

CRISTINA AMATO

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

---

Isbn 9788828806431

*Estratto dal volume:*

LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO

I testi fondamentali commentati con la dottrina  
e annotati con la giurisprudenza

**CODICE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE**

a cura di Emanuela Navarretta

2021

## RESPONSABILITÀ DA INADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE

Commento di **CRISTINA AMATO**

**1175**  
c.c. **Comportamento secondo correttezza.** — *Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.*

**1176**  
c.c. **Diligenza nell'adempimento.** — *Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.  
Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.*

**1218**  
c.c. **Responsabilità del debitore.** — *Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.*

**1256**  
c.c. **Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea.** — *L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.  
Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue 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.*

**1375**  
c.c. **Esecuzione di buona fede.** — *Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.*

### BIBLIOGRAFIA

AAVV., *La vendita dei beni di consumo - artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206*, Padova, 2006; AL MUREDEN (a cura di), *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore*, Torino, 2017; ALPA, *La direttiva n. 1999/44/CE e la tutela del consumatore*, in AAVV., *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002; ALPA, DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005; AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003; ANDREWS, *Contract Law*, Cambridge University Press, 2015; ARTIZZU, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca. L'analisi di un contratto bancario alla luce della disciplina dell'adempimento*, in CENDON (a cura di), Milano, 2006, 96 ss.; AULETTA, *Inadempimento imputabile e non imputabile*, RTDPC, 1959, 1064 ss.;

BARASSI, *La teoria generale dell'obbligazione*, III, Milano, 1948; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. II, Torino, 1949; BARGELLI, voce *Postcontratto*, EdD, Annali, X, Milano, 2017, 620 ss.; BEATSON, BURROW, CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2010; BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat: à propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, Parigi, 2001; BENATTI, *Osservazioni in tema di « doveri di protezione »*, RTDPC, 1960, 1342 ss.; BERTOLINI, *Il postcontratto*, Bologna, 2018; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953; BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, COM. S.B., 1979 (rist. 1991), artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1979; BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 2019; BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 2019; BIANCA C.M., *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, RDC, 2019, 1277 ss.; BIANCA, GRUNDMANN, STIJNS (a cura di), *La directive communautaire sur la vente. Commentaire*, Bruxelles-Parigi, 2004; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989; BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, C IMPR/E, 2000, 403 ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; BRECCIA, *La responsabilità del professionista*, in VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova, 1988, 324 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Padova, 1991; BRECCIA, *La colpa professionale*, GS BIG, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, 2, Torino, 1991, 909 ss.; BRECCIA, *Usi e abusi dei significati « della diligenza nell'adempimento »*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, 129 ss.; CABELLA PISU, *I casi di impossibilità del vettore ferroviario per perdita e avaria nella giurisprudenza*, DM, 1978, 24 ss.; CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, C IMPR/E, 2001, 37 ss.; CABELLA PISU, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, 201 ss.; CABELLA PISU, *La causa non imputabile*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, 229 ss.; CABELLA PISU, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, 487 ss.; CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione. I) Diritto civile*, EGT, XVI, Roma, 1989; CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, C IMPR/E, 2000, 463 ss.; CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in DE CRISTOFARO (a cura di), *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Padova, 2003; CANARIS, *Il programma obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrechts tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004; CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1960; CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942*, RTDPC, 1981, 993 ss.; CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007; CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, in CARNEVALI, GABRIELLI, TAMPONI (a cura di), *La risoluzione*, Torino, 2011; CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, EGT, XXI, Roma, 1990; CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, Milano, 1995; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; CASTRONOVO, *L'impossibilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, EUR DIR PRIV, 2008, 1 ss.; CASTRONOVO, MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Milano, 2007; CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie*, Milano, 2012; CHABAS, *L'inexécution du contrat*, L.G.D.J., 2002; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, Milano, 1955; COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *Giusitiziavivile.com*, 2020, 20 maggio, 233 ss.; D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni « di mezzi » e « di risultato »*, Napoli, 1999; D'ANGELO, *Buona fede-correttezza nell'esecuzione del contratto*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, 99 ss.; DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore: l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000; DE CRISTOFARO, ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; DE MATTEIS, *La responsabilità professionale in campo sanitario*, in VISINTINI (a cura di), *Le nuove aree d'applicazione della responsabilità civile. Guida alla lettura della giurisprudenza*, Milano, 2003; DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (artt. 1256-1259)*, COM. S., Milano, 2011; DEHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats. Du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018; DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Parigi, t. III, 1923, t. V, 1925, t. VI, 1931; DEVLIN, *The Treatment of the Breach of Contract*, *Cambridge Law Journal*, 1966, 192 ss.; DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, COM. S.B., Bologna, 1985; DI MAJO,

*Obbligazione*, EdD, XXI, 1382 ss.; FERRANTE, *La reducción del precio en la compraventa*, Pamplona, 2012; FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988; GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, C IMPR, 1989, 32 ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975; GOETZ, SCOTT, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on the Enforcement Model and the Theory of Efficient Breach*, in 77 *Col. L. Rev.*, 1977, 558 ss.; GORDLEY, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, in 52 *Am. J. Comp. Law*, 2004, 513 ss.; GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: « fatto dannoso e conseguenze »*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, IV, 199 ss.; HOLMES, *The Path of the Law*, *Boston University Law Review*, Vol. 52, 1972, 212 ss.; HOWELLS, TWIGG-FLESNER, WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, 2018; INZITARI, *Le obbligazioni pecuniarie: inflazione e maggior danno*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, 269 ss.; KADNER GRAZIANO, *Comparative Contract Law: Cases, Materials and Exercises*, Northampton MA, 2019; KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in 89 *Harv. L. Rev.*, 1976, 1694 ss.; KÖTZ, *European Contract Law*, Oxford, 2017; KRONMAN, POSNER, *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto, 1979; LAITHIER, *Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, L.G.D.J., 2004; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Monaco, 1987; LINZER, *On the Amoralità of Contract Remedies - Efficiency, Equity, and the Second Restatement*, in *Col. L. Rev.*, 1981, 113 ss.; LOHSSE, SCHULZE, STAUDENMAYER (a cura di), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden, 2019; LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, C IMPR/E, I, 2001, 133 ss.; MACARIO, *Le sopravvenienze*, Tr. contratti RO, vol. V, t. 2, Milano, 2006; MACNEIL, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, in 68 *Va. L. Rev.*, 1982, 947 ss.; MAK, *Performance-Oriented remedies in European Sale of Goods Law*, Hart Publishing, 2009; H., L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, Parigi, 1947; MENGONI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, T, 1946, 566 ss.; MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, *Jus*, 1952, 156 ss.; MENGONI, *Obbligazioni di mezzo e di risultato*, RD COMM, 1954, I, 185 ss.; II, 281 ss.; III, *Il limite di responsabilità nelle due categorie di rapporti*, 299 ss.; IV, *L'onere della prova*, 306 ss.; V, *Le obbligazioni di restituzione*, 383 ss.; MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, EdD, XXXIX, 1072 ss.; MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, RCDP, 1984, 518 ss.; MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, *Jus*, 1986, 128; MENGONI, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo, Albanese, Nicolussi, Milano, 2011; MORAIS CARVALHO, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services — Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, *EuCML*, 2019, 194 ss.; MOSCO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, EdD, XX, Milano, 1970, 405 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, Tr. C.M., t. II, Milano, 1984; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, RDC, 2005, 507 ss.; NAVARRETTA, *La complessità del rapporto tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, NGCC, 2007, 415 ss.; NAVARRETTA, *Good faith and reasonableness in European contract law*, *Jus*, 2013, 14 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, rist. 1978; NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, *EUR DIR PRIV*, 2003; OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, NNDI, 1962, 287 ss.; OSTI, *Scritti giuridici*, Milano, 1973; PAGLIANTINI, *Prevedibilità del fatto impeditivo, equilibrio subiettivo delle impugnazioni e recesso del contraente deluso: note e spunti in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, RDP, 2007, 503 ss.; PAGLIANTINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, *COM. G.*, vol. VI, Torino, 2011, 543 ss.; PALADINI, *I rimedi al difetto di conformità nella vendita di beni mobili di consumo*, in TOSI (a cura di), *La tutela del consumatore in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012, 351 ss.; PALADINI, *L'atto unilaterale della risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013; PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, *COM. S.B.*, sub artt. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, 444 ss.; POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1986; QUERCI, *Inadempimento e obbligazioni negative*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009; REICH, MICKLITZ, ROTT, TONNER, *European Consumer Law*, Intersentia, 2014; RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (nozioni)*, EdD, Milano, 1979, 184 ss.; RESCIGNO P., *Obblighi negoziali al di là del contratto?*, RD COMM, 2012, 423 ss.; RODOTÀ, voce *Diligenza (Dir. civ.)*, EdD, Milano, 1964, XII, 543 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; ROPPO, *Il contratto*, in Iudica, Zatti (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011; SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, t. I e II, Torino, 2004; SANTORO, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, C IMPR, 1989, I ss.; SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, RTDPC, 1959, II, 1273 ss.; SCHULZE (a cura di), *New Features in Contract Law*, Sellier, 2007; SCHULZE (a cura di), *New Features in Contract Law*, Sellier, 2007; SCHULZE, ZOLL, *European Contract Law*, Hart Publishing — Nomos, 2018; SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione a causa dell'epidemia di COVID-19*, NGCC, 2020; SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005; SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni*, Artt. 1218-1276, *COM. UTET*, Torino, 2013; SUMMERS, HILLMAN, *Contracts and Related*

*Obligation: Theory, Doctrine and Practice*, St. Paul, West Publishing, 3<sup>a</sup> ed., 1997; TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Parigi, 2019; TORRENTE, *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile, Libro IV, titolo I*, Milano, 1954, sub art. 1218; TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2019; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, 1988; TREITEL, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford, 2004; TREITEL, *The Law of Contract*, Londra, 2007; TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, Londra, 2014; TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, RTDPC, 1970, 512; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1983; VACCA (a cura di), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, Torino, 1999; VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, *Giustiziacivile.com*, 2020, 25 marzo; VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007; VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, 9 ss.; VINEY, *La responsabilità. Effets*, 5, in GHESTIN (a cura di), *Traité de droit civil*, 1988; VISINTINI, voce *Inadempimento*, EGT, XVI; VISINTINI, *Riflessioni sugli scritti di Osti*, RTDPC, 1971, 213; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979; VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Tr. RES, IX, Torino, 1984; VISINTINI, *Due note in tema di responsabilità. Colpa contrattuale: un falso concetto?* C IMPR, 2004, 13 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, COM. S., Milano, 2006; VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009; VISINTINI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, in *Tratt. Visintini*, Padova, 2010; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Londra, 1990.

## SOMMARIO

1. Premessa: contenuti e metodo di analisi. — 2. il problema della responsabilità per inadempimento: responsabilità per colpa o responsabilità oggettiva?: 2.1. Dell'inadempimento colposo del debitore; 2.2. Dell'impossibilità « oggettiva ed assoluta », quale limite alla responsabilità del debitore. — 3. I limiti all'imputabilità dell'inadempimento: 3.1. Incertezze interpretative e frammentazione del sistema. Le obbligazioni « di mezzi » e di « risultato ». — 4. In favore di una responsabilità oggettiva (ben) temperata: 4.1. La diligenza come dovere generale del debitore nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Obbligazioni di genere e pecuniarie; 4.2. Contenuto della prestazione: rapporto tra diligenza e buona fede; 4.3. Impossibilità sopravvenuta « oggettiva e relativa » come limite alla responsabilità del debitore: materiale, giuridica, imprevedibile ed inevitabile, temporanea, definitiva; 4.4. Impossibilità della prestazione e causa non imputabile; 4.5. Emergenza sanitaria Covid-19: misure di contenimento e impossibilità sopravvenuta non imputabile; 4.6. La distribuzione degli oneri di prova: 4.6.1. Sulla prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione; 4.6.2. Sulla prova della non imputabilità della causa estranea e il rischio della causa ignota. Responsabilità delle banche per il servizio di cassette di sicurezza. Responsabilità medica e sanitaria. — 5. Inadempimento, adempimento inesatto e rimedi nelle vendite europee di beni mobili, o di contenuti e servizi digitali. — 6. La responsabilità per inadempimento tra temperamenti e automatismi.

**1. Premessa: contenuti e metodo di analisi.** Nel trattare la responsabilità da inadempimento (artt. 1176 e 1218 c.c.) sarà esaminata anche la norma sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1256 c.c.): benché inserita nel codice civile tra i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento (Capo IV del Titolo I), l'avverarsi di un evento sopravvenuto che renda impossibile (in tutto o in parte) l'esecuzione della prestazione, ben rientra a pieno titolo nel problema dell'imputabilità dell'inadempimento e, quindi, dei limiti alla responsabilità del debitore. Che l'art. 1256 c.c. sia logicamente connesso all'art. 1218 c.c. lo afferma la Relazione al codice (n. 571), ma lo diceva ancor prima colui che può a buon titolo considerarsi il padre del nuovo sistema di responsabilità per inadempimento costruito con la codificazione del 1942, il quale parlava di « unità dei principi » che regolano l'esonero della responsabilità per inadempimento e l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta (OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, oggi in *Scritti giuridici*, I, § 1, Milano, 1973, 489-490 ss.; OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadem-*

*pimento delle obbligazioni*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1973, 464). Effetti, estintivo o liberatorio, che possono prodursi indipendentemente l'uno dall'altro (PERLINGIERI, 1975, 444 ss.). L'impossibilità sopravvenuta è causa di estinzione dell'obbligazione, ma è liberatoria per il debitore solo quando non sia a questi imputabile, altrimenti subentra l'obbligazione secondaria di risarcire il danno. Tale unità di principi è, oggi, esplicitamente confermata anche dalla riforma francese al Libro III del codice civile, che all'impossibilità sopravvenuta riconosce effetti estintivi dell'obbligazione (art. 1218 *code civil*), oltreché liberatori per il debitore (art. 1351 *code civil*).

Quanto al metodo, le norme in esame vantano una collocazione nella parte dedicata alle « obbligazioni in generale », non già in una sede specifica riservata al contratto (come accade, invece, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, da ultimo anche in quello francese a seguito della riforma). Questa collocazione consente di cercare il significato più generale e astratto delle disposizioni di legge, e l'ambito di rilevanza generale delle norme positive, evitando di interpretarle in modo ristretto a categorie delimitate dei contratti, o a singole fasi o aspetti peculiari del rapporto negoziale. L'intento è quello di far emergere un concetto unitario di inadempimento, incentrato sulla nozione di prestazione e sul suo collegamento con il contenuto, tipologia del rapporto, modalità di esecuzione. È questo, per lo meno, l'obiettivo emerso anche dal dibattito sul diritto privato europeo e dai suoi numerosi tentativi di armonizzazione, pur nella consapevolezza della difficoltà di pervenire ad un sistema coerente di responsabilità da inadempimento.

In un'ottica, dunque, di attenzione verso la condotta delle parti ai fini di una più efficace tutela del credito nel rispetto dei valori della persona, che tenga in giusto conto il complesso contesto relazionale nel quale il debito sorge e deve essere adempiuto, si è volutamente abbandonato un approccio dogmatico c.d. « soggettivistico » oppure « oggettivistico ». È senz'altro vero che la tradizionale inclinazione dei sistemi giuridici continentali verso il criterio della « colpa » è stata da tempo messa in discussione dalle « teorie oggettive » di attribuzione della responsabilità debitoria, provenienti dall'area di *common law*. L'ormai lunga esperienza comunitaria nel diritto privato ha, però, intrapreso un'altra strada, ha cioè varcato la soglia delle barriere dogmatiche, procedendo verso una « graduale convergenza », un punto di incontro ideale rappresentato dalla nozione di adempimento (SCHULZE, ZOLL, 2018, 283-284), dove vengono tipizzati i comportamenti delle parti e i contenuti delle prestazioni, fino a quando della colpa non resta che la sua oggettiva misurazione, ossia la nozione di diligenza. Nella teoria dell'inadempimento di fonte europea, come si avrà modo di vedere, acquistano maggiore significato l'inesattezza dell'adempimento e la possibilità di correggere l'esecuzione della prestazione, intercettando per tempo la condotta del debitore, anche facendo ricorso ad un più moderno ed efficace apparato rimediabile. Scopo ultimo di una moderna teoria dell'(in)adempimento perseguita dal legislatore europeo è quello di favorire lo scambio, innalzando il livello di qualità e sicurezza delle prestazioni, al contempo evitando l'ingiusto aggravio economico a carico della parte adempiente, quando non addirittura pericoli o danni futuri per i beni o per la persona del creditore (BRECCIA, 1968, 97 ss.; KÖTZ, 2017, 217). Tra le fonti del diritto privato europeo sono state selezionate prevalentemente quelle ormai entrate a far parte del diritto vigente nel nostro ordinamento, quindi regolamenti e

direttive riguardanti i rapporti patrimoniali tra privati, sia tra professionisti (B2B), inclusa la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci (CISG), ratificata in Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765; sia tra operatori economici e consumatori (B2C). Il riferimento ai testi « privati » di armonizzazione del diritto europeo (c.d. *soft law*) è stato deliberatamente limitato ai casi più rilevanti, con particolare predilezione per i *Principles of European Contract Law* (PECL, 1999), che rappresentano l'antecedente storico dell'armonizzazione della disciplina del contratto in Europa; per il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR, 2009), in quanto testo con ambito disciplinare più ampio, poiché affronta in maniera completa tutto il diritto delle obbligazioni, tanto da includere anch'esso il tema dell'inadempimento all'interno della categoria più ampia delle obbligazioni; nonché per gli *Acquis Principles* (ACQP, 2009), i quali si pongono in una prospettiva diversa dai precedenti testi di *soft law*, poiché non ricercano i tratti comuni del diritto privato e commerciale all'interno dei singoli ordinamenti dell'Unione Europea, ma propongono principi e regole tratti dalla stessa produzione comunitaria che, ormai, si presenta come un *corpus (acquis communautaire)* quantitativamente molto ricco di principi e regole, che necessita semmai di una razionalizzazione sistematica. Qualche cenno viene dedicato anche ai *Principi Unidroit (Principles for International Commercial Contracts, PICC, 2010)*, sebbene si tratti di diritto uniforme di portata internazionale, non solo europea. Le pagine che seguono mirano a promuovere una lettura « aperta » delle norme in esame, già inserite in una consolidata tradizione europea, in modo che con essa non debbano confliggere.

Infine, si è cercato di resistere alla tentazione di ricavare l'interpretazione delle disposizioni sull'inadempimento dalle massime della giurisprudenza, recuperando piuttosto ogni risvolto applicativo dalla *ratio decidendi* delle sentenze (SANTORO, 1989, 30-31).

**2. *Il problema della responsabilità per inadempimento: responsabilità per colpa o responsabilità oggettiva?*** Nel rapporto obbligatorio, l'apporto di utilità che una parte si obbliga ad assicurare all'altra per mezzo della propria prestazione può non giungere a buon fine. L'art. 1218 c.c. si riferisce all'inadempimento come a qualsiasi forma di mancata esecuzione della prestazione, compreso il ritardo e l'esecuzione (qualitativamente o quantitativamente) inesatta (v. anche PICC: art. 7.1.1.), sebbene per ognuna di queste circostanze possano scaturire responsabilità e rimedi diversi. L'inadempimento propriamente detto si verifica quando l'impossibilità sopravvenuta sia totale e definitiva; oppure quando il debitore abbia dichiarato di non voler adempiere (per qualsiasi ragione: anche proponendo eccezione di validità del contratto, o eccezione di inadempimento); oppure quando le situazioni di adempimento inesatto o di ritardo si trasformino o si prolunghino fino a non essere più idonee a soddisfare l'interesse del creditore. Al contrario, l'adempimento (qualitativamente o quantitativamente) inesatto può risolversi in adempimento (BIANCA, 1991, 7 ss.). Come si avrà modo di precisare, gli interventi europei — forti di un approccio prevalentemente rimediale al tema — tendono ad invertire il rapporto tra inadempimento e adempimento inesatto, sino a quasi ignorare il primo relegandolo a

casi-limite (p.e.: la mancata consegna del bene, nei contratti di vendita di beni mobili), o comunque conferendo al creditore la possibilità di insistere per la soddisfazione del suo interesse, qualora la prestazione sia ancora possibile, proponendo al debitore un tempo addizionale, secondo il modello tedesco della *Nachfrist* tedesca (v. *infra*, § 5). Rispetto all'adempimento inesatto, il diritto privato europeo offre, invece, un apparato di rimedi concentrato sulla trasformazione dell'inesattezza della prestazione in adempimento conforme a contratto (v. *infra*, § 5) La definizione di inadempimento è arricchita dal riferimento all'inosservanza dei doveri di buona fede e cooperazione negli ACQP (artt. 7:102, 7:103, 7:104): doveri considerati indispensabili al fine di dare piena attuazione all'obbligazione.

Benché resti a tutt'oggi « uno dei temi più complessi del diritto delle obbligazioni » (CANNATA, 1981, 993; VISINTINI, 1979, 3), il problema della responsabilità per inadempimento, al quale le norme in commento intendono dare una risposta, può in definitiva riassumersi nel quesito del come vengano determinati i limiti oltre i quali il debitore della prestazione rimasta inadempita, in tutto o in parte, non risponde della mancata soddisfazione dell'interesse del creditore.

L'osservazione di diversi sistemi giuridici (per una ricognizione estesa: KADNER GRAZIANO, *Comparative Contract Law: Cases, Materials and Exercises*, Northampton MA, 2019) appartenenti alla tradizione giuridica occidentale (nell'ambito della quale si intendono inclusi anche i sistemi di *common law: ex plurimis*, ZIMMERMANN, 1990, ix-xi) consente di identificare due possibili modelli di attribuzione della responsabilità contrattuale in capo al debitore inadempiente: un modello di responsabilità per colpa, o soggettivo; un modello di responsabilità oggettiva.

**2.1. Dell'inadempimento colposo del debitore.** In questo modello prevale una concezione personalistica dell'obbligazione, in virtù della quale l'oggetto di essa è circoscritto al comportamento che il debitore è tenuto a porre in essere, relegando la realizzazione del risultato utile all'esterno del rapporto obbligatorio (SCHLESINGER, 1959, II, 1274). Tale concezione equipara il caso fortuito, la forza maggiore e la causa estranea non imputabile all'assenza di colpa del debitore; il legame tra debito e responsabilità è rappresentato dal comportamento del debitore ispirato all'« osservanza della normale diligenza, cioè dello sforzo volitivo e tecnico normalmente adeguato al soddisfacimento dell'interesse del creditore » (BIANCA, 1994, 15; BIANCA, *Alla ricerca*, 2019, 1277 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2019, 16, 17, 26; in precedenza, nello stesso senso: BARBERO, 1949, II, 44 ss.; CANDIAN, 1953, 165 ss.; TORRENTE-SCHLESINGER, 2019, 443). Il fondamento squisitamente « soggettivo » sta nella dimostrazione dell'assenza di colpa.

Il modello della responsabilità per colpa, tuttavia, non è mai trasceso, nella storia, nell'attribuzione di rilevanza ad atteggiamenti « dello spirito » del debitore, destinati a risolversi in rimprovero o in giudizio di riprovevolezza: come meglio spiegato nella letteratura americana, il contratto esternalizza ricchezza, pertanto resta esente da infiltrazioni morali (HOLMES, 1972, 213-214; POSNER, 1986, 25 ss.). Piuttosto, esso si è stabilizzato — in Italia soprattutto a partire dalla codificazione del 1942 — su una concezione comunque oggettiva del comportamento imputabile al debitore, ragguagliato ad un modo di agire e, in fondo, qualificabile come diligenza (in dottrina: BARASSI, 1948, III, 15 ss.; BESSONE, 1969, 395 ss.; BIANCA, 1991, *sub art.* 1218; CANNATA,



1981, 1008; in giurisprudenza: CC 8 gennaio 1967, n. 24, RD COMM, 1968, II, 114; CC 30 ottobre 1986, n. 6404, GI, 1987, I, 1, 2060).

Tuttavia, pur prescindendo da accezioni psicologiche, il modello della responsabilità per colpa ha talvolta ceduto all'equiparazione della colpa contrattuale con quella extracontrattuale, trasformando l'inadempimento in un illecito. Oppure ha rivelato un *vulnus* importante nella difficoltà di tracciare il confine tra sforzo massimo e semplice difficoltà di prestare (SMORTO, 2013, 682).

La codificazione che meglio ha incarnato questo modello soggettivistico, almeno prima della riforma del 2016, è quella francese. Nella codificazione napoleonica originaria del 17 febbraio 1804 i limiti alla responsabilità debitoria erano segnati da due disposizioni diverse e (apparentemente) contraddittorie, riferite a due differenti tipologie di obbligazioni. La prima (art. 1137 *code civil*: « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille* »); formula poi modificata dall'art. 26, l. n. 2014-873, 4 agosto 2014 in obbligo di *'apporter tous les soins raisonnables'*, per evitare discriminazioni di genere) era riferita alle obbligazioni di dare, e imponeva al debitore un obbligo di vegliare, e di porre in essere un comportamento idoneo alla conservazione della cosa (H. E L. MAZEAUD, 1947, n. 706-3) con la diligenza ragguagliata non ad una mediocrità appiattita, ma al comportamento dell'uomo attento, saggio e competente. Tale nozione di diligenza, peraltro, si evince dalla costante giurisprudenza d'oltralpe che, nei decenni a venire, avrebbe ravvisato la negligenza o imperizia del debitore nei comportamenti che il debitore diligente non avrebbe tenuto al suo posto. E si deduce anche dal secondo comma della stessa norma (« *Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent* »). Si trattava, comunque, non di disposizione generale e astratta, in cui il criterio della diligenza potesse essere considerato come misura generalizzabile nelle obbligazioni di dare: tale generalizzazione, semmai, fu operata dal nostro codice civile del 1865 (per una ricostruzione: CANNATA, 1981, 995 ss.; VISINTINI, 2006, 169 ss.).

La seconda norma (art. 1147: « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ») era riferita alle obbligazioni di fare o non fare, a loro volta collegate al rimedio del risarcimento del danno quale conseguenza dell'inadempimento (art. 1142: « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* »). La giurisprudenza e la dottrina francesi non dubitavano che entrambe le norme prevedessero un regime di responsabilità fondato sulla negligenza—colpa del debitore, la diversità di formulazione riguardando, semmai, il regime dell'onere della prova. Mentre nel caso di mancata esecuzione delle obbligazioni di dare spettava al creditore dimostrare non solo l'inadempimento, ma anche la negligenza del debitore nella conservazione della cosa promessa; nel caso di mancato adempimento di obbligazioni di fare o non fare la formula dell'art. 1147 *code civil* consentiva al creditore di limitarsi a dimostrare il fatto stesso dell'inadempimento, spettando, invece, al debitore la

prova concreta dell'estraneità e non imputabilità della causa impeditiva. Peraltro, al di là dell'apparente contraddizione tra le due disposizioni, la giurisprudenza francese tendeva a considerare la seconda delle due disposizioni citate come regola generale dell'inadempimento. Fu DEMOGUE (1925, t. V, § 1237, 536 ss.) ad argomentare che la distinzione tra le due fattispecie normative fosse dovuta non alla differenza nell'oggetto dell'obbligazione (dare; fare/non fare), ma al *contenuto* di essa: secondo l'argomentazione dell'A., destinata a diventare ben nota anche alla nostra dottrina e giurisprudenza, ai fini della distribuzione dell'onere probatorio occorre, innanzitutto, stabilire che cosa il debitore ha promesso e, di conseguenza, cosa può ragionevolmente attendersi il creditore in termini di adempimento di tale promessa. In taluni casi, non necessariamente legati alla lettera dell'art. 1137 *code civil*, ossia alla conservazione di cosa determinata, ma estendibili alla vendita, alla locazione, al prestito, alle cure mediche, il debitore si impegna unicamente ad impiegare i mezzi utili ai fini della soddisfazione dell'interesse del creditore. In queste situazioni troverebbe applicazione la regola di distribuzione dell'onere probatorio refigurata dalla norma citata, sì che spetta al creditore dimostrare che il mancato risultato raggiunto a soddisfazione del suo interesse sia causa della negligenza del debitore. In altri casi, invece, il debitore si impegna ad assicurare al creditore un risultato specifico (consegnare le merci determinate o individuate, in un contratto commerciale di vendita di beni mobili; condurre a destinazione cose o persone, nel caso di contratto di trasporto). In tali situazioni, la colpa del debitore è presunta dall'art. 1147 *code civil* e, pertanto, spetterà a quest'ultimo vincere tale presunzione fornendo prova concreta e puntuale dell'estraneità e non imputabilità della causa impeditiva, quest'ultima essenzialmente riconducibile ad un fatto esterno, imprevedibile ed inevitabile (forza maggiore, alla quale viene equiparato il fatto del terzo) o al fatto proprio del debitore. Nell'arco di circa un secolo che separa le argomentazioni di Demogue dalle applicazioni « impressioniste » (TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, 2019, 913) della giurisprudenza francese, i criteri di distinzione tra le obbligazioni c.d. di risultato, decisamente beneficiarie di un onere probatorio agevolato per il creditore, e le obbligazioni c.d. di mezzi, soggette ad un onere per quest'ultimo più severo, si sono essenzialmente assestati su talune caratteristiche della prestazione dovuta, sì che dovrebbero tendenzialmente essere qualificate come « di mezzi » le obbligazioni rispetto alle quali si riscontri l'esistenza di un'alea accentuata, anche nei contratti sinallagmatici; la discrezionalità nell'esecuzione riconosciuta ad una delle parti (tipicamente, nelle prestazioni d'opera intellettuale) e, non da ultimo, la volontà dei contraenti, secondo l'interpretazione attribuibile al contenuto della prestazione dedotta in obbligazione. A seguito della riforma ministeriale francese (*Ordonnance* n. 2016-131 10 febbraio 2016, successivamente ratificata dalla l. n. 2018-287, 20 aprile 2018), l'estinzione dell'obbligazione per inadempimento del debitore è stata rivisitata rispetto all'impostazione tradizionale, definita — con il senno di poi — problematica e non del tutto coerente (Relazione al Presidente della Repubblica francese: « *le régime de l'inexécution contractuelle constitu(ait) assurément l'une des carences du code civil, dont les règles en la matière (étaient) éparses et incomplètes* »), tenendo conto della giurisprudenza intervenuta negli anni, e dei nuovi bisogni dei contraenti. All'inadempimento (*inexécution*, e anche all'esecuzione inesatta) del contratto sono dedicati gli artt. 1217 ss. del nuovo

codice civile francese. La riforma — in linea con le recenti tendenze del diritto europeo — ha adottato una prospettiva rimediabile, poiché la sezione dedicata all'inadempimento si apre con l'art. 1217 *code civil*, ove sono elencate *les sanctions* riconosciute alla parte innocente del rapporto contrattuale, poste in posizione non gerarchica ma addirittura cumulabili, se compatibili (DEHAYES, GENICON, LAITHIER, 2018, 535). Più precisamente, si tratta di rimedi in cui prevale la logica manutentiva, nella duplice ottica della tutela del creditore della prestazione e della sollecitazione del debitore all'adempimento dell'obbligazione ancora possibile: l'eccezione di inadempimento; l'esecuzione forzata in forma specifica; la riduzione del prezzo; la risoluzione del contratto (specificata, nelle norme a seguire, in tre diverse modalità: giudiziaria, convenzionale, unilaterale); le restituzioni; il risarcimento del danno (la cui disciplina dettagliata è rinviata alla riforma della responsabilità civile ancora in bozza, la cui ultima versione risale al 13 marzo 2017). Con riferimento a quest'ultimo rimedio, l'attuale art. 1231-1 *code civil* rappresenta la versione semplificata del precedente art. 1147, ma soprattutto, in assenza di una norma che riproduca il vecchio art. 1137, o comunque un dovere di diligenza nella fase di adempimento, la disposizione sembra formulare una regola generale fondata sul fatto oggettivo dell'inadempimento (o dell'inesatto adempimento o del ritardo), a prescindere dal comportamento e, quindi, dalla « colpa » del debitore. Unica condizione affinché scatti il rimedio risarcitorio a carico della parte inadempiente sarebbe l'imputabilità dell'inesecuzione. In realtà, anche all'indomani della riforma, l'incidenza della colpa-diligenza non può dirsi del tutto esclusa, sicuramente ai fini dell'ammontare del risarcimento (che può estendersi fino al danno imprevedibile, nel caso di colpa grave: art. 1231-3 *code civil*). E anche con riferimento al ruolo tradizionalmente assunto dalla colpa contrattuale, ossia criterio di valutazione del comportamento del debitore in funzione del contenuto dell'obbligazione, a seconda che essa sia di mezzi o di risultato, non è detto che tale incidenza possa considerarsi ad oggi superata. È pur vero che il complesso normativo attuale non solo non riproduce l'art. 1137, il cui contrasto con il vecchio art. 1147 aveva generato la necessità della distinzione mezzi/risultato, ma neanche accoglie tale distinzione tra le sue norme, per omaggiare il prodotto di una tradizione ormai consolidata, nel linguaggio e nelle motivazioni, soprattutto della giurisprudenza. Tuttavia, si argomenta che la scomparsa delle ormai secolari categorie delle obbligazioni « di mezzi » e obbligazioni « di risultato » potrebbe mettere in crisi l'intero sistema della responsabilità civile, facendo del tutto sparire l'elemento della colpa e rendendo così difficile la determinazione del contenuto dell'obbligazione (DEHAYES, GENICON, LAITHIER, 2018, 593).

In sintesi, nei trattati successivi alla recente riforma del Libro III del *code civil*, tra gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria/riparatoria della responsabilità contrattuale francese, oltre al danno e al nesso di causalità, viene ancora annoverata la « colpa » contrattuale (TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, 2019, 901 ss.). Forte di un'antica tripartizione risalente a Domat, elaborata da Pothier (per la quale la colpa grave — *lourde* o *dolosive* — è attribuibile a qualsiasi inadempimento; la *faute* leggera, è imputabile al debitore solo se l'obbligazione sia stata assunta nell'interesse di entrambe le parti; quella *levissima*, è imputabile al debitore nel caso in cui l'obbligazione sia stata assunta nel solo suo interesse), e nei secoli arricchita di nuove classificazioni (*faute*

*inexusable, faute personnelle, faute caractérisée, faute lucrative*), la nozione di colpa grave utilizzata per stabilire il confine della responsabilità debitoria nei contratti sinallagmatici viene interpretata dalla giurisprudenza francese in un'accezione ristretta e « soggettiva », ossia ragguagliata al comportamento inadeguato del debitore rispetto all'adempimento dell'obbligazione assunta (TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, 2019, 899 ss.). Comportamento della cui inadeguatezza deve fornire prova concreta il creditore, non essendo sufficiente dedurre la colpa grave del debitore dall'inesattezza dell'adempimento. Così, la società che affida ad un servizio di trasporto celere un plico destinato ad un ente pubblico, contenente la partecipazione ad un concorso di architettura, deve provare i « fatti precisi » che permettano di dimostrare la colpa grave del vettore il quale, non rispettando i rigidi tempi di consegna pattuiti, ha determinato l'esclusione del mittente dalla gara (caso *Chronopost*, CC, *chambre mixte*, 22 aprile 2005, nn. 231, 232, *Revue des contrats*, 673, nt. MAZEAUD D., *Faute lourde et plafond légal de réparation*). In precedenza, nel primo e più celebre caso *Chronopost*, destinato a scuotere le concezioni più radicate della colpa-diligenza, una più moderna *Cour de Cassation* aveva indicato una strada diversa: l'inesatto adempimento di un'obbligazione qualificabile come essenziale (il preciso rispetto dei tempi di consegna di un plico, destinato ad essere depositato nei termini di legge presso una cancelleria per l'ammissione ad un concorso pubblico), secondo il medio logico rappresentato dalla causa del contratto di trasporto celere, sarebbe di per sé imputabile al debitore-vettore, e pertanto renderebbe invalida una clausola di limitazione della responsabilità (CC 22 ottobre 1996, n. 93-18.632, *Defrénois* 1997, 333, nt. adesiva di MAZEAUD D.). L'argomentazione faceva eco all'impostazione del problema dell'inadempimento tipica dei sistemi di *common law* (v. *infra*, § 2.2.), e dunque tendeva senz'altro ad « oggettivizzare » la teoria dell'inadempimento contrattuale attraverso una nozione di colpa grave dimostrata dal fatto stesso dell'inadempimento (o adempimento inesatto) di una prestazione, da ritenersi essenziale rispetto al complessivo contenuto dell'obbligazione assunta, tanto da risolversi in un comportamento inidoneo a conservare la capacità di adempiere, senza ulteriori adempimenti probatori a carico del creditore deluso. Tale orientamento, come annunciato, sembra ora del tutto abbandonato, e la Cassazione francese ha ripiegato verso approdi tradizionali, maggiormente condivisi dalla dottrina d'oltralpe: solo la colpa grave caratterizzata da una negligenza di estrema serietà ai limiti del dolo, che denota l'inattitudine del comportamento del debitore a soddisfare l'interesse del creditore, della quale deve dare prova concreta il creditore, può invalidare una clausola di limitazione della responsabilità, ed esporre pertanto il debitore alle conseguenze dell'inadempimento. Si manifesta così, con estrema chiarezza, la matrice « soggettiva » della teoria della responsabilità contrattuale, dettata dalla distanza di tale nozione dal diverso concetto di diligenza espresso nel nostro art. 1176 c.c. (v. *infra*, § 4.1.): la *faute lourde* non ha un'accezione tecnica, non è misura dell'attenzione e della cura impiegata dal debitore per l'attuazione esatta dell'obbligo assunto, criterio oggettivo di misura dell'adeguatezza del comportamento del debitore ai fini della soddisfazione dell'obbligo assunto: essa resta, invece, un atteggiamento illecito, benché scevro da contenuti morali o psicologici, che non passa dall'assoggettamento del rapporto obbligatorio ad una valutazione dei contenuti secondo la clausola generale della buona fede, ma che

subisce, semmai, il fascino o l'« imperialismo » della colpa, come nell'illecito extracontrattuale (LAITHIER, 2004, 101 ss.). A tale nozione di colpa grave si aggiunge l'ombra pur sempre ancora incombente della classificazione delle prestazioni in obbligazioni « di mezzi » e « di risultato », e la distribuzione degli oneri probatori a carico del creditore ad essa legate. Così, tornando al caso *Chronopost* più recente (CC, *chambre mixte*, 22 aprile 2005, cit.), benché la puntualità della consegna del plico rappresenti l'obbligazione principale assunta dal debitore-vettore, essa non coincide con il risultato atteso, e pertanto la sua inesatta esecuzione (il fatale ritardo nella consegna) non è sufficiente a provare la colpa grave, elemento a sua volta indispensabile per identificare la responsabilità per inadempimento, ma spetta al creditore dimostrare la causa estranea idonea a determinare il ritardo.

Il codice civile italiano del 1865 aveva offerto spunto normativo alla tesi della responsabilità per colpa. Gli artt. 1225 e 1226, infatti, direttamente ispirati alla codificazione francese, consideravano come ragione di esonero dalla responsabilità del debitore una causa estranea non imputabile, intendendosi per tale il caso fortuito o la forza maggiore. A queste norme si aggiungeva l'art. 1224 che, diversamente dalla gemella disposizione francese (art. 1137 *code civil*), generalizzava il dovere di diligenza, non limitandolo alle sole obbligazioni di custodia. La lettura complessiva delle tre norme aveva indotto la dottrina maggioritaria (si segnala per tutti: COTTINO, 1955, 11 ss., 17) a riconoscere maggiore rilevanza al dovere generale di diligenza, equiparando per tale via la causa estranea all'assenza di colpa: caso fortuito, o forza maggiore, o causa estranea è qualsiasi evento che la diligenza del buon padre di famiglia non può né prevedere né evitare (*casus = non culpa*), tale da rendere non imputabile l'inadempimento (totale o parziale) del debitore.

**2.2. Dell'impossibilità « oggettiva ed assoluta », quale limite alla responsabilità del debitore.** L'opposto modello di responsabilità oggettiva del debitore prevede, quale limite alla pretesa creditoria, il sopravvenire dell'impossibilità della prestazione, apprezzato in funzione del contenuto dell'obbligazione e a prescindere dal comportamento eventualmente negligente (o colposo) tenuto dal debitore in fase di adempimento, se non ai fini dell'imputabilità della causa estranea sopravvenuta. Secondo questa impostazione del problema, il caso fortuito viene equiparato ad un impedimento esterno alla persona del debitore e alla sua sfera economica, che si oppone in maniera oggettiva (in quanto inerente all'intrinseca entità del contenuto della prestazione) ed assoluta (perché non può essere vinto dalle forze umane: *obligatio in eum casus incidit a quo incipere non potuit*) alla realizzazione dell'interesse del creditore attraverso l'adempimento (OSTI, 1973, 11). L'oggettivizzazione della responsabilità del debitore non esclude, comunque, ogni riferimento alla diligenza, altrimenti si tratterebbe di una responsabilità assoluta: modello non ipotizzato da nessun sistema giuridico occidentale, neanche nell'area del *common law*, come si era erroneamente creduto fino alla seconda metà del XIX secolo (c.d. « *rule as to absolute contract* » attribuita al caso *Paradine v. Jane*, 1647, 83 ER 897: cfr. SANTORO, 1989, I ss.; TREITEL, 2014, 16 ss.). L'assenza di colpa, quale elemento soggettivo, pur sempre rileva con riguardo al verificarsi del caso fortuito e del conseguente impedimento ad adempiere, e concorre — assieme all'elemento oggettivo dell'impossibilità della prestazione in sé considerata — a mandare esente il debitore da ogni responsabilità. Così

si presenterebbe il modello di responsabilità da inadempimento descritto dal codice civile italiano del 1942 agli artt. 1176 e 1218 in esame, come emerge dalla Relazione al codice civile (n. 571). Modello notoriamente ispirato alle argomentazioni di una dottrina dell'epoca impegnata a superare le difficoltà della precedente codificazione, a loro volta ereditate dalla codificazione napoleonica, e come confermato da una giurisprudenza pressoché costante fino agli anni '70 del secolo scorso (*ex plurimis*: CC 3 ottobre 1953, n. 3160, *Massimario* FI, 1953, 605; CC 6 marzo 1970, n. 582, *Massimario* FI, 1970, 195).

L'espressione « responsabilità oggettiva » « che turba molte coscienze di giuristi ancora soggiogate dalla concezione della norma giuridica come norma etica » (OSTI, 1973, 481) è sicuramente familiare ai sistemi di *common law*, per lo meno a partire dalla seconda metà del XIX secolo, allorché un incendio che colpì duramente (ma comunque solo parzialmente) i locali e i giardini presi in locazione da impresari per la rappresentazione di quattro concerti in serate consecutive, fu considerato evento sopravvenuto idoneo ad escludere la responsabilità dei debitori-locatori per il pagamento dei canoni pattuiti, in quanto ad essi non imputabile (*Taylor v. Caldwell*, 1863 3 B & SS 826). Il principio di diritto enunciato nel caso inglese, rimasto *leading* a tutt'oggi, è quello per cui l'impossibilità *materiale* della prestazione costituisce un limite legale all'obbligo di adempiere, ove l'oggetto dell'obbligazione, rappresentato da « *a given person or thing* » (fare infungibile o cosa determinata) perisca (o subentri incapacità) per causa non imputabile al debitore. Si tratta, dunque, di una regola di allocazione dei rischi dell'inadempimento assimilabile alla nostra teoria dell'impossibilità sopravvenuta, idonea ad esonerare dalla responsabilità la parte debitrice decretando, contestualmente, l'estinzione dell'obbligazione negoziale. Tanto che anche nei sistemi di *common law* l'*impossibility of performance* avrebbe subito un'evoluzione che, pur mantenendosi saldamente ancorata all'attribuzione di responsabilità in termini oggettivi, escludendo qualsiasi deriva soggettivistica che potesse riconoscere spazio alla mera difficoltà di adempiere come all'eccessiva onerosità sopravvenuta, avrebbe allargato i suoi confini verso la complessa teoria della *frustration*, ossia verso il riconoscimento dell'esonero del debitore da ogni residua responsabilità a seguito del sopravvenire di eventi non controllabili dalle parti contrattuali (BEATSON, BURROW, CARTWRIGHT, 2010, 497 ss.; GORDLEY, 2004, 521-523).

Al di qua dell'evento sopravvenuto sta il contenuto del contratto e il comportamento tenuto dall'obligato nella fase di attuazione dell'obbligo. Tuttavia, l'estraneità della clausola generale di buona fede alla ricostruzione dei comportamenti delle parti riconducibili nell'alveo dell'obbligo assunto caratterizza anche le teorie dell'inadempimento (*breach*) nei sistemi giuridici appartenenti alla tradizione di *common law*, dai quali — come si accennava al § 2 — la Cassazione francese aveva mutuato la teoria dell'*obligation essentielle*. Ponendosi in una prospettiva rimediale (in quanto non rileva la natura e la gravità dell'inadempimento, ma la caratteristica degli obblighi assunti, ad ognuno dei quali è abbinato il rimedio adeguato), la teoria anglo-americana dell'inadempimento si muove su una traiettoria che parte, appunto, dal contenuto del rapporto (contrattuale). Classificati gli obblighi negoziali come *conditions* (prestazioni principali) oppure come *warranties* (prestazioni accessorie), l'inadempimento (totale o parziale) dei primi apre la strada alla risoluzione del contratto (e del

risarcimento del danno, nel caso di imputabilità dell'inadempimento), in quanto *fundamental breach*; la mancata esecuzione (totale o parziale) dei secondi altro rimedio non ha se non il risarcimento del danno (TREITEL, 1988, 92 ss.; TREITEL, 2007, 153 ss.; DEVLIN, 1966, 192 ss.). Nei contratti di vendita di beni mobili, e nei contratti commerciali in genere, queste etichettature semplificano e oggettivizzano il ricorso all'uno o all'altro rimedio, ma non risolvono il problema dell'imputabilità dell'inadempimento. Come si dirà più oltre (§§ 3.1., 6), anche nei sistemi giuridici anglo-americani la questione dell'imputazione del *breach of condition* o del *breach of warranty* viene trattata diversamente come « responsabilità oggettiva » (*strict liability*) o per « colpa » (*duty of care*) a seconda della tipologia contrattuale e dei suoi contenuti.

**3. I limiti all'imputabilità dell'inadempimento.** La lettura in chiave oggettivizzata della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione solleva immediatamente una riflessione sul rapporto tra il comportamento del debitore (al quale l'art. 1176 c.c. impone diligenza) e il limite alla sua responsabilità delineato dall'impedimento oggettivo e assoluto, *ex* art. 1218 c.c. Come accadeva nell'ordinamento francese all'indomani della promulgazione del codice napoleonico, anche la Relazione al codice civile pone in primo piano l'impedimento che determina l'impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata (art. 1218 c.c.), al quale è riconosciuta l'efficacia di liberare il debitore da responsabilità per l'inadempimento (o adempimento inesatto, o ritardo), e che può addirittura, estinguere l'obbligazione (qualora l'impossibilità si dimostri totale o definitiva); sempreché l'impedimento esterno (elemento oggettivo) sia accompagnato dall'assenza di colpa (Relazione al codice civile, n. 571; OSTI, 1973, 465-471). Nella logica della codificazione italiana del 1942 le due norme presupporrebbero una distinzione tra l'inadempimento di un'obbligazione oggettivamente ancora possibile, il quale sempre genera responsabilità del debitore (per inadempimento anche inesatto, o ritardo: art. 1176 c.c.); e inadempimento di un'obbligazione oggettivamente impossibile, il quale al contrario esclude la responsabilità (ed eventualmente estingue l'obbligazione) per la sopravvenuta (obiettiva e assoluta) impossibilità della prestazione (art. 1218 c.c.). È chiaro, allora, perché si parli di responsabilità oggettiva: nel primo caso (obbligazione obiettivamente possibile), il debitore sarà chiamato a rispondere dell'inadempimento dovuto a cause attinenti alla sua sfera di attività (personali, finanziarie, organizzative), a prescindere dal comportamento colposo o, invece, diligente da lui tenuto. Lo spazio riservato alla colpa-diligenza è limitato alla ricaduta causale di questa sulla sopravvenuta impossibilità della prestazione, esterna alla sua sfera di attività: accertato il rispetto del dovere di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione, siglato nell'art. 1176 c.c., l'obbligazione divenuta oggettivamente e assolutamente impossibile, in tutto o in parte, si estingue (OSTI, 1973, 90). Detto altrimenti: solo quando l'impedimento ha diretta attinenza con la prestazione (con il suo contenuto, e con le modalità di predisposizione e attuazione), diventa rilevante la valutazione del comportamento del soggetto secondo il criterio della diligenza del buon padre di famiglia (OSTI, 1973, 470-1). Il rapporto tra la regola di comportamento (art. 1176 c.c.) e la regola di attribuzione della responsabilità (art. 1218 c.c.) viene spiegato in modo da escluderne la reciproca

contraddizione essenzialmente ponendo in correlazione l'obbligo di comportamento diligente, non colposo, *ex art.* 1176 all'impossibilità oggettiva che ne determini l'inadempimento. Inoltre, l'art. 1176 c.c. si applicherebbe a quelle obbligazioni aventi ad oggetto una prestazione di attività, sia considerata in sé e per sé, sia anche diretta ad uno scopo del quale non faccia carico al debitore l'attuazione (OSTI, 1973, 473, 475). Così direbbe la lettera dell'art. 1218 c.c., il quale non menziona l'impegno, né lo sforzo: « dice, puramente e semplicemente, che il debitore è tenuto al risarcimento del danno per il solo fatto obiettivo di non adempiere o di tardare ad adempiere, e che il suo comportamento può venire in questione solo quando l'inadempimento o il ritardo dipendano dall'essere divenuta impossibile la prestazione e cioè, come è chiaro, la prestazione in sé e per sé considerata, solo una tale impossibilità della prestazione potendo eliminare la responsabilità del debitore medesimo *semperché non sia imputabile a sua colpa* » (OSTI, 1973, 463). Di conseguenza, il debitore inadempiente è responsabile fino al limite dell'impossibilità non imputabile, cioè non attribuibile a sua colpa: il che accade quando l'impossibilità sia *oggettiva* (ossia prescinda da cause inerenti alla sfera del debitore, e traducibili nella mera difficoltà personale o finanziaria) e *assoluta* (ossia non contrastabile da nessuno sforzo umano).

Pertanto, secondo la teoria oggettiva della responsabilità per inadempimento contrattuale l'art. 1218 c.c. distinguerebbe due ipotesi di inadempimento: *a*) inadempimento (o inesatto adempimento) derivante da impossibilità sopravvenuta della prestazione, non imputabile, *ex art.* 1218 c.c.; *b*) inadempimento (o inesatto adempimento) verificatosi senza il concorso dell'impossibilità, essendo la prestazione ancora possibile: in tal caso la diligenza *ex art.* 1176 c.c. sarebbe condizione necessaria, sì, ma non sufficiente ad escludere l'imputabilità e la responsabilità del debitore (BETTI, 1953, I, 130).

La ricostruzione delle norme in esame finora prospettata avrebbe ben presto presentato il suo *vulnus*, ossia la forzatura rappresentata dalla distinzione tra l'incidenza del comportamento diligente del debitore sulla causa estranea, per un verso; e per altro verso, la sua irrilevanza sulla sorte della prestazione in sé considerata, almeno quando essa non consista in un'attività, ma si traduca in un risultato utile per il creditore (NATOLI, 1984, 65).

**3.1. Incertezze interpretative e frammentazione del sistema. Le obbligazioni « di mezzi » e di « risultato ».** Nonostante gli sforzi ricostruttivi degli artt. 1176 e 1218 c.c. proposti dalla dottrina all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile, e le vibranti proteste contro chi denunciava una scollatura tra le due disposizioni e, quindi, la frammentazione del sistema della teoria dell'inadempimento, la lettura in chiave puramente oggettiva delle regole, come sopra riassunta, si sarebbe rivelata da subito (BARASSI, 1948, 281 ss., 304 ss.; TORRENTE, 1954, *sub art.* 1218; CIAN, 1966, 10; NATOLI, 1984, 45-46) troppo rigida, perché nega spazio autonomo al comportamento del debitore, o lo relega alla sua incidenza rispetto alla causa esterna impeditiva sopravvenuta. Nell'originaria ricostruzione delle disposizioni citate, la diligenza ha, infatti, un ruolo minoritario, poiché rileva solo come misura dell'esattezza della prestazione (ancora oggettivamente possibile) e come criterio di imputazione dell'impossibilità sopravvenuta (in questo senso: FRANZONI, 1988, 380; BESSONE, 1969, 343 ss.).



Soprattutto, tale ricostruzione non convince sotto il profilo della complessiva coerenza sistematica delle norme in esame. Com'è stato messo in rilievo con molta chiarezza (NATOLI, 1984, 46; BRECCIA, *Le obbligazioni*, 1991, 469), l'incoerenza, o meglio l'antinomia tra gli artt. 1176 e 1218 c.c. emerge allorché, da un lato, si attribuisca al concetto di diligenza contenuto nella prima disposizione un significato di misura minima determinante del comportamento dovuto dal debitore, almeno con riferimento alle c.d. « prestazioni di attività » in sé e per sé considerate (c.d. obbligazioni di diligenza, o di comportamento: v. *infra*): sì che, in applicazione di tale norma, dovrebbe essere sufficiente il comportamento del debitore diligente (art. 1176, c. 1) o ispirato a perizia (art. 1176, c. 2) ad escludere la sua responsabilità per la mancata soddisfazione del credito. Tanto che, in effetti, un orientamento giurisprudenziale degli anni '70-'80 del secolo scorso, unitamente a molte voci di civilisti della stessa epoca, dinanzi a tale dilemma hanno dedotto dall'art. 1176, c. 1, c.c. il fondamento soggettivo (seppur non limitato al mero sforzo personale dell'obbligato) della responsabilità del debitore (CIAN, 1966, 10; BESSONE, 1969, 395 ss.; e più di recente: BIANCA, 1979, *sub* art. 1218, 2 ss.; BIANCA, 1994, 11 ss.; CANNATA, 1981, 993 ss.; DI MAJO, 1985, 37-38). Dall'altro lato, per le restanti prestazioni si svisciva del tutto la nozione di diligenza e la sua funzione, ricollegando l'esonero della responsabilità unicamente all'impossibilità sopravvenuta non imputabile, *ex* art. 1218 c.c. Così, sul versante opposto a quello dell'interpretazione soggettiva della responsabilità debitoria, si spiegano interpretazioni e applicazioni delle norme in esame di fatto basate sulla frammentazione e non unitarietà della responsabilità debitoria.

In quest'ottica di frammentazione è stata circoscritta l'applicazione dell'art. 1218 c.c. alle obbligazioni di consegnare cosa certa e determinata, laddove invece l'art. 1176 c.c. sarebbe riferibile alle sole obbligazioni di fare (GIORGIANNI, 1975, 230 ss.). Oppure è stata enfatizzata la nozione di diligenza in senso tecnico del c. 2 dell'art. 1176 c.c., come espressione di rinvio alle regole d'arte, riconoscendole una possibilità di generalizzazione alle sole obbligazioni di fare (VISINTINI, 2005, 202; VISINTINI, 2006, 218 ss., 225, 228). Di conseguenza, anche nelle « prestazioni di attività » la diligenza svolge un ruolo riduttivo della responsabilità contrattuale, limitato alla violazione di obblighi specifici derivanti da contratto o da regole disciplinari precise, acquisite in modo certo dalla disciplina ufficiale, circoscritto alla determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione e con riferimento soprattutto alla colpa professionale. Tanto che al professionista dovrebbe comunque essere accollato l'errore professionale, anche se non accompagnato dalla violazione di una regola d'arte precisa ed univoca, o da un obbligo esplicitamente assunto per contratto (VISINTINI, 2006, 267, 271 ss.). In una diversa prospettiva, di vera responsabilità oggettiva *ex* art. 1218 c.c. dovrebbe parlarsi solo nelle ipotesi di obbligazioni di genere, e di obbligazioni pecuniarie in particolare (GALGANO, 1989, 190; CABELLA PISU, *La nozione di impossibilità*, 2009, 219). Oppure, si è ritenuto che l'art. 1218 c.c. sarebbe riferibile piuttosto ad attività economiche e di impresa, con restrizioni rispetto all'onere della prova, nel senso che l'esplicazione di tali attività di impresa esigerebbero la dimostrazione a carico del creditore di una causa estranea alla sfera di controllo e pianificazione dell'imprenditore, tale da impedirne l'adempimento in modo oggettivo e assoluto (GALGANO, 1989, 48-190; SANTORO, 1988, 19-30; TRIMARCHI, 2018, 340 ss.).

Com'è noto, la più importante frammentazione del sistema deriva dalla distinzione delle obbligazioni in base alla natura della prestazione: ove il suo contenuto dovesse limitarsi all'espletamento di un'attività mirata a realizzare l'interesse del creditore, sia pure in vista di un particolare risultato utile per quest'ultimo, ma a prescindere da esso in quanto non dedotto in obbligazione, allora la valutazione dell'inadempimento sarebbe affidata al canone della diligenza *ex art. 1176, c. 1*, oppure della diligenza-perizia *ex art. 1176, c. 2*. Se la prestazione, invece, consiste nell'espletamento di un'attività quale strumento per il raggiungimento di un risultato dedotto in obbligazione; allora non avrebbe rilievo il comportamento diligente pur tenuto dal debitore, e l'esonero dalla responsabilità incontrerebbe il limite oggettivo ed assoluto della causa non imputabile, *ex art. 1218 c.c.* (così la ricostruzione di MENGONI, 1954, I, 190; MENGONI, EdD, 1091; v. anche NATOLI, 1984, 48-49). Su questo tradizionale solco classificatorio, di indubbia origine francese (sulle ascendenze romanistiche e pandettistiche della distinzione v. MENGONI, 1954, III, 299; CARBONE E., 2007, 15), accolto dalla dottrina italiana già all'indomani della promulgazione del codice del codice civile del 1942 (BETTI, 1953, I, 127 ss.; OSTI, 1973, 611), si è incamminata a lungo anche la giurisprudenza italiana, collocando sull'uno o sull'altro fronte prestazioni diversamente classificate come di « mezzi » ovvero di « risultato », soprattutto con l'intento di semplificare le ripartizioni dell'onere della prova a carico del creditore e del debitore (CC 4 marzo 2004, n. 4400, GC, 2005, 9, I, 2115, nt. GIACOBBE; CC 17 ottobre 2016, n. 20888; CC 2 marzo 2017, n. 5365, entrambe in *De Jure*, in materia di responsabilità dell'avvocato). Sì che mentre nelle obbligazioni di mezzi, o meglio di « (semplice) comportamento » (MENGONI, 1954, I, 192) essendo aleatorio e meramente eventuale il risultato, incombeva sul creditore l'onere più pesante di provare che la mancata soddisfazione del suo interesse fosse dipesa da scarsa diligenza; nelle obbligazioni di risultato, invece, incombeva sul debitore il più gravoso onere di provare che il mancato raggiungimento del risultato, a soddisfazione dell'interesse finale del creditore, fosse dipeso da causa esterna a lui non imputabile, oppure dall'interruzione del nesso eziologico. Estremamente esplicativa del peso assunto dal problema della distribuzione dell'onere probatorio risulta essere la giurisprudenza intervenuta, prevalentemente tra il 1978 e il 2004, in materia di prestazione medica professionale. Con l'evidente intento di ampliare la responsabilità contrattuale del medico-professionista, e alleggerire contestualmente il carico probatorio del creditore-paziente, è stata effettuata una vera e propria metamorfosi della prestazione professionale, da obbligazione di comportamento in obbligazione di risultato. L'occasione normativa è stata fornita dalla nota distinzione tra prestazioni di cure di facile esecuzione, per le quali è richiesto al professionista un comportamento diligente e prudente, *ex art. 1176, c. 1*; e prestazioni di speciale difficoltà, che implicino, cioè, notevole abilità e comportino un alto margine di rischio nell'esecuzione per la novità e speciale complessità dei problemi tecnici, rispetto alle quali la responsabilità del professionista è limitata ai casi di dolo o colpa grave, *ex art. 2236 c.c.* Norma, quest'ultima, di inquadramento sistematico agganciato all'*art. 1176, c. 2*, quindi alla diligenza intesa essenzialmente come perizia, ossia come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione. Sulla base di questa dicotomia, le prestazioni professionali definite « facili », e identificate dalla

*routinarietà* e dall'alto grado di vincolatività nell'esecuzione (CC 14 febbraio 2008, n. 3520, ECON, 2009, 2, 645, nt. CERINI, con riferimento all'applicazione di protesi dentaria), hanno beneficiato di un alleggerimento dell'onere probatorio a favore del creditore-paziente, al quale spetta dimostrare l'esistenza di un titolo e la « facilità » dell'intervento, nonché il peggioramento delle proprie condizioni o l'insorgenza di nuove patologie; mentre resta a carico del debitore-medico professionista la prova concreta dell'assenza di colpa (*sub specie* della sopravvenienza, nella serie causale che dall'intervento di cure ha condotto all'evento di danno, di un fatto inevitabile o imprevedibile) e del nesso di causalità. L'inadempimento del debitore-medico viene, dunque, agevolmente dimostrato dal creditore-paziente secondo un meccanismo presuntivo (*res ipsa loquitur*), che di fatto trasforma prestazioni professionali di comportamento in obbligazioni di risultato. Di contro, le prestazioni mediche « difficili » sono state lasciate nell'alveo tradizionale delle obbligazioni di mezzi, in quanto la *ratio* dell'art. 2236 c.c. consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà (CC, SU, 6 maggio 1971, n. 1282; CC 18 novembre 1997, n. 11440, Civ., 2010, 2, 86). Pertanto, gli interventi di cura qualificati come « difficili » pongono a carico del creditore-paziente la più ardua prova della colpa grave (o eventualmente del dolo), dovendo egli dimostrare in concreto che l'intervento di cura è stato attuato con modalità ritenute inadeguate dalle regole tecniche di perizia medica previste per quella specifica tipologia di intervento; mentre a carico del debitore-medico resta sia la prova della difficoltà dell'intervento di cura (CC 11 agosto 1990, n. 8218, *De Jure*; CC 13 aprile 2007, n. 8826, Civ., 2010, 2, 86, nt. VILLA), sia la dimostrazione della causa estranea sopravvenuta.

È noto come nei trent'anni di applicazione di queste regole (anche) probatorie, di rado l'intervento di cure sia stato qualificato come di « speciale difficoltà » su dimostrazione del debitore-medico, anche perché — prima di varcare la soglia dell'art. 2236 c.c. e della valutazione del comportamento secondo la perizia richiesta dal contenuto della prestazione — viene definito come imprudente, *ex art.* 1176, c. 1, il comportamento del professionista che si cimenta in prestazioni di cure mediche per le quali la sua preparazione professionale e l'esperienza acquisita risultano essere inadeguate. Ciò perché lo standard di diligenza del professionista è cresciuto sensibilmente, comprimendo di conseguenza l'area della colpa grave nei confronti di problemi tecnici di speciale difficoltà, di cui all'art. 2236 c.c. Emblematico è il caso di un primario ortopedico avventuratosi in un'operazione di altissima chirurgia (intervento di laminectomia per sospetta neoplasia extramidollare) senza averne le competenze specifiche, ossia specializzazione e pratica professionale in neurochirurgia, così provocando la lesione del midollo spinale del paziente, con immediata e completa paralisi di tutta la parte inferiore del corpo. In questa circostanza, la Cassazione ha confermato quanto deciso dalla Corte d'appello di Bari, la quale aveva ritenuto raggiunta la prova della colpa anche grave del medico (*ex art.* 1176, c. 1) nell'aver questi « imprudentemente » affrontato un intervento di alta neurochirurgia, pur senza la richiesta esperienza nel campo specifico (CC 26 marzo 1990, n. 2428, GI, 1991, I, 1, 600).

Nel solco della dicotomia mezzi-risultato sono stati collocati, sull'opposto versante dell'art. 1218 c.c. e, quindi, dell'esonero da responsabilità attraverso la prova con-

creta del sopravvenire di una causa esterna non imputabile, le prestazioni rispetto alle quali l'espletamento di un'attività è solo strumentale al conseguimento di un risultato utile specifico dedotto in contratto. Così per le prestazioni dell'appaltatore (art. 1655 c.c.), del lavoratore autonomo nel contratto d'opera (art. 2222 c.c.), del vettore nel contratto di trasporto (art. 1678 c.c.) o dello spedizioniere (art. 1737 c.c.). In tali casi, al creditore viene richiesto un onere probatorio più leggero, limitato all'evidenza dell'inadempimento (e del titolo), spettando al debitore il maggior carico di fornire prova della causa impeditiva concreta che, in modo oggettivo e in maniera assoluta, abbia reso l'esecuzione della prestazione impossibile, a prescindere dal suo comportamento pur diligente e conforme a regole d'arte.

Il fascino prorompente della distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato è stato subito anche dai civilisti appartenenti alla famiglia di *common law*, ove persino la dottrina inglese tende a distinguere il regime di responsabilità debitoria. Mentre nei contratti di compravendita, aventi ad oggetto un preciso risultato, ossia il trasferimento di un diritto e la consegna di cosa determinata o di genere ma individuata, si parla di responsabilità oggettiva; diversamente, nei contratti di prestazione di servizi, il fare (o non fare), fungibile o infungibile, impone al debitore un dovere di diligenza (*reasonable care and skill*), o addirittura uno sforzo diligente (*best endeavours*: TREITEL, 2004, 314; ANDREWS, 2015, 443). La valenza di questi spartiacque classificatori si testa, tuttavia, in sede di attuazione delle norme: anche la *Court of Appeal* d'oltremarica, pur affermando un dovere di diligenza per le prestazioni mediche-professionali (*Thake v Maurice* ([1986] QB 644 CA) precisa che i medici sono sì tenuti ad un dovere di ragionevole diligenza, ma che una responsabilità oggettiva è da loro attesa in funzione di specifiche disposizioni contrattuali promesse dallo stesso professionista, e in funzione del contesto generale nel quale la prestazione è eseguita (*Platform Funding Ltd v Bank of Scotland plc* [2009] QB 426).

**4. In favore di una responsabilità oggettiva (ben) temperata.** Alla luce di quanto sopra esposto, e al fine di proporre una lettura delle norme che riporti ad unità il significato di inadempimento, è opportuno relativizzare le due dottrine, soggettivistiche e oggettivistiche, considerandole « idealtipi » (SMORTO, 2013, 683), che trovano una traduzione più libera nelle interpretazioni della giurisprudenza. Ponendo, infatti, maggiore attenzione ai risvolti applicativi delle disposizioni in esame, una loro diversa ricostruzione è possibile, sia per superare le incoerenze sistematiche più o meno evidenti, sia per evitare rigidità che trascurino soprattutto la relazione tra comportamento e responsabilità del debitore nell'attuazione del rapporto, trasformando perciò la teoria generale dell'inadempimento in un'operazione puramente accademica.

Le norme in esame senz'altro impongono una ricostruzione della teoria della responsabilità in termini di qualificazione oggettiva dell'inadempimento, scevra da ogni riferimento all'atteggiamento psicologico o allo sforzo personale dell'obbligato. Tuttavia, non viene ignorata dal legislatore del 1942 la rilevanza del comportamento del debitore, e quindi, del suo (eventuale) atteggiamento negligente, sia in fase di attuazione del rapporto, quando la prestazione è ancora possibile (art. 1176 c.c.), sia

quando intervenga un evento impeditivo che la renda impossibile in tutto o in parte, o ne sospenda l'esecuzione (artt. 1218 c.c., 1256, c. 2, c.c.). Ciò anche alla luce del fatto che la responsabilità del debitore nasce in seno ad una *relazione* contrattuale, che intanto non può essere ridotta ad un mero incontro/scontro tra patrimoni e interessi unicamente economici, poiché possiede implicazioni personali più o meno forti che si traducono sempre (anche se in misure variabili), intervenuto un inadempimento, nella rilevanza del comportamento negligente (LAITHIER, 2004, 5, 95 ss., 100, 113). Inoltre, in seno a tale relazione negoziale non si può trascurare l'intervento della volontà del debitore ai fini dell'adempimento dell'obbligazione (sulla natura negoziale dell'adempimento cfr. NATOLI, 1984, 1 ss.). Pertanto, in merito al rapporto tra gli artt. 1176 e 1218 c.c. alcune precisazioni sono necessarie

La codificazione del 1942 ha rinunciato alla definizione di obbligazione: centrale è, piuttosto, il concetto di prestazione oggetto dell'obbligazione (così esplicitamente la Relazione al codice civile, n. 557). Stabilita la sua caratteristica imprescindibile, ossia la patrimonialità, e riconosciuta la possibilità di finalizzarla alla realizzazione o tutela di scopi ideali, o comunque di interessi non patrimoniali (art. 1174 c.c.), la nozione di prestazione rinvia immediatamente alla relazione instauratasi tra due parti di un rapporto negoziale e, quindi, all'attività del debitore (positiva o negativa) tenuta ai fini della soddisfazione dell'interesse del creditore (NICOLÒ, 1978, 91 ss.; RESCIGNO, 1979, 184 ss.; NATOLI, 1984, 54 ss.). Tale attività mira sempre ad un risultato, ossia alla realizzazione dell'interesse del creditore: insito nella struttura del rapporto obbligatorio è il « dover effettuare la prestazione »; l'obbligazione nasce proprio perché in essa è dedotto, tramite volontà delle parti, un comportamento dovuto dal debitore ai fini del conseguimento di un'utilità a vantaggio del creditore; utilità che altro non è se non il *risultato* atteso (MENGONI, 1954, 188). Anche per la giurisprudenza un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni (CC, SU, 28 luglio 2005, n. 15781, EUR DIR PRIV, 2006, 2, 781, nt. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*). Il problema del limite alla responsabilità del debitore, allora, non si risolve attraverso la definizione e classificazione dei possibili contenuti delle prestazioni, come ci aveva insegnato la dottrina francese, distinguendole tra prestazioni dirette a conseguire un risultato, soggette esclusivamente al regime di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c., e prestazioni il cui contenuto si limita all'esecuzione ragionevolmente diligente dell'obbligo assunto, soggette al regime di responsabilità di cui all'art. 1176 c.c. D'altra parte, la dicotomia tra obbligazione di comportamento e di risultato non è giustificata neanche dalla necessità di risolvere problemi di ordine pratico, quali la distribuzione dell'onere della prova e l'individuazione del contenuto dell'obbligo.

Nel primo senso, la stessa giurisprudenza ha optato per l'unitarietà della distribuzione degli oneri probatori in materia di inadempimento contrattuale, in tal modo avviando il processo di superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato (CC, SU, 30 ottobre 2001, n. 13533, FI, 2002, 1, 769, nt. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammando*). Prima di questo decisivo intervento delle Sezioni Unite vi era, infatti, un orientamento giurisprudenziale maggioritario per il quale, ai fini della ripartizione dell'onere probatorio in materia di obbligazioni contrattuali, si deve avere riguardo all'oggetto specifico della

domanda; sì che, a differenza del caso in cui si chiede l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni — ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto — nell'ipotesi in cui si domandi la risoluzione per inadempimento dell'obbligazione l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze nelle quali esso si è compiuto. Le Sezioni Unite sopra citate, abbracciando l'orientamento minoritario delle sezioni semplici (contrario a quanto prima argomentato, e favorevole piuttosto all'omogeneità della distribuzione dell'onere della prova per le tre azioni previste dall'art. 1453 c.c.) hanno enunciato il principio secondo il quale il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento (o dell'adempimento inesatto, che può consistere nella violazione di obblighi accessori, come quello di informazione, ovvero nelle difformità quantitative o qualitative dei beni); mentre grava ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto adempimento e la sua esattezza, o il sopravvenire di una causa impeditiva. Come sarebbe stato precisato dalla giurisprudenza successiva, sul tema specifico della responsabilità medico-professionale, l'« allegazione » dell'inadempimento da parte del creditore-paziente consiste nella dimostrazione dell'aggravamento della situazione patologica o dell'insorgenza di nuove patologie, nonché nella prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso. Di contro, la prova dell'(esatto) adempimento a carico del debitore-medico (o della struttura sanitaria, stante la natura contrattuale del rapporto tra ospedale e paziente: CC 5 dicembre 2013, n. 27285, DG 2013, 6 dicembre) consiste nel dimostrare di aver tenuto un comportamento « diligente », e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (CC 28 maggio 2004, n. 10297, *De Jure*; CC 11 novembre 2005, n. 22894, *De Jure*; CC 24 maggio 2006, n. 12362, *De Jure*). Una volta affermata dalla Suprema Corte l'unicità del meccanismo di ripartizione dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale in generale, si è infranto il dogma della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato. La giurisprudenza ha, perciò, decretato il superamento di tale distinzione (CC, SU, 28 luglio 2005, n. 15781, cit.; CC, SU, 11 gennaio 2008, n. 577, RCP, 2008, 856, nt. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*), anche alla luce della necessità di mantenere l'unità della teoria dell'inadempimento all'insegna della valutazione del comportamento del debitore, a prescindere dalla natura dell'obbligazione.

In sintesi, in tema di responsabilità professionale del medico-chirurgo, il creditore-paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'inadempimento, non la negligenza né, tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di diligenza o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nei casi di cui all'art. 2236 c.c.) essere provate dal medico (CC 21 giugno 2004, n. 11488, GC, 2005, 2129 ss., nt. GIACOBBE, *Brevi osservazioni sul danno da « nascita indesiderata », ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere*; CC 19 aprile 2006, n. 9085, Civ., 2010, 86 ss.; CC 18 settembre 2015, n. 18307, FI, 2016, I, I, 175 ss., nt. DAVOLA, *In tema di natura della responsabilità del medico*).

Nel secondo senso, ossia l'individuazione del contenuto dell'obbligo, l'intricata vicenda in materia di appalto d'opera intellettuale, riguardante l'ingegnere progettista e/o direttore dei lavori, dimostra come la dicotomia mezzi-risultato non solo non sia di nessun aiuto, ma contribuisca a complicare il momento di valutazione della responsabilità da parte del giudice, perché non risolve il problema della delimitazione dell'obbligo e dell'applicabilità ad esso dell'art. 2226 c.c., in tema di decadenza e prescrizione della garanzia per vizi. Un orientamento giurisprudenziale, infatti, riteneva che nel caso dell'obbligazione di redigere un progetto d'ingegneria, che avrebbe per oggetto un risultato ben definito e dotato di una sua autonoma utilità, cioè la sua realizzabilità, la relativa prestazione dell'ingegnere professionista dovesse essere qualificata come obbligazione di risultato (il progetto come prodotto), anziché di comportamento, come generalmente avviene per le obbligazioni inerenti all'esercizio di attività professionale intellettuale (*ex plurimis*: CC 5 agosto 2002, n. 11728; CC 27 febbraio 1996, n. 1530; CC 7 maggio 1988, n. 3389; CC 8 aprile 1977, n. 1346; CC 16 ottobre 1961, n. 2169). Da tale qualificazione della prestazione consegue l'applicabilità dei termini di prescrizione e decadenza della garanzia per vizi *ex art.* 2226 c.c. e, pertanto, il facile esonero da responsabilità dell'ingegnere professionista, qualora i vizi si evidenziassero solo posteriormente alla scadenza dei brevi termini di decadenza (otto giorni dalla scoperta) e di prescrizione (un anno). Un diverso orientamento — proprio per evitare lo snaturamento di un rapporto tradizionalmente inquadrato tra le obbligazioni di comportamento, nonché il troppo facile esonero del progettista da responsabilità per vizi — considerava anche l'obbligazione in esame come di mezzo, e il bene ottenuto al termine della prestazione dell'ingegnere professionista come l'esito di un lavoro intellettuale oggetto del contratto, che resta un bene immateriale, benché si estrinsechi in una *res*, la quale, tuttavia, costituisce un mero strumento d'espressione, cioè il *corpus mechanicum* in cui l'opera intellettuale si inverte per poter essere utilizzata dal committente (*ex plurimis*: CC 17 aprile 1981, n. 2334, *De Jure*; CC 9 marzo 1985, n. 1917, *De Jure*; CC 27 maggio 1997, n. 4704, FI, 1997; I, 2078; CC 23 luglio 2002, n. 10741, *De Jure*). D'altra parte, la giurisprudenza è costante nel ricondurre l'obbligazione del direttore dei lavori nell'ambito delle obbligazioni di mezzi (*ex plurimis*: CC 29 marzo 1979, n. 1818, *De Jure*; CC 28 gennaio 2001, n. 15124, DR, 2002, 521 ss., nt. DELLACHÀ, *La natura della responsabilità ex art. 1669 c.c.: il ruolo dell'appaltatore e del direttore dei lavori*), come anche nel caso di cumulo della funzione di progettista con quella di direttore dei lavori (CC 28 gennaio 1985, n. 488, *De Jure*; CC 1 dicembre 1992, n. 12820, *De Jure*; CC 29 gennaio 2003, n. 1294, *De Jure*). Così inquadrato, tali prestazioni si sottraggono all'applicazione dell'art. 2226 c.c., pensato per i contratti d'opera materiale, lasciando al professionista l'onere di esonerarsi dalla responsabilità dando prova della sua diligenza e della sopravvenuta causa non imputabile negli ordinari termini prescrizionali decennali. Fino a quando, a tacitare questa « diatriba senza fine », destinata solo a moltiplicare le ipotesi di metamorfosi delle obbligazioni di mezzi in risultato, e viceversa, non sono intervenute le più volte citate Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno risolto il problema nel senso dell'inapplicabilità delle norme sulla decadenza e prescrizione, *ex art.* 2226 c.c., semplicemente riconducendo le prestazioni dell'ingegnere progettista, al tempo stesso direttore dei lavori, nell'ambito della disciplina generale dell'inadem-

pimento delle obbligazioni, *ex artt.* 2236 (risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà), 2232 c.c. (esecuzione personale dell'opera), 1218 e 1176, c. 2, c.c. (CC, SU, 28 luglio 2005, n. 15781, cit.). Ricostruendo gli obblighi del professionista alla luce delle norme citate, l'applicazione di termini di decadenza e prescrizione risulterebbe incompatibile con le due diverse, ma connesse, attività del professionista in questione: ideativa, e di esatta esecuzione dell'opera. Conclusione raggiunta attraverso la nozione di diligenza-perizia, collegata all'eventuale esonero da responsabilità rappresentato dalla causa non imputabile sopravvenuta; senza necessità di ricorrere alla classificazione delle obbligazioni come di comportamento o, invece, di risultato.

La questione inizialmente posta del collegamento tra debito e responsabilità si risolve attribuendo un contenuto più complesso alle nozioni di prestazione e di risultato atteso dal creditore, conferendo centralità al dovere di diligenza imposto al debitore *ex art.* 1176 c.c., fino a farlo assurgere a criterio di applicazione generale per entrambe le norme; restituendo, altresì, particolare importanza al regolamento negoziale e alla sua interpretazione secondo il criterio della buona fede oggettiva *ex artt.* 1175 e 1366 c.c., ai fini della ricostruzione del contenuto dell'obbligo assunto dal debitore e, quindi, dell'ampiezza della prestazione cui questi è tenuto per soddisfare l'interesse preteso dal creditore. Operazione interpretativa complessa, che spetta al giudice di merito effettuare caso per caso, tenendo conto della tipologia del rapporto, della natura, dell'oggetto e delle modalità di esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione, a valle di una corretta distribuzione dei carichi di prova.

Questo, in estrema sintesi, può dirsi lo sforzo ricostruttivo della dottrina italiana a partire dalla fine degli anni '70 del secolo scorso, oggi largamente seguito dalla giurisprudenza italiana.

**4.1. La diligenza come dovere generale del debitore nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Obbligazioni di genere e pecuniarie.** È innegabile che l'art. 1176 c.c. fornisca un parametro, quello della diligenza, idoneo a guidare la valutazione di legittimità (cioè di conformità o meno al contratto) del comportamento assunto dal debitore nel caso concreto, tenuto conto delle particolari caratteristiche del caso singolo e con la precisazione di cui al capoverso dell'art. 1176 c.c. Il dovere di diligenza non è solo criterio di valutazione del contegno del debitore in funzione dell'imputabilità di una causa sopravvenuta: in quanto implica la determinazione concreta del contenuto dell'obbligo, esso è dovere di adempimento e misura della colpa (MENGONI, 1954, I, 198-199). Relegare tale complesso criterio ad una mera misura dell'esattezza dell'adempimento al solo fine di escluderne la causalità nel sopravvenire dell'impedimento significa operare una limitazione rispetto alla volontarietà dei comportamenti e alle loro conseguenze in termini di responsabilità (MENGONI, 1954, IV, 375; NATOLI, 1984, 1 ss.), che non trova altra giustificazione se non nell'ansia di attribuire un contenuto il più oggettivo possibile alla teoria dell'inadempimento. Così rischiando, però, il pericolo uguale e contrario a quello del conferire rilevanza al mero sforzo (o financo alla mera difficoltà) incontrato dal debitore in fase di adempimento. È quanto può dirsi accaduto in un caso deciso molti anni or sono da una corte di merito (A Roma 12 dicembre 1964, GC, I, 1965, 594 ss.), che aveva escluso la responsabilità contrattuale della società di addestramento di volo nei confronti dell'allievo-pilota, il quale aveva subito un grave danno alla persona causato



da un malfunzionamento del veivolo. Ritenuto che il comportamento della società non avesse avuto alcuna ricaduta sul fatto imprevedibile e inevitabile che avrebbe portato all'evento infausto (esclusa, in altri termini, l'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta *ex art.* 1218 c.c.), i giudici di seconde cure non avevano ritenuto di dover ulteriormente indagare sulla diligenza richiesta all'istruttore-professionista, *ex art.* 1176 c.c. Invece, un'indagine condotta alla luce della tipologia contrattuale (contratto di addestramento sportivo), della natura e oggetto della prestazione (trasferimento di abilità e conoscenze in un settore non agonistico ad alto rischio) e delle modalità di esecuzione (soggette a regole di massima precauzione) avrebbe probabilmente dovuto spingere il dovere di diligenza assunto dalla società fino al controllo del veivolo, del buon funzionamento degli strumenti necessari per attuare la prestazione, dell'adeguato livello di preparazione dell'allievo rispetto all'esercitazione. Effettivamente, a distanza di molti anni, a tale conclusione giungeva la stessa corte d'Appello di Roma, sostenuta poi dalla Corte di cassazione, in un caso analogo in cui veniva riconosciuta la responsabilità contrattuale di una scuola di volo di deltaplano per il grave danno biologico subito dall'allievo, sulla base di una motivazione che, in definitiva, fa gravare su scuola ed istruttore non solo l'obbligo di fornire una formazione adeguata, ma anche di vigilare sull'incolumità e sicurezza dell'allievo per tutta la durata del corso, ritenendo pertanto non raggiunta la prova della non imputabilità della causa né alla scuola né all'insegnante (CC 30 novembre 2018, n. 30979, FI, 2019, 5, I, 1712, nt. MUSCILLO). D'altra parte, ignorare del tutto il comportamento del debitore in fase di attuazione del rapporto significherebbe contestualmente privare il creditore di qualsiasi rimedio (anche risolutorio) nel caso in cui — rifacendoci agli esempi appena riportati — dopo alcuni viaggi o esercitazioni, l'allievo si dovesse rendere conto di essere in grave pericolo, o per imperizia/negligenza dell'istruttore, o per cattivo funzionamento dell'apparecchio; con la conseguenza di vedersi costretto o a rendersi lui inadempiente recedendo dal contratto, o a mettere addirittura a repentaglio la propria incolumità (cfr. BRECCIA, 1968, 99-100).

Neanche si può sottovalutare la centralità della prestazione, quale attività del debitore finalizzata alla realizzazione dell'interesse del creditore dedotto in obbligazione (NICOLÒ, 1936-1978, 91 ss.; RESCIGNO, 1979, 184) oppure, ancor più esplicitamente, quale comportamento corrispondente al contenuto dell'obbligo (BRECCIA, 1968, 130-1; NATOLI, 1984, 74). Centrale resta, pertanto, l'indagine diretta a determinare il contenuto della prestazione dovuta, nel quale rientrano sia il risultato atteso dal creditore (a soddisfazione dell'interesse dedotto nel contratto), sia i mezzi necessari per attuarlo, attraverso il comportamento del debitore (BRECCIA, *Le obbligazioni*, 1991, 464-465). In altri termini, nel nostro sistema la teoria dell'esonero dalla responsabilità per inadempimento non può essere ricostruita sulla base della sola impossibilità sopravvenuta non imputabile: essa è, semmai, imperniata sul fatto dell'inadempimento, e al dovere di adempimento corrisponde un dovere di diligenza, che a sua volta implica la determinazione del contenuto dell'obbligo (MENGONI, 1954, I, 198; MENGONI, 1954, II, 291 ss.).

Mentre la distinzione obbligazioni di mezzi-risultato limita la concreta applicabilità dell'art. 1176 c.c. e del criterio della diligenza solo alle prime, e comunque non utilizza il criterio della diligenza come parametro sufficiente ad escludere la respon-

sabilità del debitore, potendo questi essere esonerato solo dalla dimostrazione della sopravvenuta impossibilità (BETTI, I, 1953, 130); la lettura integrata degli artt. 1176 e 1218 c.c. evidenzia una forte correlazione tra le due disposizioni, e attribuisce alla diligenza una funzione determinante, poiché si tratta di un criterio di valutazione elastico, diversamente declinato a seconda del contenuto della prestazione e della natura del risultato (NATOLI, 1984, 80).

Particolare interesse presenta il criterio della diligenza professionale adottato dalla dir. 2005/29/CE dell'11 maggio 2005 sulle pratiche commerciali scorrette: il legislatore europeo ha, infatti, richiamato la nozione di « diligenza professionale », necessaria per intercettare comportamenti commerciali negligenti, ma non sufficiente a qualificare la pratica commerciale come ingannevole o aggressiva: perché quest'ultima sia considerata tale, la disposizione chiede all'interprete di accertare (mediante un criterio di valutazione extra-legale, riferito alle scienze sociali comportamentali) che gli effetti della condotta commerciale negligente del professionista ricadano negativamente sulle decisioni economiche prese dal consumatore (art. 20, c. 2, c. cons.: « Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori »). Nella norma di fonte europea emerge l'aspetto relazionale della diligenza-perizia imposta al debitore-professionista, poiché essa non è più rapportata al sopravvenire di una causa estranea, ma al comportamento economico irrazionale che il creditore-consumatore medio potrebbe ragionevolmente assumere se sollecitato da pratiche commerciali ingannevoli o aggressive; comportamento che l'interprete deve valutare sia in astratto (« pratica commerciale [...] idonea a falsare [...] »), sia con riferimento al caso concreto (« pratica commerciale [...] falsa ... in relazione al prodotto »).

Riconosciuto al dovere di diligenza un ruolo generale nella teoria dell'adempimento, anche ove prenda le forme della perizia (art. 1176, c. 2) ove il contesto lo richieda, esso incide (oltretutto — come più volte ribadito — sulla determinazione ovvero esclusione della responsabilità per inadempimento *ex* art. 1218 c.c.) anche sul comportamento tenuto dal debitore con riferimento a qualsiasi obbligazione qualunque sia l'oggetto e il contenuto del rapporto, *ex* art. 1176 c.c. (MENGONI, 1954, I, 199 ss., 1954, II, 282; NATOLI, 1984, 47 ss., 53; BRECCIA, 2009, 133, 159-160; in giurisprudenza: CC 22 gennaio 1999, n. 589, RCP, 1999, 652, nt. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*). Si risolve, così, senza aporie logiche o dogmatiche, il problema dell'inadempimento nelle obbligazioni di genere e persino in quelle pecuniarie, per le quali era stato sostenuto che giammai sarebbe per esse ipotizzabile l'esenzione del debitore da responsabilità (*genus numquam perit*). La ricostruzione della teoria della responsabilità che attribuisce rilevanza anche al comportamento diligente e corretto del debitore, consente di prescindere da un'aprioristica selezione effettuata sulla natura delle obbligazioni (sulla quale, come si è detto, il codice ha deliberatamente evitato di esprimersi), distinte in obbligazioni di genere (incluse quelle di danaro) e obbligazioni di dare/consegnare cosa determinata; e in obbligazioni di fare — fungibile o infungibile — o

non fare. Nella prospettiva adottata, intanto le obbligazioni di genere non sono tutte uguali; inoltre, non è corretto assimilarle a quelle pecuniarie; in ogni caso, entrambe vanno pur sempre rapportate alla tipologia del rapporto, alla natura e alle modalità di esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione.

Pertanto, discorrendo di obbligazioni di genere, la responsabilità del debitore deve essere commisurata alle ipotesi in cui, ad esempio, il debitore si sia impegnato a procurarsi la merce sul mercato, oppure debba ricorrere alla propria provvista, o ancora gli sia richiesta la produzione *in-house* dei beni. Nel primo caso, l'impossibilità dovrà essere parametrata all'ipotesi estrema della completa soppressione della merce dal mercato, o più realisticamente alla sua sopravvenuta incommerciabilità (impossibilità giuridica). A questa conclusione si perviene non ragionando in termini di oggetto della prestazione — trattandosi di *genus illimitatum* — quanto piuttosto applicando il criterio della diligenza-prudenza o diligenza-perizia alle possibilità concrete di controllo sull'esecuzione della prestazione, stabilendo il debitore le modalità e i tempi di approvvigionamento e di individuazione delle merci (TRIMARCHI, 2018, 400 ss.), in modo da assicurare anche la qualità non inferiore alla media di esse, come prevede l'art. 1178 c.c. Nel secondo caso, il perimento non imputabile potrebbe essere liberatorio, ove il debitore fornisca adeguata prova della non imputabilità della distruzione (totale o parziale) della provvista. In entrambi i casi, l'oggetto della prestazione lascia poco spazio alla valutazione del comportamento del debitore: solo nella seconda ipotesi esso assume rilevanza nel momento in cui concorre a determinare causalmente il sopravvenire del fatto impeditivo (*ex art. 1218 c.c.*). Infine, nella terza situazione ipotizzata occorrerà, piuttosto, stabilire — alla luce dell'interpretazione del contratto secondo buona fede — quali possono essere i mezzi utilizzabili dal debitore per adempiere e, in definitiva, i limiti della produttività rispetto al fatto impeditivo sopravvenuto (BRECCIA, *Le obbligazioni*, 1991, 216 ss.; VISINTINI, 2006, 365 ss.)

Su altro piano valutativo si collocano le obbligazioni pecuniarie: sarebbero queste sempre possibili, per la natura stessa dell'oggetto (CC 15 novembre 2013, n. 25777, DG, 2014, 5): in realtà, anche per le obbligazioni pecuniarie sarà possibile procedere alla valutazione dell'eventuale esonero dalla responsabilità in termini di esigibilità della prestazione (nel senso che si avrà modo di precisare più oltre), sia con riferimento alle modalità di esecuzione della prestazione, sia con riferimento all'inesattezza quantitativa dell'adempimento. Quanto alla modalità di esecuzione, si pensi ai mezzi di pagamento utilizzati dal debitore: il fatto del creditore, ossia la mancata accettazione delle modalità di pagamento diverse da quelle concordate, può presentare — in talune circostanze — le caratteristiche di una causa impeditiva esterna, estintiva dell'obbligo del debitore. Tuttavia, secondo una giurisprudenza consolidata, restano a carico di quest'ultimo il rischio di convertibilità, nel caso in cui la banca non sia in grado di assicurare il cambio dell'assegno in moneta locale (CC, SU, 18 dicembre 2007, n. 26617, NGCC, 2008, 751, nt. MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valenza teorico-applicativa di un orientamento evolutivo*); nonché il rischio del mancato finanziamento (CC 20 maggio 2004, n. 9645, *De Jure*); a meno che non si tratti di pagamenti in valuta estera (T Milano 19 settembre 1977, RDIPP, 1978, 124). Allo

stesso modo, ritardi tollerabili, dovuti anche a fatti personali del debitore, persino difficoltà gravi ragguagliate al contenuto del rapporto e all'interesse del creditore, possono rappresentare cause di inesigibilità della prestazione da parte del creditore (BRECCIA, *Le obbligazioni*, 1991, 474 ss.; BRECCIA, 2009, 159-60). In tali situazioni, in ogni caso, non sarà la natura della prestazione in sé a decidere dell'imputazione di responsabilità, quanto i doveri generalizzati della diligenza-prudenza imposti dal c. 1 dell'art. 1176 c.c. Nella Dir. 2015/2366/UE del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, anche l'obbligazione pecuniaria del debitore-pagatore deve sottostare al rispetto del dovere di cooperazione, attraverso il quale il legislatore chiede al prestatore del servizio di pagamento di valutare l'esigibilità della prestazione pecuniaria. In particolare, nel caso in cui il debitore-pagatore abbia disposto operazioni di pagamento il cui importo non sia noto in anticipo (come può accadere nei pagamenti in valuta estera mediante carta di credito, il cui importo non è noto se non al momento dell'esecuzione dell'operazione di addebito su conto corrente), il prestatore di servizi di pagamento del pagatore può bloccare fondi sul conto di pagamento di quest'ultimo solo se egli abbia acconsentito a che sia bloccato un importo predeterminato (art. 75, par. 1). Nello stesso solco dell'esigibilità dell'obbligazione pecuniaria si ineriscono le disposizioni contenute nella *soft law* europea. Nel capitolo dedicato alle « tutele speciali », ossia rimedi per l'adempimento a disposizione del creditore, i PECL consentono al creditore di un'obbligazione pecuniaria di adempiere ugualmente, anche qualora essa sia scaduta e il debitore abbia dichiarato di non voler adempiere, a meno che non sia possibile una diversa pattuizione, oppure l'adempimento del creditore non sia ragionevole in relazione alle circostanze (art. 9:101; nello stesso senso: art. III. — 3:301 DCFR).

Quanto all'ambito di applicazione del primo e del secondo comma dell'art. 1176 c.c.: il primo rimanda ad una nozione di diligenza tutt'altro che media, semmai portata fino al limite delle capacità personali del debitore (DEMOGUE, t. III, 1923, n. 255; t. VI, 1931, n. 22: « *La diligence d'un bon professionnel n'est pas celle d'un bon père de famille* »; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, 1989, 85-89), che si traduce nell'assenza di colpa e nella prudenza, la cui valutazione oggettiva si riferisce al grado di attenzione richiesta dal contenuto dell'obbligo assunto (molta o poca). A questa definizione generale si aggiunge una nozione di diligenza professionale o tecnica, nota meglio come perizia, di cui al c. 2 dell'art. 1176 c.c. (VISINTINI, 2006, 218 ss., 225, 228), il quale ne qualifica il contenuto con riferimento alla natura dell'attività professionale da svolgere (CC 26 marzo 1990, n. 2428, cit.; CC 22 gennaio 1999, n. 589, cit.; CC 28 luglio 2005, n. 15781, cit.).

#### **4.2. Contenuto della prestazione: rapporto tra diligenza e buona fede.**

L'attuazione del rapporto obbligatorio mediante comportamento adeguato alla realizzazione dell'interesse del creditore dedotto in contratto è valutabile, ai fini dell'imputabilità dell'inadempimento di un obbligo ancora possibile, ovvero della causa sopravvenuta estintiva (in tutto o in parte) dell'obbligazione, solo se si definisce con chiarezza il contenuto del rapporto. Operazione interpretativa, questa, possibile nel nostro sistema di adempimento delle obbligazioni grazie al criterio della buona fede (ex artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.), ove si parta dal presupposto che il rapporto contrattuale si basa su una relazione tra creditore e debitore. Il dovere di correttezza, o

buona fede oggettiva rapportata ad un comportamento, viene imposto ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio, creditore e debitore, in quanto « ... non soltanto generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà corporativa: non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio » (Relazione al codice civile, n. 558). Negli anni a venire, epurata la citazione dai riferimenti alla dottrina fascista e al sistema corporativo, il dovere di buona fede è stato attualizzato intanto agganciandolo al principio di solidarietà espresso nell'art. 2 Cost.; inoltre, riconoscendogli una funzione costruttiva del rapporto obbligatorio, che riesce a dare senso all'obbligo determinandolo in tutti i suoi aspetti, non solo rispetto a quelli direttamente collegati all'esecuzione della prestazione, ma anche con riferimento alle questioni legate alla finalità cui tende l'assunzione dell'obbligo, e perciò ora ampliandolo (fino ad includere comportamenti non previsti in origine, persino successivi all'esecuzione della prestazione); ora restringendolo (fino ad escludere comportamenti pure previsti, ma non più coerenti con la finalità del rapporto, oppure con l'interesse del creditore). Il dovere di buona fede, inoltre, è una clausola generale, che conferisce contenuto concreto alla relazione contrattuale; mentre il criterio della diligenza descrive l'attività di prestazione del debitore, sia in piena conformità a tale contenuto, sia quale criterio di controllo dell'imputabilità dell'evento sopravvenuto (BRECCIA, 1968, 230 ss.; 355 ss.; BRECCIA, 2009, 165). L'operazione interpretativa di costruzione del rapporto secondo correttezza, proprio perché si inserisce in una relazione e impone doveri reciproci, può spingersi fino alla correzione della prestazione dovuta, individuando obblighi e prestazioni accessorie, iscritte comunque nel rapporto e dirette alla realizzazione dell'interesse del creditore e delle finalità dell'obbligazione assunta. In questa prospettiva, non è necessario il ricorso agli obblighi integrativi secondo buona fede, molto invocati in dottrina, soprattutto tedesca (*Schutzpflichten: ex plurimis*, LARENZ, 1987, I, 6 ss.) e francese (*obligations de sécurité*: H. ET L. MAZEAUD, 1947, I, 93 ss.; 192 ss.; VINEY, 1988, 597 ss.; gli obblighi integrativi di buona fede hanno influenzato larga parte della dottrina italiana: BENATTI, 1960, 1342 ss.; RODOTÀ, 1969, 137-150; CASTRONOVO, 1990, I ss.), e spesso richiamati dalla nostra giurisprudenza. Più di recente, ad esempio, con riferimento al giudizio di compatibilità delle clausole *claims made* impure rispetto alla fattispecie ipotetica ex art. 1917 c.c., la Suprema Corte ha ribadito la funzione del dovere di correttezza quale metro di comportamento per i soggetti del rapporto, e binario guida per la sintesi valutativa del giudice, attribuendole altresì una funzione di arricchimento e integrazione del rapporto obbligatorio attraverso obblighi integrativi di protezione, cooperazione, informazione (CC, SU, 6 maggio 2016, n. 9140, RCP, 2016, 3, 852, nt. VERNIZZI, *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative "retroattive"*). L'assunzione di un ruolo integrativo della clausola generale di buona fede oggettiva pone pericolosamente l'interprete al di fuori della relazione negoziale, così sollevando subito il quesito dei limiti all'estensione di tali obblighi integrativi, tanto da indurre un'attenta dottrina a dirottare l'attenzione dell'interprete verso l'utilità di una classificazione di detti obblighi « in serie aperta » (avviso-comunicazione, custodia, conservazione, salvataggio: VISINTINI, 2006, 207 ss., 288-9; CABELLA PISU, *La nozione di impossibilità*, 2009, 219).

Alla luce di quanto detto, nella fase di esecuzione della prestazione, la previa ricostruzione del rapporto e la comparazione di interessi contrapposti nel quadro di valori garantiti dall'ordinamento e dalla Costituzione in particolare, possono condurre alla liberazione del debitore, a prescindere dall'intervento di una causa esterna, e quindi per ragioni organizzative e finanziarie interne alla sfera di controllo del debitore, qualora la realizzazione dell'interesse del creditore comporti l'attuazione del rapporto in misura eccezionale o smisurata. L'imposizione di un obbligo di buona fede anche al creditore rende « abusiva » e perciò « inesigibile » la prestazione del debitore, ove essa richieda mezzi di attuazione eccezionali e soprattutto estranei rispetto al contenuto dell'obbligo assunto. In questo senso, alla buona fede non si attribuisce una generica funzione di misura dell'esigibilità o meno della prestazione: agganciata alla tipologia e al contenuto del rapporto, e valutata nella sua funzione relazionale e di reciprocità del dovere, rende semmai abusiva, in circostanze estreme, l'insistenza del creditore nel pretendere l'adempimento (RESCIGNO, 1965, I, 263; BRECCIA, 1968, 57 ss., 151-2; BESSONE, 1969, 49 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, 1991, 492-494).

In estrema sintesi: il rapporto tra diligenza (art. 1176 c.c.) e causa non imputabile (art. 1218 c.c.) risulta coerente ove si affermi che il debitore sia diligente soltanto se fa quanto è possibile per adempiere e per opporsi agli eventuali fatti impeditivi, in maniera conforme al contenuto dell'obbligazione, ossia secondo una valutazione relativa e oggettivamente apprezzabile. Nella valutazione della diligenza professionale si fa uso di *standard* tipici e oggettivi, adeguati al contenuto del rapporto e alla necessità del momento (BRECCIA, *Le obbligazioni*, 1991, 469, 471).

Ragionando in tal modo, trovano razionale soluzione molte altre questioni legate all'incidenza riconosciuta a fatti anche successivi alla conclusione del contratto sull'equilibrio delle prestazioni corrispettive ovvero sull'esattezza dell'adempimento, così da giustificare sia possibilità di scioglimento del vincolo sulla base della nota teoria della presupposizione (*ex plurimis*: CC 17 ottobre 1947, n. 1619, RD COMM, 1948, II, 163; CC 15 dicembre 1987, n. 9272, FI, 1988, I, 1582; CC 24 marzo 2006, n. 6631, C, 2006, 1085, nt. AMBROSIO; in dottrina cfr. *ex plurimis*: COSTANZA, *La teoria della presupposizione*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, 2009, 571 ss.; CATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, RTDPC, 2016, 789 ss.); sia ipotesi di responsabilità protratte oltre i limiti dell'attuazione del rapporto obbligatorio, tali da conferire al contratto efficacia successiva (BRECCIA, 1968, 116-117; RESCIGNO P., 2012, 423 ss.; BARGELLI, 2017, 620 ss.; BERTOLINI, 2018). Si pensi, ad esempio, ai limiti legali e convenzionali alla concorrenza (artt. 2125, 2557 c.c.); agli obblighi legali di riservatezza imposti in taluni contratti commerciali (v. l. n. 129/2004, art. 5, c. 2, in materia di affiliazione commerciale); agli obblighi informativi successivi post-contrattuali, previsti a carico del professionista soprattutto dalla normativa europea riguardante taluni contratti con i consumatori (tra cui, in via esemplificativa: il credito al consumo, art. 125-bis, c. 4, T.U.B; il turismo organizzato: art. 37, c. 2 c. tur.); ai servizi post-vendita previsti nella recente normativa europea riguardante le vendite di beni mobili e le vendite di contenuti e servizi digitali (v. *infra*, § 5).

Di conseguenza, anche la nozione di impossibilità merita alcune precisazioni.

**4.3. Impossibilità sopravvenuta « oggettiva e relativa » come limite alla responsabilità del debitore: materiale, giuridica, imprevedibile ed inevitabile, temporanea, definitiva.** Riprendendo dalla lettera dell'art. 1218 c.c. e dal suo collegamento con l'art. 1256 c.c., l'impossibilità sopravvenuta può estinguere in tutto o in parte l'obbligazione diretta alla realizzazione dell'interesse del creditore, e può essere liberatoria per il debitore — anche solo temporaneamente: art. 1256, c. 2, c.c., con esonero da eventuali danni da ritardo — ove non sia a lui imputabile. In tal caso, nell'ipotesi in cui la controprestazione sia stata in tutto o in parte eseguita, almeno nei rapporti tra le parti si dovranno coordinare le disposizioni sulla risoluzione con quelle sulla ripetizione dell'indebitto. Nei rapporti con i terzi, invece, la risoluzione non pregiudica i diritti di questi ultimi, come prescrive l'art. 1458, c. 2, c.c. Nel caso di impossibilità totale e definitiva di un contratto di durata, la risoluzione retroagisce alla data in cui è stata interrotta la regolare esecuzione di un contratto, *ex art.* 1458, c. 1. Se, invece, l'impossibilità (anche parziale) della prestazione è imputabile al debitore, e questi non sia pertanto liberato, egli sarà assoggettato alle normali conseguenze dell'inadempimento, ossia sarà vincolato alle obbligazioni sussidiarie del risarcimento del danno o dell'esecuzione per equivalente (SMORTO, 2013, 674).

Può essere interessante notare che il nostro codice civile, come altre codificazioni europee, distingue l'impossibilità originaria da quella sopravvenuta: alla prima attribuisce un'importanza strutturale, sì che qualora l'oggetto del contratto sia impossibile (art. 1346 c.c.) seguirà il rimedio estremo e radicale della nullità dell'intero atto (art. 1418, c. 1, c.c.). Alla seconda, invece, riconosce un effetto risolutorio, e solo qualora la prestazione sia totalmente e definitivamente impossibile (art. 1256 c.c.). Questa distinzione, definita « *older rule* » (KÖTZ, 2017, 226 (nota 32)), non si trova più nella *soft law* europea, ove i contratti restano pienamente validi, benché l'impossibilità dell'oggetto fosse presente già dal momento della stipulazione, lasciando al creditore la scelta di far valere immediatamente la risoluzione, oppure attendere l'inadempimento e chiedere il risarcimento dei danni (art. 4:102 PECL; art. II.-7:102 DCFR. Così anche il § 311(a)(1)BGB).

Superate le concezioni ottocentesche di impossibilità materiale (distruzione della cosa oggetto della prestazione) o giuridica (incommerciabilità della prestazione), una lettura improntata all'« idealtipo » della teoria oggettiva dell'imputabilità dell'inadempimento aveva descritto l'impossibilità come oggettiva, nel senso che debba prescindere da cause interne alla sfera di controllo del debitore, organizzativa o finanziaria; e assoluta, ossia non contrastabile da nessun intervento umano, qualora prevedibile (*v. supra*, § 2.2.). Invero, se si tiene conto del regolamento concreto risalendo alla fonte del rapporto, al tipo contrattuale e alla natura della prestazione, secondo una ricostruzione di buona fede; e se a questo regolamento concreto viene ragguagliata l'attuazione del rapporto secondo diligenza, l'impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1218 c.c. è non imputabile, e pertanto è liberatoria, quando sia certamente oggettiva, ma anche « relativa », non già assoluta. L'impossibilità è, dunque, oggettiva nel senso più volte ribadito della non rilevanza delle normali difficoltà in cui il debitore personalmente si trovi, né del generico sforzo personale compiuto (CC 15 novembre 2013, n. 25777, cit.), ma in quanto oggettivamente valutabile in funzione del contenuto del rapporto (GALGANO, 1989, 33). Di conseguenza, detta

impossibilità è anche relativa, e non assoluta, in quanto non è eseguibile una prestazione ancora possibile laddove intervengano impedimenti, anche interni all'organizzazione o alla situazione personale o economica del debitore, che si oppongono al conseguimento del risultato dovuto attraverso strumenti e modalità di attuazione del rapporto « normali », ossia commisurati al contenuto dell'obbligazione, definito in virtù degli obblighi reciproci di buona fede in funzione dei contenuti del rapporto obbligatorio (NATOLI, 1984, 71; BRECCIA, *Le obbligazioni*, 1991, 464-465; BRECCIA, 2009, 165-166). Così, in un esempio ipotetico ormai divenuto obbligatorio, che offre spunto alla teoria dell'« impossibilità economica », il vettore stradale di merci impedito da una frana nell'unica strada di accesso, non è tenuto a far proseguire le merci per via aerea, salvo che sia diversamente disposto nel contratto (TRIMARCHI, 2018, 341). D'altra parte, la relatività della nozione di impossibilità non comporta la rinuncia a criteri di giudizio oggettivi, razionali e ponderati, ma rappresenta il punto di intersezione tra il contenuto dell'obbligo di prestazione, determinato secondo buona fede, e l'eventuale liberazione (temporanea o definitiva) del debitore per il sopraggiungere di circostanze che impediscano il conseguimento del risultato dedotto in obbligazione, se non attraverso un'attività estranea alla sfera dell'obbligo (BETTI, I, 1953, 48, 112-113; MENGONI, 1954, II, 282-283, 287; MENGONI, EdD, 1078 ss.; BIANCA, 2019, 1282).

L'interpretazione proposta, ormai prevalente in dottrina, è accreditata anche in giurisprudenza, benché le motivazioni spesso continuino a preferire la più tradizionale espressione di impossibilità « assoluta » (*ex plurimis*: CC 15 novembre 2013, n. 25777, cit.; CC 10 giugno 2016, n. 11914, FI, 2017, 1, I, 274). Confermano questa lettura i testi di *soft law* europei e internazionali, nei quali l'impedimento (causa di esonero da responsabilità del debitore) viene individuato in un evento non prevedibile al momento in cui l'obbligazione è sorta e che, una volta verificatosi, resta al di fuori della sfera di controllo del debitore dal quale non ci si deve ragionevolmente attendere di dover evitare o superare detto impedimento o le sue conseguenze (art. 7.1.7. PICC; art. 8:108 PECL; art. III. — 3:104(1)(2) DCFR).

Quanto argomentato in precedenza, con riferimento agli obblighi reciproci di buona fede e alla ricostruzione del contenuto del rapporto, risolve anche il problema dell'impossibilità temporanea, e del suo trasformarsi in definitiva: il debitore non sarà più tenuto alla prestazione quando il creditore non via abbia più interesse; oppure qualora non possa più essere ritenuto obbligato, benché permanga un'utilità residua del creditore ma la pretesa di adempimento sia inesigibile, *ex fide bona*. In quest'ultimo caso, però, si dovrà tenere conto della corrispettività delle prestazioni e della durata complessiva del rapporto negoziale. Nei casi di contratti di durata con termine finale, in particolare, in cui la controprestazione consista nel pagamento di un corrispettivo forfettario, l'impossibilità temporanea della prestazione diminuisce il valore delle prestazioni eseguite: pertanto, si dovrebbero prevedere rimedi più elastici, che consentano la riduzione della controprestazione in danaro, ove non sia possibile la proroga dei termini, analogamente a quanto previsto dall'art. 1464 c.c. per l'impossibilità parziale sopravvenuta nei contratti con prestazioni corrispettive (CABELLA PISU, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, 2009, 518-520). Tuttavia, proprio la norma citata, con riferimento all'impossibilità parziale e al corrispondente



adempimento quantitativamente inesatto non prevede affatto l'elasticità utile in un'operazione interpretativa che tenga conto degli interessi di entrambe le parti: al contrario, rimette la scelta tra riduzione del corrispettivo e recesso alla parte creditrice. La casistica in tema di locazione ha messo in luce il problema: ove l'immobile sia parzialmente — ma significativamente — distrutto da evento naturale, mentre il creditore-conduttore può avere interesse alla prosecuzione del rapporto, e quindi alla riparazione dell'immobile a spese del debitore-proprietario/locatore; quest'ultimo, viceversa, potrebbe avere l'interesse contrario, economicamente comprensibile, ma non riconosciuto dalla disposizione in questione. La giurisprudenza difende, allora, l'interesse del debitore-locatore alla risoluzione del contratto, piuttosto che alla riparazione dell'immobile divenuta eccessivamente onerosa, forzando l'interpretazione sull'impossibilità, che da parziale diventa definitiva (CC 11 febbraio 1947, n. 170, FI, 1947, I, 450, nt. SCIALOJA; CC 10 aprile 1995, n. 4119, *De Jure*).

Nel diritto privato europeo, nei rapporti B2B e B2C, la risoluzione dell'intero contratto sarebbe possibile solo ove l'adempimento parziale rappresenti un inadempimento importante. Si pensi ai casi di consegna dell'*hardware* ma non del *software customizzato*; oppure alla consegna di una macchina ma senza i documenti necessari per l'immatricolazione: in queste situazioni la prestazione può anche essere considerata come indivisibile, e allora la risoluzione del contratto è giustificata dal fatto che si tratti di un inadempimento totale, non parziale (art. 51(2) CISG; art. 9:302 sent 2 PECL; art. III.- 3:506(2)(b) DCFR). Nei casi di forniture multiple a scadenza fisse la CISG consente persino il ricorso alla risoluzione per il futuro, nel caso di mancata fornitura di una sola somministrazione, se il creditore ha ragione di ritenere che anche le altre forniture non siano puntuali, qualora il suo interesse non sia soddisfatto perché la prestazione passata e quella futura sono interdipendenti (art. 73(2)). La questione dell'adempimento parziale (dovuto ad impossibilità sopravvenuta non imputabile) rinvia al problema della risoluzione parziale: se può, cioè, il creditore ritenere parte della prestazione e risolvere la restante parte dell'oggetto del contratto. Ciò è possibile se la prestazione del creditore sia anche essa facilmente divisibile, come accade se la prestazione sia in danaro (v. *infra*, § 5).

**4.4. Impossibilità della prestazione e causa non imputabile.** La locuzione « causa non imputabile » scelta dal legislatore del 1942 rappresenta una formula riassuntiva di ogni impossibilità sopravvenuta che, secondo la ricostruzione proposta, rende l'attuazione del rapporto inesequibile o inesigibile, ed esonera il debitore da ogni ulteriore responsabilità, o comunque estingue l'obbligazione. È formula equiparabile, peraltro, al caso fortuito (evento non inerente alla persona del debitore ma che si produce all'interno della sua sfera di attività) e alla forza maggiore (evento del tutto esterno alla sfera di attività del debitore, provocato dalla natura o dall'uomo, diverso dal debitore), cui faceva riferimento l'art. 1226 del codice civile del 1865 (VISINTINI, 2006, 94 ss.). Espressioni, queste ultime, che il legislatore del codice vigente ha voluto deliberatamente evitare di riprodurre, in quanto storicamente legate ad una concezione « soggettiva » di *casus*, equiparato alla non-colpa (Relazione al codice civile, n. 571); nozione quest'ultima a sua volta sostituita dal più complesso dovere di diligenza.

L'accertamento della non imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta, estintiva (o sospensiva) dell'obbligazione assunta dal debitore, fulcro di tutto il discorso sulla teoria dell'inadempimento, non consente semplificazioni aprioristiche, ricorrendo cioè all'individuazione di cause estranee classificate come non imputabili perché non prevedibili e/o non evitabili, né la loro indicizzazione. A sostegno di quanto affermato e, quindi, a conferma del raccordo sempre operato dai giudici tra il comportamento del debitore e il sopravvenire di un evento che renda impossibile l'adempimento, soccorre la giurisprudenza intervenuta in tema di imputabilità di cause estranee quali il *factum principis*, il fatto del terzo (sciopero, furto) o del creditore (VISINTINI, 2006, 355 ss., 363 ss.). Nessuno di questi eventi sopravvenuti viene, di regola, pre-qualificato come fatto non imputabile al debitore: al contrario, l'indagine sulla diligenza osservata da quest'ultimo richiede una prova rigorosa che — come si dirà anche più oltre: § 4.6.2. — non si accontenta di una generica dimostrazione del rispetto delle regole di prudenza o delle regole d'arte. La valutazione della non imputabilità dell'evento da parte della nostra giurisprudenza, lungi dall'utilizzare il criterio della colpa del debitore (pur se spesso viene fatta impropria menzione ad esso), si snoda attraverso verifiche aventi ad oggetto la concreta disponibilità dei fatti e il controllo sugli eventi, la prevenzione e pianificazione messa in atto dal debitore, l'eventuale disfunzione dell'organizzazione di impresa in relazione agli accadimenti che abbiano ostacolato o impedito il corretto svolgersi della prestazione (sull'importanza attribuibile al controllo degli eventi a cura del debitore: GORDLEY, 2004, 524. Indagini, cioè, sull'attuazione del rapporto secondo diligenza-perizia, *ex art.* 1176, c. 2.

Secondo la Suprema Corte, « il *factum principis* non basta, di per sé, a giustificare l'inadempimento e a liberare l'obbligato inadempiente da ogni responsabilità: perché tale effetto estintivo si produca è necessario che l'ordine o il divieto dell'autorità sia configurabile come un accadimento totalmente estraneo alla volontà dell'obbligato e ad ogni suo dovere di ordinaria diligenza o di diligenza tecnica. Il che vuol dire che, di fronte all'intervento dell'autorità, il debitore non deve restare inerte né porsi in condizione di soggiacervi senza rimedio, ma deve, nei limiti segnati dal criterio della diligenza, sperimentare ed esaurire tutte le possibilità che gli si offrono per vincere e rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità » (*ex plurimis*, CC 23 febbraio 2000, n. 2059, NGCC, 2002, I, 209, nt. GIULIANELLI; CC 19 ottobre 2007, n. 21973, GC, 2008, I, I, 115). Nello stesso solco argomentativo si inserisce una pronuncia della Suprema Corte: a giustificazione della sospensione dell'utenza telefonica fissa nella fase di migrazione dal vecchio gestore (e del conseguente danno subito dal cliente, la cui attività economica era fondata sulla connessione telefonica) non può invocarsi una delibera dell'AGCOM che ordina al gestore telefonico l'interruzione immediata della procedura unilaterale di migrazione. Infatti, l'intervento di tale delibera non solo era prevedibile ed evitabile (perché il comportamento del gestore telefonico era già stato contestato altre volte dalla medesima Autorità), ma il debitore-gestore telefonico ha affrontato negligenzemente anche il sopravvenire di tale evento, in quanto ha atteso circa due mesi senza effettuare alcuna comunicazione al cliente, e senza adottare alcun provvedimento a sua protezione (CC 10 giugno 2016, n. 11914, cit.).

Analogamente, con riferimento alla diligenza del debitore *sub specie* di ordinaria prudenza, non può essere considerato *factum principis*, causa di esonero da respon-

sabilità, il sopravvenire di un provvedimento, emanato dal Consiglio Regionale, di revoca dell'autorizzazione allo svolgimento di un corso triennale paramedico. Benché tale atto amministrativo fosse stato diligentemente impugnato dalla società di formazione, rivelandosi poi in effetti illegittimo al termine del procedimento, esso era stato preceduto — ancor prima della stipulazione del contratto individuale di formazione — dalla notifica di avvio del procedimento istruttorio. Sì che: « l'aver assunto l'obbligazione contrattuale in tale situazione, senza prima essersi attivata la società [debitrice] per contrastare in ogni modo tale eventualità e averla scongiurata, esclude l'effetto liberatorio della successiva sopravvenuta impossibilità della prestazione » (CC 8 giugno 2018, n. 14915, DG, 2018, 11 giugno).

Nel caso di fatto del terzo, che intervenga a rendere impossibile (in tutto o in parte) la prestazione, furto e sciopero sono oggetto di indagine secondo le regole generali prescritte dalle norme in esame, anche quando il furto sia perpetrato nell'ambito di un contratto bancario particolare, qual è il servizio di cassette di sicurezza (v. *infra*, § 4.6.2.), che dispone di una norma dedicata in materia di inadempimento (art. 1839 c.c.). Quanto allo sciopero, la giurisprudenza all'epoca di vigenza del codice civile precedente era orientata verso una soluzione precostituita, almeno nel caso specifico dei trasporti ferroviari: considerare responsabile il datore di lavoro per lo sciopero del personale delle ferrovie. Le (poche) decisioni rese in epoca contemporanea sono differenziate, proprio perché in linea con una concezione relazionale dell'inadempimento, e ribadiscono il principio di diritto per cui: « lo sciopero del personale dipendente non costituisce di per sé e in ogni caso, causa non imputabile dell'inadempimento rispetto alle obbligazioni assunte dall'imprenditore [...] e il relativo accertamento costituisce indagine di fatto demandata al giudice di merito » (CC 11 giugno 1986, n. 3858, *De Jure*). In particolare, si può forse ritenere che lo sciopero generale nazionale o di natura politica, quindi non rivolto all'imprenditore, rientri nella causa esterna non imputabile. Ove si tratti di sciopero aziendale si rientra nei casi di rischio tipico assunto dal debitore, il cui verificarsi — secondo una parte della dottrina — non può che gravare su di lui: pertanto, il debitore sarebbe sempre responsabile dello sciopero dei propri dipendenti, nel caso in cui questo determini l'inadempimento o il ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione in applicazione dell'art. 1228 c.c. (VISINTINI, 2006, 375-378). Neanche in tale ipotesi, tuttavia, la giurisprudenza di merito ricorre ad apriorismi: l'opportunità di verificare i comportamenti dei debitori, anche rispetto alla vicenda dello sciopero come causa impeditiva, comunque, non dovrebbe consentire giudizi di natura tecnico-aziendale, come invece è accaduto in una nota ma risalente vicenda in cui nel corso dello sciopero dei dipendenti di un istituto di vigilanza, un'azienda cliente aveva subito un furto. In quell'occasione, il giudice di prime cure aveva considerato responsabile l'istituto, qualificando come legittime le richieste dei sorveglianti e ingiustificato il rifiuto dell'istituto di assecondarle (T Milano, 29 marzo 1962, DL, 1962, 179, nt. SERMONTI). La Corte d'Appello, al contrario, aveva ritenuto insindacabili i motivi addotti dal debitore per non aderire alle richieste dei dipendenti, qualificando come causa non imputabile lo sciopero, e sovvertendo di conseguenza il giudizio del Tribunale (A Milano, 24 settembre 1963, FI, 1963, I, 2325).

Se, tuttavia, l'interprete non deve e non può entrare nel merito della vertenza per eventualmente « giustificare » l'inadempimento, può senz'altro valutare la prevedibilità ed evitabilità del fatto dei lavoratori, le cui prestazioni rientrano nella sfera di attività e di controllo del debitore, avuto riguardo al tipo e dimensione dell'organizzazione aziendale, ai processi del lavoro e della produzione ivi impiegati.

**4.5. Emergenza sanitaria Covid-19: misure di contenimento e impossibilità sopravvenuta non imputabile.** La tenuta di quanto sinora argomentato trova il suo banco di prova nei drammatici eventi in corso, legati alla repentina e spaventosa diffusione del *virus* responsabile di sindrome respiratoria acuta, tristemente noto come Covid-19 (o Coronavirus). Originariamente sviluppatosi in una remota regione della Cina nell'autunno del 2019, e non contrastato da misure preventive né da efficaci cure mediche, stante la novità della sua mutazione, il *virus* ha rapidamente raggiunto l'Europa e quindi il nostro paese, tanto che già alla fine di gennaio del 2020 il problema sanitario avrebbe raggiunto dimensioni allarmanti. L'OMS è, infatti, intervenuto dapprima con delibera del 30 gennaio 2020, dichiarando l'emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale; successivamente con delibera dell'11 marzo 2020, dichiarando 'pandemia' la diffusione del Covid-19. Nei mesi a seguire, la pandemia avrebbe messo a repentaglio la vita e la salute di percentuali inquietanti della popolazione mondiale. Nel periodo a cavallo tra marzo e maggio 2020, soprattutto la popolazione italiana ha subito un attacco particolarmente duro, insostenibile per il sistema sanitario, tale da rendere necessaria l'imposizione di severissime misure c.d. 'di contenimento' (c.d. *lockdown*) delle attività produttive, culturali, sportive su tutto il territorio nazionale, al fine di arginare l'emergenza sanitaria in corso. In aggiunta al dramma umano, la sospensione pressoché totale e improvvisa di ogni attività avrebbe messo in ginocchio l'economia a livello planetario.

L'andamento della diffusione del *virus* e delle sue devastanti conseguenze rientra nei casi di scuola, già noti al diritto romano, di evento sopravvenuto non prevedibile (per lo meno nella sua entità) e sicuramente non evitabile, in quanto fuori da ogni controllo sanitario, allo stato delle conoscenze epidemiologiche attuali. Tuttavia, neanche in questa drammatica situazione il legislatore dell'emergenza ha decretato automatismi tra l'evento sopravvenuto ed inevitabile rappresentato dalla pandemia e la non imputabilità dell'inadempimento. Un'eccezione è rappresentata dai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, contratti di soggiorno e contratti di pacchetto turistico, per i quali è stato espressamente richiamato l'art. 1463 c.c. ed è stata quindi riconosciuta, ad entrambe le parti del rapporto, la possibilità di recesso dal contratto per impossibilità sopravvenuta: art. 88-*bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. 'Cura Italia', convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27. Sulle perplessità dei rimedi restitutori previsti dalla disposizione citata, la quale lascia al professionista la scelta tra restituzione delle somme versate oppure emissione di un *voucher*: SIRENA, 2020, § 2). Un'ulteriore disposizione dello stesso testo normativo contiene, invece, all'art. 91, un più cauto riferimento alle misure di contenimento, quali elementi da valutare al fine di escludere o limitare la responsabilità del debitore. Sebbene riferita ai soli contratti pubblici, essa recita: « Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore,

anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti ».

L'intervento di una legislazione d'urgenza (a mezzo di contestati DPCM) che ha fermato di colpo quasi ogni attività apre un'articolata casistica di situazioni sussumibili nel *factum principis*, oppure nel fatto del terzo o del creditore, quali cause esterne sopravvenute non imputabili, le quali tuttavia difficilmente consentono di esonerare *automaticamente* il debitore dalla sua responsabilità per inadempimento o per adempimento inesatto, o di estinguere (totalmente o parzialmente) l'obbligazione. Anche la normativa di contenimento impone il vaglio del comportamento del debitore, evidentemente non rispetto all'avverarsi della causa sopravvenuta (rappresentata dalla diffusione del *virus*) e delle sue inevitabili conseguenze (le misure di contenimento): semmai, con riferimento al controllo delle condotte diligenti interne all'organizzazione del debitore, anche di fronte al precipitare di eventi esterni non imputabili.

Seppure senza pretesa di esaustività, si faccia il caso di imprese che — nel periodo anteriore al 17 maggio 2020 (data che si fa coincidere con l'avvio della c.d. fase 2 del *lockdown*, caratterizzata dalla pressoché completa ripresa di ogni attività), e di nuovo dal 6 novembre 2020 al 15 gennaio 2021 — abbiano dovuto totalmente sospendere l'attività industriale o commerciale *per factum principis*, perché si trattava di attività economica non inclusa nelle attività consentite dagli Allegati 1, 2 e 3, art. 1, c. 1, e dalla lett. z), aa), bb), cc) DPCM 26 aprile 2020 (es.: ristorazione, produzione/commercio di capi di abbigliamento), ovvero di attività comunque sospese totalmente ai sensi dei DPCM 3 novembre e 3 dicembre 2020. Oppure si faccia il caso di imprese che — nel periodo compreso tra il 18 maggio e il 14 giugno 2020, e di nuovo tra il 3 novembre 2020 e il 15 gennaio 2021 — abbiano subito il prolungamento della totale sospensione delle proprie attività, comprese nell'elenco delle attività ancora vietate dai DPCM 17 maggio, 3 novembre e 3 dicembre 2020 (es: spettacoli aperti al pubblico in sale teatrali, organizzazioni di riunioni, congressi, meeting). Si tratta di situazioni estreme, rispetto alle quali l'inadempimento totale del debitore o l'adempimento parziale o la temporanea sospensione dell'adempimento possono senz'altro rappresentare ipotesi di impossibilità sopravvenuta oggettivamente e assolutamente non imputabile, senza ulteriori indagini sul contenuto della prestazione ovvero sulle modalità di esecuzione di essa. Senonché, persino le imprese la cui attività è stata totalmente sospesa per decreto, avrebbero potuto effettuare (almeno entro il 17 maggio) la spedizione verso terzi di merci giacenti in magazzino, nonché la ricezione in magazzino di beni e forniture, previa comunicazione al Prefetto (art. 2, c. 8, DPCM 26 aprile 2020): sì che, non avendolo fatto, pur nelle difficoltà estreme del momento, non andrebbero esenti da responsabilità. Alla stessa ultima conclusione di sarebbe arrivati nei casi in cui Università e Istituzioni di alta formazione artistica musicale e coreutica, per tutta la durata della sospensione, si fossero rifiutate — pur avendone la possibilità tecnico-organizzativa — di svolgere le attività didattiche o curriculari con modalità a distanza (come previsto dall'art. 1, c. 1, lett. s), DPCM 17 maggio 2020). Inoltre, si deve tenere presente che la sospensione totale delle attività produttive imposta dal *factum principis* non sempre si traduce in un'impossibilità totale della prestazione, ma può limitarsi ad un'impossibilità parziale o temporanea, soggetta ai

rispettivi regimi previsti dagli artt. 1258, 1464 c.c. (esecuzione della prestazione rimasta possibile e riduzione del prezzo a favore della controparte adempiente) e 1256, c. 2, c.c. (sospensione dell'esecuzione della prestazione senza conseguenze legate al ritardo). Tuttavia, l'impossibilità temporanea della prestazione può diminuire il valore delle controprestazioni: pertanto, benché non vi sia espressa disposizione in tal senso, è possibile la scelta (rimessa al creditore) tra la riduzione del corrispettivo e la risoluzione del contratto (in applicazione analogica dell'art. 1464 c.c.: BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, 405-406). Tale disposizione, infatti, tende al ripristino dell'equilibrio contrattuale, rimettendo alle parti una ridefinizione del sinallagma in conseguenza di un mutamento imprevedibile direttamente incidente sulla prestazione pattuita: mira, dunque, alla conservazione del contratto, subordinando il recesso al difetto di un apprezzabile interesse all'adempimento parziale o temporaneamente sospeso, e presuppone una logica del tutto differente da quella risarcitoria. Ciò è verificabile soprattutto nei casi di contratti di locazione ad uso commerciale (es.: affitto d'azienda, o di ramo d'azienda): l'impossibilità temporanea o parziale può trasformarsi o nell'eccessiva onerosità di una delle prestazioni in esecuzione (canoni di locazione rispetto all'andamento del mercato delle locazioni), ovvero in una frustrazione dello scopo del contratto (non utilizzo temporaneo dell'immobile). In particolare, nel caso di locazioni commerciali il cui canone sia divenuto eccessivamente oneroso (o per la perdita di valore di mercato, oppure per il mancato/ridotto utilizzo dell'immobile), la richiamata disposizione generale sull'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.) viene integrata e sostenuta da una norma speciale, l'art. 1623 c.c. ('Modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale'), il quale espressamente prevede che « se, in conseguenza di una disposizione di legge, o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto ». Si tratta di norme più adeguate, soprattutto rispetto al rimedio ordinario del recesso per gravi motivi previsto dalle leggi speciali in materia di locazioni (v. artt. 4 e 27, u.c. l. 27 luglio 1978, n. 392; art. 3, l. 9 dicembre 1998, n. 431); rimedio che, comunque, non solo consiste nel non auspicabile scioglimento del rapporto (e contestuale restituzione dell'immobile da parte del conduttore), ma impone sei mesi di preavviso: tempo del tutto inutile nella situazione straordinaria di emergenza sanitaria in corso (CUFFARO, 2020, 233 ss.).

Si faccia, poi, il diverso caso di imprese che, anche nel periodo anteriore al 17 maggio, e nel periodo compreso tra il 6 novembre 2020 e il 15 gennaio 2021, pur non avendo sospeso (neanche in parte) la loro attività (tipicamente: attività di produzione, trasporto, commercializzazione e consegna di farmaci, tecnologia sanitaria e dispositivi medico-chirurgici, di prodotti agricoli e alimentari, nonché attività funzionale a fronteggiare l'emergenza: art. 2, c. 4, DPCM 26 aprile 2020; v. anche attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità individuate nell'Allegato 23 ai DPCM 3 novembre e 3 dicembre 2020) non siano comunque in grado di eseguire la prestazione pattuita, in quanto subiscano l'inadempimento del fatto del terzo-subfornitore (es.: mancata produzione/commercio di preparati farmaceutici, derivati del

petrolio, etc., imputabile alla mancata consegna/irreperibilità delle materie prime; mancata consegna di un *software* divenuta impossibile nei termini pattuiti a causa dell'assenza/riduzione delle ore lavorative per epidemia che ha colpito gli informatici addetti alla programmazione) o per fatto dello stesso creditore (chiusura totale dell'attività imposta dalle misure di contenimento e, quindi, impossibilità di ricevere le merci). A queste situazioni si possono aggiungere quelle in cui si trovino le imprese che, pur avendo potuto riprendere la loro attività al termine del periodo di emergenza, si trovino di fatto in una situazione in cui l'impatto delle misure igienico-sanitarie e di fruizione contingentata dei servizi, la perturbazione (mondiale) delle catene di approvvigionamento, la minore domanda da parte dei consumatori, l'effetto negativo dell'incertezza sui piani di investimento e i problemi di liquidità sia tale da impedire o scoraggiare fortemente la ripresa (si pensi soprattutto ai settori della ristorazione, bar, pub, gelaterie, pasticcerie, servizi inerenti la cura della persona; ma si pensi anche alla corresponsione delle rate di mutuo per l'acquisto della prima casa: v. ampiamente SIRENA, 2020, § 4). In tutti questi casi, pur non essendo intervenuta direttamente sulla prestazione del debitore alcuna causa esterna sopravvenuta, la condotta diligente di quest'ultimo incontra i limiti del dover adempiere secondo modalità e costi estranei all'impegno originariamente assunto, e perciò inesigibili in applicazione della clausola generale di buona fede. Significativo è il richiamo alla buona fede contenuto nei 'Principles for the Covid-19 Crisis' emanati dallo *European Law Institute* (ELI) in occasione appunto dell'emergenza pandemia: al Principle n. 13 si dice, infatti, che l'applicazione effettiva e ragionevole del principio di forza maggiore dovrebbe far sì che la valutazione dell'allocazione contrattuale dei rischi debba tener conto, tra l'altro, del principio di buona fede.

**4.6. La distribuzione degli oneri di prova.** Come si avrà modo di constatare, il vero banco di prova del rapporto tra le norme in esame è rappresentato dal carico probatorio attribuito alle parti. In linea di principio, a prescindere dal fatto che il creditore chieda l'adempimento ovvero la risoluzione del rapporto, è a suo carico la dimostrazione dell'esistenza di un titolo, nonché l'allegazione dell'inadempimento (CC, SU, 30 novembre 2001, n. 13533, cit.). Che, infatti, non spetti al creditore la prova positiva dell'inadempimento del debitore, ovvero del suo comportamento negligente, è affermazione risalente (MENGONI, 1954, IV, 375-376). La lettera dell'art. 1218 c.c. richiede al debitore la duplice prova positiva: dell'impossibilità (totale o parziale) della prestazione; della non imputabilità di essa al suo comportamento.

**4.6.1. Sulla prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.** Il terreno di scontro più significativo tra teorie oggettive e soggettive si rinviene nelle disposizioni riguardanti la parte speciale sui contratti, che espressamente richiamano il caso fortuito quale evento esterno alla sfera di controllo. Si ché, secondo una lettura in chiave oggettivistica, la responsabilità sarebbe oggettivamente e presuntivamente imputata a vettori (art. 1693 c.c.: « Il vettore è responsabile della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita o l'avaria è derivata da caso fortuito, dalla natura o dai vizi delle cose stesse o del loro imballaggio, o dal fatto del mittente o da quello del destinatario »), albergatori (art. 1785 c.c.: « L'albergatore non è responsabile quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione sono

dovuti: 1) al cliente, alle persone che l'accompagnano, che sono al suo servizio o che gli rendono visita; 2) a forza maggiore; 3) alla natura della cosa », depositari (art. 1787 c.c.: « I magazzini generali sono responsabili della conservazione delle merci depositate, a meno che si provi che la perdita, il calo o l'avaria è derivata da caso fortuito, dalla natura delle merci ovvero da vizi di esse o dell'imballaggio »), e banche (art. 1839 c.c.: « Nel servizio delle cassette di sicurezza, la banca risponde verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso fortuito »). Da detta responsabilità la parte debitrice potrebbe essere esonerata solo qualora dia dimostrazione concreta del sopravvenire di un evento impeditivo dovuto a caso fortuito (o forza maggiore), fatto del terzo o del creditore.

Le discipline normative sopra riportate rappresenterebbero, insomma, la qualificazione della regola generale espressa all'art. 1218 c.c.: altro non si chiede al debitore se non di dare prova concreta dell'intervento di un evento del tutto estraneo alla sua sfera (VISINTINI, 2006, 416, 429 ss.). La severità dell'imputazione della responsabilità e del carico probatorio sarebbe, poi, mitigata dalle ipotesi di presunzioni legislative di fortuito. In materia di trasporto, in particolare, ne costituiscono esempi i c.d. « pericoli eccezionali » *ex* art. 422, c. 2, c. nav., il quale elenca una serie di eventi, non tutti catastrofici, il verificarsi dei quali inverte l'onere probatorio collocandolo a carico del creditore. Tra i pericoli eccezionali elencati dal comma citato: il vizio occulto delle merci, l'innavigabilità della nave da colpa nautica dei dipendenti o preposti del vettore, da fortuna o pericoli di mare, l'incendio, la pirateria, i fatti di guerra, le sommosse e i rivolgimenti civili, i provvedimenti di autorità di diritto o di fatto, etc. Non dissimile la scelta operata dalla Convenzione di Bruxelles del 1924, sull'unificazione di alcune regole relative alla polizza di carico, ove si esprime una regola di vera e propria responsabilità assoluta, salve cause concorrenti, ossia un elenco di eventi che rappresentano altrettante ipotesi di esonero da responsabilità. Oltre alle presunzioni legislative del fortuito, si aggiungono anche rinvii operati dallo stesso codice civile (v. art. 1694 c.c.) alla legittimità di clausole negoziali che prevedano presunzioni convenzionali del fortuito, ad alleggerimento — appunto — del gravoso onere probatorio a carico del debitore (sull'irresponsabilità del vettore ferroviario: CABELLA PISU, 1978, 24 ss.).

Tuttavia, la lettura delle norme citate, nel senso di considerarle espressione di una presunzione di responsabilità a carico del debitore, con la conseguente attribuzione di un onere di prova liberatorio assai gravoso, è riduttiva in quanto — come si è detto — ignora il collegamento sempre esistente tra comportamento ed evento sopravvenuto, anche quando quest'ultimo sia in sé e per sé estraneo alla sfera di azione del debitore. Ne rappresenta un esempio la determinazione del fortuito in caso di rapina perpetrata ai danni di un trasportatore: la sottrazione delle merci depositate in attesa del trasporto — dice la Suprema Corte — non può essere di per sé sempre considerata evento imprevedibile ed inevitabile. La motivazione di merito deve piuttosto analizzare le risultanze prodotte dal debitore che descrivano le caratteristiche del deposito, nonché la ricorrenza di eventi criminosi perpetrati con le stesse modalità, nella stessa zona e rispetto ad immobili con caratteristiche analoghe. Solo allora si potrà affermare in concreto che l'evento esterno-rapina era non solo prevedibile ma



anche evitabile (CC 9 agosto 2007, n. 17478, *De Jure*: nel caso di specie, si trattava di rapina a mano armata perpetrata da una banda numerosa e ben organizzata). Sempre in materia di trasporto, l'irrinunciabilità del collegamento tra l'attività svolta dal debitore-vettore e l'evento esterno emerge anche da recenti sentenze della Corte di Giustizia Europea, ove la conferma della connotazione fortemente oggettiva del fortuito (senz'altro comprensibile, data la particolarità dell'oggetto della prestazione, ossia l'incolumità dei passeggeri nel trasporto aereo) non trascura di definire, in via interpretativa, l'eccezionalità dell'evento esterno con riferimento al contenuto dell'obbligo assunto dal vettore aereo (CGCE 22 dicembre 2008, C-549/07, *Friederike Wallentin-Hermann v Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA.*, D TRASP, 2009, 801 ss., nt. CORONA, *Le circostanze eccezionali e le prestazioni del vettore aereo in caso di cancellazione del volo*; CGUE 17 settembre 2015, C-257/14, *C. van der Lans v KLM*, RCP, 2016, 138 ss., nt. VERNIZZI, *La non immediata nozione di « circostanze eccezionali » di cui al Reg. (CE) n. 261/04: conferme e puntualizzazioni della corte lussemburghese*). Nei casi citati, la corte Europea era stata chiamata ad interpretare l'art. 5, c. 3, Reg. (CE) 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato. La disposizione citata contiene l'esimente delle circostanze eccezionali, o caso fortuito, che interviene ad escludere la responsabilità del vettore, sia in caso di ritardo sia in caso di cancellazione del volo: « Il vettore aereo operativo non è tenuto a pagare una compensazione pecuniaria a norma dell'articolo 7, se può dimostrare che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso ». Secondo i giudici del Lussemburgo, un problema tecnico pure sorto improvvisamente, non imputabile ad una carenza di manutenzione e neppure emerso nel corso di un regolare controllo, non rientra comunque nella nozione di « circostanza eccezionale » ai sensi dell'art. 5, in quanto inerente al normale esercizio dell'attività di un vettore aereo. In particolare, i problemi tecnici adottati dai vettori consistevano, nel caso *Wallentin-Hermann v Alitalia*, in un guasto definitivo al motore del, tale da dover comportare la cancellazione del volo Vienna-Brindisi; nel caso *C. van der Lans v KLM* nella difettosità della pompa del carburante e dell'unità idromeccanica: poiché tali pezzi non erano indisponibili *in loco*, e sarebbero stati perciò recapitati da Amsterdam a Quito, il volo (nella direzione contraria) avrebbe di conseguenza subito 29 ore di ritardo. Orbene, nella giurisprudenza della Corte Europea questi eventi ricadono pur sempre nella sfera di controllo del debitore-vettore: i vettori aerei, infatti, si ritrovano regolarmente a far fronte, nell'esercizio della loro attività, ai problemi tecnici inevitabilmente presentati dal (mal)funzionamento degli aeromobili, e possono risolverli con « mezzi normali » di adempimento, non esclusa la disponibilità di scorte di pezzi di ricambio in tutti gli aeroporti di scalo. L'eccezionalità del fatto sopravvenuto e la sua estraneità all'attività dell'obbligato vanno ricercati al di fuori di tale sfera di controllo, e cioè nel ristretto ambito, per esempio, della scoperta di vizi occulti di fabbricazione in apparecchi già in servizio, oppure in atti di sabotaggio o di terrorismo, o ancora — come suggerisce lo stesso legislatore europeo ai considerando (14) e (15) del regolamento in questione — casi di instabilità politica, o condizioni metereologiche proibitive, o ancora deci-

sioni autoritative di gestione del traffico aereo, nonché il caso dello sciopero non interno alla compagnia ma che si ripercuote sull'attività del vettore aereo operativo. In tutt'altra materia, ma seguendo la stessa logica argomentativa, la nostra Suprema Corte ha interpretato il vigente art. 2407, c. 1, c.c.: nel determinare la responsabilità dei sindaci di società per azioni occorre commisurare la prestazione esigibile dagli organi di controllo ai mezzi dei quali in concreto essi possono disporre nell'espletamento delle loro funzioni. Pertanto, facendo riferimento all'alto grado di discrezionalità tecnica, strumentale al raggiungimento del risultato *ex* art. 1176, c. 2, c.c. la diligenza dei sindaci di una società di assicurazione deve essere valutata anche in rapporto alle specifiche caratteristiche dell'attività dell'impresa e dell'oggetto sociale che la esprime. Spetta ai debitori-sindaci dimostrare in concreto di aver assolto a questo obbligo di diligenza, attraverso la descrizione dettagliata dell'attività svolta e di quella che non avrebbero potuto svolgere con i mezzi a disposizione; in mancanza di tale prova, decreta la Suprema Corte, non è possibile esonerarli da responsabilità (CC 5 febbraio 2005, n. 3032, GC, 2006, 4-5, I, 967, nt. CAMELI; in dottrina, CABELLA PISU, *La causa non imputabile*, 2009, 232 ss.).

Infine, a conferma del rapporto di continuità tra le regole speciali dei singoli contratti e le regole generali sull'inadempimento giova ricordare la formulazione (per la verità, non felicissima) dell'art. 46 c. tur. che sembra voler dissociare il caso fortuito/forza maggiore dal concetto di responsabilità aggravata, rimessa invece a norme speciali: « Fatte salve le ipotesi di responsabilità oggettiva, previste da norme speciali, l'organizzatore e l'intermediario sono esonerati dalla responsabilità di cui agli articoli 43, 44 e 45 quando la mancata o inesatta esecuzione del contratto è imputabile al turista o è dipesa dal fatto di un terzo a carattere imprevedibile o inevitabile, ovvero da un caso fortuito o di forza maggiore ».

**4.6.2. Sulla prova della non imputabilità della causa estranea e il rischio della causa ignota. Responsabilità delle banche per il servizio di cassette di sicurezza. Responsabilità medica e sanitaria.** Il punto di cesura tra il comportamento atteso del debitore (*ex* art. 1176 c.c.) e l'imputabilità della causa estranea sopravvenuta (*ex* art. 1218 c.c.) è rappresentato, in particolare, dai criteri di attribuzione del rischio della causa ignota. Dall'entrata in vigore del codice civile, tale questione è stata impostata dalla dottrina nei termini di un'alternativa secca, ancora una volta proiezione della dicotomia tra le teorie oggettivistiche e soggettivistiche, e che può così essere riassunta: se la prova della causa non imputabile pretesa dall'art. 1218 c.c. richieda al debitore di dimostrare positivamente anche il fatto impeditivo, ossia l'evento specifico che ha causato l'impossibilità della prestazione, ovvero se sia possibile presumere la non imputabilità dell'evento sopravvenuto, dando dimostrazione di essersi comportati diligentemente, così come richiesto dalla natura e dal contenuto del contratto.

Come si è argomentato finora, è proprio tale dicotomia tra approccio oggettivo e soggettivo a non essere in grado di risolvere in maniera soddisfacente i problemi applicativi posti in concreto dalla distribuzione dei carichi probatori (BRECCIA, 2009, 146, 486 ss.). L'alternativa sopra proposta nella definizione del carico di prova addossato al debitore rischia di tradursi in un'operazione ideologica, ossia nella proclamazione della responsabilità oggettiva dell'imputazione della responsabilità e,

in nome di tale petizione di principio, nella pretesa di dimostrazioni impossibili a carico del debitore, che producono l'effetto di sollevare il giudice dall'indagine ricostruttiva del rapporto scaricando comunque sul debitore la causa ignota, a prescindere da ogni considerazione sulle modalità di attuazione del rapporto. Invero, escluso ogni significato soggettivo, genericamente psicologico o addirittura moralistico o pietistico riconoscibile al criterio della diligenza (BRECCIA, 2009, 131) all'oggettivazione della responsabilità debitoria si arriva comunque, attraverso la valutazione del comportamento del debitore, una volta che si sia proceduto alla ricostruzione del rapporto e all'individuazione dei comportamenti attesi, secondo i doveri di buona fede reciproca.

Banco di prova della funzione costruttiva del dovere di buona fede, della sua ricaduta sulla diligenza del debitore e dei criteri di distribuzione del carico probatorio, è la vicenda giurisprudenziale scaturita dall'inadempimento degli istituti di credito nell'erogazione del servizio di cassette di sicurezza. Allagamenti e furti hanno provocato casi giudiziari sollevati dai proprietari di beni e valori contenuti nelle cassette, irrimediabilmente danneggiati o sottratti. Dalla lettera dell'art. 1839 c.c., e in virtù di una ricostruzione attenta della tipologia contrattuale, risulta che la debitrice-banca assume, nei confronti del creditore-utente, non solo l'obbligo di concedere in uso locali idonei all'espletamento del servizio, ma anche l'obbligo di custodire detti locali, tutelando l'integrità della cassetta. La « finalità » del rapporto negoziale non si limita, insomma, né alla messa a disposizione dei locali né alla segretezza dei contenuti, ma si stende alla custodia, e financo all'integrità delle cassette in concessione. Così identificato il contenuto del rapporto in funzione della tipologia legale, nella ricostruzione di buona fede del contratto individuale stipulato con il creditore-cliente si delineano i contorni dell'obbligo assunto dall'istituto bancario: se la prestazione di quest'ultimo non ha per oggetto il contenuto della cassetta, le prestazioni dell'istituto bancario consistono in un *facere* concernente la predisposizione dei locali, la concessione della cassetta nonché la tutela della sua integrità e della segretezza dei suoi contenuti. Come nell'abrogato art. 1137 *code civil*, l'istituto bancario non ha assunto un obbligo di restituzione del contenuto della cassetta: ha piuttosto preso in carico un *facere* (mantenerla integra, e custodirne in via riservata i contenuti); obbligo da espletare con la professionalità del buon banchiere, e cioè con il massimo grado di diligenza, sia nella predisposizione dei locali, sia nella loro custodia, *ex* art. 1176, c. 2. Dove il « massimo grado di diligenza » è imposto non solo dalla ricostruzione delle obbligazioni assunte, ma anche dall'alto grado di professionalità della debitrice-banca atteso dal creditore-utente, proprietario dei valori depositati. Intervenuto un furto, evento che rende impossibile (quasi sempre *in toto* e in via definitiva) l'ulteriore proseguimento della prestazione da parte della debitrice, a causa della sottrazione dei beni ivi custoditi, la formula dell'art. 1218 c.c., ripresa dall'art. 1839 c.c., costringe la banca a chiarire le ragioni per le quali il furto è stato possibile, nonostante le misure di sicurezza predisposte, e a provare concretamente che si tratta di ragioni escludenti una sua condotta gravemente colposa. Tale prova concreta di esclusione della responsabilità non va cercata in chissà quale evento « esterno » all'ambito della professionalità impiegata, in grado di eludere il comportamento impeccabile della banca. Al contrario, è proprio da tale comportamento che si evince la prevedibilità ed evitabilità

del furto, e quindi la sua non estraneità all'attuazione del rapporto da parte dell'istituto bancario. Questa ricostruzione, e la chiusura logica in via presuntiva, consente di risolvere sicuramente casi facili: si può escludere senz'altro la diligenza dell'istituto di credito nell'ipotesi di collocazione delle cassette sistemate in un vano della sala ricavato tra i mobili in legno del salone ed una vetrina in vetro e alluminio, anziché trovarsi nell'apposito *caveau* adeguatamente blindato, e di conseguenza si può negare che il furto sopravvenuto possa essere imputabile a causa esterna (T Pescara 21 febbraio 1991, BBTC, 1992, II, 274, 377). Anche nella maggior parte dei casi più difficili, giustamente la Corte Suprema ha ritenuto il furto un evento non idoneo in sé a determinare l'esenzione da responsabilità della debitrice-custode, e lo ha fatto radiografando le modalità di attuazione dell'obbligazione assunta dall'istituto di credito, ossia utilizzando canoni di buona fede che conducono alla definizione del comportamento corretto dell'obbligato nella fase esecutiva del rapporto (CC, SU, 1 luglio 1994, nn. 6225, 6226, GI, 1995, 800, nt. SCODITTI, *Autoregolamento e tipo nel contratto di cassetta di sicurezza. Sulla differenza fra clausola di limitazione del valore e patto di limitazione della responsabilità della banca*; v. anche: CC 23 febbraio 1995, n. 2067, BBTC, 1995, 446, nt. PAPA; CC 24 gennaio 1997, n. 7450, FI Rep., 1997, 3, v. *Contratti bancari*; CC 10 febbraio 1998, n. 1355, DR, 1998, 553, nt. MACARIO, *La prova del danno da furto nelle cassette di sicurezza*). Pertanto, nei casi di sottrazione dei valori per furto mediante effrazione, costituisce prova di « generica diligenza », non sufficiente ad escludere l'intervento di una causa estranea, l'aver blindato i locali dell'agenzia e averli dotati di allarme collegato alla Questura; oppure l'aver munito la portaforte di accesso al *caveau* di doppia chiave, combinazione e *time lock*; o l'aver predisposto un controllo TV via cavo nonché una vigilanza periodica, con cinque visite diurne e cinque notturne affidate ad impresa specializzata. La prova concreta dell'idoneità del comportamento atteso dovrebbe consistere nel fatto che l'impianto installato risponda alle più recenti prescrizioni in tema di sicurezza raccomandate dalle ditte operanti nel settore, idonee a garantire un livello di protezione al passo col progredire delle conoscenze tecniche in materia, benché accessibili anche ad altri soggetti professionalmente attrezzati. A chiusura della prova concreta fornita dalla debitrice interviene l'ultimo passaggio logico-presuntivo: il fatto stesso che il furto si sia verificato (e spesso senza grande sforzo per i ladri, i quali a loro volta impiegano certamente un alto grado di destrezza nell'avventurarsi in "colpi" di questa portata) esclude il raggiungimento di tale prova (CC 5 aprile 2005, n. 7081, C, 2005, 969, nt. CARNEVALI, *La prova della colpa grave nelle clausole di esonero da responsabilità*; CC 27 dicembre 2011, n. 28835, DR, 2012, 1115, nt. SANTORO, *Il colpo dei soliti ignoti... non sempre finisce in un piatto di pasta e ceci. Sui limiti della responsabilità della banca*; A Roma 17 giugno 2016, DR, 2017, 585, nt. NATALE, *Furto nelle cassette di sicurezza tra caso fortuito e prova del danno*). Continuando nell'argomentazione ricostruttiva del rapporto e delle sue modalità di attuazione, la sufficienza tecnologica degli impianti antifurto rappresenta solo la premessa dell'attività di custodia, dovendo essa poi trovare rispondenza in un'ulteriore fase operativa: non potrà dirsi raggiunta la prova concreta di non imputabilità della causa esterna se l'effrazione sia avvenuta con chiavi (anche false) e con disattivazione dell'impianto d'allarme, a cura di ladri che hanno potuto evidentemente contare su funzionari infedeli (di banca o di un eventuale

istituto di vigilanza: T Roma 12 giugno 1995, *De Jure*). Il ragionamento presuntivo si risolve, in realtà, in un passaggio logico *finale*, che fa da cesura tra le modalità di attuazione dell'obbligo e l'evento esterno, quasi sempre legato a tale comportamento. Resta un esiguo margine alla prova liberatoria da parte della debitrice-banca: è stata, ad esempio, ritenuta inevitabile la rapina ove sia mancata la predisposizione di un servizio di vigilanza all'interno e all'esterno della sede della banca (mezzi di attuazione del rapporto valutati estranei al contenuto dell'obbligazione), e il contestuale accidentale mancato funzionamento del sistema d'allarme collegato con la Questura al momento della fatto criminoso, con la conseguenza di poter attribuire all'evento rapina la forza esimente del fortuito richiesta dall'art. 1839 c.c. (T Milano 14 settembre 1989, BBTC, 1991, II, 507, 529).

Sempre con riguardo al servizio bancario delle cassette di sicurezza, identico ragionamento può essere riproposto nel caso in cui la causa esterna impeditiva dell'esecuzione della prestazione sia rappresentata da un evento naturale, qual è stata l'alluvione e la tracimazione delle acque del fiume Arno nella città di Firenze, il 4 novembre 1966. Il fatto stesso che gli effetti di un'alluvione (sicuramente prevedibile: T Firenze, 11 marzo 1971, FP, 1972, 231 ss., nt. adesiva ALPA, *Caso fortuito e responsabilità della banca per il servizio delle cassette di sicurezza*) non siano stati evitati o contenuti, riporta alla questione della valutazione delle modalità di attuazione del rapporto obbligatorio: la prova concreta imposta dall'art. 1218 c.c. alla banca non dovrà consistere nella possibilità di dominare la furia delle acque al momento in cui l'alluvione si è verificata. Altrimenti si dovrebbe sempre liberare il debitore da ogni responsabilità, trattandosi di evento non prevedibile e sicuramente assolutamente non evitabile (questa, invece, la prospettiva assunta da CC 27 luglio 1976, n. 2981, GC, 1976, II, 1756 ss., che conferma A Firenze 16 novembre 1971 in riforma di T Firenze 24 aprile 1970 (v. *infra*): secondo la Suprema Corte non rientrerebbe nella sfera della normale prevedibilità l'alluvione del 1966, evento qualificabile come straordinario ed eccezionale, riconducibile alla *vis cui resisti non potest*. Peraltro, secondo lo stesso Collegio, sarebbe anche estranea alla causa del contratto bancario del servizio di cassette di sicurezza la prestazione di « sicurezza » attesa dal creditore). Oppure al contrario, si dovrebbe ritenere che la forza delle acque sarebbe sempre contrastabile, in quanto l'obbligo di sicurezza assunto dall'istituto bancario con riguardo alla custodia di valori si dovrebbe spingere fino al limite di proteggere i *caveaux* con materiali impermeabili utilizzati per i rivestimenti delle navi. In altri termini, non sarebbero più proponibili le elencazioni di guerra, fulmine, inondazione, terremoto quali esemplificazioni scolastiche e aprioristiche del fortuito, come nella giurisprudenza del secolo scorso. Lo stesso evento può essere considerato causa non imputabile rispetto ad un'obbligazione e alle modalità in cui essa è stata attuata dal debitore; ma può non esserlo rispetto ad un'altra obbligazione e alla sua modalità di attuazione. Nella prospettiva più volte richiamata, e collocandosi l'interprete sul punto di cesura tra comportamento in attuazione dell'obbligo e causa esterna, la prova concreta che ci si deve attendere dall'istituto bancario dovrebbe consistere nel dimostrare che la tenuta stagna dei locali era stata assicurata con regolari misure di diligenza specifica, da adottarsi secondo criteri di *normale* prevedibilità (T Firenze, 11 marzo 1971, cit.; T Firenze 24 aprile 1970, BBTC, 1971, II, 267 ss., nt. critica

RESCIGNO P., *In tema di responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*); oppure che i *caveaux* non avrebbero potuto essere collocati altrove, per esempio in luoghi lontani dal fiume, o ad un piano alto, o che si trattava di una piccola filiale periferica non dotata dei sistemi di sicurezza possibili e attesi in sede centrale. Però è possibile pretendere il corretto posizionamento di finestre e bocchette di aereazione, nonché la tempestività dell'intervento di pulizia e rimessaggio dei locali all'indomani dell'accadimento dell'evento naturale.

Oltre l'adozione di misure interne alla professionalità e organizzazione del debitore-istituto bancario, espressione di un comportamento altamente diligente, rispettoso di tutte le norme tecniche disponibili e dimostrabili concretamente, idonee a risolvere il problema della prova concreta del fortuito, vi è il fatto esterno catastrofico (per esempio, l'attacco terroristico o l'evento naturale che devasta l'immobile e i dintorni), anch'esso dimostrabile dal debitore, questa volta a prescindere dal suo comportamento, perché tale evento da solo è del tutto fuori dalla portata di qualsiasi atteggiamento diligente nell'attuazione del rapporto.

A conferma delle argomentazioni sopra esposte, è opportuno ricordare un'altra vicenda giurisprudenziale riguardante l'imputazione della responsabilità medico-professionale. Come si è visto innanzi (§ 3.1.), mentre per le prestazioni « difficili », che implicino problemi tecnici di speciale difficoltà (richiedano, cioè, notevole abilità e comportino un alto margine di rischio) la responsabilità del professionista è limitata ai casi di dolo o colpa grave (*ex art. 2236 c.c.*); per le prestazioni di agevole esecuzione, che non richiedano particolare perizia e che si avvalgano di protocolli e conoscenze cliniche consolidate, la nozione di colpa medica oggettiva, parametrata all'osservanza dell'arte medica in relazione all'attività in concreto svolta, e abbinata a criteri di distribuzione dell'onere della prova presuntivi (*res ipsa loquitur*), ha avvicinato nel tempo la prestazione medica *routinaria* ad un'obbligazione di risultato (e non di solo comportamento, come tradizionalmente vengono classificate le prestazioni professionali caratterizzate da alea e discrezionalità).

Un diverso orientamento della giurisprudenza sulla responsabilità contrattuale in generale, già richiamato (§ 4) in materia di distribuzione dell'onere della prova e superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, ha riportato anche la responsabilità medica nei binari del (complesso) rapporto tra il rispetto delle regole tecniche dell'arte medica e l'intervento di una causa estranea impeditiva del corretto adempimento. Sì che il paziente deve provare il titolo contrattuale del rapporto con il medico, nonché allegare l'inadempimento di quest'ultimo; allegazione che consiste nella constatazione o dell'aggravamento della patologia del paziente, oppure nell'insorgenza di nuove patologie, o ancora nel mancato raggiungimento del risultato migliorativo ragionevolmente previsto. Insomma: « l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno » (CC 11 gennaio 2008, n. 577, RCP, 2008, 849, nt. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*). Spetta al medico dimostrare come prova dell'esattezza dell'adempimento (non già la generica diligenza del suo intervento, ma) i contenuti del servizio medico erogato al paziente, oppure l'idoneità delle

modalità di intervento nel caso concreto secondo le regole d'arte disponibili, a prescindere dal fatto che la prestazione debba qualificarsi come « facile » o « difficile » (CC 21 giugno 2004, n. 11488, GC, 2005, 9, I, 2115, nt. GIACOBBE, *Brevi osservazioni sul danno da « nascita indesiderata », ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere*; CC 19 aprile 2006, n. 9085, Civ., 2010, 2, 86; CC 21 luglio 2011, n. 15993, RIML, 2011, 6, 1729, nt. MIGLIO); CC 18 settembre 2015, n. 18307, FI, 2016, 1, I, 175, nt. DAVOLA, *Intervento medico, aggravamento delle condizioni di salute, riparto dell'onere della prova: nulla di nuovo all'orizzonte*). Sulla prova positiva, si può sintetizzare così il pensiero della Suprema Corte: non basta la generica prova della diligenza, ma non occorre neanche indicare esattamente la causa non imputabile (CC 16 febbraio 1994, n. 1500, GI, 1995, I, 1, 1110). E ancor prima: « [...] la prova liberatoria che può fornire il debitore non si sostanzia esclusivamente in quella positiva del caso fortuito o della forza maggiore, ma può considerarsi raggiunta ogni qualvolta il debitore provi che l'esatto adempimento è mancato nonostante egli abbia seguito la regola dell'ordinaria diligenza » (CC 30 ottobre 1986, n. 6404, GI, 1987, I, 2061).

A questa rettifica sull'onere della prova positiva si è aggiunto un orientamento giurisprudenziale che, attraverso una ricostruzione puntuale della complessa prestazione di cure offerta al paziente all'interno di una struttura, ha lentamente sottratto il medico ospedaliero alla responsabilità per l'intervento medico sul paziente, trasferendo il rischio e il peso economico dell'inadempimento sanitario sull'ente ospedaliero, a prescindere dall'imputazione della responsabilità del fatto dannoso al dolo o alla colpa del sanitario ivi operante. A partire dagli anni '90, infatti, le corti di merito (per tutte: T Verona, 4 ottobre 1990, GI, 1991, I, 2, 696, nt. PINTO BOREA, *Considerazioni in tema di responsabilità medica*; T Roma 1 dicembre 2016, *De Jure*; T Napoli 8 settembre 2016, *De Jure*), sostenute dalla giurisprudenza di legittimità (CC 5 dicembre 2013, n. 27285, DG 2013, 6 dicembre; CC 3 febbraio 2012, n. 1620, GC massimata, 2012, 2, 124), qualificavano il rapporto intercorrente tra struttura ospedaliera e paziente come « contratto atipico di ospedalità », individuando un'obbligazione complessa a carico dell'ente, consistente nella prestazione medica propriamente detta (attività diagnostica e terapeutica), alla quale si affiancano una serie di prestazioni « accessorie », quali fornitura d'alloggio e ristorazione, disponibilità di attrezzature adeguate, sicurezza degli impianti, organizzazione dei turni di assistenza, custodia del paziente, predisposizione dei necessari servizi infermieristici. Percorrendo questa strada, i giudici sono approdati all'affermazione della responsabilità autonoma dell'ente: le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno definitivamente optato per la tesi della natura contrattuale della responsabilità dell'ente, autonoma rispetto a quella del medico ivi operante (CC 8 gennaio 1999, n. 103, RCP, 1999, 683, nt. SANNA, *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata*; CC 16 maggio 2000, n. 6318, RCP, 2000, 930, nt. GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità « sanitaria »*; CC, SU, 1 luglio 2002, n. 9556, FI, 2002, I, 3060, nt. PALMIERI, *Risarcimento del danno morale per la compromissione di un intenso legame affettivo con la vittima di lesioni personali*). Evitati gli artt. 1228 e 2049 c.c. (i quali presuppongono il fatto colposo del dipendente), l'imputabilità dell'inadempimento della struttura socio-sanitaria nei confronti del paziente passa anch'essa

attraverso il tradizionale raccordo tra gli artt. 1176 e 1218 c.c., nonché attraverso una corretta distribuzione dell'onere della prova.

Con riguardo alla ripartizione dell'onere della prova tra creditore-paziente e debitrice della prestazione-struttura sanitaria, in applicazione del recente orientamento giurisprudenziale in tema di responsabilità contrattuale in genere più volte richiamato, il primo è tenuto a dar prova della sussistenza di un rapporto negoziale con la struttura ospitante, nonché dell'insorgenza di un'affezione nosocomiale non riscontrata alla data del ricovero (o dell'aggravarsi della patologia pregressa). Per tale dimostrazione è sufficiente l'allegazione del foglio di ricovero, oppure l'annotazione dell'insorgenza dell'affezione o dell'aggravarsi della patologia risultante dalla cartella clinica, senza ulteriori appesantimenti dell'onere probatorio. Spetta, invece, alla struttura dimostrare che l'attuazione del rapporto è avvenuta nell'assoluto rispetto delle regole delle regole di organizzazione e gestione sanitaria, o che non sussiste il nesso causale tra l'inadempimento e il danno subito dal paziente. Con la precisazione che l'onere della prova liberatoria gravante sulla struttura resta assai impegnativo, poiché non può consistere nella mera dimostrazione della diligenza osservata nel corso della prestazione di cura, ma si estende alla prova « positiva » che il danno subito non sia dovuto ad inadempimento, o alla prova concreta del fortuito, ossia alla dimostrazione del sopravvenire di una concausa determinante nella produzione dell'evento lesivo.

Le ricadute positive sul paziente, con riguardo alla configurabilità di un'obbligazione autonoma dell'ente ospedaliero diversa (e più ampia) rispetto a quella del medico ivi operante, sono state avallate dall'intervento del legislatore. La l. 8 marzo 2017, n. 24 (Gelli-Bianco) si articola lungo due traiettorie principali: la rivisitazione parziale delle distribuzioni di responsabilità tra struttura e medico ivi esercente la professione sanitaria, e la depenalizzazione dell'intervento medico nei limiti della colpa lieve; il ripensamento globale del ruolo della struttura nosocomiale, sia in termini di capacità di sostenere i costi del risarcimento integrale del danno alla salute subito dal paziente, anche grazie al meccanismo dell'assicurazione; sia in termini di prevenzione del danno, attraverso il rilancio dei procedimenti di gestione del rischio sanitario. Il richiamo all'intervento legislativo in materia di responsabilità sanitaria ha senso, in questa sede, unicamente per sottolineare il mutamento di posizione del medico ospedaliero in termini di responsabilità nei confronti del paziente. Infatti, uno degli aspetti più significativi della disciplina legislativa menzionata riguarda il superamento delle ambiguità della precedente legge Balduzzi (l. 8 novembre 2012, n. 189) e la chiara affermazione della duplicità del regime di responsabilità della struttura e del medico ivi esercente la professione sanitaria. Per un verso, infatti, l'art. 7, c. 1, legge Gelli-Bianco riconosce la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria nei confronti del paziente, in linea con l'orientamento consolidatosi negli anni attorno alla figura del contratto atipico di speditività, con tutte le ricadute evidenziate, in termini di ripartizione dell'onere della prova e prescrizione (decennale) del diritto al risarcimento. Per altro verso, la nuova legge ignora la teoria della responsabilità da « contatto sociale » (CASTRONOVO, 1995; CASTRONOVO, 2006, 464 ss., 475 ss., 507 ss.) inaugurata nel 1999 dalla Suprema Corte (CC 22 gennaio 1999, n. 589; CC 29 settembre 2004, n. 19564; CC 13 aprile 2007, n. 8826, RCP, 2007, 1824 nt. GORGONI,



*Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*; CC, SU, 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; CC 20 gennaio 2010, n. 1538, *De Jure*; CC 23 ottobre 2018, n. 26728, *De Jure*), nonché la relativa disciplina contrattuale ad essa applicabile, per affermare senza incertezze la natura extracontrattuale della responsabilità del medico ospedaliero (art. 7, c. 3). Il sistema « a doppio binario » descritto è, dunque, chiaro: l'uno, contrattuale, riguarda la struttura ospedaliera, pubblica o privata, oppure in rapporto convenzionale con il SSN, nonché i medici libero-professionisti che hanno concluso un contratto d'opera professionale *extra moenia*, nel loro studio privato. L'altro, extracontrattuale, riguarda la responsabilità attribuibile agli esercenti le professioni sanitarie per l'intervento sul paziente. L'intento del legislatore è quello — già maturato negli anni — di spingere le pretese risarcitorie verso la responsabilità degli enti ospedalieri, più che dei medici ivi operanti: sia per ragioni di capienza economica e sostenibilità dei costi dell'errore medico, sia perché è sulla struttura e sulla sua organizzazione che si devono accendere i riflettori per perseguire con successo una strategia di prevenzione del danno, attraverso la razionale gestione dei rischi nosocomiali. Una volta indirizzata all'ente ospedaliero la pretesa risarcitoria, e provata anche la colpa (non lieve) del medico, poiché il fatto dannoso resta comunque unico (concorso improprio), i responsabili (struttura sanitaria e professionista ivi esercente) saranno eventualmente condannati in solido al risarcimento del danno, *ex art. 2055 c.c.* Il ricorso alla responsabilità aquiliana, pertanto, si risolve in un alleggerimento della posizione del medico ospedaliero, sia in termini di onere della prova (grava sul paziente provare, e non semplicemente allegare, la colpa professionale), sia per quanto attiene ai termini di prescrizione (cinque anni e non più dieci). Ciò che interessa in questa sede è che a norma dell'art. 7, c. 3, legge Gelli-Bianco, nella fase di liquidazione del danno (extracontrattuale) rileva la condotta tenuta dal medico ospedaliero: qualora questi si sia attenuto alle raccomandazioni prescritte nelle linee guida o, in mancanza di esse, alle buone pratiche clinico-assistenziali, non solo il suo comportamento professionale potrà escludere la rilevanza penale della condotta, ma il giudice potrà diminuire il *quantum* risarcitorio. Le raccomandazioni rinvenibili nelle linee-guida richiamate dall'art. 5 legge Gelli-Bianco rappresentano un *set* di regole tecniche utili, per il medico professionista, nella scelta di comportamenti efficaci, laddove il contesto scientifico spesso presenta una letteratura ampia, proveniente da più fonti, e non sempre univoca nelle prescrizioni diagnostiche e terapeutiche. Discostarsi da esse è possibile — soprattutto avuto riguardo alle specificità del caso concreto. Seguirle, però, a norma dell'art. 5 citato, vuol dire per il professionista sanitario essere esonerato da responsabilità penale per colpa lieve, con conseguente ricaduta sul piano civilistico in termini di « sconto » sul *quantum* risarcitorio, *ex art. 7, c. 4*. Dunque, il legislatore cita espressamente le regole tecniche di comportamento richiamate dal dovere di diligenza di cui all'art. 1176, c. 2, c.c., ma le sposta nell'alveo della responsabilità extracontrattuale per sottrarre il professionista dalla morsa più tenace dell'imputazione di responsabilità *ex contractu*. Il che conferma innanzitutto la natura essenzialmente oggettiva della responsabilità per inadempimento contrattuale; in secondo luogo, il peso rappresentato dalla distribuzione dei carichi di prova; infine, l'accorciamento delle distanze tra responsabilità contrattuale

ed extracontrattuale, in favore dell'unità della teoria dell'inadempimento dell'« obbligazione », a prescindere dalla sua fonte.

**5. Inadempimento, adempimento inesatto e rimedi nelle vendite europee di beni mobili, o di contenuti e servizi digitali.** La disciplina della vendita di beni mobili all'interno dello spazio del mercato unico europeo e nei rapporti tra professionisti e consumatori presenta molti spunti interessanti sul tema dell'inadempimento finora trattato. Il contratto di vendita di beni mobili costituisce, infatti, una tipologia negoziale che da sempre — anche nel commercio internazionale tra professionisti (v. CISG) e nel diritto interno delle aree di *common law* (*Sale of Goods Act*: v. *infra*) — predilige la standardizzazione dei comportamenti, sicuramente del debitore-venditore, ma per certi aspetti anche del creditore-acquirente. Rispetto a quanto argomentato riguardo al rapporto tra artt. 1176 e 1218 c.c. e all'imputabilità della causa sopravvenuta impeditiva della prestazione, nella vendita europea di beni di consumo il contenuto dell'obbligo del debitore viene determinato dal legislatore, con il conseguente aggravamento dell'onere probatorio a carico di quest'ultimo, il quale può chiedere l'esonero da responsabilità nelle circostanze anch'esse indicate dalla legge. Ad un regime attuativo della prestazione fortemente « automatizzato » si aggiunge un apparato rimediale gerarchico fondato sulla prevalenza dell'adempimento inesatto rispetto all'inadempimento e, di conseguenza, diretto ad indurre il debitore a correggere e adeguare l'esecuzione al contratto.

L'antecedente storico di un modello di vendita « oggettivizzato » è rappresentato dalle vendite internazionali commerciali (B2B) di beni mobili. L'art. 35 CISG, a chiusura della prescrizione dell'esattezza qualitativa e quantitativa della prestazione, introduce la nozione unitaria di « conformità al contratto » del bene mobile oggetto della compravendita sotto forma di presunzione, ossia di descrizione in termini positivi del contenuto dell'obbligazione del debitore-venditore, che spiega in maniera riassuntiva quando il creditore è inadempiente. La nozione unitaria di non conformità compare come novità sulla scena dei sistemi giuridici europei di tradizione romanista, perché travolge il regime tradizionale delle garanzie, tratta tutti i casi di non conformità come inesatto adempimento, abbinandoli ai relativi rimedi di esatto adempimento, e relega l'inadempimento alla sola mancata consegna dei beni promessi. È opportuno chiarire, comunque, come tale nozione non sia estranea alla tradizione giuridica del Regno Unito, che pure tale Convenzione non ha mai ratificato: anzi, a ben vedere, le diverse definizioni di *sale by description*, *satisfactory quality* e *fitness for a particular purpose* contenute nel SoGA del 1979 (e ss.mm.) rappresentano altrettante specificazioni del contenuto della nozione unitaria di « conformità al contratto » (AMATO, 2003, 344 ss.; BIANCA, GRUNDMANN, STIJNS, 2004, 141 ss.).

Sulla scia della CISG, nei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori (B2C) già dal 1999 compariva nel complesso panorama dell'*acquis communautaire* la direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, i cui contenuti sono stati recepiti nel nostro ordinamento agli artt. 128 ss. c. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 106). In particolare, per quel che rileva in questa sede, la direttiva menzionata (ora

abrogata da due interventi successivi: v. *infra*) è stata emanata con il preciso intento di ammodernare le legislazioni nazionali degli Stati Membri nella materia delle garanzie nei contratti di vendita e fornitura di beni da fabbricare o produrre, semplificandone la disciplina. Ammodernamento e semplificazione che passano soprattutto attraverso la riproposizione, a livello questa volta europeo, della nozione unitaria di « conformità del bene al contratto », riconosciuta come « base comune alle varie tradizioni giuridiche nazionali » (v. considerando n. 7 Dir. 1999/44/CE) e rinvenibile all'art. 129 c. cons. Il concetto di cosa conforme è mutuato dal citato art. 35 CISG, sebbene in maniera incompleta, poiché nel modello europeo di vendita di beni mobili non si fa riferimento a standard quantitativi, ma solo qualitativi. Per meglio dire, anche nella normativa comunitaria la conformità del bene alla descrizione o al modello; l'idoneità all'uso abituale o speciale voluto dal consumatore; la presenza di qualità e prestazioni abituali che un consumatore può ragionevolmente aspettarsi da un bene dello stesso tipo, tenuto conto della natura del bene, nonché delle dichiarazioni pubbliche fatte dal venditore o produttore e riprodotte nella pubblicità o sull'etichettatura (v. art. 129, c. 2, c. cons., lett. a - d) assumono il ruolo di altrettante *presunzioni* dettate a favore del consumatore. In altre parole, l'art. 129, c. 2, c. cons. contiene standard legali di qualità, chiamati ad intervenire tutte le volte in cui le parti non abbiano specificato le questioni relative alle caratteristiche e alle qualità del bene oggetto della vendita. In questo senso la presunzione di conformità è destinata ad agevolare il consumatore, per il quale è normalmente difficile provare sia le pattuizioni riguardanti la descrizione del bene, le sue qualità e caratteristiche, l'uso speciale richiesto dal compratore ed accettato dal venditore; sia le dichiarazioni pubbliche e/o la pubblicità con cui il bene è stato lanciato, inducendo all'acquisto. Per il compratore, allora, sarà sufficiente dimostrare la non corrispondenza del bene acquistato con la pattuizione presunta dalla legge: cioè spetta al compratore provare, ad esempio, l'uso abituale di beni di un certo tipo, e per contro l'inutilizzabilità secondo l'impiego ordinario del bene acquistato, appartenente a quel *genus*. La novità dell'art. 129 c. cons. è rinvenibile non solo nell'unitarietà della nozione di bene conforme al contratto, rispetto alla frammentazione del nostro sistema delle garanzie, ma anche nella definizione del momento di rilevanza della responsabilità del venditore, ossia la consegna del bene (AMATO, 2003, 360 ss.).

Pertanto, nella materia della vendita di beni mobili disciplinata dal codice di consumo (ma che ben si potrebbe estendere ai contratti di permuta, appalto, somministrazione, d'opera, purché stipulati tra un professionista ed un consumatore ed aventi ad oggetto beni mobili di consumo: LUMINOSO, 2001, 133 ss.) il difetto di conformità attiene al contenuto dell'obbligazione, in particolare qualifica ulteriormente la prestazione del venditore, che pertanto non è solo traslativa, ma anche di consegnare un bene conforme. Il contenuto dell'obbligazione è, inoltre, ulteriormente ampliato dall'ultimo comma dell'art. 129 c. cons., ove si equipara al difetto di conformità la difettosa installazione del bene di consumo, purché essa sia compresa nella vendita e sia stata effettuata dal venditore (o sotto la sua responsabilità). Anche la violazione di tale obbligo si risolve nell'inadempimento dell'impegno contrattuale da parte del venditore-debitore, e in particolare nell'inesatta esecuzione della prestazione di con-

segna, il cui contenuto risulta, pertanto, ampliato rispetto al tradizionale obbligo del venditore di immettere il compratore nella disponibilità materiale del bene.

Si può affermare, quindi, che la nozione unitaria di conformità al contratto, da valutarsi al momento della consegna del bene, dilata l'obbligazione del venditore. Ne derivano una serie di corollari.

In primo luogo, la conformità dei beni costituisce l'obbligazione principale del venditore (BIANCA, GRUNDMANN, STIJNS, 2004, 145-147), affidata ai contenuti specificati nella norma, la quale fissa i confini di quel che è dovuto, intrecciandoli con criteri di comportamento del debitore ispirati a diligenza, in quanto riferiti alle modalità di esecuzione dell'obbligo. Molto chiaro in tal senso l'abbinamento tra le qualità o le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo (idonee a determinare in concreto l'esattezza qualitativa della prestazione) e le dichiarazioni pubblicitarie o le etichettature (che attengono alle modalità di esecuzione dell'obbligo), come precisa la lett. c dell'art. 129, c. 1, c. cons.

In secondo luogo, la c.d. presunzione di conformità dei beni (art. 129, c. 2, c. cons.) consiste in una presunzione legale assoluta che, in quanto tale, ammette la sola prova contraria prevista dalla legge. Tale prova è limitata: alla conoscenza o conoscibilità del difetto da parte dell'acquirente-consumatore, o al fatto che il difetto derivi da istruzioni o materiali forniti dall'acquirente stesso (art. 129, c. 3); infine, nel caso di qualità e prestazioni abituali rese pubbliche dal venditore, la prova contraria è circoscritta alle situazioni tipizzate dal legislatore (art. 129, c. 4, lett. *a, b e c*), solo in virtù delle quali le precedenti dichiarazioni pubblicitarie o di etichettatura possono essere a lui non imputate. La disciplina delle presunzioni si traduce in una regola di distribuzione del carico probatorio non dissimile alla ripartizione già nota nelle disposizioni del codice civile in esame, ma irrigidita dalle limitazioni imposte dalla legge: graverà sull'acquirente-consumatore (ossia sul creditore) l'onere di dimostrare il titolo e l'inadempimento della controparte (p.e.: la non idoneità della cosa all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo: art. 129, c. 2, lett. *a*, c. cons.; oppure la non corrispondenza tra la qualità e le prestazioni abituali del bene e le dichiarazioni pubbliche fatte dal venditore tramite pubblicità o etichettatura: art. 129, c. 2, lett. *c*, c. cons.); mentre il debitore-venditore sarà considerato responsabile, fatte salve le cause non imputabili tipizzate dal legislatore. Tuttavia, la severità della regola di attribuzione di responsabilità e di distribuzione degli oneri probatori, evidentemente pensata per agevolare l'acquirente-consumatore, è delimitata da un importante ulteriore fattore temporale: la non conformità del bene può essere fatta valere (nei termini sopra descritti) dal creditore-consumatore solo se i difetti si siano manifestati entro due anni dalla data della consegna, e purché — variante voluta dal legislatore italiano — il consumatore abbia rispettato il termine di decadenza di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto per provvedere alla sua denuncia (art. 132, c. 2). Tale limitazione è frutto di un compromesso tra la novità di fonte europea, rappresentata appunto dalla nozione unitaria di conformità del bene, e le tradizioni nazionali dei regimi delle garanzie.

In sintesi, la disciplina ancora vigente della vendita dei beni mobili di consumo da una parte non lascia spazio alla prova della causa estranea a carico del debitore-venditore, se non nei casi tipizzati dalla legge; dall'altra, impone al consumatore limiti

temporali di esercizio del diritto dettati dai termini di decadenza e prescrizione. La particolarità dell'oggetto della prestazione, ossia beni mobili di rapido consumo e di veloce circolazione, ha indotto il legislatore europeo a prediligere un sistema di responsabilità per inadempimento e adempimento inesatto, sostanziale e rimediabile che, anche in assenza del riferimento esplicito alla buona fede (clausola generale estranea a molti sistemi giuridici dell'Unione, anche di tradizione romanista), ma alla luce del principio della tutela degli interessi del consumatore, si basa, da un lato, sulla forte standardizzazione dei contenuti negoziali (attraverso la nozione di conformità); dall'altro lato, sulla valutazione e valorizzazione dei comportamenti delle parti, non lasciata all'interprete, bensì operata *ex ante* dal legislatore.

Pertanto, a fronte della violazione della conformità dei beni venduti, considerata come adempimento inesatto, stanno le « azioni di esatto adempimento » (riparazione e sostituzione dei beni non conformi). In posizione gerarchica, subordinata al fatto che la riparazione o la sostituzione siano impossibili o eccessivamente onerose, si collocano i due rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto, mentre l'eventuale risarcimento del danno è rimesso alla disciplina nazionale (art. 130 c. cons.). L'approccio gerarchico consiste nel fatto che il diritto del creditore all'esecuzione successiva, preceda il diritto alla risoluzione. La transizione verso quest'ultima, pertanto, non è possibile nel lasso di tempo ragionevole per l'adempimento, e la risoluzione è possibile solo quando tale lasso sia trascorso. Insomma: nella gerarchia dei rimedi, la priorità è accordata all'esecuzione delle obbligazioni contrattuali, attraverso le azioni di adempimento/esecuzione successiva, mentre la risoluzione resta in secondo ordine. Due recenti casi, entrambi accaduti in Germania e decisi congiuntamente dalla Corte di Giustizia Europea, illustrano adeguatamente la normativa in discorso e i criteri di attribuzione delle responsabilità e dei rischi (CGUE 16 giugno 2011, cause congiunte C-65/09 *Gebr. Weber GmbH V Jürgen Wittme*, C-87/09 *Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*). Nel caso, *Gebr. Weber GmbH V Jürgen Wittmer*, era stato concluso un contratto per l'acquisto di piastrelle, la cui installazione era a carico del venditore, per un costo totale di poco più di 1.300,00 euro. Quanto circa i due terzi della piastrelle erano stati posati, l'acquirente rileva un difetto di sfumatura nella tonalità delle piastrelle, confermato da una perizia come difetto di produzione non sanabile. Di conseguenza, l'unico rimedio possibile nella gerarchia imposta dall'art. 3 della dir. 1999/44 era la sostituzione delle piastrelle, preceduta dalla rimozione delle precedenti difettose, per un costo complessivo dell'operazione pari a oltre 5.000,00 euro. Nel secondo caso, *Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*, l'attrice aveva acquistato via internet una lavastoviglie al prezzo di 367 euro, oltre al costo di 9,50 euro per la consegna e installazione, successivamente alla quale si manifesta un difetto non riparabile. Mentre nel primo caso il venditore rifiuta la rimozione e posa delle nuove piastrelle, e chiede piuttosto la riduzione del prezzo di vendita a favore dell'acquirente; nel secondo caso il venditore acconsente alla richiesta di sostituzione del bene, ma rifiuta di accollarsi i costi della rimozione della lavastoviglie difettosa né dell'installazione della nuova, ritenendoli eccessivamente onerosi. Il quesito formulato dai giudici nazionali alla Corte di Giustizia riguardava la legittimità della legge tedesca di attuazione della direttiva 1999/44, la quale conferiva al venditore-professionista il diritto di rifiutare l'installazione del nuovo bene non

difettoso, in favore di una riduzione del prezzo di vendita iniziale, anche nel caso in cui la rimozione/sostituzione sia l'unico rimedio utile per il consumatore. La Corte di Giustizia Europea dà ragione ad entrambi gli attori: ritiene, cioè, illegittima la legge nazionale che, in applicazione dell'art. 3 della dir. 1999/44, consenta al debitore-venditore di sottrarsi al rimedio dell'esatto adempimento mediante rimozione e re-installazione di un bene dimostratosi non conforme, in quanto eccessivamente oneroso, per lo meno ove sia dimostrato che tale rimedio sia l'unico, nel caso concreto, di utilità per il creditore-acquirente. Tuttavia, pur riconoscendo al consumatore il diritto alla sostituzione onerosa per il debitore, la Corte procede ad un temperamento di interessi, ossia riconosce al debitore-professionista la possibilità di ridurre le spese di rimozione e nuova installazione proporzionalmente al valore del bene conforme e all'importanza del difetto accertato.

Il 20 maggio 2019 sono state promulgate due nuove direttive europee che hanno riformato la disciplina della vendita dei beni di consumo (e che troveranno attuazione nel nostro ordinamento entro il termine imposto per il recepimento, ossia il 1° luglio 2021, ma entreranno in vigore il 1° gennaio 2022). Esse si collocano su una linea ideale che va dalla CISG alla dir. 1999/44/CE, e spostano ancora di più verso l'« oggettivizzazione » l'asse della responsabilità per inadempimento del professionista, nei rapporti negoziali B2C. Si tratta di due interventi con diverso ma complementare ambito di applicazione oggettivo: la dir. 2019/770/UE riguarda determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, mentre la dir. 2019/771/UE, che abroga e sostituisce la citata dir. 1999/44/CE, disciplina determinati aspetti dei contratti di vendita di beni materiali, anche da fabbricare o produrre, a distanza o in presenza, e con contenuti o servizi digitali incorporati o interconnessi con essi. Entrambe assumono come pilastri della disciplina la nozione di conformità al contratto, i rimedi a disposizione del creditore nel caso di assenza di conformità e le relative modalità di esercizio. Con riferimento al tema dell'inadempimento del venditore-professionista, nelle due direttive in questione si registra l'ulteriore ampliamento e la contestuale definizione puntuale della prestazione del venditore, in modo da renderla altamente vincolata a standard di diligenza ancor più specifici. Ciò è riscontrabile per lo meno in tre punti delle normative in questione.

In primo luogo, le nozioni di conformità del contenuto o servizio digitale o del bene materiale presentano, tra i requisiti oggettivi (ossia gli scopi per cui i contenuti e servizi digitali sarebbero abitualmente utilizzati) il riferimento al diritto dell'Unione Europea e nazionale, alle norme tecniche esistenti e, in mancanza, ai codici di condotta (dir. 2019/770/UE: art. 8, c. 1, lett *a*; dir. 2019/771/UE, art. 7, c. 1, lett *a*). Tale riferimento crea un importante collegamento con disposizioni tecniche (non solo nazionali ma anche di fonte comunitaria), di fonte autoritativa o privata, il cui scopo è quello di tipizzare la condotta del venditore secondo standard qualitativi (misure di sicurezza, specifiche di produzione) e quantitativi, limitando enormemente la possibilità di esonero da responsabilità. Si tratta di una modalità di normare — tipica della responsabilità extracontrattuale — il cui scopo è quello di trasferire le regole d'arte in procedimenti di produzione standardizzati, soprattutto quando i beni che ne rappresentano il prodotto finale siano beni di produzione di massa immessi nel mercato in larga scala, e quindi in grado di provocare reiterati danni, anche solo economici. Nel diverso settore della responsabilità (extracontrattuale) del pro-

duttore questa tecnica legislativa è definita come *multilevel layout*: presenta una complessa struttura multilivello, nella quale interventi legislativi europei riguardanti la sicurezza dei prodotti, emanati sotto forma di regolamenti e direttive con contenuto generale e speciale, si intrecciano con standard tecnici armonizzati provenienti da organismi privati europei e/o nazionali, a loro volta accreditati dalla Commissione Europea (AL MUREDEN, 2017, 2 ss.; AMATO C., *Product Liability and Product Security: Present and Future*, in LOHSSE, SCHULZE, STAUDENMAYER (a cura di), 2019, 84 ss.). Iniziato a valle del caso *Cassis de Dijon* (CGCE 20 febbraio 1979. — *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*. C - 120/78), con il quale la Corte di Giustizia Europea condizionava l'immissione dei prodotti nel mercato unico (in applicazione del principio della libera circolazione delle merci) al rispetto di standard tecnici di sicurezza, il complesso sistema sommariamente descritto è conosciuto, oggi, come *New Legislative Framework* (NLF ([https://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/new-legislative-framework\\_en](https://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/new-legislative-framework_en))). Applicata all'attuazione di un rapporto obbligatorio, una strategia normativa multilivello si traduce nella standardizzazione del procedimento di esecuzione dell'obbligazione e, di conseguenza, nell'ulteriore uniformazione di contenuti all'interno della nozione di conformità del bene oggetto della prestazione immesso nel mercato. La descrizione puntuale del contenuto della diligenza, unitamente alle limitazioni legislative alla dimostrazione della causa non imputabile, si risolvono, dunque, in una più severa attribuzione di responsabilità debitoria, senza con ciò rinunciare al collegamento tra il comportamento del creditore e l'imputazione della causa estranea, rimesso alla valutazione del legislatore piuttosto che all'indagine dei giudici.

In secondo luogo, ai fini della determinazione della conformità soggettiva (riferita al contratto) ovvero oggettiva (riferita al mercato) dei beni e servizi, è estremamente significativo — in termini di ampiezza e delimitazione della prestazione — il riferimento alla quantità, qualità, durabilità del bene materiale (e quindi all'obsolescenza c.d. programmata); alle dichiarazioni del debitore-venditore precedenti alla stipulazione, alla consegna degli accessori, nonché all'atteggiamento successivo tenuto dal debitore-venditore nel mettere a disposizione della controparte i servizi post-vendita, cioè l'installazione dei prodotti o gli aggiornamenti dei contenuti digitali (dir. 2019/770/UE, artt. 7, 8; dir. 2019/771/UE, artt. 6, 7).

Infine, è ugualmente significativa la rilevanza attribuita dalle due nuove direttive ai doveri reciproci di cooperazione che richiamano, nel nostro ordinamento, il principio di buona fede oggettiva. Anche al creditore-consumatore, infatti, è imposto un comportamento, sia nella fase di attuazione del rapporto (p.e.: provvedere in tempi ragionevoli all'installazione degli aggiornamenti, per i contenuti o servizi digitali: dir. 770/2019, art. 8, c. 3; oppure provvedere alle installazioni dei beni materiali seguendo diligentemente le istruzioni fornite dal venditore: dir. 2019/771/UE, art. 8, lett. b); sia nella fase di contestazione della conformità del prodotto, quando sia necessario accertare se la causa del difetto di conformità del contenuto o del servizio digitale risieda nell'ambiente digitale del consumatore (art. 12, c. 5, dir. 2019/770/UE).

Ancora una volta, banco di prova del regime di attribuzione della responsabilità sono i criteri di distribuzione dell'onere della prova: il debitore-venditore è responsabile

per il difetto di conformità delimitato — come si è visto — secondo canoni di diligenza molto rigidi, a meno egli che non riesca a provare l'esattezza dell'esecuzione della prestazione e, quindi, la sua diligenza in concreto, dimostrando specificatamente la conformità del contenuto digitale o del bene. Tale prova liberatoria si rivela di regola piuttosto ardua per il debitore-venditore, ma si attenua ove il comportamento di quest'ultimo incroci in maniera rilevante, e per dettato di legge, quello del creditore-acquirente. Dimostrando il primo, ad esempio, che il malfunzionamento di un *software* installato su *device* sia dovuto al fatto che il consumatore non abbia provveduto ad installare gli aggiornamenti forniti dal venditore entro un lasso di tempo ragionevole, pur avendo quest'ultimo adeguatamente informato l'acquirente riguardo tale adempimento, e pur avendo egli fornito istruzioni esaurienti per una corretta e tempestiva installazione. Ovvero dimostrando l'incompatibilità dell'ambiente digitale del consumatore-creditore rispetto ai requisiti tecnici pure descritti dal professionista in modo chiaro e comprensibile. Inoltre, la prova liberatoria per il debitore-venditore è consentita attraverso un complicato sistema — peraltro diverso nelle due direttive — di delimitazione temporale della responsabilità A mo' di esempio — considerando la complessità della nuova normativa — sia ricordato come nella dir. 2019/771/UE (sui contratti di vendita di beni materiali) il difetto di conformità si presume esistente dal momento della consegna se si manifesta entro un anno, purché tale presunzione sia compatibile con la natura del bene (art. 11, c. 1). Trascorso un anno, la non conformità del bene non è più presunta: ciò significa che spetta al creditore-acquirente dimostrare, entro il secondo anno dalla data della consegna (art. 10, c. 1), che il bene non è soggettivamente oppure oggettivamente conforme. Si tratta di un'allegazione, in quanto il creditore-acquirente non deve dimostrare la negligenza del venditore-debitore, come ha stabilito la Corte di Giustizia Europea nel caso *Faber* (CGUE C-497/13 *Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV*); mentre spetta pur sempre a quest'ultimo liberarsi da responsabilità (come negli esempi sopra riportati). Trascorsi due anni dalla consegna, la responsabilità del debitore-venditore di beni materiali potrà essere nuovamente accertata con i criteri generali previsti, nel nostro ordinamento, dagli artt. 1176, 1218 e 1256 c.c., ma per ragioni diverse dalla non conformità.

In estrema sintesi: il senso di tale disciplina (della qui possibilità effettiva di applicazione vien fatto di dubitare, stante l'eccessiva complessità delle norme) è quello di specificare che cosa è entrato a far parte del contenuto del contratto, in modo da poter stabilire se, al momento dell'esecuzione della prestazione, il contenuto o servizio digitale, oppure il bene materiale, corrispondano al contenuto dell'obbligazione assunta dal debitore.

Alcune considerazioni sono a questo punto dovute, in merito alla distinzione tra adempimento qualitativamente e quantitativamente inesatto. Come si è detto all'inizio, tale distinzione tende ormai ad essere superata nel diritto privato europeo: l'inesattezza dell'adempimento (ritardo incluso) viene curata secondo un'unica logica, quella dell'induzione del debitore alla corretta esecuzione della prestazione ancora possibile attraverso il riconoscimento ad un contraente di un potere unilaterale di modificare o estinguere una relazione contrattuale (c.d. «*formative rights*»: SCHMIDT-KESSEL, *Remedies for Breach of Contract in European Private Law - Principles of*



*European Contract Law, Acquis Communautaire and Common Frame of Reference*, in SCHULZE (a cura di), 2007, 185-187). A questo scopo servono le azioni di esatto adempimento (come si è appena visto), la dilazione del termine di esecuzione prima di chiedere la risoluzione (secondo il modello tedesco della *Nachfrist*: § 323(1) BGB, cfr. art. 61, c. 3, c. cons.), il rimedio della riduzione del prezzo. Il diritto privato europeo ha ragionato sul rimedio della riduzione del prezzo (l'antica *actio quanti minoris*, nota in quasi tutte le codificazioni europee), come di una soluzione in grado di realizzare un perfetto bilanciamento di interessi tra le parti, consentendo alla parte adempiente di ridurre il corrispettivo proporzionalmente alla prestazione ricevuta (o alternativamente: imponendo alla parte inadempiente di restituire parte dei pagamenti ricevuti). Si utilizza, infatti, una formula di riduzione proporzionata alla diminuzione di valore della prestazione al momento dell'adempimento rispetto al valore che in pari tempo avrebbe avuto una prestazione conforme (FERRANTE, 2012, 135 ss.). Questa tendenza si registra nei PECL (art. 9:401) e nel DCFR (art. III.- 3:601). Nella vendita europea di beni mobili, la riduzione proporzionale del prezzo viene confermata dalla dir. 1999/44/CE (art. 3(5), cui corrisponde l'art. 130, cc. 7 e 8, c. cons.), coerentemente con il modello della CISG (art. 50). Nelle recenti direttive promulgate in materia di vendita di beni e di fornitura di contenuto o servizio digitale la riduzione del prezzo in caso di non conformità continua ad essere un rimedio preferito alla risoluzione del contratto (v. rispettivamente: artt. 13, c. 4, 15: dir. 2019/771/UE; art. 14, cc. 4 e 5), sebbene resti gerarchicamente subordinato alle azioni di adempimento (v. *infra*, § 5). Analoga disposizione — priva, però, della formula di riduzione — si rinviene nella dir. 2015/2302/UE relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, (art. 14(1), cui corrisponde l'art. 42, c. 5 c. tur.). È controverso se questo rimedio possa cumularsi con l'esercizio di altri; sicuramente è ammesso il cumulo con il risarcimento del danno, ma limitatamente alla perdita ulteriore subita dal creditore rispetto alla prestazione inesatta.

**6. La responsabilità per inadempimento tra temperamenti e automatismi.** L'attenzione al comportamento del debitore in fase di attuazione del rapporto non trasforma la responsabilità contrattuale da oggettiva in responsabilità per colpa; né ammettere come prova del fortuito anche la prova concreta della massima diligenza (non della « mera » diligenza) significa sposare una concezione soggettiva del fortuito, e perciò tradire l'art. 1218 c.c. e le norme speciali sui contratti tipici che con esso condividono la stessa « identità concettuale » (NATOLI, 1984, 63). Al contrario, si tratta di procedere sempre alla ricostruzione del rapporto secondo buona fede, e dei comportamenti attuativi dell'obbligo secondo diligenza, rinunciando ad addossare presuntivamente il rischio della causa impeditiva ignota sul debitore. L'estraneità della causa non è solo un fatto esterno catastrofico, imprevedibile ed inevitabile; esso è legato alla valutazione del comportamento in virtù non del parametro della colpa, ma della diligenza-perizia, sia quale criterio di controllo dell'imputabilità dell'evento qualificabile in termini di impossibilità; sia quale canone di determinazione della piena conformità del comportamento posto in essere rispetto al contegno dedotto nel rapporto obbligatorio (BRECCIA, 2009, 147-148).

Nel caso di obbligazioni di fonte contrattuale, nella ricostruzione del rapporto, d'altra parte, si deve tenere conto — oltre che del contenuto della prestazione e delle sue modalità di attuazione — anche della tipologia del contratto e delle sue finalità. In questo senso la distinzione tra obbligazioni di fare e obbligazioni di dare conserva la sua ragione d'essere, soprattutto per quel che concerne la determinazione del dovere di diligenza e il rispetto delle norme tecniche. Nelle obbligazioni di fare, e nelle prestazioni professionali infungibili in particolare, alea e discrezionalità restano pur sempre una caratteristica strutturale dell'obbligazione assunta. Di conseguenza l'« oggettivizzazione » della condotta è possibile solo entro certi limiti: come risulta dalla vicenda della responsabilità medico-professionale, il riferimento alle raccomandazioni o a buone pratiche rappresenta un quadro di riferimento per la condotta diligente dei medici professionisti, ma non può e non deve tradursi in intervento di cure standardizzato o ridotto ad un'applicazione automatica dei protocolli. Diversa sorte si può immaginare nel caso di prestazioni di dare cosa determinata, o prestazioni traslative. In questa tipologia di rapporto il contenuto della prestazione gode di minore discrezionalità, e l'attuazione del rapporto punta a ridurre, se non annullare, l'alea dell'inadempimento (v. *supra*, § 5).

Un'utile esperienza in tal senso ci viene fornita dalle giurisdizioni di *common law*, per le quali l'inadempimento contrattuale è, sì, oggettivo (*strict liability*) e l'obbligazione secondaria di risarcimento del danno (o di esecuzione in forma specifica) nasce a prescindere dalla *colpa* del debitore. Tuttavia, ciò è vero per le obbligazioni di dare, tipicamente generate in seno ad un contratto di vendita, rispetto alle quali una secolare tradizione giurisprudenziale (riversata nel testo fondamentale di disciplina del contratto di vendita, il *Sale of Goods Act* - SoGA del 1893, significativamente trasformato negli anni fino alla versione attualmente consolidata del 1979, ma che a sua volta subisce costanti aggiornamenti e modifiche) impone al venditore la responsabilità oggettiva rispetto alla consegna di beni che corrispondano alla descrizione pattuita, che siano di qualità media e conformi allo scopo atteso (ss. 13-15 SoGA). Non è altrettanto vero per le obbligazioni di fare, per le quali il creditore fa affidamento su un *ragionevole* dovere di attenzione, o sulla diligenza particolarmente qualificata ove si tratti di prestazioni professionali. Motivo per cui una vasectomia non riuscita non è imputabile al chirurgo, il quale abbia dimostrato l'osservanza delle richieste regole di arte medica (*Thake v. Maurice*, cit.); né la diligenza del *tour operator* si deve spingere fino all'assunzione di responsabilità per i gravi danni alla salute subiti da un adolescente di diciassette anni che incautamente si tuffa dal lato basso di una piscina, ignorando gli appositi cartelli informativi (*Evans v. Kosmar Villas Operators* [2008] 1 WLR 297). Tanto che, è stato affermato, in tema di inadempimento la colpa è senz'altro un criterio utilizzato, ed escluderla significherebbe nient'altro che giocare con le parole (così WEIR, *Non-Performance of a Contractual Obligation and Its Consequences in English Law*, in VACCA, 1999, 88 ss.).

Anche l'esperienza tedesca è utile nella comprensione della nostra teoria dell'inadempimento: scomparso ogni riferimento allo « sforzo diligente », il nuovo § 275 BGB (successivo alla riforma del libro delle obbligazioni del 2002) prevede l'esonerazione del debitore da responsabilità per impossibilità dovuta a causa esterna, « assoluta » e oggettiva (c. 1). Tuttavia, in applicazione del principio di buona fede (§ 242 BGB),

vengono espressamente disciplinati il caso dell'inesigibilità secondo buona fede (c. 2), nonché l'impossibilità quale causa di esonero nelle ipotesi di prestazioni infungibili (c. 3).

In Italia come in Europa non si può parlare (e non è auspicabile farlo) di una teoria unitaria della responsabilità per inadempimento; tuttavia, la clausola generale di buona fede e il ruolo assegnato alla diligenza dalle norme in commento conferiscono unità al concetto di inadempimento, incentrato sulla nozione di prestazione e sul suo collegamento con il contenuto, tipologia del contratto e sue modalità di esecuzione, in linea con il cammino intrapreso dal legislatore europeo.