

In proposito giova rilevare come la richiamata disciplina di cui agli artt. 1236 e 1237 del *Code civil* (ricalcata dalla nostra Codificazione del 1865) sia stata abrogata dalla nota *Ordonnance* n. 131 del 10 febbraio 2016³⁶, recante la riforma del diritto dei contratti, della disciplina generale e della prova delle obbligazioni³⁷.

La novella francese, per quanto qui interessa, ha introdotto l'art. 1342-1 del *Code civil*, a mente del quale il pagamento può essere effettuato anche da chi non vi è tenuto, salvo il legittimo rifiuto del creditore³⁸.

³⁵Sull'opposizione del debitore, v., *infra*, Cap. II, par. 9.

³⁶Per una riflessione sulle ragioni che hanno portato a scegliere lo strumento dell'*ordonnance* e sull'opportunità di tale scelta si veda P. DEUMIER, *Le Code civil, la loi et l'ordonnance (à propos du projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures du 27 nov. 2013, art. 3)*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2014, p. 597 ss.

³⁷Tra i tanti commenti sulla riforma francese, cfr. almeno: L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1543 ss.; G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2018, p. 1 ss.; AA.VV., *La riforma dei contratti in Francia*, a cura di A. Fusaro e E. Gabrielli, in *Giur. it.*, 2018, p. 1216 ss.

³⁸Art. 1342-1 del *Code civil*: «*Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier*».

La nuova norma supera la distinzione tra terzi “interessati” all’adempimento dell’obbligo altrui (come coobbligati e garanti) e terzi “disinteressati”, realizzando un processo di semplificazione della fattispecie, che fa eco a quello attuato dal Codificatore del 1942, con il disposto dell’art. 1180 cod. civ.

Tra i sistemi codificati, una rapida disamina merita anche la normativa contenuta nei §§ 267 e 268 *BGB*, la quale, sia pur non del tutto coincidente, presenta alcune analogie con quella dettata dall’art. 1180 cod. civ.³⁹

Invero, anche il legislatore tedesco ammette l’adempimento del terzo (*Leistung durch Dritte*), con il solo limite costituito dalla natura personale dell’esecuzione della prestazione⁴⁰ e fatta salva, in ogni caso, l’opposizione del debitore, che legittima il creditore a rifiutare l’adempimento offerto da un soggetto diverso dall’obbligato⁴¹.

Tuttavia, il § 267 *BGB*, mentre sottolinea la superfluità del consenso del debitore⁴², omette un esplicito riferimento alla possibilità che il terzo adempia «anche contro la volontà del creditore»; riferimento, quest’ultimo, presente nell’art. 1180, primo comma, cod. civ., il quale, per altro, attribuisce rilevanza a siffatta volontà solo se associata all’interesse del creditore alla personale esecuzione della prestazione da parte del debitore.

Tale diversità di disciplina non ha incidenza alcuna sul piano pratico, atteso che, anche nell’ordinamento tedesco, l’ampia ammissibi-

³⁹Cfr. C. TURCO, *L’adempimento del terzo*, cit., p. 14.

⁴⁰Il primo comma del § 267 *BGB*, sia pur con una diversa formulazione letterale, dispone che: «*Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken*», vale a dire che quando il debitore non può adempiere personalmente, anche un terzo può porre in essere la prestazione.

⁴¹Il secondo comma del § 267 *BGB* prevede, in maniera non dissimile dall’art. 1180, secondo comma, cod. civ., che «*der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht*», vale a dire che il creditore può rifiutare la prestazione, quando il debitore si oppone.

⁴²La seconda parte del primo comma del § 267 *BGB* statuisce che «*die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich*», ossia che il consenso del debitore non è richiesto. Tale soluzione è pacifica nel nostro ordinamento, anche in assenza di analoga previsione. In proposito, v., per tutti, A. DI MAJO, *L’adempimento dell’obbligazione*, Bologna, 1993, p. 72.

lità dell'adempimento del terzo è pur sempre subordinata alla circostanza che l'obbligazione non abbia carattere infungibile⁴³.

Giova rilevare, invece, come l'espressa enunciazione dell'irrelevanza della volontà del creditore assuma, nel nostro sistema, un'importante valenza dal punto di vista dommatico, consentendo – come si avrà modo di osservare nel prosieguo – di risolvere l'annoso dibattito, assai vivo già sotto il Codice civile abrogato⁴⁴, in punto alla natura dell'adempimento del terzo⁴⁵.

Diversamente, e in maniera più completa rispetto all'art. 1180 cod. civ., il primo comma del § 268 *BGB* attribuisce al terzo uno specifico diritto ad adempiere l'obbligo altrui (*Ablösungrecht des Dritten*), nei casi in cui, in séguito all'esecuzione forzata del creditore su un bene appartenente al debitore, il terzo si trovi esposto al rischio di perdere un diritto al medesimo spettante sulla *res*⁴⁶.

Tale diritto viene, poi, esteso anche al terzo possessore del bene dall'ultima parte del primo comma del § 268 *BGB*, il cui ultimo comma ricollega al soddisfacimento del creditore (realizzabile anche attraverso il deposito del bene dovuto o mediante compensazione) il subentro del terzo adempiente nella pretesa del creditore medesimo, vale a dire la surrogazione nel diritto spettante a quest'ultimo nei confronti del debitore.

L'utilità di un'esplicita previsione, nelle fattispecie dianzi richiamate, di un vero e proprio diritto in capo al terzo risiederebbe nella necessità di «impedire che il debitore possa opporsi o che il creditore possa addurre un interesse contrario all'adempimento del terzo»⁴⁷.

⁴³A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 42, il quale osserva come l'ampia ammissibilità dell'adempimento del terzo prevista dal § 267 *BGB* sia connessa all'idea che l'obbligazione implica soprattutto un dover ricevere (*Bekommensollen*) del creditore. In tal senso, v. anche C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 15.

⁴⁴Sotto il Codice civile abrogato, cfr., per tutti, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 145.

⁴⁵A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 43; C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 15.

⁴⁶A tal proposito si vedano: J. ESSER - E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, t. 2, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, V ed., p. 185; J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen, 1983, p. 433, il quale configura tale diritto in termini di diritto potestativo.

⁴⁷A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 52 s., secondo cui il legislatore

Sebbene nel nostro ordinamento difetti una disposizione analoga a quella tedesca, la dottrina riconosce un «diritto potestativo»⁴⁸ ad estinguere l'obbligo altrui, in favore del terzo che sia portatore un interesse giuridicamente apprezzabile⁴⁹.

Tale interesse è riscontrabile allorché il *solvens*, pur non essendo coobbligato, sia, comunque, esposto all'azione esecutiva del creditore, come, ad esempio, nell'ipotesi del terzo proprietario del bene su cui è iscritta ipoteca in favore del creditore o nel caso del terzo acquirente dal debitore, il quale non possa opporre il proprio acquisto al creditore che abbia esperito l'azione revocatoria⁵⁰.

Siffatta impostazione, tuttavia, finisce per rievocare la categoria del terzo interessato ad adempiere l'obbligo altrui, presente nel testo dell'art. 1238 del Codice del 1865 e dell'art. 1236 del *Code civil*⁵¹.

Nei sistemi di *common law*, si rileva, anzi tutto, come la mancanza di una norma analoga a quella presente nei sistemi codificati, che espressamente ammetta l'adempimento del terzo⁵², non valga a sminuire la rilevanza, per lo meno sul piano pratico, della fattispecie⁵³. Tale lacuna, infatti, viene colmata attraverso un meccanismo giuridico che fa perno sulla *Law of restitution*⁵⁴.

tedesco, in tal guisa, avrebbe inteso «privilegiare incondizionatamente l'interesse del terzo» ad adempiere l'obbligo altrui.

⁴⁸C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 289, il quale precisa che trattasi di un potere, posto a vantaggio del terzo, di modificare unilateralmente la posizione giuridica del creditore (vale a dire di estinguere il suo diritto), dovendosi escludere, invece, l'attribuzione al terzo di una pretesa giuridica correlata ad un obbligo del creditore di ricevere la prestazione.

⁴⁹C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 289; cfr. anche A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 53, il quale parla di «legittimo interesse all'adempimento».

⁵⁰Gli esempi sono riportati da C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 289.

⁵¹Cfr. C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 16, nt. 56.

⁵²Cfr. D. FRIEDMAN, *Payment for another's Debt*, in *The Law Quarterly Review*, 1983, p. 536 ss.

⁵³Osserva, in proposito, A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 46, che «anche i sistemi che non riconoscono ai terzi la facoltà di adempiere l'obbligo altrui, non possono chiudere gli occhi a fronte di atti che sono pure sempre da qualificare come pagamento e/o adempimenti».

⁵⁴Cfr. R. GOFF - G. JONES, *The Law of restitution*, London, 1986, *passim*.

In sostanza, al terzo che abbia adempiuto il debito altrui viene accordato il diritto di pretendere dal debitore il recupero dell'esborso sostenuto per eseguire la prestazione. Nondimeno, siffatta pretesa, rappresentando un'eccezione alla regola, propria del sistema anglosassone, secondo cui non possono essere accordate azioni restitutorie relative a benefici non sollecitati (*unsolicited benefits*)⁵⁵, è ammessa solamente nei limiti in cui la prestazione eseguita dal terzo si traduca in un utile servizio per il debitore⁵⁶ ovvero sia da questi ratificata, con conseguente accettazione del relativo vantaggio⁵⁷.

Al terzo che abbia adempiuto il debito altrui, inoltre, viene riconosciuta una tutela restitutoria nei confronti del creditore, ma solo qualora il *solvens* dimostri che la prestazione sia stata eseguita per errore (*mistake*) ovvero indotta da minacce o costrizioni illecite (*illegal duress*)⁵⁸, e sempre che il creditore non l'abbia accettata in buona fede, vale a dire nell'ignoranza, non colposa, del vizio inficiante l'atto solutorio⁵⁹.

Emerge, dunque, uno scenario piuttosto singolare, in quanto il terzo adempiente può (ed anzi deve) impugnare il pagamento per ottenere la ripetizione dal creditore, sia pur nei soli casi dianzi rilevanti; per contro, il terzo non ha alcuna azione recuperatoria nei confronti del debitore, salvo che dimostri l'utilità, per quest'ultimo, del pagamento eseguito o che lo stesso venga ratificato dal debitore medesimo⁶⁰.

⁵⁵Diversamente, nei sistemi codificati, atteso il riconoscimento normativo dell'adempimento del terzo, il recupero dell'esborso patrimoniale sopportato dal terzo *solvens*, che non sia spinto da *animus donandi*, si configura come regola. In tal senso, v. A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 72.

⁵⁶D. FRIEDMAN, *Payment for another's Debt*, cit., p. 557.

⁵⁷A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 45, nt. 11.

⁵⁸Per un'analisi dell'*undue influence*, cfr. F. AMICI, *Antigiuridicità della condotta e menomazione della libertà negoziale: violenza, duress e undue influence nella prospettiva civilistica*, in *Criminologia applicata*, a cura di A. Balloni, R. Bisi e R. Sette, Padova, 2019, p. 76 ss.

⁵⁹Si noti l'affinità della fattispecie con la figura dell'indebito soggettivo, di cui all'art. 2036 cod. civ.

⁶⁰La singolarità della disciplina è messa in evidenza da A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 45.

Situazione, questa, suscettibile di correzioni in via equitativa, attraverso il *common sense* che caratterizza i sistemi non codificati, inteso quale «sinonimo di razionalità e di intelligibilità del diritto e, insieme, come sintesi riassuntiva dei nessi profondi fra istituti giuridici e realtà sociale, rispetto ai quali la giurisprudenza rappresenta la fondamentale cartina tornasole»⁶¹.

Del resto, anche nel sistema di *common law*, al pari di qualunque altro sistema giuridico⁶², le esigenze evolutive e la correlativa «necessaria conciliazione di una soluzione certa eppur giusta» debbono inevitabilmente far leva sul potere discrezionale dell'interprete, quale strumento essenziale attraverso il quale «un istituto giuridico giunge ad assolvere nuove funzioni, indipendentemente da una modificazione nella sua struttura (...) e della sua disciplina»⁶³.

4. *Adempimento del terzo ed inesattezza soggettiva, ex latere solventis, della prestazione*

Si è dianzi rilevato come l'art. 1180 cod. civ. imponga un coordinamento con l'art. 1218 cod. civ., che, seguendo il modello francese, sancisce la «regola fondamentale dell'adempimento»⁶⁴, consistente nell'esatta conformità del comportamento del debitore alla prestazione dovuta⁶⁵.

Il ricorso ad una «clausola generale di responsabilità» è frutto di una precisa scelta del Codificatore, che, in tal guisa, ha inteso non

⁶¹C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 18, nt. 69. Sulla necessità, nei sistemi non codificati, di correzioni interpretative ed adeguamenti normativi, ispirati ad equità, cfr. P. VINOGRADOFF, *Il senso comune nel diritto*, Milano, 1965, pp. 115 ss. e 141 ss.

⁶²Sui rapporti tra sistemi di *civil law* e *common law*, cfr., in generale, F. GALGANO, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 29 ss.

⁶³Così, T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 57 ss., le cui considerazioni conservano, immutata, la loro attualità.

⁶⁴Così, M. BESSONE - A. D'ANGELO, voce *Adempimento*, cit., p. 3.

⁶⁵Trattasi di affermazione pacifica tanto in dottrina (v., per tutti, R. NICOLÒ, voce *Adempimento (Diritto civile)*, cit., p. 562 ss.), quanto in giurisprudenza (cfr., *ex multis*, quanto affermato, in maniera icastica, da Cass., 23 febbraio 1963, n. 438, in *Sett. cass.*, 1963, c. 110).

tanto (o non solo) evitare una puntuale, quantunque rigida, elencazione delle varie fattispecie di inadempimento⁶⁶, quanto, piuttosto, privilegiare un criterio normativo idoneo ad individuare le variegate situazioni in cui può concretarsi la mancata attuazione del rapporto obbligatorio⁶⁷.

In particolare, l'art. 1218 cod. civ., nel collegare la responsabilità del debitore al fatto che questi, per causa a lui non imputabile⁶⁸, non esegua «esattamente» la prestazione dovuta, qualifica, per converso, l'inadempimento in termini di inesattezza della prestazione⁶⁹.

L'inadempimento, per altro, può variare di intensità, ricorrendo, oltre che nel caso limite in cui la prestazione difetti totalmente (così detto inadempimento assoluto), nelle molteplici ipotesi in cui il fatto assunto ad esecuzione dell'obbligazione non corrisponda al contenuto della prestazione dovuta; e ciò, sia sotto il profilo temporale, locativo, soggettivo o quantitativo, sia sotto quello della violazione del canone della diligenza e correttezza⁷⁰ e, ancora, sotto

⁶⁶ Siffatta impostazione, oltre a confermare la fisiologica «impossibilità di un adeguamento perfetto di qualunque struttura fissa e schematica a una varietà di casi concreti» (cfr., in termini generali, T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. 58), testimonia la tendenza del legislatore ad allontanarsi dagli schemi della fattispecie chiusa e della normazione analitica (cfr., in proposito, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, rist. integr., p. 188; ID., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 83 ss.).

⁶⁷ Trattasi di scelta di politica legislativa analoga a quella che si riscontra nell'art. 2043 cod. civ., in merito alla responsabilità aquiliana. Per un approfondimento dell'argomento, cfr. A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 300 ss. Sulla formula «aperta» dell'art. 1218 cod. civ., si veda anche L. MENGONI, *Obbligazioni "di mezzi" e obbligazioni "di risultato"* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.

⁶⁸ Sul criterio dell'imputabilità dell'inadempimento, v., tra gli altri, L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1090 ss.; G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 593 ss. Più di recente, anche per una panoramica dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in proposito, v. C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, p. 33 ss., spec. p. 48 ss.

⁶⁹ C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 20.

⁷⁰ Osserva G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, *passim*, spec. p. 51 che la buona fede in senso oggettivo, «nonostante la struttura di clausola generale, concorre non solo a determinare il comportamento dovuto dalle parti contraenti, ma

l'aspetto qualitativo o dei vizi del bene (così detto inadempimento relativo)⁷¹.

Del resto, non v'è dubbio che l'inesattezza dell'adempimento non si riduca alla sola ipotesi del «ritardo» contemplata dall'art. 1218 cod. civ.⁷²; ché anzi, l'esplicito riferimento all'inesattezza temporale trova giustificazione nell'esigenza sistematica di richiamare, in seno alla norma sulla responsabilità del debitore, una fattispecie di frequente verificaione pratica ed oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore, essendo il ritardo presupposto della *mora debendi*, disciplinata dettagliatamente dagli artt. 1219 e seguenti del Codice civile⁷³.

Giova rilevare, per inciso, come anche l'ordinamento tedesco, con la nota riforma del diritto delle obbligazioni del 2002⁷⁴, abbia

anche da quelle titolari di più generici rapporti obbligatori e giuridici, privi del carattere della patrimonialità». Per un'analisi della diretta implicazione della buona fede con gli istituti angolari della disciplina del contratto, delle obbligazioni e della responsabilità aquiliana, si veda F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

⁷¹Sul piano definitorio e classificatorio si registrano, in dottrina, opinioni differenti. Tra gli altri cfr.: M. GIORGIANNI, voce *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, pp. 862 ss. e 871 ss., che contrappone all'inadempimento definitivo quello inesatto; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2021, III ed., p. 1, il quale distingue tra inadempimento totale (quando la prestazione è del tutto ineseguita) e adempimento inesatto (quando la prestazione è quantitativamente o qualitativamente inesatta), nonché tra inadempimento definitivo (quando la prestazione non può più essere eseguita) e ritardo (quando la prestazione è provvisoriamente ineseguita), nonché adempimento imputabile e non imputabile. Si segnalano, altresì, le seguenti trattazioni generali: C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, II ed. agg.; A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. XVII, 1998, p. 25 ss.; G. VISINTINI, voce *Inadempimento*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1 ss. (ed. *ivi* postilla di aggiornamento, 2007); ID., *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2006, II ed.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.

⁷²L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, vol. 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 141 s.

⁷³C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 21. In tal senso, v. anche C. M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., p. 7.

⁷⁴La legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), pubblicata il 26 novembre 2001 (in *BGBI*, 29 novembre 2001, I, p. 3138 ss.), è entrata in vigore il 1° gennaio 2002. Per un quadro esaustivo della ri-

optato per una disciplina unitaria⁷⁵, che ruota attorno alla figura della «violazione dell'obbligo» (§ 280, primo comma, *BGB*), il cui significato può essere equiparato a quello dell'inadempimento⁷⁶, detta fattispecie ricorrendo «quando il comportamento del debitore devia obiettivamente dal programma del rapporto obbligatorio»⁷⁷.

Le considerazioni che precedono potrebbero indurre a ritenere che la clausola di esatto adempimento, di cui all'art. 1218 cod. civ., implichi una valutazione della prestazione dal punto di vista esclusivamente oggettivo, vale a dire in merito alla conformità, o meno, della condotta adempiente al contenuto dell'obbligazione assunta dal debitore. Sicché, sarebbero irrilevanti, in linea di principio, le divergenze concernenti i soggetti del rapporto obbligatorio, e segnatamente, per quanto qui d'interesse, il *solvens*.

forma, si vedano almeno: E. FERRANTE, *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2001, p. 761 ss.; C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003; G. CIAN, *Relazione introduttiva*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 9 ss.

⁷⁵Prima del citato intervento di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, nell'ordinamento tedesco difettava una norma analoga all'art. 1218 cod. civ., in forza della quale valutare e sanzionare ogni altra anomalia della prestazione diversa dalle fattispecie codificate, il *BGB* prevedendo espressamente le sole ipotesi di (inadempimento per) impossibilità sopravvenuta imputabile (*nachträgliche zu tretende Unmöglichkeit*, ex §§ 280 e 325) e di (inadempimento relativo per) mora (*Verzug*), ex §§ 286 e 326.

La dottrina, per tanto, ha elaborato la categoria delle così dette violazioni contrattuali positive (cfr., per tutti, H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1969, p. 93 ss.), con funzione suppletiva. È stato così ampliato il concetto di inadempimento, in quanto il debitore che eseguiva la prestazione in maniera «viziata» viola, al pari di colui che adempie in ritardo, il vincolo assunto con un contegno positivo, legittimando il creditore a richiedere il risarcimento dei danni e, qualora trattasi di contratti sinallagmatici, anche la risoluzione del contratto (osserva L. MENGONI, *Obbligazioni "di mezzi" e obbligazioni "di risultato"*, cit., p. 373 ss. come tale categoria, nel nostro sistema, sia del tutto superflua, attesa l'esistenza della clausola generale di cui all'art. 1218 cod. civ.).

⁷⁶Nel corso dei lavori della riforma, infatti, è stato discusso se il § 280, primo comma, *BGB* avrebbe dovuto adoperare il termine di inadempimento; ciò avrebbe aiutato, tra l'altro, ad evitare problemi di tipo ermeneutico in relazione all'impossibilità della prestazione. Tuttavia, il legislatore tedesco ha chiarito che tale concetto è equivalente a quello di inadempimento (v. RegE (ddl) *Bundestags-Drucksache* 15/6040, p. 134 s.).

⁷⁷R. FAVALE, *La Leistungsstörung nel diritto civile tedesco. Appunti di studio*, in *Ann. Camerino*, 11, 2022, p. 4.