

Collana fondata da WALTER BIGIAVI

NUOVA GIURISPRUDENZA DI DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE

G. Alpa - G. Bonilini - U. Breccia - O. Cagnasso - F. Carinci - M. Confortini - G. Cottino - A. Iannarelli - M. Sesta

L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento

A cura di Mauro Paladini

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

Diretto da U. Breccia

UTET
GIURIDICA

NUOVA GIURISPRUDENZA DI DIRITTO
CIVILE E COMMERCIALE

fondata da Walter Bigiavi

diretta da

G. Alpa - G. Bonilini - U. Breccia - O. Cagnasso - F. Carinci
M. Confortini - G. Cottino - A. Iannarelli - M. Sesta

UTET
GIURIDICA

L'ESTINZIONE DELL'OBBLIGAZIONE SENZA ADEMPIMENTO

a cura di MAURO PALADINI

UTET
GIURIDICA

© 2010 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione UTET Giuridica:
Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkigiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - e-mail: segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Maria Cristina Bozzo

Redazione: Manuela Orsi

Editing: Anna Motta

Ufficio tecnico: Mario Cambria

Composizione: Finotello - Borgo San Dalmazzo (CN)

Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN: 978-88-598-0476-5

Indice sommario

Introduzione

L'estinzione dell'obbligazione negli incerti confini tra doverosità dell'adempimento e inesigibilità della prestazione

di Mauro Paladini

1. I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento nel codice civile del 1942. p. XI
2. La nozione di "esatto adempimento" e le cause atipiche di estinzione senza adempimento » XIV
3. La domanda di risoluzione del contratto *ex art.* 1453 c.c. e la possibile estinzione dell'obbligazione inadempita » XV
4. Cause estintive ed autonomia negoziale. » XVI
5. L'espansione applicativa della compensazione oltre il requisito della "diversità" dei titoli delle reciproche obbligazioni: la c.d. compensazione "impropria". » XVIII
6. L'espansione della nozione di "impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione" » XX
7. Le nuove prospettive dell'estinzione senza adempimento: dalla *verwirkung* al principio di inesigibilità come limite alla pretesa creditoria. » XXII

Capitolo Primo

La novazione

di Concetta Barbara Pugliese

1. La definizione giurisprudenziale di novazione oggettiva: una premessa metodologica » 3
2. La novazione nel diritto romano classico e il problema delle modifiche dell'obbligazione. » 4
3. La riforma giustiniana e le interpretazioni dei giuristi del diritto intermedio: il sistema delle presunzioni e le incertezze sull'*animus novandi*. » 7

4. Novazione oggettiva e novazione soggettiva nel diritto moderno	p.	10
5. L' <i>aliquid novi</i>	»	12
6. L' <i>animus novandi</i> nella novazione espressa	»	21
7. L' <i>animus novandi</i> nella novazione tacita. Critica alle teorie sull'incompatibilità tra la precedente e la nuova obbligazione	»	27
8. La struttura della novazione: a) natura contrattuale; b) dubbi sull'ammissibilità di una novazione tramite negozio unilaterale, con particolare riferimento all'impegno del venditore all'eliminazione dei vizi della cosa compravenduta; c) possibili applicazioni dell'istituto nell'ambito del patto di famiglia; d) la c.d. novazione legale: il caso della conversione della mezzadria in affitto e della violazione del divieto di intermediazione di manodopera	»	35
9. I requisiti del contratto di novazione specificati in base all'art. 1325 c.c.	»	51
10. Novazione e modificazione dell'obbligazione: a) incidenza della novazione sul rapporto obbligatorio e sulla sua fonte; b) ambito di operatività del negozio modificativo e differenze in punto di disciplina applicabile	»	61
11. I rapporti tra la precedente e la nuova obbligazione: a) sorte delle garanzie; b) inesistenza dell'obbligazione da novare e vizi del contratto originario; c) invalidità e inefficacia del contratto di novazione	»	68

Capitolo Secondo

Remissione del debito e figure affini

di *Maria Cecilia Polo* e *Guglielmo Fabbricatore*

1. Introduzione	»	77
2. La struttura della fattispecie	»	79
3. La causa della remissione	»	84
4. Natura giuridica: remissione e rinuncia.	»	92
5. La forma	»	96
6. La restituzione volontaria del titolo	»	100
7. Rinuncia alle garanzie dell'obbligazione.	»	103
8. Effetti della remissione rispetto al debitore, ai terzi e alle garanzie	»	104
9. Rinuncia ad una garanzia verso corrispettivo.	»	110
10. Presupposti di validità della remissione	»	111
11. L'opposizione del debitore: a) l'opposizione come evento risolutivo; b) il carattere negoziale dell'opposizione; c) la legittimazione ad effettuare l'opposizione; d) la mancata opposizione e la nozione di congruo termine; e) gli effetti sulle garanzie dell'obbligazione	»	115

12. Figure affini: *a)* remissione e rinuncia al credito; *b)* remissione del debito e donazione; *c)* remissione del debito e *pactum de non petendo*; *d)* altre figure affini alla remissione del debito p. 125

Capitolo Terzo

La compensazione legale

di *Luca Martone*

- | | | |
|--|---|-----|
| 1. Introduzione | » | 133 |
| 2. Presupposti: reciprocità | » | 134 |
| 2.1. Pignorabilità | » | 145 |
| 3. Requisiti dell'oggetto: omogeneità | » | 149 |
| 3.1. Liquidità | » | 153 |
| 4. Requisiti del titolo: diversità | » | 157 |
| 4.1. Esigibilità | » | 162 |
| 4.2. Certezza | » | 165 |
| 5. Effetti fra le parti: dichiarazione | » | 167 |
| 5.1. Rinunzia | » | 172 |
| 5.2. Pluralità di crediti | » | 176 |
| 5.3. Prescrizione | » | 177 |
| 6. Divieti di compensazione | » | 179 |
| 7. Effetti sui terzi: coobbligati | » | 186 |
| 7.1. Terzi aventi causa | » | 192 |
| 8. Pignoramento e fallimento | » | 196 |
| 9. Funzione della compensazione ed istituti affini | » | 203 |

Capitolo Quarto

La compensazione giudiziale

di *Silvia Coppari*

- | | | |
|---|---|-----|
| 1. Premessa | » | 208 |
| 2. Compensazione giudiziale e compensazione legale: i due schemi compensativi a confronto | » | 210 |
| 3. (<i>Segue</i>). In particolare, gli aspetti di “autonomia” della forma “giudiziale” di compensazione | » | 214 |
| 4. Compensazione giudiziale e compensazione nel giudizio | » | 220 |

5. (<i>Segue</i>). Contestazione del credito (opposto in compensazione) e compensazione giudiziale: rapporti con l'art. 35 c.p.c.	p.	222
6. L'illiquidità a seguito di contestazione: sulla coesistenza di una nozione "sostanziale" e "processuale" di "liquidità"	»	226
7. La "facile e pronta liquidazione" in funzione delimitativa del campo di applicazione della compensazione giudiziale e come criterio di valutazione del grado di realizzabilità processuale dell'effetto compensativo	»	231
8. (<i>Segue</i>). La "facile e pronta liquidazione" nelle applicazioni giurisprudenziali	»	234
9. I possibili "modelli" di compensazione giudiziale	»	237
10. In particolare: le fattispecie di compensazione giudiziale regolate dall'art. 1243, 2° co., c.c.	»	243
11. Considerazioni conclusive sull'autonomia della compensazione giudiziale	»	248

Capitolo Quinto

La compensazione volontaria e impropria

di *Andrea Renda*

1. Premessa terminologica	»	255
2. La compensazione convenzionale ad effetti estintivi corrispettivi (art. 1252, 1° co., c.c.)	»	256
2.1. Notazioni preliminari.	»	256
2.2. Il contenuto del contratto in relazione alla disciplina di legge: il problema della reciprocità dei crediti	»	262
2.3. (<i>Segue</i>). Liquidità, esigibilità ed omogeneità dei crediti	»	275
2.4. (<i>Segue</i>). Ulteriori profili	»	282
3. Il <i>pactum de compensando</i> (art. 1252, 2° co., c.c.)	»	290
4. (<i>Segue</i>). Il conto corrente ordinario e il conto corrente di corrispondenza	»	296
5. (<i>Segue</i>). Il contratto di riscontro e la c.d. compensazione multilaterale nelle "stanze di compensazione"	»	311
6. (<i>Segue</i>). La c.d. anticresi compensativa.	»	322
7. La compensazione facoltativa	»	324
8. La compensazione impropria.	»	327
8.1. Lo stato della giurisprudenza	»	327
8.2. Rilievi problematici	»	336

Capitolo Sesto**La confusione**di *Luca Martone*

1. Premessa	p.	352
2. Riunione delle qualità	»	353
3. Riunione c.d. dei patrimoni	»	360
4. Gli effetti sui terzi	»	363
5. L'eccezione dei titoli di credito	»	371
6. Cumulo di qualità debitorie	»	375
7. <i>Ratio</i> ed istituti similari	»	379

Capitolo Settimo**L'impossibilità sopravvenuta della prestazione**di *Emanuele Passaro*

1. Introduzione. Ricognizione normativa. Cenni di diritto uniforme europeo	»	384
2. Il complesso accertamento di produzione dell'effetto estintivo. Il giudizio di efficienza impeditiva: l'impossibilità assoluta, l'impossibilità relativa e l'inesigibilità	»	400
2.1. (<i>Segue</i>). L'impossibilità oggettiva e l'impossibilità soggettiva. Le obbligazioni pecuniarie. Il contratto di lavoro subordinato	»	409
3. Il giudizio di efficienza estintivo-liberatoria: l'impossibilità imputabile e l'impossibilità inimputabile	»	417
3.1. (<i>Segue</i>). La giurisprudenza maggioritaria: la concezione soggettiva dell'effetto estintivo-liberatorio e la diligenza del debitore	»	420
3.2. (<i>Segue</i>). La giurisprudenza minoritaria: la concezione oggettiva dell'effetto estintivo-liberatorio tra dominio, rischio e convenienza. La responsabilità per fatto degli ausiliari. L'organizzazione aziendale e lo sciopero	»	428
3.2.1. (<i>Segue</i>). Forza maggiore, caso fortuito, e responsabilità da <i>receptum</i>	»	438
4. Il giudizio di estensione dell'effetto "estintivo-liberatorio". L'impossibilità definitiva, l'impossibilità temporanea e la perdita della cosa determinata. L'impossibilità totale o parziale	»	449
Indice analitico	»	457

Introduzione

L'estinzione dell'obbligazione negli incerti confini tra doverosità dell'adempimento e inesigibilità della prestazione

di Mauro Paladini

SOMMARIO: 1. I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento nel codice civile del 1942. – 2. La nozione di “esatto adempimento” e le cause atipiche di estinzione senza adempimento. – 3. La domanda di risoluzione del contratto *ex art.* 1453 c.c. e la possibile estinzione dell'obbligazione inadempita. – 4. Cause estintive ed autonomia negoziale. – 5. L'espansione applicativa della compensazione oltre il requisito della “diversità” dei titoli delle reciproche obbligazioni: la c.d. compensazione “impropria”. – 6. L'espansione della nozione di “impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione”. – 7. Le nuove prospettive dell'estinzione senza adempimento: dalla *verwirkung* al principio di inesigibilità come limite alla pretesa creditoria.

1. I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento nel codice civile del 1942.

Il fenomeno dell'estinzione dell'obbligazione senza adempimento non appartiene soltanto alla dogmatica classica e non risponde a mere esigenze di classificazione sistematica nell'ambito della teoria generale del rapporto obbligatorio. L'evoluzione delle dinamiche economiche e contrattuali ha sottoposto all'attenzione della giurisprudenza nuove varianti delle tradizionali ipotesi di cessazione dell'obbligazione “senza adempimento”, rendendo, da un lato, più incerto il confine della regolare attuazione del vincolo obbligatorio e, dall'altro, più ampio l'ambito applicativo dei relativi istituti previsti dal codice civile.

Una panoramica visione delle linee di tendenza in questa materia sembra porre in evidenza, quindi, una specificazione interna dei requisiti delle singole figure codicistiche, che, in molti casi – grazie all'applicazione giuri-

sprudenziiale – pare precludere all'emersione di figure atipiche. Si assiste, così, a un fenomeno che si potrebbe definire di “espansione” dell'estinzione dell'obbligazione senza adempimento che, sul piano esclusivamente sistematico, rappresenta una controtendenza rispetto al sensibile snellimento della categoria operata dal codificatore del 1942. Quest'ultimo aveva operato un apprezzabile tentativo di razionalizzazione della categoria, procedendo a nuove collocazioni sistematiche, frutto della delimitazione delle caratteristiche dei precedenti istituti.

a) In una prima direzione, infatti, il codice civile del 1865 – nel recepire l'identica scelta del *Code Napoléon* (e pur riducendo, a sua volta, il catalogo delle cause estintive di derivazione romanistica) – includeva nei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dal “pagamento”, l'annullamento, la rescissione, la condizione risolutiva e la prescrizione. L'accentuazione della distinzione sistematica tra “obbligazione” e “contratto” – introdotta dal codice vigente – ha indotto a collocare la rescissione, l'annullamento e la condizione risolutiva tra le cause di estinzione retroattiva degli effetti del contratto, con conseguente caducazione “indiretta” delle obbligazioni che nel contratto stesso trovano la loro fonte¹.

Mentre l'estinzione del contratto consiste nella definitiva cessazione dei suoi effetti, l'estinzione dell'obbligazione nascente dal contratto rappresenta la vicenda di un effetto contrattuale e, quindi, essa non rimuove il contratto, ma ne costituisce, anzi, una modalità di esecuzione. Del tutto condivisibile, dunque, appare la scelta di svincolare la disciplina dell'estinzione dell'obbligazione senza adempimento dalle altre vicende che comportano la cessazione di efficacia della fonte contrattuale, come, ad esempio, il termine finale, il recesso e la risoluzione del contratto.

La separazione della disciplina dell'obbligazione da quella del contratto ha inciso, poi, sulla valenza e sugli effetti dell'impossibilità sopravvenuta

¹ Già la dottrina, sotto il vigore dell'abrogato codice, aveva aspramente criticato la scelta di inserire la condizione risolutiva tra i modi di estinzione dell'obbligazione, osservando come l'estinzione si verifici soltanto allorché il contratto non sia stato eseguito (*adhuc res est integra*) e come, al contrario, in ipotesi di avvenuta esecuzione del contratto stesso, il verificarsi della condizione risolutiva si ponga come “fonte” delle conseguenti obbligazioni restitutorie: LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in generali*, Napoli-Torino, 1908, II, 5 e 6. Si era autorevolmente rilevato, inoltre, che la condizione risolutiva poteva operare come causa estintiva dell'obbligazione soltanto in un limitato ambito di fattispecie contrattuali: GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Torino, VII, 3.

della prestazione, che il precedente codice limitava all'ipotesi della «perdita della cosa dovuta» nelle obbligazioni di dare. L'attuale disciplina dell'istituto costituisce un significativo esempio di dialettica sistematica tra norme sull'obbligazione e sul contratto, là dove si può apprezzare la diversa rilevanza che l'estinzione dell'obbligazione (art. 1256 c.c.) assume nell'ambito del contratto con prestazioni corrispettive (art. 1463 c.c.) e l'ulteriore intreccio con le norme sulla *mora credendi* (art. 1207 c.c.), che consentono di mantenere intatta l'obbligazione corrispettiva a quella divenuta impossibile (*infra*, § 6).

b) Anche la prescrizione, da causa di estinzione dell'obbligazione, è divenuta, nell'attuale codice, un modo generale di estinzione dei diritti per decorso del tempo. Il legislatore del 1942 – abbandonato il criterio discrezionale fondato sull'operatività *ipso iure* o *per exceptionem*, che dal diritto romano era giunto fino ai commentatori dell'età moderna – ha preferito collocare la prescrizione nel libro dedicato alla tutela giurisdizionale dei diritti, considerato che essa, operando soltanto *ope exceptionis* (su richiesta della parte debitrice), si limita a paralizzare l'azione del creditore rivolta a conseguire quanto dovuto. L'obbligazione in sé, dunque, non si estingue per effetto del mero decorso del tempo, tant'è che il debitore, anche successivamente allo spirare del termine di prescrizione, può determinarsi ad adempiere, senza che la sua prestazione possa essere catalogata nell'area dell'indebitato o dell'adempimento di obbligazione naturale.

c) Altrettanto chiara è stata la scelta del legislatore del 1942 con riguardo alla distinzione delle cause estintive dell'obbligazione dalle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio, che il precedente codice qualificava, invece, come figura specifica di novazione (art. 1267, n. 2, Codice 1865). L'odierno art. 1235 c.c., invero, si limita a menzionare – nella sezione dedicata alla novazione – la figura della c.d. novazione soggettiva, che ricorre «quando un nuovo debitore è sostituito a quello originario che viene liberato». In tal caso, tuttavia, non si verifica alcuna estinzione dell'obbligazione, bensì la mera circolazione soggettiva dell'originario rapporto obbligatorio ed il conseguente trasferimento dell'obbligazione a carico di un nuovo debitore. La stessa norma dell'art. 1235 c.c., infatti – lungi dal sovrapporre la fattispecie all'ipotesi della novazione oggettiva –, si limita a rinviare «alle norme contenute nel Capo VI», cioè agli artt. 1268 ss. c.c., che riguardano la delegazione, l'espromissione e l'accollo, tre meccanismi mediante i quali può conseguirsi la successione per atto tra vivi nel lato passivo del rapporto obbligatorio.

2. La nozione di “esatto adempimento” e le cause atipiche di estinzione senza adempimento.

Nonostante l’elencazione contenuta nel Capo IV del Titolo I del Libro IV – secondo cui le figure riconducibili alla categoria in esame sono la novazione (artt. 1230-1235 c.c.); la remissione del debito (artt. 1236-1240 c.c.); la compensazione (artt. 1241-1252 c.c.); la confusione (artt. 1253-1255 c.c.); l’impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (artt. 1256-1259 c.c.). – si può affermare che, secondo il codice civile del 1942, l’estinzione senza adempimento si configura, in chiave “negativa”, in tutti i casi in cui il rapporto obbligatorio non abbia regolare attuazione attraverso l’“esatto adempimento”².

Per aversi “regolare attuazione” del rapporto obbligatorio, occorrono tre requisiti:

a) in primo luogo, colui che adempie deve essere “il debitore”, ossia la parte che si è obbligata all’adempimento al momento costitutivo del rapporto obbligatorio;

b) in secondo luogo, la prestazione deve essere adempiuta “al creditore”, ossia al soggetto nel cui interesse il rapporto obbligatorio è sorto;

c) infine, l’adempimento deve avere ad oggetto esattamente “la prestazione” originariamente prevista.

Pertanto, allorquando il legislatore sancisce l’estinzione del rapporto obbligatorio nonostante la mancanza di uno dei tre descritti elementi di identità, si configura *lato sensu* una causa di estinzione dell’obbligazione diversa dall’adempimento. Le figure espressamente menzionate e disciplinate dal codice civile non costituiscono, quindi, un *numerus clausus*.

a) In relazione al primo requisito – nel caso in cui, quindi, non vi sia l’adempimento del debitore – l’obbligazione si estingue nell’ipotesi dell’adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) e, secondo parte della dottrina, nell’ipotesi di pagamento con surrogazione.

b) Con riguardo alla necessità che la prestazione sia adempiuta “al creditore”, il codice civile prevede alcune fattispecie, nelle quali l’estinzione dell’obbligazione consegue all’adempimento effettuato a soggetto diverso dal creditore. È il caso del pagamento al creditore apparente (art. 1189 c.c.) e del pagamento fatto a chi non era legittimato a riceverlo, purché il creditore ratifichi o comunque ne profitti (art. 1188 c.c.).

² BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 681 ss.

Non si ha soddisfazione diretta dell'interesse del creditore neppure nella procedura di liberazione "coattiva", a cui il debitore può far ricorso senza o anche contro la volontà del creditore, quando costui rifiuti, senza motivo legittimo, il pagamento offertogli (artt. 1206 ss. c.c.).

c) L'obbligazione si estingue, altresì, quando il debitore esegue, con il consenso del creditore, una prestazione diversa da quella originariamente dovuta (*datio in solutum*, art. 1197 c.c.).

Non estingue l'obbligazione, invece, la morte del debitore, la quale può semmai determinare l'intrasmissibilità della sua fonte contrattuale nel caso di contratti stipulati *intuitu personae* (ad esempio, art. 1722, n. 4, c.c.).

3. La domanda di risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e la possibile estinzione dell'obbligazione inadempita.

È pacifico che l'inadempimento non possa essere annoverato tra le cause di estinzione dell'obbligazione, posto che esso fa sorgere in capo al debitore l'obbligazione "sucedanea" di risarcimento del danno, che si sostituisce all'originaria obbligazione.

È controverso, tuttavia – in giurisprudenza – se la proposizione della domanda di risoluzione per inadempimento, ai sensi dell'art. 1453, 2° co., c.c., comporti l'impossibilità di richiedere successivamente l'adempimento e configuri, pertanto, "di per sé" una causa estintiva dell'obbligazione gravante sulla parte inadempiente.

Una parte della giurisprudenza³, infatti, ha affermato che il convenuto nel giudizio di risoluzione del contratto debba ritenersi liberato "in ogni caso" dall'obbligo di esecuzione della prestazione a suo carico, qualunque sia l'esito processuale del giudizio di risoluzione. In tale prospettiva, sia pure come conseguenza della caducazione dell'efficacia del titolo contrattuale, la domanda giudiziale di risoluzione del contratto parrebbe configurare "di per sé" una causa estintiva dell'obbligazione inadempita.

La giurisprudenza prevalente⁴, tuttavia, afferma che il divieto di richiedere l'adempimento della prestazione non deve più ritenersi operante nel

³ Cass., 11.2.1993, n. 1698; Cass., 9.6.1992, n. 7085.

⁴ Cass., 19.1.2005, n. 1077; Cass., 9.12.1988, n. 6672; Cass., 25.11.1983, n. 7078; Cass., 28.11.1953, n. 3611.

caso di caducazione dell'interesse del creditore alla risoluzione del rapporto, come nei casi di rigetto o declaratoria di inammissibilità della domanda di risoluzione o di estinzione del giudizio. Il principio dell'inammissibilità della domanda di adempimento proposta successivamente a quella di risoluzione (art. 1453, 2° co., c.c.) è applicabile, infatti, purché esista un interesse “attuale” alla declaratoria di risoluzione del rapporto negoziale, di talché, quando tale interesse venga meno per essere stata la domanda di risoluzione rigettata o dichiarata inammissibile, la preclusione non opera e rivive il diritto ad ottenere l'adempimento.

Conseguentemente, la proposizione della domanda di risoluzione non può configurare di per sé una causa estintiva dell'obbligazione diversa dall'adempimento.

4. Cause estintive ed autonomia negoziale.

L'espansione dell'autonomia negoziale costituisce una chiave di lettura della specificazione interna ai vari istituti previsti dal legislatore come ipotesi di estinzione senza adempimento.

Con riguardo alla novazione, in primo luogo, l'analisi della giurisprudenza si è incentrata, in particolare, sul dato normativo che impone che “la volontà di estinguere l'obbligazione” risulti “in modo non equivoco”. Escluso che tale formula possa essere assimilata ad altre che, in diversi ambiti normativi, richiedono la volontà “espressa” (art. 1937 c.c.) e ammesso, quindi, che la volontà novativa delle parti possa essere manifestata anche attraverso comportamenti concludenti⁵, la giurisprudenza ha ribadito la natura contrattuale della novazione e la necessità che la sostituzione-estinzione della precedente obbligazione derivi in ogni caso da un “accordo” (espresso o tacito, ma pur sempre univoco) stipulato dalla parti⁶.

⁵ Cass., 16.6.2005, n. 12962; Cass., 2.6.1998, n. 5399; Cass., 23.12.1987, n. 9620.

⁶ L'opportunità di riesaminare tale aspetto è stata offerta dal contrasto giurisprudenziale formatosi con riguardo alla qualificazione dell'impegno del venditore all'eliminazione dei vizi riscontrati nella cosa venduta: Cass., S.U., 21.6.2005, n. 13294, ha statuito che non è consentito desumere dalla dichiarazione unilaterale del venditore la novazione oggettiva – consistente nella sostituzione dell'originaria obbligazione di garanzia *ex art. 1490 c.c.* con la nuova obbligazione avente ad oggetto l'eliminazione dei vizi – dovendosi rigorosamente accertare se, nel caso concreto, le parti abbiano effettivamente concluso un accordo novativo in tal senso. Sul punto, *infra* Cap. II, § 8.

Anche con riguardo alla remissione del debito, la feconda riflessione dottrinale⁷ e l'attenta applicazione giurisprudenziale hanno consentito di tracciare precisi confini strutturali tra l'istituto tipizzato e una molteplicità di figure limitrofe ma distinte, frutto del variegato atteggiarsi della volontà della parti creditrice e di quella debitrice. Già all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942, la Suprema Corte⁸ aveva ritenuto di distinguere la "remissione del debito" dal "contratto solutorio", da intendersi come figura atipica, consentita *ex art. 1322, 2° co., c.c.*, nella quale la remissione non costituisce un negozio unilaterale, ma trae origine da un apposito "contratto" costituitosi tra creditore e debitore.

Allo stesso modo, il diverso atteggiarsi della volontà del creditore e del debitore può far sorgere, in luogo della remissione del debito, un mero *pactum de non petendo*, in virtù del quale il creditore si impegna, anche temporaneamente, a non agire per ottenere il soddisfacimento della sua pretesa, che rimane tuttavia, interamente, sussistente. E in ossequio al principio per cui anche la remissione (al pari della novazione) deve essere "inequivoca", la giurisprudenza⁹ afferma prudenzialmente, ad esempio, che la semplice "assunzione dell'obbligo" di restituzione del titolo, non accompagnata dalla effettiva restituzione (*ex art. 1237 c.c.*), in mancanza di elementi certi che facciano ritenere la rinuncia estintiva dell'obbligazione, costituisce mera rinuncia ad azionare il titolo in giudizio e deve essere qualificata, pertanto, come *pactum de non petendo*, e non come remissione del debito.

Tra le sottili pieghe della distinzione tra remissione del debito e transazione si colloca, poi, la figura atipica del c.d. accordo remissorio¹⁰ – negozio atipico a struttura bilaterale (o plurilaterale), che si perfeziona con il consenso manifestato da entrambe le parti – con cui il creditore ed il debitore determinano l'estinzione del debito mediante il pagamento, da parte del debitore, di una "quota" di esso.

⁷ PERLINGIERI, *Modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 247 ss.

⁸ Cass., 15.1.1943, n. 65.

⁹ Cass., 7.6.2000, n. 7717; Cass., 10.6.1994, n. 5646.

¹⁰ Cass., 22.2.1995, n. 2021, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1654.

5. *L'espansione applicativa della compensazione oltre il requisito della "diversità" dei titoli delle reciproche obbligazioni: la c.d. compensazione "impropria"*.

La sensibilità pratica dell'interprete ha indotto alla notevole espansione dell'istituto della compensazione "al di là" dei requisiti ritenuti tradizionalmente caratteristici di tale figura. Si è riconosciuta, così, ampia applicazione alla compensazione c.d. impropria¹¹ allorquando, in presenza di un unico rapporto giuridico da cui sorge una pluralità di reciproci crediti, il giudice effettua un mero accertamento contabile di dare e avere, con elisione automatica dei relativi crediti fino alla reciproca concorrenza.

La netta distinzione della compensazione impropria dalle figure di compensazione legale e giudiziale, previste dal codice civile – per le quali, secondo la prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale¹², occorre la "diversità" dei titoli delle reciproche obbligazioni¹³ – ha condotto alla configurazione di un istituto dotato di disciplina e caratteristiche autonome, il cui ambito di applicazione appare in crescita. Nella compensazione impropria, pertanto: *a*) il giudice può effettuare la compensazione anche d'ufficio; *b*) la relativa eccezione processuale non è soggetta alle decadenze proprie delle eccezioni in senso stretto (artt. 35 e 167 c.p.c.); *c*) la coesistenza delle reciproche partite di dare e di avere non determina l'arresto del decorso della prescrizione (diversamente da quanto previsto dall'art. 1242, 2° co., c.c.); *d*) il credito che nasce dall'unico rapporto complesso può essere oggetto di compensazione "per l'intero", e non nei limiti di un quinto quando derivi da un rapporto di lavoro¹⁴.

Tali regole sono state ritenute applicabili, ad esempio:

a) ai debiti e i crediti al risarcimento del danno che, rispettivamente spettanti ai conducenti di veicoli venuti a collisione, hanno origine dall'unico evento dannoso prodotto dalle concomitanti azioni colpose, presunte tali ex art. 2054 c.c.¹⁵;

¹¹ Cap. VI, § 8.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cap. VI, § 4.

¹⁴ *Ex plurimis*, Cass., 29.3.2004, n. 6214; Cass., 16.3.2004, n. 5363; Cass., 25.11.2002, n. 16561.

¹⁵ Cass., 25.8.2006, n. 18498, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1130, con nota di Cicero.

b) ai reciproci crediti nell'ambito della compensazione fallimentare, a proposito della quale le Sezioni Unite della Suprema Corte¹⁶ hanno affermato che «la compensazione in sede di fallimento è applicabile anche alle ragioni di dare ed avere che abbiano origine da uno stesso rapporto contrattuale, o da rapporti collegati, e non presuppone quindi l'autonomia dei rapporti negoziali da cui sorgono i crediti contrapposti delle parti»;

c) ai contrapposti crediti derivanti da un contratto di lavoro, anche nel caso in cui il debito del lavoratore derivi da un'obbligazione risarcitoria per fatto illecito¹⁷.

Proprio una siffatta applicazione dell'istituto ha provocato l'intervento del Giudice delle leggi¹⁸, che – nel respingere la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 1246, 1° co., n. 3, c.c., e dell'art. 545, 3°, 4° e 5° co., c.p.c., per contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost., «nella parte in cui non prevedono espressamente che la compensazione ed il pignoramento di quanto dovuto a titolo di stipendio, salario e altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, operi nei limiti ivi previsti anche in relazione a crediti vantati dal datore di lavoro in dipendenza del rapporto di lavoro o di impiego» – ha implicitamente riconosciuto la conformità al dettato costituzionale della configurazione giurisprudenziale della compensazione c.d. impropria.

¹⁶ Cass., S.U., 16.11.1999, n. 775.

¹⁷ Cass., 17.4.2004, n. 7337; Cass., 25.11.2002, n. 16561.

¹⁸ C. cost., 4.7.2006, n. 259, secondo cui l'integrale compensabilità del credito del lavoratore a titolo di retribuzione con il debito *ex delicto* non contrasta né con l'art. 3 Cost., «poiché la circostanza che il credito del datore di lavoro abbia il suo fatto costitutivo in un delitto (ad esempio, nella specie, appropriazione indebita) non è idonea a rendere in toto equiparabile il credito del datore di lavoro a quello di qualsiasi altro creditore, e quindi a rendere privo di razionale giustificazione l'orientamento giurisprudenziale che ravvisa la specificità di quel credito nella circostanza che l'obbligazione risarcitoria dell'ex dipendente scaturisce da un comportamento che non solo ha nell'esistenza del rapporto di lavoro la sua necessaria ed insostituibile occasione, ma che costituisce anche grave violazione dei doveri del prestatore di lavoro verso il datore», né con l'art. 36 Cost., «dal momento che la norma dell'art. 545 c.p.c. – se è vero che contempera l'interesse del creditore al recupero del proprio credito e quello del lavoratore a non veder vanificata la funzione alimentare del credito retributivo – non costituisce una modalità obbligata per realizzare tale contemperamento e, tanto meno, per realizzarlo nella misura ivi prevista nei confronti di qualsiasi credito».

6. *L'espansione della nozione di "impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione".*

Particolare flessibilità ha dimostrato l'istituto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore (art. 1256 c.c.), soprattutto con riferimento all'ipotesi di obbligazione collocata nell'ambito dei contratti con prestazioni corrispettive, là dove – secondo le norme contenute nel titolo sul contratto in generale – se si tratta di impossibilità “totale”, la parte liberata della sua obbligazione non può pretendere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuto (art. 1463 c.c.); se si tratta, invece, di impossibilità parziale, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione dovuta e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale (art. 1464 c.c.). Il coordinamento con le norme sulla *mora credendi* comporta, tuttavia, che, se la parte che aveva diritto a ricevere la prestazione divenuta impossibile era in mora (non aveva, cioè, ricevuto, senza motivo legittimo, il pagamento offertogli nei modi di legge), essa non è né liberata dall'obbligo della controprestazione (nel caso di impossibilità totale), né potrà pretendere la riduzione della sua prestazione o recedere dal contratto (nel caso di impossibilità parziale): essa sarà, dunque, tenuta ad adempiere senza poter più pretendere la controprestazione (art. 1207 c.c.).

Senonché, la simmetria tra norme sull'obbligazione e norme sul contratto non appare perfetta, posto che in queste ultime nulla ha previsto il legislatore con riguardo all'impossibilità temporanea, che estingue la singola obbligazione «se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla» (art. 1256, 2° co., c.c.). L'opinione preferibile ha equiparato l'impossibilità temporanea all'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.), con la conseguenza che il contraente creditore può recedere dal contratto allorché il tempo trascorso è tale che egli non ha più un apprezzabile interesse al mantenimento del contratto¹⁹.

Anche nell'ambito dei contratti di durata, l'impossibilità temporanea della prestazione continuata costituisce un'ipotesi di impossibilità parziale²⁰

¹⁹ Per un più analitico quadro della problematica, Cap. VIII, § 4.

²⁰ Sul punto, ampiamente, PERLINGIERI, *op. cit.*, 502 ss.

ed il contraente creditore della porzione di prestazione perduta può chiedere la corrispondente riduzione della prestazione da lui dovuta, oppure può recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'esecuzione parziale del contratto stesso (art. 1464 c.c.); la Suprema Corte²¹ ha escluso, invece – in difetto di una specifica previsione contrattuale – il diritto del creditore a una corrispondente proroga della durata del contratto per un tempo corrispondente alla durata dell'impossibilità temporanea.

Riprendendo uno spunto già espresso da autorevole dottrina²², la giurisprudenza²³ ha esteso, poi, la nozione di "impossibilità sopravvenuta della prestazione" fino a comprendere l'impossibilità del creditore di fruire della prestazione che il debitore sia in grado di eseguire: è stato considerato così automaticamente risolto *ex art. 1463 c.c.* il contratto di albergo, già adempiuto dal cliente che sia però successivamente morto e, pertanto, impossibilitato a fruire della controprestazione²⁴.

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile ha assunto, in definitiva, una tale rilevanza nel crocevia delle dinamiche obbligazione/contratto da assurgere a normativa inderogabile. È ciò che la giurisprudenza²⁵ afferma espressamente in tema di *leasing*, a proposito della clausola che esonera il concedente dal rischio per la mancata consegna del bene all'utilizzatore (mancata consegna che, rispetto al contratto di *leasing*,

²¹ Cass., 27.9.1999, n. 10690, in *Contratti*, 2000, 113, con nota di Carnevali.

²² MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, III, 522: «non è da escludere (...) che l'impossibilità colpisca il creditore, nel senso che egli sia messo (da causa a lui non imputabile), nell'impossibilità di ricevere la prestazione, secondo quanto lascia intendere l'art. 1206, allorché allude a motivo legittimo, come a discriminante della mora del creditore».

²³ Cass., 20.12.2007, n. 26958.

²⁴ Qualche perplessità suscita, invece, l'affermazione giurisprudenziale (Cass., 24.7.2007, n. 16315), secondo cui gli eventi che incidono negativamente sull'interesse creditorio (come, ad esempio, l'improvvisa diffusione di un'epidemia nel luogo prescelto per l'effettuazione di una vacanza) depongono per l'impossibilità della relativa realizzazione e, pertanto, per l'estinzione dell'obbligazione per «impossibilità di utilizzazione della prestazione non imputabile al creditore». Invero, in tal caso, la fattispecie appare più correttamente riconducibile al fenomeno della presupposizione, con la conseguenza che l'estinzione dell'obbligazione è soltanto la conseguenza dello scioglimento del rapporto contrattuale (per risoluzione giudiziale o per recesso unilaterale, come ha ritenuto recentemente la Suprema Corte: Cass., 25.5.2007, n. 12235).

²⁵ Cass., 2.11.1998, n. 10926; Cass., 6.6.2002, n. 8222; Cass., 8.3.2005, n. 5003; Cass., 12.10.2007, n. 20592.

costituisce, appunto, una causa di impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c.). La deroga all'efficacia estintiva dell'obbligazione per effetto della sopravvenuta impossibilità non imputabile – afferma la Suprema Corte – deve considerarsi nulla, poiché essa si pone in contrasto sia con la causa del contratto di *leasing* (che da contratto “di scambio” viene tramutato, in pratica, in contratto “di credito”), sia con l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede (e sarebbe contrario all'art. 1375 c.c. che il concedente stipuli il contratto di acquisto del bene senza preoccuparsi dell'effettiva consegna del bene all'utilizzatore).

7. *Le nuove prospettive dell'estinzione senza adempimento: dalla *verwirkung* al principio di inesigibilità come limite alla pretesa creditoria.*

Le tendenze giurisprudenziali sopra illustrate attengono alla dimensione “interna” di istituti fortemente legati alla tradizione giuridica italiana ed europea. Emergono, tuttavia, percorsi interpretativi volti alla configurazione di cause “atipiche” di estinzione senza adempimento, sulle quali non è ancora intervenuta una riflessione specifica anche nel contesto del diritto privato europeo.

La sempre più ampia affermazione della regola generale della buona fede e del divieto di abuso del diritto può precludere, infatti – nel settore dell'estinzione dell'obbligazione – all'elaborazione di un principio generale di “inesigibilità assoluta” della prestazione e di conseguente caducazione dell'obbligazione stessa, allorché l'esercizio del diritto di credito appaia pretestuoso, emulativo e finalizzato esclusivamente a pregiudicare il soggetto obbligato.

Da un lato, si può constatare come non abbia avuto seguito, finora, nel nostro ordinamento, l'istituto giurisprudenziale tedesco della *verwirkung*, secondo il quale produce l'estinzione dell'obbligazione la prolungata inerzia del creditore che ingeneri nel debitore il giustificato affidamento in ordine alla rinuncia a far valere la pretesa²⁶. Sul punto, la giurisprudenza italiana preferisce conformarsi, infatti, al tradizionale indirizzo secondo cui «il sem-

²⁶ PATTI, *Verwirkung*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1995, 722 ss.; GALLI, *Le nuove frontiere della prescrizione: Verwirkung, abuso del diritto e buona fede*, in *Corriere giur.*, 1998, 928; RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971.

plice fatto di ritardare l'esercizio di un proprio diritto non dà luogo a una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, qualunque convinzione possa essersi fatta del ritardo il debitore, e non è causa per escludere la tutela giudiziaria, salvo che sia intervenuta un'inequivoca rinuncia tacita al diritto»²⁷.

Dall'altro, tuttavia, a fronte di un apparente ossequio al dato positivo ed alla valutazione dei comportamenti contrari alla buona fede sul piano esclusivamente risarcitorio²⁸, non mancano posizioni innovative e, per alcuni aspetti, "eversive" rispetto al tradizionale impianto della disciplina dell'obbligazione. Le Sezioni Unite²⁹ hanno già avuto modo di affermare che una rilettura degli istituti codicistici in senso conforme al precetto costituzionale di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.) consente di individuare un "principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie". L'affermazione rinviene i suoi precedenti in alcune pronunce della Corte costituzionale, che hanno giustificato, in tal modo, la legittimità di alcune previsioni legislative speciali di esonero da responsabilità per l'inadempimento³⁰, non mancando peraltro di invocare presunti principi generali, i quali – se applicati indiscriminatamente nella materia del diritto delle obbligazioni – rischierebbero di tramutarsi in un serio *vulnus* alla certezza del confine tra adempimento ed inadempimento, tra permanenza del vincolo obbligatorio ed estinzione senza adempimento. Non si può, invero, non manifestare preoccupazione nei riguardi della molteplicità (e imprevedibilità) di applicazioni giurisprudenziali dell'affermazione – parimenti compiuta dal Giudice delle leggi³¹ – secondo cui «quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa

²⁷ Cass., 2.5.2006, n. 10127, in *Il civilista*, 2007, 81, con nota di Florio; Cass., 15.3.2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, 1397, con nota di Colangelo.

²⁸ In questo senso, da ultimo, Cass., 18.9.2009, n. 20106.

²⁹ Cass., S.U., 13.9.2005, n. 18128.

³⁰ C. cost., 24.1.1989, n. 22, in *Giur. it.* 1989, I, 1530, che aveva giudicato legittimo l'art. 2, d.l. 25.9.1987, n. 393, convertito nella l. 25.11.1987, n. 478, che disponeva l'esonero dall'obbligo risarcitorio di cui all'art. 1591 c.c. in favore del conduttore di immobile non abitativo nell'ipotesi di comprovata insussistenza della difficoltà di reperire altro immobile idoneo; nello stesso senso, C. cost., 1.4.1992, n. 149.

³¹ C. cost., 3.2.1994, n. 19, in *Giur. cost.*, 1994, 136.

creditoria, allora l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato».

È vero che – nei casi esaminati dalla Corte costituzionale – l'inesigibilità si riduceva a una “sospensione” temporale dell'azionabilità del credito, ma non può escludersi che la possibile intersecazione tra “inesigibilità” ed “abusività” della condotta del creditore possa porre, in un futuro non lontano, il problema dell'estinzione del diritto per abuso da parte del creditore.

Si tratta di prospettive di evoluzione del sistema non scevre, tuttavia, di pericoli, dalle quali appaiono lontani, al momento, sia gli elaboratori dei principi comuni del diritto europeo³², sia i legislatori degli ordinamenti simili al nostro, che – anche *de iure condendo* – continuano a preferire la sistemica classica di matrice ottocentesca³³.

Invero, la mancanza di parametri sufficientemente determinati, dai quali far discendere il contrasto tra la doverosità dell'adempimento e la prevalenza di valori costituzionali, rischia di affidare alla discrezionalità mutevole dell'interprete la valutazione circa la persistenza dell'obbligazione, attraverso un'interpretazione precettiva diretta delle norme costituzionali (ad esempio, quelle sul dovere di solidarietà o sulla libertà di iniziativa economica privata) nel contesto del rapporto obbligatorio, fino al punto di valutare l'abusività di determinati comportamenti quale causa generale (non codificata) di estinzione dell'obbligazione senza adempimento.

³² I *Principi di diritto europeo dei contratti*, ad esempio, si limitano alla disciplina della compensazione (cap. XIII). Per un quadro completo della disciplina delle obbligazioni del diritto privato europeo, CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, 137 ss.

³³ Significativo, in tal senso, ad esempio, la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, elaborata nel 2009 dalla commissione governativa spagnola, la quale ripropone una disciplina specificamente destinata alla compensazione, alla novazione, alla remissione del debito ed alla confusione.

La stessa legge tedesca di riforma dello *Schuldrecht*, pur avendo codificato la *Geschäftsgrundlage* (che determina, tuttavia, la possibile caducazione della fonte negoziale dell'obbligazione), non ha modificato l'impostazione tradizionale delle cause di estinzione diverse dall'adempimento. Si rinvia, sul punto, all'ampia introduzione di PATTI, *Bürgerliches Gesetzbuch*, nella versione tradotta in italiano, Giuffrè-Beck, 2005.