



**SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE
“TULLIO ASCARELLI”
Diritto - Economia – Storia**

**CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO
XXIII**

**LA DILIGENZA DEL CREDITORE
NELL’ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI**

**DOTTORANDA
*DOTT. SSA LEONORA MATERIA***

A.A. 2010/2011

TUTOR: CHIARISSIMO PROF. PAOLO MARIA VECCHI

INDICE

CAPITOLO I

CARATTERI GENERALI

	Pagina
1. <i>Brevi cenni all'evoluzione storico comparatistica.</i>	1
2. <i>Condotte contrarie nei diversi sistemi giuridici.</i>	10
3. <i>Il diritto comunitario in tema di cooperazione.</i>	15
4. <i>L'abuso del diritto nelle sue origini.</i>	18
5. <i>Segue. Caratteri generali.</i>	20
6. <i>Gli atti emulativi e la loro evoluzione anche in chiave comparatistica.</i>	34
7. <i>Il potere ed il dovere giuridico.</i>	36
8. <i>Il diritto soggettivo.</i>	42
9. <i>Il diritto soggettivo ad adempiere.</i>	45
10. <i>Diritto potestativo ad adempiere.</i>	48
11. <i>Le tesi su cui fonda la propria esistenza il concetto di diritto potestativo ad adempiere.</i>	49
12. <i>Interesse ad adempiere.</i>	51
13. <i>La posizione del creditore.</i>	53
14. <i>La relazione con l'art. 2043 c.c.</i>	56
15. <i>Ancora sulla natura giuridica della cooperazione del creditore.</i>	60
16. <i>Le tipologie degli "obblighi" del creditore.</i>	63
17. <i>Il substrato.</i>	70

CAPITOLO II

LE CONSEGUENZE ALLA MANCATA COOPERAZIONE

	Pagina
1. <i>La cooperazione del creditore nella ricezione della altrui obbligazione.</i>	74
2. <i>L'attività del creditore.</i>	81
3. <i>La esortazione alla esecuzione della prestazione del debitore.</i>	86
4. <i>Il creditore in seguito al ricevimento della prestazione altrui.</i>	97
5. <i>Il possibile rifiuto del creditore innanzi all'offerta del debitore.</i>	100
6. <i>Effetti giuridici e conseguenze.</i>	116
7. <i>Ancora sulle conseguenze alla mancata cooperazione del creditore.</i>	119
8. <i>In particolare, i contratti sinallagmatici.</i>	123
9. <i>Il ricorso al mercato.</i>	127
10. <i>Il lavoro subordinato.</i>	129

CAPITOLO III

MORA DEL CREDITORE, LA REMISSIONE DEL DEBITO

E L'ADEMPIMENTO DEL TERZO

1. <i>Mora del Creditore. Caratteri generali</i>	131
2. <i>Segue. Approfondimento.</i>	139
3. <i>Segue. Le conseguenze alla mora del creditore.</i>	141
4. <i>Segue. La liberazione del debitore attraverso il deposito liberatorio.</i>	145
5. <i>Segue. La liberazione del debitore attraverso il sequestro liberatorio.</i>	150

	Pagina
6. <i>Segue. La liberazione del debitore nei particolari casi delle obbligazione di fare.</i>	152
7. <i>Segue. Sentenze e offerta non formale.</i>	155
8. <i>Segue. Il risarcimento del danno.</i>	156
9. <i>La remissione del debito.</i>	161
10. <i>Segue. La non opposizione del debitore.</i>	166
11. <i>L'adempimento del terzo.</i>	168
12. <i>Segue. Onerosità e gratuità.</i>	171
13. <i>Segue. Ipotesi di intervento e di lesione al diritto del soggetto passivo.</i>	173
14. <i>Difetti nell'adempimento del debitore.</i>	175

CAPITOLO IV

L CONCORSO DEL FATTO COLPOSO DEL CREDITORE

1. <i>L'articolo 1227 c.c.</i>	180
2. <i>Differenze ed analogie tra il 1° e il 2° comma dell'art. 1227 c.c.</i>	187
3. <i>La tesi causalistica.</i>	196
4. <i>La tesi della buona fede oggettiva e la tesi equitativa.</i>	204
5. <i>L'auto-responsabilità.</i>	206
6. <i>La prospettiva relazionale.</i>	219
7. <i>Il "fatto colposo" del danneggiato: interpretazione soggettiva e definizione oggettiva.</i>	221

	Pagina
8. <i>L'assunzione del rischio da parte del danneggiato: rischio consentito e concorso di colpa.</i>	244
9. <i>Gli stati di inferiorità.</i>	261
10. <i>Segue:Cenni sul concorso di colpa dei minori.</i>	271
11. <i>Segue:Une idée imprécise de création du risque : cenni sul concorso di colpa degli anziani.</i>	274
12. <i>Gli stati di superiorità.</i>	275
12.1. <i>Le superiorità intellettive.</i>	277
12.2 <i>Le superiorità fisiche.</i>	284
13. <i>Il dolo del danneggiato e il nesso di causalità.</i>	286
14. <i>Il fatto colposo del danneggiato in concorso con il fatto doloso del danneggiante.</i>	292
<i>Bibliografia</i>	296
<i>Fonti giurisprudenziali</i>	318

CAPITOLO I

CARATTERI GENERALI

-1. Brevi cenni all'evoluzione storico comparatistica. - 2. Condotte contrarie nei diversi sistemi giuridici. - 3. Il diritto comunitario in tema di cooperazione. - 4. L'abuso del diritto nelle sue origini. - 5. Segue. Caratteri generali. - 6. Gli atti emulativi e la loro evoluzione anche in chiave comparatistica. - 7. Il potere ed il dovere giuridico. - 8. Il diritto soggettivo. - 9. Il diritto soggettivo ad adempiere. - 10. Diritto potestativo ad adempiere. - 11. Le tesi su cui fonda la propria esistenza il concetto di diritto potestativo ad adempiere. - 12. Interesse ad adempiere. - 13. La posizione del creditore. - 14. La relazione con l'art. 2043 c.c. - 15. Le tipologie degli "obblighi" del creditore. - 16. Il substrato. - 17. Ancora sulla natura giuridica della cooperazione del creditore.

1. Brevi cenni all'evoluzione storico comparatistica.

Il diritto romano già definiva in maniera approfondita il rapporto giuridico quale vincolo, ponendo una particolare attenzione alla figura del debitore nella sua veste di soggetto passivo dell'obbligazione, la quale imponeva un impegno diverso rispetto alle altre fattispecie da cui discendevano obblighi non giuridici ma, ad esempio, morali. Il vincolo, appunto, trovava la sua radice profonda nel suo riconoscimento espresso da parte dell'ordinamento, rendendolo necessità e, per l'effetto, sottoposto anche a strumenti di soddisfazione coatta personale ⁽¹⁾.

¹ TRABUCCHI P., *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1991, p. 473.

Nella antica Roma, infatti, il debitore insolvente veniva assoggettato ad una esecuzione personale e, contestualmente, ad una procedura patrimoniale tese al soddisfacimento concreto ed attuale della pretesa fatta valere ed accertata in un precedente processo dichiarativo (²); detto processo si componeva di una articolata serie di atti ritualizzati condotti in pubblico da parte del soggetto attivo, il creditore, addirittura senza alcun intervento di una autorità giudiziaria, e solo successivamente, con la introduzione delle Dodici Tavole, con una conseguente *addictio* (³), in qualche caso perfino *extra ius - pignoris capio*.

Al riguardo, si evidenzia che tutti gli ordinamenti giuridici hanno da sempre compreso l'importanza di dare un rilievo notevole all'inosservanza dei doveri tra privati, anche ove nascenti da meri vincoli obbligatori, garantendo il danneggiato perfino attraverso l'introduzione di procedure esecutive personali condotte in sfavore del debitore, come, ad esempio, la privazione della libertà e le pene fisiche corporali e morali; basti pensare che in Italia l'istituto della detenzione per debiti insoluti, previsto dal Codice Napoleonico del 1804 e trasposto nel Civile Italiano del 1865, ha prodotto i suoi effetti, anche se a volte solo in via squisitamente teorica, fino all'introduzione del Codice Civile del 1942 (⁴).

Nel passato alla *legis actio per manus iniunctionem*, la quale addirittura escludeva il diritto ad una difesa, a meno che questa non fosse la *vindex*, si succede, dopo una *lex Vallia* di età repubblicana, la possibilità di svolgere una protezione, rafforzata e meglio specificata nelle numerose leggi in favore dei debitori dalla Furia,

² GIUFFRÈ V., *La substantia debitoris tra corpus e bona, Praesidia Libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del Convegno internazionale di Diritto Romano*, Copanello, 7-10 giugno 1992, Napoli, 1994, p. 267-298, con note in *Labeo* 39, 1993, p. 317-364, con il titolo: *Sull'origine della bonorum venditio come esecuzione patrimoniale*.

³ NICOSIA G., *Il processo privato romano. I. Le origini*, Torino, 1980, p. 87 ss.

⁴ RICCA L., *Debiti (Arresto personale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XI, Varese, 1962, p. 740 – 744.

alla Publilia, dalla Marcia alla Poetelia, le quali hanno financo determinato la introduzione di un processo formulare un po' più equilibrato come l'*actio iudicati*, seppure, anche allora, era in ogni caso prevista la esecuzione personale con una pubblica *proscriptio* ed una *ductio* nel carcere privato, seppur meno dura in ragione di una *lex Iulia de bonis cedendis* che, in quale modo, avrebbe attribuito all'autore “l'imperituro onore di avere per primo emancipata la libertà personale dal capitale”⁽⁵⁾.

Giova tuttavia precisare che, nonostante la introduzione di un processo più rispettoso della figura del debitore, sussisteva comunque la non intaccabile esistenza di fattispecie come la *manus iniectio*, rintracciabile ancora nella *Lex Coloniae Genetivae Iuliae s. Ursonensis* del 44, delle *legis actiones*, che furono abrogate solo in età augustea, dell'esecuzione personale per l'età classica, fino al divieto di ogni imprigionamento privato introdotto solo alla fine del IV sec. d.C.⁽⁶⁾.

Alla luce di quanto detto, è evidente che, nel passato, esisteva la convinzione che l'esecuzione principale non era quella diretta sulla *res*, tanto più che al creditore veniva riconosciuta anche il diritto letteralmente a “*mettere le mani addosso*” al debitore insolvente, anche se, come detto, alla procedura personale, se ne affiancava una più propriamente patrimoniale, tesa al recupero del patrimonio.

La *manus iniectio* arcaica era però produttiva di maggiori effetti e risultati rispetto alla mera esecuzione patrimoniale, in quanto aveva lo scopo di indurre parenti ed amici a procurare il dovuto al creditore, nonché di disporre della forza lavoro e delle possibili sopravvivenze del patrimonio durante lo stato di

⁵ MOMMSEN TH., *Storia di Roma*, III, Roma, 1963, p. 247; BONFANTE P., *Storia del diritto romano*, Milano, 1958, p. 497; GIUFFRÈ V., *Profili politici ed economici della cessio bonorum*, in *Rivista di Studi Salernitani*, 7 gennaio-giugno 1971, p. 3, nt. 1, che evidenzia la tendenza illuministica ad individuare nella storia un miglioramento degli istituti giuridici.

⁶ ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 393.

assoggettamento del debitore, che, prescindendo ormai da una anacronistica vendita *trans Tiberim* di là del *trinundinum* e dal discusso *partis secanto*, poteva anche continuare per un lungo periodo, assimilando così gli *addicti* alla condizione dei *nexi*, di coloro che più o meno volontariamente si fossero dovuti assoggettare a tale situazione (⁷). Nonostante gli obiettivi concreti a cui tali procedure miravano, sembrerebbe piuttosto che invece di tendere ad una ricostituzione del patrimonio del creditore, l'evoluzione del diritto fosse volta sostanzialmente alla realizzazione di un effetto pubblico ed afflittivo della posizione del debitore; invero anche l'esecuzione sul patrimonio della *bonorum venditio* era caratterizzata, fino al periodo di Cicerone, da peculiarità personali, determinante sul finire dell'età repubblicana, la necessità per il pretore di introdurre dei mezzi di esecuzione sul patrimonio che, inizialmente rivestirono comunque una posizione secondaria, ma che poi finirono per avere un'importanza fondamentale.

Nei casi in cui la esecuzione personale era impraticabile in ragione della morte, dell'assenza, della latitanza del debitore ovvero della impossibilità materiale di adempiere, il magistrato concesse al creditore, dietro sua espressa richiesta, l'immissione nel possesso dei beni; tale procedura era resa nota attraverso l'affissione di avvisi, c.d. *bonorum proscriptioes*, tesi a provocare l'intervento nel procedimento di eventuali altri creditori o di chi volontariamente si assumesse di pagare (⁸); a seguito del trascorrere di un periodo di tempo determinato, i creditori sceglievano chi avrebbe provveduto alla pubblicazione dell'avviso contenente la vendita dei beni e l'assegnazione del patrimonio a chi avesse offerto di corrispondere

⁷ GIUFFRÈ V., *op. cit.*, p. 269.

⁸ DE FRANCISCI P., *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, 1965, pp. 420 ss.; WEISS E., *Proscriptio debitorum*, RIDA, 2, 1949, p. 501-506; DE SARLO L., *Missio in possessionem e proscriptio*, in *Studi Albertario*, I, Milano, 1953, p. 477- 511; TALAMANCA M., *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*, in *Studi De Francisci*, II, Milano, 1956, p. 238-272.

ai soggetti attivi la più alta percentuale dei crediti, c.d. *bonorum emptor*; tale soggetto assumeva la posizione di nuovo debitore ed era esposto alle medesime azioni che i creditori avrebbero potuto esperire contro l'espropriato, anche se solo sino al limite della percentuale offerta. Il *bonorum emptor* era infatti un vero e proprio successore *mortis causa* e poteva agire, in un primo momento, con l'esperimento dell'actio Rutiliana, intorno al 130/120 a.C., per il recupero di eventuali crediti dell'espropriato se ancora vivente e, successivamente, con la Serviana, in età sillana, se defunto (⁹); infatti, nel manuale istituzionale di Gaio, è rintracciabile una affinità tra il successore pretorio e il *bonorum emptor*, in quanto l'espropriato, anche se vivo, era essenzialmente equiparato ad un morto (¹⁰).

Quanto detto trova il suo fondamento nel fatto che la *bonorum venditio* non era ancora svincolata dalla esecuzione sulla persona tesa alla soddisfazione sul patrimonio, poiché essa rappresentava solo un momento di un percorso intermedio e ancora non definitivamente compiuto, da una procedura personale ad una procedura patrimoniale; invero sono presenti molteplici elementi che indicano che ancora il procedimento colpisce “*la persona del debitore, ma non più, come un tempo, nel suo aspetto materiale, bensì in un aspetto squisitamente giuridico*”, in quanto la procedura incide profondamente sulla posizione giuridica del debitore attraverso la fattispecie della successione universale del *honorum emptor*, con la responsabilità gravante su tutto il patrimonio e non esclusivamente nei limiti di quanto acquistato; tanto è vero quanto detto che i beni intesi in senso lato del *bonorum emptor* poteva essere gravati anche da azioni di creditori intervenuti nella vendita (¹¹) ed essere

⁹ GIUFFRÈ V., op. cit., p. 289.

¹⁰ G. 2, 98; 3, 77; 80; 81; 4, 34; 35; 144; 145. Cfr. GIUFFRÈ V., op. cit., p. 277; GIUNTI P., *Ius controversum e separatio bonorum*, Firenze, 1990, p. 42, nt. 1.

¹¹ GIUFFRÈ V., op. cit., p. 328 nt. 32.

financo assoggettati alle conseguenze, ad esempio, della perdita delle *res acquistate*, per l'insolvibilità dei creditori del *decoctor*, nonché subire la spoliazione di ogni bene e rapporto anche se non immediatamente riferibile e teso al soddisfacimento dei creditori, ai quali era concesso il diritto di aggredire anche un cospicuo patrimonio solo per la realizzazione di piccoli crediti ove vi fosse una mera mancanza di liquidità attuale; ciò trovava la sua massima operatività nel periodo di crisi dell'ultima Repubblica, in un regime processuale che prevedeva una *condemnatio* solo pecuniaria ⁽¹²⁾.

Da non dimenticare è in ogni caso che a quanto detto seguiva la perdita di reputazione di tutti coloro che, vivi, subivano tale successione patrimoniale ⁽¹³⁾ che interessava sia i beni sia la più complessiva posizione giuridica del debitore, con l'effetto di ottenere se non immediatamente una nota censoria, di certo un degrado dell'iscrizione nella classe più bassa e, comunque, l'impossibilità di sedere nelle prime file del teatro ⁽¹⁴⁾; infatti, l'esercizio della cittadinanza pieno ⁽¹⁵⁾ e dei diritti politici dipendeva proprio dal censimento periodico avente ad oggetto le ricchezze ⁽¹⁶⁾, tanto che si afferma addirittura che per un romano vi era "*proprio la necessità di essere ricco*" ⁽¹⁷⁾.

Tuttavia, la summenzionata morte civile poneva nel nulla esclusivamente la personalità sociale e non anche quella giuridica in senso proprio, in quanto l'ignominia fu introdotta solo nell'editto tra l'81 ed il 45 a.C.; Cicerone infatti, in

¹² GIUFFRÈ V., *op. cit.*, p. 290

¹³ CIC., Pro Quinct. 99.

¹⁴ CIC., Phil. II, 44: Tenesne memoria praetextatum te decoxisse? 'Patris' inquires 'ista culpa est.'

¹⁵ NICOLET C., *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, Roma, 1980, p. 64 ss.

¹⁶ NICOLET C., *Le cens sénatorial sous la République et sous Auguste*, JRS, 66, 1976, p. 23- 38.

¹⁷ HELLEGOUARC'H J., *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 1963, p. 15; 235-237; HINARD F., *Les proscriptions de la Rome républicaine*, Roma, 1985, p. 22 nt. 23.

caso contrario, ne avrebbe certamente trattato nella Pro Quintio (XV, 49) ⁽¹⁸⁾. Tuttavia, appare che, a prescindere dalla *lex Roscia theatralis* ⁽¹⁹⁾, la *professio censualis* avrebbe in ogni caso meccanicamente determinato il degrado del cittadino insolvente già allora in senso tecnico-giuridico; l'origine di tale interpretazione si ritorva nella discontinuità di tale pratica intorno al 63 a.C. ⁽²⁰⁾, in ragione della necessità di colmare la volontà manifestata da Catilina di cancellare puramente e semplicemente i debiti ⁽²¹⁾; venne infatti introdotta la fattispecie dei *Labefactant fundamenta rei publicae* contro coloro che minacciavano la proprietà privata del credito ⁽²²⁾ e dunque l'infamia, anche se nella sua accezione meno sfavorevole e nefasta rispetto alle conseguenze dell'esecuzione personale della *manus iniectio* o della messa a morte del debitore che non fosse stato in grado di tacitare i suoi creditori.

Ne consegue che l'istituto *de qua* non solo non soddisfaceva compiutamente ed integralmente i creditori, ma altresì definitivamente poneva in una condizione di morte sociale il debitore, il quale sarebbe stato impossibilitato al recupero degli eventuali beni e crediti ulteriori; alla luce di ciò, si comprende il motivo della sopravvivenza della esecuzione personale e dell'arcaica *legis actio per manus iniectioem* fino all'abolizione del 17 a.C., con le leggi giulie giudiziarie.

¹⁸ Così GIUFFRÈ V., *op. cit.*, p. 277. Sulla Pro Quintio cfr. ARANGIO RUIZ V., *Introduzione a L'orazione per Publio Quinzio*, Centro di Studi Ciceroniani, Tutte le opere di Cicerone, n. 1, Milano, 1964, p. 9 ss.

¹⁹ SCAMUZZI U., *Studio sulla Lex Roscia Theatralis*, in *Rivista di Studi Classici*, 1969, p. 133 ss.

²⁰ GIUFFRÈ V., *op. cit.*, p. 278 l'ultima censura risale al 63 a.C., ma non solo nel 58 una legge di Clodio de notione censoris limitò la discrezionalità dei censori e ripetutamente Cicerone ne propose l'abrogazione, ottenendola nel 52 con la *lex Caecilia*, ma i censori del 50, particolarmente severi, suscitarono uno scontento che condusse, secondo C. NICOLET, *op. cit.*, p. 73, alla guerra civile.

²¹ SALL., *Cat.* 21, 2.

²² CIC., *De off.* 2, 22, 78; 2, 22, 83; GIUFFRÈ V., *op. cit.*, p. 275

Anche la procedura cesariana della *bonorum cessio* ⁽²³⁾ che ad un primo approccio sembra tesa alla tutela dei debitori, in realtà è svolta esclusivamente nell'interesse dei creditori, i quali, pur non del tutto contenti di un riduttivo concordato, erano comunque maggiormente garantiti in ragione del diritto di poter disporre dei beni direttamente, come avveniva attraverso la cessione del patrimonio; in realtà, il debitore ⁽²⁴⁾ che restava assoggettato, spesso per tutta la vita, per l'ammontare rimasto scoperto dopo la cessione e la vendita, in quanto non solo era posto in vendita il patrimonio nei suoi beni più cospicui, ma pure il necessario per nutrirsi e vestirsi.

La pubblica rappresentazione dell'insolvenza veniva condotta nel Comizio, nel medesimo luogo nel quale si svolgeva la cerimonia del funerale, con l'elogio del defunto; un funerale condotto per il debitore insolvente, il quale veniva condannato ad una "morte civile", attraverso l'annichilimento della persona del debitore, più che del suo patrimonio.

La non netta demarcazione tra procedura esecutiva personale e patrimoniale, che caratterizza tutta l'età ciceroniana sarà superata solo gradualmente, ma nel Medioevo si tornerà indietro, riaffermando l'assoggettamento personale del debitore al creditore.

Da tale impostazione strettamente sfavorevole, l'attenzione al debitore trovò la sua evoluzione, nel secolo XVIII, in ragione della protezione che la legislazione rivoluzionaria francese volle assicurare alla classe sociale popolare, oppressa dai debiti. In tale contesto e per il medesimo fine, venne abolito l'arresto personale a

²³ GIUFFRÈ V., *Osservazioni in tema di bonorum cessio*, p. 15 ss.; RUSSO RUGGIERI L., *Date a Cesare quel che è di Cesare*, in *Iuris Vincula*, in *Studi Talamasca*, p. 20.

²⁴ GIUFFRÈ V., *op. cit.*, p. 272 e s. Diversamente in FREDERIKSEN M. W., *Caesar, Cicero and the problem of debt*, JRS, 56, 1966, pp. 128- 141.

titolo di debiti insoluti e, inoltre, nel Codice Napoleonico, furono modificati profondamente gli istituti in materia di credito ipotecario, circa i quali venne introdotto il diritto, in capo ad ogni cittadino, di iscrivere ipoteca anche su se stesso⁽²⁵⁾.

A bene guardare, tuttavia, il primo obiettivo da garantire era allora la tutela delle nuove classi sociali emergenti dalla media borghesia, la quale non solo operava impegnando il proprio capitale per acquistare i beni sottratti agli istituti religiosi ed all'aristocrazia, ma altresì per incrementare la produzione e gli scambi.

All'interno della nostra legislazione di fine Ottocento trovò vita, tra la più comune disciplina civilistica, la quale, tra l'altro, condivideva il principio nominalistico, l'operatività dei soli interessi legali per il danno da mora nel pagamento dei debiti pecuniari e la disciplina del commercio, il cui sentimento normativo era, giustappunto, il *favor creditoris*⁽²⁶⁾.

Successivamente, la codificazione del 1942, come detto, mise in luce la propria volontà di rendere operativo il principio della uguaglianza tra debitori e creditori, seppur senza sottolineare il particolare rilievo della situazione economica e sociale delle parti interessate, rinnegando in qualche modo il principio del *favor debitoris*, considerandolo un antico pregiudizio.

Profondi studi sono stati compiuti successivamente in merito al suddetto principio generale, anche all'interno della codificazione moderna.

In particolare, sono stati evidenziati e studiati molteplici fattispecie ed istituti, come, ad esempio, l'inesigibilità della prestazione in caso di impossibilità, le norme sulla rescissione in materia di lesione o stato di bisogno, la riduzione della

²⁵ NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, V, I, p. 10 ss.

²⁶ NATOLI U., *op. loc. cit.*

clausola penale manifestamente iniqua, il divieto del patto commissorio, nonché l'estesa e specifica normativa ad oggi introdotta dal Codice del Consumo. Invero, la dottrina ⁽²⁷⁾ ha sottolineato che anche l'art. 1224 c.c. concede una tutela maggiore al debitore nelle fattispecie di obbligazioni pecuniarie, le quali, come noto, producono automaticamente interessi moratori, in ragione del principio della naturale fecondità del denaro.

Inoltre, le disposizioni di cui agli artt. 1370 e 1371 c.c. sembrano confermare il principio della cd. *interpretatio contra stipulatorem*, e, dunque, del *favor debitoris*, rispettivamente per i contratti di massa, per i contratti a titolo gratuito e per i contratti del consumatore, laddove il predisponente (o il dante causa o il professionista) goda di una maggiore forza contrattuale della quale, però, non può e non deve abusare ⁽²⁸⁾.

2. Condotte contrarie nei diversi sistemi giuridici.

La buona fede rappresenta un principio generale da intendersi quale integrazione e complemento in tema di obbligazioni, trovando le proprie radici sin nel diritto romano, con gli istituti dell'*officium iudicis* e dei *bonae fidei iudicia* ed il suo sviluppo nella *exceptio doli* del diritto comune, il quale era uno strumento teso

²⁷ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁸ Cfr. TONDO S., *Evoluzione della disciplina giuridica nei contratti di adesione*, in *Riv. Not.*, 1995, p. 12; MARMOCCHI E., *Atto pubblico tra clausole vessatorie e clausole abusive*, in *Riv., Not.*, 1997, II, p. 63; PASSAGNOLI G., *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv., dir. priv.*, 2001, p. 470, anche con riferimento al dovere di protezione.

alla tutela di ogni convenuto in giudizio alla luce della grave iniquità della pretesa altrui ⁽²⁹⁾).

Secondo parte della dottrina ⁽³⁰⁾, all'interno del principio di buona fede sussiste un giudizio etico che, nel tempo, ha condizionato la formazione di valori in qualche modo rendendo meno rigidi i sistemi di diritto vigenti.

Il fondamento di ogni questione è comunque la nozione di abuso del diritto da parte del creditore.

E' proprio a tale nozione che la dottrina tedesca ⁽³¹⁾ fa pieno riferimento, evidenziando la relazione esistente tra i comportamenti contrari agli scopi a cui sono indirizzati gli istituti giuridici ed i motivi abietti e non meritevoli che si pongono sull'altro lato ⁽³²⁾; invero, in Germania, gli obblighi integrativi ed accessori sono passibili di bipartizione; alcuni si riferiscono alla obbligazione da eseguire, altri sono tesi alla tutela della persona e della cosa, le quali non dovranno subire danni durante ed in ragione della esecuzione della prestazione, così introducendo, nell'ultimo caso, l'obbligo di protezione dei beni in generale. E' evidente che il secondo degli obblighi ricordati sarebbe soggetto a tutela anche se la prestazione non fosse stata effettivamente assunta dalle parti, in quanto più generalmente riferibile al principio della buona fede.

Tuttavia, parte della dottrina ⁽³³⁾ ritiene che gli obblighi accessori direttamente riferibili alla prestazione non necessitino di uno strumentario autonomo teso alla loro tutela, essendo sufficiente quello previsto per lo stesso contratto, come,

²⁹ DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale, Libro quarto: obbligazioni artt. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile Scaloja – Branca*, a cura di Galgano F., Bologna-Roma, 1988, p. 311.

³⁰ DI MAJO A., *op. cit.*, p. 312.

³¹ ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, p. 45 in DI MAJO A., *op. cit.*, p. 313.

³² RESCIGNO P., *Abuso del diritto*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965, p. 205.

³³ ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, p. 317.

ad esempio, la risoluzione per inadempimento, mentre per tutti quei doveri non strettamente riconducibili alla prestazione sarebbe invece necessario individuare dei rimedi specifici derivanti dal principio della buona fede; secondo altra parte della dottrina (³⁴), il riferimento dovrebbe piuttosto essere effettuato avendo riguardo ai c.d. obblighi ulteriori di comportamento poichè del tutto diversi rispetto agli obblighi, sia primari sia accessori, relativi alla prestazione, in quanto veri e propri autonomi doveri di protezione e lealtà; infatti, detti ultimi doveri non solo non sono tesi a fornire indicazioni in merito al vincolo convenuto, ma altresì non sono nemmeno predefiniti in quanto ogni fattispecie concreta li riempie di contenuto e, comunque, andranno individuati specificamente di volta in volta da parte dell'autorità giudiziaria, la quale dovrà anche decidere in merito all'eventuale risarcimento del danno derivante dalla loro violazione. La critica (³⁵) che è stata mossa a tale interpretazione poggia le basi sulla considerazione che questa sia il frutto solo di una completa assenza all'interno del sistema pandettistico di una precisa normativa in merito alla nozione di esatto adempimento.

La giurisprudenza tedesca (³⁶), al contrario della sua dottrina, sembra invece fornire un chiarimento adeguato sul punto, ponendo la sua maggiore attenzione agli obblighi di informazione, di avviso, di lealtà e di assistenza. Tanto è importante questa evoluzione che la stessa è giunta persino ad accettare e disporre che, in ragione del dovere di cooperazione, il creditore sia in qualche misura obbligato a modificare ovvero a consentire la correzioni di clausole contrattuali al fine di rendere operativo il vincolo.

³⁴ LARENZ, *Schuldrecht*, I, p. 9, in DI MAJO A., *op. cit.*

³⁵ DI MAJO A., *op. loc. cit.*

³⁶ DI MAJO A., *op. loc. cit.*

All'interno del nostro ordinamento (³⁷) non si ritiene, invece, che sussistano obblighi integrativi ed aggiuntivi rispetto a quelli già contenuti all'interno della prestazione assunta, in ragione del fatto che è proprio dalla natura dell'obbligo che discende la necessità di porre in essere ogni ulteriore condotta tesa alla realizzazione della causa contrattuale.

Tuttavia, parte della dottrina (³⁸) afferma sussistere una compiuta differenza tra i due obblighi, ponendo pertanto, da una parte, l'interesse alla protezione e, dall'altra, il dovere alla prestazione, in quanto sembra assolutamente rintracciabile anche nella casistica normativa un interesse a non subire danni del tutto separati rispetto al diritto al conseguimento del risultato attraverso l'esecuzione della prestazione. Quanto detto è altresì dimostrato dall'esistenza, all'interno del testo del codice, anche di una normativa espressa, dettata dall'art. 1375 c.c., relativa proprio alla buona fede in riferimento alla esecuzione.

Negli ordinamenti di *common law*, invece, la esperienza della nozione della buona fede si presenta in modo notevolmente diverso, essendo per lo più rappresentata da un'idea di una buona fede in concreto e cioè strettamente riferita alla esecuzione di una prestazione determinata (³⁹). La suddetta impostazione, così tesa alla specificazione ed allo studio del caso particolare, ha il pregio di non disperdere le proprie energie al fine di identificare una qualche esistenza di ulteriori obblighi accessori, essendo volta precipuamente a comprendere solo se il comportamento posto in essere dalle parti possa o meno considerarsi legittimo.

³⁷ NATOLI U., *op. cit.*, p. 18.

³⁸ DI MAJO A., *op. loc. cit.*

³⁹ FARNSWORTH, *Good faith performance and commercial reasonable under the Uniform commercial code*, 30 Chicago Law Review, 1963, p. 666.

Nell'ordinamento statunitense, invece, la prima formulazione del dovere di esecuzione secondo buona fede trovò i suoi natali in una pronuncia della Corte di Appello di New York del 1933 ⁽⁴⁰⁾, nel caso *Kirke La Shelle v. Paul Armstrong*, in cui espressamente si affermò che *“in ogni contratto vi è un patto implicito che né l'una né l'altra parte farà alcunché che abbia l'effetto di distruggere o danneggiare il diritto dell'altra parte di ricevere i frutti del contratto, il che significa che in ogni contratto esiste un patto implicito di buona fede o di comportamento onesto”*. Ne consegue l'evidenza che il principio della buona fede ha anche il fine di proteggere la parte più debole del rapporto da un atteggiamento illegittimo posto in essere dall'altra, attraverso la verifica di detta condotta, valutando se la stessa sia stata o meno contraria.

Inoltre, la buona fede, operando ugualmente nel silenzio o nella poco chiara determinazione di clausole contrattuali, garantisce la coercibilità di attività che altrimenti non potrebbero essere pretese ⁽⁴¹⁾: la buona fede, in sostanza, è il limite ad un esercizio abusivo del diritto e dota di una chiara misura applicativa la nozione dettata dallo stesso abuso, di cui parleremo nei paragrafi che seguono ⁽⁴²⁾.

⁴⁰ BURTON, *Breach of contract and the common law duty to perform in Good Faith*, Harvard Review, 1980, p. 379.

⁴¹ BURTON, *op. loc. cit.*

⁴² MESSINEO D., *Il contratto in genere*, II, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, dir. da Cicu-Messineo, Milano, 1972, p. 170 che definisce la correttezza come *“la quinta ruota del carro”*; *Contra*: RUBINO E., *Sui limiti dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede*, in *Giur. compl. Cass., civ.*, 1947, II, p. 365, che evidenzia: *“Lo Stato paternalistico che si intromette e ficca il naso dappertutto, anche negli affari meramente privati”*. La posizione di equilibrio è da attribuire a SACCO R., *Il contratto*, Torino, 1975, p. 779, che pur non riconoscendo *“nell'attuale momento storico” alcuna pratica rilevanza al criterio della buona fede sostiene che esso potrebbe trovare in futuro possibilità di applicazioni “oggi non previste e non pensate”*.

3. *Il diritto comunitario in tema di cooperazione.*

Il Capitolo 7 dei Principi di diritto comunitario in materia di contratto, c.d. Principi Acquis, rubricato sotto il nome di “*Adempimento delle obbligazioni*”, alla sezione 1 “*Obblighi generali*”, prevede, all’interno dell’art. 7: 101, gli obblighi relativi all’adempimento (⁴³).

L’articolo in esame prevede espressamente l’operatività del principio della buona fede nella esecuzione dell’obbligo, così in armonia con quanto previsto all’interno del nostro ordinamento, volgendo pertanto lo sguardo alla protezione delle posizioni dei soggetti protagonisti del rapporto giuridico (⁴⁴).

Il dovere di adempimento è stato più volte sottolineato all’interno dell’ambito comunitario come, tra l’altro, nella direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo ovvero nell’art. 21 della Direttiva 2004/39/CE relativa al mercato degli strumenti finanziari o, ancora, nella Raccomandazione 1997/489 in tema di transazioni con strumenti di pagamento elettronico; inoltre, si possono altresì rintracciare, in varie fonti comunitarie, il dovere di adempimento secondo buona fede, come, ad esempio, nella Direttiva 1986/653/Cee, relativa agli agenti di commercio (⁴⁵).

La buona fede impone alle parti di agire secondo lealtà reciproca in ragione della sua causa giustificatrice dell’affidamento (⁴⁶), e il diritto comunitario, facendo

⁴³ PERLINGERI P., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 31.

⁴⁴ VARRONE R., *Il negozio giuridico tra ideologia e dogmatica*, Napoli, 1972, p. 234, che conferma l’esistenza di una funzione integrativa della buona fede.

⁴⁵ PERLINGERI P., *op. loc. cit.*

⁴⁶ GRASSETTI C., *L’interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, 1937, Padova, 1983, p. 197.

propria detta impostazione, adotta, in ambito di negozi giuridici, proprio l'etica della cooperazione ⁽⁴⁷⁾.

Sin dagli anni '90, la Corte di Giustizia ha avuto modo di delineare sempre più chiaramente il tema della tutela dell'affidamento ⁽⁴⁸⁾ ed addirittura, sin dal 1977, l'affidamento stesso è stato valutato quale elemento fondante l'ordinamento comunitario, tanto da determinare la sua equiparazione in termini di violazione di qualsivoglia trattato o regola di diritto ⁽⁴⁹⁾.

Alla luce di ciò, risulta evidente che la buona fede, quale rappresentazione dell'affidamento e della fiducia, è uno dei principali criteri per la esecuzione di ogni obbligazione e, ancora, per la interpretazione anche della normativa comunitaria, apparendo quale esplicazione del più generale principio della certezza giuridica, tesa a sua volta ad impedire uno stato di insicurezza ed imprevedibilità ⁽⁵⁰⁾.

In particolare, all'interno del medesimo capitolo e della stessa sezione, è possibile rintracciare, per i fini che ci occupano, le fattispecie della buona fede e della lealtà nell'esercizio dei propri diritti e del dovere di cooperazione da parte del creditore, rispettivamente negli artt. 7:102, 7:103 e 7:104.

A parte la buona fede, di cui si è appena trattato, la lealtà dovrebbe rappresentare la “*unione fraterna*” ⁽⁵¹⁾ tra le persone, da realizzarsi attraverso la

⁴⁷ CIATTI A., *La disciplina dell'adempimento dell'obbligazione*, in *Principi del diritto comunitario e dei contratti*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, p. 496.

⁴⁸ ANTONIAZZI V., *Recenti conferme della Corte di giustizia circa la ricostruzione di un principio fondamentale di tutela dell'affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubb. Comunitario*, 2002, p. 1130; BERTOLI G., *Principi di diritto comunitario, sistemi amministrativi nazionali e giudizi abilità degli atti interni non definitivi*, in *Dir. com. scambi internazionali*, 1993, p. 356; PROTTO A., *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, p. 93;

⁴⁹ *Ex multis*, Corte Giust. Ce, 3 maggio 1978, causa C-112/77, Topfer, in *Raccolta*, 1978-1, p. 1019.

⁵⁰ *Ex multis*, Corte Giust., 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks e Spencer, in *Corr. Trib.*, 2002, p. 4200, con nota di Grassetti.

⁵¹ CIATTI A., *op. cit.*, p. 502.

trasparenza delle condotte, la loro coerenza nonché il divieto di andare contro la realizzazione del proprio interesse ⁽⁵²⁾.

In tema di cooperazione, la dottrina è unanime nel ritenerla quale “*filo conduttore*” ⁽⁵³⁾ per l’orientamento del giurista che debba dirimere questioni attinenti alle obbligazioni, le quali pertanto dovranno essere approntate alla comprensione reciproca e all’apertura intellettuale.

Il dovere di cooperazione trova la sua naturale operatività all’interno delle note direttive sugli agenti di commercio, sui mercati finanziari, sulle vendite a distanza e, ancora, sui servizi finanziari e sulle transazioni con strumenti di pagamento elettronico, in merito soprattutto agli obblighi di informativa e, infine, su quella che potrebbe essere definita la responsabilità precontrattuale ⁽⁵⁴⁾.

Il dovere di cooperazione in ambito comunitario non riguarda esclusivamente i soggetti che tra di loro concludono transazioni, ma opera anche in tema di collaborazione tra la Corte di Giustizia Europea e le Corti degli Stati Membri, le quali non possono che concorrere in un’ottica di reale, effettiva, sostanziale e reciproca interdipendenza ⁽⁵⁵⁾.

L’obbligo a collaborare è tuttavia limitato alla ragionevolezza delle aspettative che ciascuna parte legata al rapporto giuridico vanta; ciò significa che la sua *ratio* trova fondamento su un criterio oggettivo connesso allo scopo ed alla natura del contratto, sugli usi e sulle pratiche già intercorse tra i soggetti e, infine, sui fatti e sulle circostanze concrete esistenti all’interno nel caso di specie ⁽⁵⁶⁾.

⁵² ASOTNE F., *Il divieto di venire contra facum proprium*, Napoli, 2006.

⁵³ BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni, I Prolegomeni: funzione economica-sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, p. 10.

⁵⁴ CIATTI A., *op. cit.* p. 504.

⁵⁵ PERLINGERI P., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008.

⁵⁶ PERLINGERI P., *op. loc. cit.*

L'obbligo è altresì codificato all'interno dell'art. 1:202 dei principi di diritto europeo, i quali evidenziano che ciascun contraente ha il dovere di permettere all'altro di liberarsi dal vincolo assunto, al fine di ottenere i vantaggi proprio dell'affare posto in essere, utilizzando altresì quella necessaria trasparenza che obbliga i consociati a rendere noti tutti i rischi alle persone ed alle cose che l'esecuzione potrebbe determinare; tanto è importante l'ultima considerazione che la violazione degli anzidetti principi determina inadempimento (⁵⁷).

Al fine di offrire un esempio concreto di quanto appena menzionato, si riporta il caso teorico del turista che, non ricevendo il proprio menù vegetariano secondo i termini del contratto stipulato con l'agenzia di viaggio, è obbligato ad informare il luogo di ristorazione della propria necessità per non causare l'evento dannoso; in buona sostanza, il creditore deve porre in essere ogni comportamento che sia idoneo ad eliminare ovvero a diminuire il danno che potrebbe subire per cause a lui non imputabili, ma diligentemente evitabili.

4. *L'abuso del diritto nelle sue origini.*

Definire quale sia l'origine storica dell'abuso del diritto non sembra apparire di pronta e facile risoluzione: si potrebbe infatti identificarla con la prima pronuncia di equità emessa da un organo giudicante ovvero con l'attività di una giurisprudenza

⁵⁷ Cfr. tra gli altri RIZZO V., *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al Codice Civile)*, Napoli, 1997, p. 59; D'AMICO V., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; CIATTI A., *op. cit.*, p. 505.

onoraria tesa a rendere meno rigoroso un sistema giuridico preordinato (⁵⁸); tuttavia, è consuetudine considerare esistente l'istituto in esame dal momento in cui sono stati dichiarati illegittimi e *contra legem* gli atti emulativi, i quali spesso furono i soli esempi di tale categoria (⁵⁹).

E' il diritto comune ad aver dato rilievo giuridico all'antico divieto dei suddetti atti emulativi, mentre l'illuminismo si oppose alla sua esistenza in ragione di un ravvisato moralismo che poco aveva a che fare con il diritto puro.

A causa di tale opposizione, il divieto indicato è tornato al suo originario splendore solo nel secolo XIX, in quanto di nuovo adottato dai codici nascenti, i quali estesero la figura oltre i confini del solo divieto degli atti emulativi.

Nonostante nei sistemi di influenza pandettistica la figura dell'abuso del diritto sia meno importante in considerazione della maggiore attenzione posta ai principi di buona fede e correttezza, nella Francia da Toullier in poi l'abuso diventa elemento fondamentale su cui poggia anche tutta la disciplina relativa al comportamento del creditore.

Nel nostro ordinamento, fino al codice del 1942, invece, la figura dell'abuso non ha una chiara evoluzione; infatti, mentre parte della dottrina (⁶⁰) lo riteneva assolutamente fondamentale, altra parte (⁶¹) lo escludeva o in ogni caso non lo considerava così importante. In seguito alla nascita del codice attualmente vigente, nonostante un primo momento di indifferenza, attualmente si sta muovendosi verso

⁵⁸ SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto*, a cura di Alpa, Graziadei, Guarneri, Mattei, Monateri e Sacco, Torino, 2001, p. 335.

⁵⁹ BRECCIA U., *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 56.

⁶⁰ PACIFICI MAZZONI E., *Codice civile italiano commentato, in Trattato delle servitù legali*, VI ed., Firenze, 1906, §§ 371; RICCI P., *Dei beni, della proprietà e sue modificazioni*, Torino, 1877, II, §§ 386; GIANTURCO E., *Sistema di diritto civile italiano*, I, II ed., 1894, § 62; DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, I, II ed., 1915, p. 438; PACCHIONI G., *Elementi di diritto civile*, 1916, § 226.

⁶¹ BONFANTE P., *Scritti giuridici*, IV vol., 1915/1916, II, p. 777; COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, I, 1910, p. 470.

un riconoscimento completo della fattispecie di abuso di diritto, formalizzandone il significato anche all'interno dei repertori giurisprudenziali.

5. *Segue. Caratteri generali.*

L'abuso del diritto è l'elemento dinamico di tutto il processo evolutivo giuridico; invero, lo stesso è il risultato di una profonda e continua attività giurisprudenziale che, trovando origine nei principi dell'ordinamento nonché in quelli dettati dalla Carta Costituzionale, ha fatto proprio il fondamento legittimo sancito nel brocardo latino *non omne quod licet, honestum est* ovvero *summum jus est summa iniuria* ⁽⁶²⁾. Quanto detto è stato frutto di una interpretazione tale da determinare la nascita di una normativa in tema di abuso del diritto, nella quale è possibile rintracciare, ad esempio, la disciplina del divieto degli atti emulativi.

L'art. 2 Cost. nonché l'art. 833 c.c. risultano essere, infatti, come già anticipato nel paragrafo appena precedente, il filo conduttore anche degli altri istituti simili, unitamente alle norme che sanciscono la buona fede oggettiva ed il principio della correttezza, così come previsto dagli artt. 1175 c.c., 1337 c.c., 1366 c.c. e 1375 c.c. ⁽⁶³⁾. Tuttavia, non sembra possibile rintracciare all'interno del dettato codicistico

⁶² TRAPUZZANO C., *L'abuso del diritto: elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto*, in *ne diritto.it*, n. 18, Trani, p. 1.

⁶³ BIGLIAZZI GERI L., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, p. 71; BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, in *Il codice civile – Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, p. 197 ss.; BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto Civile*, II, Torino, 1988, p. 154. BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 339; PERLINGIERI G., *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Napoli, p. 53 e p. 80; BIANCA C. M., *Note in tema di interpretazione del contratto e d'intervento del proprietario nella vendita di cosa altrui*, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1283; GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1988, p. 407; SCOGNAMIGLIO V., *Contratti in*

una chiara e puntuale disciplina unitaria che tratti l'istituto dell'abuso del diritto, nonostante questo fosse stato contemplato già all'interno dei lavori di preparazione dell'attuale codice. A dispetto di tale lacuna, è in ogni caso individuabile nell'ordinamento, quale principio, quello secondo cui nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui lo stesso gli è stato conferito; inoltre, è possibile rinvenire alcune norme di settore specifiche, tese a sancire il divieto dell'abuso, come, ad esempio, la norma resa dall'art. 833 c.c.

Al riguardo, risulta essenziale evidenziare l'importanza del veto posto avverso il superamento dei limiti interni ed esterni nell'esercizio del diritto conferito ai consociati, sia in sede più prettamente civilistica, sia in sede di puro diritto amministrativo, anche se, si è ritenuto ⁽⁶⁴⁾, in passato, la inammissibilità di tale fattispecie alla luce della carenza stessa del diritto, nel momento in cui se ne superano i limiti. Tale orientamento non può non essere interpretato alla luce degli artt. 2 e 42 Cost., nonché della stessa classificazione dei diritti subiettivi assoluti, i quali non permettono la corrispondenza tra le situazioni giuridiche soggette al solo divieto del *neminem laedere* e, come tali, arbitrarie, e la interpretazione più limitata e limitante di diritti, in cui l'utilità posta a fondamento dell'interesse, in base all'esercizio delle facoltà riconosciute al suo titolare, ben può essere realizzata senza l'intermediazione di fattispecie poste al lato passivo di un rapporto giuridico ⁽⁶⁵⁾. A fondamento di tali tesi è stata volta l'attenzione alla considerazione della totale assenza di un complesso di norme teso alla legittimazione della configurabilità in termini generali dell'istituto.

generale, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1966, XI, p. 178; NATOLI U., *op. cit.*, p. 39 ss

⁶⁴ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

⁶⁵ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

A ben guardare, altri ordinamenti non hanno fatto propria tale lacuna. Invero, il § 226 del BGB dispone espressamente il divieto di *Chikane* ed analogo divieto è confermato all'interno dell'art. 2 del codice civile adottato dalla Svizzera.

Alla luce di quanto detto, il comportamento abusivo del soggetto agente, rappresentando il superamento dei limiti formali del diritto stesso, attraverso l'uso della categoria dell'eccesso, determina l'inesistenza del diritto stesso, in quanto ove è rintracciabile un abuso non può certamente essere coesistente un diritto legittimo⁽⁶⁶⁾; sembra pertanto possibile condividere l'orientamento secondo cui una certa condotta formalmente corrispondente all'esercizio di un diritto non può essere considerato abusiva e, per l'effetto, illegittima.

Invero, il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico dell'esistenza di un diritto non vale ad escludere che il suo esercizio non violi la *ratio* sottesa alla stessa norma ovvero ad una norma diversa ovvero, ancora, ai dettami sanciti dal sistema nei suoi principi generali⁽⁶⁷⁾: basti pensare ai casi in cui, nonostante l'apparente ed esteriore esercizio del diritto non corrisponda quella congruità sostanziale dell'atto con gli obiettivi e gli scopi che si intendono perseguire, e sia, di conseguenza, il risultato del superamento di limiti interni o esterni, tali da determinare la incontrovertibile illiceità dell'atto stesso. Tuttavia, a quanto detto è necessario introdurre dei correttivi, in quanto, in caso contrario, si finirebbe per determinare la configurazione nell'abuso dell'abuso del diritto.

⁶⁶ Cfr. anche PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, I, Torino, 1987, pp. 1-9 dove si riconduce la problematica dell'abuso a contrasto tra una visione «letterale» ed una «costruttiva» del codice civile.; GAMBARO A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica*, I, Roma, 1988, p. 1; SACCO R., *op. cit.*, p. 281-373; ALPA G., *I principi generali*, Milano, 1993, p. 76.

⁶⁷ TRAPUZZANO C., *op. cit.*, p. 2.

Ne consegue che la questione in esame sarà ritenuta ammissibile quale superamento della funzione nel rapporto che esiste, essendo rintracciabile tra l'autonomia elargita al consociato ed il relativo atto di esercizio di tale diritto.

Molteplici sono le figure soggettive in cui ciò si manifesta (potere, diritto, interesse) ⁽⁶⁸⁾; in tali fattispecie di alterazioni della funzione obiettiva ed in relazione alle condizioni ed alle situazioni a cui è subordinato il suddetto esercizio, è possibile intravedere due possibili esplicazioni.

In primo luogo, si può considerare il nesso causale, il quale determina un'alterazione dell'atto stesso in ragione di un elemento interno, quale un'intesa, come nei casi di simulazione, in cui si configura un abuso nella funzione strumentale del negozio ovvero uno sviamento dalla sua destinazione o, ancora, un motivo rilevante, come nella rescissione, in cui lo stato di necessità e l'approfittamento alterano l'equilibrio causale del negozio concluso per difetto genetico parziale ⁽⁶⁹⁾.

Il secondo svolgimento riguarda invece il comportamento posto in essere nei rapporti giuridici che violi i principi della buona fede oggettiva o della buona fede altrui (artt. 1175, 1337, 1340, 1358, 1366, 1375 c.c.) ⁽⁷⁰⁾. Nel caso in esame, la buona fede è da intendere non quale causa generatrice di obblighi, come piuttosto la stessa è considerata dalla categoria tedesca, che individua la buona fede nel programma quale supporto di obblighi integrativi di protezione e sicurezza, ma quale criterio di riferimento teso a coadiuvare l'opera del giurista nella verifica, all'interno del caso di specie, della corrispondenza alla ipotesi prevista in un'ottica

⁶⁸ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

⁶⁹ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

⁷⁰ RESCIGNO P., *Obbligazione* (diritto privato - nozioni generali), in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, p. 178.

puramente e squisitamente teorica, della fattispecie concreta, ai fini di ristabilire l'equilibrio tra le parti interessate.

Si ritiene che possa la questione essere divisa in due categorie, in cui, la prima, prende la forma del c.d. abuso subiettivo che si configura laddove sussista un esercizio del diritto non corrispondente ai poteri conferiti da parte del soggetto legittimato e, una seconda forma, c.d. di abuso oggettivo, che trova evidenza nei casi in cui l'esercizio del diritto sia condotto al di fuori della sua destinazione ⁽⁷¹⁾.

La fattispecie dell'abuso del diritto è, inoltre, facilmente rintracciabile in tutte quelle normative nazionali tese al recepimento delle disposizioni di origine comunitaria, nonché nella disciplina prevista a tutela del consumatore, come, ad esempio, quelle volta alla tutela omogenea del credito al consumo.

Ulteriori esempi sono rappresentati dalla vendita dei pacchetti di viaggio, ai sensi e per gli effetti del d.lgs. 1995 n. 111 ⁽⁷²⁾ o, ancora, in materia di diritto di recesso, per i contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali, in cui si segnala, infatti, operatività della c.d. clausola di ripensamento.

In via generale, è possibile rinvenire tale fattispecie nella sua massima considerazione all'interno della disciplina introdotta dalla legge 6 febbraio 1996, n. 52, relativa alla inefficacia e alla nullità delle clausole abusive o vessatorie, le quali rappresentano l'espressione del richiamato istituto ⁽⁷³⁾.

⁷¹ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

⁷² Oggi trasfusa nel c.d. codice del consumo di cui al d.lgs. 6.09.2005, n. 206

⁷³ Sulla prevalenza del concetto obiettivo di consumo su quello subiettivo di consumatore cfr. l'attuale previsione dell'art. 1469 *bis* c.c., come introdotto dall'art. 146 del richiamato d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206

Sono forniti anche in materia penalistica diversi esempi di tal genere, come, tra gli altri, il reato di diffamazione a mezzo stampa con abuso del diritto di critica⁽⁷⁴⁾.

In ambito processuale, è invece possibile considerare la fattispecie dell'abuso del diritto di difesa⁽⁷⁵⁾.

All'interno del diritto civile troviamo la disciplina dell'abuso del diritto in materia di obbligazioni in generale⁽⁷⁶⁾ e negli istituti dettati in tema di rapporto di lavoro subordinato, con riferimento ai comportamenti del datore di lavoro⁽⁷⁷⁾ e del lavoratore e, infine, all'interno del diritto societario. L'esercizio abusivo di un diritto potestativo riconosciuto dall'ordinamento è rappresentato dal recesso dell'istituto bancario da un rapporto di apertura di credito a tempo determinato *ex art.* 1845 c.c. In tale caso, la corte di legittimità ha affermato che il suddetto recesso non è da considerarsi legittimo, nemmeno in presenza di una giusta causa, laddove lo stesso sia esercitato in modo imprevisto ed arbitrario⁽⁷⁸⁾.

In merito poi agli effetti di tale esercizio abusivo, non sembra sussistere alcuna differenza tra questo e l'eccesso del diritto: il soggetto che ha posto in essere una condotta caratterizzata per la sua eccessività o abusività dovrà soggiacere alle medesime sanzioni previste dall'ordinamento e, contestualmente, al debitore o consociato che dovesse aver subito tale comportamento sarà conferito il diritto di agire esperendo gli strumenti di tutela all'uopo previsti; nonostante sul piano delle conseguenze giuridiche le due fattispecie siano simili se non addirittura identiche,

⁷⁴ Cass., 19 maggio 1998, n. 7990, in *Società*, 1998, p. 873, con nota di DI CARO A., "Informazione societaria ed interessi protetti".

⁷⁵ Cass., 14 marzo 1981, n. 1430, in *Mass.*, 1981.

⁷⁶ Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, in *Gius. Civ.*, n. 1997, I, p. 2727.

⁷⁷ Cass., 8 settembre 1995, n. 9501, in *Mass.*, 1995.

⁷⁸ Cass., 21 maggio 1997, n. 4538 in *Foro It.*, 1997, I, p. 2479, nota di CAPUTI.

non è lecito credere che la disciplina dell'abuso sia *inutiliter data* ⁽⁷⁹⁾. Tale disciplina, infatti, è fondamentale in quanto tesa ad ostacolare tutti quei comportamenti, non identificabili *a priori*, che, non contemplati o contemplabili all'interno dell'eccesso dal diritto, sarebbero altrimenti destinati a rimanere privi di disciplina *sub specie juris*.

Alla luce di tutto quanto sopra detto, è possibile identificare un principio generale e condivisibile di riferimento permeante l'ordinamento giuridico e vale a dire il rifiuto di tutela dei poteri, diritti e interessi esercitati in violazione dei limiti sopra indicati ⁽⁸⁰⁾.

Tale principio ovviamente non potrà non essere oggetto di specifica previsione in base ad aspetti profondamente diversi: a titolo meramente esemplificativo, basti pensare all'inefficacia, alla rescindibilità, all'annullabilità o alla decadenza da un potere ovvero a un rifiuto dell'azione di annullamento, all'efficacia dell'atto *ex art. 1319 c.c.*, la permanenza in vita di un debito *ex art. 2940 c.c.* o, ancora, a un'indennità ⁽⁸¹⁾; laddove, pertanto, vi sia mancanza di tutela vi sarà impedimento da parte del soggetto originariamente autorizzato a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti e i diritti connessi mediante atti di per sé strutturalmente idonei, in quanto inficiati da un concorso di circostanze soggettive che ne alterano la funzione o violano in una o in un'altra direzione il principio della correttezza che è regola di cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata.

⁷⁹ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

⁸⁰ Cfr. anche LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912, p. 95; CORRADINI BROUSSARD D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato: dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970, p. 415; TARELLO G., *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia (1969)*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, p. 69-101.

⁸¹ TRAPUZZANO C., *op. cit.*, p. 3.

La figura dell'abuso di diritto, nonostante si componga di una deviazione o sviamento di poteri, diritti, interessi che sono in ogni caso riconosciuti e tutelati dall'ordinamento giuridico, è comunque una fattispecie del tutto diversa rispetto a quella tipica dell'attività illecita che trova origine in un rapporto contrattuale oppure extracontrattuale: gli effetti giuridici determinati da tali ultime discipline sono definiti in modo particolare soprattutto negli aspetti patrimoniali; basti pensare agli atti leciti dannosi per i quali è prevista la condanna del danneggiante a corrispondere al soggetto leso soltanto un'indennità, essendo escluso il risarcimento dei danni. A titolo meramente esemplificativo, si pone l'attenzione sulla disciplina dettata per i casi di cui agli artt. 936, terzo comma, 937, terzo comma, e 938 c.c. nonché, in tema di indennità prevista nei casi di miglioramenti e addizioni che vedono come soggetti i proprietari, i possessori o i detentori dei beni, così come previsto dagli artt. 985, 986, 1150 e 1592 c.c.

Anche la giurisprudenza ha contribuito alla categorizzazione di alcune specifiche figure di abuso⁽⁸²⁾. Difatti, hanno trovato origine in tale sede le fattispecie dell'abuso della personalità giuridica tesa ad eludere le normative in essere, dell'abuso del diritto di difesa *ex art. 89 c.p.c.*⁽⁸³⁾, del *pactum fiduciae*, in cui l'abuso costituisce il mezzo per la distinzione dall'accordo simulatorio in alcune ipotesi dubbie come il matrimonio, i titoli di credito, le società o le disposizioni testamentarie, della convocazione dell'assemblea richiesta dalla minoranza a fini esclusivamente dilatori *ex art. 2367 c.c.*, delle vendite porta a porta disciplinate ai sensi del d.lgs. n. 50/1992, reso in attuazione della direttiva n. 577/85/CEE, della vendita a distanza, altresì introdotta dal d.lgs. n. 185/1999, in attuazione della

⁸² Cass., 29 marzo 1999, n. 3032, in *Mass.*, 1999.

⁸³ Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro italiano*, 1961, I, p. 256.

direttiva 97/7/CE, del giustificato motivo e giusta causa del licenziamento, sottoposto ai dettami dell'art. 3 della legge n. 604/1966 ⁽⁸⁴⁾, di *sale and lease back*, in relazione al divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.* ⁽⁸⁵⁾, dell'abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990 in materia di tutela della concorrenza ⁽⁸⁶⁾, del contratto autonomo di garanzia, dell'*exceptio doli*, della condotta antisindacale del datore di lavoro ⁽⁸⁷⁾, della richiesta del creditore di adempimento coattivo frazionato senza alcuna utilità ⁽⁸⁸⁾, del diritto di ripensamento nella vendita dei pacchetti di viaggio *ex d.lgs. n. 111/1995*, emesso in attuazione della direttiva n. 90/314/CEE.

Giova precisare, per completezza, che, successivamente, le decisioni suddette nonché le normative richiamate sono state oggetto di autonoma disciplina compresa all'interno del codice del consumo.

Un'altra fattispecie di abuso del diritto ha ad oggetto la individuazione dei parametri risolutivi i conflitti tra i diritti previsti dagli artt. 1155, 1265, 1380, 1991, 2644 c.c.; l'art. 1155 c.c., il quale dispone in merito ai casi di acquisto di buona fede, prevede espressamente che in tali situazioni, è privilegiato il soggetto che ha acquistato il possesso, anche se il suo titolo è di data posteriore ⁽⁸⁹⁾. Tuttavia, l'art. 1265 c.c., che è relativo all'efficacia della cessione riguardo ai terzi, negli stessi casi di cui alla disposizione precedente, dispone la prevalenza della cessione notificata per prima al debitore ovvero quella che è stata prima accettata dal debitore con atto di data certa, ancorché essa sia di data posteriore, a nulla rilevando la buona fede.

⁸⁴ Cass., 18 gennaio 1999, n. 434, in *Mass.*, 1999.

⁸⁵ Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 1360, nota di CARBONE V.

⁸⁶ Cass., 1 febbraio 1999, n. 827 in *Gir. It.*, 1999, p. 1223.

⁸⁷ Cass., 8 settembre 1995, n. 9501, *op. loc. cit.*

⁸⁸ Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, in *Gius. Civ.*, 1997, I, p. 2727.

⁸⁹ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

Ancora, l'art. 1380 c.c., dettato in materia di conflitto tra più diritti personali di godimento, prevede che, se con successivi contratti, una persona concede a diversi contraenti un diritto personale di godimento relativo alla stessa cosa, il godimento spetta al contraente che per primo lo ha conseguito e se nessuno lo ha conseguito, è preferito quello che ha il titolo di data certa anteriore, restando tuttavia salve ed operanti le disposizioni relative agli effetti della trascrizione ⁽⁹⁰⁾.

Altresì, l'art. 1991 c.c., che dispone in tema di cooperazione di più persone, avverte che nei casi in cui l'azione è stata effettuata da più soggetti in sede separata ovvero la medesima fattispecie interessa più persone, la prestazione oggetto di promessa, laddove ovviamente sia unica, spetta a colui che per primo ne ha dato notizia al promittente.

Infine, l'art. 2644 c.c., disponendo in materia di effetti della trascrizione circa i diritti immobiliari, prevede che trae giovamento il soggetto che ha trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi il proprio diritto; è evidente che tale questione è principalmente relativa ai diritti di proprietà e, in generale, ai diritti reali. Al riguardo, giova rappresentare l'importanza anche della disciplina dettata nell'ambito dei rapporti di vicinato, ed in particolare, in tema di atti emulativi.

La figura dell'abuso del diritto, come già sopra anticipato, si distingue da quella dell'eccesso, il quale si configura qualora vi sia un superamento dei limiti esterni all'esercizio del diritto, determinando una invasione delle sfere giuridiche complementari e, per l'effetto, una tutela maggiore, sancita dall'art. 2043 c.c. ⁽⁹¹⁾. A

⁹⁰ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

⁹¹ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

differenza di quanto appena detto, giustappunto, nell'abuso si verifica un superamento della finalità perseguita dall'ordinamento ⁽⁹²⁾.

A voler inserire l'abuso all'interno della materia pubblicistica, tale fenomeno rappresenterebbe, infatti, un vero e proprio vizio d'eccesso di potere. Tuttavia, alla luce della assolutezza del diritto di proprietà, secondo il noto principio *ab infera usque ad sidera*, non di poco valore è stata la questione relativa ai limiti dell'esercizio di tale diritto.

La tematica è stata sviluppata, inizialmente, in materia di rapporti di vicinato, in merito ai quali è stato sancito che, laddove l'esercizio del diritto di proprietà rechi danno alla controparte o a terzi, di certo si configurerà la fattispecie di abuso.

Uno degli elementi caratterizzanti detto abuso negli atti emulativi è rappresentato dalla finalità a cui il comportamento del soggetto è teso: in tali casi, la condotta dell'avente diritto è esclusivamente rivolta a recare pregiudizio a terzi, senza tuttavia che si possa rintracciare alcuna utilità per l'agente ⁽⁹³⁾.

Importante è comprendere cosa si intenda esattamente per utilità, in quanto un significato più ampio o più ristretto ben può determinare risvolti e conseguenze diverse.

Secondo parte della dottrina ⁽⁹⁴⁾, la utilità può essere intesa in termini economici ovvero morali, con l'effetto che in base a tale esame potrebbe verificarsi un aggravamento personale ovvero uno studio oggettivo del comportamento dell'agente. E' pertanto interessante verificare se a guidare l'azione abusiva sia stato un dolo specifico ovvero una mera consapevolezza del pregiudizio c.d. *scientia*

⁹² TRAPUZZANO C., *op. cit.*, p. 4.

⁹³ NATALE T., *La responsabilità dei genitori*, 1900, p. 71.

⁹⁴ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

damni . La Corte di Cassazione ha sancito che qualunque tipo d'utilità, anche laddove dovesse essere in presenza di una mera utilità morale, l'esercizio di questi poteri sarà da ritenersi legittimo; tuttavia, ha inteso equilibrare tale indirizzo, individuando nella consapevolezza del pregiudizio l'elemento sufficiente a configurare la fattispecie di abuso ⁽⁹⁵⁾.

Alla luce di quanto detto, nonostante l'approccio condiviso dal codice civile del 1942, la Carta Costituzionale ha individuato il diritto di proprietà come funzionalizzato, sancendo così un ulteriore limite interno della funzione sociale; infatti, l'abuso impone un'interpretazione molto più rigida della norma oggetto di studio: interesse legittimante l'azione non potrà in nessun caso essere di natura morale, in quanto dovrà rivestire carattere puramente patrimoniale.

L'elemento soggettivo trova nella funzione sociale un limite invalicabile.

Alla luce delle norme costituzionali, si crede che non sia possibile considerare gli atti emulativi un abuso del diritto, in quanto sarebbe invece da individuare in essi un limite costituzionale esterno, suscettibile, pertanto, di tutela risarcitoria ⁽⁹⁶⁾; si ritiene infatti che solo ove si rimanga all'interno del contenuto del diritto non potrà aversi alcuna lesione a danno di terzi, secondo il brocardo latino *qui suo jure utitur, neminem laedit* ⁽⁹⁷⁾.

Relativamente invece alle sanzioni a cui devono sottostare i fautori dell'abuso, la fattispecie dovrebbe essere lecita, ma produttiva di danno, considerando l'emulazione come limite interno; quindi, gli atti emulativi comporterebbero l'indennizzo e non il risarcimento. Tuttavia, la giurisprudenza configura l'illecito aquiliano quando vengano posti in essere degli atti emulativi.

⁹⁵ Cass., 9 ottobre 1998, n. 9998, in *Mass.*, 1998.

⁹⁶ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, (I ed. 1944), p. 76.

⁹⁷ TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

La disciplina resa in tema di rapporti di vicinato è stata estesa anche all'esercizio abusivo dei diritti reali; per completezza, si evidenzia tuttavia che, in tema di abuso dell'usufruttuario *ex art. 1015 c.c.* non troverà applicazione l'abuso del diritto, in quanto si configurerà un inadempimento degli obblighi nascenti dall'usufrutto e, dunque, un eccesso dal diritto reale minore ⁽⁹⁸⁾.

E' possibile trovare l'applicazione dell'abuso anche in materia di diritti potestativi, che vedono un esercizio unilaterale dei poteri, con incidenza nella sfera giuridica di altri soggetti in posizione di *patti*: in tali casi, non sussiste un limite interno insuperabile ed infatti, nella sostanza, gli obiettivi a cui tende la legge, sono incompatibili con la sfera giuridica del destinatario; basti pensare, in tema di diritto di famiglia, all'esercizio dei poteri familiari *ex artt. 330 e 384 c.c.* Sarà operante la clausola della buona fede che vale a scongiurare l'abuso di posizioni dominanti, i quali sono sanzionati con la reintegrazione in forma generica o in forma specifica ⁽⁹⁹⁾.

Il principio della buona fede, *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, trova applicazione anche con riferimento ai diritti di credito, al fine di evitare la configurazione degli abusi di posizione dominante: la buona fede è tesa a mantenere l'equilibrio e la proporzione, in dette situazioni particolari; a ben guardare, sembra però essere eccessivamente contorta l'idea di abuso di diritto relativamente alle posizioni d'autorità, le quali non si ritrovano nel diritto di credito e nel rapporto obbligatorio.

In ambito contrattuale, l'abuso del diritto è di certo fondamentale.: in particolare, l'art. 1394 c.c., il quale dispone in merito al conflitto d'interessi

⁹⁸ Cfr. anche GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995, p. 490; TARUFFO M., *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Diritto privato*, 1997, p. 435-457.

⁹⁹ TRAPUZZANO C., *op. cit.*, p. 6.

nell'ambito della rappresentanza negoziale, individua l'abuso del potere rappresentativo qualora, pur rimanendo il rappresentante nei limiti formali ed esterni del conferimento del potere, ne viola in ogni caso quelli interni, determinando l'insorgere di un contratto che è lesivo degli interessi del rappresentato, sempre ove tale contratto avrebbe potuto essere concluso a condizioni più vantaggiose, così configurandosi un vero e proprio abuso di mandato ⁽¹⁰⁰⁾.

L'abuso del potere rappresentativo deve essere tenuto separato sia dall'apparenza di rappresentanza *ex art. 1396 c.c.* sia dall'eccesso di potere rappresentativo *ex art. 1398 c.c.*, in cui il potere è cessato ovvero non è mai esistito oppure è stato superato. La sanzione prevista in tali casi è l'azione di annullamento del contratto, la quale può essere esperita dal rappresentato, sempre ove il conflitto d'interessi sia conosciuto o riconoscibile dal terzo ⁽¹⁰¹⁾.

E' possibile rintracciare un ulteriore fattispecie di abuso del diritto nell'ambito della disciplina dei vizi del consenso e, in particolare, della violenza morale, in tema di minaccia di far valere un diritto *ex art. 1438 c.c.*, nei casi in cui nella stessa non sia rintracciabile una relazione di stretta causalità con il contratto di cui si chiede la stipulazione; al riguardo, la norma parla di vantaggi ingiusti. Pur rientrandosi formalmente nell'esercizio del diritto, si tratta piuttosto di violazione dei limiti interni, in quanto la minaccia del suo esercizio non è collegata al contratto di cui si vuole la conclusione. La sanzione prevista anche allora è quella dell'annullamento negoziale ⁽¹⁰²⁾.

¹⁰⁰ Sul punto cfr. anche: MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile it.*, diretto da Vassalli, VIII, 1, Torino, 1957, p. 166; STOLFI G., *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 161.

¹⁰¹ GAMBARO A., *op. loc. cit.*

¹⁰² TRAPUZZANO C., *op. loc. cit.*

Infine, un ulteriore caso di esercizio abusivo del diritto si ha nell'ambito della disciplina della condizione, il quale è un elemento accidentale del contratto: l'art. 1358 c.c. prevede in capo ai titolari dei diritti condizionati un onere a tenere una condotta improntata ai principi di buona fede, al fine di non ledere gli interessi ed i diritti del secondo soggetto interessato.

Alla luce di quanto detto, anche nella condizione, le parti dovranno esercitare il loro diritto onorando dei limiti interni, in quanto, il loro mancato rispetto, non potrà che determinare una lesione delle situazioni giuridiche altrui, pur restandosi formalmente nell'ambito del diritto esercitato, sempre ove non si configuri l'aspetto dell'eccesso.

L'ordinamento giuridico prevede, in dette ipotesi, una finzione di avveramento della condizione non verificatasi per causa imputabile alla controparte.

6. Gli atti emulativi e la loro evoluzione anche in chiave comparatistica.

La prima ipotesi di abuso del diritto rintracciabile, come anche ricordato nei paragrafi che precedono, è la emulazione, in quanto atto compiuto al solo fine di ledere l'altrui interesse in assenza di qualsivoglia tipo di beneficio personale: nonostante non si possa individuare né una lesione di un vero diritto, né tantomeno la configurazione di un danno ingiusto, il soggetto passivo potrà, come noto, comunque

ottenere un risarcimento del danno in ragione della assenza del vantaggio a favore dell'operatore (¹⁰³).

Il diritto al risarcimento può nascere, secondo una teoria più propriamente oggettiva (¹⁰⁴), al momento della causazione del danno e della contestuale presenza del non vantaggio, ovvero al momento in cui sia ravvisabile una condotta anche solo meramente colposa dell'abusante.

Spesso le due interpretazioni appena ricordate non sono distanti tra loro in ragione del fatto che in molteplici situazioni è talmente palese ed evidente la presenza del danno e della mancanza di ogni beneficio che risulta provata anche la volontà tesa solo a nuocere l'altro.

La dottrina francese (¹⁰⁵) ha voluto superare il requisito della assenza totale del vantaggio, conferendo addirittura una maggiore tutela del soggetto leso attraverso la introduzione della configurazione della fattispecie anche laddove il vantaggio dell'operatore vi sia, ma non risulti serio e legittimo.

Una seconda riflessione in tema di abuso del diritto non può non essere quella relativa all'immoralità del comportamento dell'operante che agisce in modo contrario anche al buon costume. Secondo la presente interpretazione, la quale dà rilievo all'elemento della immoralità (¹⁰⁶), la legge e la morale concorrono insieme a dare vita al diritto, divenendo la seconda un ispiratore della prima; infatti, l'ordinamento giuridico sanziona con la nullità il negozio considerato immorale e, ancora, nega la ripetizione del pagamento immorale.

¹⁰³ GAMBARO A., in *Candian*, GAMBARO A., POZZO B., *Property, proprietà e eigentum*, Padova, 1992, p. 476.

¹⁰⁴ GHESTIN, *Traite de droit civil*, 1989, p. 763.

¹⁰⁵ Cass., 20 gennaio 1964, D, 1964, 518, *JCP*, II, 14035, nota OPPETIT.

¹⁰⁶ RESCIGNO P., *op. loc. cit.*

Anche l'egoismo antisociale acquista un rilievo notevole all'interno della disciplina dell'abuso. Infatti, al giudice in questi casi è dato anche il potere di verificare, al fine di condannare la condotta abusiva, l'esistenza di una qualche antisocialità.

Da ultimo, perfino il criterio dell'esercizio anormale del diritto potrebbe coadiuvare il giudice nella individuazione della presenza dell'abuso, sulla base della considerazione che la persona normale, e vale a dire il buon padre di famiglia, non compie atti inutili-dannosi (¹⁰⁷).

Conclusivamente, sembra che i criteri sopra indicati ben potrebbero rappresentare una linea guida per la difficile definizione del problema della individuazione della configurazione della fattispecie di abuso.

7. Il potere ed il dovere giuridico.

I protagonisti del rapporto obbligatorio sono, notoriamente, il creditore ed il debitore.

Il creditore risulta essere titolare di un diritto soggettivo e, in particolare, del diritto di credito, il quale trova la sua manifestazione nella pretesa alla realizzazione dei propri interessi attraverso il comportamento del debitore, che, appunto, ha l'obbligo di soddisfare l'altro; pertanto, vi è l'esistenza, da un lato, di un potere

¹⁰⁷ SACCO R., *op. cit.*, p. 358.

giuridico e, dall'altro, contrapposto, di un vero e proprio dovere giuridico, i quali godono di specificità rispetto ai poteri ed ai doveri diversamente disciplinati (¹⁰⁸).

I diritti soggettivi si dividono in due categorie e cioè i diritti assoluti ed i diritti di credito, in cui i primo sono tali poiché non necessitano di alcuna collaborazione da parte di altri soggetti affinché sia soddisfatto il diritto del titolare e, i secondi, prevedono quale condizione necessaria detta collaborazione.

Nei diritti assoluti, infatti, sussiste una coincidenza tra l'atto di esercizio del potere e la realizzazione dell'interesse, in quanto oggetto del diritto è esattamente lo stesso bene atto a detta soddisfazione (¹⁰⁹). Nei diritti relativi, invece, vi è necessariamente l'esistenza di un rapporto giuridico tra il creditore e il debitore, in cui la pretesa del primo è indirizzata, senza dubbio, nei confronti di un soggetto particolare (¹¹⁰).

Ed è proprio questa una delle fondamentali diversità tra i due tipi di diritti: nei diritti assoluti, nel lato passivo, esistono una serie indefinita di soggetti che hanno il dovere di astenersi dal porre in essere comportamenti ingerenti nell'esercizio del diritto, mentre, nei diritti di credito, vi sono soggetti specificamente individuati che hanno il dovere di soddisfare l'altrui interesse (¹¹¹).

I diritti relativi si dividono, a loro volta, in diritti di credito e diritti potestativi: il diritto di credito è caratterizzato dalla pretesa del creditore nei confronti del debitore, il quale, come detto, ha l'obbligo a porre in essere un particolare comportamento, convenzionalmente pattuito o giuridicamente previsto, mentre il diritto potestativo risulta avere un contenuto diverso. Infatti, il diritto

¹⁰⁸ MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni, corso di diritto civile, appunti delle lezioni*, 2007, p. 6.

¹⁰⁹ MOSCATI E., *op. loc. cit.*

¹¹⁰ MOSCATI E., *op. loc. cit.*

¹¹¹ MOSCATI E., *op. cit.*, p. 8.

potestativo consiste in un potere talmente apprezzabile da determinare di per sé, senza alcuna partecipazione attiva altrui, la realizzazione dell'interesse del titolare; al riguardo, basti pensare ai casi di separazione personale dei coniugi ovvero ai casi di divisione giudiziale dei beni in proprietà comune. Ne consegue che nelle fattispecie di diritto di credito, il comportamento del debitore è elemento essenziale ed indispensabile per l'altrui soddisfazione, nei casi di diritto potestativo, detta collaborazione non assume alcun rilievo, nonostante sussista in ogni caso, quale denominatore comune, la loro esercitabilità solo nei confronti di soggetti determinati ⁽¹¹²⁾.

In tema di obbligazioni, l'aspetto di rilievo ai fini della presente ricerca è non solo la pretesa contenuta nel diritto di credito vantato dal creditore, ma altresì il proprio diritto potestativo alla realizzazione coatta del proprio interesse in caso di mancato adempimento da parte del debitore.

Alla luce di quanto detto, appare evidente che uno dei principi cardine dell'ordinamento giuridico è il *favor creditoris*, il quale determina l'esistenza di diverso istituti tesi alla tutela della pretesa da parte del creditore stesso ⁽¹¹³⁾: basti pensare alla fattispecie della solidarietà passiva che prevede, in assenza di pattuizione esclusiva espressa, il diritto in capo al creditore di agire nei confronti di ogni debitore per l'intero; diversamente, il creditore sarebbe obbligato non solo a domandare a ciascuno dei debitori l'adempimento della sola quota a quest'ultimo spettante, ma si vedrebbe negato il proprio soddisfacimento laddove uno dei debitori non potesse, con il proprio patrimonio, accontentare l'altrui pretesa interamente. Lo stesso dicasi nelle fattispecie in cui vi è una pluralità di soggetti creditori, i quali,

¹¹² MOSCATI E., *op. cit.*, p. 9.

¹¹³ MOSCATI E., *op. loc. cit.*

proprio nel rispetto del suindicato principio, non risultano essere solidali tra di loro, a meno di pattuizione espressa (¹¹⁴).

Tuttavia, nonostante quanto appena detto, l'ordinamento giuridico ha anche inteso tutelare l'interesse del debitore all'adempimento teso alla liberazione dalla obbligazione assunta.

Detto principio, al pari del precedente, non è espressamente sancito all'interno della normativa vigente, potendosi solo evincere dalle singole disposizioni positive (¹¹⁵): si pensi agli istituti, di cui parleremo meglio nel terzo capitolo della presente trattazione, della mora del creditore, della remissione del debito nonché dell'adempimento del terzo. Accennando brevemente a dette discipline, si ricorda che la mora del creditore si configura qualora il creditore, senza giustificato motivo, si rifiuti di ricevere la prestazione a lui dovuta; l'adempimento del terzo, si realizza laddove sia un terzo ad adempiere alla obbligazione assunta in capo al debitore, risultando la volontà contraria di quest'ultimo ostativa a detta configurazione, seppur non in modo vincolante, raffigurando pertanto, seppur nella sua imperfezione, un tutela all'interesse del debitore stesso, e, infine, la remissione del debito, la quale è notoriamente un modo di estinzione della obbligazione diversa dall'adempimento, che si avvera qualora il soggetto creditore offra al debitore la rinuncia del proprio credito (¹¹⁶); in tale ultimo caso, si precisa che la volontà del debitore risulta invece essere assolutamente fondamentale per la configurazione della fattispecie, in quanto, laddove il debitore manifesti la volontà di non accettare la offerta, la obbligazione non verrà posta nel nulla, continuando piuttosto a determinare il dovere all'adempimento.

¹¹⁴ MOSCATI E., *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁵ MOSCATI E., *op. loc. cit.*

¹¹⁶ GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990, p. 50.

Inoltre, considerando la inscindibilità degli elementi costitutivi dell'obbligazione in generale, e cioè il debito ed il credito, ben potremmo concludere che queste sono paritetiche così che le stesse dovrebbero essere garantite nel medesimo modo ⁽¹¹⁷⁾: entrambi sono titolari di poteri e di facoltà giuridiche idonee ad attuare il proprio interesse e, quindi entrambe possono utilizzare questi poteri quando l'interesse di ognuno viene leso ed è proprio questo il punto di partenza da cui è possibile trarre l'esistenza del diritto in capo al debitore di attuare e legittimamente eseguire la propria prestazione ⁽¹¹⁸⁾.

In ragione di quanto detto, è evidente l'esistenza di una direttiva di fondo tesa alla tutela dell'interesse del debitore all'adempimento personale, nonostante questo non sia mai indicato quale elemento determinante per la venuta ad esistenza del rapporto obbligatorio ⁽¹¹⁹⁾. Nonostante infatti non esista una espressa definizione della fattispecie di obbligazione né all'interno del codice del 1865, né in quello attualmente vigente ⁽¹²⁰⁾, l'aspetto certamente presente è la subordinazione del debitore nei confronti del creditore.

Il debitore, nella sua etimologia, si ricollega *a dabere*, designando così la posizione soggettiva di debito, mentre la parola creditore deriva dal latino e sta ad indicare l'idea di fiducia, di aspettativa di ricevere la prestazione ⁽¹²¹⁾; pertanto, il debitore, come già evidenziato, è obbligato, o meglio, ha il dovere di tenere un dato

¹¹⁷ MOSCATI E., *op. loc. cit.*

¹¹⁸ BARASSI L., *Teoria Generale delle Obbligazioni*, Vol. I, Milano, 1946, p. 65.

¹¹⁹ MOSCATI E., *op. cit.*, p. 34.

¹²⁰ Il motivo sotteso alla mancata indicazione di detta disciplina espressa risiede nel timore imperante allora di concedere alla classe politica la possibilità di fare uso di affermazioni ricavate dalla ideologia che esorbitassero pertanto dal mondo più puro del diritto (GIORGIANNI M., *Le Obbligazioni*, Catania, 1945, p.14).

¹²¹ SCUTO G., *Teoria Generale delle Obbligazioni*, Napoli, 1953, p. 195.

comportamento ed è sottoposto ad una subordinazione tesa esclusivamente alla realizzazione altrui (¹²²).

L'inottemperanza all'obbligo determina, come noto, la nascita di una seconda obbligazione da parte del debitore, il quale risponderà con il proprio patrimonio ai sensi dell'art. 1218 c.c. e cioè a titolo di risarcimento del danno, ove, ovviamente, non provi che l'inadempimento ovvero il ritardo nella esecuzione della prestazione sia stato determinato da una impossibilità della prestazione derivante da cause a lui non imputabili (¹²³); detto ultimo aspetto risulta di fondamentale importanza in quanto, sebbene il comportamento del creditore sia gravato da una pretesa di contegno corretto e diligente anche in forma specifica, come previsto dall'art. 1176 c.c., in ogni caso la stessa non è tale da addossare una ulteriore gravosa responsabilità patrimoniale nei casi in cui il debitore dovesse aver posto in essere ogni diligenza e comportamento idoneo ad onorare l'obbligo assunto.

A ben guardare, inoltre, il comportamento del debitore, sebbene guidato da dettami come quello della diligenza, è teso alla realizzazione del contenuto della obbligazione assunta e non anche alla realizzazione dell'altrui interesse, non rilevando, quest'ultimo, ai fini della liberazione del debitore, come avviene ad esempio nei casi di pagamento effettuato al creditore apparente ovvero alla offerta reale seguita da deposito, come vedremo nei primi paragrafi del terzo capitolo della odierna presentazione (¹²⁴); invero, i termini teorici sono stati così invertiti in quanto sono presi in considerazione solo gli atti posti in essere dal debitore tesi alla realizzazione integrale ed esatta della obbligazione assunta, rimanendo pertanto nell'ombra l'utilità conseguita dal creditore.

¹²² BETTIE., *op. cit.*, p.47.

¹²³ TRABUCCHI P., *op. cit.*, p. 475.

¹²⁴ TRABUCCHI P., *op. loc. cit.*

Quanto detto trova origine nella natura del credito stesso, il quale è la risultante di una serie continua di stati volti al conseguimento del bene (¹²⁵).

8. *Il diritto soggettivo.*

La tradizione romanistica operava una netta distinzione tra diritti reali e diritti di credito all'interno della macrocategoria dei diritti soggettivi.

L'interpretazione maggioritaria (¹²⁶) riferisce tuttavia che in epoca arcaica e classica i romani non avessero compreso appieno la differenza tra i due, in quanto ben conoscevano solo la tangibile contrapposizione tra le *actiones in rem* e quelle *in personam* e non anche la bipartizione di diritto sostanziale relativa ai diritti soggettivi (¹²⁷); invero, la trasposizione all'interno di formule sacre processuali sembra rendere impossibile la trasposizione delle stesse all'interno delle categorie dogmatiche di successiva nascita.

In periodo intermedio invece i Glossatori ed i Commentatori iniziano una prima introduzione all'interno della *actiones* di tutte le ipotesi in cui veniva riconosciuto una legittimazione attiva a spiegare le dette azioni (¹²⁸).

E' evidente pertanto che durante il medioevo non è stato denominato con parole nuove quanto già esistente in epoca romana, bensì è stata compiuta

¹²⁵ TRABUCCHI P., *op. loc. cit.*

¹²⁶ ARANGIO RUIZ, *Ius in re aliena e Ius in rem o ad rem*, in *Diz. Prat. del diritto privato*, III, Milano, 1923, p. 117; PUGLIESE R., *Diritti reali*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964, p. 755; CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Proprietà (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, 1988, p. 160.

¹²⁷ GUARNERI A., *Le diverse categorie dei diritti soggettivi*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco Rodolfo, *La parte generale del diritto civile*, II, il *Diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 424.

¹²⁸ BESTA E., *Diritti sulle cose*, Padova, 1933, p. 19.

completamente una nuova categorizzazione di concetti prima quasi del tutto inesistenti (¹²⁹).

Successivamente però, a causa dell'abbandono sempre più diffuso del latino, la bipartizione appena ricordata venne meno per essere infine sostituita dagli ancora attuali concetti di diritto reale e diritto di credito.

In territorio germanico, è rintracciabile, soprattutto nel codice austriaco, la trasposizione reale di quella bipartizione summenzionata non solo in ragione della diversità linguistica che li definisce, ma altresì alla luce della evoluzione storica che ne ha determinato l'evoluzione (¹³⁰).

Quanto detto trova ulteriore conferma nel fatto che nel sistema di *common law* non sembra esserci traccia di tale classificazione.

Una delle principali differenze tra i sistemi, al fine di individuare le categorie giuridiche soggettive esistenti, è di certo la diversità tra l'approccio sostanziale e processuale; infatti, mentre il giurista continentale tende allo studio del diritto sostanziale in generale, conferendogli delle particolari tutele, il diritto insulare è volto all'esatto contrario e cioè alla individuazione primaria delle azioni che posso essere conferite ai soggetti per la tutela di interessi che solo ed esclusivamente eventuale potrebbero essere integralmente disciplinati (¹³¹).

Riassumendo, mentre si può sostenere che il *civil law* fa proprie le ripartizioni in tema di diritti soggettivi, il *common law* è invece un'insieme di

¹²⁹ PUGLIESE R., *op. cit.*, p. 758.

¹³⁰ GUARNERI A., *op. cit.*, p. 427.

¹³¹ GUARNERI A., *op. loc. cit.*

suddivisioni di rimedi (¹³²), individuati sulla base non del diritto fatto valere in giudizio, bensì sul tipo di risultato che si vuole raggiungere (¹³³).

Così, proprio sulla base della differenziazione fondamentale di *actio in rem* e *actio in personam*, vi è, nel *common law*, anche la diversità tra *real* e *personal property*, in cui, la prima, rappresenta gli *estates* sui beni immobili, tutelati in natura, mentre, la seconda, intesa quale azione residuale, è garantita solo da una azione risarcitoria (¹³⁴).

Alla luce di quanto detto, è evidente che mentre in continente si utilizzano le categorie sostanziali al fine di ripartire i diritti soggettivi, a nulla rilevando che questi abbiano ad oggetto beni mobili o immobili, nell'area del *common law* la grande opera dei giuristi si sviluppa principalmente, se non esclusivamente, sui rimedi di tutela, riservando trattamenti disuguali nei casi in cui l'oggetto di detto interesse sia un bene mobile o immobile (¹³⁵).

In ragione di tale profonda diversità e della grande ammirazione dei teorici del diritto inglesi nei confronti della scuola pandettistica, i primi hanno cercato di uniformare il proprio diritto a quello di *civil law*, non ottenendo, tuttavia, validi risultati.

Vi sono, ad esempio, istituti del diritto inglese del tutto privi della possibilità di essere rapportati con quelli del diritto civile, come, due tra tutti, la *law of trust* o la *estates for life* e il nostro usufrutto e, inoltre, recenti studi (¹³⁶) hanno

¹³² GUARNERI A., *op. cit.*, p. 428.

¹³³ MOCCIA L., *Il modello inglese di proprietà*, in ALPA G., BONELL G., CORAPI P., MOCCIA L., ZENO ZENCOVICH V., *Diritto privato comparato*, 1999, p. 41.

¹³⁴ FERRERI S., *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto*, Padova, 2000, p. 28.

¹³⁵ GAMBARO A., *op. cit.*, p. 17.

¹³⁶ CATERINA A., *Usufrutto e proprietà temporanea*, in *RDC*, 1999, II, p. 715.

cercato di giungere a risultati comuni in tema di servitù prediali, in quanto gli istituti a protezione individuati ambo le parti sembrano essere simili.

Il tema di studio è tutt'ora privo di certa definizione.

9. *Il diritto soggettivo ad adempiere.*

E' stato indicato nei paragrafi antecedenti il presente che, ai sensi dell'art. 1174 c.c., sussiste in ogni rapporto obbligatorio un interesse vantato dal soggetto creditore alla realizzazione del proprio interesse; tuttavia, l'indicato interesse, seppur il maggiormente evidente, non, come visto, è l'unico ad essere presente, essendo di rilievo, anche quello in capo al debitore, che, nonostante la sua posizione di obbligato, gode di una titolarità di interessi nascenti dal rapporto, tra i quali, la costituzione ovvero all'estinzione del vincolo (¹³⁷).

Sebbene quanto già segnalato nel paragrafo relativo al potere ed alla soggezione, relativamente al secondo fondamento del rapporto obbligatorio previsto in capo al debitore, il quale, come abbiamo trattato è garantito, seppur non in forma espressa da parte dell'ordinamento, si ritiene si possa definirlo come un interesse facente capo allo stesso soggetto, sebbene nascente in momenti diversi (¹³⁸). Che possono verificarsi sia alla nascita del rapporto, come, ad esempio, nei casi di assunzione di un obbligo al trasporto nato solo per ottenere l'altrui compagnia, sia nella esecuzione della obbligazione, come, sempre a titolo meramente

¹³⁷ BRECCIA U., *op. cit.*, p. 52.

¹³⁸ Cfr. anche SCIALOJA A., *Il "non uso" è "abuso" del diritto soggettivo?*, in *Foro italiano*, 1961, I, p. 256-258; SCOGNAMIGLIO C., *Ingustizia del danno*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, Roma, 1996, p. 11-12.

esemplificativo, nelle fattispecie fideiussorie, in cui il fideiussore potrebbe avere un proprio interesse al pagamento ed alla estinzione del pagamento (¹³⁹).

Tuttavia, potrebbe apparire non congruo nonché privo di alcun significato, l'ammissione della esistenza di un qualche interesse in capo al debitore nelle obbligazioni pecuniarie, in quanto colui che corrisponde la somma dovuta subisce una mera perdita patrimoniale che determinerebbe solo un semplice interesse alla liberazione e non anche un interesse ad adempiere, poiché sembrerebbe pacifico negare che il soggetto passivo possa essere titolare di una propria attrazione a pagare.

In realtà l'aspetto che dovrebbe assumere rilievo per la eventuale qualificazione di tale interesse in capo al debitore è la sua volontà, la quale rappresenta l'elemento per comprendere la vera consapevolezza di porre in essere la serie di attività finalizzate all'ottenimento di un proprio risultato che si realizza attraverso il soddisfacimento dell'interesse del creditore (¹⁴⁰).

Così ricostruita la posizione del debitore, quest'ultimo non può che vantare nella propria persona entrambi gli elementi costitutivi della posizione di diritto soggettivo e cioè l'interesse (all'adempimento) e la volontà (di porre in essere tutti i comportamenti tesi alla effettuazione della sua obbligazione).

Alla luce di ciò, il debitore diventa titolare del vero e proprio diritto soggettivo ad adempiere (¹⁴¹).

Ad ulteriore supporto di tale interpretazione, sussiste la considerazione che al momento della costituzione di un rapporto obbligatorio esiste un evidente interesse in capo ad ogni parte coinvolta, in quanto, in caso contrario, alcuna obbligazione

¹³⁹ BRECCIA U., *op. loc. cit.*

¹⁴⁰ MONATERI P. G., *op. loc. cit.*

¹⁴¹ Cfr. anche SCOGNAMIGLIO C., *Buona fede e responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 343-365.

sarebbe stata contratta, come altresì confermato da plurime disposizioni anche codicistiche: nelle fattispecie, ad esempio, della consegna da parte di un negoziante al cliente di un bene, sottende un desiderio anche del debitore alla liberazione da esso (¹⁴²); lo stesso dicasi, nei casi di costituzione di società, in quanto il socio non solo è assoggettato al dovere di conferire la propria quota ma, al contempo, vanta un autonomo diritto alla divisione degli utili prodotti durante l'esercizio dell'impresa (¹⁴³); ulteriore esempio è il contratto di lavoro che prevede all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori la tutela in forma specifica, disponendo il reintegro sul posto di lavoro in caso di allontanamento illegittimo ovvero nei casi di esecuzione dell'opera da parte di un artista, il quale vanta ovviamente un proprio autonomo interesse anche alla diffusione di detto lavoro (¹⁴⁴).

Tuttavia, non tutte le obbligazioni si eseguono con il solo compimento di attività da parte del debitore, in quanto, alcune volte, è necessario da parte del creditore il compimento di alcune operazioni ed è anche e proprio in dette situazioni che l'interesse del soggetto passivo alla liberazione è maggiore: in tali ipotesi, la collaborazione del creditore è elemento costitutivo della stessa obbligazione poiché determina il contenuto dell'obbligo di ottenere la altrui prestazione (¹⁴⁵).

Anche all'interno del Digesto possiamo trovare una sorta di *obbligo credendi*, nella descritta fattispecie di un compratore che si era assunto di liberare l'area del venditore, il quale, in caso di inadempimento da parte del soggetto passivo,

¹⁴² BRECCIA U., *op. loc. cit.*

¹⁴³ LUZZATO F., *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950, p. 7.

¹⁴⁴ DI MAJO A., *op. cit.*, p. 402.

¹⁴⁵ FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 33.

avrebbe potuto esperire l'*actio vendicti* tesa alla rimozione del materiale ivi presente⁽¹⁴⁶⁾.

10. Diritto potestativo ad adempiere.

Il debitore, alla luce di quanto detto, ha al suo attivo una serie di poteri tesi proprio alla tutela dei propri interessi.

Uno di questi è sicuramente rappresentato, come vedremo meglio nel capitolo terzo, dal potere di eseguire una offerta formale, determinante la messa in mora del creditore; un altro è costituito dal potere di provocare l'estinzione coattiva del relativo rapporto, anche in assenza di una collaborazione da parte del creditore.

L'estinzione della obbligazione rappresenta proprio un diritto potestativo conferito al debitore quale strumento reattivo all'inerzia del creditore⁽¹⁴⁷⁾ che consente al soggetto passivo di indossare la veste di una nuova posizione strumentale, la quale, seppur concedendo nuova tutela al soggetto passivo, non tende e non potrebbe tendere alla modifica del comportamento dello stesso che deve in ogni caso realizzare la prestazione dedotta.

Quanto detto è ampiamente confermato anche dall'interpretazione letterale dell'art. 1210 c.c. che consente al debitore di ottenere la propria liberazione alla luce di una sentenza non più impugnabile⁽¹⁴⁸⁾ che determina per il creditore il solo compito di subire l'adempimento del debitore, essendo al primo impedita la possibilità di interrompere il processo liberatorio.

¹⁴⁶ FALZEA A., *op. loc. cit.*

¹⁴⁷ NATOLI U., *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁸ NATOLI U., *op. loc. cit.*

Alla luce di ciò, risulta evidente come sia il diritto potestativo vantato dal debitore a consentire la sua liberazione dal vincolo con minor aggravio di spese ed oneri (¹⁴⁹).

11. Le tesi su cui fonda la propria esistenza il concetto di diritto potestativo ad adempiere.

La tesi del diritto potestativo ad adempiere sembra trovare il proprio fondamento all'interno anche dell'istituto della *mora credendi*, il quale individua chiaramente l'esistenza di un interesse del debitore ad adempiere all'obbligazione assunta; la normativa in esame, infatti, dispone sia in merito al contenuto pecuniario dell'obbligo, sia in merito alle attività che il soggetto attivo debba porre in essere al fine di soddisfare il proprio interesse. In tal guisa, l'ordinamento giuridico intende categorizzare la rilevanza contenutistica dell'interesse del debitore, il quale, in questi casi, subisce una lesione.

La lesione è pertanto il motivo legittimante la applicazione della *mora credendi*: infatti, il creditore che ritardi di porre in essere quelle attività necessariamente tese alla liberazione del debitore determina la nascita della fase patologica del rapporto obbligatorio, anche se, come già ampiamente detto e si dirà nei paragrafi che seguono, non esiste un vero e proprio obbligo in capo al creditore di ricevere la prestazione; tuttavia, sebbene non esista un obbligo al ricevimento della prestazione, giova precisare che non è normativamente prevista dall'ordinamento, il

¹⁴⁹ BIGLIAZZI GERI L., *Mora del creditore*, IV in *Enc. Giuridica Treccani*, 1990, p. 201.

quale disciplina giustappunto il contrario, una facoltà di aggravamento o impedimento alla liberazione altrui; laddove dovesse invece configurarsi tale comportamento, il creditore andrebbe ad invadere la sfera giuridica del debitore, violando così anche tutti i principi previsti e sanciti, come quello della correttezza e della buona fede, e ponendo in essere una condotta antiggiuridica ed illecita (¹⁵⁰). Tanto è vero quanto appena detto che una delle maggiori conseguenze a tale condotta, così come dettato dall'art. 1207 c.c., è la sanzione al risarcimento del danno cagionato dalla mora.

Alla luce della appena ricordata disciplina, il soggetto passivo risulta titolare di un diritto che gli consente la liberazione da ogni vincolo attraverso gli strumenti individuati dall'ordinamento e, pertanto, il conferimento di un diritto potestativo ad adempiere (¹⁵¹).

Anche attraverso lo studio della fattispecie del deposito è possibile qualificare detto diritto come potestativo: qualora il creditore dovesse rimanere inerte ovvero rifiutare l'offerta formale formulata da parte del debitore, quest'ultimo ben potrebbe procedere esercitando il diritto al deposito del bene oggetto di obbligazione; infatti, eseguito il deposito ed avendo ottenuto una sentenza passata in giudicato, nessun altro obbligo potrà essere previsto in capo al soggetto originariamente passivo (¹⁵²).

Tuttavia, nonostante ciò, parte della dottrina (¹⁵³) ha ritenuto che non ci troviamo di fronte ad un diritto del debitore ad adempiere, bensì ad un diritto alla liberazione dal vincolo assunto, in quanto il debitore non vanterebbe alcun interesse

¹⁵⁰ RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p.141.

¹⁵¹ Cfr. anche MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 1.

¹⁵² RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 145.

¹⁵³ BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 201.

al soddisfacimento del creditore, ma al suo soddisfacimento che certamente è quello a che il proprio obbligo scompare; al riguardo, sembra che, laddove tale interpretazione fosse stata accolta, l'ordinamento non avrebbe previsto addirittura una messa a disposizione del bene a favore del debitore ma, ad esempio, una mera liberazione di quest'ultimo senza alcuna ulteriore attività da parte dello stesso.

12. Interesse ad adempiere.

La teoria del diritto soggettivo alla liberazione sembra tuttavia essere smentita proprio dall'art. 1180 c.c., il quale non prevede in capo al soggetto passivo il diritto di vincolare la realizzazione dell'interesse del creditore ad una sua manifestazione di opposizione all'adempimento altrui, come meglio si vedrà nel capitolo terzo (¹⁵⁴).

Tuttavia, non può ritenersi che la volontà espressa dal debitore assuma la natura di una mera facoltà in quanto la sua manifestazione ben potrebbe determinare l'esistenza di un motivo legittimo di rifiuto in capo al creditore.

Quanto detto però non vale a legittimare la natura di diritto soggettivo in quanto lo stesso non è così tutelato visto che, ad esempio, sempre nei casi di adempimento del terzo, anche in presenza di una volontà contraria del debitore, il creditore ben potrebbe procedere a ricevere la prestazione altrui, così come anche espressamente affermato dal Tribunale di Roma (¹⁵⁵); in detta pronuncia, infatti, la corte riconosce la natura privatistica, nelle procedure fallimentari, della opposizione

¹⁵⁴ BRECCIA U., *op.cit.*, p. 436; NATOLI U., *op. cit.*, p. 187.

¹⁵⁵ Tribunale di Roma, 11 luglio 1986 n. 10931, in *Temì Romani*, Parte II, Giurisprudenza Civile, p. 413.

all'ammissione di altri creditori, non assumendo alcun interesse pubblico e, per l'effetto, la stessa viene meno nel caso in cui all'opponente dovesse essere rivolta una offerta di pagamento da parte di un soggetto terzo, senza che vi siano eccezioni da parte del curatore, il quale vanterebbe, in detti casi, il diritto alla liberazione in quanto trasferito nel ruolo di debitore.

Alla luce di tutto ciò, sembrerebbe potersi concludere che non possa assumersi l'esistenza di un diritto soggettivo, ma esclusivamente di un interesse, ritenuto da alcuni, quale interesse legittimo (¹⁵⁶).

Tuttavia, c'è chi ritiene che non possa configurarsi detto interesse legittimo all'interno del diritto privato in ragione, preliminarmente, della giurisdizione della tutela dello stesso riservata alla magistratura amministrativa, escludendo così la tutela più propriamente privatistica dispensata dalle corti ordinarie civili (¹⁵⁷); quanto appena detto sembra però di carattere strettamente limitativo in quanto attiene a questione propriamente procedurale che non lasciano il passo a quelle più attinenti al diritto sostanziale.

Ad adiuvandum non soccorre però il dettato normativo di cui alla L. n. 2248/1865 (¹⁵⁸), la quale dispone espressamente che la giustizia amministrativa può essere adita solo ove una delle due parti processuali sia la pubblica amministrazione, elemento che mancherebbe nella quasi totalità dei casi.

¹⁵⁶ BIGLIAZZI GERI L., *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Padova, 1967, p. 197.

¹⁵⁷ RANELLETTI O., *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 325; CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo al nuovo codice*, II, Padova, 1953, p. 42; SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1943, p. 161; CASSARINO G., *Le situazioni soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 261; BOZZI A., voce *Interesse e Diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, p. 844; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 80; ZANOBINI G., *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in Memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, II, p. 705.

¹⁵⁸ Dal Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con R. D. 26 Giugno 1924, n. 1054.

Pertanto, sembrerebbe potersi concludere che non solo sarà possibile applicare l'istituto dell'interesse legittimo nell'ambito del diritto privato, ma altresì lo stesso ben potrebbe essere oggetto di controversie giudiziarie decise da un organo civile (¹⁵⁹).

Anche in punto di diritto sostanziale, pare che detta ricostruzione possa essere accettata in quanto essa rappresenta una situazione soggettiva di vantaggio che ben si sposa con altre situazione già previste all'interno dell'ordinamento giusciviltistico, seppur non in modo esaustivo come accade nel caso in esame.

Inoltre, con l'ammissione di detta categoria all'interno di un ambito più propriamente privatistico, si potrebbe riuscire finalmente a garantire quella tutela necessaria anche al soggetto passivo dell'obbligazione che, paradossalmente, potrebbe anche rivestire a quel punto una posizione di vantaggio (¹⁶⁰).

13. La posizione del creditore.

Come anticipato, non in tutti i rapporti obbligatori sussiste una soggezione in capo al creditore di compiere, a sua volta, determinate attività di collaborazione. In

¹⁵⁹ BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 68; ID. *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XV, Torino, 1960, p. 112; ID. voce *Interesse (Teoria generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1962, p. 838; CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 841; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1957, p. 151; *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1940, p. 80; SANTI ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. Trim. Dir e proc. civ.*, 1955, p. 139. BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI D., NATOLI U., *Diritto Civile*, I, Torino, 1986, p. 330; RESCIGNO P., *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Scritti Lence*, a cura di Carpino, Napoli, 1989, p. 883; BIGLIAZZI GERI L., voce *interesse legittimo: diritto privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IX, p. 527, p. 530.

¹⁶⁰ BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 1; BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI D., NATOLI U., *op.cit.*, p. 330.

tali fattispecie, infatti, il creditore dovrà esclusivamente attendere affinché il proprio diritto sia soddisfatto dall'altrui comportamento.

In tutte le altre ipotesi, ben potrebbe configurarsi invece una sorta di "obbligo" del creditore, nella cui cooperazione sussiste già la soddisfazione del proprio interesse (¹⁶¹); tale "obbligo" potrà derivare o dalla natura stessa del rapporto ovvero potrà essere anche dedotto all'interno di un patto aggiuntivo al rapporto, in ragione del diritto delle parti di regolare privatamente i propri interessi; inoltre, perfino la legge potrebbe imporre degli obblighi collaborativi in capo al soggetto attivo, seppur solo nei rapporti che per loro stessa conformazione lo richiedano.

L'obbligo previsto in capo al creditore determina quindi una limitazione alla propria libertà, in quanto sembrerebbe essere in qualche modo costretto a lasciare eseguire la prestazione del soggetto debitore (¹⁶²); ancora, in tale ottica, laddove il creditore fosse gravato da un vero e proprio obbligo, il rapporto potrebbe risultare a struttura bilaterale; tuttavia, per quanto detta interpretazione non sembra essere condivisibile, non potrebbe nemmeno considerarsi legittima la interpretazione che identifichi la soggezione del creditore come una mera facoltà, escludendo, per l'effetto, ogni posizione di vincolo (¹⁶³). In tal guisa, infatti, l'interesse del debitore sarebbe posto in una collocazione secondaria rispetto a quella del creditore e, di conseguenza, si darebbe accoglimento ad una idea di inesistenza di alcun tipo di sanzione in capo al soggetto attivo che, senza alcun motivo, non voglia ricevere la

¹⁶¹ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1980, p. 74; CATTANEO C., *Mora del creditore*, in *Commentario al diritto civile* diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970, p. 55; BETTI E., *op. cit.*, p.63.

¹⁶² BELLINI P., *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, XIII, 1921, p. 30.

¹⁶³ BARASSI L., *op. cit.*, p. 68. Per il diritto Francese cfr. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908, p. 187.

altrui prestazione ovvero non ponga in essere quei comportamenti collaborativi tesi al soddisfacimento del proprio diritto.

E' evidente che quanto appena affermato non ricorre all'interno del nostro ordinamento, in quanto all'obbligato vengono concessi una serie di strumenti tesi proprio alla liberazione e quindi allo scioglimento del vincolo stesso, inevitabilmente complessi nella loro esecuzione e perciò determinanti quantomeno un indennizzo a suo favore.

A ben guardare, pertanto, l'attività di cooperazione, come sarà meglio individuata nei paragrafi che seguono, è stata identificata come avente una natura di onere in senso tecnico (¹⁶⁴).

Tale onere, però, sarebbe in ogni caso caratterizzato da una piena autonomia di esercizio, in quanto il creditore ben potrebbe scegliere se sacrificare i propri interessi a favore di quello che intende realizzare attraverso l'adempimento dell'obbligato; pertanto, la realizzazione dell'interesse del debitore ricoprirebbe esclusivamente un rilievo indiretto (¹⁶⁵). Ne consegue che non potrebbe inserirsi nel concetto di onere la vera tutela a favore del debitore, in quanto, notoriamente, l'onere è ben diverso da ogni obbligo poiché, in caso di inosservanza dell'onere, alcun tipo di pregiudizio dell'altro verrebbe in considerazione. Per l'effetto, l'onere non sembra essere la figura idonea ai fini della considerazione della posizione del debitore, il cui interesse non verrebbe nemmeno preso in considerazione qualora il creditore non voglia mantenere il contegno necessario affinché la prestazione sia legittimamente

¹⁶⁴ BETTIE., *op. cit.*, pag. 63.

¹⁶⁵ AULETTA G. G., *Istituzioni di diritto privato*, Napoli, 1964, p.80, il quale ripone l'onere nella necessità di un soggetto di sacrificare, mediante un proprio atto, un proprio interesse per attuarne un altro; CARNALUTTI F., *Lezioni di dir. proc. civ.*, II, Padova, 1931, p. 127; ID., *op. cit.*, p. 55.

eseguita (¹⁶⁶). La tesi che è stata appena ricordata pone la sua *ratio* nella considerazione che ove esista un diritto non è possibile ritenere la coesistenza anche di un obbligo.

Tuttavia, non può non porsi l'attenzione a quella che è la reale interrelazione esistente tra i soggetti protagonisti del rapporto obbligazionale, il quale tende spesso, nella sua natura, a superare la contrapposizione armata di diritto ed obbligo: in ragione di detta considerazione, non può non rilevare, seppur nel suo aspetto residuale, la considerazione che, al di là della pretesa del creditore, sussista anche l'interesse del debitore (¹⁶⁷).

Come ricordato e sancito in tema di abuso, il diritto del creditore non può certamente superare gli accordi convenuti tra le parti ovvero quelli dettati dall'ordinamento giuridico più in generale, determinando in tal guisa un eccessivo aggravamento della posizione assunta dal debitore (¹⁶⁸).

14. La relazione con l'art. 2043 c.c.

L'art. 2043 c.c. fornisce un chiaro esempio di quello che è il limite imposto anche al creditore nella sua pretesa al soddisfacimento del proprio diritto: al creditore è concesso esclusivamente il diritto a che il debitore esegua esattamente la prestazione assunta, al di fuori della quale, una volta realizzata, sarà di nuovo privo

¹⁶⁶ RAVAZZONI P., *Mora credendi*, in *Novissimo Digesto*, X, Torino, 1964, p. 904.

¹⁶⁷ RAVAZZONI P., *op. loc. cit.*

¹⁶⁸ NICOLO' G., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 117.

di ogni vincolo (¹⁶⁹); pertanto, il momento della realizzazione dell'altrui interesse è ancorato alla volontà non solo del creditore, il quale ben potrebbe decidere di non avanzare alcuna richiesta per l'adempimento della obbligazione, ma anche alla volontà del debitore, il quale, quale soggetto passivo, dovrà manifestare la propria volontà di adempiere e, per l'effetto, eseguire la prestazione dovuta.

Il contemperamento di interessi in gioco risulta di maggiore evidenza se si pone l'attenzione alle fattispecie in cui il creditore debba porre in essere determinati comportamenti ai fini della realizzazione dell'obbligo (¹⁷⁰).

Come già accennato nei paragrafi che precedono e come meglio sarà specificato in quelli che seguono nel presente capitolo, basti pensare al caso in cui il creditore non voglia procedere al rilascio della cambiale a chi effettua, esattamente, il pagamento ivi rappresentato. In tali casi, infatti, il creditore che nonostante abbia ricevuto il pagamento, ma non voglia riconsegnare il titolo al debitore, viola inconfutabilmente il diritto alla definitiva liberazione di quest'ultimo (¹⁷¹). Ne consegue che il creditore in tal guisa pone in essere un comportamento contrario ai principi dettati dall'ordinamento, manifestando la propria ingerenza nella sfera della altrui libertà.

Ed è proprio l'art 2043 c.c. a dettare tali limiti, in quanto lo stesso espressamente prevede il divieto di non danneggiare colpevolmente o dolosamente la sfera giuridica dell'altro consociato, costituendo il comportamento del soggetto attivo la causa del danno provocato al debitore sia soggettivamente sia oggettivamente.

¹⁶⁹ LA LUMIA I., *L'obbligazione cambiaria e il rapporto fondamentale*, Milano, 1923, p. 145; MINERVINI L., *Mancata presentazione della cambiale e mora del creditore cambiario*, in *Foro Italiano*, 1953, I, p. 986.

¹⁷⁰ LA LUMIA I., *op. loc. cit.*

¹⁷¹ FALZEA A., *op. cit.*, p. 55.

L'oggettività del danno sarà data dalla circostanza che il debitore nulla avrebbe potuto, mediante la propria condotta, al fine di evitare il danno stesso, e, dal punto di vista soggettivo, il creditore sarà ritenuto responsabile anche se solo avrà agito con colpa, determinando così la configurazione di un comportamento antigiuridico volto alla lesione di un diritto altrui (¹⁷²).

Tuttavia, dal tenore letterale dell'art. 2043 c.c. potrebbe in qualche modo escludersi che lo stesso preveda anche una condotta commissiva, essendo all'interno della norma definito, come elemento essenziale, piuttosto una condotta omissiva. Lo stesso non pare essere limitativo rispetto alle condotte commissive, in quanto le stesse non sono espressamente escluse dalla formulazione, sostituendosi all'omissione un c.d. dovere di azione, quale unico atto idoneo ad evitare la causazione del danno (¹⁷³).

Ad adiuvandum, soccorre anche il dovere di correttezza previsto e sancito, tra l'altro, nell'art. 1175 c.c., il quale dispone che i comportamenti delle parti debbano essere ispirati alla correttezza reciproca, con ciò facendo evidente riferimento anche al soggetto attivo della obbligazione.

Quanto detto si comprende ancora meglio se si pone l'attenzione all'attinenza delle condotte che il danneggiato deve tenere al fine di evitare di subire egli stesso un danno, così come meglio disciplinato dall'art. 1227 c.c., come vedremo meglio nel capitolo IV (¹⁷⁴).

L'art. 1175 c.c. assicura l'operatività quindi degli obblighi integrativi di protezione delle sfere giuridiche di ogni soggetto, il quale, uniformandosi ad essi, non potrà che avere una condotta positiva volta al non esercizio abusivo del diritto,

¹⁷² FALZEA A., *op. loc. cit.*

¹⁷³ FALZEA A., *op. cit.*, p. 71.

¹⁷⁴ FALZEA A., *op. loc. cit.*

senza aggravare o ledere l'altrui situazione (¹⁷⁵): si circoscrivono così i limiti delle condotte nonché i presupposti delle obbligazioni stesse, facendo assumere al creditore la veste di debitore a sua volta (¹⁷⁶).

Un esempio di tale limite è determinato, ad esempio, dall'esercizio del diritto di recesso, il quale produrrà i suoi effetti solo ove portato a conoscenza dell'altro protagonista del rapporto.

In caso di mancato rispetto, in capo al creditore verrà a configurarsi un vero e proprio illecito, costituito sia dall'obbligo negativo di non ostacolare o aggravare la posizione del terzo sia dall'obbligo di porre in essere tutto quanto a lui possibile per la realizzazione del suo interesse.

Quanto appena ricordato è infatti, come detto all'inizio, confermato dalla disposizione prevista all'interno dell'art. 1880 c.c., il quale disciplina il tema di adempimento della obbligazione da parte di un terzo; in tali casi, infatti, il creditore è sottoposto agli stessi obblighi di cui alla trattazione appena conclusa, in quanto, in assenza di giustificato motivo, dovrà accettare la prestazione, seppur resa non da parte del debitore, ma da parte di un terzo.

Alla luce di quanto detto, si ritiene verosimile concludere la presenza, all'interno del nostro ordinamento, di una qualche forma di obbligo alla cooperazione, intesa in senso lato, da parte del creditore nell'adempimento della prestazione, sia che questa trovi la propria natura in una fonte negoziale sia che la trovi, invece, all'interno di un obbligo sancito dall'ordinamento giuridico più in generale.

¹⁷⁵ GIORGIANNI M., *op. cit.*, p. 149.

¹⁷⁶ FERRINI C. E DE CRESCENZO P., *Mora del creditore*, alla voce *Obbligazione*, in *Enciclopedia giuridica Italiana*, XII, parte I, Milano 1900, p. 916.

15. *Ancora, la natura giuridica della cooperazione del creditore.*

E' importante considerare quale sia la natura giuridica della cooperazione creditoria al fine, peraltro, di meglio comprendere quale siano le conseguenze giuridiche derivanti dalla sua omissione.

Ad una prima analisi sembra evidente che il creditore è libero di decidere se cooperare o meno alla realizzazione del proprio interesse, al quale, ove non realizzato, non potrebbe di certo conseguire una sanzione più grave o più onerosa della estinzione del diritto stesso (¹⁷⁷).

Tuttavia, a ben guardare non sembra possibile delimitare il problema a tale conclusione, in quanto, in talune ipotesi, il comportamento del creditore risulta invece necessario al fine di consentire al debitore la liberazione dall'obbligo assunto mediante adempimento.

Parte della giurisprudenza (¹⁷⁸) qualifica tale cooperazione come un dovere strumentale, senza che questo possa mai assurgere al rango di vera e propria obbligazione.

Tale cooperazione non può essere nemmeno qualificata come una vera prestazione poiché la stessa non è caratterizzata dai requisiti dettati dall'art. 1174 c.c. in quanto non è svolta nell'interesse altrui, ma nel proprio (¹⁷⁹).

Sembra ragionevole concludere che il debitore non ha il diritto e non può esigere la cooperazione del creditore, sebbene siano previste, come già anticipato, alcune eccezioni.

¹⁷⁷ NATOLI U., *op. cit.*, p. 48.

¹⁷⁸ Cass., 18 gennaio 1995, n. 552, in *Mass. Giur. It.*, 1995; Cass., 8 febbraio 1986, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 1928, con nota di COSTANZA M., *Cooperazione all'adempimento e colpa del creditore*.

¹⁷⁹ Lodo arbitrale, 8 agosto 1985, n. 59, in *Arch. Giur.*, 1986, 1313.

Trattasi dei casi in cui il debitore ha uno specifico interesse previsto e tutelato dalla legge: si pensi ai casi di esecuzione di un'opera musicale, come sopra già ricordato, da parte di un musicista oppure ai casi più generali dei rapporti di lavoro subordinato (¹⁸⁰).

In ragione di quanto detto, la dottrina maggioritaria (¹⁸¹) ritiene che la cooperazione del creditore sia solo un onere, ossia una attività strumentale alla realizzazione del programma contrattuale, svolta dal creditore nel proprio interesse del diritto di credito, senza che alcuna obbligazione gravi quest'ultimo: l'attività del creditore mirerebbe esclusivamente ad evitare un sacrificio eccessivo da parte del debitore nella esecuzione della propria obbligazione, non godendo di un proprio scopo precipuo, ma avendo il medesimo fine della prestazione principale e vale a dire la soddisfazione dell'interesse del creditore stesso; al riguardo, si rammenta che la teoria che vede costituirsi in capo al creditore un onere e non un obbligo trova le proprie origini addirittura alla fine della seconda metà dell'800, periodo nel quale, seppure non si individuò con esattezza la teoria dell'onere, si pervenne in ogni caso a identificare come speculari la mora del creditore con quella del debitore, conferendo importanza all'elemento della colpa, mentre fino ad allora si riteneva sussistere un parallelo obbligo in capo al creditore rispetto a quello del debitore.

Altra parte della dottrina (¹⁸²) ritiene invece sussistere un diritto del debitore alla liberazione, senza che però a questo corrisponda un obbligo in capo al creditore ma esclusivamente una posizione di soggezione, un diritto potestativo, così eludendo

¹⁸⁰ RIVA SANSEVERINO L., *Disciplina delle attività professionali, imprese in generale, lavoro autonomo, lavoro subordinato*, in *Commentario al codice civile* a cura di A. Scialoja e B. Branca, sub artt. 2060-2246, Bologna-Roma, 1943, p. 128.

¹⁸¹ BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni, I Prolegomeni: funzione economica-sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, p. 63; BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 2; GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 77.

¹⁸² ANDREOLI G., *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, p. 88 ss.

la netta corrispondenza tra diritto ed obbligo; tale orientamento esclude pertanto che il creditore sia gravato da obblighi in senso stretto ⁽¹⁸³⁾.

La dottrina tedesca ⁽¹⁸⁴⁾ è invece atta a definire la cooperazione, a volte, come un vero e proprio obbligo principale e, altre volte, come un obbligo secondario ed accessorio, a cui consegue quindi sia la ipotesi di *mora debendi* sia la ipotesi di *mora accipiendi*; in particolare, nelle fattispecie di accettazione della consegna nei contratti di compravendita, di specificazione di vendita di cosa generica o, ancora, di omissione del creditore-acquirente nella vendita a richiesta si configurerebbe un vero obbligo di cooperare da parte del creditore, la cui omissione non potrebbe che determinare il risarcimento del danno da *mora debendi* nonché il risarcimento del danno a titolo di inadempimento della prestazione corrispettiva.

Altra parte della dottrina ⁽¹⁸⁵⁾ ritiene piuttosto l'esistenza di un diritto del debitore all'adempimento e non solo nei casi eccezionali già ricordati, ponendo a sostegno delle proprie considerazioni l'art. 1236 c.c., il quale richiama il potere di rifiuto del debitore nella remissione del debito posta in essere a suo vantaggio, e l'art. 1180 c.c. che disciplina l'opposizione del debitore all'adempimento del terzo, in cui sussiste un diritto del debitore alla liberazione mediante adempimento.

In conclusione la teoria che individua un onere e non un obbligo alla cooperazione in capo al creditore è quella più accreditata, poiché è da escludere che, nello stesso momento, la coesistenza sia del potere di ricevere e pretendere la prestazione altrui sia dell'obbligo di riceverla, anche alla luce dell'art. 1174 c.c. che individua nella prestazione il solo interesse da parte del creditore e non anche da

¹⁸³ ANDREOLI G., *op. loc. cit.*.

¹⁸⁴ ANDREOLI G., *op. loc. cit.*.

¹⁸⁵ RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 115-116.

parte del debitore (¹⁸⁶); tale orientamento rappresenta il giusto compromesso tra le estreme teorie che vogliono, da una parte, la assoluta libertà in capo al creditore di cooperare e la sussistenza di un qualche *debitor ratione accipiendi*.

16. Le tipologie degli “obblighi” del creditore.

E' stato già accennato al principio dettato dall'ordinamento giuridico che prevede il divieto, seppur non espressamente sancito, di non aggravare la posizione debitoria, disponendo che anche il debitore non deve subire un maggiore sacrificio rispetto a quello che sia strettamente necessario al fini di onorare la propria obbligazione.

Il contenuto di tale principio è formato da un concorso di fattori esterni al rapporto; tali fattori possono essere sia fondamentali sia accessori, rispettivamente tesi alla tutela del creditore e dell'obbligato: mentre il carattere fondamentale è infatti relativo al comportamento necessario per il soddisfacimento dell'altrui interesse, l'aspetto accessorio verte in merito alla eventuale cooperazione che il titolare del diritto deve porre in essere (¹⁸⁷); nonostante, pertanto, il comportamento del creditore, nell'esercizio della sua pretesa, sia rimasto nell'ombra, acquistando rilievo solo laddove il debitore si fosse reso colpevole di una qualche omissione (¹⁸⁸), non di rado è risultato evidente come la condotta del creditore sia necessaria ai fini della esecuzione della prestazione altrui e sia, altresì, espressione di particolari obblighi,

¹⁸⁶ ROMANO G., *Interessi del debitore ed adempimento*, Napoli, 1995, p. 261; GIORGIANNI M., voce *Obbligazione* (dir. priv.), in *Noviss. Dig. It.*, IX, rist., Torino, 1968, 587.

¹⁸⁷ FALZEA A., *op. cit.*, p. 77.

¹⁸⁸ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 137.

così provvisoriamente definiti, gravanti sullo stesso, in quanto destinatario di prestazioni.

E' stata, infatti, come anzidetto, posta l'attenzione maggiore ai comportamenti che il creditore dovrà porre in essere al fine di consentire la liberazione del soggetto obbligato, il quale pertanto gode di diritti che vedono il creditore stesso gravato da obblighi diversi rispetto a quelli che potrebbero spettargli in ragione del suo essere contemporaneamente debitore; la cooperazione del creditore nella esecuzione della prestazione è, in relazione ad un generale criterio temporale, preliminare, integrativa ovvero successiva (¹⁸⁹).

Il concorso preliminare si verifica qualora esso sia indispensabile affinché possa darsi inizio alla esecuzione dell'obbligazione altrui: in tali casi il creditore dovrà porre in essere un comportamento specifico a tal fine come, ad esempio, la consegna dei lavori di appalto ovvero la consegna del bene al vettore incaricato; il concorso integrativo si configura laddove sia invece necessaria una accettazione della prestazione da parte dell'interessato, mentre, il concorso successivo all'adempimento, si mostra allorquando il creditore rilasci documenti, attestazioni o manifesti la propria volontà tesa alla liberazione del debitore dall'obbligo assunto (¹⁹⁰).

Una ipotesi di concorso preliminare è dato dall'art. 1182 c.c., il quale prevede che alcune obbligazioni, come tra le altre, le obbligazioni di fare, siano eseguite presso il domicilio del creditore che, per l'effetto, dovrà consentire al debitore l'accesso al domicilio (¹⁹¹).

¹⁸⁹ RESCIGNO P. *op. loc. cit.*

¹⁹⁰ ROLLI R., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000, p. 50.

¹⁹¹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

L'esempio maggiormente rappresentativo delle fattispecie di concorso integrativo è il ricevimento del bene da parte del creditore; in tali casi l'attuazione del rapporto è contestuale e l'obbligazione si estingue per adempimento.

Il caso più comune di concorso successivo è l'atto di quietanza rilasciato dal creditore al debitore, il quale viene così ad ottenere una attestazione valida anche ai fini dell'onere della prova avente ad oggetto la dichiarazione della esatta esecuzione dell'obbligo su di lui gravante.

Avendo rappresentato cosa si intende per cooperazione del creditore in generale, è ora necessario individuare quali siano le tipologie di obblighi presenti in capo al creditore (¹⁹²).

Tali fattispecie sono state categorizzate nei seguenti obblighi: l'obbligo di non aggravare la posizione del debitore, di non ostacolare o impedire l'adempimento di quest'ultimo e, infine, di cooperare in modo specifico all'adempimento altrui.

La classificazione non sembra trovare veste all'interno del disposto dell'art. 1175 c.c., il quale appare indicare un semplice criterio per la valutazione della tipologia del comportamento del creditore, pur non qualificandolo giuridicamente avente specifiche conseguenze ed effetti.

In merito al divieto di non aggravare la posizione del debitore, parte della dottrina (¹⁹³) ha inteso formulare l'ipotesi che trattasi di particolari "doveri" esistenti in capo al soggetto interessato; a tale dovere dovrebbero essere ricondotti gli assunti ed i dettati di cui agli artt. 1785 c.c. - limiti di responsabilità dell'albergatore in caso di deterioramento, distruzione o sottrazione dei beni qualora gli stessi siano causati dal cliente, dalle persone che l'accompagnano, che sono al suo servizio o che gli

¹⁹² RESCIGNO P. *op. loc. cit.*

¹⁹³ RESCIGNO P. *op. loc. cit.*

rendono visita ovvero siano determinati da forza maggiore oppure, infine, in ragione della natura della cosa - 1913 c.c. - avviso all'assicuratore in caso di sinistro da parte del creditore della prestazione, a meno che l'assicuratore o l'agente autorizzato alla conclusione del contratto intervenga entro il termine sancito alle operazioni di salvataggio o di constatazione del sinistro - 1914 c.c. - obbligo di salvataggio che prevede in capo all'assicurato l'obbligo, giustappunto, di fare quanto gli è possibile per evitare o diminuire il danno, nonché quelli previsti dagli artt. 1812 c.c., nei casi di danni al comodatario per vizi della cosa, il comodante è tenuto al risarcimento qualora, conoscendo i vizi della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario, 1821 c.c., qualora si verificano dei danni al mutuatario a causa della presenza di vizi delle cose, il mutuante è ritenuto responsabile, se non prova di averli ignorati senza colpa ovvero, in caso di mutuo gratuito, nel caso in cui, conoscendo i vizi, non ne abbia avvertito il mutuatario, 1916 c.c., nel diritto di surrogazione dell'assicuratore l'assicurato è responsabile verso l'assicuratore del pregiudizio arrecato al diritto di surrogazione, e 1956 c.c., liberazione del fideiussore per obbligazione futura nei casi in cui il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito (¹⁹⁴). In tali ipotesi, sembra infatti ritenersi che si possa parlare di oneri e non propriamente di doveri gravanti sul creditore; in particolare, l'art. 1914 c.c. (onere di fare qualcosa per evitare il danno) e l'art. art. 1812 c.c. (doveri di avviso del comodante) non potrebbero che confermare questo assunto (¹⁹⁵).

¹⁹⁴ FALZEA A., *op. loc. cit.*

¹⁹⁵ FALZEA A., *op. loc. cit.*

In merito al dovere di non ostacolare o impedire la esecuzione della prestazione altrui, giova rammentare il generale principio che prevede in capo al titolare del diritto soggettivo il divieto di travalicare le facoltà garantite dall'ordinamento giuridico, evitando pertanto di determinare, in tal guisa, un eccessivo aggravio dell'opera del debitore ⁽¹⁹⁶⁾; ne consegue il principio per cui a nessuno è attribuito il potere di superare i limiti del diritto di cui si è titolari. E' evidente pertanto che l'intervento del creditore che impedisca la realizzazione del proprio interesse non potrebbe che provocare la non imputabilità della causa dell'inadempimento in capo al debitore, il quale si vedrebbe, per l'effetto, liberato in ragione della estinzione della obbligazione stessa.

L'obbligo di cooperazione sembra invece risultare manifesto dallo stesso dettato normativo del codice civile, il quale in più disposizioni ricorda e sancisce la necessità della collaborazione del creditore affinché il proprio interesse sia soddisfatto ⁽¹⁹⁷⁾.

In particolare, l'art. 1789 c.c. autorizza il depositario alla vendita dei beni consegnati, qualora il depositante non abbia provveduto alla apprensione degli stessi entro un determinato termine, previo avviso a quest'ultimo; in tali ipotesi, è sancito il diritto del depositante di rientrare nel possesso dei beni e l'obbligo del depositario di consegnarli, con la conseguenza che quest'ultimo gode inevitabilmente dell'interesse precipuo di esentarsi da ogni responsabilità in relazione ad una continuazione degli effetti del contratto ⁽¹⁹⁸⁾.

L'ordinamento, così facendo, ha inteso garantire in autotutela il duplice interesse del depositario, il quale non solo ha interesse, come detto, alla cessazione

¹⁹⁶ FALZEA A., *op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁷ FALZEA A., *op. loc. cit.*

¹⁹⁸ FALZEA A., *op. loc. cit.*

del rapporto contrattuale, ma, altresì, ha il diritto di ricevere la controprestazione prevista in capo al depositante e vale a dire il pagamento del prezzo per il servizio offerto.

E' evidente in questi casi come il sistema giuridico abbia sancito quale interesse principale da tutelare quello del debitore e non anche quello del creditore, il quale, ove dovesse rimanere inerte, vedrà i propri beni venduti al fine del soddisfacimento degli interessi del primo (¹⁹⁹).

Il caso disciplinato dall'art. 1690 c.c. non determina, invece, alcuna risoluzione definitiva del problema; invero, il vettore che ha adempiuto alla propria obbligazione non può essere costretto anche alla eventuale custodia del bene in mancanza della volontà del creditore di riceverlo, in quanto quest'ultimo potrà solo esercitare un diritto potestativo all'apprensione del bene e non sarà gravato pertanto di un obbligo al ritiro della merce: l'ordinamento giuridico sembra lasciare sprovvisto di tutela il debitore; tuttavia, in tali casi si è dato il potere al vettore di liberarsi dalla propria obbligazione attivando una precisa procedura che verrà meglio descritta nel capitolo terzo.

Una eccezione alla normativa in esame ben potrebbe essere rappresentata dall'art. 1587 c.c. in materia locatizia, in quanto in essa è previsto che, tra le obbligazioni principali del conduttore, vi è ricompresa la presa in consegna della cosa locata, senza però che alcuna sanzione sia prevista in caso di violazione (²⁰⁰).

Lo stesso dicasi per l'art. 1517 c.c. che prevede, la risoluzione del contratto a favore del venditore, nei casi in cui l'acquirente “*non si presenta per ricevere la*

¹⁹⁹ RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 1962, 964; BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, VII, Torino, 1972, p. 960.

²⁰⁰ RUBINO D., *op. loc. cit.*

cosa preventivamente offerta, ovvero non la accetta”; infatti, seppur in presenza di una sanzione in capo al creditore, la risoluzione non si verificherebbe in ragione del mero rifiuto, configurabile quale dovere-obbligo in capo al creditore, ma perché detto comportamento sarebbe un fatto indicativo della volontà del compratore alla inattuazione della propria obbligazione di pagare il prezzo ⁽²⁰¹⁾.

E’ necessario però evidenziare come vi sia un interesse preciso in capo al debitore di conseguire la liberazione dal vincolo che di certo non può gravare sullo stesso in ragione del mero arbitrio della parte creditrice.

Sembrirebbe più coerente il riconoscimento al debitore di una posizione strumentale, quale è il diritto potestativo, attraverso gli istituti della mora del creditore della liberazione del debitore, anche indipendentemente da ogni cooperazione o, addirittura, contro la volontà del primo, piuttosto che una mera applicazione di un rigido schema obbligazionale ⁽²⁰²⁾: anche la mora del creditore fa infatti riferimento a necessità di ordine sociale; probabilmente, potrebbe trattarsi di una più complessa fattispecie di abuso del diritto da parte del creditore, il quale porrebbe in essere un comportamento teso a verificare se la mancata cooperazione sia veramente espressione di un corretto esercizio, alla luce della valutazione dei motivi che lo hanno determinato, ovvero sia solo il mero frutto di una stravaganza personale.

L’ accertata inesistenza, invero, di una esigenza oggettiva ed effettiva prevalente rispetto a quella del debitore, come vedremo, dovrebbe e potrebbe far considerare il comportamento del creditore come abusivo ⁽²⁰³⁾.

²⁰¹ RUBINO D., *op. loc. cit.*

²⁰² RUBINO D., *op. loc. cit.*

²⁰³ NATOLI U., *op. loc. cit.*

17. *Il substrato.*

L'attenzione focalizzata alla diligenza del creditore nell'adempimento della obbligazione da parte del debitore è fondamentale, come detto, al fine di comprendere il rilievo giuridico che questa svolge in particolari fattispecie di estrema importanza.

La prima fattispecie ha ad oggetto la mancata cooperazione all'adempimento da parte del debitore, laddove per cooperazione si intende una attività ben precisa che il creditore deve porre in essere affinché il debitore possa adempiere la propria obbligazione ⁽²⁰⁴⁾; tale attività è da ritenersi, come anticipato, del tutto estranea all'obbligo esistente in capo al debitore ⁽²⁰⁵⁾ e, inoltre, può essere sia preliminare rispetto all'obbligo del debitore, sia essere a questa complementare ⁽²⁰⁶⁾: basti pensare ai casi in cui il vettore non possa eseguire la propria obbligazione in ragione della mancanza della consegna delle merci da parte del creditore ovvero ai casi in cui l'appaltatore non possa eseguire i lavori dedotti in contratto in ragione della mancanza da parte del creditore della preparazione del cantiere.

Una seconda fattispecie è relativa ai casi in cui il debitore debba porre in essere la propria obbligazione su un substrato che sia sotto il controllo diretto del creditore stesso.

Il substrato è pertanto da intendersi quale porzione del mondo esterno cui l'attività del debitore deve riferirsi ⁽²⁰⁷⁾; in particolare, parte della dottrina ⁽²⁰⁸⁾

²⁰⁴ CATTANEO G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 1.

²⁰⁵ BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, II ed., Bologna-Roma, 1979, p. 6.

²⁰⁶ FALZEA A., *op. cit.*, p. 153.

²⁰⁷ MANCINI P., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962, p. 279.

²⁰⁸ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 155.

definisce il substrato o come una “*cosa che deve essere fornita dal creditore – substrato oggettivo - oppure la stessa persona del creditore - substrato soggettivo*”; in buona sostanza, in questi casi si tratta di esecuzione che deve essere compiuta dal debitore in un luogo, su un bene particolare o su una persona, ovverosia su un elemento oggettivo o soggettivo, come detto, posto nella disponibilità o sotto il controllo del creditore e cioè che sia pertinente alla sua sfera giuridica, il cui venir meno non può che determinare un impedimento alla esecuzione dell’obbligazione⁽²⁰⁹⁾, indipendentemente dall’imputabilità della creazione dell’evento di ostacolo: si pensi al caso in cui il debitore abbia l’obbligo di dipingere le pareti di un locale nella disponibilità del creditore e questi subisca l’incendio del locale stesso; pertanto, il creditore deve astenersi dal porre in essere comportamenti che possano pregiudicare la idoneità della “cosa” o della persona affinché possa eseguirsi la prestazione.

La terza fattispecie è relativa ai casi in cui il creditore, con un comportamento commissivo, ostacoli l’attività del debitore al punto da rendere impossibile la prestazione da parte di quest’ultimo⁽²¹⁰⁾.

I casi di impedimento sono specificamente disciplinati negli artt. 1206 ss c.c. in cui si prevede in particolare l’istituto della mora del creditore, anche se molteplici sono le fattispecie che vedono il comportamento del creditore non determinante la mora di quest’ultimo; al riguardo, è sufficiente ricordare che la mora ha luogo esclusivamente qualora trattasi di temporaneo impedimento alla esecuzione, laddove pertanto si verifichi un mero ritardo nell’adempimento del debitore per fatto del creditore.

²⁰⁹ GHEZZI G., *op. cit.*, p. 53.

²¹⁰ COTTINO G., *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, I, p. 444.

Alla luce di quanto detto, è evidente che nelle altre ipotesi l'impossibilità per il debitore sarà definitiva, immediata e diretta, non assumendo tuttavia per lo studio che ci occupa particolare rilievo; infatti, è esauriente pensare al caso in cui sia dedotto in contratto un termine essenziale per l'adempimento della obbligazione ed il creditore, nell'ostacolarlo, determini lo scadere del termine.

Ancora, ponendo l'attenzione alle obbligazioni di durata, si mette in luce l'impossibilità delle prestazioni mancanti nel periodo già trascorso, circa le quali non è ammissibile domandare l'esecuzione delle obbligazioni non effettuate (²¹¹).

Inoltre, si ritiene possa escludersi l'operatività della mora del creditore nei casi in cui non si tratti di ritardo nella prestazione imputabile al creditore, bensì di impossibilità della prestazione, seppur temporanea, in ragione della sussistenza del necessario presupposto della possibilità, sebbene ritardata, della prestazione, come succede quando il locale destinatario della prestazione altrui non sia del tutto distrutto, bensì sia solo temporaneamente inagibile ed applicabile, quindi, la disciplina dettata dagli artt. 1256 ss c.c., precisando però che, laddove la impossibilità perduri sino al verificarsi della impossibilità della esecuzione da parte del debitore, quest'ultimo non potrà essere obbligato.

Risulta di particolare difficoltà risolutiva il tema di indagine *de qua* poiché all'interno dell'ordinamento giuridico esistono diverse definizioni della categoria della prestazione e, per l'effetto, plurime sono le fattispecie in cui non è dato comprendere con certezza se si stia svolgendo di impossibilità nella esecuzione ovvero di mora del creditore.

²¹¹ MENGONI L., *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Scialoja*, IV, Bologna, 1953, p. 278.

Secondo autorevole dottrina ⁽²¹²⁾ laddove si verifichi la impossibilità della prestazione non potrà parlarsi di mora del creditore, mentre nei casi di possibilità seppur ritardata dovrà trattarsi di configurazione della mora suddetta.

Importante è anche sottolineare che a nulla rileva l'elemento soggettivo imputabile al creditore, in quanto risulta di assoluta importanza esclusivamente il nesso di causa-effetto che abbia determinato la mancata esecuzione del contratto per causa non imputabile al debitore ⁽²¹³⁾: il debitore sarà quindi liberato della prestazione su di lui gravante, senza alcun tipo di obbligo nuovo nei confronti del creditore.

Sebbene quanto appena detto, esistono delle fattispecie che prevedono una disciplina diversa: ad esempio, l'art. 1289 c.c. prevede una indagine in merito alla colpa del creditore, laddove una delle prestazioni sia divenuta impossibile per cause solo imputabili al creditore ovvero dei casi in cui è tutelato appieno l'interesse del debitore ad adempiere; uno degli esempi maggiormente rappresentativi è la fattispecie in cui un musicista sia stato invitato ad eseguire la propria musica all'interno di un evento e lo stesso evento sia poi stato cancellato ⁽²¹⁴⁾.

²¹² STELLA G., *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, p. 26.

²¹³ BIANCA C.M., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, p. 59.

²¹⁴ NATOLI U., *op. loc. cit.*

CAPITOLO II

LE CONSEGUENZE ALLA MANCATA COOPERAZIONE

- 1. *La cooperazione del creditore nella ricezione della altrui obbligazione.*
- 2. *L'attività del creditore.* - 3. *La esortazione alla esecuzione della prestazione del debitore.* - 4. *Il creditore in seguito al ricevimento della prestazione altrui.* - 5. *Il possibile rifiuto del creditore innanzi all'offerta del debitore.* - 6. *Effetti giuridici e conseguenze.* - 7. *Ancora sulle conseguenze alla mancata cooperazione del creditore.* - 8. *In particolare, i contratti sinallagmatici.* - 9. *Il ricorso al mercato.* - 10. *Il lavoro subordinato.*

1. La cooperazione del creditore nella ricezione della altrui obbligazione.

L'adempimento della obbligazione da parte del debitore consiste nel mettere a disposizione del creditore, secondo la natura della prestazione, nel luogo e nel tempo indicati e dedotti in contratto, i beni oggetto della prestazione, mentre il comportamento del creditore deve spiegarsi nell'accoglimento, nella propria sfera giuridica, della prestazione altrui (²¹⁵).

Innanzitutto, giova rammentare, ancora una volta, che la ricezione della obbligazione non può e non deve assumere i caratteri dell'obbligatorietà, semmai potrà trattarsi di una collaborazione di fatto necessaria per la realizzazione del proprio interesse, ma mai di un dovere specifico.

²¹⁵ NATOLI U., *op. loc. cit.*

Orbene, è ora il caso di analizzare quali siano i requisiti che dovranno essere assunti in capo al creditore al momento della suddetta cooperazione ⁽²¹⁶⁾.

L'art. 1190 c.c. dispone in merito alla capacità del soggetto creditore di ricevere il pagamento del prezzo da parte dell'obbligato e, inoltre, l'art. 1208 c.c., facendo riferimento all'offerta, prevede che questa debba essere formulata nei confronti del soggetto capace di ricevere ovvero del soggetto che in vece del primo possa validamente ricevere; la capacità coincide con la capacità di agire e cioè di disporre, anche se, meglio analizzando, la capacità di agire risulta essere necessaria solo nei casi di apprensione di capitali, ma, nei casi di riscossione invece dei frutti civili ovvero ancora di somme che sono dovute a titolo di godimento di beni, è necessario godere della sola capacità che deriva dalla emancipazione ⁽²¹⁷⁾.

Al debitore è concesso il diritto di dimostrare che il pagamento è stato posto in essere a favore, effettivamente, del soggetto creditore; ove la prova dovesse essere ritenuta satisfattiva, ogni conseguenza negativa in capo all'obbligato sarebbe a sua volta soggetta a caducazione ⁽²¹⁸⁾.

Nei casi in cui il creditore risulti essere in condizione anche temporanea di incapacità naturale, invece, il debitore risulterebbe in ogni caso liberato in quanto, laddove si ammettesse una interpretazione contraria, si finirebbe per gravare quest'ultimo anche di una attività di indagine eccessivamente gravosa ⁽²¹⁹⁾, ad esclusione delle fattispecie in cui sussistesse la mala fede del *solvens*.

Ed infatti tali criteri hanno motivo di esistere esclusivamente laddove il debitore, secondo i noti principi dell'auto responsabilità e dell'affidamento, non

²¹⁶ NATOLI U., *op. cit.*, p. 154.

²¹⁷ Cfr. anche MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 171.

²¹⁸ NICOLÒ R., *op. cit.*, p. 560.

²¹⁹ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 155.

conoscesse tale incapacità ovvero la stessa non fosse riconoscibile, anche se, anche in tali ipotesi, laddove la prestazione avesse soddisfatto l'interesse altrui, l'obbligato non sarebbe ulteriormente gravato di ripetere la propria prestazione; c'è però da evidenziare che l'onere della prova non sarebbe ancora in capo al debitore, in quanto lo stesso graverebbe la figura del creditore, il quale non solo dovrebbe dimostrare la propria incapacità al momento della riscossione, ma anche il cattivo uso impiegato⁽²²⁰⁾.

Importante, in merito alla ricezione della prestazione, sono sia gli aspetti del luogo sia della natura della prestazioni.

Orbene, la natura della prestazione determina il contenuto dell'attività di cooperazione del creditore affinché il debitore possa legittimamente eseguire la propria prestazione, mentre il luogo indica, ovviamente, il dove in cui il creditore potrà ricevere la prestazione. E' evidente che la cooperazione può consistere sia in una mera ricezione della prestazione, sia in un'attività di grande rilievo oneroso in capo al creditore. In particolare, l'attività relativa alla consegna è validamente effettuata laddove il debitore metta a disposizione dell'interessato, nel tempo e nel luogo concordati, i beni oggetto di pattuizione, mentre il comportamento del creditore si caratterizza nell'accoglimento, all'interno della propria sfera, della prestazione altrui.

Assume a tal proposito rilievo, come detto, il luogo della esecuzione della obbligazione che può influenzare in modo decisivo il comportamento del creditore; risulta anche dal dettato normativo che i luoghi previsti sono tre: il domicilio del creditore di cui agli artt. 43 ss c.c., il domicilio del debitore ovvero un terzo luogo

²²⁰ SCHELESINGER, *Il pagamento del terzo*, Milano, 1961, p. 23.

individuato all'interno delle clausole contrattuali ovvero dipendente dalla natura della obbligazione ⁽²²¹⁾.

La prima ipotesi si verifica quando trattasi di obbligazioni di denaro, a nulla rilevando l'eventuale modifica del domicilio del creditore, a meno che tale modifica non determini un aggravamento della prestazione del debitore, il quale allora avrà diritto di modificare il luogo della esecuzione della prestazione; tale nuova circostanza dovrà tuttavia essere tempestivamente comunicata al debitore che avrà il solo obbligo di ricevere il creditore e di consegnare i beni, mentre il creditore dovrà farsi carico di recarsi sul luogo prescelto ed organizzare con i propri mezzi la ricezione della prestazione; sono escluse quindi da tale disciplina tutte le prestazioni che abbiano un contenuto pecuniario, ma siano determinate nella origine da altre fattispecie, come, ad esempio, le obbligazioni nascenti da responsabilità extracontrattuale o per inadempimento contrattuale ⁽²²²⁾; a titolo meramente esemplificativo, si rammenta che trattasi di prestazioni alimentari, da percezione di indebito o da arricchimento ingiustificato, ovviamente ove il credito sia certo ed esigibile, altrimenti troverebbe applicazione la regola generale che prevede l'adempimento della obbligazione presso il domicilio del debitore, conformemente a quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 1182 c.c.

Sussistono contemperamenti a tali principi: parte della dottrina ⁽²²³⁾ ha affermato infatti la possibilità di una determinazione della prestazione alla luce degli elementi costitutivi del titolo da cui trae origine l'obbligazione, a meno che non si tratti di onorari professionali, i quali sono in ogni caso soggette alla normativa generale. La suddetta disciplina sarebbe applicabile a tutti i casi in cui il debitore sia

²²¹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²²² NATOLI U., *op. cit.*, p. 162.

²²³ NATOLI U., *op. cit.*, p. 164.

stato portato a conoscenza dell'esatto domicilio del creditore e sia stato quindi messo nella condizione di poter eseguire la propria prestazione.

Nelle altre fattispecie non è possibile rintracciare all'interno del nostro ordinamento giuridico un qualche obbligo in capo al debitore di eseguire ricerche gravose al fine di individuare il luogo della prestazione, anche se esistono dei correttivi: al debitore è fatto carico di svolgere quelle indagini di facile e pronta esecuzione che possano determinare la risoluzione del problema relativo, come detto, al luogo della prestazione. Pertanto, la soluzione del problema, come nel maggior numero di ipotesi già analizzate, dipende dall'esame delle circostanze concrete che hanno caratterizzato la questione (²²⁴).

Qualora non sia possibile rintracciare il domicilio del creditore, al debitore sarà data la facoltà di attendere presso il proprio domicilio l'arrivo del creditore pronto a ricevere la prestazione dedotta; laddove invece la variazione sia stata conosciuta, la prestazione dovrà essere eseguita presso il nuovo domicilio del creditore, a meno delle eccezioni sopra descritte e riportate relative alla eccessiva gravosità da parte dell'obbligato; qualora invece il domicilio indicato all'interno del titolo costitutivo sia stato modificato senza alcun tipo di comunicazione, il debitore, a meno che non venga dimostrato che quest'ultimo conosceva il nuovo indirizzo, potrà eseguire l'obbligazione nel luogo indicato originariamente (²²⁵).

Pleonastico è aggiungere che laddove la legge disponga diversamente e preveda un luogo determinato per l'adempimento della obbligazione, non sarà possibile derogare a tale elemento, come, ad esempio, nei casi di compravendita

²²⁴ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²²⁵ NATOLI U., *op. loc. cit.*

anche tra soggetti privati ovvero nei contratti conclusi con la Pubblica Amministrazione.

Nei casi in cui oggetto della prestazione sia la consegna di un determinato bene, sempre che le parti non abbiano voluto specificamente disciplinare anche tale aspetto, l'obbligato dovrà adempiere la propria prestazione nel luogo in cui il bene dedotto si trovava al momento della conclusione dell'accordo ⁽²²⁶⁾; la disciplina relativa alla consegna di un bene mobile prevede che il luogo dell'adempimento dovrà essere quello dettato dalla normativa generale, con il correttivo, però che, allorché le parti non fossero a conoscenza del luogo in cui il bene si trovava in detto momento, il luogo della prestazione sarebbe quello ricordato per tutti gli altri casi; parte della dottrina ⁽²²⁷⁾ ha ritenuto infondato tale orientamento, considerando invece come definitivo il luogo corrispondente a quello in cui il bene era in essere al momento del perfezionamento dell'accordo tra le parti, a nulla rilevando la suddetta conoscenza di queste ultime.

Una ulteriore deroga ai principi generali trova vita all'interno del contratto di deposito, in quanto il bene oggetto di accordo dovrà essere riconsegnato nello stesso luogo in cui è stato consegnato al depositario.

Una terza deroga è rappresentata dal contratto estimatorio, il quale prevede l'adempimento nello stesso luogo in cui la originaria obbligazione avrebbe dovuto essere eseguita.

La dottrina è divisa in merito: una interpretazione ⁽²²⁸⁾ ritiene, infatti, che sussista una vera e propria obbligazione da parte dell'*accipiens* alla restituzione dei beni e, per l'effetto, l'applicazione in tali casi della normativa dettata dall'art. 1182,

²²⁶ NATOLI U., *op. cit.*, p. 170.

²²⁷ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 377.

²²⁸ DE MARTINI A., *Parte generale*, 1983, Milano, p. 35.

comma 2, c.c. e, pertanto, il luogo dell'adempimento della obbligazione sarebbe il domicilio dell'*accipiens* stesso che corrisponde, almeno frequentemente, con il luogo in cui il bene si trovava al momento della nascita della obbligazione; altra parte della dottrina ⁽²²⁹⁾ esclude la classificazione dell'attività dell'*accipiens* quale obbligazione alla restituzione dei beni e, pertanto, conclude ritenendo che il luogo della suddetta, eventuale restituzione debba essere quello in cui la consegna è stata effettuata ⁽²³⁰⁾.

Da ultimo, sembrerebbe che esistano deroghe anche in tema di locazione di beni mobili, la cui riconsegna dovrebbe essere eseguita nello stesso luogo in cui i beni furono accettati anche se, se solo si considera la circostanza che l'obbligo di restituzione trae origine proprio dalla consegna del bene, è facile desumere che la disciplina applicabile sarà certamente quella generale ⁽²³¹⁾.

Analizzando ora l'ultimo principio legale, il quale dispone che, in tutti gli altri casi, il luogo dell'esecuzione della prestazione corrisponde al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza della obbligazione; è evidente il richiamo al noto principio del *favor debitoris*, anche se chiaramente applicato solo in via residuale alla disciplina oggetto del presente esame; inoltre è possibile considerare quale esempio tipico di tale applicazione le obbligazioni di fare ed in particolare la c.d. operazione di rendiconto che caratterizza, a dimostrazione, i contratti di mandato ⁽²³²⁾; così risulta di tutto rilievo il domicilio del debitore al momento in cui l'obbligazione dovrà essere eseguita, e non anche il domicilio di cui il debitore disponeva al momento della nascita dell'obbligo, senza che l'eccessivo aggravio per il creditore di

²²⁹ ROCCHI L., *Sul contratto estimatorio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1946, I, p. 301.

²³⁰ BALBI G., *Il contratto estimatorio*, Torino, 1954, p. 78; COTTINO G., *Del contratto estimatorio*, in *Commentario al diritto civile* diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970, p. 58; GIANNATTASIO C., *Contratto estimatorio*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 64.

²³¹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²³² NATOLI U., *op. loc. cit.*

recarsi a ricevere la prestazione in luogo diverso rispetto a quello originario sia affatto preso in considerazione.

In merito alla variazione del domicilio ed alla sua comunicazione, vige la disciplina generale sopra ricordata a favore del debitore ⁽²³³⁾; infatti, laddove il debitore abbia ommesso di comunicare tale variazione ovvero il soggetto creditore, ad esito delle ricerche di pronta e facile risoluzione, non sia stato in grado di individuare il luogo della esecuzione della prestazione, allora il creditore ben potrà attendere presso il proprio domicilio che il suo interesse sia realizzato e, per l'effetto, tutte le conseguenze anche dannose saranno a carico del debitore ⁽²³⁴⁾.

Per completezza di esposizione, si pone in rilievo che laddove trattasi di persone giuridiche, la disciplina sarebbe la medesima, con la precisazione, che piuttosto che intendere il luogo della esecuzione il mero domicilio del debitore o del creditore, dipendentemente dalla disciplina applicabile, si farà riferimento alla sede legale che si è soliti riconoscere anche nella sede effettiva dell'esercizio della attività, purché la stessa sia conosciuta da parte dei terzi in buona fede ⁽²³⁵⁾.

2. *L'attività del creditore.*

Il comportamento del creditore nel ricevimento della prestazione altrui consiste in un atto materiale idoneo a permettere al debitore l'esecuzione della prestazione.

²³³ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²³⁴ NATOLI U., *op. cit.*, p. 174.

²³⁵ BARBERO D., *Sistema*, II ed. rielaborata da A. Lisserre e G. Florida, Torino, 1993, p. 202.

Tuttavia, solo di atto materiale può parlarsi, in quanto non si ritiene possa configurare un vero e proprio atto giuridico.

Alla luce di quanto detto, il comportamento del creditore assume solo la veste di funzione meramente passiva e ricettizia ⁽²³⁶⁾.

Nonostante ciò, lo stesso ordinamento giuridico prevede delle eccezioni a tale situazione passiva, disciplinando dei casi in cui piuttosto il creditore deve procedere ad una vera e propria accettazione attiva dell'adempimento.

In primo luogo, l'art. 1210 c.c., prevedendo la facoltà di deposito, disciplina espressamente che se il creditore rifiuta di accettare l'offerta reale o non si presenta per ricevere le cose offertegli mediante intimazione, il debitore può eseguire il deposito.

L'art. 1213 c.c. disciplina, inoltre, la fattispecie del ritiro del deposito, il quale non produce effetto se il debitore lo ritira prima che sia stato accettato dal creditore ⁽²³⁷⁾.

Sullo stesso orientamento, troviamo l'art. 1214 c.c. che, in merito alla offerta formulata secondo gli usi, dispone che, se il debitore ha offerto la cosa dovuta nelle forme d'uso, anziché in quelle prescritte dagli articoli 1208 e 1209 c.c., gli effetti della mora si verificano dal giorno in cui egli esegue il deposito a norma dell'articolo 1212, se questo è accettato dal creditore.

Ancora, l'art. 1517 c.c. prevede la configurazione della risoluzione di diritto pure a favore del venditore, qualora, alla scadenza del termine stabilito per la

²³⁶ RUBINO D., *L'appalto*, in *Trattato* diretto da F. Vassalli F., VII, 3, Torino, 1958, p. 527.

²³⁷ NATOLI U., *op. loc. cit.*

consegna, il compratore, la cui obbligazione di pagare il prezzo non sia scaduta, non si presenti per ricevere la cosa preventivamente offerta, ovvero non l'accetta ⁽²³⁸⁾.

Inoltre, in tema di verifica e pagamento dell'opera, l'ordinamento giuridico, all'art. 1665 c.c., prevede che, nel caso in cui il committente riceve senza riserve la consegna dell'opera, questa si considera accettata ancorché non si sia proceduto alla verifica, con ciò determinando in capo all'appaltatore il diritto al pagamento del corrispettivo.

Un caso simile a quello appena esaminato è disciplinato dall'art. 1666 c.c., il quale dispone in merito alla verifica ed al pagamento delle singole partite oggetto di prestazione, prevedendo che ciascuno dei contraenti possa chiedere che la verifica avvenga per le singole partite e domandare il pagamento in proporzione dell'opera eseguita, il pagamento fa presumere l'accettazione della parte di opera pagata.

Anche in tema di difformità e vizi dell'opera, sia per quanto riguarda la disciplina del contratto di appalto sia la normativa dettata in materia di diritto del lavoro, è prevista un'attività concreta e positiva da parte del creditore ⁽²³⁹⁾; infatti, in tema di appalto, la disciplina vuole che la garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili, ed inoltre il committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta.

Nella materia del diritto del lavoro, invece, l'art. 2226 c.c. dispone che l'accettazione espressa o tacita dell'opera libera il prestatore d'opera dalla responsabilità per difformità o per vizi della medesima, se all'atto dell'accettazione questi erano noti al committente o facilmente riconoscibili, ed il committente è altresì

²³⁸ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²³⁹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

gravato dall'obbligo di denunciare le difformità e i vizi occulti al prestatore d'opera entro otto giorni dalla scoperta (²⁴⁰).

I dettati normativi richiamati sono solo alcuni degli esempi rintracciabili all'interno dell'ordinamento giuridico, il quale però, essendo in parte saturo di vuoti normativi, ha indotto parte della dottrina (²⁴¹) ad esaminare più compiutamente il comportamento del creditore al fine di verificare se tale condotta attiva sia richiesta e richiedibile solo dai casi espressamente tipizzati ovvero se la partecipazione costituisca un momento sostanzialmente necessario per la realizzazione dell'interesse dello stesso; invero, ove fosse accolta la teoria della necessità della condotta attiva, il momento del ricevimento della prestazione ben potrebbe essere assimilato a quello della offerta della prestazione, determinando così una fattispecie complessa costituita dall'insieme di un atto materiale e di un atto giuridico.

Il tema di indagine involge la sua conclusione sulla considerazione della eventuale esistenza di una doverosa manifestazione di volontà da parte del soggetto creditore, il quale sarebbe pertanto l'unico a determinare il momento di chiusura di tutto il fenomeno obbligazionale (²⁴²); sembra si possa definire l'accettazione da parte del creditore della prestazione offerta, così ai sensi degli artt. 1210, 1213, 1214, 1665 e 1666 c.c. sopra richiamati ed ampiamente riportati, quale vera e propria dichiarazione di validità del momento di attuazione dell'adempimento, tesa altresì alla esclusione di alcune conseguenze nefaste in capo al debitore.

²⁴⁰ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁴¹ BARASSIL., *op. cit.*, p. 35.

²⁴² NATOLI U., *op. loc. cit.*

Tanto è vero quanto detto che, se così non fosse, la normativa di certo non avrebbe richiesto una attività ulteriore in capo al creditore ⁽²⁴³⁾.

Orbene, è ora il momento di verificare se esistono altri casi non disciplinati dall'ordinamento giuridico in via espressa, che prevedono una condotta attiva in capo al creditore.

Il primo caso che è stato individuato negli artt. 1697 e 1698 c.c., rispettivamente disciplinanti l'accertamento della perdita e dell'avaria e la estinzione dell'azione nei confronti del vettore ⁽²⁴⁴⁾; l'art. 1697 c.c. prevede infatti che il destinatario ha diritto di fare accertare a sue spese, prima della riconsegna, l'identità e lo stato delle cose trasportate, mentre l'art. 1698 c.c. dispone che, il ricevimento senza riserve delle cose trasportate col pagamento di quanto è dovuto al vettore, estingue le azioni derivanti dal contratto, tranne il caso di dolo o colpa grave del vettore, essendo altresì fatte salve le azioni per perdita parziale o per avaria non riconoscibili al momento della riconsegna, purché in quest'ultimo caso il danno sia denunciato appena conosciuto e non oltre otto giorni dopo il ricevimento.

Lo stesso dicasi nei casi di cui agli artt. 1511 e 1495 c.c., in ragione della richiesta normativa in capo al creditore di procedere alla denuncia entro un termine prestabilito ⁽²⁴⁵⁾.

E' possibile ancora considerare a fondamento dell'orientamento sopra descritto, la fattispecie esistente nei contratti di locazione, nei quali, laddove il conduttore non dovesse lamentare i vizi riconoscibili del bene locato, esclude la possibilità per il creditore di agire validamente per la risoluzione contrattuale ovvero

²⁴³ GIANNATTASIO C., *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIV, 1-2. Milano, 1967, p. 260.

²⁴⁴ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁴⁵ RUBINO D., *op. cit.*, p. 788.

la riduzione del prezzo ⁽²⁴⁶⁾; nei contratti di mandato, si ritrova una soluzione analoga, in quanto è prevista una tacita approvazione dell'operato del mandatario, qualora lo stesso non abbia ricevuto tempestiva accettazione della propria opera, anche laddove quest'ultimo abbia ecceduto i propri poteri ovvero non abbia dato seguito alle istruzioni impartite ⁽²⁴⁷⁾.

Pertanto, sembra ragionevole concludere che l'ordinamento giuridico, anche nei casi di assenza di specifica normativa, preveda una generalizzata necessità a che il creditore debba manifestare un preciso gradimento, sia esso deducibile attraverso un comportamento contemporaneo ovvero successivo alla esecuzione della altrui prestazione, sia esso consistente in una vera e propria dichiarazione specifica, resa dall'interessato ⁽²⁴⁸⁾.

3. *La esortazione alla esecuzione della prestazione del debitore.*

La esortazione dell'esecuzione della altrui obbligazione è uno degli elementi principali che vanno a caratterizzare il comportamento del creditore nell'attuazione del rapporto.

In particolare, è possibile rintracciare tre aspetti fondamentali di tale figura: assume infatti rilievo giuridico la domanda del creditore tesa a sollecitare l'adempimento altrui, il comportamento che lo stesso creditore deve porre in essere al fine di ricevere la prestazione e, infine, l'attività tesa alla conservazione del

²⁴⁶ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 914.

²⁴⁷ STOLFI G., *op. cit.*, p. 161.

²⁴⁸ NATOLI U., *op. cit.*, p. 222.

patrimonio del debitore, il quale, come noto, è onerato con tutti i propri beni presenti e futuri ⁽²⁴⁹⁾.

E' necessario approfondire la questione relativa alla domanda del creditore tesa all'adempimento della obbligazione altrui, in ragione del suo essere aspetto caratterizzante il diritto di credito ⁽²⁵⁰⁾.

In primo luogo, si rammenta che una interpretazione minoritaria ⁽²⁵¹⁾ ne ha negato l'importanza, tanto da arrivare a considerare il diritto soggettivo del creditore quale mera aspettativa, la cui realizzazione dipende, senza possibilità di modifica, dalla volontà unanime del debitore; tuttavia, la parte maggioritaria della dottrina ⁽²⁵²⁾ nonché le disposizioni del codice civile sono invece tese a infondere tale elemento di rilievo profondo; quanto detto è altresì confermato, invero, dalle norme che disciplinano il tempo dell'adempimento, il cui art. 1183 c.c. dispone espressamente che “*il creditore può esigere immediatamente la prestazione*” laddove non sia determinato il momento della sua esecuzione. Ancora. L'art. 1185 c.c. prevede l'impossibilità giuridica per il creditore di esigere ed ottenere il soddisfacimento del proprio credito in tempo antecedente la scadenza dedotta e pattuita. Infine, l'art. 1186 c.c. dispone in capo al creditore il diritto di ottenere la realizzazione dei propri interessi, senza attendere il decorso del termine, nei casi in cui il debitore debba intendersi decaduto dal beneficio del termine stesso.

Nonostante quanto appena detto, si potrebbe pensare che la richiesta dell'altrui adempimento sia *ipso facto* esauribile ed irrilevante alla luce della possibilità prevista in capo al creditore di manifestare la propria volontà

²⁴⁹ NATOLI U., *op. cit.*, p. 75-77.

²⁵⁰ NATOLI U., *op. cit.*, p. 76.

²⁵¹ FADDA C. e BENZA P. E., *Note a Windscheid*, in *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1902, p. 602; CORRADINI BROUSSARD D., *op. cit.*, p. 289.

²⁵² NATOLI U., *op. cit.*, p. 78.

all'adempimento anche in via verbale e, quindi, del tutto informale, ma, in via in maggior misura consolidata, si ritiene ⁽²⁵³⁾ che anche tale informale richiesta sia invece aspetto indispensabile affinché il creditore possa poi validamente agire, nei casi di mero ritardo, sia per l'ottenimento della risoluzione contrattuale, sia per la richiesta di risoluzione del rapporto. In merito a tale ultimo elemento, è necessario però precisare che il ritardo deve inevitabilmente essere qualificabile di “*non scarsa importanza*”, così come previsto dall'art. 1455 c.c.

Secondo parte della dottrina ⁽²⁵⁴⁾ è a tal punto di rilievo la messa in mora da parte del creditore che, in caso di assenza di richiesta, non potrebbe sussistere nemmeno la configurazione del ritardo imputabile al debitore, evidenziando che la richiesta formulata dal creditore deve soddisfare delle caratteristiche precipue, la cui mancanza non può che determinare la caducazione dai diritti sopra indicati; due sono gli aspetti principali, di cui il primo di natura endogena ed il secondo esterno alla richiesta stessa: l'intimazione dovrà infatti essere non solo contraddistinta, così come sancito e previsto dall'art. 1219 c.c., da precisione e da inequivocabilità, ma, altresì, dovrà essere portata compiutamente a conoscenza del destinatario al fine della esplicazione dei suoi effetti, in ottemperanza alle disposizioni contenute negli artt. 1334 e 1335 c.c. Inoltre, essendo la richiesta un mero atto giuridico, la stessa non sarà sottoposta alle generali norme relative ai vizi della volontà ed alla capacità dei soggetti, con alcune precisazioni che saranno oggetto di trattazione a breve ⁽²⁵⁵⁾.

Quanto detto, tuttavia, non è estensibile a tutte le ipotesi di intimazione avanzate da parte del creditore, il quale, in tali fattispecie, porrà in essere dei veri e propri negozi giuridici: basti pensare ai casi di richiesta di adempimento tardivo,

²⁵³ NATOLI U., *op. cit.*, p. 79.

²⁵⁴ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 180.

²⁵⁵ NATOLI U., *op. cit.*, p. 80.

disciplinata dall'art. 1457 c.c., ed ancora ai casi di diffida ad adempiere, *ex art.* 1454 c.c.

Un ulteriore requisito di cui deve essere insignita la richiesta di intimazione è quello della forma scritta, nonostante lo stesso sia richiesto solo ai fini della realizzazione degli ulteriori effetti conseguenti da tale requisito ⁽²⁵⁶⁾; giova precisare che, infatti, l'elemento della forma ben può essere realizzato attraverso la redazione e la sottoscrizione dell'avente diritto o di un legittimato, di un qualsivoglia documento che determini la configurazione di una scrittura privata.

Tuttavia, la normativa in esame prevede espressamente che tale scrittura non debba essere sottoscritta né del creditore né tantomeno dal suo procuratore; al riguardo, non può però non sottolinearsi che, in caso di assenza di tale sottoscrizione, non potrebbe essere ritenuta inequivocabile e riferibile al soggetto richiedente la volontà dell'adempimento altrui ⁽²⁵⁷⁾. A ben guardare, però, non sembra essere la carenza della sottoscrizione insuperabile: si considerino, ad esempio, i casi in cui detta intimazione sia formulata all'interno di un telegramma, il quale, come noto, è sprovvisto della sottoscrizione della parte che procede all'invio dello stesso. Pertanto, sembra ragionevole concludere che i requisiti sopra richiamati siano debitamente soddisfatti in tutte le situazioni in cui la volontà dedotta nella richiesta sia inequivocabilmente chiara, precisa e riferibile al soggetto intimante.

Alla luce di quanto detto, appare possibile ritenere che l'atto debba essere nel suo contenuto corrispondente alla normativa vigente, non anche, tuttavia, nella sottoscrizione del documento *de quo* ⁽²⁵⁸⁾.

²⁵⁶ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁵⁷ NATOLI U., *op. cit.*, p. 81.

²⁵⁸ GIORGIANNI M., *L'inadempimento: corso di diritto civile*, 1975, Milano, p. 116.

A tal proposito, non si richiede l'uso di formule sacramentali caratterizzanti il contenuto dell'atto, anche se è però necessario che lo stesso contenuto sia la chiara manifestazione della volontà del creditore di ottenere la realizzazione del proprio interesse. A nulla pertanto rilevano tutte quelle comunicazioni tese esclusivamente a rappresentare la mera situazione di fatto e di diritto generata dal comportamento altrui, anche laddove sia stata indicata e manifestata l'esistenza di un danno conseguente detto comportamento ⁽²⁵⁹⁾, così come non acquistano rilievo giuridico i diversi verbali di conciliazione, seppur sottoscritti dalle parti, qualora siano privi della volontà del creditore di provocare l'adempimento della prestazione; ed ancora, non sarà sufficiente per la realizzazione dei propri interessi, l'invio, da parte del creditore, del documento contabile contenente l'indicazione del prezzo da versare, laddove non vi sia anche la chiara manifestazione della volontà che tale importo sia corrisposto. *A contrario*, sono stati invece ritenuti soddisfatti i requisiti previsti sia con l'invio della cartella esattoriale sia, tra gli altri, con la convocazione effettuata dalla direzione provinciale del lavoro tesa all'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione ⁽²⁶⁰⁾.

Un aspetto da ritenere oggetto di approfondimento è relativo alla necessità o meno che detta comunicazione contenga l'importo esatto da versare, nei casi, ovviamente, di debiti pecuniari, o la specificazione della esatta prestazione da realizzare, negli altri casi.

Si è ritenuto che tale aspetto non sia necessario ai fini della validità della intimazione nonché della configurazione delle sue conseguenze, sempre che, però, la prestazione sia esattamente individuabile attraverso l'esame degli altri documenti che

²⁵⁹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁶⁰ NATOLI U., *op. loc. cit.*

sottondono l'obbligazione stessa ⁽²⁶¹⁾; pertanto, laddove, ad esempio, trattasi di un caso che vede il soggetto creditore titolare di più diritti nei confronti del debitore, sarà necessario informare quest'ultimo dei titoli che si intendono azionare e provocare, pena la invalidità della stessa richiesta.

In merito poi alla già ricordata ricettività dell'atto, lo stesso dovrà giuridicamente entrare nella sfera di conoscenza del debitore, pena, anche in questo caso, l'invalidità dell'atto; ciò nonostante, la normativa che ci occupa non prevede delle regole formali per tale comunicazione: si rammenta in particolare che è stato ritenuto sufficiente anche l'invio della semplice lettera priva di certificazione di avvenuta spedizione ⁽²⁶²⁾.

E' logico però iniziare ad intravedere, in tale ultima fattispecie, un serio problema relativo all'onere della prova, il quale non potrà certamente essere soddisfatto attraverso il deposito della mera comunicazione priva dell'avvenuta spedizione.

Inoltre, stante il *modus operandi* che connota il nostro tempo, si è ritenuto necessario financo che il creditore debba fornire la prova anche del contenuto della eventuale lettera inviata mezzo posta raccomandata, non essendo ritenuta sufficiente la mera certificazione presente sulla busta di invio ⁽²⁶³⁾.

Nonostante quanto detto, a favore del creditore è stata individuata la possibilità da parte di quest'ultimo di procedere alla formazione della prova anche attraverso mere presunzioni, purché gli elementi siano gravi, precisi e concordanti, ovvero attraverso l'intimazione di testimoni, non esistendo in tali casi alcun limite alla loro valida escussione da parte dell'organo giudicante; risulta pleonastico

²⁶¹ NATOLI U., *op. cit.*, p. 86.

²⁶² NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁶³ NATOLI U., *op. loc. cit.*

aggiungere che l'invio della intimazione mezzo l'ausilio dell'ufficiale giudiziario non presenterà alcun tipo di dubbio, ritenendosi in detti fattispecie raggiunta la prova sia in merito al contenuto sia in merito all'avvenuta ricezione dell'atto da parte del destinatario (²⁶⁴).

L'intimazione avente i requisiti e le caratteristiche sopra ricordate ben potrebbe avere l'effetto aggiuntivo di provocare, in assenza di adempimento da parte del debitore, la risoluzione del rapporto intercorrente tra le parti, anche se occorre precisare che, in tali situazioni, l'atto sarà un vero e proprio negozio giuridico, così come già sopra accennato, il cui contenuto non potrà pertanto limitarsi alla mera comunicazione della volontà che la prestazione sia eseguita.

Il contenuto di tale atto dovrà essere peraltro compilato con l'indicazione di un termine entro il quale l'obbligazione dovrà essere realizzata nonché l'informazione in merito alle conseguenze giuridiche che discenderanno da una eventuale carenza di adempimento (²⁶⁵), anche se alcun tipo di formula sacramentale è prevista, così come nei casi *ex art. 1219 e 1221* sopra citati (²⁶⁶); e così, come negli altri casi di cui si è in precedenza trattato, sarà solo necessario che dal contenuto della dichiarazione si desuma con chiarezza ed inequivocabilità la volontà del creditore agente; tuttavia, a differenza di quanto sopra, è in questo caso richiesto che venga effettuata la dichiarazione dell'esatto importo o della esatta prestazione di cui si chiede l'adempimento, pena la caducazione degli effetti che si vorrebbero in tal modo conseguire (²⁶⁷).

²⁶⁴ NATOLI U., *op. cit.*, p. 89.

²⁶⁵ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁶⁶ NATOLI U., *op. cit.*, p. 90.

²⁶⁷ NATOLI U., *op. loc. cit.*

Nel caso oggetto di studio, la forma richiesta continua ad essere quella scritta, con conseguente riferimento di quanto detto in tema di onere della prova anche in questi esempi.

E' inoltre richiesta la sottoscrizione del documento da parte del soggetto agente o di un suo rappresentante, pena la invalidità dell'atto stesso.

Una fattispecie del tutto particolare è descritta all'interno dell'art. 1457 c.c. ed è relativa al termine essenziale deducibile dalle parti nell'accordo ed il soggetto creditore gode di un brevissimo tempo entro il quale esercitare il diritto di chiedere l'esecuzione della prestazione, nonostante sia già decorso il termine essenziale. Il periodo è pari a tre giorni e stante la esiguità dello stesso, la legge non richiede alcun tipo di formalità nemmeno relativamente alla forma della richiesta per l'intimazione ad adempiere, sebbene sarà necessario che la volontà dell'adempimento tardivo del creditore sia chiara ed inequivocabile agli occhi del soggetto debitore (²⁶⁸).

Orbene, appare ora il caso esaminare le modalità di tempo nel quale il creditore può legittimamente agire al fine di ottenere il soddisfacimento del proprio interesse.

In tema di elemento temporale, bisogna distinguere due ipotesi e vale dire quella in cui non sia fissato un termine entro il quale l'adempimento dovrà essere effettuato, e quella in cui tale termine è stato invece specificamente indicato. Alla prima ipotesi sono paragonati anche i casi in cui il termine sia rimesso alla volontà del debitore o del creditore, mentre alla seconda fattispecie, sono ragguagliati i casi in cui non sia indicato a favore di quale soggetto tale termine operi ovvero ai casi in cui sia posto a favore del debitore o del creditore o di entrambi (²⁶⁹).

²⁶⁸ BENATTI F., *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, nota 76.

²⁶⁹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

Si è già ricordato che la massima espansione del diritto del creditore si configura laddove non sia stato posto alcun termine, in quanto in tali casi, lo stesso creditore ben potrà esigere immediatamente l'altrui prestazione; a quanto detto però è necessario aggiungere un correttivo, il quale trova fondamento nei principi dettati dallo stesso ordinamento giuridico, oltre che dalla natura testuale del codice che ci governa: invero, il creditore, in tali ipotesi, dovrà porre in essere una condotta caratterizzata da buona fede e dalla tolleranza richiesta dalla natura e dalla tipologia ed entità della controprestazione ⁽²⁷⁰⁾; quanto detto è altresì rintracciabile nel suo fondamento nell'art. 1183 c.c., così come lo stesso codice del 1865 disponeva, nel quale si afferma che l'esigibilità della altrui prestazione non può non tenere conto degli usi, della natura, del modo e del luogo della sua esecuzione. Alla luce di ciò, sembra ragionevole affermare che, in assenza di termine, lo stesso sia da considerare quello "normale" nella fattispecie concreta, in relazione, peraltro, agli interessi che i soggetti hanno inteso regolare attraverso la fonte delle loro obbligazioni ⁽²⁷¹⁾.

Esempi di comune conoscenza ne sono i contratti di mutuo per la compravendita, ad esempio, di un immobile: in tali casi sarebbe impossibile anche solo immaginare l'esistenza del diritto in capo all'ente erogante della richiesta di immediata restituzione delle somme; accanto a tali ipotesi, ne esistono altre che invece prevedono la deduzione di un termine, proprio in relazione alla natura stessa del contratto: è questo in caso del comodato, il quale prevede la costituzione di un diritto personale di godimento su un bene.

Tuttavia, laddove un termine non sia stato previsto, il comodante ben potrà esigere immediatamente la restituzione del bene, sempre però con il correttivo già

²⁷⁰ GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza dall'Avv. Giorgio Giorgi*, VII, Firenze, 1910, p. 55.

²⁷¹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

sopra indicato: un ulteriore esempio è raffigurato dai contratti di deposito, nei quali il depositario ha l'obbligo di rendere la cosa al depositante su semplice richiesta di quest'ultimo nella immediatezza della stessa richiesta (²⁷²).

In caso di insorgenza di controversia relative alla richiesta di immediata esecuzione della prestazione, laddove pertanto le parti non riescano a definire un accordo in merito al tempo della esecuzione della stessa, spetterà all'organo giudicante la fissazione del termine per l'adempimento.

E' ovvio che il termine fissato da quest'ultimo non potrà che essere connotato dalla congruità e che sarà il frutto di una accurata valutazione delle circostanze di merito e di fatto sottese alla controversia sottoposta alla sua attenzione (²⁷³).

Non può che discendere da ciò che tale valutazione non potrà essere sindacabile in sede di legittimità proprio in ragione della necessaria valutazione del caso concreto.

L'opera prestata dal giudice può essere classificata in due categorie del tutto differenti tra loro: la fissazione del termine potrebbe essere il frutto di un esercizio di una funzione costitutiva (²⁷⁴) ovvero di una funzione di mero accertamento; quest'ultima ipotesi ricorre qualora sia stata indicata l'esistenza di un termine, sebbene questo non sia stato definito nella sua misura. E' questo il caso in cui le parti o la natura dell'accordo faccia riferimento agli usi esistenti in materia. In tali casi, infatti, al giudice spetterà esclusivamente il compito di definire la misura di detto termine e non anche di procedere alla creazione dello stesso.

²⁷² FIORENTINO A., *Contitolarità dei diritti di credito cartolari*, Napoli, 1947, p. 88.

²⁷³ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁷⁴ COLAGROSSO E., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 1948, Roma, p. 49.

Altro accade invece laddove le parti, nemmeno implicitamente, abbiano fatto riferimento a determinati usi già esistenti e caratterizzanti la natura del rapporto ⁽²⁷⁵⁾, in quanto la funzione dell'organo giudicante sarà propriamente costitutiva e tesa allo scopo, in buona sostanza, di limitare il diritto del creditore ad esigere immediatamente la prestazione di cui è titolare.

In tema di fissazione del termine da parte dell'autorità giudicante, risulta importante esaminare i casi in cui, nella qualità di soggetto obbligato, vi sia la pubblica amministrazione ⁽²⁷⁶⁾, poiché il problema involge aspetti estremamente delicati che potrebbero determinare un capovolgimento dei principi sottesi all'*agere* amministrativo. In particolare, il giudice corre il rischio, con il suo operato, di sostituirsi ed incidere sulla valutazione di interessi avente rilevanza pubblica e, per l'effetto, provocare una inammissibilità della decisione.

Per meglio comprendere quanto appena detto, è il caso di riportare un esempio tipizzato dalla giurisprudenza ⁽²⁷⁷⁾ di mezzo secolo fa, ma non per questo meno esemplificativo della questione: in tale caso, la Pubblica Amministrazione sarebbe stata gravata dall'onere di destinare un certo terreno ad uso pubblico – nella specie, uso di strada – nel momento in cui il bilancio lo avesse consentito. Trattasi evidentemente dell'applicazione della clausola *cum potuerit*, la quale, come noto, ha lo scopo di inquadrare la valutazione del tempo dell'adempimento in capo al soggetto debitore, seppur non in un'ottica di apprezzabile valutazione di convenienza e non assolutamente soggetta a mero arbitrio ⁽²⁷⁸⁾.

²⁷⁵ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁷⁶ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁷⁷ Cass., 26 marzo 1947, n. 433, in *Giur. It.*, 1947, I, 1, 365.

²⁷⁸ NATOLI U., *op. loc. cit.*

Si è ritenuto credere che l'intervento del giudice, pertanto, in tale caso avrebbe potuto determinare uno sconfinamento in un ambito del tutto al di fuori della sua competenza. Ne consegue che, laddove tale tesi dovesse trovare accoglimento, l'unico rimedio giuridico e giudiziario concesso al creditore sarebbe stato quello di rivolgersi alle magistrature amministrative, quantomeno in merito alla fissazione del suddetto termine (²⁷⁹).

Tuttavia, non sembra potersi concludere, non foss'altro per la possibile lesione del diritto di uguaglianza, l'esclusione di tale potere da parte del giudice c.d. ordinario, in ragione esclusivamente alla natura pubblicistica o privatistica dell'obbligato; infatti anche ad ammettersi il diritto il capo all'organo giudicante di fissare il termine entro il quale la parte debitrice debba dare inizio alla esecuzione della propria prestazione, rimarrebbe in ogni caso in capo a quest'ultima lo svolgimento dell'attività necessaria per realizzare in concreto gli interessi della controparte (²⁸⁰).

4. Il creditore in seguito al ricevimento della prestazione altrui.

Il creditore soddisfatto nella realizzazione del suo interesse, al termine della esecuzione della prestazione, si trova costretto a sopportare alcuni veri e propri obblighi, i quali consistono, ad esempio, nell'emissione della quietanza in cui si dà atto della prestazione ricevuta, e nella manifestazione del consenso alla liberazione

²⁷⁹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁸⁰ NATOLI U., *op. cit.*, p. 114.

dei beni offerti in garanzia dai vincoli che ne limitano la disponibilità ⁽²⁸¹⁾ che non solo possono avere quale soggetto destinatario il debitore, ma, altresì, ben potrebbero individuare quale beneficiario il terzo che ha proceduto all'adempimento ed abbia prestato in garanzia dei beni in luogo del debitore.

Interessante questione involge, altresì, lo studio della espressione normativa che prevede che il rilascio della quietanza deve essere effettuato dal creditore che riceve il pagamento, sotto l'aspetto della possibile condizione di esecuzione della prestazione ⁽²⁸²⁾; al riguardo, è necessario verificare se il debitore possa validamente esimersi dal compimento dei propri doveri solo alla luce di una qualche forma di negazione da parte del creditore di non procedere al rilascio della relativa quietanza.

Tuttavia, non sembra verosimile che l'eventuale diniego al detto rilascio possa in qualche modo giustificare o, meglio, legittimare, l'inadempimento del debitore ⁽²⁸³⁾; infatti, la dottrina nazionale conclude per l'esclusione di tale legittimazione, non potendosi fondare l'assunto contrario nemmeno sul disposto dell'art. 1460 c.c., in quanto la fattispecie prevede espressamente due prestazioni uguali, ma contrarie, che godano però dello stesso peso all'interno del sinallagma contrattuale. Nel caso appena visto, invece, si ritiene del tutto insussistente la corrispettività tra la prestazione principale e quella meramente marginale e consequenziale del creditore obbligato alla emissione della quietanza ⁽²⁸⁴⁾.

Al debitore è fornito uno strumento giuridico teso al raggiungimento dell'obiettivo: la formulazione della offerta a mezzo dell'ufficiale giudiziario, il

²⁸¹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁸² NATOLI U., *op. cit.*, p. 224.

²⁸³ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁸⁴ NATOLI U., *op. loc. cit.*

quale, redigendo il verbale di consegna, fornirà anche la prova documentale dell'avvenuta esecuzione ovvero la prova del rifiuto da parte del creditore.

Al debitore è fatto salvo di procedere altresì alla richiesta nei confronti del creditore della restituzione delle somme sopportate per l'attivazione di detta procedura, spese che in casi normali sarebbero invece sostenute dal debitore richiedente, nonché per il ristoro dei danni subiti a causa della mancata assenza dell'atto di quietanza ⁽²⁸⁵⁾.

Giova rammentare, ai fini che ci occupano, che la quietanza altro non è se non un documento contenente una dichiarazione di scienza del creditore, che conferma il ricevimento di una prestazione o, in particolare, la consegna di determinati beni siano essi fungibili, come il denaro, o infungibili.

Quanto detto risulta di notevole importanza, in quanto potrebbe configurare una confessione stragiudiziale, la quale, come noto, fa piena prova fino a querela di falso ⁽²⁸⁶⁾; inoltre, la stessa, anche ove emessa esclusivamente per il capitale, ma non in via espressa, fa fede pure relativamente agli interessi dovuti.

La stessa dichiarazione non è sottoposta a rigide regole formali, anche se ovviamente, a tutela soprattutto della parte creditrice, è richiesto che sia in essa indicato il riferimento alla prestazione che si intende soddisfatta, in quanto la quietanza nasce ed è finalizzata esclusivamente a soddisfare l'onere della prova poiché la stessa non può in alcun modo sostituire la reale ed esatta prestazione eseguita dal debitore.

²⁸⁵ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁸⁶ NATOLI U., *op. loc. cit.*

La manifestazione del gradimento, invece, non assume nemmeno i caratteri della prova giudiziale o stragiudiziale, potendo semmai raggiungere la configurazione di una mera presunzione semplice, *ex art. 2729 c.c.*

Relativamente invece all'obbligo attinente invece alla liberazione dei beni sottoposti a garanzia a favore del creditore, quest'ultimo, al ricevimento della prestazione, dovrà acconsentire alla liberazione degli stessi, in quanto, una volta soddisfatto, la loro esistenza non troverebbe più alcuna giustificazione ⁽²⁸⁷⁾; tale assenso può consistere, a titolo meramente esemplificativo, nella dichiarazione necessaria ai fini della cancellazione della ipoteca ovvero la restituzione del bene dato in pegno ⁽²⁸⁸⁾.

5. *Il possibile rifiuto del creditore innanzi all'offerta del debitore.*

Alla luce di quanto finora descritto, le prestazioni in generale possono suddividersi in due macro categorie: le c.d. obbligazioni *portables*, in cui il credito è investito esclusivamente dall'onere di porre in essere delle mere attività preliminari affinché l'altro possa legittimamente adempiere, e le c.d. obbligazioni *quérables*, in cui il comportamento del creditore è caratterizzato da una vera attività positiva di apprensione e di ricezione della prestazione stessa ⁽²⁸⁹⁾.

Definiti i caratteri preliminari di tale disciplina, si evidenzia come, a questo punto, il creditore ben potrebbe trovarsi di fronte a due sole possibilità: potrà offrire la prestazione tesa al soddisfacimento dell'altrui interesse ovvero potrà non

²⁸⁷ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁸⁸ NATOLI U., *op. cit.*, p. 230.

²⁸⁹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

procedere con alcuna offerta e addirittura rifiutare di eseguire l'obbligo in capo a lui previsto.

Orbene, la fattispecie che ci occupa da vicino è certamente la prima, in ragione dell'esame da condurre sul comportamento del creditore ⁽²⁹⁰⁾.

In primo luogo, al fine di sviscerare tale problematica, è il caso di esaminare la capacità del debitore nel formulare l'offerta, nonché la corrispondenza tra il soggetto che invece offre di eseguire la prestazione e il debitore.

E' evidente che alcun problema sorgerà nel caso in cui il debitore che offre l'adempimento sia capace e corrisponda con il reale obbligato.

Problemi nasceranno piuttosto nel caso in cui il soggetto che intende soddisfare l'altrui interesse sia un terzo.

Anteriormente alla riforma del codice civile, l'art. 1238 c.c. disponeva espressamente che ben avrebbe potuto adempiere l'obbligazione altrui sia chi nutrisse interesse nel farlo sia chi invece di tale interesse era sprovvisto.

Pertanto, la questione era caratterizzata esclusivamente dallo studio dell'adempimento del terzo, in quanto la seconda disposizione (chi non vi ha interesse) rendeva del tutto superflua l'esistenza della prima (chiunque vi abbia interesse) ⁽²⁹¹⁾.

Alla luce di tale considerazione, l'odierno art. 1180 c.c. non prevede tale distinzione e disciplina esclusivamente la fattispecie dell'adempimento del terzo, il quale certamente non potrà essere uno dei coobbligati all'adempimento quali, ad esempio, il fideiussore, il delegato, l'espromittente o l'accollante ⁽²⁹²⁾.

²⁹⁰ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁹¹ NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Napoli, 1978, p. 11.

²⁹² RESCIGNO P., *L'accollo semplice*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, I, p. 353.

Ad oggi, come vedremo meglio nel capitolo III, si può concludere che il terzo è mosso dalla volontà libera di soddisfare e realizzare l'altrui interesse, scorrendo in secondo piano l'estinzione dell'obbligazione del debitore, solo eventuale.

Tale possibilità è financo ammessa dalla legge, la quale non dispone che l'unico modo teso alla realizzazione di tale interesse sia l'attività del debitore, la quale è considerata, nelle sue caratteristiche, fungibile ⁽²⁹³⁾.

Il terzo, infatti, è un soggetto che non solo è estraneo al rapporto *de quo*, in senso soggettivo, e vale a dire che il terzo non può e non deve rivestire la veste di creditore o di debitore, ma, altresì, lo stesso deve essere del tutto privo di vincoli di altro genere; pertanto, sarebbe escluso da tale disciplina la fattispecie che vede, ad esempio, un soggetto che, avendo instaurato un giudizio per il riconoscimento del proprio sub ingresso in un contratto di locazione, abbia offerto il pagamento del dovuto al locatario, al solo fine di tenere in vita il contratto di locazione tra le parti ⁽²⁹⁴⁾.

Giova precisare che tale offerta non risulta essere un vero momento di attuazione dell'obbligo del debitore, in quanto non è tesa alla liberazione di quest'ultimo, ma trattasi piuttosto di un incidente che, addirittura, potrebbe avere, entro delimitati confini, la prevalenza anche rispetto alla volontà dei soggetti creditore e debitore; ne consegue che la liberazione del debitore è solo un momento eventuale. In tale senso sembra ragionevole concludere che si dia luogo ad un negozio astratto, la cui origine ben potrebbe essere sia una liberalità, sia una causa diversa.

²⁹³ NATOLI U., *op. loc. cit.*

²⁹⁴ NATOLI U., *op. loc. cit.*

Orbene, innanzi alla formulata offerta dal terzo di adempiere la obbligazione del debitore, il creditore ben potrebbe opporre il rifiuto, sebbene entro limiti ben delineati.

Nel testo abrogato dell'art. 1239 c.c., il creditore avrebbe potuto rifiutare l'adempimento del terzo solo ove la prestazione oggetto di pattuizione avesse rivestito il carattere della infungibilità, come, ad esempio, nei casi di successiva affrancazione dell'enfiteusi a seguito del pagamento del dovuto (²⁹⁵).

Attualmente, invece, tale eccezione non è più così rara, e le possibilità per il creditore di rifiutare l'offerta del terzo sono notevolmente aumentate.

In primo luogo, la normativa non tratta solo dei casi di prestazione infungibile e non considera la natura dell'obbligazione dedotta (²⁹⁶). Inoltre, il creditore ben potrebbe rifiutare l'offerta nei casi in cui abbia un interesse, seppur non apprezzabile, a che la prestazione sia eseguita dal debitore personalmente.

E' evidente che il creditore, da ultimo, possa rifiutare legittimamente l'offerta del terzo, qualora questi abbia giustappunto formulato un'offerta non idonea alla piena e definitiva realizzazione degli interessi.

A ben guardare, pertanto, l'unica esclusione al diritto del creditore di rifiutare l'offerta del terzo, sarebbe quella basata su mere considerazioni morali non suscettibili di valutazione economica (²⁹⁷).

Oltre a quanto finora indicato, è disciplinata anche l'ipotesi dell'opposizione da parte del debitore a che il terzo adempia la propria obbligazione.

E' appena il caso di ricordare che il codice del 1865 non contemplava tale ipotesi, lasciando così ampio spazio alla libera interpretazione degli autori.

²⁹⁵ GIORGI G., *op. cit.*, p. 158.

²⁹⁶ GIORGI G., *op. loc. cit.*

²⁹⁷ BARBERO D., *op. cit.*, p. 28.

Invero, da un lato, parte della dottrina ⁽²⁹⁸⁾ sosteneva che, non essendo oggetto di disciplina positiva, nessun valore avrebbe dovuto essere prestato a tale opposizione; un altro orientamento ⁽²⁹⁹⁾ invece prevedeva un quasi obbligo in capo al creditore di rifiutare l'offerta in tutti i casi di opposizione del legittimato ad adempiere, *ictu oculi* del tutto inammissibile non foss'altro perché contrastante con i più noti principi dell'ordinamento giuridico; un terzo pensiero ⁽³⁰⁰⁾, di mezzo tra i due appena ricordati, conferiva invece la libertà al creditore di scegliere se accogliere la prestazione o meno. Tale ultima tesi, redatta in armonia con il § 267 del B.G.B., aveva avuto la meglio rispetto alle altre, in ragione della critica mossa alle precedenti; in particolare, laddove fosse stata ammessa la prima linea di pensiero, le conseguenze sarebbero state doppiamente negative per il creditore, il quale non solo non sarebbe stato soddisfatto, mentre il debitore ben avrebbe potuto essere liberato attraverso l'esperimento della procedura dell'offerta reale e del deposito ⁽³⁰¹⁾, ma, altresì sarebbe stato violato il suo diritto ad ottenere il soddisfacimento della prestazione, alla luce della mancata offerta formulata da parte del terzo.

L'art. 1180, comma 2, c.c. ha in pieno accolto tale ultimo orientamento, prevedendo la possibilità in capo al creditore di scegliere liberamente se accettare o meno l'offerta del terzo, nonostante l'opposizione del debitore ⁽³⁰²⁾. Pertanto, sembra verosimile concludere che il diritto esistente in capo al creditore è quello di rifiutare l'offerta sia qualora questa non sia ritenuta conveniente, sia in ragione dell'accoglimento della volontà del debitore, che ha prontamente comunicato la propria opposizione.

²⁹⁸ CARBONI B., *Delle obbligazioni nel diritto odierno*, Torino, 1912, p. 196.

²⁹⁹ BORSARI L., *Commentario al codice civile italiano*, III, 2, Torino, 1877, p. 616

³⁰⁰ NICOLÒ R., *op. cit.*, p. 124 e 125.

³⁰¹ GIORGI G., *op. cit.*, p. 150.

³⁰² NATOLI U., *op. loc. cit.*

Le caratteristiche dell'adempimento del terzo sono di varia natura.

In primo luogo, il terzo deve disporre della capacità di agire e, in ogni caso, mai potrà vantare le eccezioni e le particolarità del rapporto esistente esclusivamente tra debitore e creditore ⁽³⁰³⁾. Inoltre, a tale disciplina non è applicabile il dettato dell'art. 1189 c.c., il quale prevede espressamente che il debitore è liberato anche se esegue la prestazione nei confronti del creditore apparente, in quanto tale disciplina è tesa a tutelare in particolare la figura del debitore e non, quindi, quella del terzo; inoltre, in caso contrario, tale disciplina si troverebbe applicata ad una fattispecie che è sprovvista della causa stessa del pagamento.

Ancora, non sembra sia validamente applicabile a detti casi nemmeno il dettato dell'art. 1192 c.c., il quale dispone in merito al pagamento del dovuto effettuato con beni di cui il debitore non avrebbe potuto disporre; infatti, al terzo è conferito il diritto di poter procedere alla formulazione dell'offerta reale nonché del deposito, entrambi aventi lo scopo di determinare la liberazione del debitore. Tale disciplina è ritenuta operante nel caso di specie, in quanto, non solo non è espressamente esclusa da parte dell'ordinamento, ma, altresì, poiché uno degli scopi dell'opera del terzo, seppur non il principale e non il prevalente, è proprio quello di consentire la liberazione del debitore ⁽³⁰⁴⁾.

Inoltre, tale motivazione ha indotto la dottrina ad affermare la suddetta operatività; ed infatti, solo ammettendosi l'esercizio da parte del terzo di tali diritti (offerta reale e deposito) il creditore ben potrebbe rifiutare incondizionatamente ogni offerta.

³⁰³ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³⁰⁴ NATOLI U., *op. loc. cit.*

Orbene, trattando più nello specifico delle caratteristiche dell'offerta, si può ragionevolmente affermare che la stessa debba conformarsi al dettato dell'art. 1208 c.c., precisando che, in caso di assenza di tali elementi, l'offerta di certo potrà essere considerata comunque valida, seppur non compiutamente di rilievo giuridico.

L'offerta è definita come una fattispecie complessa, in quanto formata da un atto giuridico e da un atto materiale ⁽³⁰⁵⁾.

L'atto giuridico di manifestazione della volontà di adempiere l'obbligazione assume un rilievo specifico, in quanto deve evidenziare al suo interno gli elementi della prestazione e le circostanze in cui si intendere effettuare l'adempimento.

Assume rilievo tale atto in quanto è, in base a detta offerta, che il creditore deciderà se accettare o meno il soddisfacimento del proprio interesse ⁽³⁰⁶⁾. Inoltre, l'erroneità o l'inidoneità della offerta non potrebbe in nessun caso essere superata nemmeno da un corretto atto materiale e cioè dalla esatta esibizione della prestazione, mentre è vero il contrario; infatti, laddove l'offerta dovesse sembrare congrua, ma la prestazione esibita non dovesse corrispondere a quanto dovuto, il creditore ben potrebbe, in tal caso, rifiutare il tutto ⁽³⁰⁷⁾.

L'atto di manifestazione della volontà non è soggetta alle particolari formalità dettate in tema di intimazione del debitore, seppur in ogni caso deve godere dei requisiti della tempestività, della completezza e della serietà.

L'atto materiale consiste invece nella esibizione del dovuto al creditore, nel tempo e nel luogo dedotti all'interno dell'accordo stipulato dalle parti originarie.

E' evidente come l'atto realmente fondamentale affinché si possa considerata configurabile la fattispecie dell'adempimento del terzo è l'atto materiale,

³⁰⁵ FALZEA A., *op. cit.*, p.267.

³⁰⁶ FALZEA A., *op. loc. cit.*

³⁰⁷ NATOLI U., *op. loc. cit.*

proprio in quanto l'offerta, non essendo soggetta ad alcun tipo di formalità, ben potrebbe essere effettuata anche verbalmente; laddove l'offerta ovvero la sua esibizione non dovesse corrispondere quantitativamente o qualitativamente alla prestazione dovuta, il creditore, come detto, ben potrebbe rifiutarla, senza per questo essere tacciato di abusare del proprio diritto all'opposizione che, invece, si configurerebbe in caso di comportamento posto in essere contrariamente alla buona fede ed alla correttezza ⁽³⁰⁸⁾.

Nel caso in cui l'offerta non corrisponda quantitativamente alla obbligazione dedotta, è necessario porre l'attenzione all'art. 1181 c.c., il quale afferma che, innanzi ad una offerta di adempimento parziale, anche laddove la prestazione sia divisibile, il creditore è libero di rifiutare, salvo che la legge o gli usi che governano l'obbligazione dispongano diversamente.

Alla luce di quanto detto, sembra ragionevole interpretare che qualora l'offerta sia integrale, il creditore non potrebbe rifiutare ⁽³⁰⁹⁾.

Per offerta integrale, l'art. 1208 c.c. prevede che sia data la totalità della somma o dei beni che si devono consegnare, dei frutti, degli interessi, delle spese sostenute, con riserva di integrazione laddove fosse necessario; pertanto, l'offerta sarà ritenuta accettabile solo ove la stessa sia comprensiva di capitale ed accessori nella loro totalità.

In particolare, per ciò che riguarda le spese, le stesse riguardano sia quelle sopportate da parte del debitore, il quale mai potrà richiedere il rimborso da parte del

³⁰⁸ NATOLI U., *op. cit.*, p. 200.

³⁰⁹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

creditore, sia quelle sostenute da quest'ultimo al fine di ottenere il soddisfacimento del proprio interesse, siano queste di natura giudiziale, sia stragiudiziale (³¹⁰).

Gli accessori sono, di conseguenza, di tale importanza che, laddove gli stessi non siano esattamente quantificati ed offerti al creditore, la stessa offerta non potrà che essere considerata parziale, *ex art. 1181 c.c.*, senza che, peraltro, il *quantum* della differenza esistente rivesta un qualche rilievo giuridico.

Sarà infatti sufficiente anche una minima differenza al ribasso per determinare la parzialità della offerta.

Tuttavia, parte della dottrina (³¹¹) ritiene invece che tale ultimo aspetto non possa determinare la nascita del diritto alla risoluzione contrattuale, essendo fondamentale l'operatività della disposizione contenuta negli artt. 1175, 1375 e 1455 c.c.; l'offerta parziale sarà ritenuta insoddisfacente anche se frutto di un calcolo non doloso da parte del debitore, in quanto si ritiene fondamentale tutelare appieno il diritto del creditore (³¹²).

Il difetto della offerta non potrà essere superato nemmeno nei casi in cui, in sede di deposito, il debitore dovesse procedere alla integrazione del dovuto; al riguardo, parte della dottrina (³¹³) ritiene invece che in detti casi, il creditore non possa rifiutare l'adempimento in quanto, seppur in tempo successivo, risulterebbe essere integrale; però non sembra possibile accogliere tale interpretazione in quanto, ragionando *a contrario*, se fosse ammessa, determinerebbe un danno nei confronti del creditore, il quale ben avrebbe potuto accettare l'offerta ove fosse stata esattamente formulata nei suoi elementi piuttosto che subire le conseguenze di

³¹⁰ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³¹¹ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 202 e 203.

³¹² NATOLI U., *op. loc. cit.*

³¹³ FALZEA A., *op. cit.*, p. 247.

un'offerta reale e di un deposito, qualora fosse possibile l'integrazione della stessa in sede di deposito stesso.

In merito invece ai casi di formulazione di offerta in eccesso, si è ritenuto considerarne la sua validità e, quindi, la carenza del diritto in capo al creditore di rifiutare, sempre che il debitore si occupi e preoccupi di ritirare la parte eccedente; tale interpretazione ha trovato il suo fondamento nella considerazione che il requisito della correttezza è stato ampiamente realizzato ⁽³¹⁴⁾; tuttavia, c'è chi ha ritenuto ⁽³¹⁵⁾ valida detta offerta solo nei casi in cui non si configurino degli inconvenienti per il creditore, il quale, come detto, risulta essere il soggetto maggiormente tutelato dalla disciplina.

Esiste inoltre la tipologia della offerta approssimativa che si realizza nei casi in cui non essendo ancora stata precisata il dovuto nel suo ammontare, il debitore proceda comunque a formulare l'offerta al fine di evitare le conseguenze della mora, con riserva di integrarla al momento della esatta quantificazione della prestazione ⁽³¹⁶⁾; basti pensare alle fattispecie di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale o extracontrattuale, in cui, peraltro, la mora è automatica. Tale tesi trova fondamento nella necessità per il debitore di evitare la costituzione in mora, con la determinazione di tutti gli effetti di essa, anche nei casi in cui non sia possibile quantificare con precisione ed esattezza il contenuto della prestazione, sempre che si tratti di debito derivante da fatto illecito.

Negli altri casi, invero, trovano applicazione le disposizioni generali, a meno che non si verifichi il caso in cui, per colpa non imputabile al debitore, non sia

³¹⁴ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 205.

³¹⁵ FALZEA A., *op. cit.*, p. 249.

³¹⁶ NATOLI U., *op. loc. cit.*

possibile quantificare detta prestazione (³¹⁷). In queste fattispecie, infatti, troverà applicazione il noto principio *in illiquidis non fit mora*; giova precisare che allora il creditore ben potrebbe rifiutare l'offerta approssimativa, ma, allo stesso modo, dovrebbe subire le conseguenze dovute al ritardo della esecuzione della obbligazione.

Esistono, come detto, delle deroghe a tale regola generale (³¹⁸); invero, nelle fattispecie in cui l'obbligazione sia già, *ab origine*, frazionata, ovviamente non potrà trovare applicazione la normativa dettata dall'art. 1181 c.c., in quanto il creditore potrebbe essere soddisfatto solo nei casi in cui il debitore dovesse decadere dal beneficio del termine a causa di una delle motivazioni descritte dall'art. 1186 c.c. (³¹⁹); altri casi di deroga sono rappresentati dalla sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione, dalla rifrazione del debito tra debitore e coeredi, in tema di assegno bancario e, tra gli altri, dalle prestazioni pecuniarie dovute dalla Pubblica Amministrazione, la quale ben potrebbe soddisfare il credito dell'avente diritto solo parzialmente, senza che quest'ultimo possa in qualche modo esercitare il diritto del rifiuto della prestazione.

Restano invece esclusi dalla possibilità di deroga, i casi di cui agli artt. 1537 e 1538 c.c. relativi alla vendita a misura e a corpo, in quanto si riferiscono, ancor prima che alla quantificazione del rapporto, all'identificazione del suo oggetto (³²⁰).

In merito invece alla inesattezza qualitativa e non quantitativa dell'offerta formulata, l'art. 1245 del c.c. dell'anno 1865, il quale risultava anche in detto caso una esatta traduzione del testo napoleonico, disponeva espressamente la legittimità

³¹⁷ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³¹⁸ FALZEA A., *op. cit.* p. 251; NATOLI U., *op. loc. cit.*

³¹⁹ NATOLI U., *op. cit.*, p. 207.

³²⁰ NATOLI U., *op. loc. cit.*

del rifiuto del creditore in caso di offerta di un bene diverso, anche se di maggior valore, rispetto a quello dedotto in rapporto.

Nel codice vigente, esiste una simile disposizione normativa che prevede, nel suo art. 1197 c.c., che il debitore – in tal guisa spostando l’attenzione dal creditore al debitore – non può validamente offrire una prestazione qualitativamente diversa rispetto a quella oggetto della sua obbligazione. E’ ovvio che tale disposizione è applicabile sia ai casi in cui l’offerta sia formulata dal debitore sia ove tale prestazione sia offerta da un terzo (³²¹). Ne consegue che in tali ipotesi il debitore sarebbe liberato dai propri doveri, anche senza la realizzazione dell’interesse del creditore, in quanto si configurerebbe un caso di *datio in solutum* o prestazione in luogo dell’adempimento (³²²).

Qualora in difetto della offerta sia assoluto, ci troveremmo di fronte ad un caso di *aliud pro alio*, in cui il rifiuto del creditore non potrebbe che essere considerato legittimo; giova precisare che tale conclusione deve essere ritenuta valida anche nei casi in cui la qualità difforme sia solo relativa alla funzionalità della prestazione, ugualmente laddove, pure in questo caso, il difetto non fosse imputabile al debitore, il quale, tuttavia, non subirebbe le conseguenze dell’inesattezza in ordine all’inadempimento (³²³).

Quanto detto trova origine, in armonia con quello che abbiamo già ricordato sopra, con la considerazione che al creditore non è fatto dovere di procedere con la verifica delle condizioni e delle cause che hanno impedito al debitore l’esecuzione della propria prestazione.

³²¹ NATOLI U., *op. cit.*, p. 209.

³²² NATOLI U., *op. loc. cit.*

³²³ GIORGIANNI M., *op. cit.*, p. 26.

In ordine alla identificazione del concetto di inesattezza qualitativa, esistono diverse interpretazioni, in quanto non è rintracciabile una chiara disposizione nel merito (³²⁴).

In talune ipotesi, si ritiene che non si possa procedere con l'istituto della risoluzione contrattuale, laddove la diversità non ecceda i limiti di tolleranza comunemente consentiti; lo stesso dicasi quando il conduttore non potrà domandare la risoluzione del contratto di locazione, laddove i vizi della cosa locata non diminuiscano in modo apprezzabile l'idoneità dell'uso pattuito; nelle fattispecie indicate, infatti, il creditore sarà costretto a tollerare la *diminutio* qualitativa del bene oggetto della obbligazione altrui (³²⁵); inoltre, in tali casi non sarebbe nemmeno fornito da parte dell'ordinamento giuridico lo strumento della richiesta della riduzione del prezzo, la quale opera solo nei casi di raggiungimento di una certa gravità.

Appare evidente, alla luce anche delle ultime considerazioni, che la posizione creditoria sarebbe in questo caso frustrata, al punto da determinare una profonda diversità con la disciplina dettata in tema di difformità quantitativa del bene offerto in prestazione, *ex art. 1181 c.c.* Invero, mentre per i casi di inesattezza quantitativa sarebbe sufficiente una qualsiasi diminuzione della offerta rispetto al dovuto, nei casi di inesattezza qualitativa, la stessa dovrà necessariamente essere qualificata nella sua gravità; non in tutte le ipotesi la insufficiente gravità della inesattezza qualitativa non determinerà alcuna conseguenza (³²⁶): nei contratti di appalto, il committente ben potrebbe chiedere all'appaltatore l'eliminazione dei vizi e delle difformità a spese dell'appaltatore stesso ovvero la diminuzione del prezzo.

³²⁴ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³²⁵ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³²⁶ NATOLI U., *op. cit.*, p. 214.

Lo stesso dicasi nei casi di vendita su campione e su tipo di campione *ex art.* 1552 c.c. (³²⁷); invero, l'art. 1552 c.c. dispone espressamente che se la vendita è fatta sul campione, s'intende che questo deve servire come esclusivo paragone per la qualità della merce, e, in tal caso, qualsiasi difformità attribuisce al compratore il diritto alla risoluzione del contratto; qualora, però, dalla convenzione o dagli usi risulti che il campione deve servire unicamente a indicare in modo approssimativo la qualità, si può domandare la risoluzione soltanto se la difformità dal campione sia notevole (³²⁸).

Tale norma conferma sia l'esistenza del contemperamento della tolleranza che deve infondere il comportamento del creditore, sia inoltre la necessità che in ogni caso la prestazione da eseguire sia esattamente quella dedotta in contratto, anche in termini di qualità del bene.

Pertanto, il creditore potrà legittimamente rifiutare l'adempimento altrui solo nel caso in cui la qualità del bene offerto sia inferiore al di là di ogni limite di tolleranza, avendo avuto riferimento sia al valore, sia alla funzionalità dell'oggetto, sia alla luce delle disposizioni normative che governano l'obbligazione, sia, infine, alla volontà delle parti (³²⁹).

Una eccezione al diritto del creditore di rifiutare l'esecuzione della altrui prestazione si configura nei casi di impossibilità sopravvenuta; infatti, l'art. 1258 c.c. contempla sia l'ipotesi di impossibilità per l'intera prestazione sia la impossibilità parziale.

³²⁷ SERRA M., *Formazione del consenso; Vendita a prova, con riserva di gradimento e su campione; Vendita del marchio*, in V. Buonocore, A. Luminoso (a cura di) *Codice della vendita*, Milano, 2001.

³²⁸ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³²⁹ QUADRELLI M., *Natura giuridica delle bollette telefoniche e prescrizione*, in *dirittoediritti*, 2001.

Un caso del tutto analogo a quello appena indicato è previsto dall'art. 1192 c.c. che disciplina l'ipotesi del pagamento eseguito con cose altrui ⁽³³⁰⁾; infatti, mentre il debitore non può impugnare il pagamento eseguito con cose di cui non poteva disporre, salvo che offra di eseguire la prestazione dovuta con cose di cui può disporre, il creditore che ha ricevuto il pagamento in buona fede può impugnarlo, salvo il diritto al risarcimento del danno. Invero, il creditore ben potrebbe andare incontro alla problematica nascente dalla evizione e, pertanto, subire le conseguenze dovute ad una non definitiva realizzazione del proprio interesse ⁽³³¹⁾; ne consegue la legittimazione in capo al soggetto avente diritto di impugnare, come detto, il pagamento e di procedere ad una nuova richiesta di esecuzione della prestazione offerta con i beni di cui il debitore può, questa volta, disporre.

Va aggiunto poi che, nei casi di obbligazioni sinallagmatiche, il creditore ben potrebbe domandare giudizialmente la risoluzione del rapporto, al fine di vedersi liberato dai propri doveri, salvo ovviamente la richiesta e la refusione del risarcimento del danno subito a causa dell'altrui condotta ⁽³³²⁾. Al riguardo, si ritiene opportuno evidenziare che in dette ipotesi rientrano anche i casi di pagamento eseguito con beni gravati da diritti di terzi o sottoposti a vincolo; infatti, la normativa dettata dall'art. 1192 c.c. prevede, più in generale, la fattispecie della esecuzione effettuata con beni di cui il debitore non poteva disporre.

Come abbiamo già prima accennato, anche le modalità dell'adempimento risultano rivestire una importanza di un certo spessore ⁽³³³⁾; infatti, nei casi in cui il

³³⁰ NATOLI U., *op. cit.*, p. 215.

³³¹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³³² GIORGIANNI M., *op. loc. cit.*

³³³ NATOLI U., *op. loc. cit.*

debitore non abbia rispettato, nella propria esecuzione, il tempo ed il luogo preventivamente concordato, le conseguenze saranno molteplici.

In particolare, il luogo potrebbe ben legittimare il diritto del creditore di rifiutare la prestazione (³³⁴): basti pensare al noto caso in cui il conduttore, piuttosto che corrispondere il canone di locazione presso il domicilio del creditore, abbia invece corrisposto la somma attraverso un vaglia postale oppure una operazione bancaria, così violando i dettami dell'art. 1182 c.c.

Nel caso invece in cui l'offerta di eseguire i propri obblighi sia intempestiva, il rifiuto del destinatario sarà giustificato solo in determinate ipotesi; pensiamo ad un caso di offerta formulata prima della scadenza del termine, il creditore potrà esercitare il proprio diritto solo ove tale termine sia posto a favore esclusivamente di quest'ultimo (³³⁵) mentre negli altri casi, l'offerta tardiva è sempre ammessa, purché non si sia verificata una effettiva causa di preclusione e la prestazione sia divenuta definitivamente non eseguibile ovvero non sia stata domandata da parte del creditore la risoluzione del contratto. Al riguardo, è importante rilevare che, essendo detta offerta tesa alla caducazione della mora del debitore, la stessa sarà considerata ammissibile solo nel caso in cui sia comprensiva anche delle conseguenze generate dalla tardività dell'adempimento stesso (³³⁶).

³³⁴ QUADRELLI M., *op. loc. cit.*

³³⁵ NATOLI U., *op. cit.*, p. 217.

³³⁶ NATOLI U., *op. loc. cit.*

6. *Effetti giuridici e conseguenze.*

L'ordinamento tedesco, al § 324 del BGB, prevede espressamente l'obbligo in capo al creditore di corrispondere il dovuto nel caso in cui l'impossibilità sia a questo addebitabile.

Contrariamente, sembra sussistere una profonda lacuna all'interno del nostro ordinamento, il quale non dà alcuna risposta definitiva a tale questione; si sottolinea come nessun obbligo sia giuridicamente previsto in capo al creditore per quanto riguarda la controprestazione dovuta al debitore ⁽³³⁷⁾.

Alla luce di quanto appena detto, la dottrina ha formulato due diverse ipotesi di risoluzione.

Un orientamento ⁽³³⁸⁾ ritiene che nessuna obbligazione esista in capo al creditore e che è necessario utilizzare il criterio del rischio al fine di verificare la sussistenza o meno al diritto di ottenere il corrispettivo: in altre parole, il creditore dovrà rendere il corrispettivo solo quando gli impedimenti rientreranno nella sua sfera di rischio, altrimenti nulla sarà dovuto. Tale interpretazione trova origine nella dottrina tedesca, la quale prevede che il creditore debba rispondere quando la impossibilità è determinata da un elemento all'interno della sua sfera di rischio (Risikosphäre): la c.d. responsabilità per rischio ⁽³³⁹⁾.

Il secondo orientamento ⁽³⁴⁰⁾ pone invece l'attenzione esclusivamente alla colpa del creditore, il quale, solo nel caso in cui l'impossibilità della prestazione sia imputabile a titolo di colpa, sarà dovuto il pagamento del corrispettivo; tale parte

³³⁷ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 59.

³³⁸ TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, IX ed., Milano 1991, p. 362.

³³⁹ TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

³⁴⁰ BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964, p. 89.

delle dottrina ritiene infatti necessario distinguere tra i casi in cui il creditore ometta di cooperare al fine di rendere impossibile la esecuzione della prestazione, ed il caso in cui il creditore ponga in essere un comportamento doloso o colposo teso precipuamente ad impedire la prestazione.

La dottrina tedesca ritiene pertanto che, affinché possa trattarsi di responsabilità del creditore, debba sussistere almeno la colpa di quest'ultimo; tale orientamento prevede l'applicazione in detti casi del § 276 ss BGB che disciplina la responsabilità del debitore ⁽³⁴¹⁾.

La differenza tra ipotesi di sfera di rischio e riferimento alla colpa acquista un particolare rilievo in merito, peraltro, alle fattispecie in cui la prestazione è impossibile a causa di un evento fortuito.

Il primo orientamento relativo alla sfera di rischio sancisce l'obbligo del creditore ad adempiere alla propria prestazione ovvero di corrispondere il dovuto a titolo di risarcimento del danno, mentre il secondo orientamento determina l'esonero dello stesso, in quanto risulta di estremo rilievo giuridico l'assenza di una qualsivoglia colpa o dolo imputabile al creditore ⁽³⁴²⁾. A ben guardare, la teoria della sfera di rischio sembra trovare origine e fondamento in diversi dettami del nostro ordinamento. In particolare, la *mora accipiendi inculcata* prevede espressamente la costituzione in mora del creditore in assenza di colpa, così in armonia con quanto previsto per i casi di ritardo nell'adempimento dovuto a mancata cooperazione del creditore. Infatti, la teoria della sfera di rischio è applicata in Germania sia ai ritardi nell'adempimento sia alla impossibilità dello stesso; se quindi la prestazione sin dall'inizio era impossibile, seppur senza sua colpa, il creditore deve comunque

³⁴¹ TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

³⁴² TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

pagare il corrispettivo, ponendo a carico del creditore il rischio della controprestazione per ogni impedimento fortuito sia temporaneo in fase di definizione sia quelli immediatamente definitivi, in ragione della mancata cooperazione (³⁴³).

Molteplici sono le fattispecie codificate dall'ordinamento che prevedono l'assunzione del rischio da parte del creditore, come, ad esempio, il caso in cui il conduttore, non potendo godere del bene locato, dovrà corrispondere il canone di locazione, seppur per un limitato periodo di tempo; tuttavia, come sopra detto, anche qualora in cui il caso fortuito è il protagonista, si potrebbe procedere alla risoluzione del contratto a titolo di responsabilità sopravvenuta, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 ss c.c., anche se, come già illustrato, questa soluzione non sembra corrispondere ad un senso di giustizia condivisibile, altresì alla luce della circostanza che il debitore ben potrebbe aver già affrontato delle spese ed espletato degli incarichi per la esecuzione da prestare (³⁴⁴).

Ciò nonostante, a dispetto di quanto detto, non è rintracciabile alcuna disciplina unitaria e definitiva per i casi in cui l'impossibilità sia imputabile al creditore all'interno dei contratti sinallagmatici; invero, l'art. 1463 c.c. si limita a dettare una disciplina comune relativamente a tutti i casi in cui al debitore non sia imputabile tale impossibilità sopravvenuta, senza nulla aggiungere in merito ai casi specifici di impossibilità determinata da un comportamento del creditore.

A differenza di quello che accade all'interno della normativa nazionale, il BGB, al § 324 prevede specificatamente quali siano le conseguenze giuridiche in tali casi.

³⁴³ TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

³⁴⁴ TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

Orbene, si ritiene (³⁴⁵), in applicazione analogica dell'art. 1207 c.c. relativo alla mora del creditore, che in capo a quest'ultimo rimane l'obbligo al pagamento del corrispettivo laddove la causa sia imputabile al creditore. Secondo altri autori (³⁴⁶), piuttosto, dovrebbe essere applicato l'istituto della risoluzione del contratto, senza escludere il risarcimento del danno. Infine, c'è chi crede che a detti casi sarebbero applicabili le disposizioni di cui all'art. 1453 ss c.c., relative alla risoluzione del contratto a titolo di inadempimento del creditore, con tutte le conseguenze di legge ivi previste (³⁴⁷).

7. Ancora sulle conseguenze alla mancata cooperazione del creditore.

La cooperazione del creditore, come già ampiamente ricordato, non costituisce un obbligo per quest'ultimo, il quale agisce al solo fine di soddisfare un proprio interesse; ne consegue che il creditore non potrà essere obbligato a cooperare ed a lui non saranno in alcun modo applicabili le disposizioni in tema di inadempimento delle obbligazioni (³⁴⁸).

Tuttavia, giova precisare che, in talune eccezioni, la cooperazione costituisce quantomeno un onere se non un obbligo vero e proprio nei confronti del debitore: trattasi dei casi in cui quest'ultimo vanta un autonomo interesse a vedere realizzata la propria prestazione; basti pensare al caso di un'opera eseguita da un

³⁴⁵ NATOLI U. – BIGLIAZZI GERI L., *Mora eccipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 145.

³⁴⁶ COTTINO G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 215.

³⁴⁷ Cass., 14 gennaio 1992, n. 360, in *Mass. Foro it.*, 1992, p. 27.

³⁴⁸ NATOLI U., *op. loc. cit.*

attore o da un musico all'interno di una rappresentazione teatrale tesa alla diffusione ed alla pubblicità del proprio lavoro.

Tale elemento tuttavia non gode di una specifica tutela giuridica e pertanto, qualora il mancato adempimento della prestazione sia causato dalla mancata cooperazione da parte del creditore, l'obbligato non dovrà in alcun modo rispondere dei danni subiti dal soggetto passivo (³⁴⁹), mentre il debitore rimarrà obbligato alla prestazione fino a quando la stessa sarà eseguibile.

Solo in particolari ipotesi di obbligazioni di dare, il debitore potrà liberarsi della prestazione attraverso forme specifiche di deposito o sequestro, tese in ogni caso al soddisfacimento eguale dell'interesse del creditore (³⁵⁰), ma in tutte le altre fattispecie non sono invece date dall'ordinamento strumenti tesi alla liberazione, determinando così una lacuna che lascia privo di tutela l'obbligato a cui non sia imputabile l'impedimento alla esecuzione della propria prestazione.

Si consideri inoltre che, laddove si configurasse la mora del creditore, il debitore potrebbe essere gravato, peraltro a livello economico, anche di oneri che in caso di cooperazione del primo non avrebbe invece dovuto sopportare; si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla necessità di custodire oltre termine un bene di ingenti dimensioni ovvero alla impossibilità di svolgere una ulteriore commissione in ragione dell'impiego dei macchinari di proprietà sul luogo di destinazione del creditore.

Pertanto, ritenendosi del tutto squilibrato l'equilibrio tra gli interessi delle parti, l'ordinamento, trovando fondamento nel principio del porre a carico del creditore ogni aggravio e ogni rischio derivante dalla sua mancata attività, prevede

³⁴⁹ TRIMARCHI P., *op. cit.*, p. 345.

³⁵⁰ NATOLI U., *op. loc. cit.*

che il creditore dovrà sopportare i danni arrecati al debitore stesso, perdendo, inoltre, il diritto alla controprestazione (³⁵¹).

Il rifiuto alla cooperazione potrebbe però essere giustificata da una valida motivazione ed in tali casi la fattispecie descritta non troverà applicazione; i motivi sottesi alla esclusione della operatività della disciplina sopra richiamata ben possono essere, come già visto, la formulazione di un'offerta inesatta ovvero parziale o ancora formulata prima della scadenza del termine posto a favore del creditore o di entrambe le parti (³⁵²); il motivo legittimo, quale presupposto per la esclusione della normativa in esame, *ex art. 1206 c.c.*, consiste nell'interesse validamente esprimibile del creditore di astenersi dal ricevere la prestazione altrui o dal porre in essere tutti quei comportamenti che sarebbero invece necessari per la esecuzione della altrui prestazione (³⁵³).

Al di là di tali ipotesi di rifiuto legittimo, la mancata cooperazione provocherà la applicazione della disciplina generale, a nulla rilevando il dolo o la colpa dell'operato del creditore (³⁵⁴), in quanto non riveste effetti giuridici l'elemento soggettivo imputabile al creditore, il quale subirà, come detto, le conseguenze di tale mancata realizzazione indipendentemente dalla configurazione di una eventuale colpa o dolo a lui imputabile.

In conclusione, il motivo legittimo rappresenta una situazione che determina l'interruzione della causalità tra il fatto-evento ed il soggetto interessato.

³⁵¹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³⁵² NATOLI U., *op. loc. cit.*

³⁵³ PONTECORVO A., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007, p. 78.

³⁵⁴ TRIMARCHI P., *op. cit.*, p. 347.

Tuttavia, si ritiene che l'elemento soggettivo possa assumere un qualche rilievo ⁽³⁵⁵⁾, in ragione di due diverse considerazioni; la prima deriva dalla circostanza che permette in via analogica l'estensione della disciplina resa in tema di non imputabilità al debitore anche ai casi in cui il soggetto sia invece il creditore, e la seconda trova origine dalla necessità di giustizia che sarebbe lesa in caso di operatività della stessa, in caso di impedimento dell'obligato ovvero nei casi di impedimento dell'interessato.

Per quanto concerne invece il c.d. caso fortuito, quest'ultimo non potrà mai essere una causa esimente la responsabilità del creditore, il quale subirà pertanto tutte le conseguenze del caso ⁽³⁵⁶⁾, intendendosi per caso fortuito, come noto, un evento estraneo all'obligato ovvero all'onerato che ostacola l'esecuzione della prestazione.

Tale irrilevanza trova origine in un duplice ordine di idee; in primo luogo, il caso fortuito è una espressione utilizzata, secondo parte della dottrina ⁽³⁵⁷⁾, quale sinonimo della idea giuridica di causa non imputabile, come, ad esempio, nei casi di usufrutto in relazione alle fattispecie di rovina di edifici e di perimento del bene, in materia di comodato e di indebitto oggettivo, entrambe nelle ipotesi, anche qui, di perimento; da ciò deriva che tale aspetto non può determinare l'esclusione della responsabilità del creditore, in ragione del fatto che la circostanza ricade nella sfera di controllo di quest'ultimo. Inoltre, il concetto di caso fortuito non sembra trovare una chiara e precisa definizione in termini ⁽³⁵⁸⁾; in particolare, a volte assume il significato di causa non imputabile e, a volte, è, invece, il riferimento da condurre in relazione alla diligenza del caso concreto prestata dal soggetto obbligato. In realtà,

³⁵⁵ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³⁵⁶ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³⁵⁷ PONTECORVO A., *op. loc. cit.*

³⁵⁸ PONTECORVO A., *op. loc. cit.*

l'unico significato e conseguenza giuridica che deriva dalla configurazione di un caso fortuito è quello di aggravare l'onere probatorio previsto in capo al debitore, il quale sarà obbligato a dimostrare l'evento che ha determinato l'impossibilità della esecuzione della prestazione stessa ⁽³⁵⁹⁾.

8. In particolare, i contratti sinallagmatici.

L'impossibilità della prestazione determina, nel nostro ordinamento, la risoluzione del contratto, a patto che la causa di detta impossibilità non sia imputabile al debitore.

E' evidente pertanto che l'ordinamento nazionale non contempla in maniera specifica le diverse cause che possa impedire la esecuzione della prestazione, limitandosi a ritenere operativa in tali casi, *a contrario*, solo la esenzione di responsabilità del debitore, senza nulla aggiungere in merito alla causa della impossibilità imputabile, ad esempio, al creditore ⁽³⁶⁰⁾.

Come detto, infatti, non può ritenersi conforme ai principi dell'ordinamento la mera risoluzione del contratto con la liberazione di entrambi le parti, laddove si tratti di mancata esecuzione imputabile esclusivamente al creditore, in quanto, se così fosse, si finirebbe per addossare il rischio della impossibilità solo a carico del soggetto debitore, anche nei casi di mancata diligenza del soggetto attivo ⁽³⁶¹⁾.

Pertanto, non sembra sufficiente, ai fini della reale impostazione del problema, limitarsi ad una mera interpretazione lettera del testo codicistico.

³⁵⁹ PONTECORVO A., *op. cit.*, p. 84.

³⁶⁰ BETTIE., *op. loc. cit.*

³⁶¹ BETTIE., *op. cit.*, p. 164.

L'orientamento maggioritario (³⁶²) afferma che, nelle ipotesi di imputabilità al creditore, vi sono importanti conseguenze giuridiche in merito al diritto al corrispettivo, in ragione dello schema proprio delle prestazioni sinallagmatiche, in cui si dà un considerevole rilievo giuridico anche al comportamento del creditore, poichè a sua volta debitore della controprestazione; si ritiene infatti che, ove la impossibilità non sia imputabile a nessuna delle parti, allora il contratto si intenderà risolto, con l'estinzione di ogni obbligazione previamente esistente; nel caso in cui, invece, la impossibilità sia imputabile ad uno dei contraenti, sarà questi a sopportarne il rischio (³⁶³).

Tale interpretazione è confermata da molteplici disposizioni di legge: l'art. 6, l. n. 562/1926, dispone espressamente che il dipendente ha diritto a ricevere il corrispettivo in caso di impedimento dovuto al comportamento del datore di lavoro. Ancora. In caso di mancata presentazione del passeggero al momento dell'imbarco, per causa a lui imputabile, e con esclusione pertanto dei casi di non imputabilità, determina comunque l'obbligo al pagamento del prezzo del biglietto. L'art. 436 cod. nav. prevede, inoltre, che, laddove la mancata consegna del bene a destinazione si sia verificata in ragione di un evento imputabile al caricatore-creditore, il prezzo dovuto a titolo contrattuale sia in ogni caso dovuto (³⁶⁴).

Ad ulteriore sostegno di tale orientamento, vi è l'applicazione analogica del principio dedotto *a contrario* delle norme, le quali prevedono che, se eventi non imputabili nemmeno al creditore impediscono la esecuzione del contratto, si verifica lo scioglimento del vincolo e la conseguente liberazione del creditore e ovviamente del debitore dagli obblighi assunti: basti pensare al caso in cui un passeggero sia

³⁶² BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 139.

³⁶³ DIMAJO A., *op. cit.*, p. 275.

³⁶⁴ TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

costretto ad interrompere il viaggio per cause a lui non imputabili; tale soggetto sarà obbligato a corrispondere il prezzo esclusivamente in proporzione al tratto realmente utilizzato, *ex art. 406 c.c. L'art. 400 cod. nav. prevede, altresì, la riduzione del prezzo fino ad un quarto se il passeggero non ha potuto usufruire del servizio a causa di morte o di un impedimento a lui non imputabile; sempre il codice della navigazione dispone, in tema di noleggio, che è escluso l'obbligo alla corresponsione del prezzo per il tempo in cui il noleggiatore non ha potuto usufruire del mezzo per cause a lui non imputabili* ⁽³⁶⁵⁾. Anche in materia di appalti sia privati sia pubblici è previsto che, in caso di impossibilità nel completamento dell'opera da realizzare per causa non imputabile ad alcuna delle parti, il committente è obbligato alla sola corresponsione del prezzo relativo all'opera parzialmente eseguita.

Altre parte della dottrina ⁽³⁶⁶⁾ afferma invece che, in caso di impossibilità della prestazione imputabile al creditore, quest'ultimo non sia obbligato alla esecuzione della controprestazione, ma esclusivamente al risarcimento del danno subito; in questi casi si considera la prestazione del debitore come una vera obbligazione del creditore, il quale ha il dovere di garantire la conservazione della prestazione vantata dal debitore ⁽³⁶⁷⁾; invero, essendo importante quale causa determinante la impossibilità della prestazione, il debitore potrà vantare un autonomo diritto al risarcimento del danno anche solo in ragione della lesione del suo interesse ad adempiere.

Tuttavia, sussistono molteplici fattispecie di eccezione come, ad esempio, l'art. 1785 c.c., il quale dispone espressamente che il perimento del bene del cliente non determina la responsabilità in capo all'albergatore e, ancora, alla perdita o

³⁶⁵ TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

³⁶⁶ COTTINO G., *op. cit.*, p. 78.

³⁶⁷ TRIMARCHI P., *op. cit.*, p. 360.

all'avaria della merce, non corrisponde un risarcimento del danno da parte del vettore: in tali casi il legislatore ha inteso codificare, a differenza della disciplina generale, delle specifiche cause liberatorie (³⁶⁸), anche se le stesse non sono né chiare in merito ai requisiti necessari qualificanti il comportamento del creditore, né tantomeno in merito alle condizioni affinché possa definirsi detto evento quale fatto imputabile al creditore.

Nello specifico del contratto sinallagmatico, esistono poi ulteriori difficoltà di interpretazione in merito sia alla estinzione della obbligazione di quest'ultimo sia in merito all'eventuale diritto di ottenere il corrispettivo da parte di quest'ultimo, come vedremo meglio in seguito.

Pertanto, nella generalità dei casi, il nostro ordinamento esclude, all'interno dell'art. 1463 c.c., il suddetto diritto all'ottenimento del corrispettivo, qualora la prestazione non sia stata eseguita (³⁶⁹), anche se non sembra legittimo esaurire la disciplina facendo riferimento solo a tale esclusione, poiché esistono casi in cui appare sussistere tale diritto; si considerino le fattispecie in cui, in ragione del comportamento del creditore che non si comporta diligentemente ed impedisce così l'esecuzione della controprestazione del debitore, il musicista già menzionato non possa eseguire la propria opera in ragione della mancata apertura dei locali da parte del creditore oppure i casi in cui il vettore non possa recapitare i beni oggetto del relativo contratto poiché mai consegnati allo stesso da parte del creditore stesso (³⁷⁰).

³⁶⁸ ANELLI F., *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, p. 13.

³⁶⁹ NATOLI U., *op. loc. cit.*

³⁷⁰ NATOLI U., *op. loc. cit.*

9. *Il ricorso al mercato.*

Il creditore ha l'onere, in caso di mancata realizzazione del proprio interesse attraverso l'esecuzione della prestazione da parte del soggetto passivo, di ricercare sul mercato l'utilità che avrebbe raggiunto in caso di adempimento altrui ovvero a identificare una collocazione diversa ai beni ed ai servizi che sarebbero stati oggetto della controprestazione in caso di evoluzione normale del vincolo, anche al fine di non determinare la nascita del danno evitabile.

Parte della dottrina ⁽³⁷¹⁾ ritiene quanto detto operativo e conforme anche in ragione del sistema del *common law* nonché con delle disposizioni europee in tema di vendita internazionale di beni mobili, avendo riguardo alla Convenzione di Vienna del 1980, e, ancora, in ragione di una più generale analisi economica tesa al contenimento dei costi complessivi dell'inadempimento.

Altra parte della dottrina ⁽³⁷²⁾ ritiene invece tale assunto del tutto al di fuori del sistema, in quanto afferma che non potrebbe mai considerarsi colposa e nemmeno negligente la condotta del compratore che non si adoperi al fine di ricercare e trovare il bene oggetto della prestazione, anche laddove lo stesso fosse facilmente reperibile.

All'interno del mondo giurisprudenziale, invece, la questione non ha trovato ancora una compiuta definizione ⁽³⁷³⁾; invero, sono rintracciabili nel vasto panorama sia sentenze volte all'accoglimento della impostazione sopra descritta ⁽³⁷⁴⁾ sia

³⁷¹ ROSSELLO C., *Il danno evitabile. La misura della responsabilità fra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, p. 94; CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa: contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, p. 482.

³⁷² Cass., 6 agosto 1983, n. 5274, in *Foto It.*, 1984, I, p. 820, con note di VALCAVIE DI PAOLA.

³⁷³ VISENTINI G., *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009, p. 422.

³⁷⁴ Cass., 12 ottobre 1967, n. 2437, in *Foro It.*, I, p. 138, con nota di D'ANGELO; Cass., 13 ottobre 1997, n. 9939, in *Giur. It.*, 1998, p. 2274.

pronunce di segno integralmente negativo (³⁷⁵), in cui è chiaramente disposto che “nei contratti a prestazioni corrispettive, il contraente che abbia adempiuto la propria prestazione non è tenuto, nel caso di inadempimento totale o parziale dell’altro contraente, a svolgere attività per conseguire aliunde la controprestazione, in quanto gli artt. 1175, 1227 e 1375, pur prevedendo per entrambi i contraenti un dovere di correttezza e buona fede nell’esecuzione del contratto, sono dettati a scopo di evitare comportamenti vessatori ed ostruzionistici, ma non possono essere intesi nel senso di trasferire a carico del creditore le obbligazioni specifiche del debitore o le conseguenze dell’inadempimento a lui imputabile”.

Esempi conformi a tale impostazione si rintracciano in materia di appalto, in merito ai quali è stato affermato (³⁷⁶) che il committente non ha il dovere di rintracciare un sostituto all’interno del mercato, anche in ragione del fatto che risulta severamente difficile reperire una ulteriore ed idonea prestazione sostitutiva rispetto ad altre fattispecie spesso non fondate sull’*intuitu personae*.

In tema invece di locazioni, la giurisprudenza (³⁷⁷) ha inteso limitare il risarcimento dei danni dovuti dal debitore a favore del creditore, in relazione alla mancata consegna di alcuni immobili destinati all’esercizio di un’attività commerciale, al tempo teoricamente calcolato come obbligo per il creditore il reperimento degli stessi sul mercato, e ancora, sempre in tema di locazioni, è stato vincolato il risarcimento del danno alla verifica che il creditore potesse condurre in locazione un bene diverso rispetto a quello di cui all’originale contratto non eseguito

³⁷⁵ Cass., 6 agosto 1983, n. 5274, in *Foto It.*, 1984, I, p. 820; Cass., 7 agosto 1990, n. 7987, in *Mass.*, 1990.

³⁷⁶ Cass., 26 gennaio 1981, n. 578, in *Resp. Civ. e prev.*, 1981, p. 690.

³⁷⁷ App. Messina, 18 agosto 1960, in *Arch. Resp. Civ.*, 1961, p. 573.

da parte del proprietario, valutando, nello specifico, se sussistesse o meno la possibilità di un rimpiazzo del bene ad un costo inferiore (³⁷⁸).

Alla luce di quanto detto, è evidente che la tematica in esame è ad oggi priva di certezze, mancando, peraltro, le linee guida che possano condurre il giurista ad una quantomeno omogenea interpretazione della materia (³⁷⁹).

10. Il lavoro subordinato.

Nonostante quanto appena riferito in generale, in tema di lavoro subordinato l'orientamento sembra essere unanime.

La giurisprudenza (³⁸⁰) è unanime nel ritenere che, laddove il lavoratore sia stato illegittimamente licenziato ovvero abbia consegnato le dimissioni per giusta causa, questi ha il dovere di cercare un nuovo impiego al fine di evitare la verifica di un danno di gran lunga maggiore rispetto a quello che invece potrebbe prodursi.

I calcoli che infatti vengono compiuti in fase di liquidazione del danno al lavoratore sono soggetti ad una verifica per differenza; si procede precisamente con la quantificazione della somma che sarebbe stata percepita sino alla naturale scadenza del rapporto e, da tale somma, vengono sottratti non solo gli importi percepiti da un altro impiego alternativo, c.d. *aliunde perceptum*, ma altresì le

³⁷⁸ Cass., 9 maggio 2000, n. 5883, in *Foro It.*, 2001, I, p. 575, con nota di BELLANTUOMO.

³⁷⁹ VISINTINI G., *op. cit.*, p. 424.

³⁸⁰ Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Dir. Lav.*, 1999, II, p. 12; Cass., sez. lav., 28 marzo 1997, n. 2822, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, p. 399, con nota di NICCOLAI.

somme che il lavoratore avrebbe potuto ricavare da una nuova occupazione, laddove avesse agito utilizzando la normale diligenza.

Lo stesso dicasi per i casi in cui debba essere invece liquidato il danno causato da avviamento al lavoro per assunzione obbligatoria (³⁸¹).

In regime di onere della prova, sarà a carico del debitore provare la mancata diligenza del lavoratore o, comunque, del creditore, il quale non sarà pertanto obbligato a fornire nemmeno alcun indizio in merito alle possibilità di ricerca e di reperimento di una nuova occupazione.

³⁸¹ Cass., sez. lav., 26 novembre 1994, n. 10072, in *Riv., Trim. dir. lav.*, 1995, II, p. 289, con nota di CARO.

CAPITOLO III

LA MORA DEL CREDITORE, LA REMISSIONE DEL DEBITO

E L'ADEMPIMENTO DEL TERZO

-1. Mora del Creditore. Caratteri generali. - 2. Segue. Approfondimento. - 3. Segue. Le conseguenze alla mora del creditore. - 4. Segue. La liberazione del debitore attraverso il deposito liberatorio. - 5. Segue. La liberazione del debitore attraverso il sequestro liberatorio. - 6. Segue. La liberazione del debitore nei particolari casi delle obbligazione di fare. - 7. Segue. Sentenze e offerta non formale. - 8. Segue. Il risarcimento del danno. La remissione del debito. - 9. Segue. La non opposizione del debitore. - 9. L'adempimento del terzo. - 10. Segue. Onerosità e gratuità. - 11. Segue. Ipotesi di intervento e di lesione al diritto del soggetto passivo. - 12. Difetti nell'adempimento del debitore.

1. Mora del Creditore. Caratteri generali.

L'attitudine moderna di studiare l'obbligazione anche dal lato attivo del rapporto ha indotto ad inquadrare la disciplina della mora del creditore nell'ambito più vasto della cooperazione di quest'ultimo, alla luce dei noti principi della buona fede, nella sua specificazione della correttezza ⁽³⁸²⁾.

La correttezza era stata obliterata peraltro dal codice del 1865, il quale prevedeva espressamente, anche se solo con riferimento alle obbligazioni di dare, una disciplina tesa alla tutela dell'interesse del debitore ad adempiere attraverso gli

³⁸² RESCIGNO P., *Trattato di diritto privato, obbligazioni e contratti*, Torino, 1999, p. 173.

istituti della offerta e del deposito (³⁸³), nonché dal primo ventennio dalla nascita del codice civile, in quanto i giuristi trattavano con diffidenza l'istituto.

Nell'ultimo periodo di applicazione del codice civile del 1942, invece, gli operatori del diritto hanno attribuito una funzione primaria all'art. 1175 c.c., determinando così la nascita di obblighi integrativi di protezione delle sfere giuridiche di tutti i soggetti protagonisti del rapporto.

Inoltre, risultando evidente l'esistenza di tale onere in capo al creditore, anche l'organo giudiziario è legittimato a compiere valutazioni specifiche in merito alla pretese del creditore stesso, individuando altresì lo stesso istituto della impossibilità della prestazione *ex art. 1218 c.c.*, quale limite alla responsabilità imputabile al debitore (³⁸⁴).

Alla luce di quanto detto, la mora del creditore trova la sua *ratio* nella ampia area delle violazioni ai doveri di correttezza imposti anche al creditore.

Orbene, l'art. 1206 c.c. dispone che il creditore sarà appunto da considerarsi moroso qualora, senza motivo legittimo, non abbia ricevuto la prestazione altrui ovvero non abbia messo il debitore in condizione di poter eseguire la propria obbligazione (³⁸⁵).

Il testo codicistico disciplina compiutamente tale fattispecie, dedicando una intera sezione alla sua trattazione e prevedendo, tra l'altro, i mezzi e le procedure idonei per la liberazione coattiva dell'obbligato.

Per mora, in generale, si intende il temporaneo inadempimento dovuto al comportamento omissivo del debitore, nei casi più comuni, o del creditore.

³⁸³ CANNATA M.A., voce *Mora* (storia), in *Enc. Giur.*, XXVI, Milano, 1976, p. 921.

³⁸⁴ VISINTINI G., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 81.

³⁸⁵ MARASCO P.G., *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di M. Franzoni, Padova, p. 102.

Come abbiamo più volte riferito, il creditore è investito esclusivamente dall'onere e non dall'obbligo di cooperazione.

Tuttavia, esiste parte della dottrina (³⁸⁶), seppur minoritaria, che individua invece un vero e proprio obbligo in capo al creditore con l'effetto legittimante l'esistenza di un diritto soggettivo in capo al debitore, così già affermato anche nel primo capitolo della odierna trattazione.

Mora significa ritardo, e nei casi in esame, ritardo nella mancata cooperazione dal parte del creditore, il qual determina una continuazione della situazione di soggezione in cui si trova l'obligato.

Pertanto, l'interesse del debitore, seppur interesse secondario, pone il veto per il creditore di agire senza la rete di vincoli e limiti.

In tal guisa, il creditore va a comporre quelli che sono gli elementi oggettivi e soggettivi descritti all'interno dell'art. 2043 c.c.; invero, non solo realizza il presupposto negativo della impossibilità del danneggiato di evitare il danno stesso attraverso un proprio comportamento, ma altresì è esattamente la mancata cooperazione, e quindi una condotta attiva del creditore, a cagionare l'evento.

Il primo presupposto affinché possa configurarsi la fattispecie della *mora credendi* è l'esistenza di un titolo valido in cui sia dedotta la obbligazione del soggetto passivo (³⁸⁷), risultando quindi esclusi, ad esempio, i contratti sottoposti a condizione sospensiva, fino a quando la stessa non sia venuta ad esistenza; in tali casi, infatti, non sarebbe possibile da parte di alcuno esigere l'esecuzione della prestazione. Ancora basti pensare alle obbligazioni naturali, in quanto, come noto, le stesse non sono sottoposte ad alcuna coercibilità e, di conseguenza, non è credibile

³⁸⁶ MESSA G., *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti: teorie generali, interessi di mora, interessi compensativi, interessi convenzionali*, in *Il contratto di mutuo*, Milano, 1911, p. 408.

³⁸⁷ PONTECORVO A., *op. loc. cit.*

ipotizzare la configurazione di uno strumento volto alla liberazione coattiva del debitore ⁽³⁸⁸⁾; e infatti parte della dottrina ⁽³⁸⁹⁾ ritiene che l'unica rilevanza giuridica in merito alle obbligazioni naturali sia il titolo in ragione di cui è effettuato il pagamento.

E' evidente che sarà configurabile la mora del creditore ogni qual volta sarà necessaria una collaborazione di quest'ultimo; pertanto, laddove si tratti di obbligazione negativa, tale fattispecie non sarà configurabile.

I criteri di valutazione che governano i casi di mora del creditore sono anch'essi dettati dagli artt. 1175 e 1375 c.c., i quali tendono alla valutazione del comportamento tenuto dalle parti interessate che sono quindi obbligate, oltre alle prestazioni dedotte, anche a conformare la propria condotta a tali principi.

In armonia con quanto detto, è possibile rintracciare, nell'applicazione giudiziaria, il continuo riferimento a siffatti elementi. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ⁽³⁹⁰⁾ ha sancito il criterio della buona fede quale onere degli eredi del locatore di dimostrare la propria legittimazione al conduttore, al fine di percepire il canone; in tema di appaltistica pubblica, molteplici sono i lodi arbitrali ⁽³⁹¹⁾ che hanno sanzionato anche la Pubblica Amministrazione, la quale si era macchiata di aver posto in essere una condotta del tutto contraria a buona fede.

Gli effetti della *mora accipiendi* si producono, pertanto, solo ove sussistano due condizioni essenziali: la mancata collaborazione del creditore all'adempimento

³⁸⁸ CATTANEO G., *Della mora del creditore: artt. 1206 – 1217*, 1973, Bologna, p. 955; OPPO G., *Adempimento e liberalità*, 1979, Napoli, p. 398; SANTI ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, II ed., 1953, Firenze, p. 126; GIORGIANNI M., *Lezioni di diritto civile tenute nell'anno accademico 1955 – 1956 dal Prof. Michele Giorgianni*, in *Raccolte per uso degli studenti* a cura di C. M. Bianca, 1956, p. 92.

³⁸⁹ FALZEA A., *op. cit.*, p. 127.

³⁹⁰ Cass., 4 dicembre 1997, n. 1238, *ALC*, 1998, p. 198.

³⁹¹ VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, II ed., 2006, Milano, p. 184.

nonché la formulazione della offerta da parte del debitore, nei caratteri già individuati nel capitolo che precede.

Giova tuttavia rammentare che la suddetta offerta solenne è distinta in offerta reale e offerta per intimazione.

L'offerta reale si deve formalizzare qualora l'oggetto della obbligazione sia denaro, titoli di credito o beni mobili da consegnare al creditore, nel rispetto dei luoghi normativamente individuati e già richiamati nel capitolo precedente; tale offerta consiste nella materiale presentazione dei beni ad opera di un ufficiale giudiziario o di un notaio, i quali hanno l'obbligo di redigere la avvenuta consegna dei beni ovvero il perpetrarsi del rifiuto di ricevere la prestazione da parte dell'avente diritto.

La Corte Suprema di Cassazione (³⁹²) ha precisato inoltre che, nei rapporti aventi ad oggetto somme di denaro in cui il pagamento deve essere effettuato entro un determinato tempo, è sufficiente che in tale termine sia stata formulata l'offerta da parte del debitore e portata a conoscenza dell'interessato, non essendo necessario che in tale periodo vengano posti in essere anche gli altri obblighi ed atteso che le formalità relative al deposito sono solo eventuali e, in ogni caso, successive alla mancata accettazione dell'offerta reale.

Qualora l'obbligazione abbia invece ad oggetto beni mobili da consegnare in un luogo che sia quello del domicilio del creditore, beni immobili ovvero abbia ad oggetto una prestazione di fare, l'offerta dovrà necessariamente essere fatta per intimazione (³⁹³).

³⁹² Cass., 9 marzo 2001, n. 3481, *GIUS*, 2001, p. 2581.

³⁹³ PONTECORVO A., *op. loc. cit.*

L'intimazione è eseguita da un ufficiale pubblico autorizzato, il quale, nelle forme previste per la citazione, procede alla notifica di un atto, con cui il creditore è invitato a ricevere la prestazione altrui ovvero a porre in essere quanto necessario per determinare l'esecuzione della obbligazione.

Il pubblico ufficiale dovrà poi procedere alla redazione del processo verbale delle operazioni, nel luogo e nel tempo indicato, ovvero dovrà procedere alla verbalizzazione dell'eventuale rifiuto da parte del creditore ovvero del suo mancato intervento alle operazioni.

La consolidata giurisprudenza ⁽³⁹⁴⁾ ha ritenuto temperare il rigorismo formale che permea tale tipo di offerta, ritenendo raggiunto lo scopo anche ove il creditore ne riconosca le finalità ed il fondamento, in forza del principio della conservazione degli atti giuridici.

Nelle fattispecie che hanno ad oggetto esclusivamente obbligazioni di fare in senso stretto ovvero consegna di beni mobili, l'offerta può anche essere fatta secondo le forme in uso ⁽³⁹⁵⁾; detta offerta deve in ogni caso fornire al creditore gli elementi che lo mettano in condizione di cooperare alla esecuzione, concedendogli, tra l'altro, un intervallo di tempo non inferiore a tre giorni, intercorrenti tra il momento della consegna dell'offerta sino al momento dell'adempimento ⁽³⁹⁶⁾.

Il mancato ricevimento della prestazione ovvero il mancato intervento da parte del creditore a tali operazioni sarà in questi casi accertato nelle forme d'uso, e da tale giorno inizieranno a decorrere anche gli effetti della *mora credendi*.

³⁹⁴ Cass., 22 settembre 1993, n. 9662, *GI*, 1995, I, 1, p. 500.

³⁹⁵ Cass., 12 luglio 1968, n. 2474, *RGC*, 1968, *Obbligazioni e contratti*, n. 18.

³⁹⁶ PONTECORVO A., *op. loc. cit.*

Parte della dottrina ⁽³⁹⁷⁾ dichiara che tale inesistente cooperazione ben potrebbe essere accertata con qualunque mezzo, in quanto non è normativamente richiesta l'opera di un pubblico ufficiale per tale accertamento in quanto, in dette fattispecie, l'ordinamento giuridico ha consentito l'ingresso della generale disciplina dettata in tema di ordinari mezzi di prova.

In tema di obbligazione avente ad oggetto la consegna di beni mobili, si sottolinea che la mora decorrerà dal giorno in cui è eseguito il deposito della cosa ai sensi e per gli effetti dell'art. 1212 c.c., ove questo sia accettato dal creditore ovvero sia dichiarato validamente esperito da una sentenza passata in giudicato.

La dottrina è divisa in merito agli effetti che discendono dalla offerta formulata secondo gli usi; un orientamento ⁽³⁹⁸⁾ ritiene che gli effetti della mora sarebbero semplicemente posticipati al momento della esecuzione del deposito, mentre altra interpretazione ⁽³⁹⁹⁾ crede, piuttosto, che l'art. 1214 c.c. individui quale effetto della mora la liberazione del debitore, anche se è pleonastico considerare che in tali casi non sarebbe possibile configurare la fattispecie della *mora accipiendi*.

Si precisa che le forme d'uso non coincidono con gli usi normativi, ma consistono nelle pratiche che sono seguite in un particolare contesto anche economico da una moltitudine di persone ⁽⁴⁰⁰⁾.

Tuttavia, diversa è la fattispecie della offerta informale, la quale si contraddistingue, come abbiamo già visto, per caratteristiche ed effetti del tutto diversi.

³⁹⁷ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 436.

³⁹⁸ FALZEA A., *op. cit.*, p. 267.

³⁹⁹ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 235.

⁴⁰⁰ PONTECORVO A., *op. loc. cit.*

In soccorso chiarificatore giunge l'art. 1220 c.c., disponendo espressamente che il debitore non potrebbe essere ritenuto in mora, qualora abbia osservato la normativa in merito alla prestazione informale del proprio adempimento, anche senza il rispetto delle forme previste per la costituzione, tra le quali, ricordiamo, rientrano anche l'offerta solenne nonché la offerta formulata secondo le forme in uso (⁴⁰¹).

Nello studio di cosa si intenda per offerta secondo gli usi, si possono individuare diversi esempi.

Nella materia dei contratti aventi ad oggetto il lavoro subordinato, si crede possa ritenersi soddisfatto il carattere dell'offerta con la semplice presentazione sul luogo di lavoro da parte del lavoratore stesso (⁴⁰²).

In merito alla obbligazione a contrarre nascente da contratto preliminare, la giurisprudenza è invece divisa; da una parte c'è chi crede (⁴⁰³) che l'art. 2932 c.c. disponga che sono ritenute ammissibili sia le offerte formali di cui agli artt. 1208 e 1209 c.c., sia l'offerta formulata nelle forme d'uso, ponendo a sostegno il dato normativo della stessa disposizione, la quale tratta genericamente delle “*offerte nei modi di legge*” (⁴⁰⁴). Sul punto si è infatti ritenuta classificare come offerta anche l'invito da parte dell'acquirente nei confronti dell'alienante di presentarsi innanzi al Notaio rogante, al fine di stipulare il relativo contratto, risultando in tal caso evidente la volontà del richiedente di procedere al pagamento del prezzo; giova precisare che quanto detto mentre ben può determinare una valida offerta, non può certamente provocare gli effetti della costituzione in mora del creditore, il quale sarà considerato

⁴⁰¹ BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰² GHEZZI G., *op. cit.*, p. 247.

⁴⁰³ Cass., 23 febbraio 1987, n. 915, AC, 1987, p. 490; Cass., 10 marzo 1986, n. 1597, MGI, 1986.

⁴⁰⁴ PONTECORVO A., *op. loc. cit.*

in mora solo ove l'acquirente abbia proceduto a formulare una offerta nel rispetto delle formalità prescritte dall'art. 1208 c.c. (⁴⁰⁵).

2. *Segue. Approfondimento.*

L'art. 1206 c.c. espressamente prevede che *“Il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione”*.

Il rifiuto al ricevimento della prestazione può attuarsi sia mediante fatti concludenti sia attraverso una manifestazione espressa di rifiuto.

Per quanto riguarda la prima fattispecie, *nulla questio*, mentre, in merito alla seconda fattispecie, si sottolinea l'importanza della capacità del soggetto attivo che voglia o abbia già manifestato il proprio rifiuto, ponendo l'attenzione, ad esempio, ai casi in cui il pubblico ufficiale, a seguito di offerta reale, non abbia ricevuto alcuna dichiarazione da parte del creditore; a sostegno, si pone l'attenzione ad una nota sentenza della Corte di Cassazione di Napoli del 1889 (⁴⁰⁶), nella quale si è riconosciuta la configurazione della mora del creditore che non aveva ricevuto la prestazione in quanto assente al momento della offerta.

Nel diritto vigente è previsto che il rifiuto sia effettuato da parte di un soggetto capace, ed in caso di prova sulla incapacità dello stesso, quest'ultimo non potrà essere considerato in mora.

⁴⁰⁵ Cass., 27 novembre 1973, n. 3249, *MGI*, 1973.

⁴⁰⁶ Enciclopedia giuridica del Novecento, p. 915.

Alla base di tale interpretazione vi è la chiara volontà del giurista di non accogliere una fattispecie di responsabilità oggettiva che ben potrebbe determinare conseguenze dannose sia per il creditore sia per il debitore, il quale risulterebbe obbligato anche a sopportare gli effetti di una possibile *mora accipiendi* ⁽⁴⁰⁷⁾; ad esempio, si possono studiare i casi disciplinati dall'art. 1221 c.c. in tema di impossibilità sopravvenuta, anche laddove non dipenda da una causa imputabile al debitore ovvero ai casi di impossibilità temporanea per lo stesso motivo di cui sopra o, ancora, al diritto al risarcimento del danno eventualmente previsto in capo al creditore.

La più ampia rappresentazione del rapporto complementare teso alla tutela della liberazione del debitore sussiste nelle ipotesi in esame e, per l'effetto, affinché quanto appena detto non si manifesti, sarà necessaria l'esistenza di un fatto quantomeno colposo imputabile al creditore capace, in ragione dell'obbligo in capo a lui previsto ⁽⁴⁰⁸⁾. Se così non fosse, non potrebbero trovare legittimazione nemmeno le norme che disciplinano i casi della offerta formale, come già ricordati e meglio descritti nei paragrafi precedenti. Infatti, è solo attraverso la offerta formale che il debitore informa il creditore che in caso di continuazione della propria inattività, e, quindi, in assenza di collaborazione o concorso, subirà tutte le misure previste dalla legge in suo danno ⁽⁴⁰⁹⁾.

La seconda fattispecie descritta all'interno dell'art. 1206 c.c. prevede la configurazione di una qualche omissione in merito alla necessaria cooperazione.

⁴⁰⁷ FERRINI C. E DE CRESCENZO P., *op. cit.*, p. 625.

⁴⁰⁸ VISENTINI G., *Mora del creditore*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, IX; 1, Torino, 1984, p.135.

⁴⁰⁹ FALZEA A., *op. cit.*, p. 177.

La mancata attività del soggetto attivo dovrà essere strumentale alla realizzazione della prestazione, la quale solitamente sarà rappresentata dall'obbligo di fare o di consegnare e non quindi di meramente corrispondere una somma di denaro (⁴¹⁰).

La Corte Suprema di Cassazione, in una importante sentenza (⁴¹¹), ha inteso sottolineare la configurazione della mora del creditore, alla luce del principio della correttezza, in un caso in cui il creditore aveva dapprima trascurato di ricevere le prestazioni al momento delle loro scadenze e poi le aveva domandate interamente in un'unica soluzione, senza assolutamente considerare e valutare la capacità economica e produttiva del debitore (⁴¹²).

3. *Segue. Le conseguenze alla mora del creditore.*

L'art. 1207 c.c. dispone quali siano gli effetti della mora del creditore.

E' previsto che, quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore e non gli sono più dovuti gli interessi, né i frutti della cosa che non siano stati percepiti dal debitore ed è altresì sancito l'obbligo in capo al creditore di risarcire i danni derivati dalla sua mora nonché di sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta.

⁴¹⁰ RAVAZZONI A., *op. cit.*, p. 902.

⁴¹¹ Cass., 28 luglio 1977 n. 3360, in *Giur. It.*, 1977, p. 715.

⁴¹² VISENTINI G., *Mora del creditore*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Rescigno P., voce *obbligazioni e contratti*, p. 133.

Ne consegue, ad un primo esame, che nonostante il creditore sia in mora, tale situazione non determina la liberazione del debitore dalla propria obbligazione, la quale ben potrebbe essere il presupposto di una eventuale costituzione in mora di quest'ultimo, laddove il creditore richiedesse la esecuzione della altrui prestazione⁽⁴¹³⁾.

Tale assunto pone le basi per un ragionamento svolto *a contrario*; invero, se la costituzione in mora determinasse la liberazione del debitore, di centro non avrebbero motivo di esistere le ulteriori norme dettate dall'art. 1207 c.c.; inoltre, stante la legittimazione di tale pensiero, la giurisprudenza lo ha più volte confermato in plurime sentenze e provvedimenti⁽⁴¹⁴⁾.

Analizzando il rischio della sopravvenuta impossibilità, si evidenzia all'istante come tale fattispecie possa configurarsi esclusivamente nei casi di prestazioni sinallagmatiche, concedendo così una deroga alla disciplina dettata dall'art. 1463 c.c. Tale normativa, infatti, prevede, nella generalità dei casi, che, ove la prestazione non sia più eseguibile per causa non imputabile al debitore, il contratto si risolverà, determinando in tal guisa la liberazione di entrambe le parti interessate; qualora, invece, il creditore sia stato costituito in mora, quest'ultimo avrà l'obbligo di eseguire la propria controprestazione anche ove la prestazione altrui non sarà più esigibile.

Al riguardo, è necessario evidenziare alcune peculiarità: nei contratti che abbiano ad oggetto il trasferimento o la costituzione della proprietà, la suddetta fattispecie avrà motivo di operare solo ove gli effetti del contratto siano successivi alla conclusione del contratto stesso, in quanto, negli altri casi, il creditore dovrà

⁴¹³ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 102.

⁴¹⁴ Cass., 13 gennaio 1995, n. 367, *GI*, 1995, I, 1, 1856.

comunque procedere con la esecuzione della propria prestazione in ragione del diverso principio del *res perit domino* (⁴¹⁵).

Abbiamo altresì osservato che la disciplina dettata in tema di mora del creditore, dispone che non sono dovuti, da parte del debitore, nemmeno i frutti e gli interessi.

Per quanto riguarda gli interessi, si fa riferimento esclusivamente a quelli compensativi e corrispettivi, in quanto sono esclusi gli interessi moratori; inoltre, in caso di obbligazione che abbia ad oggetto la consegna di un bene determinato, il debitore sarà obbligato a corrispondere al moroso solo i frutti percepiti. La normativa in esame prevede tale limitazione in quanto, da un lato, evita che le conseguenze nefaste della condotta del creditore possano essere subite da parte dell'obbligato, da un altro lato, in tal guisa, consente l'esclusione della configurazione di un qualche abuso del diritto da parte di quest'ultimo (⁴¹⁶).

L'ordinamento giuridico nulla dispone, invece, in merito agli eventuali utili percepiti dal debitore durante la mora dell'interessato, attraverso l'utilizzo del denaro o del bene corrisposto o consegnato.

E' pertanto legittimo domandarsi se esista e quale sia l'obbligo in capo al debitore.

La giurisprudenza (⁴¹⁷) ha avuto modo di affermare la necessità che tali beni vengano restituiti al creditore, in quanto li ha risparmiati proprio in ragione della mancata consegna.

Tuttavia, la dottrina (⁴¹⁸) ha da sempre prospettato la tesi negativa, sancendo così il definitivo abbandono della tesi prospettata, basando il suo orientamento sulle

⁴¹⁵ VISINTINI G., *op. cit.*, p. 197; CATTANEO G., *op. cit.*, p. 112.

⁴¹⁶ BIANCA C.M., *L'obbligazione*, Milano, 2006, p. 398.

⁴¹⁷ Cass., 22 febbraio 1952, n. 481, *GCCC*, 1952, II, p. 308.

considerazioni che seguono; in primo luogo, sarebbe molto difficile dare la prova dell'avvenuto recepimento degli utili da parte del debitore, in ragione della nota caratteristica della fungibilità del denaro. Difatti, in detta ipotesi sarebbe quasi impossibile dimostrare che le somme impiegate per la gestione di altri affari siano proprio quelle che invece sarebbero dovute essere corrisposte a titolo di adempimento, ritenendo esclusa tale operatività in quanto anche i frutti da corrispondere al creditore sarebbero quelli percepiti sino alla costituzione in mora dell'interessato.

In merito invece all'obbligo al risarcimento del danno subito gravante sul creditore moroso, è d'uopo evidenziare che il danno è qui inteso come quello comunemente considerato dall'ordinamento giuridico, essendo lo stesso composta dalle voci di danno emergente e lucro cessante, il quale sarà rifondibile solo ove sia comprovato che lo stesso è stato causato dalla mancata o dalla ritardata liberazione del debitore ⁽⁴¹⁹⁾.

La normativa pone a carico del creditore anche le spese di custodia e di conservazione del bene oggetto di obbligazione poiché sembra verosimile ammettere un qualche dovere di custodia in capo al debitore ancora non liberato, che discende e trova origini nel generale principio della buona fede ⁽⁴²⁰⁾. La giurisprudenza di legittimità ⁽⁴²¹⁾ ha affermato, sul punto, che anche il vettore che non abbia potuto consegnare i beni al destinatario in ragione del rifiuto opposto da questo, ha il dovere di custodire i beni sino alla data in cui sarà effettuato il deposito degli stessi.

⁴¹⁸ VISINTINI G., *op. cit.*, p. 198; CATTANEO G., *op. cit.*, p. 116.

⁴¹⁹ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 119; VISINTINI G., *op. cit.*, p. 198; GIACOBBE G., *Mora del creditore*, (dir. civ.), in Enc. Dir., XXVI, Milano, 1979, p. 972; NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 153.

⁴²⁰ CANTILLO M., *La mora del creditore*, Napoli, 2003, p. 627.

⁴²¹ Cass., 10 aprile 1990, n. 2998, *MGI*, 1990.

Gli orientamenti giurisprudenziali (⁴²²) sono infatti unanimi nel ritenere che le spese di custodia e di conservazione siano voci del risarcimento del danno previsto.

Da ultimo, si rammenta che gli effetti della mora si verificano dal giorno dell'offerta, se questa è successivamente dichiarata valida con sentenza passata in giudicato o se è accettata dal creditore.

Per completezza di illustrazione, si consideri, da ultimo, che la mora del creditore perde efficacia sia qualora l'obbligazione principale si estingua, sia per intervenuta accettazione della altrui prestazione, sia, infine, nei casi in cui il creditore offra la propria collaborazione per l'adempimento della prestazione.

4. *Segue. La liberazione del debitore attraverso il deposito liberatorio.*

Al debitore è conferito il diritto di procedere alla propria liberazione attraverso il deposito dei beni ovvero delle somme dovute presso un terzo.

Tale disciplina è prevista dall'art. 1210 c.c., il quale dispone in merito alla facoltà di deposito e dei suoi effetti liberatori qualora il creditore rifiuti di accettare l'offerta reale o non si presenti per ricevere le cose offertegli mediante intimazione. Ne consegue che, eseguito il deposito, laddove sia preventivamente accettato dal creditore o venga dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, il debitore non può potrà ritirarlo e sarà in ogni caso liberato dalla sua obbligazione.

⁴²² *Ex multis*, cfr. Cass., 21 gennaio 1985, n. 202, *MGI*, 1985.

Secondo parte della dottrina (⁴²³), il suddetto tipo di deposito configurerebbe in realtà un contratto stipulato a favore di terzo, *ex art. 1411 c.c.*, anche se c'è chi ritiene (⁴²⁴) che tale contratto costituisca una fattispecie complessa determinata dalla coesistenza della figura dell'accollo e del deposito; alla luce della disciplina generale, sembra potersi condividere la prima interpretazione e che, pertanto, si tratti di contratto a favore di terzo, non foss'altro perché il depositario è gravato esclusivamente dall'obbligo della custodia e non anche dal dovere di eseguire la prestazione altrui, tanto più che il depositario non può, in alcun caso, opporre al creditore le eccezioni originariamente esistenti tra le parti (⁴²⁵).

Al deposito è obbligato non solo il debitore, ma anche altri soggetti, i quali sono considerati legittimati a compierlo; infatti, ben potrebbe procedere a tale adempimento sia il rappresentante del debitore, sia i soggetti che possono formulare l'offerta reale.

Per quanto riguarda la figura del terzo depositario, quest'ultimo può assumere vesti diverse; invero, in caso di deposito di titoli di credito o di denaro, i soggetti abilitati a riceverli sono le casse di deposito e prestiti ovvero gli istituti di credito, così come disciplinato dall'art. 1212, comma 2, c.c.; tutti gli altri beni dovranno invece essere depositati presso stabilimenti di pubblico deposito previsti e disciplinati da particolari leggi speciali oppure, in caso di mancanza di questi nel luogo prescelto per l'adempimento, presso un altro locale che dovrà essere indicato da parte dell'autorità giudicante, con autorizzazione da emettere alla luce della richiesta de parte dell'interessato (⁴²⁶).

⁴²³ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 188; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 412.

⁴²⁴ MASTROPAOLO F., *Il sequestro liberatorio come vicenda dell'obbligazione*, Milano, 1984, p. 84.

⁴²⁵ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 412.

⁴²⁶ PONTECORVO A., *op. loc. cit.*

La procedura che involge il deposito ha inizio con la rituale intimazione notificata al creditore, il quale deve in tal modo poter venire a conoscenza del giorno, dell'ora e del luogo in cui il bene sarà offerto.

Il deposito dovrà avere ad oggetto lo stesso bene indicato all'interno della offerta ed essere completo degli importi dovuti sia a titolo di interessi, sia dei frutti, anche se poi dovessero essere depositati in tempo successivo (⁴²⁷).

Sarà compito poi di un pubblico ufficiale redigere il processo verbale del deposito, il quale dovrà essere particolarmente dettagliato anche sulla natura dei beni offerti, dovrà indicare l'avvenuto rifiuto al ricevimento da parte del creditore ovvero l'attestazione del suo mancato intervento alla procedura e, infine, dovrà attestare con certificazione l'avvenuto deposito.

La copia del processo verbale così redatta sarà consegnata, in copia, sia al depositario, sia al creditore, ove sia comparso e ne abbia fatto richiesta e, qualora il creditore non fosse nemmeno comparso, la copia dovrà essere oggetto di specifica notifica e dovrà contenere l'invito a procedere al ritiro del bene depositato.

Tale notifica sarà soggetta alle forme prescritte per gli atti di citazione ed assume particolare rilievo in quanto, prima del compimento di tale formalità, il bene risulta ancora nella disponibilità del debitore, non trasferendosi nel possesso del creditore interessato (⁴²⁸).

Tuttavia, a quanto detto bisogna aggiungere un correttivo.

La dottrina (⁴²⁹) ritiene che il mero non seguire le formalità richieste dalla legge non impedisce *tout court* la produzione degli effetti del deposito laddove risulti

⁴²⁷ Cass., 15 dicembre 1981, n. 6681, *VN*, 1982, p. 738.

⁴²⁸ Cass., 25 maggio 1984, n. 3228, *MGI*, 1984.

⁴²⁹ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 414.

tutelato l'interesse del creditore al proprio soddisfacimento ovvero ad ottenere la esatta informazione delle operazioni compiute.

Abbiamo già evidenziato che l'effetto liberatorio del debitore si verifica solo ove sia intervenuta l'accettazione da parte del creditore ovvero lo stesso sia stato accertato come valido da una sentenza passata in giudicato. Il giudizio c.d. di convalida è teso ad accertare la regolarità formale e sostanziale della operazione di deposito dei beni, trovando la sua conclusione con una sentenza che ha natura costitutiva volta alla liberazione del debitore; tale giudizio ha anche un effetto estensivo: allorchè non vi sia stata precedente convalida della mora del creditore, quest'ultimo subirà le conseguenze previste normativamente, in ragione della estensione dell'effetto del deposito (⁴³⁰).

Per quanto invece concerne il diritto in capo al depositante di ritirare il bene, a questi è consentito solo fino a quando non intervenga l'accettazione da parte dell'interessato ovvero non sia passata in giudicato la sentenza che ne sancisce la validità; quanto detto trova ragion d'essere alla luce dell'effetto liberatorio del deposito stesso, così come previsto dall'art. 1210 c.c.

E' anche concessa facoltà al creditore di accordare al debitore, una volta accetto il deposito stesso, il diritto di procedere al ritiro dei beni; in tali casi il creditore, avendo agito per spirito di liberalità, non potrà più esigere la prestazione di cui al titolo originario, né potrà spiegare azioni contro i debitori ed i fideiussori, né agire e rivalersi sui pegni precedentemente sottoposti ad ipoteca o pegno, né, infine, potrà valersi dei privilegi.

⁴³⁰ MARASCO P.G., *op. cit.*, p. 679.

Abbiamo già visto che le spese necessarie per il compimento della procedura sono a carico del creditore, sempre ove l'offerta ed il relativo deposito siano validi; al riguardo, si evidenzia che le spese devono essere rimborsate in ogni caso, anche qualora sia stato instaurato un giudizio avente ad oggetto, tra le altre cose, anche la domanda alla restituzione delle somme eventualmente anticipate dal debitore (⁴³¹).

Rientrano nella voce delle spese, oltre a quelle necessarie per la procedura di liberazione, anche quelle dovute per l'attivazione e lo svolgimento del giudizio di convalida, comprese quelle sostenute per la consulenza e l'assistenza legale, il cui importo sarà da determinare in base alla tariffa forense prevista in materia stragiudiziale (⁴³²).

All'interno del rapporto di deposito esistente tra depositante – debitore e depositario – terzo, il soggetto obbligato, si precisa, è e rimane il debitore stesso, il quale sarà l'unico vincolato al pagamento del prezzo pattuito, anche se al depositario è data la facoltà di opporre al creditore l'inadempimento del debitore che ha dato vita al deposito, come, tra l'altro, tutte le ulteriori eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo trae i suoi diritti (⁴³³).

Nelle fattispecie in cui il bene oggetto della prestazione sia un titolo cambiario, la procedura che dovrà seguire il debitore non potrà che essere diversa rispetto a quella summenzionata, per la quale è previsto un *iter* liberatorio molto meno gravoso, non essendo necessaria nemmeno la costituzione in mora del creditore, sebbene però parte della dottrina ritenga che comunque, in tali ipotesi, al

⁴³¹ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 422.

⁴³² *Ex multis*, Pret. Salerno, 9 novembre 1984, *GI*, 1986, I, 2, 269.

⁴³³ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 422.

debitore è data la facoltà anche di procedere con l'esecuzione della procedura ritenuta valida nella generalità dei casi (⁴³⁴).

Infine, una ulteriore procedura differenziata è prevista per il caso in cui i beni sia deperibili o la loro custodia necessiti della sopportazione di spese ingenti.

L'art. 1211 c.c. prevede espressamente che se le cose non possono essere conservate o sono deteriorabili, oppure se le spese della loro custodia sono eccessive, il debitore, dopo l'offerta reale o l'intimazione di ritirarle, può farsi autorizzare dal Tribunale a venderle, nei modi stabiliti per le cose pignorate, e a depositarne il prezzo in un conto autorizzato dall'Autorità adita.

E' ovvio che il comportamento del debitore sarà valutato anche in sede giudiziale secondo le normali regole della correttezza e buona fede, e, per l'effetto, laddove si ritenesse che ben avrebbe potuto procedere con l'esperimento della normale procedura, sarà sottoposto a tutte le conseguenze e le sanzioni del caso.

5. Segue. La liberazione del debitore attraverso il sequestro liberatorio.

In caso in cui il bene da consegnare sia un bene immobile, il debitore non potrà esperire la procedura prevista in tema di deposito, ma dovrà procedere a consegnare il bene ad un sequestratario.

Oggetto di tale sequestro e delle relative precedenti intimazioni potranno essere solo i beni di cui il debitore abbia il possesso nonché le parti di essi conferite in godimento a terzi.

⁴³⁴ MINERVINI G., *op. cit.*, p. 986.

Il debitore dovrà preliminarmente formulare l'offerta formale e solenne e poi potrà procedere ad attivare l'*iter* procedurale previsto per il sequestro liberatorio, precisando che l'individuazione della forma per la validità dell'offerta trova origine nella normativa positiva (⁴³⁵).

Infatti, l'art. 1216 c.c. non prevede affatto la possibilità che si possa procedere avendo eseguito una mera offerta secondo gli usi; è la stessa giurisprudenza (⁴³⁶), inoltre, a confermare quanto appena detto, avendo più volte affermato che, per liberarsi della obbligazione di consegnare un bene immobile, il debitore ha il dovere di ottemperare a quanto richiesto e previsto dall'art. 1216 c.c.

Il soggetto sequestratario sarà scelto dal Presidente del Tribunale del luogo in cui si trova il bene, sentito il parere del creditore, ove non sia ancora stato esperito un giudizio, attraverso l'adozione di un decreto, avverso il quale sarà possibile svolgere opposizione, presentando reclamo al Presidente della Corte di Appello, entro dieci giorni dalla data della sua notifica.

Anche per la consegna del bene al sequestratario, è necessario redigere un processo verbale da parte di un notaio o di un pubblico ufficiale e procedere alla notifica dello stesso al creditore, qualora questi non sia stato presente allo svolgimento della procedura.

Il sequestratario, in ragione della sua nomina, ha l'obbligo di custodire ed amministrare il bene e restituirlo al creditore (⁴³⁷).

In merito alla liberazione del debitore, valgono le stesse considerazioni svolte in tema di deposito: il debitore sarà liberato dal proprio obbligo solo ove lo stesso sia accettato dal creditore ovvero convalidato con una sentenza passata in

⁴³⁵ D'ONOFRIO P., *Offerta reale*, 1940, Torino, p. 772.

⁴³⁶ Cass., 10 maggio 2001, *MGI*, 2001; Cass., 4 dicembre 1992, n. 12922, *MGI*, 1992.

⁴³⁷ D'ONOFRIO P., *op. loc. cit.*.

giudicato, e gli effetti di tali avvenimenti saranno retroattivi sin dal momento della consegna del bene.

6. *Segue. La liberazione del debitore nei particolari casi delle obbligazione di fare.*

Particolare è certamente la liberazione del debitore che abbia assunto una obbligazione di fare.

Il codice vigente non detta alcuna particolare disciplina al riguardo, lasciando così ampio spazio alle creazioni dottrinarie tese alla risoluzione della questione.

La interpretazione prevalente (⁴³⁸) afferma che il debitore sarà ritenuto svincolato dai propri doveri quando, in relazione alla natura ed al titolo della obbligazione, non possa ulteriormente essere costretto ad adempiere ovvero qualora sia o possa dirsi essere venuto meno l'interesse del creditore al soddisfacimento; secondo altra parte della dottrina (⁴³⁹), invece, l'offerta formulata dal debitore e la convalida giudiziale della stessa, avrebbe il potere di determinare non solo la costituzione in mora del creditore, ma anche di liberare l'obbligato; tuttavia, tale tesi non è unanimemente condivisa in quanto, laddove dovesse ammettersi un orientamento di questo genere, verrebbe in tal guisa a legittimarsi una differenza ingiustificata di trattamento tra l'obbligato ad una prestazione di fare rispetto a quello assoggettato ad una prestazione di dare a favore esclusivo del primo, in quanto lo

⁴³⁸ GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, 2007, Padova, p. 91.

⁴³⁹ FALZEA A., *op. cit.*, p. 112.

stesso sarebbe tutelato nel compiere, come visto, gli atti tesi alla cessazione dello stato di soggezione, come il deposito ovvero il sequestro (⁴⁴⁰).

Nell'assenza di una espressa disciplina, si potrebbe anche pensare che la liberazione possa ottenersi attraverso la mera costituzione in mora del creditore ovvero, *a contrario*, arrivare addirittura a pensare che non sussiste la possibilità per il debitore allo svincolo.

Tuttavia, nemmeno queste ipotesi sono ritenute valide, in quanto, la prima è del tutto contraria al disposto dell'art. 1217 c.c. che prevede effetti della costituzione in mora del tutto diversi ed incompatibili con quelli derivanti dalla immediata liberazione (⁴⁴¹); la seconda è invece priva di *ratio* poiché, ove ammesso lo scioglimento del vincolo in tema di obbligazioni di dare, non si comprenderebbe il motivo per il quale detta liberazione dovrebbe essere invece esclusa negli obblighi di fare (⁴⁴²).

Conclusivamente, sembra che la soluzione sia da ricercare nella interpretazione secondo cui è necessario individuare una procedura di liberazione anche per tali vincoli.

La soluzione al problema è da ricercare all'interno della materia dettata in tema di impossibilità temporanea, *ex art.* 1256 c.c. ovvero in strumenti da identificare volta per volta dipendentemente dal caso in esame, stante soprattutto la vasta eterogeneità delle ipotesi che possono essere qualificate e classificate sotto la disciplina degli obblighi di fare (⁴⁴³).

⁴⁴⁰ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 269.

⁴⁴¹ CATTANEO C., *op. cit.*, p. 269.

⁴⁴² NATOLI U. E BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 202.

⁴⁴³ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 205.

Una ulteriore strada da poter percorrere sembra essere quella mutuata dall'art. 95 del codice svizzero in tema di obbligazioni, il quale ha riconosciuto al debitore, successivamente alla costituzione in mora del creditore, il diritto di recesso dal vincolo, in tal guisa determinando la liberazione da ogni obbligo, seguita da una sentenza costitutiva in grado di produrre gli effetti che da sola non potrebbe provocare una mera dichiarazione rilasciata da parte del debitore; alla luce di tale ultima interpretazione, la problematica sarebbe traslata su di un piano più propriamente processuale piuttosto che sostanziale, a differenza di quanto accade nelle altre tipologie di obblighi, nei quali la sentenza acquista un mero valore di convalida che determina la produzione degli effetti della procedura già posta in essere da parte del soggetto obbligato ⁽⁴⁴⁴⁾.

In tema di obblighi di fare, bisogna anche ricordare che la formulazione della offerta sottostà a determinate disposizioni; l'offerta deve essere formulata dal debitore ed essere formale, ma non solenne: sarà infatti sufficiente che l'intimazione sia resa nelle forme d'uso, così come indicato dall'art. 1217 c.c.

La differenza è di notevole importanza; infatti, detta obbligazione potrebbe comprendere l'atto di consegna di un bene ovvero la moltitudine di diversi atti di consegna o, ancora, avere ad oggetto l'obbligo di un *facere* in capo al creditore, il quale, in tali casi, non dovrà porre in essere un mero atto di ricevimento, come avviene, per esempio, nelle fattispecie specificate dall'art. 1560 c.c.

La scelta dell'operatività di una o dell'altra norma è determinata dalla verifica della eventuale ricusazione da parte del soggetto attivo di ricevere il bene oppure della eventuale omissione di cooperazione nell'adempimento altrui.

⁴⁴⁴ BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 9.

In ogni caso, la forma d'uso consiste nella redazione per iscritto della offerta, avente peraltro i requisiti determinati dall'art. 80 disp. Att. C.c. ⁽⁴⁴⁵⁾.

Inoltre, la intimazione dovrà esplicitare i compiti relativi alla cooperazione del creditore nonché il tempo ed il luogo in cui detta collaborazione dovrà essere effettuata.

In una fattispecie avente ad oggetto un contratto preliminare, la giurisprudenza ⁽⁴⁴⁶⁾ ha financo affermato che l'offerta può consistere in una dichiarazione resa dal procuratore costituito in giudizio oppure da un invito rivolto al promissario al promittente recante l'invito giustappunto di recarsi presso un notaio in un determinato luogo e in una certa giornata per la stipula definitiva ⁽⁴⁴⁷⁾; laddove sia invece previsto un termine essenziale entro il quale adempiere a favore del debitore, la richiesta di una intimazione è esclusa ⁽⁴⁴⁸⁾. Nelle altre fattispecie al di fuori di quelle appena indicate, la intimazione sarà considerata condizione necessaria e, pertanto, senza la stessa non potrà configurarsi alcuna *mora accipiendi* ⁽⁴⁴⁹⁾.

7. Segue. Sentenze e offerta non formale.

Gli effetti della offerta e quelli del deposito si determineranno solo nel momento in cui il giudizio esperito dal debitore, teso all'accertamento

⁴⁴⁵ CATTANEO C., *op. cit.*, p. 259.

⁴⁴⁶ Cass., 12 luglio 1978, n. 3521, in *Mass. Giur. It.*, 1978, p. 818; Cass., 7 febbraio 1979, n. 837, in *Mass. Giur. It.*, 1979, p. 220; Cass., 26 gennaio 1980, n. 641, in *Mass. Giur. It.*, 1980.

⁴⁴⁷ SASSO C., *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1971, p. 85; BUSNELLI F., *Della tutela dei diritti*, nel *comm. C.c.*, artt. 2900-2969, Torino, 1964, sub art. 2932, p. 362.

⁴⁴⁸ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 195.

⁴⁴⁹ Cass., 26 giugno 1976, n. 2395, in *Foto It.*, 1976, I, p. 2648.

dell'inesistenza del motivo di rifiuto della prestazione, avranno prodotto una sentenza che sia, peraltro, passata in giudicato (⁴⁵⁰).

In ragione di quanto detto, è evidente che, in caso di accertamento positivo della legittimazione in capo al creditore del rifiuto della altrui prestazione, alcuna liberazione potrà mai configurarsi.

Si precisa inoltre che solo la offerta formale provoca la mora del creditore, mentre la offerta non formale non è idonea al raggiungimento di tale fine.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità (⁴⁵¹) afferma chiaramente che *“mentre l’offerta formale della prestazione prevista dagli artt. 1206 ss c.c., costituisce la prima fase di un processo che conduce alla mora del creditore ed alla liberazione del debitore, l’offerta irrituale o non formale, contemplata dall’art. 1220 c.c., allorquando manchi un legittimo motivo di rifiuto a riceversi la prestazione, non produce gli stessi effetti, ma è tuttavia idonea a escludere l’inadempimento del debitore”*.

8. Segue. Il risarcimento del danno.

La disciplina della *mora credendi* non prevede alcuna realizzazione coattiva della collaborazione tanto che il creditore è addirittura nella eventualità di impedire l’esecuzione della prestazione, come altresì previsto anche dal codice tedesco, al §

⁴⁵⁰ GALGANO F., *Le obbligazioni in generale*, 2007, Padova, p. 104.

⁴⁵¹ Cass., 6 dicembre 2000, n. 15505, in *Contratti*, 2001, p. 771; Cass., 4 febbraio 1987, n. 994, in *Mass. Foro It.*, 1987, ultima nota; Cass., n. 27 giugno 1987, n. 5710, in *Mass. Foro It.*, 1987.

293, il quale esclude espressamente che il debitore possa ottenere un risarcimento in forma specifica in caso di mancata cooperazione del creditore (⁴⁵²).

Al limite il debitore potrà agire per ottenere un risarcimento del danno per equivalente, anche se ciò avrà applicazione ai soli rapporti obbligatori che prevedano un cooperazione in capo al creditore, in quanto, negli altri casi, al debitore spetterà solo la corresponsione di un indennizzo.

Di rilievo maggiore sono certamente i rapporti aventi ad oggetto prestazioni corrispettive ovvero i casi in cui la prestazione dedotta è tesa a soddisfare un interesse del debitore; precisando che detto interesse è stato anche affermato in sede giudiziaria (⁴⁵³), la quale ha ritenuto contrario a buona fede il comportamento tenuto da uno dei due stipulanti un contratto di compravendita che si era rifiutato di adempiere in ragione della modifica del soggetto contraente in sede di contratto definitivo.

Il riferimento alla buona fede può certamente essere di aiuto nella individuazione, all'interno delle fattispecie concrete, dell'esistenza o meno di un danno subito dal debitore, il quale potrà essere risarcito per il mancato guadagno derivato dalla fallita realizzazione della propria prestazione, ma non anche per il guadagno ulteriore che sarebbe derivato dalla esecuzione dell'obbligo.

Tale danno, il quale è espressamente previsto dall'art. 1207 c.c., sarà valutato equamente dal giudice incaricato per la decisione (⁴⁵⁴).

E' tuttavia disposto che il debitore, in talune fattispecie, possa essere costretto a tollerare un ritardo nella cooperazione del creditore, soprattutto quando la natura dell'affare lo preveda.

⁴⁵² ROMANO G., *op. cit.*, p. 289.

⁴⁵³ Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Corr. Giur.*, 1991, p. 789.

⁴⁵⁴ ROMANO G., *op. cit.*, p. 291.

Ma oltre al tollerabile ritardo, non sembra configurabile l'accettazione da parte del soggetto obbligato di una vera e propria compressione della sua posizione, la quale pertanto determinerà l'insorgere di un diritto al risarcimento negli altri casi, restando escluso il risarcimento dei danni imprevedibili.

Il risarcimento dei danni imprevedibili si avrà in dipendenza dal vincolo esistente tra le parti: basti pensare ad un contratto avente ad oggetto la liberazione dei depositi di una delle due parti, verso corrispettivo; in tale caso, laddove il ricevente la prestazione non possa concludere un grosso affare solo per il ritardo della esecuzione, ben potrebbe chiedere anche il risarcimento del danno a detto titolo ⁽⁴⁵⁵⁾.

Può anche accadere che l'interesse all'adempimento trovi il proprio fondamento non nella utilità che potrebbe derivare al creditore dalla esecuzione, ma nel fatto che sia proprio quel soggetto a ricevere la prestazione; si consideri la possibilità per un debitore di essere il fornitore ufficiale di una determinata casa di firme: è ovvio che il vero prestigio per il debitore sarà essere il rappresentante di quel *brand* e non di un marchio del tutto sconosciuto o meno diffuso ⁽⁴⁵⁶⁾.

Ad assumere rilievo è allora uno dei noti principi costituzionali e cioè la iniziativa economica, la quale non potrebbe in nessun caso legittimare l'esistenza o la perpetrazione di comportamenti contrattuali che siano contrari alle attese di una delle parti, le quali agiscono in ragione di un ragionevole affidamento ⁽⁴⁵⁷⁾.

Invero, anche nei contratti di somministrazione in cui non siano previste delle clausole di salvaguardia tese precipuamente alla tutela del debitore, il contraente ha il dovere di rispettare il c.d. obbligo alla fedeltà contrattuale; ne consegue che, ove il debitore abbia un interesse anche solo pubblicitario alla

⁴⁵⁵ ROMANO G., *op. cit.*, p. 292.

⁴⁵⁶ ROMANO G., *op. loc. cit.*

⁴⁵⁷ ROMANO G., *op. cit.*, p. 294.

esecuzione effettiva della prestazione, particolare proprio in ragione della prestazione dedotta, di questo dovrà tenere conto il giurista per la quantificazione del danno da *mora credendi*.

In ragione di quanto detto, sebbene solo in un aspetto più propriamente quantitativo, può concludersi che la *mora credendi* ricorda, per alcuni aspetti, la *mora debendi*; la differenza notevole tra quest'ultime, infatti, è e rimane in via principale la possibilità prevista solo in una delle due ipotesi di agire per il risarcimento in forma specifica.

I danni da *mora credendi* includono, peraltro, le conseguenze prevedibili e connesse direttamente alla mancata esecuzione della prestazione, mentre i danni da *mora solvendi* includono anche l'integrale pregiudizio che non sarebbe verificatosi in caso di corretta ed esatta esecuzione della prestazione e, quindi, anche i danni non prevedibili (⁴⁵⁸); ne consegue che la mancata cooperazione del creditore assume solo un carattere secondario, sempre che detta cooperazione non sia piuttosto un obbligo principale, determinante, ove accertato, il diritto al risarcimento.

E' evidente pertanto che la finalità che il giurista ha inteso raggiungere è quella di conferire una tutela minore nei casi di *mora credendi*.

Una questione che rimane ancora ad oggi aperta è quella relativa alla tutela di interessi esistenziali eventualmente dedotti all'interno di un rapporto obbligatorio.

Nel nostro ordinamento giuridico sembrano essere elevati a tutela le aspettative personalistiche ovvero esistenziali del debitore affinché possa essere liberato dal proprio vincolo e, inoltre, il campo di operatività della risarcibilità del danno, esso appare tanto esteso da giungere addirittura a qualificare la cooperazione,

⁴⁵⁸ ROMANO G., *op. loc. cit.*

esclusivamente ai fini del risarcimento, come un vero e proprio obbligo di prestazione; infatti, anche in tema di attività infungibili, si nota che i rimedi ivi previsti sono molto simili a quelli dettati dall'art. 1207 c.c. in tema di omissione della cooperazione.

Tuttavia, nonostante l'analogia tra gli istituti, il debitore è comunque tutelato in maniera minore ⁽⁴⁵⁹⁾; se poniamo mente ad una fattispecie di obbligo di prestazione artistica avente come oggetto la esecuzione di un provino, la mancata cooperazione del creditore potrà determinare al massimo un obbligo alla refusione delle spese, mentre se ad oggetto dovesse esserci proprio una esecuzione professionale, sempre la stessa mancata cooperazione non potrà che determinare un vero e proprio diritto al risarcimento di ogni danno.

Tuttavia, la opinione comune che vede l'artista come avente sempre diritto ad esibirsi, sembra un po' forzata, in quanto se fosse ammessa sarebbero legittimate alla stessa applicazione anche le fattispecie relative alla contrattualistica di lavoro del tutto fuori dal buon senso: basti pensare all'eventuale diritto presente in capo ad un lavoratore che al termine di un contratto di formazione non sia assunto.

Il vero aspetto importante è invece connesso alla necessità di porre dei limiti in capo al creditore, impedendogli di agire secondo il suo mero e libero arbitrio, il quale inevitabilmente si scontra con i principi dell'ordinamento come quelli della correttezza e della buona fede ⁽⁴⁶⁰⁾.

⁴⁵⁹ ROMANO G., *op. loc. cit.*

⁴⁶⁰ ROMANO G., *op. loc. cit.*

9. *La remissione del debito.*

La remissione del debito è un negozio unilaterale recettizio attraverso il quale il creditore rinuncia, integralmente o parzialmente, al proprio diritto a favore del debitore.

In merito alla qualificazione della remissione quale rinuncia, sono state avanzate diversi dubbi, traenti origine anche dallo stesso dettato normativo di cui all'art. 1236 c.c. che espressamente dispone “*La dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi in congruo termine non voglia approfittarne*”⁽⁴⁶¹⁾.

L'art. 66 della relazione al codice considerava tuttavia la remissione quale atto unilaterale, senza porre in rilievo che il rifiuto del debitore potesse svolgere un quale elemento estintivo alla detta remissione.

Tuttavia, pur non assurgendo ad elemento costitutivo del perfezionamento della remissione stessa, il rifiuto potrebbe impedire la produzione degli effetti, provocandone quindi la estinzione⁽⁴⁶²⁾; infatti, il creditore, manifestando la volontà di rimettere il debito dell'obbligato, non sembra possa in alcun modo modificar o estinguere direttamente il diritto potestativo altrui all'adempimento; pertanto, se al debitore è riconosciuto il diritto di porre nel nulla la remissione del creditore, non appare coerente configurare quest'ultima come una rinuncia, ritenendo piuttosto che la stessa possa essere un vero e proprio negozio unilaterale, limitato solo dalla

⁴⁶¹ Per completezza, si rammenta che una disposizione analoga è riportata anche dal codice tunisino delle obbligazioni e dei contratti e dall'art. 343 del codice dei contratti e delle obbligazioni del Marocco “*la remise de l'obligation n'a aucun effet lorsque le debiteur refuse expressément de l'accepter*”.

⁴⁶² FALZEA A., *op. cit.*, p. 33.

eventuale negazione da parte del debitore e non anche da qualsivoglia causa esterna al rapporto obbligatorio (⁴⁶³).

Alla luce di quanto detto, avendo posto in rilievo le considerazioni in tema di diritto del debitore al rifiuto, non si può concludere che detta remissione possa assumere la qualificazione di rinuncia unilaterale.

Inoltre, come sostenuto da importante dottrina (⁴⁶⁴), se il rifiuto determina l'estinzione della remissione, allora il comportamento del debitore attiene addirittura al piano della costituzione stessa della figura giuridica: risulta indispensabile una attività positiva da parte del soggetto passivo, il quale mai potrà essere considerato come un elemento estraneo alla fattispecie in esame, nemmeno alla luce della formulazione negativa fornita dal codice.

Parte della dottrina (⁴⁶⁵) ha addirittura ritenuto che la remissione sia un contratto, fondando tale considerazione sui dettami dell'art. 1326 ss c.c. relativamente alla proposta irrevocabile al momento della conoscenza da parte del destinatario, con la conseguenza che, sebbene il contenuto negativo della accettazione del debitore, in ogni caso questa risulta essere elemento indispensabile per la configurazione della fattispecie (⁴⁶⁶), la quale trova il suo inizio con la dichiarazione creditoria che diventa irrevocabile al momento della conoscenza da

⁴⁶³ PERLINGIERI P., *Remissione del debitore e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 24.

⁴⁶⁴ PERLINGIERI P., *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro IV, Delle obbligazioni (art.1230, 1259). Bologna- Roma, 1975 pag. 169 ss.;Id. *Remissione del debitore e rinuncia al credito*, Napoli, 1968 p.138.

⁴⁶⁵ LOMONACO S., *Istituzione di diritto civile*, Napoli, 1904, V, p. 303; RICCI G., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1907, vol. VI, p. 302; CHIRONI P., *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1912, P. 209; SIMONELLI U., *Istituzioni di diritto privato*, Roma, 1921, p. 355. Per il diritto francese cfr. POTHIER, *Traité des obligation*, in *Oeuvres, annotés par Bugnet*, Paris, 1890, p. 326; TOULLIER, *Le droite civil français*, Paris, 1844, p. 321; LAURENT, *Principes de droite civil*, Paris, 1878, p. 276; App. Torino, 5 febbraio 1897, in *Giur. it.*, 1897, p. 306; App. Torino, 7 gennaio 1902, in *Mon. Trib. Mil.*, 1902, p. 173.

⁴⁶⁶ CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1945, p. 144.

parte dell'obbligato e di forma nella sua definitività al momento in cui, trascorso un congruo termine, il debitore non abbia posto veti o rifiutato la volontà altrui.

Lo strumento giuridico concesso al debitore tutela lo stesso per la conservazione del rapporto, dando così vita al diritto del debitore all'adempimento della obbligazione.

Secondo altra parte della dottrina (⁴⁶⁷), la fattispecie in esame assume piuttosto veste di vera e propria rinuncia; invero, il creditore, anche se solo per la parte nella sua disponibilità, effettivamente rinuncia all'obbligo che grava il debitore, conservando pertanto il suo carattere abdicativo, essendo quindi esercizio del suo esclusivo ed imprescrittibile diritto di credito. Ne consegue che, mentre al creditore è dato l'esercizio del proprio diritto di credito che si manifesta attraverso la rinuncia, al debitore è dato l'esercizio di un suo potere che è quello di voler adempiere in ogni caso alla prestazione assunta (⁴⁶⁸). Pertanto, da detto sacrificio deriva l'estinzione dell'obbligazione dal momento in cui la medesima dichiarazione giunge nella sfera giuridica di conoscenza del debitore, senza che questi manifesti una volontà ostativa (⁴⁶⁹).

La remissione può essere validamente manifestata sia attraverso una dichiarazione espressa, sia implicitamente, attraverso la volontaria restituzione a favore del debitore del documento da cui risulti il titolo su cui si basa il credito sia, ancora, dedotta da fatti concludenti.

⁴⁶⁷ BRUGI B., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 597; ATZERI L., *Delle rinunzie*, Torino, 1915, p. 143; DE RUGGIERO R., *op. cit.*, p. 256; Per il diritto francese cfr. ZACHARIAE, *Manuale di diritto francese*, Milano, 1907, p. 345.

⁴⁶⁸ SANTI ROMANO, *Scritti Minori*, Milano, 1980, p. 1483.

⁴⁶⁹ TORRENTE A. E SHLESINGER P., in *Manuale di diritto privato*, 2004, Torino, p. 431.

E' la stessa giurisprudenza di merito e di legittimità, in molteplici pronunce (⁴⁷⁰), ad affermare che *“la remissione del debito, pur non potendosi presumere, può tuttavia ricavarsi da una manifestazione tacita della volontà, ma in tal caso è indispensabile che la volontà abdicativa risulti da una serie di circostanze concludenti e non equivoche, assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito”*.

Tuttavia, la remissione del debito non opera in presenza di una manifestazione contraria da parte del debitore, al quale è lasciato il diritto di opporvisi entro un congruo termine.

Quanto detto è il frutto del noto principio secondo cui nessuno può essere costretto a subire la remissione, in ragion del fatto che il debitore ben potrebbe considerarla umiliante o lesiva del proprio onore e prestigio; pertanto, il debitore, in caso di volontà contraria, è nel diritto di rifiutare l'offerta, comunicando entro un determinato termine al creditore la volontà di non usufruire dell'offerta.

Si sottolinea che in caso di mancato esercizio di detto diritto ovvero di esercizio tardivo, la remissione del debito risulta operativa, senza che nemmeno una offerta di eseguire la prestazione possa modificare gli effetti della fattispecie (⁴⁷¹).

Non sono rinvenibili norme che vietano la comunicazione positiva da parte del debitore di voler profittare della offerta ovvero, ancora, la trasmissione al creditore da parte del soggetto passivo tesa alla provocazione della remissione; in tali ipotesi, l'effetto estintivo si produrrà rispettivamente, nel primo caso, dal momento dell'accettazione espressa e, nel secondo, dal momento della remissione, essendo

⁴⁷⁰ Cass., 4 ottobre 2000, n. 13169, in *Mass. Foro It.*, 2000; App. Milano, 29 novembre 1985, in *Dir. e prat. Assic.*, 1986, p. 762.

⁴⁷¹ GALGANO F., *op. cit.*, p. 113.

ammesso anche dalla giurisprudenza (⁴⁷²) la possibilità che l'istituto si configuri come contratto e non solo come atto unilaterale.

La remissione opera solo nei casi in cui il diritto del creditore sia disponibile e rinunciabile, non risultando rilevanti i motivi che hanno determinato in capo al creditore detto esercizio, a meno che questi non siano illeciti.

Le finalità a cui la remissione può essere tesa sono molteplici.

Innanzitutto, è volta alla soddisfazione di un interesse patrimoniale del creditore che può tradursi in un mero presupposto di fatto dell'atto, ma la stessa può essere anche una condizione sospensiva, al cui verificarsi è subordinata l'efficacia e la validità della remissione (⁴⁷³).

Può essere diretta a soddisfare un interesse patrimoniale del creditore, come nel caso di remissione effettuata da parte di un socio nei confronti della propria società al fine di non aggravare eccessivamente le difficoltà finanziarie della propria fonte di reddito.

Ancora, il creditore può agire esercitando il proprio diritto alla remissione in caso in cui non voglia sostenere le relative spese di esazione, laddove superino l'incasso previsto.

Infine, potrebbe essere volta a soddisfare un interesse non patrimoniale del creditore alla luce di puri motivi di generosità o solidarietà nei confronti del debitore (⁴⁷⁴).

Per completezza, si evidenzia che sussiste una profonda differenza tra l'istituto della remissione e quello del *pactum de non petendo*; la remissione infatti estingue oggettivamente il debito, mentre il suddetto patto impone determinate

⁴⁷² Cass., 14 marzo 1995, in *Giust. Civ.*, 1995, I, p. 1450.

⁴⁷³ GALGANO F., *op. cit.*, p. 115.

⁴⁷⁴ GALGANO F., *op. cit.*, p. 116.

condizioni in capo al creditore come, ad esempio, quella di non pretendere l'esecuzione della prestazione altrui prima di un determinato termine iniziale⁽⁴⁷⁵⁾.

Ne consegue che, in caso di remissione, le garanzie costituite a tutela del credito vengono a cessare e, inoltre, la liberazione effettuata a favore di un solo debitore, svincola anche gli altri debitori in solido, a meno che il creditore non abbia fatto espressa riserva di diritto nei confronti degli altri, verso i quali, tuttavia, non potrà richiedere la esecuzione della parte di obbligazione che era presente in capo al soggetto liberato.

Gli effetti ovviamente non vengono ad esistenza in caso di patto, fattispecie in cui il creditore ha esclusivamente dei limiti nei confronti del soggetto a favore del quale ha sottoscritto il patto *de quo*⁽⁴⁷⁶⁾.

10. Segue. La non opposizione del debitore.

Come già descritto, la mancata opposizione del debitore secondo le disposizioni normative determina la definitività della remissione.

In primo luogo, è necessario verificare cosa si intenda per termine congruo entro il quale il debitore debba manifestare il proprio rifiuto.

Il termine ovviamente non potrà essere stabilito esclusivamente dal creditore ed in suo favore, in quanto, se così fosse, il diritto del debitore sarebbe del tutto privo di contenuto, in quanto il termine dettato dalla disciplina codicistica è evidentemente teso alla tutela di tutte le parti del rapporto obbligatorio.

⁴⁷⁵ GALGANO F., *op. loc. cit.*

⁴⁷⁶ TORRENTE A. E SHLESINGER P., in *Manuale di diritto privato*, Torino, 2004, p. 432.

Sembrerebbe opportuno escludere anche l'operatività dei termini imposti dagli usi ovvero dalla natura dell'affare, così come previsti dagli artt. 1326 e 1333 c.c., stante che gli stessi risultano individuati non dai soggetti di cui al vincolo obbligatorio, ma determinati da elementi esterni (⁴⁷⁷).

Alla luce di quanto detto, appare possibile concludere che il termine debba essere la risultante del binomio tra il principio di correttezza e quello di buona fede, come sanciti dagli artt. 1175 e 1375 c.c., avendo riguardo, in ogni caso, anche alla natura dell'affare; una delle prime conseguenze di tale impostazione è che il termine potrebbe non essere soggetto a decadenza.

Inoltre, in tema di capacità ad esprimere un valido rifiuto, sarà necessario che il debitore sia quantomeno astrattamente in grado, secondo i dettami dell'ordinamento giuridico, sia di valutare l'offerta sia di esercitare il proprio diritto; invero, solo ove il creditore fosse in grado di dimostrare l'assenza di tale requisito in capo al soggetto obbligato durante tutto il corso del termine valido per la configurazione dell'istituto in esame, quest'ultimo non verrà ad esistenza.

Altresì, molteplici sono stati gli orientamenti anche dottrinali tesi alla identificazione della natura giuridica del silenzio del debitore, rilevante in ragione della applicazione delle diverse discipline dettate in tema di negozi giuridici.

Parte della dottrina (⁴⁷⁸) ha infatti ritenuto che il silenzio sia un atto giuridico, mentre altra parte (⁴⁷⁹) ha ritenuto che lo stesso possa assumere la qualifica di mero fatto.

⁴⁷⁷ TORRENTE A. E SHLESINGER P., *op. loc. cit.*

⁴⁷⁸ CRISCUOLI A., *Le Obbligazioni testamentarie*, Milano, 1956, p. 503.; PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 194.

⁴⁷⁹ TILOCCA M., *La remissione del debito*, Padova, 1955, p. 90; CICALA F., *op. cit.*, p. 193.

Nella fattispecie in esame sembra potersi concludere, anche in ragione di tutto quanto già detto, che si tratti di un mero fatto in quanto non risulta operativa la disciplina dei vizi del consenso, essendo solo condizione necessaria e sufficiente quella di non desiderare tenere un determinato comportamento da parte del debitore⁽⁴⁸⁰⁾.

11. L'adempimento del terzo.

La naturale evoluzione degli eventi ben potrebbe determinare la estinzione della obbligazione anche in caso di attività non strettamente ricollegabile alla condotta del debitore: potrebbe infatti essere un terzo a realizzare la pretesa del creditore, senza che questi, in difetto di motivo legittimo, possa validamente rifiutare⁽⁴⁸¹⁾.

La fattispecie dell'adempimento del terzo presuppone, come noto, che un terzo, estraneo ad un rapporto obbligatorio, e dunque non obbligato in proprio ad estinguerlo (come nel caso del fideiussore o di altro garante), esegua spontaneamente a favore del creditore l'obbligazione dedotta, determinando così la configurazione di una figura composita; da un lato negoziale e dall'altro esecutiva nel momento in cui, attuando un precedente rapporto ed annullando la pretesa, si eserciterebbe il diritto previsto e sancito all'interno dell'art. 1180 c.c..

⁴⁸⁰ GIACOBBE R., *op. cit.*, p. 778.

⁴⁸¹ NICOLÒ G., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936/1978, p. 128.

La *ratio* sottesa a tale normativa trova le sue fondamenta all'interno del pratico principio per cui l'importante è che il creditore sia soddisfatto, al di là della considerazione di chi sia ad aver eseguito la prestazione.

Il codice del 1865 regolava detta disciplina all'interno degli artt. 1238 e 1239, i quali altro non erano se non la trasposizione dei dettami napoleonici.

L'art. 1238 disponeva che *“le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualunque persona che abbia interesse, come da un coobbligato o da un fideiussore. Le obbligazioni possono anche essere estinte con pagamento fatto da un terzo che non abbia interessi per la liberazione del debitore”*.

Venivano così ad essere ammesse ipotesi tra loro anche molto diverse, determinando così la coesistenza della possibilità dell'adempimento da parte di un terzo, sia senza che alcun tipo di corrispettivo fosse dovuto sia con una previsione espressa di surroga dei diritti del creditore (⁴⁸²).

Sembra infatti che l'unica preoccupazione del giurista dell'800 fosse quella di non aggravare la posizione debitoria.

Dette situazioni, tuttavia, aveva dato vita ad incertezze giurisprudenziali, e pertanto il legislatore del 1942 aveva inteso superare tali dubbi attraverso la eliminazione della distinzione tra la figura del terzo interessato e quella del non interessato (⁴⁸³), introducendo la possibilità di formulare l'opposizione all'adempimento.

Ed è proprio attraverso il diritto, seppur privo di contenuto dirimente, previsto in capo al debitore che si realizza la massima espressione della tutela di quest'ultimo, al quale è lasciata la libertà di manifestare la propria contrarietà in

⁴⁸² NATOLI U., *op. cit.*, p.182.

⁴⁸³ DI MAJO A., *op. cit.*, p. 41.

merito alla volontà di un terzo estraneo al rapporto giuridico di esperire un intervento solutore.

Tuttavia, è ancora evidente la quasi assenza della tutela del soggetto debitore o quantomeno la sua minore tutela rispetto a quella che invece viene accordata all'interesse del creditore, il quale, anche in presenza di una volontà tendenzialmente ostativa da parte del soggetto passivo all'adempimento del terzo, ben potrebbe accettare la soddisfazione del proprio credito, anche da parte di un soggetto del tutto estraneo al rapporto.

Si pone in rilievo che in caso di mancata comunicazione ostativa da parte del debitore e di contestuale non necessità dell'adempimento personale da parte di quest'ultimo, il creditore non può legittimamente rifiutare l'adempimento offerto dal terzo in quanto, se così facesse, verrebbe ad esistere il divieto in capo all'interessato di pretendere la prestazione direttamente da parte dell'obbligato originario.

Questa è la tesi che è stata accolta, la quale, in qualche misura, già poteva ritenersi presente all'interno del codice del 1865 che prevedeva il legittimo rifiuto in capo al creditore alla luce di una necessaria realizzazione fondata sull'*intuitus personae*, senza tuttavia porre l'attenzione alla natura della prestazione⁽⁴⁸⁴⁾; infatti, l'art. 1239, ormai abrogato, affermava che *“l'obbligazione di fare non può adempiersi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse a che sia adempiuta dal debitore medesimo”*.

In ragione di quanto detto, l'attuale art. 1180 c.c. dispone espressamente che *“l'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha un interesse a che il debitore esegua personalmente la*

⁴⁸⁴ NATOLI U., *op. cit.*, p. 185.

prestazione. Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione”.

Da ultimo, si rammenta che la Corte Suprema di Cassazione ⁽⁴⁸⁵⁾ ha espressamente affermato, in relazione alla natura di cui all'art. 1180 c.c., che l'adempimento del terzo risulta del tutto svincolato dal rapporto che quest'ultimo ha nei confronti del terzo.

L'intervento deve pertanto risultare spontaneo ed autonomo, avente quale unico presupposto la liberazione del debitore dalla obbligazione e dalle spesso nefaste conseguenze dell'inadempimento.

La pronuncia è esaustiva nel ricordare che l'azione del terzo deve essere caratterizzata dalla assenza di accordi o convenzioni tra le parti, in modo da non viziare l'interesse del creditore al soddisfacimento del proprio diritto.

Pertanto, l'adempimento sarà validamente eseguito da parte del terzo solo quando lo stesso risulti svincolato da qualsivoglia tipo di relazione con i protagonisti del rapporto obbligatorio sottostante ⁽⁴⁸⁶⁾.

12. Segue. Onerosità e gratuità.

In particolare, la Corte di Cassazione Civile ⁽⁴⁸⁷⁾ ha affermato che la validità dell'adempimento del terzo dipende dalla causa in concreto.

Trattandosi infatti di una vera e propria invasione dell'altrui sfera, il negozio giuridico avente l'effetto di soddisfare, in modo diverso dallo schema predisposto

⁴⁸⁵ Cass., 20 maggio 1952, n. 1681, in *Giustizia Civile*, parte prima, p. 1499.

⁴⁸⁶ SCHLESINGER, *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, in *Temi*, 1958, p. 572.

⁴⁸⁷ Cass., 1 marzo 2010, n. 6538, in *Mass.*, 2010.

dall'art. 1218 c.c., l'interesse del creditore, l'adempimento del terzo non può che sottostare alla regola per cui il carattere oneroso o gratuito dell'attribuzione patrimoniale che esso comporta deve essere stabilito in riferimento alla sua causa.

Ma la qualificazione dell'adempimento del terzo, in sede di azioni revocatorie, non può limitarsi ad una visuale incentrata sul solo rapporto bilaterale terzo-creditore, e dunque sull'atto o negozio in sé, nella sua connotazione causale astratta quale funzione economico-sociale nella ricerca di un nesso diretto fra le due eventuali controprestazioni di detti soggetti, come preteso dall'orientamento opposto, sotto tale profilo pur esso inadeguato: attraverso lo schema-base individuato dal legislatore nell'art. 1180 c.c., le parti possono perseguire diversi interessi meritevoli di tutela, ricorrendo anche ad un collegamento di atti o negozi diversi, pure non coevi, ma susseguitisi nel tempo, consentendo, grazie a semplici connessioni economiche, di realizzare uno scopo, a seconda dei casi, oneroso o gratuito, mediante l'utilizzo di atti astrattamente a causa neutra, oppure onerosa o anche gratuita, ma tutti egualmente strumentali e necessari alla realizzazione del risultato antitetico, ed al quale, dunque, deve guardarsi per valutare se l'atto sia stato compiuto o meno, a titolo gratuito (⁴⁸⁸).

Alla luce di quanto detto, discendono effetti o rimedi giuridici diversi, o diversi rapporti giuridici seguenti tra il terzo e il debitore, concludendosi che, nell'adempimento del terzo, sono egualmente configurabili gratuità o, per converso, onerosità della prestazione; inoltre, seppure la tipizzazione legislativa dell'istituto avviene con riguardo all'effetto del negozio (l'estinzione dell'obbligazione), la

⁴⁸⁸ SCHLESINGER. *op. loc. cit.*

ragione concreta, per la quale il terzo interviene nel rapporto creditore-debitore, deve quindi essere necessariamente verificata caso per caso dal giudice di merito.

L'atto deve qualificarsi a titolo gratuito qualora dall'operazione che esso conclude, sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a struttura complessa, in quanto si componga di un collegamento di atti e di negozi, il terzo non ne trae nessun concreto vantaggio patrimoniale, recando invece un vantaggio al debitore. La ragione deve considerarsi onerosa tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio per questa sua prestazione dal debitore, dal creditore o anche da altri, così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta (⁴⁸⁹).

13. Segue. Ipotesi di intervento e di lesione al diritto del soggetto passivo.

Nonostante tutto quanto sopra detto, l'ordinamento giuridico ha individuato dei rimedi giuridici all'intervento del terzo che leda, in qualche modo, gli interessi ed i diritti del creditore o del debitore.

Anche in tema di rimedi, si pone l'attenzione al fatto che la tutela accordata al soggetto attivo sembra essere di gran lunga superiore rispetto a quella concessa all'obbligato: basti pensare ai casi di intervento in forza di un testamento o di un negozio giuridico a favore di un terzo. In detti casi il debitore gode del diritto di rinunciare al beneficio dell'intervento ma, ove il terzo esegua comunque la

⁴⁸⁹ SCHLESINGER. *op. loc. cit.*

prestazione, non è ipotizzabile in capo al soggetto passivo la possibilità di impedire l'evento (⁴⁹⁰).

Quanto detto accade in ragione del contemperamento di interessi che l'ordinamento giuridico suole riconoscere in capo al creditore ed al terzo, il quale agisce tutelato esclusivamente dalla necessità di evitare un danno ovvero il pericolo che potrebbe occorrere, causando così ulteriori conseguenze giuridiche.

A favore del terzo, il debitore potrà eseguire la prestazione in virtù del principio che nessuno è tenuto ad accettare una liberalità non gradita.

Altro è il caso in cui il terzo possessore di un immobile corrisponda il debito a favore del creditore pignorante ovvero le fattispecie in cui sussista un terzo quale datore di ipoteca in quanto l'intervento del terzo, in dette ipotesi, trova origine dall'inadempimento colpevole del debitore, il quale ovviamente ben potrà adempiere la propria obbligazione precedentemente al terzo (⁴⁹¹).

In tema di lesione del diritto del debitore in ragione dell'adempimento altrui, è necessario infine distinguere tra le ipotesi che prevedono la surroga del terzo al creditore a quelli che detta surroga non prevedono. Nei primi casi, il diritto del debitore sembrerebbe non essere leso in quanto, venendo a mutarsi solo ed esclusivamente il soggetto attivo del rapporto, l'obbligo in capo al debitore non verrebbe a modificarsi in alcun modo (⁴⁹²).

⁴⁹⁰ SACCO R., *op. cit.*, p. 327: "fattispecie connotate dall'immoralità o dall'antisocialità si prestano precisamente ad avventure normative di questo tipo".

⁴⁹¹ FALZEA A., *op.cit.*, p. 35.

⁴⁹² MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale: art. 1173-1320*, Torino, 1982, p. 48.

14. Difetti nell'adempimento del debitore.

L'offerta effettuata dal debitore, al fine di rispettare quanto indicato all'interno degli artt. 1220 e 1206 e 1207 c.c. deve necessariamente avere tutti gli elementi sia qualitativi sia quantitativi della prestazione. In caso negativo, nulla potrebbe essere imputato al creditore, il quale vanterebbe l'autonomo diritto al rifiuto della esecuzione della prestazione.

Tuttavia, quanto appena detto, seppur di sapore pleonastico, deve essere preso in notevole considerazione poiché trova le sue origini in chiare disposizioni di legge come quella di cui all'art. 1175 c.c. che potrebbero anche non legittimare il rifiuto della prestazione.

Dello stesso avviso sono alcune pronunce giurisprudenziali, le quali hanno saputo affermare che l'offerta effettuata al domicilio del procuratore in corso di giudizio relativa al pagamento di un canone di locazione non potesse essere considerata valida ⁽⁴⁹³⁾, mentre è stata ritenuta produttiva di effetti il pagamento del dovuto ad un soggetto terzo che però aveva suscitato nell'idea del debitore la convinzione che egli fosse legittimato a ricevere la prestazione ⁽⁴⁹⁴⁾ o, da ultimo, l'illegittimità del rifiuto di un creditore che aveva trattenuto sin dopo la loro scadenza vaglia postali e assegni bancari ⁽⁴⁹⁵⁾.

In tema di offerta quantitativamente diversa rispetto a quella dedotta, l'art. 1182 c.c. dispone espressamente che il creditore possa rifiutarla, anche laddove l'obbligazione sia divisibile, a meno che gli usi o la legge impongano la sua ricezione.

⁴⁹³ Cass., 10 marzo 1970, n. 624, in *Foro It.*, 1970, I, p. 219.

⁴⁹⁴ Cass., 5 marzo 1971, m. 586, in *Giust. Civ.*, 1971, I, p. 515.

⁴⁹⁵ Cass., 8 agosto 1957, n. 3361, in *Rep. Giust. Civ.*, 1957, *Obbl. e contratti*, n. 23.

L'offerta quantitativamente dovrà comprendere sia il capitale sia gli accessori nonché le spese, le quali ovviamente sono a carico del debitore in conformità a quanto previsto dall'art. 1196 c.c.; al riguardo si precisa altresì che, anche laddove l'offerta dovesse essere minore anche solo di pochissimi centesimi, comunque il creditore avrà il diritto di esercitare il rifiuto, sebbene la stessa non possa comportare la legittimazione ad esperire l'azione di risoluzione poiché di scarsa importanza la diversità tra la parte non adempiuta o non in fase di adempimento e la esatta esecuzione (⁴⁹⁶).

I riferimenti forniti in tema di difetto di offerta sono estensibili anche alle questioni relative all'eccesso della offerta, tesa quindi a eseguire una prestazione maggiore rispetto a quella dedotta in contratto.

Parte della dottrina (⁴⁹⁷), ha ritenuto che in tali casi l'offerta sia comunque valida e che il soggetto passivo sia obbligato a ritirare la parte eccedente, mentre altra parte della dottrina (⁴⁹⁸), ritiene che il creditore possa rifiutare l'offerta pure nel caso in cui l'eccedenza stessa dovesse comportare inconveniente per lo stesso.

In stretta dipendenza con quanto appena rilevato vi è la offerta c.d. approssimativa che si configura qualora il debitore, al fine di evitare la propria costituzione in mora, offra intanto una somma, con riserva di integrare la prestazione in un momento successivo; in tali casi, sembra che il creditore non possa rifiutarsi di accettare la prestazione in quanto, in caso contrario, al debitore non sarebbe data alcuna possibilità di evitare la mora, non trovando peraltro accoglimento nel nostro ordinamento il principio per cui *in illiquidis non fit mora* (⁴⁹⁹).

⁴⁹⁶ Cass., 27 maggio 1964, n. 1327, in *Rep. Giur. It.*, 1964, Obb. e Contratti, n. 328.

⁴⁹⁷ BIANCA C.M., *op. loc. cit.*

⁴⁹⁸ FALZEA A., *op. loc. cit.*

⁴⁹⁹ GIORGIANNI M., *op. cit.*, p. 100.

In merito invece alla eccezione di cui al ricordato art. 1181 c.c., relativa agli usi o alla legge, si precisa che ben potrebbe accadere che già *ab origine* la prestazione fosse frazionata, caso in cui il creditore non potrebbe assolutamente rifiutare l'offerta quantitativamente inferiore a meno della eventuale decadenza dal beneficio del termine in caso di precedente inadempimento.

Oltre alla volontà delle parti ovvero agli usi, anche la legge, come visto, potrebbe determinare la possibilità di offrire ed eseguire una legittima prestazione parziale; i casi più comuni sono quelli relativi al frazionamento del debito tra coeredi del debitore ovvero quello relativo alle prestazioni pecuniarie dovute dalla Pubblica Amministrazione in ragione del diritto esistente sulla contabilità di Stato.

Nella questione invece relativa alla offerta di un bene qualitativamente diverso, lo stesso codice napoleonico e pertanto il nostro codice del 1865, all'art. 1245, disponeva che *“il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale o anche maggiore”*.

Anche il codice del 1942 riporta una medesima statuizione, anche se nel sistema vigente l'attenzione è stata posta in capo al debitore, al quale è fatto divieto di offrire un bene diverso, salvo che il creditore non acconsenta anche non espressamente.

La *ratio* sottesa alla legittimità del rifiuto risiede nella considerazione che un bene diverso non possa essere idoneo a soddisfare l'interesse del debitore.

Qualora il difetto sia assoluto si finirebbe per accettare, ove non si ammettesse la legittimità del rifiuto da parte del creditore, la configurazione di un *aliud pro alio* (⁵⁰⁰).

In assenza di una diversità qualitativa assoluta, il creditore è legittimato a non ricevere la altrui prestazione, anche laddove il debitore non avesse tenuto alcuna condotta colposa(⁵⁰¹).

Oltre a quanto detto, potrebbe anche accadere che il debitore effettui una prestazione non esatta, ad esempio, nelle sue modalità di esecuzione in merito, ad esempio, al tempo o al luogo della prestazione (⁵⁰²); mentre l'inesattezza relativa al luogo dell'adempimento ben potrebbe dare diritto al creditore di rifiutare la prestazione, altrettanto non può sostenersi in tema di tempo della esecuzione, soprattutto laddove il termine sia posto a favore del ricevente, a meno che il debitore non sia già incorso nella mora.

Ulteriore problema consiste nella ipotesi in cui il debitore offra di adempiere utilizzando beni altrui (⁵⁰³), in quanto in tali casi il creditore non potrebbe ritenersi del tutto indenne dalle questioni relative ad una eventuale evizione; in tali fattispecie la prestazione ben potrebbe essere ritenuta non idonea alla realizzazione dell'interesse, in quanto sarebbe in grado di non assicurare una piena e definitiva soddisfazione che legittima, pertanto, il rifiuto al ricevimento da parte del creditore.

Tuttavia, qualora il creditore dovesse accettare l'esecuzione e poi fosse spogliato del bene ricevuto, quest'ultimo potrebbe agire nei confronti del debitore

⁵⁰⁰ SANTI ROMANO, *Vendita, contratto estimatorio*, in *Trattato dir.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, V, fasc. I, Milano, 1960, p. 255.

⁵⁰¹ GIORGIANNI M., *op. cit.*, p. 26.

⁵⁰² NATOLI U., *op. cit.*, p. 217.

⁵⁰³ GIORGIANNI M., *op. cit.*, p. 46.

non solo per ottenere una nuova esecuzione della prestazione ma altresì potrebbe anche domandare il risarcimento dei danni subiti (⁵⁰⁴).

⁵⁰⁴ GIORGIANNI M., *op. loc. cit.*

CAPITOLO IV

IL CONCORSO DEL FATTO COLPOSO DEL CREDITORE

- 1. *L'articolo 1227 c.c.* - 2. *Differenze ed analogie tra il 1° e il 2° comma dell'art. 1227 c.c.* - 3. *La tesi causalistica.* - 4. *La tesi della buona fede oggettiva e la tesi equitativa.* - 5. *L'auto-responsabilità.* - 6. *La prospettiva relazionale.* - 7. *Il "fatto colposo" del danneggiato: interpretazione soggettiva e definizione oggettiva.* - 8. *L'assunzione del rischio da parte del danneggiato: rischio consentito e concorso di colpa.* - 9. *Gli stati di inferiorità.* - 10. *Segue:Cenni sul concorso di colpa dei minori.* - 11. *Segue:Une idée imprécise de création du risque: cenni sul concorso di colpa degli anziani.* - 12. *Gli stati di superiorità.* - 12.1. *Le superiorità intellettive.* - 12.2 *Le superiorità fisiche.* - 13. *Il dolo del danneggiato e il nesso di causalità .* - 14. *Il fatto colposo del danneggiato in concorso con il fatto doloso del danneggiante.*

1. L'articolo 1227 c.c.

Negli studi in materia di responsabilità civile la condotta del potenziale danneggiato trova collocazione tra i criteri di ripartizione del danno.

Il comportamento del danneggiato viene annoverato nell'ambito dei fattori che concorrono a ridurre od a escludere il risarcimento dovuto dall'autore dell'illecito (⁵⁰⁵).

Ciò significa che non solo il diritto impone a ciascuno il dovere di astenersi dal danneggiare ingiustamente altri, ma impone anche l'onere di usare una

⁵⁰⁵ TRIMARCHI P., *op. cit.*, p. 124 ss.

ragionevole diligenza per tutelare se stessi e il proprio patrimonio eliminando, riducendo, o quanto meno, non aggravando il pericolo creato da altri (⁵⁰⁶).

Combinando così gli obblighi di non procurare danno ad altri con gli oneri di tutelare se stessi si riescono a contemperare le contrapposte esigenze che si manifestano in questa materia (⁵⁰⁷).

Tale principio risulta desunto dall'art. 1227 c.c. concepito come una norma disciplinante l'incidenza del comportamento colposo del creditore sul risarcimento del danno (⁵⁰⁸).

Tale disposto, facente parte di quelli relativi all'inadempimento delle obbligazioni di natura negoziale, trova applicazione anche nel campo extracontrattuale a seguito della ricezione operata dall'art. 2056 c.c. (⁵⁰⁹).

Il codice civile vigente ha, in questo modo, posto fine alle discussioni che si erano svolte in epoca precedente attorno al problema della rilevanza o meno del comportamento colposo del danneggiato.

La dottrina era quindi divisa tra chi riteneva essere completamente irrilevante il comportamento del leso e chi invece muoveva i primi passi verso la teoria della cosiddetta “*compensazione delle colpe*”, teoria appena antecedente all'attuale disposto sancito dall'art 1227 c.c. (⁵¹⁰).

Secondo tale teoria la colpa del danneggiato faceva venir meno la responsabilità del danneggiante, tranne che sussistesse dolo da parte di costui e

⁵⁰⁶ TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

⁵⁰⁷ TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

⁵⁰⁸ CENDON P., *La responsabilità civile in Il diritto privato nella giurisprudenza*, volume IX, Torino, 1998, p. 469.

⁵⁰⁹ GIANNINI G. – POGLIANI M., *La responsabilità da illecito civile*, Milano, 1996, p. 3 ss, 56 ss, 267.

⁵¹⁰ GIANNINI G. – POGLIANI M., *op. loc. cit.*

considerazioni di ordine morale ispiravano quella regola, come chiaramente si deduce dall'eccezione posta per il dolo del danneggiante.

Il principio della compensazione delle colpe aveva un valore preventivo ed educativo e contribuiva al consolidamento della prudenza nei rapporti interindividuali e verso se stessi.

Si è affermato che costituiva un mezzo efficace per indurre ogni individuo all'estrema prudenza e vigilanza di sé. E' infatti principio generale quello secondo il quale non si può trarre vantaggio dal proprio maleficio (⁵¹¹).

Questo sistema presentava però il grave inconveniente di non reprimere la colpa del danneggiante ed è proprio questo uno dei principali motivi che ha mosso la dottrina e la giurisprudenza a modificare sul piano interpretativo il concorso di colpa del danneggiato, nel modo che di seguito vedremo (⁵¹²).

Molteplici sono le decisioni giudiziali, affermatesi nel tempo, nelle quali si sostiene che se il danneggiato ha partecipato con la sua condotta al verificarsi del danno non ha diritto ad ottenere rimborso alcuno (⁵¹³).

Nel caso Mascardi contro Soc. Ligure Metallurgica e Cass. Naz. Assic (⁵¹⁴) emessa della Corte di Appello di Genova, possiamo leggere che *“il non aver l'industriale adottato ordigni destinati ad evitare disgrazie non vale a renderlo responsabile di un infortunio, quando risulti che questo è cagionato dall'imprudenza dell'operaio che ne è stato vittima”* (⁵¹⁵).

⁵¹¹ CATTANEO G., *Il concorso di colpa del danneggiato* in *Rivista di diritto civile*, Padova, 1967, II, p. 460.

⁵¹² CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁵¹³ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁵¹⁴ App. Genova 11 maggio 1906 in *TG*, 1906, p. 377.

⁵¹⁵ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 461.

La Corte di Appello di Potenza nel 1897, nel caso De Meo contro Ferr. Stato⁵¹⁶, ha disposto che “*qualora la colpa del danneggiato sia più grave di quella del danneggiante, tanto maggiormente è esclusa la responsabilità di questo*”.

Ma troviamo anche massime che hanno anticipato l’attuale disposto sancito all’interno dell’art 1227 c.c. (⁵¹⁷).

Si fece strada la convinzione espressa, da principio, dalla Corte di Cassazione di Roma nel 1906, che, come possiamo leggere nella massima del caso di Soc. romana Tramway contro Pietroselli (⁵¹⁸), afferma che “*non è ammessa la compensazione fra la culpa lata o il dolo del danneggiante e la culpa levis del danneggiato*”.

Tale posizione è poi definitivamente destinata a fare da encomio alla nostra attuale interpretazione codicistica nel caso della “*La Veloce*” contro Ambrosetti (⁵¹⁹), in cui si dichiara che “*il concorso di colpa del danneggiato non vale ad eliminare la colpa dell’autore del danno*” (⁵²⁰).

In questo modo si giunse alla massima anticipatrice della posizione odierna espressa dalla Corte di Cassazione di Torino nel lontano 1914, nel caso Ferrari contro Soc. Tramways genovese, che sostiene che “*la colpa del danneggiato non esclude mai totalmente la civile responsabilità di chi fu autore colpevole dell’evento dannoso, ma solo la diminuisce o la attenua in proporzione della sua entità, a meno che essa non sia stata la causa unica assoluta del danno*” (⁵²¹).

⁵¹⁶ App. Potenza 3 dicembre 1907 in *FI*, 1908, I, p. 63.

⁵¹⁷ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁵¹⁸ Cass., Roma 13 agosto 1906 in *Cass., Un. Civ.*, 1906, p. 658.

⁵¹⁹ Cass., Torino 11 maggio 1914 in *M*, 1914, p. 565.

⁵²⁰ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁵²¹ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 462.

La regola del calcolo percentuale è oggi giurisprudenzialmente posizione ribadita e consolidata (⁵²²).

La denominazione “*compensazione delle colpe*” è stata oggetto di critiche e di evoluzioni non solo giurisprudenziali ma anche e soprattutto dottrinarie poiché farebbe presupporre, oltre tutte le considerazioni precedentemente esposte relative anche all’ordine morale, la corrispondenza e l’omogeneità di due figure che sono nettamente diverse, cioè l’illecito del danneggiante che causa ad altri un danno ingiusto e la negligenza del danneggiato che procura danno a sé medesimo (⁵²³).

Il legislatore e conseguenzialmente la norma hanno risentito dell’influenza di una diffusa e preponderante opinione della vecchia dottrina, precedente a quella che individuò come soluzione la tipologia della compensazione delle colpe, secondo cui il concorso colpevole del danneggiato nella verifica dell’evento costituisce un fattore di limitazione del risarcimento (⁵²⁴).

Le argomentazioni contrarie all’attuale interpretazione erano principalmente basate sulla insufficienza delle ragioni di equità a modificare la regola di diritto positivo, secondo la quale la maggiore o minore intensità della colpa del danneggiante non consente di variare l’entità del danno risarcibile. A suo favore il danneggiante potrebbe solo invocare la mancanza di colpa, ma il fatto del danneggiato non è causa di esonero della responsabilità poiché non esclude la colpa di chi arreca il danno (⁵²⁵).

Il fondamento della diminuzione del diritto era, invece, accolto in semplici termini nella ingiustizia della soluzione che facesse carico al danneggiante di

⁵²² MONATERI P. G., *Le fonti delle obbligazioni 3. La Responsabilità civile in Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998, p. 114.

⁵²³ MONATERI P. G., *op. loc. cit.*

⁵²⁴ MONATERI P. G., *op. loc. cit.*

⁵²⁵ MONATERI P.G., *op. cit.*, p. 115.

risarcire nella sua totalità un danno che il danneggiato ha contribuito a creare o nella considerazione che il danno deve essere sopportato dal suo autore (⁵²⁶).

La via scelta dal nostro legislatore corrisponde a una tendenza generale manifestatasi nella maggior parte degli ordinamenti fin dal secolo scorso, la quale ha condotto al progressivo abbandono del rigido principio che, nel diritto comune come nel *Common Law*, negava ogni risarcimento al danneggiato negligente (⁵²⁷).

Il § 254 del B.G.B. per la prima volta adotta tale sistema, consacrando in maniera chiara e razionale un principio, accolto dalla dottrina, in considerazione delle difficoltà di ordine dogmatico, connesse all'applicazione della regola della compensazione, ritenuta, da alcuni autori (⁵²⁸), espressione di insuperabili esigenze di giustizia e di equità.

Nei paesi del *Common Law* la regola della compensazione ha resistito fino agli anni 1970, tradotta nel principio della *contributory negligence*; tale regola privava la vittima di ogni risarcimento.

Il rigido principio criticato dalla dottrina di lingua inglese, in quanto ispirato a vedute penalistiche, inapplicabile alla responsabilità civile, era temperato però dal sistema dalla "*last clear chance*", per cui il danno veniva interamente addossato a chi avesse avuto "*the last clear chance*" di evitarlo (⁵²⁹).

Le vedute moderne, però, in tema di responsabilità e l'accentuazione del profilo della riparazione, hanno determinato uno sviluppo rinnovato dell'istituto e alla *contributory negligence* si è sostituita la *comparative negligence*.

⁵²⁶ BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 403.

⁵²⁷ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁵²⁸ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁵²⁹ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 463.

A tal fine la *Law Reform (contributory negligence) Act* del 1965 ha introdotto in Inghilterra interessanti modifiche, consentendo l'addossamento di una parte del danno a carico dell'originario colpevole (⁵³⁰).

L'angolo visuale da cui si è posto il legislatore è quello del conflitto di interessi tra lesa e responsabile: come prevale l'interesse del lesa a pretendere il risarcimento nella forma più adeguata, così l'interesse del danneggiante è tutelato per la rilevanza della colpa concorrente del danneggiato (⁵³¹).

E' stato contestato che tale principio possa essere richiamato per giustificare la scissione del danno unitario in parti risarcibili e in parti non risarcibili.

In realtà l'unitarietà della lesione non esclude l'esigenza che il danneggiato sopporti quella parte di danno che può essere imputata al suo comportamento.

Deve poi negarsi che la possibilità di distinguere parti di danno imputabili a cause distinte è estranea al sistema (⁵³²).

Proprio la generale disciplina del concorso di più autori del danno, ai sensi dell'art. 2055 c.c., formula il principio della divisibilità del danno da risarcire in capo a ciascun autore in ragione della gravità della colpa e dell'entità delle conseguenze: cioè lo stesso criterio adottato dal disposto dell'art 1227 c.c.

L'imputazione del danno entro limiti proporzionati alla gravità della colpa e all'entità delle conseguenze non è dunque un principio eccezionale esclusivamente sancito dalla disciplina dettata in merito al concorso del fatto colposo del creditore (⁵³³).

⁵³⁰ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁵³¹ DI PRISCO N., *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973, p. 460.

⁵³² DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁵³³ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

Non è neanche da considerarsi eccezionale l'esigenza che si esprime nel principio in esame, l'esigenza, cioè, che il danno sia sopportato dal suo autore.

In contrario non varrebbe richiamare il requisito della “colpa” del danneggiato richiesto dalla norma in esame. Qui il requisito della colpa, intesa come obiettiva negligenza, non investe un giudizio di responsabilità ma attiene alla giuridica rilevanza del concorso del fatto del danneggiato (⁵³⁴).

Se il fatto del danneggiato fosse obiettivamente colposo esso sarebbe rilevante per l'esigenza che il danneggiante non dovrebbe risarcire anche la parte di danno causata dalla negligenza del danneggiato, sia questa scusabile o meno.

Se il fatto fosse, invece, obiettivamente diligente, resterebbe ferma l'esigenza del danneggiato alla sua piena tutela rispetto all'illecito da altri prodotto (⁵³⁵).

A questo significato corrisponde il contenuto che la norma è andata delineando nella sua stessa applicazione: contenuto che conferma soprattutto come la diminuzione o l'esclusione del danno risarcibile dipendono solo dalla parziale o totale imputazione causale di esse al lesa, a prescindere da ogni giudizio di responsabilità soggettiva (⁵³⁶).

2. Differenze e analogie tra il 1° e il 2° comma dell'art 1227 c.c.

In tema di obbligazioni, l'art 1227 c.c. fissa due punti di essenziale importanza, che costituiscono le basi sulle quali va impostata ogni trattativa per

⁵³⁴ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 461.

⁵³⁵ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁵³⁶ BIANCA C. M., *op. loc.*, p. 403.

l'attribuzione di un risarcimento alle parti danneggiate in sede di responsabilità civile (⁵³⁷).

Tali punti consistono nella possibile riduzione del risarcimento disposto nel primo comma dell'articolo in oggetto e nella possibile esclusione del risarcimento sancito nel capoverso dello stesso.

Il secondo comma richiama quei danni che il danneggiato avrebbe addirittura potuto evitare se avesse fatto uso dell'ordinaria diligenza.

Il primo, è limitativo nella misura del risarcimento al danneggiato in una percentuale minima, media o massima in quanto si pone in diretta connessione con il di lui contributo alla “*cooperazione responsabile*” nella causazione dell'evento dannoso (⁵³⁸).

Il concorso del fatto colposo del danneggiato opera quando il comportamento della parte offesa, pur senza giungere a causare l'interruzione del nesso di causalità, si sia inserito in quell'unico processo che ha prodotto l'evento dannoso iniziale considerato, costituendo una delle componenti della responsabilità, in misura graduabile percentualmente a seconda della concrete circostanze nella quali ha avuto svolgimento il fatto specifico e, inoltre, proporzionalmente alla gravità della colpa del danneggiato e all'entità delle conseguenze che ne sono derivate (⁵³⁹).

E' perciò dall'esame di tutte le circostanze concrete che l'attenzione, la diligenza e l'oculatezza della parte lesa potranno fornire l'indirizzo più appropriato alla trattativa indirizzata verso il ristoro dei danni, sì da condurre all'esatta graduazione delle responsabilità ed alla attribuzione, alla controparte danneggiata, di

⁵³⁷ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

⁵³⁸ BIANCA C. M., *op. loc.*, p. 404.

⁵³⁹ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

una quota di equivalente pecuniario in misura inversamente proporzionale all'entità della sua partecipazione colposa.

Il secondo comma contempla l'irrisarcibilità delle conseguenze dannose ulteriori che abbiano aggravato il danno diretto, in attuazione del principio che un determinato comportamento colposo del lesso possa assurgere ad unica ed esclusiva causa del danno, al punto di determinare l'interruzione del nesso di causalità tra la condotta del danneggiante e l'evento dannoso considerato.

Poiché il comportamento del danneggiato può raggiungere tale livello di colpa da rendere addirittura irrilevante quello dell'autore del fatto illecito è impossibile che si produca un vero e proprio capovolgimento del rapporto danneggiato – danneggiante, nel senso che il danneggiato vada ad assumere la veste di debitore del proprio danno; e come tale non dovrà essere risarcito di alcun suo pregiudizio dal responsabile civile così come dispone l'art 2043 c.c., bensì dovrà provvedere a risarcirlo da sé⁽⁵⁴⁰⁾.

La riconduzione dell'intera previsione della norma in esame alla tematica del concorso di colpa è impropria in quanto trascura di evidenziare e prendersi carico della netta differenziazione di situazioni e di scopi fra l'ipotesi contemplata nel primo comma e quella disciplinata dal capoverso⁽⁵⁴¹⁾.

Gli esatti termini di distinzione non risultano, però, chiari ed incontrovertibili; ciò è confermato dal fatto che non manca chi propone di ricondurre entrambe le ipotesi in questione al fenomeno del concorso di cause e quindi alla problematica della causalità, distinguendo tra concomitanza di cause simultanee, cui si riferirebbe la previsione del primo comma, e concorso di cause successive, che formerebbe

⁵⁴⁰ RECCHIONI F., *L'obbligo del risarcimento e la condotta del debitore. Note sull'applicazione dell'art. 1227 c.c.* in *Archivio civile*, Piacenza, 1980, p. 641 ss.

⁵⁴¹ RECCHIONI F., *op. loc. cit.*

materia del secondo comma; altri riportano a titolo di esemplificazione del concorso di colpa del danneggiato ipotesi che rientrano, invece, nella previsione del capoverso dell'art 1227 c.c. (⁵⁴²).

Secondo parte della dottrina (⁵⁴³), la *ratio* e il fondamento logico dei due commi sono del tutto autonomi e differenti.

Il primo comma è senz'altro riconducibile alle regole in materia di causalità in cui si prospetta una ripartizione di responsabilità fra l'autore del fatto illecito e il lesso, in applicazione di un criterio analogo a quello contemplato dall'art 2055 c.c..

Nell'ipotesi contemplata dal secondo comma, al contrario, si presuppone che l'evento dannoso si sia già prodotto e sia addebitabile per intero sotto il profilo causale al danneggiato.

A fronte di tale situazione si ipotizza la possibilità da parte del lesso di intervenire sulle conseguenze patrimoniali ipoteticamente ricollegabili all'evento dannoso, che sono in relazione alla risarcibilità di tali conseguenze dannose (⁵⁴⁴).

La distinzione tra i due commi si riflette anche sulla disciplina processuale.

Mentre il concorso di colpa del danneggiato può essere rilevato anche d'ufficio dal giudice, la irrisarcibilità dei danni evitabili rappresenta un'eccezione in senso sostanziale, che l'autore del danno convenuto in giudizio deve espressamente sollevare, fornendo la prova positiva e per la stessa ragione, nell'ipotesi in cui si verifichi una separazione fra il giudizio attinente alla generica pronuncia di responsabilità, condanna generica *an debeat*, e quello relativo alla liquidazione del

⁵⁴² RECCHIONI F., *op. loc. cit.*

⁵⁴³ RECCHIONI F., *op. loc. cit.*

⁵⁴⁴ RECCHIONI F., *op. loc. cit.*

danno, *quantum debeatur*, la questione relativa alla evitabilità del danno va proposta nel secondo giudizio (⁵⁴⁵).

Autorevoli pareri (⁵⁴⁶) sono concordi nel considerare il problema relativo alla causalità elemento di distinguo tra le due fattispecie disciplinate, sottolineando la qualità ipotetica dell'ipotesi di causalità; infatti, il contegno del debitore deve essere considerato sotto il profilo della eventuale omissione della ordinaria diligenza (⁵⁴⁷).

Nel primo comma trova, dunque, applicazione il principio cardine del sistema che vuole che il danno sia sopportato dal suo autore, mentre nel capoverso trova svolgimento quella regola, pure fondamentale, dell'obbligo di comportarsi secondo correttezza, la violazione della quale è sanzionata, come abbiamo già visto, con la totale imputazione del danno al danneggiato (⁵⁴⁸).

La diligenza richiesta dai due commi può dirsi, invece, della stessa natura.

Il primo comma implica che il danneggiato si comporti secondo l'ordinaria diligenza, ma non impone che esso si accoli attività straordinarie e particolarmente onerose per limitare gli effetti dannosi determinati dall'illecita condotta altrui.

L'ordinaria diligenza richiesta dal secondo comma al lesa, per escludere la sussistenza del suo concorso colposo nella produzione del danno, non può, coerentemente, consistere nel richiedere attività personali disagiati, rilevanti spese straordinarie per conservare il patrimonio o la cessazione di attività imprenditoriali,

⁵⁴⁵ ROSSELLO C., *op. cit.*, p. 33.

⁵⁴⁶ ROSSELLO C., *op. loc. cit.*; RECCHIONI F., *op. loc. cit.*

⁵⁴⁷ RUPERTO C. – SGROI V., *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di P. VITICCI, V. CARBONE, G. STELLA RICHTER, Libro IV, Delle obbligazioni, art. 1173 – 1320, Milano, 1994, p. 282.

⁵⁴⁸ ALPA G. – BESSONE M., *La responsabilità civile in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1987, p. 46.

quand'anche la produzione di quest'ultima, in conseguenza dei danni subiti, divenga troppo costosa (⁵⁴⁹).

Note parti della dottrina (⁵⁵⁰) sono concordi nell'affermare che le disposizioni contenute all'interno dell'art 1227 c.c. siano due, di cui la prima descrive il caso in cui il danno sia stato causato col concorso di colpa del danneggiato, mentre la seconda quella in cui il danno avrebbe potuto essere evitato secondo l'ordinaria diligenza (⁵⁵¹).

Il contenuto è stato inteso in dottrina (⁵⁵²), come poc'anzi abbiamo osservato, nel senso che il primo comma atterrebbe al concorso colposo del danneggiato alla produzione dell'inadempimento o nella produzione del danno ingiusto extracontrattuale mentre la seconda riguarderebbe invece i danni ulteriori che il creditore avrebbe potuto evitare rispetto ai quali s'interrompe quindi il nesso causale con l'illecito.

In questi termini la distinzione sembra seguita anche in giurisprudenza, ma al di sotto delle formule delle massime, si nota come le sentenze tendano ad adeguarsi ad un diverso significato.

Nel concreto atteggiamento giurisprudenziale, infatti, perde rilievo il carattere primo o ulteriore del danno (⁵⁵³).

Si tiene conto piuttosto del fatto che il danneggiato abbia concorso a causare il danno a sé medesimo attraverso un comportamento obiettivamente negligente.

⁵⁴⁹ CIAN G. – TRABUCCHI A., *Breviaria iuris*, Commentario breve al codice civile, sesta edizione, Padova, 2002, p. 1194.

⁵⁵⁰ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

⁵⁵¹ CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. loc. cit.*

⁵⁵² CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 1195.

⁵⁵³ CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. loc. cit.*

D'altra parte, con riguardo al danno evitabile, l'attenzione delle decisioni è volta, non tanto al nesso di causalità, quanto alla valutazione del comportamento del creditore nello sforzo diretto ad evitare il danno.

Può dirsi che il primo principio limita o esclude il risarcimento del danno del danneggiato secondo la comune imputazione causale (⁵⁵⁴).

Alla base ovviamente vi è l'esigenza che il danno sia sopportato dal suo autore.

Il secondo invece impone al danneggiato uno specifico dovere di correttezza inteso ad evitare il danno causato dal comportamento illecito del danneggiante.

Si può scorgere un impegno di solidarietà sociale.

Nelle massime giurisprudenziali il danno descritto dal primo comma si trova indicato con i termini di evento dannoso o di evento di danno o di evento produttivo di danno (⁵⁵⁵).

I danni previsti dal secondo comma sono spesso, invece, indicati come danni ulteriori.

Sembrerebbe che l'orientamento giurisprudenziale delimiti la previsione normativa del concorso colposo del lesso all'ipotesi in cui questo concorso abbia causato l'evento originario (⁵⁵⁶).

In realtà queste indicazioni non sono rigorose in quanto l'applicazione giurisprudenziale della prima parte della norma comprende anche l'aggravamento del danno.

La distinzione è stata, invece, intesa sul piano dottrinario nel senso che il concorso colposo sarebbe riferito al “*danno–evento*”: nella responsabilità

⁵⁵⁴ CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. loc. cit.*

⁵⁵⁵ CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. loc. cit.*

⁵⁵⁶ CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. loc. cit.*

contrattuale il danno–evento sarebbe costituito dall’inadempimento e nella responsabilità extracontrattuale dal danno ingiusto (⁵⁵⁷).

Sul creditore graverebbero, invece, per intero gli evitabili danni–conseguenza.

La distinzione è però, secondo parte della dottrina (⁵⁵⁸), inaccettabile in quanto il testo della norma è precisamente riferito al danno e questo termine è appunto quello che designa la lesione economica giuridicamente rilevante che il lesso subisce a seguito dell’inadempimento o in genere dell’illecito, e che è oggetto del risarcimento: sia, quindi, la perdita originaria sia le perdite ulteriori e i mancati guadagni che rientrano comunque nella nozione legislativa di danno diretto ed immediato (⁵⁵⁹).

La soluzione legislativa che non distingue tra i primi danni e i danni ulteriori appare coerente poiché essa impone pari trattamento ad aspetti pregiudizievoli che non vi è ragione di differenziare ai fini di una limitazione del risarcimento.

Il fatto colposo del lesso può ovviamente concorrere a causare direttamente l’aggravamento del danno senza rompere il nesso di causalità, questo è il fondamentale caso in cui l’inadempimento o l’illecito extracontrattuale abbiano creato una situazione di pericolo in cui si inserisce il fatto conseguente e negligente del danneggiato (⁵⁶⁰).

A questi rilievi appaiono conformi i dati che si possono trarre dall’applicazione giurisprudenziale, la quale prende atto della diminuzione del danno

⁵⁵⁷ CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 1196.

⁵⁵⁸ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

⁵⁵⁹ CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. loc. cit.*

⁵⁶⁰ CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. loc. cit.*

prodotto dal concorso del fatto colposo del danneggiato, senza distinguere sostanzialmente tra lesione originaria e conseguenze ulteriori.

Può anzi riscontrarsi l'esplicita menzione dell'aggravamento del danno come fattispecie rientrante nella previsione normativa del concorso colposo del creditore. Ciò che importa è che in tanto un danno sia stato prodotto in quanto vi abbia concorso la causa del fatto colposo del danneggiato (⁵⁶¹).

Questo orientamento giurisprudenziale potrebbe sembrare in contrasto col frequente riferimento ai danni ulteriori che si riscontra invece nell'applicazione del capoverso (⁵⁶²).

Ma questo riferimento risulta condizionato dalla circostanza che il danno evitabile non sia stato causato neppure in parte dal danneggiato: per questa via è riconosciuta la diversa prospettiva in cui rileva la posizione del danneggiato in violazione della correttezza che non si adopera per evitare in tutto o in parte il danno causato dall'autore dell'illecito (⁵⁶³).

Quindi, il presupposto della riduzione del risarcimento è quello del concorso del fatto colposo del danneggiato alla produzione del danno, sia che il fatto del danneggiato abbia concorso a causare il danno contribuendo a determinare lo stesso fatto illecito, sia che abbia concorso a causare direttamente la perdita economica conseguente all'illecito, sia che abbia concorso a causare direttamente i danni ulteriori sviluppatasi a seguito del primo danno (⁵⁶⁴).

⁵⁶¹ CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 1197.

⁵⁶² BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 403.

⁵⁶³ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

⁵⁶⁴ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

3. *La tesi causalistica.*

Ad origine e fondamento della norma sul concorso del fatto colposo del creditore vi è la tesi causalistica.

La vittima non potrebbe ottenere il risarcimento integrale perché ha contribuito con la sua condotta alla produzione del danno; dal momento che vi è una parte del danno causata dall'autore dell'illecito ed un'altra parte di danno riconducibile causalmente al danneggiato, la soluzione più corretta è di far sopportare a ciascuno il danno rispettivamente cagionato (⁵⁶⁵).

La configurazione causale dell'art 1227 c.c. appare il linea di continuità con gli antecedenti storici della regola, che pur adottavano una spiegazione causalistica del fenomeno della compensazione delle colpe (⁵⁶⁶).

Inoltre, ben si giustifica alla luce della passata dipendenza penale del torto civile.

Nel diritto penale, infatti, la condotta della vittima è irrilevante per la definizione della colpa del reo, ma può essere presa in considerazione nell'ambito del nesso di causalità al fine, eventualmente, di escludere la responsabilità (⁵⁶⁷).

Di tale impostazione si trova traccia in molte pronunce giurisprudenziali.

Una di queste è stata emessa dalla Corte di Cassazione nel 1961 (⁵⁶⁸), nella quale si afferma: *“la norma contenuta nell'art 1227 c.c., operante per il richiamo fattone dall'art 2056 c.c., anche nei riguardi della responsabilità da fatto illecito,*

⁵⁶⁵ CENDON P., *op. cit.*, p. 469.

⁵⁶⁶ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁶⁷ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁶⁸ Cass., 25 marzo 1961 n. 681 in *Giustizia civile*, 1961, I, p. 975.

non è che la proiezione del principio di causalità, il quale, mentre da un lato ne fornisce la ratio, dall'altro ne circoscrive i limiti di efficacia”.

Il fenomeno contemplato dall'art 1227 c.c. consiste, secondo le pronunce giurisprudenziali emanate dalla Corte di Cassazione (⁵⁶⁹), nell'applicazione delle regole sulla causalità alla colpa del danneggiato (⁵⁷⁰).

La colpa, ove non interrompa il nesso di causalità tra inadempimento ed evento dannoso, influisce unicamente sulla misura del risarcimento, riducendola a seconda della gravità della colpa stessa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate; analogamente si afferma che il primo comma dell'art 1227 riguarda il concorso causale nella produzione dell'evento lesivo: esso rende giuridicamente irrilevante e, pertanto, irrisarcibile quel *quantum* del danno che corrisponda proporzionalmente alla importanza assunta dalla condotta del danneggiato alla produzione dell'evento (⁵⁷¹).

Nell'ambito della comune concezione causalistica sono riscontrabili alcune significative variabili.

Secondo un primo indirizzo, la regola sancita dall'art 1227 c.c., costituirebbe un correttivo al principio dell'irrelevanza delle concause sancito dall'art 41 c.p., che consente di tener conto, ai fini del risarcimento, di quelle condotte che, senza porsi come cause esclusive dell'evento, abbiano contribuito alla sua produzione (⁵⁷²).

⁵⁶⁹ Cass., 16 marzo 1963 n. 658 in *Giurisprudenza Italiana*, 1964, I, 1, p. 204; Cass., 25 marzo 1988 n. 2589 RFI, 1988 in *Danni civili*, p. 145.

⁵⁷⁰ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁷¹ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁷² CENDON P., *op. cit.*, p. 470.

Molteplici pronunce giurisprudenziali (⁵⁷³) affermano che la regola generale dell'equivalenza delle cause trova un temperamento nel principio della causalità sufficiente o della causalità giuridica, secondo cui un'azione od omissione interrompe il nesso causale quando sia tale da rendere giuridicamente irrilevanti le altre (⁵⁷⁴).

Il principio dell'equivalenza delle cause ed il temperamento della causalità efficiente trovano applicazione anche quando una delle azioni od omissioni colpose, alle quali è riferibile l'evento di danno, sia propria del danneggiato, con la conseguenza che il concorso del comportamento dell'offeso nella produzione dell'evento ha rilevanza non solo quando esso rende giuridicamente irrilevante il comportamento dell'autore del fatto illecito, ma anche quando, senza interrompere il nesso causale tra illecito e danno, si inserisca in esso contribuendo alla produzione dell'evento (⁵⁷⁵).

Nel secondo caso, al danneggiato spetterà un parziale risarcimento, nei limiti in cui il danno risulterà riferibile all'azione od omissione dell'autore del fatto illecito.

In questa prospettiva l'art 1227 c.c. opererebbe nel senso di dare rilievo alla concausa del danno "*contegno colpevole della vittima*" risolvendosi in una compensazione parziale in sede di liquidazione del danno (⁵⁷⁶).

I dettami delle sentenze emesse dalla Corte di Cassazione (⁵⁷⁷), però, affermano che il concorso di cause ai fini della compensazione dei danni è dalla

⁵⁷³ Cass., 24 febbraio 1987 n. 1937 in *AC*, 1987, p. 471; Cass., 29 luglio 1967 n. 2027 in *FI* 1968, I, p. 495; Cass., 28 aprile 1962 n. 827 in *FI*, 1962, p. 913; Cass., 6 marzo 1992 n. 2688 in *RFI*, 1992 e in *Responsabilità Civile*, p. 71.

⁵⁷⁴ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁷⁵ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁷⁶ CENDON P., *op. loc. cit.*

legge previsto nel solo caso in cui la causa concorrente sia posta in essere dallo stesso danneggiato, non potendo questi venire esonerato da responsabilità per fatto proprio (⁵⁷⁸).

Esulando, invece, tale concorso di colpa, non è prevista alcuna attenuazione né della responsabilità dell'autore del danno, né dell'entità del risarcimento, che rimane determinato dall'intero ammontare del pregiudizio risentito dal danneggiato, a cui carico non possono farsi risalire conseguenze dannose dipendenti da fattori causali estranei (⁵⁷⁹).

Altre volte, l'art 1227 c.c. viene qualificato come l'applicazione della regola sulla responsabilità solidale di cui all'art 2055 c.c. (⁵⁸⁰).

Secondo questa impostazione qualora il danneggiato abbia contribuito alla produzione dell'evento dannoso, si prospetta una ripartizione di responsabilità fra l'autore del fatto produttivo del danno ed il danneggiato in applicazione di un criterio analogo a quello contemplato dall'art. 2055 c.c. , in relazione al concorso di soggetti nella produzione dell'illecito (⁵⁸¹).

Una delle sentenze della Corte di Cassazione emesse negli anni '90 (⁵⁸²) afferma che il primo comma dell'art. 1227 c.c. rappresenta un'ipotesi particolare della generale previsione di più autori del fatto dannoso nel quale uno dei coautori è lo stesso danneggiato.

⁵⁷⁷ Cass., 8 marzo 1963 n. 568, in *Giurisprudenza Italiana*, 1964, I, 1, p. 208.

⁵⁷⁸ CENDON P., *op. cit.*, p. 471.

⁵⁷⁹ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁸⁰ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁸¹ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁸² Cass., 20 novembre 1991 n. 12349, in *Giustizia Civile*, 1992, p. 969.

Quest'ultimo, pertanto, non può ripetere quella parte dell'evento dannoso dallo stesso causato, perché non costituisce danno "*ingiusto*", quindi risarcibile (⁵⁸³).

La differenza tra le due visuali sfuma notevolmente se anche la norma di cui all'art 1227 c.c. viene inquadrata nell'ambito del nesso di causalità, come sembra fare la dottrina dominante.

La spiegazione causalistica dell'art 1227 c.c. è stata recentemente ribadita in dottrina (⁵⁸⁴), sostenendosi che la norma sul concorso di colpa contiene al suo interno due disposizioni, l'una riguardante la causalità di fatto e l'altra la causalità giuridica.

La disposizione va scomposta logicamente, poiché detta regole diverse applicabili a momenti diversi del giudizio di responsabilità che si conclude con il risarcimento.

Nella prima parte, infatti, "*se il fatto colposo ha concorso a cagionare il danno*" è indicata la modalità per ricostruire il fatto; nella seconda "*il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate*", è dettata la disciplina per la misura del danno (⁵⁸⁵).

Nella norma si menziona la causalità di due circostanze, ma il significato da attribuirvi è di gran lunga differente.

Quando si parla di causalità per accertare se vi sia stato concorso del danneggiato si allude alla cosiddetta causalità di fatto: quella che deve sussistere per collegare l'azione di un soggetto all'evento prodotto (⁵⁸⁶).

⁵⁸³ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁸⁴ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁸⁵ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁸⁶ CENDON P., *op. cit.*, p. 472.

Quando, invece, si indicano i criteri per ridurre il danno, si parla proprio della causalità giuridica dell'art 1223 c.c., meglio precisata nel contenuto della norma dettata proprio dal concorso (⁵⁸⁷).

Seguendo la prospettiva appena descritta, l'art. 1227 c.c. sarebbe uno strumento attraverso il quale è possibile pervenire anche alla totale esclusione della responsabilità del danneggiante, quando il comportamento del danneggiato possa essere ritenuto causa esclusiva, idonea ad interrompere il nesso di causalità, tra fatto del danneggiante ed evento prodotto; rispetto a questa ipotesi c'è chi ritiene che, ove il fatto illecito sia imputabile per intero al comportamento del danneggiato, l'impossibilità di pronunciare la responsabilità non deriva dall'applicazione dell'art. 1227 c.c., ma dalla mancata perfezione della fattispecie costitutiva dell'illecito (⁵⁸⁸).

All'impostazione causalistica possono rivolgersi due critiche di fondo.

La prima attiene alla scissione del danno da essa postulata.

Si è detto che il fatto dannoso rappresenta qualcosa di unitario, in suscettibile di essere tagliato in due parti (l'una causata dal danneggiante e l'altra dal danneggiato), in quanto entrambe le condotte sono causa dell'intero evento (⁵⁸⁹).

A tale obiezione si è replicato, però, che la possibilità di distinguere parti del danno imputabili a cause diverse non è estranea al sistema in quanto previsto dall'art. 2055 c.c..

Proprio la generale disciplina del concorso di più autori del danno formula, infatti, il principio della divisibilità del danno (⁵⁹⁰).

⁵⁸⁷ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁸⁸ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁸⁹ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁵⁹⁰ CENDON P., *op. loc. cit.*

Nei confronti del danneggiato gli autori del danno sono solidalmente responsabili: tuttavia il vincolo solidale non contraddice la pluralità delle obbligazioni facenti capo a ciascun debitore.

Nel danneggiamento collettivo il vincolo solidale garantisce e facilita l'integrale risarcimento del danno, ma al di fuori di questa funzione di garanzia, i debiti dei singoli condebitori sono fondati e commisurati al loro titolo, cioè al fatto dannoso (⁵⁹¹).

Resta il fatto che, in questo modo, si trascura la profonda diversità esistente tra il fenomeno della concorrenza di più soggetti nell'illecito, che implica la responsabilità solidale degli stessi per il danno, e l'influenza sullo stesso danno del comportamento del lesso.

Nella prima ipotesi, più soggetti si trovano a violare insieme, restando così dalla stessa parte, l'altrui diritto, mentre, nell'altro, uno solo dei pretesi concorrenti si rende responsabile del danno.

Il secondo rilievo rivolto contro la tesi causale è che essa non riesce a spiegare il perché la norma esiga la colpa del danneggiato.

L'art 1227 c.c. non prevede la riduzione del diritto al risarcimento per il mero contributo causale del danneggiato al verificarsi del danno, ma postula che la condotta concorrente sia ascrivibile a dolo o colpa del danneggiato (⁵⁹²).

Costituisce un dato incontestabile che, per la nostra legge, il nesso causale tra il danno e un fatto qualsiasi del danneggiato non è sufficiente, essendo necessario che tale fatto sia almeno colposo.

⁵⁹¹ BIANCA C. M., *op. loc.*, p. 403.

⁵⁹² BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

La causalità, pertanto, non basta per identificare la *ratio* della norma, che deve invece essere tale da spiegare anche la necessità della colpa (⁵⁹³).

A una diversa conclusione si potrebbe pervenire solo a patto di negare ogni significato ai termini “*colposo*” e “*colpa*” contenuti nel primo comma dell’art. 1227 c.c. (⁵⁹⁴).

Non si allontana dall’impostazione causale nemmeno quella lettura dell’articolo in oggetto che vede in esso un’applicazione del principio in base al quale ciascuno deve sopportare il danno che cagiona a se stesso senza il concorso del fatto altrui.

Non essendo tale danno riconducibile alla colpa altrui poiché ne è causa lo stesso comportamento del lesa, esso è destinato a restare giuridicamente irrilevante.

Si è scritto in proposito che come il soggetto deve sopportare integralmente il danno che subisce per propria unica cagione, così deve sopportare parzialmente il danno che subisce per propria parziale cagione (⁵⁹⁵).

A parte il fatto che la tesi in esame riproduce la scissione del danno unitario in una parte risarcibile ed un’altra no, l’analogia tra le due ipotesi non appare del tutto sostenibile.

Occorre, infatti, considerare che il danno cagionato dal soggetto a se stesso, senza concorso di altri, viene sopportato, non solo, quando egli abbia posto in essere un comportamento colposo, ma anche quando quest’ultimo abbia agito in modo irreprensibile (⁵⁹⁶).

⁵⁹³ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

⁵⁹⁴ CATTANEO G., *op. loc.*, p. 464.

⁵⁹⁵ DE CUPIS A., *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, volume I, Milano, 1979, p. 129.

⁵⁹⁶ DE CUPIS A., *op. loc. cit.*

Viceversa, se a cagionare il danno concorre l'illecito altrui, solo il fatto colposo o doloso del danneggiato può dar luogo all'autoresponsabilità.

A una diversa soluzione, ma sempre rimanendo in un'ottica causalistica, si potrebbe pervenire negando la vigenza del nostro ordinamento del principio dell'irrelevanza delle concause e, dunque, l'eccezionalità dell' art 1227 c.c.

E' quanto è stato sostenuto da una parte della dottrina ribaltando la comune convinzione che fa discendere detta regola dall'art 2055 c.c. ovvero dall'art. 1223 c.c. (⁵⁹⁷).

Così ragionando, l'art 1227 c.c., lungi dall'essere una norma eccezionale, sarebbe espressione del generale principio della rilevanza delle concause umane ai fini di una riduzione del *quantum* dei danni imputabili al singolo responsabile (⁵⁹⁸).

4. *La tesi della buona fede oggettiva e la tesi equitativa.*

Secondo un'ulteriore indirizzo (⁵⁹⁹), la norma sul concorso di colpa del danneggiato costituirebbe un'applicazione del principio di buona fede oggettiva, e più precisamente del divieto, derivante da tale principio, di *venire contra factum proprium*.

Sarebbe contrario a buona fede il comportamento del danneggiato che, dopo aver colposamente concorso a cagionare il danno, pretendesse di ottenere il risarcimento intero (⁶⁰⁰).

⁵⁹⁷ CENDON P., *op. cit.*, p. 469.

⁵⁹⁸ BUSNELLI M., *Voce: Illecito civile* in *Treccani enciclopedia*, Torino, 1991 a, p. 16.

⁵⁹⁹ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 465.

⁶⁰⁰ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

Ciò non significa che la condotta colposa della vittima debba essere necessariamente considerata antigiuridica.

La condotta lesiva dei propri interessi viene valutata negativamente dall'ordinamento, proprio in considerazione dell'eventuale successiva pretesa di ottenere il risarcimento totale ⁽⁶⁰¹⁾.

Anche questa spiegazione dell'art 1227 c.c. è ritenuta insufficiente per il fatto che la norma in esame prescinde dall'affidamento ed attribuisce rilievo esclusivo alle caratteristiche della condotta con cui il soggetto ha provocato il danno ⁽⁶⁰²⁾.

La tesi equitativa, invece, è teorizzata da coloro i quali ⁽⁶⁰³⁾ ravvisano nell'art. 1227 c.c. una deroga al principio dell'art 1223 c.c. fondata sull'equità.

L'esigenza di equità, cui si ispira la norma in questione, viene dalla stessa soddisfatta nel senso si tener conto, ai fini della determinazione del danno da risarcire, del contegno della vittima che sia tale da implicare altresì una sua responsabilità ⁽⁶⁰⁴⁾.

Per cui, è legittimo concludere, che la cosiddetta compensazione non si verifica perché ad una colpa in senso proprio se ne oppone un'altra ed in analogia al principio del concorso nella colpa, oppure in forza della regola che ognuno deve sopportare il danno a se stesso cagiona, ma perché, qui, il codice dà rilievo eccezionale alla concausa del danno “*contegno colpevole della vittima*” ⁽⁶⁰⁵⁾.

⁶⁰¹ CENDON P., *op. cit.*, p. 469.

⁶⁰² CATTANEO G., *op. cit.*, p. 466.

⁶⁰³ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁶⁰⁴ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁶⁰⁵ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

Ma neanche il riferimento all'equità è apparso sufficiente a spiegare perché mai soltanto la condotta colposa del danneggiato e non i suoi atti incolpevoli o le concause fortuite possano avere l'effetto di ridurre il risarcimento.

Dal punto di vista dell'equità potrebbe sembrare altrettanto giusto limitare la misura dell'indennizzo anche quando il danno, specie se aggravato dalla presenza delle concause imprevedibili od abnormi, risultasse eccessivo in relazione alla gravità della colpa commessa dal danneggiante, oppure in rapporto alle sue condizioni economiche; ma ciò non è consentito dall'ordinamento vigente ⁽⁶⁰⁶⁾.

5. L'auto-responsabilità.

Secondo le disposizioni del diritto civile, il soggetto che ha subito un danno ingiusto, secondo le disposizioni dell'art. 2043 c.c., ha diritto al risarcimento, gravante su chi è da considerarsi autore del fatto dannoso ⁽⁶⁰⁷⁾.

Il principio della responsabilità per danni scaturisce da quello dell'autonomia sociale e giuridica dei soggetti: la libertà di agire connessa al rischio della responsabilità che si specifica nell'obbligo di risarcimento del danno ingiusto.

Il principio del risarcimento non è però attuato nella sua assolutezza: il comportamento del danneggiato è rilevante per la determinazione del risarcimento che deve consistere in una riparazione e non in un arricchimento ⁽⁶⁰⁸⁾.

⁶⁰⁶ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 467.

⁶⁰⁷ DELLI PAOLI D. – CAIANIELLO D., *Danno e auto responsabilità del danneggiato in Il nuovo diritto*, Tipografia Tarrini, Città di Castello, 1988, p. 153.

⁶⁰⁸ DELLI PAOLI D. – CAIANIELLO D., *op. cit.*, p. 154.

Il diritto civile tende a trasferire il danno da un soggetto all'altro; l'art 1227 c.c. è, quindi, strumento per armonizzare secondo criteri equi e razionali gli interessi contrapposti.

Secondo parte della dottrina ⁽⁶⁰⁹⁾, la colpa del danneggiato rientra in una fattispecie qualificata di autoresponsabilità, connessa alla violazione di un onere e distinta dalla fattispecie di responsabilità, alla quale dalla legge è collegato l'obbligo di risarcimento del danno.

Il soggetto è, quindi, autoresponsabile quando deve riparare da sé alle conseguenze pregiudizievoli che il suo comportamento ha arrecato al patrimonio: risalta, quindi, il carattere intransitivo dell'autoresponsabilità, dato che il soggetto deve imputare a sé il danno che subisce ⁽⁶¹⁰⁾.

Parte della dottrina afferma, quindi, che il danneggiato viene a trovarsi *“in tal condizione da dover assumere le conseguenze, parliamo di rischio e non di responsabilità vera, dei propri atti”*.

Occorre precisare però che, qui, non si tratta di puro rischio, come nozione extragiuridica, bensì della particolare rilevanza giuridica da attribuirsi alla condotta del danneggiato.

Questo rischio implica autoresponsabilità, la quale a differenza della responsabilità verso terzi, non assume il carattere dell'illecito ⁽⁶¹¹⁾.

L'autoresponsabilità è un mezzo per indurre gli eventuali danneggiati a contribuire, insieme con i responsabili, alla prevenzione dei danni che potrebbero colpirli.

⁶⁰⁹ DELLI PAOLI D. – CAIANIELLO D., *op. loc. cit.*

⁶¹⁰ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 360.

⁶¹¹ PUGLIATTI S., *Voce: Auto responsabilità* in *Enciclopedia del diritto*, volume IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 452.

L'ordinamento non si preoccupa in generale di impedire che gli individui danneggino loro stessi, ma ritiene giusto che anche i titolari degli interessi minacciati contribuiscano al perseguimento del medesimo fine (⁶¹²).

Ciò è dovuto ad esigenze di giustizia, poiché sarebbe iniquo esonerare dal compito di evitare i danni, proprio colui che trae vantaggio dai doveri imposti dalla legge agli altri.

L'autoresponsabilità si giustifica nell'interesse generale, in quanto la sua presenza fa in modo che il fine proprio delle norme sulla responsabilità civile, ossia la prevenzione dell'altrui danno, possa essere attuato con i mezzi meno gravosi, per i singoli e per la collettività, di quelli che, altrimenti, sarebbero necessari (⁶¹³).

Inducendo alla diligenza anche le eventuali vittime, la legge, infatti, rende meno gravoso il compito preventivo spettante agli estranei, senza per questo rinunciare al perseguimento del fine propostosi.

Ciò si risolve in un vantaggio per tutti, poiché è naturale che ciascun individuo consideri più gravose le attività necessarie per assicurare la tutela degli interessi altrui, che non quelli occorrenti per il proprio interesse (⁶¹⁴).

Oltre tutto, un comportamento diligente da parte della vittima, potrebbe addirittura scampare al verificarsi del danno e questo anche a favore della macchina dei processi che non si dovrebbe attivare in quantità elevate di casi (⁶¹⁵).

Nelle ipotesi nelle quali si suole fare riferimento al concorso di colpa, vengono a trovarsi di fronte la responsabilità per illecito del danneggiante e l'autoresponsabilità del danneggiato.

⁶¹² PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

⁶¹³ PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

⁶¹⁴ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁶¹⁵ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 361.

Quest'ultima viene assunta come causa paralizzatrice, in tutto o in parte, degli effetti dell'illecito, e quindi influisce sulla risarcibilità del danno o sulla misura del risarcimento (⁶¹⁶).

La condotta colposa od intenzionale del danneggiato può essere considerata, da un lato, come contrapposizione agli atti illeciti commessi a danno di altri; da un altro punto di vista, l'autoresponsabilità appare strettamente connessa con la responsabilità civile ed il risarcimento, come precedentemente accennato (⁶¹⁷).

Il primo aspetto, viene posto in evidenza dalla dottrina (⁶¹⁸), la quale afferma spesso che la colpa del danneggiato deve essere considerata come una colpa in senso improprio o traslato.

Sembra che, ad esempio, parte della dottrina tedesca (⁶¹⁹), sia stata la prima a rilevare che nel § 254 B.G.B. il concetto di *Verschulden* viene esteso oltre il suo originario campo di applicazione e che, non esistendo un dovere giuridico di agire diversamente, il comportamento del danneggiato non può essere considerato anti-giuridico (⁶²⁰).

Questa corrente dottrinarica, vedeva, perciò, nella condotta del danneggiato la violazione di un dovere etico verso se stesso e, pur negando qui l'applicazione del concetto di anti-giuridicità, ammetteva, tuttavia, la presenza di un elemento analogo.

⁶¹⁶ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 452.

⁶¹⁷ PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

⁶¹⁸ PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

⁶¹⁹ ZITELMANN, *Das Recht des Burg. Gesetzbuchs (all. Teil)*, Leipzig, 1900, p. 152 in PUGLIATTI S., *Voce: Auto responsabilità* in *Enciclopedia del diritto*, volume IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 453.

⁶²⁰ PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

La dottrina successiva (⁶²¹) ha perlopiù condiviso questo ordine di idee, sottolineando l'assenza dell'antigiuridicità e il carattere improprio della colpa del danneggiato.

Il lato più debole delle tesi espresse era rappresentato dal dovere etico di evitare il danno (⁶²²).

Pertanto molteplici sono stati gli autori che hanno cercato di definire diversamente la situazione (⁶²³): si è sostenuto che anche la condotta diligente ad evitare il danno è oggetto di un dovere verso la comunità.

Maggior seguito ha avuto l'idea secondo cui la condotta colposa del danneggiato dovrebbe essere considerata come violazione di un *Obliegenheit*: con questo termine viene indicata una categoria di doveri giuridici che avrebbero un'intensità minore di quelli considerati come tali dalla dottrina tradizionale e sarebbero imposti dall'ordinamento non solo nell'interesse altrui, ma anche nell'interesse proprio dell'obbligato.

Nel complesso, comunque, si può dire, che la maggioranza degli autori abbia accolto il nucleo fondamentale delle tesi esposte dalla prima dottrina da noi considerata (⁶²⁴): la situazione giuridica del danneggiato, comunque la si classifichi, va tenuta nettamente distinta dai doveri di diligenza che hanno come contenuto il rispetto dell'interessi altrui, giacché la sua funzione è del tutto differente ed autonoma (⁶²⁵).

⁶²¹ VON TUHR, *Der Allgem. Teil des Deutsch. Burg. Rechts*, II, 2, Munchen u. Leipzig, 1918, p. 481 in PUGLIATTI S., *Voce: Auto responsabilità* in *Enciclopedia del diritto*, volume IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 453.

⁶²² PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 462.

⁶²³ LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, Hamburg, 1937, p. 32 in PUGLIATTI S., *Voce: Auto responsabilità* in *Enciclopedia del diritto*, volume IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 453.

⁶²⁴ ZITELMANN, *op. loc. cit.* in PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

⁶²⁵ PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

Ciò significa, fra l'altro, che l'autoresponsabilità, essendo ricollegata dalla legge alla violazione di una situazione giuridica autonoma, è del tutto indipendente dall'inosservanza di doveri imposti da altre norme, come quella dell'art 2043. c.c.

Il particolare tipo di condotta richiesta al danneggiato, però, non coincide necessariamente con quello con cui essi devono uniformarsi al fine di non incorrere in una responsabilità verso altri (⁶²⁶).

La soluzione si adatta sia ai sistemi di responsabilità soggettiva che a quelli di responsabilità oggettiva (⁶²⁷).

La differenza tra le due tipologie interpretative della responsabilità, sta nel fatto che mentre la responsabilità soggettiva esercita la sua influenza sui singoli comportamenti degli individui, facendo in modo che essi si astengano da atti pericolosi per le altre persone, quella oggettiva tende piuttosto ad influire sul modo in cui vengono organizzati certi tipi di attività.

Se ciò è esatto, sembra di poter affermare che l'autoresponsabilità costituisce un mezzo per indurre anche gli eventuali danneggiati a contribuire, insieme con gli eventuali danneggianti, alla prevenzione di danni che potrebbero colpirli (⁶²⁸).

Per quanto riguarda la responsabilità soggettiva, si può rilevare che, se gli eventuali danneggiati non si comportassero generalmente in modo diligente, gli altri soggetti verrebbero costretti, qualora si volessero pervenire i danni in modo altrettanto efficace, ad uno standard di diligenza assai superiore a quello attuale (⁶²⁹).

⁶²⁶ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 363.

⁶²⁷ CENDON P., *op. cit.*, p. 469.

⁶²⁸ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁶²⁹ CENDON P., *op. loc. cit.*

Certe attività verrebbero in tal modo paralizzate o, comunque, rese difficili o poco convenienti.

Inducendo a una condotta diligente le eventuali vittime, la norma qui considerata consente dunque di attenuare i doveri di diligenza che gravano sugli altri soggetti, ampliando la loro sfera di libertà (⁶³⁰).

In tal modo realizza un miglior equilibrio tra gli interessi.

A conclusioni analoghe si deve giungere se consideriamo la responsabilità oggettiva.

L'eventuale autoresponsabilità della vittima ha l'effetto di ridurre la pressione esercitata dalle norme sull'eventuale danneggiante (⁶³¹).

Ciò però avviene in un altro modo, nel senso che il costo economico complessivo del rischio posto dalla legge a carico di quest'ultimo soggetto risulta minore qualora la maggioranza delle persone esposte a tale rischio si comporti con diligenza, e il verificarsi del danno sia perciò probabile.

Ma ciò si risolve anche in una riduzione dell'effetto preventivo esercitato dalla responsabilità oggettiva (⁶³²).

In tal modo si ottiene lo scopo di limitare il costo di attività utili: se è opportuno porre a carico di certi soggetti una responsabilità oggettiva, il peso di questa deve però essere contenuto entro limiti sopportabili, tanto più se ciò può essere evitato con un mezzo razionale e non troppo gravoso per alcuno, quale è appunto l'autoresponsabilità.

⁶³⁰ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁶³¹ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁶³² CENDON P., *op. cit.*, p. 470.

Le concezioni ora accennate non appaiono tuttavia sufficienti a chiarire in ogni suo aspetto la *ratio* dell'autoresponsabilità del danneggiato, e non forniscono il mezzo per risolvere tutti i problemi interpretativi (⁶³³).

Mettono in luce la differenza che intercorre tra la colpa contro se stesso e la colpa che reca danno ad altri e l'analogia che unisce la nostra ipotesi ad altri casi di autoresponsabilità fondata su colpa.

Ciò che resta in ombra è la funzione tipica di questa particolare norma.

Tutti gli autori (⁶³⁴) che hanno teorizzato sull'autoresponsabilità hanno avuto la costante preoccupazione di trovare l'esatta collocazione dell'istituto in un sistema di concetti giuridici, nel quale assume un'importanza fondamentale il dovere giuridico.

Secondo parere di altra parte della dottrina (⁶³⁵), il concetto di autoresponsabilità ha un valore sistematico, la cui applicazione non può ricondursi ad un principio generale, e si considera la sua funzione distinta da quella della responsabilità (⁶³⁶).

La costruzione dogmatica serve, quindi, a soddisfare un'esigenza sistematica che a sua volta richiede l'inserimento delle singole situazioni giuridiche soggettive in categorie generali.

Si tratta di un atteggiamento tipico della *Begriffsjurisprudenz*, ma lo stesso atteggiamento può scorgersi anche in opere più recenti, ispirate a diversi indirizzi metodologici, appare altrettanto chiaro come l'applicazione di concetti generali alla

⁶³³ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁶³⁴ CENDON P., *op. loc. cit.*; PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

⁶³⁵ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁶³⁶ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 364.

nostra ipotesi abbia valore quasi esclusivamente al fine della costruzione del sistema ⁽⁶³⁷⁾.

Parte della dottrina tedesca ⁽⁶³⁸⁾ riconosce espressamente che la disciplina delle singole figure non può essere dedotta dalla loro appartenenza alla categoria generale, ma deve essere per lo più ricavata dalla particolare *ratio* che caratterizza ciascuna di loro.

Le medesime considerazioni possono applicarsi alla categoria dell'onere, come abbiamo già visto.

Anche questo concetto, di cui la nostra migliore dottrina ⁽⁶³⁹⁾ fa uso a proposito dell'art 1227 c.c., ha una funzione meramente sistematica.

Non esiste una disciplina comune, né possono ricavarsi principi applicabili all'intera categoria.

Ciò risulta evidente quando, per esempio, si considera che l'autoresponsabilità del danneggiato presuppone la colpa, mentre la mora del creditore, che è pure fondata su un onere, può sorgere anche in mancanza di tale presupposto.

A tale diversa disciplina corrispondono differenti valutazioni degli interessi in gioco, le quali non consentono una soluzione unitaria ⁽⁶⁴⁰⁾.

E' sintomatico del resto che molti autori ⁽⁶⁴¹⁾ che sottolineano il carattere improprio della colpa del danneggiato, applichino, poi, in questa materia gli stessi criteri che hanno adottato in tema di illecito.

⁶³⁷ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁶³⁸ LARENZ, *op. loc. cit.* in PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

⁶³⁹ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁶⁴⁰ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁶⁴¹ CENDON P., *op. loc. cit.*; PUGLIATTI S., *op. loc. cit.*

Ciò sembra significare che, quando si tratta di applicare la norma sul concorso, questi scrittori attribuiscono alla diversa natura della colpa un'importanza relativa, e s'ispirano ad altre considerazioni (⁶⁴²).

D'altra parte, quando si è cercato di fare appello alla teoria della colpa, in senso improprio, al fine di sostenere una tesi divergente dalla disciplina disposta dalla legge per l'illecito, il tentativo non può dirsi riuscito.

Non sembra, infatti, possibile dimostrare che l'autoresponsabilità di cui all'art. 1227 c.c. possa derivare anche dalla colpa dell'incapace di intendere e di volere (⁶⁴³).

Il carattere improprio della colpa della vittima può indurre, infatti, ad escludere l'applicazione diretta dell'art 2046 c.c., ma non è sufficiente per dimostrare che la soluzione opposta debba essere accolta nel nostro campo.

Altrettanto poco decisiva è la mancanza di anti giuridicità al fine di stabilire se la valutazione della colpa debba essere compiuta in base ad un criterio soggettivo od oggettivo (⁶⁴⁴).

Il criterio soggettivo, che tiene conto delle capacità individuali dell'agente, non è necessariamente legato alla violazione di un dovere vero e proprio.

Qualora si adottino i concetti generalmente usati dalla dottrina italiana, la soluzione esatta è quella che qualifica la colpa del danneggiato come inosservanza di un onere.

Se invece si ammettesse una categoria intermedia fra l'onere e il dovere, come quella che la dottrina tedesca designa con il nome di *Obliegenheit*, la classificazione del nostro istituto potrebbe risultare diversa (⁶⁴⁵).

⁶⁴² DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁶⁴³ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁶⁴⁴ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 365.

L'unica considerazione utile che si può trarre dalle teorie ricordate è quella già sopra richiamata, riguardante l'autonomia della situazione giuridica derivante dalle disposizioni dell'art 1227 c.c. nei confronti dei doveri imposti da altre norme ⁽⁶⁴⁶⁾.

Importante è anche considerare come al termine autoresponsabilità non corrisponde alcun uso espresso nel codice e questo vale a confermare l'osservazione secondo la quale la categoria in esame, di creazione dottrinarie, costituisce un'inutile sovrapposizione della categoria giuridica della responsabilità verso altri.

Da un profilo unitario si sostiene che il soggetto è responsabile, anche quando la conseguenza prevista dal diritto incida esclusivamente nella sua sfera giuridica e non sia rivolta a riparare materialmente la sfera di interessi altrui ⁽⁶⁴⁷⁾.

L'espressione più adeguata per tali ipotesi potrebbe essere quella della responsabilità negativa, che non richiama soltanto l'idea di sopportazione definitiva del danno, ma anche quella di soggezione alla sanzione.

Questa espressione ellittica appare la più appropriata per delineare una nozione ampia di responsabilità che è connessa all'esigenza di tutela dei beni protetti dal diritto ⁽⁶⁴⁸⁾.

L'uso del concetto di responsabilità in queste ipotesi rinvia ad espresse norme del codice, ad esempio, l'art. 1916 c.c., comma terzo, secondo il quale l'assicurato è responsabile verso l'assicuratore del pregiudizio arrecato al diritto di surrogazione ⁽⁶⁴⁹⁾.

⁶⁴⁵ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁶⁴⁶ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁶⁴⁷ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁶⁴⁸ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁶⁴⁹ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

Questo onere di prevenzione, imposto dalla norma alla volontà dei potenziali danneggiati, costituisce un criterio utile per risolvere molti problemi interpretativi.

Non solo, infatti, permette di trovare una soluzione per le questioni relative alla valutazione della colpa ed all'incapacità di intendere e di volere, ma fornisce anche un utile punto di riferimento per chi affronti il problema del danno: lo studio del nesso causale fra condotta della vittima e il danno ⁽⁶⁵⁰⁾.

Altra parte della dottrina ⁽⁶⁵¹⁾, pur condividendo l'assunto per cui la *ratio* dell'art. 1227 c.c. vada ravvisata nel principio di autoresponsabilità, nega che alla contrapposizione debba essere assegnata troppa importanza, in quanto individuare la *ratio* della norma nel principio di autoresponsabilità non vale ad escludere la riconducibilità della stessa disposizione al profilo causale in base a quello che è l'ordinario modo di operare delle regole eziologiche sull'imputazione per colpa.

Un giudizio in termini causali sarebbe sempre necessario: in primo luogo, per accertare se il comportamento della vittima non sia idoneo ad escludere del tutto la responsabilità, in quanto tale per la sua anormalità o eccezionalità, da interrompere il rapporto di causalità con il fatto del convenuto; in secondo luogo, per valutare l'efficienza causale rispettiva delle due condotte, che è uno dei due criteri, insieme alla gravità delle colpe rispettive per la riduzione del risarcimento ⁽⁶⁵²⁾.

In fondo però, si potrebbe obiettare, che se anche non esistesse una disposizione, ciascuno di noi si guarderebbe ugualmente dai rischi che possono minacciarlo.

⁶⁵⁰ DELLI PAOLI D. – CAIANIELLO D., *op. cit.*, p. 153 ss.

⁶⁵¹ SALVI P., *Le conseguenze economiche della svalutazione monetaria e il problema del risarcimento del danno per l'inosservanza dei termini contrattuali* in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Firenze, 1985, 5-6 (marzo), p. 525.

⁶⁵² SALVI P., *op. loc. cit.*

Nessuno si esporrebbe al pericolo sapendo da principio che il risarcimento dovuto dal danneggiante non potrebbe porre veramente rimedio all'eventuale danno. E del resto non si correrebbe il rischio sapendo che esiste, anche solo se remota, una possibilità che l'autore del danno potrebbe rimanere ignoto o insolvente ⁽⁶⁵³⁾.

Senonché, anche a prescindere dal fatto che questi sono casi particolari e che talvolta la condotta del danneggiato potrebbe risolversi in un'autentica speculazione, l'esperienza insegna che non sempre le persone agiscono in modo ragionevole nel proprio interesse, e ciò per i motivi più diversi.

Quella stessa linea di condotta, che apparirebbe sconsigliabile ad un soggetto timoroso od anche solo prudente, può essere adottata senza pensieri da un individuo sicuro di sé o addirittura temerario ⁽⁶⁵⁴⁾.

Non sembra assurdo ritenere, quindi, che la norma giuridica, la quale impone all'eventuale danneggiato un onere di diligenza, possa contribuire a rendere più prudenti i temerari o più attenti i distratti.

In altri casi, allorché di buon senso suggerirebbe di non restare inerti, ma di affrontare qualche pericolo di minor conto per evitare un danno certo od un rischio più grave, la stessa norma potrà indurre invece ad agire gli indecisi, i paurosi o i pigri.

In conclusione sembra di poter affermare che l'auto responsabilità risulta utile in quanto influisce sulle volontà dei consociati, inducendoli ad una condotta tale da prevenire i danni che potrebbero colpirli ⁽⁶⁵⁵⁾.

⁶⁵³ SALVI P., *op. loc. cit.*

⁶⁵⁴ SALVI P., *op. loc. cit.*

⁶⁵⁵ CENDON P., *op. loc. cit.*

6. La prospettiva relazionale.

Una diversa ricostruzione del fenomeno è quella che consegue all'adozione di una prospettiva relazionale della colpa.

Essa nasce dalla considerazione per cui il tratto che accomuna tutte le teorie sopra esaminate è costituito dall'adozione di un modello fonologico di colpa, vale a dire, da un'impostazione che valuta le condotte delle parti in modo indipendente l'una dall'altra, sicché la colpa del danneggiato viene presa in considerazione separatamente rispetto a quella del danneggiante e viceversa⁽⁶⁵⁶⁾.

Ciò vale per quelle prospettive che si fondano sull'autoresponsabilità, in quanto, l'autoresponsabilità, essendo ricollegata dalla legge alla violazione di una situazione giuridica autonoma, è del tutto indipendente dall'inosservanza dei doveri imposti da altre norme, come quella dell'art 2043 c.c.⁽⁶⁵⁷⁾.

In una prospettiva relazionale è, invece, necessario esaminare l'interazione tra le due condotte e ciò perché la posizione del potenziale danneggiato e la sua eventuale attività costituiscono elementi essenziali per la definizione della regola di condotta del potenziale danneggiante, come pure la nozione di diligenza del danneggiato può essere definita solo alla luce della diligenza-colpa del danneggiante⁽⁶⁵⁸⁾.

L'art 1227 c.c., in questa prospettiva, costituisce una disposizione unitaria, contenente al suo interno due norme riguardanti l'interazione tra il potenziale danneggiante e il potenziale danneggiato: l'una, quella del primo comma, rivolta a disciplinare relazioni fondate su una interazione ipotetica, basata unicamente

⁶⁵⁶ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁶⁵⁷ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁶⁵⁸ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

sull'aspettativa di condotta altrui; l'altra, quella del secondo comma, diretta a disciplinare interazioni sequenziali caratterizzate da condotte iniziali negligenti, comprensive sia delle ipotesi in cui il potenziale danneggiato agisca colposamente per primo sia quelle in cui agisca successivamente al potenziale danneggiante e sia tenuto a correggere gli effetti della condotta colposa di questo.

Tali norme riguardano entrambe il profilo della condotta e quello della colpa nell'ipotesi di violazione ⁽⁶⁵⁹⁾.

In tal modo la condotta del danneggiato, lungi dall'essere inquadrata quale concausa autonoma, generatrice di rischio di danno, diventa fattore necessario alla definizione della condotta del potenziale danneggiante ⁽⁶⁶⁰⁾.

La scelta di questa ricostruzione porta a rileggere non solo le norme sulla responsabilità per colpa, ma anche quelle sulla responsabilità contrattuale ed oggettiva alla luce della condotta del danneggiato.

Nelle fattispecie di responsabilità extracontrattuale per colpa, la condotta del danneggiato diviene il parametro attraverso cui definire lo stesso standard di condotta esigibile dal danneggiante, concorrendo alla determinazione degli oneri di precauzione posti a carico delle parti dell'interazione ⁽⁶⁶¹⁾.

⁶⁵⁹ CAFAGGI F., *op. cit.*, p. 171 ss.

⁶⁶⁰ CAFAGGI F., *op. loc. cit.*

⁶⁶¹ CENDON P., *op. cit.*, p. 469 ss.

7. Il “fatto colposo” del danneggiato: interpretazione soggettiva e definizione oggettiva.

L'interpretazione rigorosamente letterale dell'art 1227, 1° comma, c.c., condurrebbe fin ad escludere l'applicazione delle regole sul concorso di colpa nelle fattispecie che non contemplano la colpa quale criterio di imputazione della responsabilità.

L'orientamento tuttavia non ha mai trovato espressione concreta nelle pronunce della giurisprudenza, la quale, attraverso una svalutazione della componente colposa del fatto del danneggiato, ha fatto sì che nel rispetto del principio dell'auto responsabilità non venisse accordato allo stesso negligente un risarcimento pieno (⁶⁶²).

La riconosciuta mancanza del carattere di illiceità nel fatto del danneggiato ha condotto la dottrina, inoltre, a prospettare la colpa di questo soggetto secondo una concezione meramente psicologica, che sarebbe svincolata dal presupposto della capacità e che richiederebbe solo la concreta esistenza dell'atteggiamento psicologicamente colposo (⁶⁶³).

Presupposti di tale teoria non possono, però, essere rintracciati neanche negli argomenti tratti dalla materia penalistica (⁶⁶⁴), poiché, ad esempio, la previsione di misure di sicurezza a carico dell'incapace attinge ad esigenze diverse.

⁶⁶² VENCHIARUTTI A., *Cadute e responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, I, 1, 2, p. 178 ss.

⁶⁶³ BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 414.

⁶⁶⁴ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

D'altra parte, la possibilità d'imputazione del minore è fondata su un criterio di capacità penale che è estraneo a tutta la materia privatistica concernente l'incapace (⁶⁶⁵).

Il tentativo d' intendere la norma in esame come fondata sul presupposto di un certo atteggiamento psicologico del creditore è, quindi, inaccettabile.

In generale, nella determinazione del concetto di colpa, il richiamo dell'atteggiamento psicologico ha solamente un valore negativo per caratterizzare l'assenza di un nesso che leghi la volontà del soggetto all'evento dannoso.

La nozione di colpa è espressa piuttosto, fondamentalmente, dalla negligenza, quale obiettiva inosservanza di diligenza (⁶⁶⁶).

La colpa rileva, usualmente, come omissione della diligenza imposta a tutela di un interesse altrui, e cioè come criterio di responsabilità: il termine colpa può tuttavia essere usato semplicemente nel senso di difettoso sforzo diligente a prescindere dalla violazione dell'altrui interesse (⁶⁶⁷).

Secondo parte della dottrina (⁶⁶⁸), a contrario, esiste la necessità che sussista comunque una colpa.

E' tuttora discusso, infatti, anche in materia di illeciti commessi a danno di altri, se la valutazione della colpa debba essere compiuta in base a un criterio "oggettivo", o se si debba tener conto delle capacità individuali della singola persona che ha cagionato il danno (⁶⁶⁹).

⁶⁶⁵ DE CUPIS A., *Postilla sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace in Rivista di diritto civile*, Padova, 1965, II, p. 78 ss.

⁶⁶⁶ BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 415.

⁶⁶⁷ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

⁶⁶⁸ LOSCO G. – MARIOTTI P., *La responsabilità civile in Compendio Normativo Commentato*, terza edizione, Milano, 2001, p. 36 ss.

⁶⁶⁹ Al problema hanno dedicato particolare attenzione DELEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, 1965, p. 11 ss; ALBERT A. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht*, Wien, 1936, p. 225 ss in LOSCO G. –

In base alla “*teoria oggettiva*”, le qualità individuali del soggetto, come l’età o la professione, sono rilevanti solo in quanto determinano l’appartenenza ad una certa categoria di persone: da tutti i membri di ogni categoria si esige poi uno standard unico di condotta, il quale prescinde dal fatto che il singolo individuo sia meno abile, intelligente, forte o, ad esempio, esperto del modello astratto cui fa riferimento; sembra che se l’evento è causalmente imputabile al danneggiato, non può quest’ultimo vantare le esimenti del suo stato soggettivo per imporre al terzo di risarcire il danno che egli stesso danneggiato si è causato. Il problema delle esimenti ha ragion d’essere come limite al sacrificio richiesto per il soddisfacimento dell’altrui interesse mentre non appare ammissibile che il terzo debba risarcire il danno che il danneggiato ha arrecato a sé stesso mediante un comportamento intenzionale od obiettivamente colposo anche se giustificabile in base a motivazioni soggettive del danneggiato (⁶⁷⁰).

Al di fuori dello schema di illecito, la colpa si manifesta allora come violazione della diligenza intesa nella sua mera funzione di modello astratto di condotta come indicazione dell’atto esattamente conforme all’appropriata regola tecnica e giuridica.

In questo senso si è concretamente delineata, nell’applicazione giurisprudenziale, l’omissione di diligenza caratterizzante la “*colpa*” del danneggiato (⁶⁷¹).

MARIOTTI P., *op. loc. cit.*; HOLMES, *The common law*, Boston, 1881, 49° rist., p. 223. 107, I, n. 161 ss, p. 205 ss; FORCHIELLI P., *La colpa lievissima* in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, I, p. 185 ss. Sulla colpa in generale si veda MAIORCA C., Voce “*Colpa civile*” (teoria gen.) in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 534 ss.

⁶⁷⁰ LOSCO G. – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*

L’impostazione criticata potrebbe addossare al debitore anche il danno che il creditore abbia concorso ad arrecare a se medesimo per uno stato di necessità causato da un terzo.

⁶⁷¹ BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 415.

Il termine è stato criticato come contraddittorio ⁽⁶⁷²⁾, ma ogni contraddizione cade se, prescindendo dall'aspetto terminologico, si riconosce semplicemente che tale colpa rappresenta in definitiva la negligenza quale inosservanza del modello diligente di condotta: cioè quale inosservanza delle regole di tecnica, di diritto e di prudenza che individuano il comportamento formalmente appropriato ⁽⁶⁷³⁾.

Alla stregua di questa nozione il concorrente ⁽⁶⁷⁴⁾ fatto colposo del danneggiato può essere ravvisato, più precisamente, nell'inosservanza della condotta conforme ad una prudente cautela o nella volontaria azione lesiva, nell'inosservanza di norme giuridiche, nell'inosservanza di regole tecniche se la condotta del danneggiato s'inserisce con contenuto tecnico nello svolgimento del rapporto o nel godimento del bene e, infine, nell'inosservanza di quelle regole di condotta che siano state specificamente previste in capo al creditore ⁽⁶⁷⁵⁾.

Più precisamente, nell'inosservanza della condotta conforme ad una prudente cautela, si ravvisa comunemente il concorso di colpa nel fatto del soggetto che subisce lesioni ad opera dell'animale molestato.

⁶⁷² BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

⁶⁷³ Questo è infatti, in ultima analisi, il senso in cui deve tradursi l'espressione di colpa obiettiva. Secondo la formula ribadita, ad esempio in Corte di Cassazione, sezioni unite 17 febbraio 1964 in *Foro italiano*, 1964, parte I, p. 752 ss, ciò che conta è il comportamento obiettivamente in contrasto con norme positive e di comune prudenza. Per un accenno all'oggettiva omissione di diligenza, cfr. anche, Cass., Civ. 28 aprile 1962 in *Il foro italiano*, 1962, parte I, p. 913 ss. Una chiara enunciazione in Cass., Civ. 11 febbraio 1978 in *Massime del foro italiano*, 1978, n. 630: "nell'espressione fatto colposo deve ritenersi incluso ogni comportamento obiettivamente imprudente del danneggiato, anche se non imputabile, dandosi così rilievo esclusivamente alla sua efficienza sul piano della causalità materiale".

⁶⁷⁴ Notiamo che il fatto colposo del danneggiato assume efficienza causale esclusiva quando il soggetto, che ha determinato la situazione di pericolo, ha anche usato gli accorgimenti richiesti dalla diligenza normale per impedire al creditore o ai terzi il contatto dannoso con tale situazione. Sotto questo riguardo, così, il proprietario che crea una situazione di pericolo nel proprio fondo non è in colpa se ne impedisce l'accesso o preavverte adeguatamente i terzi.

⁶⁷⁵ BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 416.

Un'altra comune ipotesi può indicarsi nel caso dell'utente distratto che cada nel percorrere una via pubblica mal tenuta. In giurisprudenza si è inteso attribuire a tale imprudenza efficacia causale assorbente, salvo che lo stato dei luoghi non presenti un'insidia anche per un cittadino normalmente attento (⁶⁷⁶).

In più esatti termini si è tuttavia deciso nel senso che il nesso di causalità tra una situazione di pericolo e l'evento non viene meno anche se l'utente della strada abbia tenuto un comportamento irregolare (⁶⁷⁷).

Nella volontaria azione lesiva uno dei profili che entrano in considerazione concerne l'auto danneggiamento volontario prodotto su istigazione del terzo; il danno è, qui, integralmente imputabile all'istigatore se la vittima è un'incapace, ma questa è un'eccezione alla regola comune (⁶⁷⁸).

Nella seduzione con promessa di matrimonio si ritiene che il consenso della donna non si è prestato liberamente e che anzi il comportamento lesivo, che faccia leva sulla promessa, costituisce una violazione della libertà sessuale (⁶⁷⁹).

Nell'inosservanza di norme giuridiche, un campo dal quale si attingono numerosi esempi, è quello della circolazione stradale; comune modello può indicarsi nel fatto prodotto dalla colpa del conducente che non rispetta il diritto di precedenza e dell'altro conducente che procede a velocità eccessiva (⁶⁸⁰).

⁶⁷⁶ Cass., Civ. 13 dicembre 1962 in *Arch. Resp. Civ.*, 1965, p. 198 ss.

⁶⁷⁷ Cass., Civ., sezioni unite, 19 aprile 1963 in *Giust. Civ.*, 1963, I, p. 982 ss.

⁶⁷⁸ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

⁶⁷⁹ Per l'esclusione dell'applicabilità della norma in esame cfr. Cass., 24 gennaio 1972, n. 178 in *Giust. Civ.*, 1972, I, p. 705 e in *Foro italiano*, 1972, I, p. 3534 ss.

⁶⁸⁰ Cass., Civ. 30 ottobre 1964 in *Resp. Civ.*, 1965, p. 158 ss.

Un ricorrente esempio nella giurisprudenza inglese è costituito dal mancato uso della cintura di sicurezza da parte del danneggiato: al quale si è data rilevanza pur in mancanza di una specifica imposizione legale (⁶⁸¹).

Nel campo della inosservanza di regole tecniche, se la condotta del danneggiato s'inserisce con contenuto tecnico nello svolgimento del rapporto o nel godimento del bene, si ricorda il caso dell'imprenditore che non provvede ad illuminare sufficientemente la stiva e ad avvertire il lavoratore portuale dell'esistenza di un passaggio più sicuro (⁶⁸²).

Nell'inosservanza di quelle regole di condotta che siano state specificamente previste in capo al creditore, si ricorda che il fatto colposo del creditore può ravvisarsi nell'ipotesi del viaggiatore che non osservi il prescritto comportamento di viaggio e, ad esempio, non si tenga agli appositi sostegni (⁶⁸³).

Un crescente interesse sta avendo il problema della colpa del consumatore, ma di tale tema tratteremo in modo approfondito all'interno del capitolo IV (⁶⁸⁴).

All'opposto di tali considerazioni e sempre con riguardo alla "colpa" del danneggiato è stata affermata l'esigenza, da una parte della dottrina (⁶⁸⁵), di adottare un "criterio soggettivo", come prima abbiamo accennato, che darebbe rilevanza agli impedimenti soggettivi del danneggiato, quali ad esempio la stanchezza o una forte emozione.

Secondo tali teorie devono essere tenute presenti le capacità reali del soggetto, in maniera da non imporre una responsabilità a chi non sia stato in grado,

⁶⁸¹ BIANCA C. M., *op. loc. cit.*

⁶⁸² Trib. Genova, 22 dicembre 1965 in *Dir. maritt.*, 1966, p. 64 ss.

⁶⁸³ Sentenza della Corte di Cassazione francese 8 ottobre 1963 in *Foro italiano*, 1964, IV, p. 102 ss.

⁶⁸⁴ BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 417.

⁶⁸⁵ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 501.

per cause indipendenti dalla sua volontà, di comportarsi nel modo richiesto dalle circostanze ⁽⁶⁸⁶⁾.

Ciò premesso, va osservato che la funzione preventiva, propria dell'onere posto dalla legge a carico del danneggiato, costituisce un forte argomento in favore della teoria soggettiva. Se è vero che la norma assegna ai soggetti il compito di agire con diligenza al fine di prevenire i danni che potrebbero colpirli, bisogna concludere che essa si rivela inutile ogniqualvolta il soggetto non abbia avuto la possibilità di agire in modo da evitare l'evento dannoso ⁽⁶⁸⁷⁾.

Nessun effetto preventivo può infatti avere la legge se l'individuo, a causa del suo difetto fisico, dell'età avanzata, di una ferita o di una mutilazione o, ad esempio, della sua scarsa intelligenza, non può fare quanto sarebbe necessario per impedire l'evento temuto ⁽⁶⁸⁸⁾.

Questa considerazione assume tale particolare importanza che la prevenzione degli eventi dannosi costituisce il punto di riferimento dell'onere imposto dall'art 1227 c.c. D'altronde, si può aggiungere, che anche la concezione morale della colpa conduce alla stessa conclusione ⁽⁶⁸⁹⁾.

Gli argomenti in favore della teoria "oggettiva" sembrano per lo più inapplicabili a questa ipotesi, anche perché alcuni di essi sono basati su esigenze proprie della responsabilità verso altri, le quali non trovano qui nessun parallelo.

⁶⁸⁶ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁶⁸⁷ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁶⁸⁸ NIPPERDEY (*Ennecerus e Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, p. 1324) in LOSCO G. – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*, difende tale soluzione facendo appello alla dignità e alla libertà del singolo. Il soggetto minorato, se gli fosse imposta una responsabilità per i danni che egli ha cagionato nonostante il migliore uso di tutte le sue facoltà, verrebbe posto nell'alternativa di evitare ogni contatto con gli altri oppure di vedersi esposto dovunque al rischio continuo di dovere risarcire danni.

⁶⁸⁹ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

Così come non può avere alcun peso l'argomento fondato sulla preminenza della funzione risarcitoria della responsabilità ⁽⁶⁹⁰⁾.

Il criterio obiettivo, avendo come effetto l'estensione della responsabilità aquiliana ad un maggior numero di casi, aumenterebbe per i danneggiati la probabilità di ottenere il risarcimento e sarebbe pertanto preferibile ⁽⁶⁹¹⁾.

Un discorso del genere non vale però certo per il danneggiato, giacché non esiste nel nostro caso un'esigenza analoga a quella ora accennata.

Di questo si potrebbe dubitare, secondo parte della dottrina ⁽⁶⁹²⁾, in quanto il risarcimento del danno non costituisce, in sé e per sé, l'oggetto di un'esigenza sociale, il che appare chiaro ove si consideri che esso non annulla, dal punto di vista delle società, il danno, ma si limita a trasferirlo dall'uno all'altro dei suoi membri: dal danneggiato, che riceve il risarcimento, a colui che lo paga però la macchina della giustizia non può venir messa in moto per operare tale trasferimento, se non ove esso sia socialmente giustificato.

Non sembra convincente poi l'opinione di chi giustifica l'adozione del criterio obiettivo con l'esigenza di trattare tutti nello stesso modo, " *since the law can have no favorites*" ⁽⁶⁹³⁾.

Il principio d'uguaglianza ha senz'altro la sua importanza anche in questo campo; ma esso non significa che due comportamenti esteriormente simili debbano essere sempre giudicati nello stesso modo, anche se i soggetti che li hanno posti in essere sono diversi tra loro ⁽⁶⁹⁴⁾.

⁶⁹⁰ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 504.

⁶⁹¹ HARPER JAMES jr., *Introduction to English Law*, London, 1979, p. 904; JAMES E DICKINSON, *Accident Proneness and Accident Law*, in *Harvard Law Review*, 63, 1949-1950, p. 784.

⁶⁹² TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 299 ss.

⁶⁹³ PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul (Minn), 1964, p. 153 ss. ;

⁶⁹⁴ TRIMARCHI P., *op. loc. cit.*

Al contrario, la giustizia e l'eguaglianza richiedono qui che si pretenda da ciascuno quella condotta che egli è in grado di tenere : uguale per tutti deve essere la misura dello sforzo e dell'attenzione richiesti. Il che implica che la stessa condotta possa essere considerata non colposa se il suo autore, pur usando tutto lo sforzo e tutta l'attenzione richiesti, non era in grado di agire altrimenti, e debba invece essere ritenuta colposa qualora l'individuo sia stato in grado di agire diversamente e di percepire la necessità di comportarsi in tal modo e non l'abbia fatto per disattenzione o per pigrizia (⁶⁹⁵).

Sembra certo che non si possa trarre argomento, al fine di applicare un criterio oggettivo alla colpa del danneggiato, neanche dalla dottrina oggi dominante i tema di colpa contrattuale (⁶⁹⁶).

In questo campo la valutazione oggettiva si può spiegare osservando che nelle cosiddette obbligazioni "di mezzi" la condotta diligente del debitore costituisce il risultato stesso cui il creditore ha diritto: si tratta di un bene economico che l'ordinamento assicura a quest'ultimo. E' perciò comprensibile che, almeno in certi casi, debbano considerarsi piuttosto le caratteristiche esterne di tale condotta, la sua obbiettiva corrispondenza all'aspettativa del titolare del diritto, che non la situazione soggettiva dell'obbligato. Se invece la colpa è del danneggiato, la *ratio* dell'auto responsabilità sta sempre nelle stesse esigenze di cui si è parlato finora (⁶⁹⁷).

Non c'è un'aspettativa del debitore alla diligenza del creditore, paragonabile a quella di quest'ultimo nei confronti dell'adempimento, ma c'è solo l'esigenza di indurre gli eventuali danneggiati ad essere diligenti nei limiti della loro

⁶⁹⁵ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 505.

⁶⁹⁶ Cfr. OSTI C., *Deviazioni in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* in *Riv. Tim.*, 1954, p. 609; MANCINI A., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 27 ss; GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, Milano, 1959, p. 275 ss., p. 339 ss.

⁶⁹⁷ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

possibilità. Sembra perciò naturale che i criteri di valutazione della condotta possano essere differenti (⁶⁹⁸).

Si può dunque concludere che la colpa del danneggiato deve essere valutata, almeno in linea di massima, in base a un criterio soggettivo. Non solo le circostanze esteriori al soggetto, ma anche le sue qualità, le sue capacità, la sua istruzione e le sue condizioni fisiche e psichiche debbono essere considerate al fine di stabilire se egli abbia fatto quanto stava in lui per prevenire l'evento dannoso. Tra le molte circostanze, che possono pertanto venire in considerazione, potrà esservi ad esempio la stanchezza, uno stato di depressione o l'eventuale assuefazione ad un certo tipo di rischio (⁶⁹⁹).

In altri casi dovrà essere tenuto conto della violenta emozione e dello smarrimento che possono colpire il soggetto improvvisamente minacciato da un grave e immediato pericolo, tanto da impedirgli di reagire nel modo più ragionevole.

Vi sono poi tutte le condizioni fisiche permanenti, come le malattie; naturalmente l'incapacità del soggetto minorato di sottrarsi al pericolo imminente non esclude che egli possa essere stato in colpa in un momento precedente, allorché si è posto in una situazione o ha intrapreso un'attività che sapeva per lui pericolosa (⁷⁰⁰).

Ma va anche osservato che ai soggetti colpiti da qualche minorazione non sarebbe giusto togliere ogni libertà; perciò una certa quota di rischio deve essere loro

⁶⁹⁸ Cfr. L. WILLIAMS, *Joint Torts and Contributory Negligence*, London, 1951, p. 353 ss.

⁶⁹⁹ Cfr. HARPER E JAMES jr., *op. cit.*, p. 938 ss. Questi autori seguono anche in tal caso il criterio oggettivo: "if the situation is one which perturb the judgment of the standard man, the fact is to be considered". Viene alla mente, a questo proposito, la "persona sensata" del nostro art 1435 c.c. Tuttavia sembra che si debba tener conto anche di certe situazioni psicologiche o fisiche, le quali possono rendere un individuo più impressionabile dello *Standard Man*.

⁷⁰⁰ Naturalmente occorre che il soggetto, allorché intraprendeva una certa attività, sapesse di avere, per esempio, una malattia tale da porlo in pericolo, oppure che egli abbia provocato il proprio malore con un precedente comportamento negligente. LOSCO G. – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*

consentita, anche se talvolta supera la misura dei pericoli cui si potrebbe esporre senza colpa una persona sana ed efficiente. Il che non esclude che da questi individui possa essere talora pretesa una maggiore circospezione di quanta non ne occorra, nell'esercizio delle medesime attività, a una persona normale e sana ⁽⁷⁰¹⁾.

Il principio della valutazione soggettiva tuttavia non può essere applicato fino in fondo. Non solo bisogna far notare che si va incontro a gravi difficoltà di accertamento; ma soprattutto occorre osservare che, ammettendo la rilevanza di tutte queste caratteristiche psicologiche dei soggetti, si finirebbe per tutto comprendere e tutto perdonare ⁽⁷⁰²⁾.

Il concetto stesso di colpa presuppone che gli individui possano e debbano, con la loro volontà, superare gli ostacoli psicologici che si oppongono a una loro condotta diligente. Cosicché, se si scusassero coloro che non vincono tali ostacoli, resterebbero frustrati gli scopi stessi delle norme ispirate al principio dell' "imputabilità" ⁽⁷⁰³⁾.

Sarebbe assurdo che l'ordinamento rinunciassero ad esercitare il suo influsso proprio su coloro che hanno bisogno di un ulteriore incentivo per essere indotti a comportarsi in modo razionale. Non va dimenticato che le norme sull'autoresponsabilità impongono ai soggetti un comportamento conforme ai loro interessi, ossia quello stesso contegno che, in mancanza di tali norme, sarebbe suggerito dal buon senso ⁽⁷⁰⁴⁾.

E' perciò lecito supporre che la disciplina legislativa sia meno necessaria nei confronti degli individui dotati di una normale forza di volontà e capacità di prendere

⁷⁰¹ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 506.

⁷⁰² CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷⁰³ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷⁰⁴ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

decisioni, i quali sarebbero probabilmente diligenti anche senza questo stimolo, e possa invece spesso influire in modo determinante sui deboli, sui paurosi o sugli indecisi (⁷⁰⁵).

A sostegno di tali tesi vi è anche la considerazione che la colpa civile, pur valutata in forma impersonale, non è una nozione rigorosamente oggettiva.

Inoltre il contrasto in linea di principio tra la regola della colpa collegata alla capacità del soggetto e il criterio di valutazione in astratto non sussiste, perché l'imputabilità concerne solo la possibilità del soggetto di conformarsi alla regola normativa e non concorre a determinare il contenuto del dovere (⁷⁰⁶).

Si può dire che la valutazione del comportamento contrario al dovere attiene al profilo del contenuto della colpa e non implica di per sé l'accertamento della capacità del soggetto che ha violato la regola (⁷⁰⁷).

Il contenuto di ogni dovere giuridico non può non determinarsi in astratto e logicamente non è legato al problema dell'imputabilità. Inoltre la valutazione in astratto non esige che il comportamento del soggetto sia analizzato in sé, staccato dall'agente, perché la regola di diligenza, che funge da parametro della colpa, non è indivisibile, ma risulta temperata da elementi concreti (⁷⁰⁸).

Il richiamo per colpa del danneggiato, oltretutto, all'elemento dell'imputabilità è dettato da esigenze logiche e non solo da ragioni di giustizia. La stessa legge equipara la colpa del danneggiato alla colpa del danneggiante, per quanto riguarda il criterio della valutazione (⁷⁰⁹).

⁷⁰⁵ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 507.

⁷⁰⁶ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷⁰⁷ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷⁰⁸ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷⁰⁹ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 353.

Si osserva talvolta che l'adozione di un criterio unico per valutare tanto la colpa del danneggiante quanto quella del danneggiato è richiesto da un'esigenza di giustizia.

Non sembra tuttavia che tale argomento sia decisivo, né che in questa materia ci si possa accontentare di un rinvio alle conclusioni raggiunte da altri in tema di illecito ⁽⁷¹⁰⁾.

La *ratio* dell'auto responsabilità non coincide infatti esattamente con quella della responsabilità verso altri ⁽⁷¹¹⁾. E, d'altra parte, la dottrina ⁽⁷¹²⁾ ammette che in uno stesso ordinamento possano coesistere diversi concetti di colpa, adeguati ai diversi scopi che le singole norme intendono perseguire.

Va pure ricordato che negli Stati Uniti viene sostenuta l'opportunità di applicare un doppio standard, oggettivo in tema di *negligence* come *Tort*, e soggettivo in caso di *contributory negligence* ⁽⁷¹³⁾.

⁷¹⁰ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷¹¹ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 502.

⁷¹² MENGONI L., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni di "mezzo"* in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, p. 194 ss, ritiene che il nostro codice preveda, accanto alla colpa in senso proprio, da valutarsi con criterio soggettivo, un altro concetto di colpa, da valutarsi oggettivamente.

Anche per ERWIN DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, Köln-Berlin Bonn-München, 1963, (p. 299 ss.) in LOSCO G. – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*, il concetto di colpa non è unico, ma si determina in relazione ai singoli tipi di rapporti. Egli ritiene che l'obiettivo domini in generale i rapporti patrimoniali, ma ammette una valutazione soggettiva nei rapporti familiari e familiari – ereditari (pp. 292 ss, p. 384 ss). Egli pensa in particolare che con criterio oggettivo debba valutarsi la colpa del danneggiato (p. 360); ma ammette una valutazione soggettiva del rifiuto di sottoporsi ad una operazione (art 1227, 2° comma, c.c.) (p. 364) e ritiene che tale valutazione debba applicarsi alla condotta di entrambe le parti al fine di determinare la misura del risarcimento (p. 365)

⁷¹³ L. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 353, rileva una minore severità nel criterio di valutazione adottato dalle corti per giudicare la condotta delle vittime in confronto allo standard del *Reasonable Man* applicato ai danneggiati. Egli sembra però accennare non a un criterio soggettivo, adottato in luogo di quello oggettivo generalmente ammesso in materia di *Torts* bensì semplicemente ad un minor grado di diligenza. William ritiene peraltro che la colpa della vittima non essendo più causa di esonero da responsabilità per il danneggiante, i giudici potrebbero essere indotti a una maggiore severità (p. 354). Tale tendenza è confermata dalla nota al caso *Hicks v. British Transport Commission* (1958), 1, W. L. R. 493, contenuta in *Law Quarterly Review*, 74 (1958), p 337 ss. Sembra che solo il lodevole desiderio di non lasciare risarcimento alla vittima di un illecito possa giustificare quella decisione inglese la quale negò la *contributory negligence* di un pilota di aereo che aveva colpito alcuni alberi presso un aerodromo, benché egli ne conoscesse l'esistenza, in quanto si ritenne che "*significance of the stress had not made an impression on his mind*" Qui si va oltre lo stesso criterio

Sembra dunque giustificata una trattazione del problema con riferimento esclusivo alla colpa del danneggiato. Naturalmente non si può escludere che la soluzione possa essere la stessa, così per l'auto responsabilità della vittima come per la responsabilità del danneggiante. Ma, a parte il fatto che in quest'ultimo caso le opinioni sono discordi, certo è che tale coincidenza non può essere considerata a priori come sicura (⁷¹⁴).

Il problema principale rimane comunque quello di una configurazione più moderna della colpa e concerne, come abbiamo già visto, il dualismo tra concezione oggettiva e concezione soggettiva, dualismo ancora persistente (⁷¹⁵).

In senso opposto alle descritte teorie si è spinta la Cassazione Italiana, secondo cui l'auto responsabilità potrebbe colpire anche i soggetti incapaci di intendere e di volere, di modo che al danneggiato dovrebbe applicarsi un criterio oggettivo proprio quando egli si trovi in quelle condizioni soggettive che la legge espressamente considera idonee ad esonerare il danneggiante (⁷¹⁶).

La giurisprudenza italiana applica la norma dell'art 1227 c.c. al danneggiato incapace, giungendo, quindi, a delineare una nozione di "colpa oggettiva" che prescinde dalle capacità del soggetto e si contrappone alla colpa soggettiva del danneggiante (fatte salve, in alcuni casi, le considerazioni relative alle superiorità e alle inferiorità della vittima) (⁷¹⁷).

soggettivo di colpa, così come viene generalmente inteso: non si rimprovera al soggetto neppure il difetto di attenzione nei confronti di una circostanza così importante per la sua attività.

⁷¹⁴ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 503.

⁷¹⁵ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 355.

⁷¹⁶ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷¹⁷ Cass., Sez. Un., 17 febbraio 1964, n. 351 in *Giur. It.*, 1964, parte I, 1, p. 684; nello stesso modo successivamente Cass., 21 aprile 1965 n. 827 in *Foro It.*, 1965, I, c. 890, con nota di richiamo ai precedenti. In dottrina. Cfr. LISERRE A., *In tema di concorso colposo del danneggiato incapace* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1962, p. 347; Cfr. GENTILE G., *Il concorso di colpa del danneggiato incapace* in *Resp. Civ. e Prev.*, 1962, p. 233 ss.; PERETTI GRIVA D. R., *Sulle conseguenze del concorso, nell'evento lesivo, del fatto del danneggiato incapace di intendere e di*

La soluzione ha trovato vivace resistenza in dottrina (⁷¹⁸), anche per la individuazione di una figura abnorme di colpa oggettiva, costituita dalla violazione di norme di comune prudenza.

Non mancano Autori (⁷¹⁹) che, come abbiamo anche accennato precedentemente, nel delineare la colpa del danneggiato, scissa dall'imputabilità, seguono una strada diversa; in primo luogo si osserva che il fatto del danneggiato non è illecito e si configura la colpa dell'art 1227 c.c. secondo un profilo meramente psicologico, come intenzione o mancata visione delle conseguenze dei propri atti (⁷²⁰).

Secondo altra parte della dottrina (⁷²¹) una visuale meramente psicologica della colpa non può sostenersi, né risulta molto diffusa: l'orientamento prevalente, pur fondando il concetto di colpa su basi soggettive, mette in risalto il profilo normativo (⁷²²).

Il comportamento colposo viene in genere individuato attraverso i requisiti dell'atteggiamento psichico e della contrarietà alla regola di condotta che, se posti formalmente sullo stesso piano, non sono dotati di eguale efficienza positiva: la

volere in Riv. Giur. Circ. e Trasp., 1961, p. 361 ss.; NASINI V., *Il concorso di colpa del danneggiato non imputabile e la riduzione proporzionale del risarcimento in Responsabilità civile*, Milano, 1960, p. 345 ss.; BONASI BENUCCI E., *In tema di concorso nella produzione del danno del danneggiato incapace in Riv. Giur. Circ. e Trasp.*, 1959, p. 511; ONDEI E., *Il fatto illecito del non imputabile in Foro It.*, 1964, I, p. 1546 ss;

⁷¹⁸ Cfr. DE CUPIS A., *Sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace in Foro Italiano*, 1958, I, p. 508 ss.; DE CUPIS A., *op. cit.*, p. 521 ss.; POGLIANI M., *Irrilevanza del concorso del fatto del danneggiato incapace sulla riduzione della responsabilità del debitore per fatto illecito in Temi*, 1961, p. 600.

⁷¹⁹ ONDEI E., *op. cit.*, p. 1546 ss.

La dottrina distingue l'intenzione e l'imprudenza dell'incapace dal dolo e dalla colpa del soggetto capace. Cfr. DE CUPIS A., *op. cit.*, p. 150, nota 78.

⁷²⁰ DI PRISCO N., *op. cit.*, 1973, p. 357.

⁷²¹ DI PRISCO N., *op. cit.*, 1973, p. 358.

⁷²² Per la concezione psicologica della colpa Cfr. GHIRONI G., *Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1887, p. 38 ss.; DE CUPIS A., *op. cit.*, p. 115 ss.

colpa del soggetto non presuppone necessariamente il nesso psichico, né sorge solo sul suo fondamento.

Secondo la dottrina dominante ⁽⁷²³⁾ la colpa non può riconoscersi nei riguardi di chi si trovi nella piena incapacità di intendere e di volere, perché consiste in un comportamento negligente da provarsi attraverso l'esame di ciò che il soggetto ha fatto in particolari circostanze o che avrebbe dovuto fare; la negligenza costituisce solo l'elemento oggettivo della colpa e deve accompagnarsi a uno stato d'animo riprovevole.

La prova di questo elemento è però difficile: le attitudini interiori sono imperscrutabili e la loro esistenza può essere desunta solo da indici obiettivi. A tal fine si ritiene che solo gli individui maturi e normali siano in grado di evitare le conseguenze pregiudizievoli del loro comportamento. Sotto tale profilo si giustifica il nesso tra colpa (negligenza) e capacità ⁽⁷²⁴⁾.

Procedendo a una valutazione critica di questo orientamento ci sembra si possa osservare che l'estremo dell'imputabilità del soggetto non è richiesto solo per ragioni tecniche concernenti la prova di un elemento in sé difficile di indagine; inoltre, una volta che sia stata negata la necessità esclusiva dell'elemento psichico in riferimento alla colpa, dovrebbe venir meno l'esigenza dell'imputabilità ⁽⁷²⁵⁾.

La colpa non è dalla legge equiparata ad altri criteri di imputazione: nella prospettiva della responsabilità ad essa spetta un ruolo specifico, proprio per il nesso con l'imputabilità del soggetto (art. 2046 c.c.). La violazione della regola di condotta può essere imputata solo a un soggetto capace: la colpa è un criterio soggettivo di

⁷²³ DI PRISCO N., *op. cit.*, 1973, p. 359.

⁷²⁴ DI PRISCO N., *op. cit.*, 1973, p. 364.

⁷²⁵ DI PRISCO N., *op. cit.*, 1973, p. 365.

imputazione e non appare idonea a coprire l'area in cui operano criteri ontologicamente diversi.

L'orientamento delineato esclude però che la colpa sia identificata con le condizioni di imputabilità del soggetto (⁷²⁶).

A questo risultato si perviene quando si trascuri di considerare che la colpa consiste nella mancanza della normale diligenza e non si avverta che il problema del suo accertamento nel caso concreto risulta distinto da quello diretto a ricercare nel soggetto l'esistenza dell'imputabilità (⁷²⁷).

Quest'opinione non può accogliersi anche perché non risolve unitariamente il problema della colpa: la capacità del soggetto cui si richiama l'art 2046 c.c., differisce dalla capacità rilevante in materia di autonomia negoziale; ne deriverebbe che la colpa del debitore è ontologicamente diversa da quella contemplata dall'art. 2043 c.c. (⁷²⁸).

Imputabilità e colpa invece sono concetti giuridici non coincidenti, per i quali ricorre la possibilità di uno stretto rapporto.

L'art. 2046 c.c. è stato interpretato dalla dottrina più recente ai fini di un diverso orientamento favorevole all'autonomia tra imputabilità e colpa nel nostro sistema positivo (⁷²⁹).

La norma non dichiara che la colpa implica un comportamento imputabile, proveniente da un soggetto capace, ma si limita a sancire che “ *non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere e di volere al*

⁷²⁶ Per i rapporti tra colpa e imputabilità, DEUTSCH, *op. cit.*, p. 86 in LOSCO G. – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*

⁷²⁷ Cfr. POGLIANI M., *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1964, p. 29 ss., per il quale la ricerca della capacità sul piano logico è distinta da quella della colpa.

⁷²⁸ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 366.

⁷²⁹ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 367.

momento del fatto". Il legislatore ha ribadito, quindi, che l'imputabilità è un dato esterno alla colpa e non uno dei suoi fattori costitutivi. L'imputabilità è condizione necessaria della colpa civile, non della responsabilità, dato che il codice regola forme di responsabilità che prescindono dallo stato di imputabilità del soggetto ⁽⁷³⁰⁾: il principio generale non è quello della irresponsabilità dell'incapace, ma l'altro della necessaria correlazione tra capacità e colpa.

La riconoscibilità delle conseguenze del proprio comportamento contrario ad un dovere giuridico, rivolto ad evitare rischi di danno, presuppone determinate attitudini, che non tutti i soggetti posseggono; un comportamento diligente può essere attuato solo da un soggetto capace di intendere e di volere.

La connessione fra la fattispecie della colpa e la imputabilità è netta ⁽⁷³¹⁾.

Al contrario ritenendo che l'imputazione incida solo sulla riferibilità del comportamento e non sulla struttura di esso, si è ritenuto che l'attitudine soggettiva dell'incapace non è giuridicamente irrilevante ai fini della qualificazione in termini di colpa ⁽⁷³²⁾.

La colpa è violazione oggettiva della regola ed è ininfluente l'indagine sulla possibilità o meno del soggetto di conformarsi ad essa. Tuttavia la dottrina ⁽⁷³³⁾ crede che, in alcune ipotesi, la situazione personale del soggetto potrebbe tenersi presente almeno quando nel valutare la colpa si determini il tipo di riferimento.

⁷³⁰ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 368. La imputabilità è rilevante laddove opera il criterio di collegamento della colpa e non costituisce un concetto correlativo a quello di imputazione. Essa opera perciò in un ambito circoscritto. Da questi rilievi si può desumere chiaramente come sia necessario distinguere tra imputabilità e imputazione e come la colpa si differenzi dagli altri criteri legali di collegamento, perché non implica mai la responsabilità di un soggetto diverso da coloro che hanno contribuito alla realizzazione dell'evento dannoso.

⁷³¹ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 370.

⁷³² DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 371.

⁷³³ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

Il modello di riferimento secondo il quale si valuta il comportamento del soggetto non è ideale ed assoluto, semplice prodotto di finzione, ma si precisa in riferimento alle diverse categorie di attività ⁽⁷³⁴⁾, come abbiamo prima accennato.

La colpa di un medico o di un'automobilista può essere stabilita paragonando il comportamento del soggetto a quello che un medico o di un'automobilista “*prudente*” attuerebbe nella stessa direzione ⁽⁷³⁵⁾.

Il criterio è differente per ciascuna attività ed il modello generale può essere distinto in una serie di gruppi idonei ad includere ogni situazione particolare: si è ritenuto che il procedimento altera il principio della valutazione oggettiva che impone di tener conto dei soli elementi concreti costituiti dalle circostanze “*esterne*”, nelle quali si è trovato il soggetto ⁽⁷³⁶⁾.

Si precisa inoltre che il riferimento alle diverse attività implica la considerazione di circostanze interne, attinenti alla personalità dell'agente ⁽⁷³⁷⁾, o alle infermità fisiche; i difetti fisici costituirebbero “*tipiche*” circostanze, da porre sullo stesso piano delle attitudini morali ⁽⁷³⁸⁾.

Gli ostacoli sui quali richiama l'attenzione la dottrina discussa possono essere superati, quando si tenga presente che il buon padre di famiglia ⁽⁷³⁹⁾ risulta

⁷³⁴ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 390.

⁷³⁵ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷³⁶ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷³⁷ HARPER JAMES, *op. cit.*, p. 924-925, rilevano che la considerazione dell'età induce entro certi limiti ad una individualizzazione della colpa del leso, valutata, però, sempre in riferimento ad “*Ordinary Children*” della stessa età ma le esigenze di oggettività vengono rispettate, quando siano stabilite delle “*soglie*” di età.

⁷³⁸ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷³⁹ TRIMARCHI P., Voce: *Illecito* in *Enciclopedia del diritto*, volume XX, Milano, 1970, p. 110, il quale afferma che “Il diritto non impone regole di condotte impossibili da osservarsi e non colpisce di sanzione se non laddove la minaccia di questa svolge una funzione preventiva. Ne deriva che la sanzione è applicabile solo quando il comportamento lesivo sia imputabile a colpa dell'agente. La colpa, considerata nella fattispecie disposta dall'art 1227 c.c., va valutata con riferimento ad uno standard medio che si trovi nella stessa situazione del danneggiato (in senso oggettivo), anziché con riferimento al soggetto stesso (criterio soggettivo). Il parametro per la valutazione del comportamento del danneggiato deve essere costituito da ciò che si sarebbe potuto pretendere dall'uomo medio e non

caratterizzato da un complesso di qualità e di attitudini normalmente possedute dai componenti di un gruppo umano ⁽⁷⁴⁰⁾.

Il carattere variabile della regola di condotta importa che si determini il metro di diligenza esigibile dal soggetto il cui comportamento viene valutato; ma ciò non basta: è necessario anche accertare come si sarebbe effettivamente comportato il buon padre di famiglia ⁽⁷⁴¹⁾.

Il giudice si identifica abitualmente con l'uomo medio che si chiede se avrebbe adottato nel caso di specie determinate cautele ⁽⁷⁴²⁾.

Il giudice considera le attitudini fisiche un presupposto della colpa, quando costruisce un modello di individuo normalmente dotato di tale profilo può ravvisare la colpa in un difetto di abilità dal punto di vista fisico, qualora il soggetto non abbia neutralizzato gli effetti dannosi della sua condizione con l'uso di precauzioni speciali.

E' la inosservanza di queste precauzioni che assurge a fondamento della colpa e lo sforzo particolare richiesto al soggetto che si commisura alle sue attitudini fisiche ⁽⁷⁴³⁾.

da ciò che si sarebbe potuto pretendere del danneggiato stesso. Si ammette però che "l'uomo medio" debba essere inteso con riferimento alla classe di persone alla quale appartiene, definita da alcune caratteristiche oggettivamente accertabili; il che vale quanto dire che alcune caratteristiche soggettive del danneggiato siano rilevanti. Le caratteristiche che rilevano al fine della valutazione della responsabilità sono di carattere fisico, poiché oggettivamente accertabili, e di carattere intellettuale, sempreché sia agevole accertarle; nel caso in cui i magistrati non fossero in grado di valutarle allora sarebbero da considerare escluse per la totalità delle parti in causa".

⁷⁴⁰ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 392.

⁷⁴¹ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷⁴² Riguardo ai paesi di *Common Law*, per l'intervento della giuria nelle cause civili, si afferma il c. d. *Particular Standard Of Conduct*, relativo alla diligenza esigibile nelle circostanze tipicamente considerate, non è mera questione di fatto: la giuria svolge una funzione che si avvicina a quella delle corti, competenti nelle questioni di diritto, proprio perché "il criterio proposto non può avere una validità generale per ogni ipotesi di illecito derivante dalla violazione di un dovere di diligenza" Cfr. MARTORANO F., *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi* in *Foro It.*, 1966, V, p. 18.

⁷⁴³ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 393.

L'esigenza che risalta in riferimento al criterio astratto di valutazione consiste nella realizzazione tecnica di un trattamento uniforme dei soggetti: il giudice considera come provato ciò che è normale; ma ciò non esclude che ogni soggetto possa fornire la prova della situazione eccezionale nella quale ha agito (⁷⁴⁴).

Il modello del buon padre di famiglia rinvia al concetto di uomo normale che possa agire ragionevolmente: si spiega, perciò, il collegamento contemplato nella legge tra diligenza e capacità, intesa come correttivo concreto della colpa.

I fattori correttivi personali che rientrano nella capacità sono diversi: età, salute, condizioni psichiche (⁷⁴⁵).

Nel nostro codice la legge assegna al giudice il compito di accertare se il soggetto possedesse la capacità al momento in cui si è verificato il fatto.

Il criterio astratto riguarda il momento in cui deve essere accertata la colpa e determinato il contenuto del dovere di diligenza del *pater familias* (⁷⁴⁶).

Ma anche a tale proposito è necessario aggiungere che nel nostro codice quel criterio è relativamente astratto, perché l'art. 1176 c.c. non tende a dettare la regola in riferimento ad un *homo juridicus* disincarnato e fittizio (⁷⁴⁷).

Il capoverso della norma citata tempera il criterio, quando aggiunge che per l'accertamento della diligenza si deve tener conto dell'attività esercitata. La norma non mira a diminuire la diligenza-tipo, imposta a tutti, ma al contrario, ad evitare che i soggetti particolarmente dotati e competenti osservino una diligenza che vale solo per gli individui forniti di attitudine comuni.

⁷⁴⁴ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷⁴⁵ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 395.

⁷⁴⁶ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷⁴⁷ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

Il buon padre di famiglia mette a profitto le attitudini particolari che possiede, derivanti dalla sua attività professionale (⁷⁴⁸).

Da ciò non risulta una individualizzazione della regola, perché la legge presume che tali attitudini siano possedute da tutti quelli che esercitano una determinata attività (⁷⁴⁹).

Le attitudini particolari sono considerate oggettivamente connesse all'attività esercitata; in tal senso possono essere con certezza determinate e presentano un nesso di interdipendenza con il comportamento che il soggetto deve porre in essere. Le attitudini particolari permettono ad un soggetto di comportarsi più correttamente di un individuo comune (⁷⁵⁰).

Le caratteristiche di natura fisica e psichica, idonee ad incidere in linea immediata sul comportamento dell'individuo non rientrano nel contenuto del dovere di diligenza, delineato dal legislatore: la colpa non viene determinata secondo un mero criterio individualistico che tenga conto della situazione personale del soggetto, dei correttivi individuali. Questi possono avere rilevanza in riferimento al profilo della valutazione della imputabilità ed operano quando il soggetto abbia posto in essere lo sforzo per adeguare il proprio comportamento a quello dell'uomo normale (⁷⁵¹).

⁷⁴⁸ La colpa di tali soggetti si giustifica in base “allo spirito di equità che pervade il dovere di diligenza”. Cfr. CIAN G. – TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 218 ss., il quale afferma che per l'individuo fornito di doti superiori alla media “il limite di rischio non consentito si troverà ad un livello diverso da quello che è previsto invece per gli altri”.

Essa corrisponde “a contrario” alla colpa dei soggetti che agiscono senza essere forniti delle attitudini medie: sulla c. d. *Übernahmeverschulden*: DEUTSCH, *op. cit.*, p. 111 ss., p. 137 ss. in LOSCO GIORGIO – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*

⁷⁴⁹ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷⁵⁰ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷⁵¹ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 397

La nozione di “*fatto colposo*” è, quindi, concludendo, una nozione in senso oggettivo, che prescinde da interpretazioni condotte in senso soggettivo, ovvero: fatto colposo, nel senso di fatto riconducibile casualmente al suo autore.

Si conferma inoltre la validità della scelta operata dalla giurisprudenza di ricondurre il disposto 1227, primo comma, c.c. ad una prospettiva causalistica non solo nella fattispecie che contempla il concorso di colpa del danneggiato incapace, ma anche nell'ipotesi in cui il danneggiato risponda in base a normative che non contemplano la colpa quale criterio di imputazione della responsabilità ⁽⁷⁵²⁾.

Ciò è ben evidenziato in una decisione della Corte di Cassazione ⁽⁷⁵³⁾ che, in un caso in cui veniva in considerazione la responsabilità per esercizio da attività pericolose, ha affermato che: “ *in presenza di una pluralità di fatti imputabili a più persone, coevi o succedutesi nel tempo, a tutti deve essere riconosciuta un'efficienza causativa del danno, se abbiano determinato una situazione tale che senza l'uno o l'altro di essi l'evento non si sarebbe verificato*” ⁽⁷⁵⁴⁾.

E' perciò il “*fatto colposo*” del danneggiato, ripetiamo, che concorre causalmente alla produzione del danno a far sì che l'entità del danno si produca proporzionalmente ⁽⁷⁵⁵⁾.

Nell'espressione “*fatto colposo*” deve ritenersi, così come indicato dalla Suprema Corte ⁽⁷⁵⁶⁾, incluso ogni comportamento obiettivamente imprudente del danneggiato, anche se non imputabile, dandosi così rilievo esclusivamente alla sua

⁷⁵² TRAVERSO M. C., *Causalità e colpevolezza nel concorso di colpa del danneggiato* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, II, p. 251.

⁷⁵³ Cass., 9 dicembre 1982 n. 6716 in *Arch Civ.*, 1983, p. 924.

⁷⁵⁴ TRAVERSO M. C., *op. cit.*, p. 252.

⁷⁵⁵ ALPA G. – BESSONE M., *op. cit.*, p. 47.

⁷⁵⁶ Cass., 11 febbraio 1978 n. 630 in *Mass. Giust. Civ.*, 1978, p. 256.

efficienza sul piano della causalità materiale ⁽⁷⁵⁷⁾ e non alle considerazioni poste in essere dai fautori della teoria soggettiva.

8. *L'assunzione del rischio da parte del danneggiato: rischio consentito e concorso di colpa.*

Vi sono casi in cui l'assunzione del rischio da parte della vittima potenziale può valere a concorrere con la colpa del danneggiante, e ciò anche al di fuori dell'ambito proprio della colpa o dell'imprudenza e vi sono, invero, altre ipotesi nelle quali, pur essendosi il danneggiato esposto volontariamente ad un rischio, l'auto responsabilità resta esclusa dalla contestuale presenza di circostanze che giustificano la sua condotta ⁽⁷⁵⁸⁾.

Se il prevenire dei danni dovesse sempre prevalere, non solo gli atti con cui taluno reca volontariamente danno a se stesso, ma tutti i comportamenti idonei a rendere più probabile un danno del genere, qualora il soggetto potesse o dovesse prevederlo, dovrebbe essere fonte di auto responsabilità ⁽⁷⁵⁹⁾.

Senonché è pure necessario che la libertà degli individui non venga eccessivamente limitata, e non siano impediti tutte quelle attività che, pur esponendo chi le esercita a qualche rischio, sono generalmente considerate utili o comunque lecite ⁽⁷⁶⁰⁾.

⁷⁵⁷ ALPA G. – BESSONE M., *op. cit.*, 1987, p. 49.

⁷⁵⁸ MONATERI P. G., *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, p. 83 ss.

⁷⁵⁹ MONATERI P. G., *op. loc. cit.*

⁷⁶⁰ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 488.

Il fine di prevenire i danni non può infatti diventare il pretesto attraverso cui impedire lo svolgimento di tutte quelle attività che, per quanto foriere di rischio, siano generalmente considerate utili o comunque lecite (⁷⁶¹). La giustificazione della responsabilità del rischio d'impresa, ad esempio, è collegata con la teoria economica della distribuzione di costi e profitti, quale condizione determinante le scelte di produzione (⁷⁶²).

Si ritiene pertanto pienamente giustificato il comportamento del danneggiato che si sia esposto al pericolo per esercitare, ad esempio, un suo diritto espressamente riconosciuto dall'ordinamento.

Il comportamento della vittima potrà essere egualmente sanzionato solo laddove esista una via alternativa e non onerosa per l'esercizio della stessa facoltà, ovvero qualora il pericolo affrontato dal danneggiato sia sproporzionato rispetto all'interesse che intendeva raggiungere (⁷⁶³).

Analogo discorso vale per il danno cui taluno si esponga al fine di adempiere un' obbligazione o comunque un dovere giuridico. Può farsi l'esempio del capotreno di un convoglio tranviario, il quale, non avendo potuto impedire che i passeggeri si affollassero sul predellino, vi aveva preso posto egli stesso, rimanendo con le braccia allargate per impedire la caduta di qualche viaggiatore durante la corsa (⁷⁶⁴).

L'assunzione del rischio da parte del danneggiato può altresì, dipendere dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo creato dal fatto illecito od

⁷⁶¹ CENDON P., *op. cit.*, p. 510.

⁷⁶² TRIMARCHI P., *op. cit.*, p. 129.

⁷⁶³ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 495.

⁷⁶⁴ Cass., 27 marzo 1965 n. 522 in *RCP*, 1965, p. 269 ss.

inadempimento, oppure da un pericolo scaturente da fatti per cui nessuna delle parti deve rispondere.

In tutti questi casi sembra evidente che la necessità di salvare un interesse proprio od altrui influisca sulla qualificazione giuridica della condotta, purché l'interesse stesso abbia un valore tale da giustificare l'assunzione del rischio (⁷⁶⁵).

Va notato che la misura dei pericoli che possono essere affrontati varia a seconda del tipo di attività, in funzione della maggiore o minore utilità sociale dell'attività medesima (⁷⁶⁶).

La dottrina (⁷⁶⁷) si è preoccupata soprattutto di spiegare per quali motivi ed in quali ipotesi l'assunzione del rischio da parte della vittima escluda la responsabilità del danneggiante.

E si può senz'altro convenire con la tesi secondo cui l'esenzione del danneggiante non può generalmente spiegarsi in base al consenso della vittima, ma trova la sua giustificazione nella mancanza dei presupposti stessi della responsabilità: così il giocatore di rugby o di hockey che ferisce l'avversario, qualora abbia rispettato le regole del gioco, va esente da responsabilità perché il suo comportamento non è colposo (⁷⁶⁸).

La cosciente assunzione del rischio da parte dell'avversario non ha dunque una funzione analoga “*al consenso*” dell'offeso, né può considerarsi come un atto di disposizione del bene leso, per lo meno quando questo sia indisponibile, ma è solo

⁷⁶⁵ CENDON P., *op. cit.*, p. 511.

⁷⁶⁶ Non costituisce colpa tenere sostanze infiammabili in un laboratorio di farmacia, in quanto la presenza di tali sostanze è normale (Cfr. Un cenno alla motivazione della sentenza di Cass., 24 luglio 1963 n. 2055 in *Resp. Civ. e Prev.*, 1964, p. 49 ss.). Ma ciò potrebbe invece essere considerato come una colpa se la presenza di tali sostanze, nel locale incendiatosi in conseguenza dell'illecito altrui, non fosse “normale” in relazione all'attività ivi esercitata dal danneggiato.

⁷⁶⁷ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 489.

⁷⁶⁸ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 490.

una delle circostanze di fatto che permettono di qualificare non colposa la condotta del danneggiante (⁷⁶⁹).

Naturalmente essa non è sufficiente, giacché il feritore potrebbe essere ugualmente responsabile, nonostante l'assunzione del rischio da parte della vittima, se avesse per esempio commesso un atto vietato dai regolamenti sportivi in quanto pericoloso per gli avversari (ma di questo ne parleremo meglio in seguito) (⁷⁷⁰).

Bisogna cioè distinguere, qualora si discuta di un'eventuale responsabilità soggettiva, il rischio “*consentito*” o “*adeguato*”, che è conseguenza inevitabile e comunque accettabile di un'attività considerata con favore dall'ordinamento, dai rischi maggiori e non adeguati, la cui produzione costituisce colpa (⁷⁷¹).

Analoghi criteri di valutazione vanno pure applicati alla condotta del danneggiato che si è esposto al rischio. Anche qui vi sono rischi adeguati e rischi cui ci si può esporre senza commettere un atto colposo.

Questa distinzione non ha alcuna importanza quando il danno non dia luogo a responsabilità altrui. In tal caso l'assunzione del rischio equivale a quella incolpevole (⁷⁷²).

Ma se invece esistono i presupposti per il sorgere di una responsabilità civile a carico del danneggiante, la distinzione diviene importante, giacché solo la vittima incolpevole potrà ottenere il risarcimento integrale (⁷⁷³).

⁷⁶⁹ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷⁷⁰ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷⁷¹ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 491.

⁷⁷² CATTANEO G.I., *op. loc. cit.*

⁷⁷³ Per fare qualche esempio possono servire le numerose sentenze riguardanti le persone che si fanno trasportare su un veicolo guidato da altri. Il *Bundesgerichtshof* 9 febbraio 1965 in *MDR*, 1965, p. 371 e in *NJW*, 1965, p. 1045 ss.) in CATTANEO G., *op. loc. cit.*, ha escluso che costituisca colpa il fatto di farsi trasportare in auto da un guidatore non molto esperto (che aveva la patente da tre mesi) in un giorno di pioggia, trasformatasi poi in neve. Esso sottolinea che una limitazione della responsabilità del guidatore per l'incidente non ha luogo per il semplice fatto che i trasportati abbiano conosciuto certe circostanze che aumentavano il rischio del viaggio. Diverso è il caso di chi si faccia

La necessità di distinguere tra l'assunzione del rischio proprio e improprio, che consiste in un concorso di colpa, appare ancor più evidente che non nei sistemi secondo i quali la contributory negligence esclude la responsabilità del danneggiante (questo almeno fino a pochissimo tempo fa) ⁽⁷⁷⁴⁾. Neanche in questi sistemi la distinzione può dirsi priva di importanza, giacché, nei casi di assunzione del rischio in senso proprio il danneggiante risulta esente da responsabilità anche se il comportamento della vittima è stato irreprensibile, mentre l'assunzione "impropria" presuppone una colpa del soggetto leso ⁽⁷⁷⁵⁾.

Si può dire che i principi applicati nelle due ipotesi sono diversi, e che, nella prima l'auto responsabilità della vittima non viene nemmeno in considerazione, essendo già esclusa per altri motivi l'altrui obbligazione di risarcimento ⁽⁷⁷⁶⁾.

Secondo la tesi delineata la colpa del danneggiato consiste, quindi, nella creazione di un rischio ingiustificato di danno. La colpa contemplata dall'art 1227 c.c. costituisce la cornice ampia nella quale possono essere ricondotte figure diverse.

Se dal profilo del danneggiante sono configurabili come criteri autonomi di imputazione la colpa e la esposizione al pericolo, dal profilo del danneggiato l'ambito di tali criteri è più ristretto ⁽⁷⁷⁷⁾.

trasportare da una persona che sia priva di patente. (Cass., 20 marzo 1956 in Dalloz, 1956, Jurispr. P. 445, con nota di R. Savatier) o da un conducente ubriaco (Cfr. *Bundesgerichtshof*, 14 marzo 1961 in *MDR*, 1961, p. 404) nel senso che la vittima debba sopportare parte del danno solo se ha incitato il guidatore ad ubriacarsi.

⁷⁷⁴ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷⁷⁵ Il principio di *Common Law*, che nega la responsabilità del danneggiante nel caso di contributory negligence, ha favorito la confusione tra quest'ultimo istituto e la *assumption of risk*. Tuttavia in HARPER E JAMES, *op. cit.*, p. 1162, si trova una chiara distinzione tra un *primary sense* dell'espressione, secondo cui "*the plaintiff's assumption of risk is only the counterpart of the defendant's lack of duty to protect the plaintiff from that risk*", ed in altro senso, in base al quale l'assunzione del rischio è una forma di contributory negligence.

⁷⁷⁶ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 492.

⁷⁷⁷ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 397.

Non si può ritenere infatti che l'esposizione al pericolo operi autonomamente rispetto alla colpa del leso: se così fosse dovrebbe risolversi in una concausa rilevante non colposa; al contrario, dalla disciplina dettata dal codice, risulta che è concausa rilevante solo il fatto colposo della vittima. La esposizione al rischio da parte del danneggiato si collega al comportamento della vittima valutabile in termini di colpa, la quale risulta esclusa, quando il soggetto abbia assunto il rischio per adempiere ad un dovere etico sociale o nell'esercizio di un suo diritto (⁷⁷⁸), come abbiamo precedentemente sottolineato.

Si pensi all'ipotesi dell'atto di salvataggio o alle ipotesi in cui un soggetto affronta un rischio e subisce un pregiudizio nell'intervenire a favore di altri.

La soluzione alla quale ricorre la dottrina prevalente (⁷⁷⁹) esclude che l'interventore possa ottenere incondizionatamente il risarcimento dei danni subiti nell'affrontare il rischio: è infatti in colpa allorché il suo intervento non era necessario o il danno che ha voluto allontanare era immaginario o sproporzionato rispetto al suo intervento. Il salvatore deve far uso di una certa diligenza nel compiere l'atto e, oltretutto, la giurisprudenza, soprattutto straniera, non esige un grado elevato di attenzione (⁷⁸⁰).

⁷⁷⁸ HONORAT, *L'idée d'acceptation des risque dans la responsabilité civile*, Paris, 1969, p. 32, 33 ; DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris, 1931, p. 69 ss.

⁷⁷⁹ DI PRISCO N., *op. cit.*, Napoli, 1973, p. 399.

⁷⁸⁰ CAFAGGI F., *op. cit.*, p. 388. Il giudizio sulla colpa viene fatto coincidere con la valutazione della misura dello sforzo esigibile rivolto ad adottare la condotta medesima, positiva o negativa che sia. Si descrive questa ipotesi affermando che non sempre la mancata adozione della condotta diligente costituisce comportamento colposo distinguendo l'ipotesi della mancata adozione della condotta diligente dovuta a caso fortuito e/o forza maggiore da quella dovuta a colpa ed affermando la responsabilità solo in questa seconda ipotesi. Nella prospettiva adottata, finalizzata a valorizzare l'elemento preventivo, la misura dello sforzo va invece definita già all'interno della regola di condotta. L'identificazione del livello delle misure di precauzione esigibili viene effettuato eliminando dalla regola di condotta quelle dirette a prevenire i rischi ascritti, nel linguaggio tradizionale, al caso fortuito o alla forza maggiore. Si potrebbe obiettare a tale ricostruzione che essa presuppone la possibilità di anticipare i rischi la cui occorrenza non può essere determinata ex ante e che, la separazione tra criteri che presiedono alla definizione della diligenza e quelli concernenti la definizione di colpa ed i suoi correlativi di caso fortuito e forza maggiore serve proprio ad eliminare

In base a questo orientamento si potrebbe perciò ritenere che l'assunzione del rischio non è concepibile quando la futura vittima si è esposta al rischio di danno non sotto l'impulso di un dovere etico sociale ma in virtù di un obbligo contrattuale o legale.

La giurisprudenza ha assunto posizioni contrastanti (⁷⁸¹) e solo di recente ha riconosciuto che non può risultare rimproverabile il comportamento del soggetto che subisce un danno nell'adempire un obbligo legale o nell'esercizio di una professione.

Nessun dubbio è possibile, inoltre, quando il danneggiato ha subito un danno nell'esercizio del proprio diritto (⁷⁸²). Si è ritenuto, però, di poter definire l'ambito in cui opera l'assunzione del rischio quale figura distinta dalla colpa, considerandola come situazione intermedia tra quella in cui la vittima ha commesso dolo, ha agito cioè per causare il danno, e l'altra in cui il futuro danneggiato ha avuto la semplice conoscenza della realizzazione del danno. Il dolo della vittima può

questo problema. In tal modo, si consegna la distinzione tra rischi prevenibili e prevedibili e quelli che non lo sono ad una valutazione ex post da effettuarsi successivamente al momento della violazione, nella fase di accertamento giudiziale. Ma il momento rilevante deve essere quello in cui l'agente, potenziale danneggiante o danneggiato, adotta la decisione, altrimenti si producono i segnalati effetti di iper od ipotederrenza; dunque è a quella fase che la distinzione va ricondotta. I rischi che non possono essere anticipati non rientrano nell'ambito del dovere di previsione e dunque non costituiscono parte della regola di condotta sin dal principio. In tal modo si ricompona la scissione, altrimenti operante nella ricostruzione tradizionale, tra colpa e dovere di condotta.

⁷⁸¹ Per l'evoluzione della dottrina francese cfr. HALLER, *Essai sur l'influence du fait ed de la faute de la victime sur son droit à réparation*, p. 103 ss. La giurisprudenza inglese ha applicato la teoria dell'assunzione del rischio al lavoratore vittima di un infortunio sul lavoro: caso Thomas v. Quatermaine del 1834 (danni riportati da un operaio addetto a una vettura a cavalli) e per lungo tempo i giudici si mostrarono severi nell'applicazione del principio, perché non era consentito al dipendente addurre il fatto che non aveva potuto conoscere il rischio al momento in cui avesse iniziato il rapporto; ma quando fu introdotto nel 1880 "Employer's Liability Act" che entro certi limiti sancì il principio della riparazione degli infortuni sul lavoro, la giurisprudenza impose delle restrizioni: il caso Yarmouth-France afferma che il dipendente non deve solo aver conosciuto il rischio, ma deve aver consentito a subirne le conseguenze, perché il principio volenti non fit iniuria e non scienti non fit iniuria (1887, 19 Q. B. D. 647 CA.). Il principio ispiratore dell'assunzione del rischio è chiaramente individualistico: ognuno deve proteggersi da sé dai danni ed è "almost the exact antithesis of the philosophy which underlies workmen's compensation acts". Cfr. HARPER JAMES, *op. cit.*, II, spec., p. 1176.

⁷⁸² CATTANEO G., *op. loc. cit.*

essere agevolmente distinto dall'attitudine della vittima che abbia solo assunto il rischio del danno, perché ricorre quando il soggetto ha causato a sé il pregiudizio e ne ha voluto la realizzazione (⁷⁸³).

L'ipotesi, ad esempio, al di fuori del suicidio o della auto lesione, può considerarsi del tutto teorica, quando si tratti di danno non arrecato ad altri ma a sé.

Al contrario la distinzione tra l'assunzione del rischio e la semplice conoscenza del rischio da parte dell'eventuale danneggiato è più delicata.

Nella maggior parte dei casi si potrebbe sostenere che la vittima ha conosciuto il rischio al quale si è esposta; se alla semplice conoscenza del rischio, poi, si attribuisse efficacia liberatoria nei riguardi della responsabilità altrui, si giungerebbe ad ammetterne una idoneità causante che in linea normale non sussiste; si toglierebbe ogni efficacia alle norme sul risarcimento del danno ⁷⁸⁴.

L'idea del rischio assunto non può indurre, però, ad attribuire efficacia liberatoria al mero fatto della vittima: l'assunzione del rischio, in realtà, è del tutto immaginaria, è una supposizione puramente divinatoria, perché il comportamento della vittima può incidere sulla responsabilità nella misura in cui presenti i caratteri della colpa (⁷⁸⁵).

Inoltre può ammettersi che la vittima abbia assunto certi rischi, senza aver pertanto commesso una colpa, perché la vita nella società moderna obbliga ognuno ad affrontare determinati rischi, senza che si possa parlare di rinuncia dell'eventuale

⁷⁸³ Sui rapporti tra dolo dell'autore dell'illecito e fatto colposo del leso Cfr. BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 342.

⁷⁸⁴ Secondo SCOGNAMIGLIO R.: "Le statuizioni relative alle diverse fattispecie di responsabilità non possono essere rimesse in gioco, attribuendo rilievo, secondo suggestioni empiriche ed equitative, ad ulteriori fattori". Per la giurisprudenza italiana la inosservanza del consiglio discrezionale soggettiva prudenza di non esporsi al pericolo dell'illecito è indifferente alla determinazione della responsabilità giuridica, che può scaturire solo da violazioni del divieto di imprudenza sanzionato da una norma giuridica" Cfr. Cass., Civ. 13 aprile 1948 n. 564 in *FI*, 1965, I, p. 963 ss.

⁷⁸⁵ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

danneggiato al risarcimento. L'assunzione del rischio può configurarsi solo quando a carico della vittima sia posto parte del danno di cui viene chiesto il risarcimento, proprio perché il soggetto si è esposto a rischi anormali, evitabili ⁽⁷⁸⁶⁾.

La mera conoscenza dei rischi normali, naturalmente connessi all'azione, non può avere alcun effetto sulla responsabilità; sussiste, al contrario, assunzione del rischio quando la vittima sapeva o avrebbe dovuto sapere che l'attività intrapresa presentava dei rischi straordinari, anormali. Se malgrado tali rischi la vittima ha partecipato all'attività, bisogna ritenere che ha assunto le conseguenze dannose ⁽⁷⁸⁷⁾.

L'assunzione del rischio, in tal modo, viene considerata criterio di imputazione per la responsabilità della vittima. Ciò implica che non venga costruita secondo un profilo oggettivo, né sia risolta in un mero effetto giuridico, ma in un comportamento qualificato della vittima. Non assume rischio il soggetto che si è trovato in una situazione di pericolo, ma colui che abbia avuto la conoscenza di particolari rischi ⁽⁷⁸⁸⁾.

Questa è la formulazione alla quale si è richiamata la giurisprudenza tedesca fin dagli inizi ed è la più idonea a porre in luce la esclusione o la limitazione della responsabilità, derivante dal particolare aspetto del comportamento della vittima ⁽⁷⁸⁹⁾.

⁷⁸⁶ E' questo il caso in cui la vittima si è associata a un'attività illecita di un terzo, dalla quale è risultato un danno. Cfr. HONORAT, *op. cit.*, p. 28 ss. Nella giurisprudenza inglese alcune decisioni hanno escluso la "voluntary assumption of risk" nel fatto di essere trasportato da un conducente ubriaco. Cfr. Caso *Damn v. Hamilton*, 1939, I KB, p. 509 ss., nel quale il giudice afferma che l'ammissione della regola contraria costituirebbe "a denial of any duty at all", ciò perché il conducente a titolo di cortesia è responsabile verso il trasportato e deve perciò fare uso della normale diligenza. La soluzione inglese non è accettata in America, ove alcune decisioni riconoscono la responsabilità del passeggero che si sia affidato ad un conducente non in condizioni normali di guida. Cfr. RICE, *The Automobile Guest and the Rationale of Assumption of Risk*, in *Minnesota L. Rev.*, 1943, p. 329 ss.

⁷⁸⁷ CATTANEO G., *op. loc. cit.*

⁷⁸⁸ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 404

⁷⁸⁹ Cfr. DEUTSCH, *op. cit.*, p. 756 in LOSCO G. – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*

Caratteristica fondamentale dell'agire a proprio rischio è la sua applicabilità ad ipotesi determinate. Un contributo teorico ⁽⁷⁹⁰⁾ ha recentemente raggruppato tali ipotesi ed ha individuato la figura in esame specialmente nel caso in cui il danneggiato, senza un motivo particolare si inserisce in una situazione di pericolo, pur conoscendo le circostanze che per lui creano una concreta occasione di danno.

Quando questo si verifica, sorge il problema se la vittima possa rivolgersi per il risarcimento al soggetto al quale la legge impone la responsabilità per colpa o da rischio. La dottrina ⁽⁷⁹¹⁾ ha ritenuto che la consapevole esposizione al rischio da parte della vittima operi come causa di esclusione della responsabilità ed è pervenuta a tale risultato dopo un progressivo ampliamento di applicazione dell'istituto ⁽⁷⁹²⁾.

Anche per quanto concerne la qualificazione dogmatica dell'istituto gli orientamenti sono vari. In un primo tempo l'agire a proprio rischio è stato configurato come consenso tacito al danno: soprattutto in riferimento al trasporto di cortesia ha trovato applicazione questa visuale, secondo la quale il trasportato, quando conosce i particolari rischi connessi alla guida, consente al danno che eventualmente si verificherà ⁽⁷⁹³⁾.

⁷⁹⁰ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 405

⁷⁹¹ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 406

⁷⁹² DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷⁹³ I rischi particolari, superiori al rischio generale di guida, sono rappresentati dallo stato di ebbrietà o dalla notevole stanchezza del guidatore. Cfr. BOHMER, *Mitfahren auf eigene Gefahr*, in M. D. R., 1958, p. 78 ss in LOSCO G. – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*; GEMANN, *Handeln auf eigene Gefahr*, in N. J. W., 1955, p. 85 ss in LOSCO G. – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*

La giurisprudenza italiana afferma invece che, nel trasporto amichevole, il trasportato non assume su di sé il rischio di trasporto, con esonero del conducente da responsabilità. Cfr. Cass., Civ. 11 aprile 1956, n. 1052 in *RC*, 1956, sub 83, n. 23, anche se chi si fa trasportare o consente di farsi trasportare da altri è in grado di valutare preventivamente ogni possibile rischio cui può trovarsi esposto anche in considerazione della personale cui si affida. E' da ritenersi infatti che la vittima abbia dato il suo consenso solo al rischio del viaggio e non all'azione che ha cagionato l'evento pregiudizievole. Nel trasporto di cortesia quindi, il trasportato assume i rischi normali e prevedibili inerenti al viaggio perché l'esonero di responsabilità genericamente pattuito tra il conducente di un veicolo e colui che ne usufruisce non può estendersi alla responsabilità per i danni scaturiti da una specifica imprudenza e negligenza del conducente. Cfr. Cass., 14 ottobre 1954, n. 3766 in *Rass. di*

In dottrina, però, questa costruzione è stata rifiutata perché artificiosa e non aderente alla realtà dei fatti e si è osservato specificamente che quando il soggetto si espone a rischi a lui noti, spera che non si verifichi l'evento pregiudizievole. Costituisce, perciò, un'inutile finzione ravvisare nel comportamento del futuro danneggiato un consenso al danno che, d'altra parte, potrebbe avere efficacia solo entro ristretti limiti (⁷⁹⁴). Se il danno si risolve non in una semplice lesione, ma nella morte, al consenso non può riconoscersi efficacia scriminante; ma anche quando l'evento pregiudizievole si risolve in una diminuzione permanente dell'integrità fisica, il consenso non opera. Quando si ricorre, perciò, al profilo del consenso dell'avente diritto, si è costretti a riconoscere efficacia all'esposizione al rischio solo in dipendenza del danno maggiore o minore (⁷⁹⁵).

Nell'ordinamento anglo americano si ricorre a soluzioni analoghe quando si riconducono le ipotesi di assunzione del rischio, distinte dalla colpa concorrente, nella cornice della massima volenti *non fit iniuria*, la quale appare idonea a coprire tutte le ipotesi in cui sussiste una presunta volontà del danneggiato (⁷⁹⁶).

L'assunzione del rischio, configurata come consenso tacito, trova applicazione soprattutto in riferimento alle attività sportive, attività che abbiamo in parte già indicato precedentemente, il cui esercizio implica certi rischi: è necessario ammettere che quanti partecipano a tali attività assumano i danni inseparabilmente connessi al loro esercizio, perché hanno avuto certamente coscienza del loro verificarsi, ed hanno espresso un consenso a tal fine (⁷⁹⁷).

Giur. sul c.c., sub art 2043, p. 766. In dottrina. Cfr. RASIP., *Alcune considerazioni sul trasporto di cortesia e di amicizia* in *Riv. Giur. Circ. e Tras.*, 1965, p. 542 ss.

⁷⁹⁴ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷⁹⁵ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 407.

⁷⁹⁶ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁷⁹⁷ HARPER E JAMES, *op. cit.*, p. 1183.

In tal caso l'assunzione del rischio deriva da un'accettazione vera e propria del pregiudizio e risulta giustificato il collegamento con la sfera di applicazione del principio volenti *non fit iniuria*, il quale include non solo l'ipotesi "più evidente, ma piuttosto rara, di chi ha voluto subire l'evento dannoso" ma principalmente quella ben diffusa di chi ha accettato di subire il rischio di danno ⁽⁷⁹⁸⁾.

Invero la volontà che si cerca di attribuire ai soggetti che partecipano all'attività sportiva non è fittizia, è volontà di affrontare determinati rischi; ma l'irrisarcibilità dei pregiudizi conseguenti non si può giustificare solo alla luce di essa. La creazione dei rischi connessi a queste attività è lecita, sia per l'autorizzazione tacita della legge, sia quando risulti conforme alle disposizioni dei regolamenti stabiliti dalle organizzazioni sportive. Ogni partecipante accetta di affrontare il rischio di eventi pregiudizievoli connessi all'esercizio conforme a quelle norme; accetta il fine agonistico, riconosciuto dall'ordinamento giuridico allo svolgimento e alle modalità della gara ⁽⁷⁹⁹⁾.

L'idea dell'accettazione del pregiudizio e del consenso come scriminante si rivela, perciò, inaccettabile sul piano psicologico: quando si verifica un pregiudizio è necessario accertare se i partecipanti abbiano commesso una colpa propriamente detta ⁽⁸⁰⁰⁾.

⁷⁹⁸ La giurisprudenza italiana ritiene infondata l'idea della esposizione al rischio come consenso tacito alla lesione e distingue nettamente tra consenso al rischio e consenso al danno; l'accettazione da parte della vittima del rischio non esclude, inoltre, la colpa.

⁷⁹⁹ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 409.

⁸⁰⁰ Marchetti c. Bruschi, Cass., Sez. III, 29 aprile 1993 n. 5024 in *Resp. Civ. Prev.*, 1994, p. 472 ss. Anche in queste ipotesi si applica una nozione di colpa come scarto oggettivo da un modello ideale di riferimento. Il che non esclude ovviamente che nello scegliere il modello di riferimento non si debba tenere conto delle caratteristiche peculiari del soggetto che possono far propendere per l'adozione di un criterio speciale. Cioè si pongono per la valutazione della colpevolezza della vittima esattamente gli stessi problemi che si pongono per la valutazione della colpevolezza del danneggiante. Cfr. MONATERI P.G., *op. cit.*, p. 83 ss. Tale scarto oggettivo deve essere apprezzato in base all'apporto causale da esso determinato in ordine al prodursi del danno. Il giudice deve cioè sempre accertare se la condotta della vittima sia stata idonea ad escludere o a ridurre la responsabilità del convenuto.

Quando il soggetto subisce un danno nell'esercizio di un'attività alla quale si è volontariamente associato, risulta che la determinazione del comportamento colposo non avviene in rapporto ad una regola generale di prudenza e di diligenza, ma con riferimento puntuale alle regole speciali che disciplinano l'attività: il comportamento reciproco dei soggetti partecipanti alla attività implica entro certi limiti una modificazione del criterio abituale di valutazione della colpa ⁽⁸⁰¹⁾.

Perciò accade che in tutte le attività sportive alle quali partecipano due o più soggetti è necessario determinare la colpa di ogni partecipante in riferimento alle regole del gioco.

Il fine agonistico protetto dall'ordinamento giuridico comporta una speciale attività in riferimento alla quale la diligenza del soggetto assume confini diversi da quelli consueti ⁽⁸⁰²⁾.

Il problema non consiste, perciò, nell'accertare se il danneggiato, nell'esercizio dell'attività sportiva, abbia o meno assunto i rischi o abbia o meno accettato di subirli, ma nel determinare se abbia o meno commesso una colpa e se questa colpa abbia determinato il danno.

La dottrina ⁽⁸⁰³⁾, che per i danni subiti nell'esercizio di queste attività, indipendentemente dalla violazione di determinate regole, parla di accettazione del rischio, ricorre ad una terminologia erronea: i pregiudizi verificatisi nel rispetto delle regole non possono essere imputati ai soggetti che li determinano, perché nel rispetto delle regole si ravvisa una presunzione di fortuito. Il pregiudizio è da attribuire a fatto esclusivo della vittima. L'ipotesi di un fatto esclusivo della vittima

⁸⁰¹ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁸⁰² BONASI BENUCCI E., *Il rischio sportivo* in *Riv. Dir. Sport.*, 1955, p. 422 ss.

⁸⁰³ DI PRISCO N., *op. cit.*, Napoli, 1973, p. 412.

corrisponde alla figura dell'agire a proprio rischio "*in senso proprio*", delineato dalla dottrina (⁸⁰⁴).

Invero l'ipotesi di fatto esclusivo della vittima indica che il lesso deve sopportare il rischio che da solo ha contribuito a creare, perché il suo comportamento non si inserisce in una situazione precedente di rischio addebitabile ad un altro soggetto (⁸⁰⁵).

Quando l'evento scaturisce dal fatto esclusivo della vittima, indipendentemente dal concorso dell'attività di altri, la sopportazione del danno si giustifica in base al principio per cui *casus a nullo praestatur*. La situazione potrebbe apparire analoga all'ipotesi in cui sussiste una causa di esonero della responsabilità dell'agente (forza maggiore); invece il caso fortuito giustifica il comportamento dell'agente non conforme al dovere (⁸⁰⁶).

Al contrario, quando un soggetto subisce un pregiudizio in conseguenza di un suo fatto, sussiste rischio esclusivo del lesso, correlato alla mancanza del dovere e, quindi, della responsabilità di un altro soggetto.

L'assunzione del rischio in senso proprio è un problema di ripartizione dei rischi e considerarla causa di esclusione della responsabilità altrui significa ammettere che sussista un criterio idoneo a trasferire su altri il danno subito dalla vittima.

La presunzione del fortuito vuol dire che il comportamento soggettivo conforme alle regole, presenta un'adeguatezza sociale. La nozione di accettazione del rischio non riveste un'utilità propria in riferimento ai danni derivanti dall'attività

⁸⁰⁴ HARPER E JAMES, *op. cit.*, II, p. 1162: Considerata da tale profilo l'assunzione del rischio "*is only the counterpart of the defendant's lack of duty to protect the plaintiff from the risk*".

⁸⁰⁵ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁸⁰⁶ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 413.

sportiva e copre ora il caso di colpa vera e propria, ora l'ipotesi di fatto esclusivo del danneggiato (⁸⁰⁷).

Anche nelle altre ipotesi in cui viene richiamato il concetto di assunzione del rischio è da ritenere che la soluzione più realistica sia quella di assimilarlo alla colpa del leso.

Si afferma che il soggetto che ha creato il rischio è liberato dal dovere di protezione verso i terzi e in genere da ogni "garanzia" di cautela nei riguardi di quei soggetti dai quali si può pretendere l'autodifesa dai rischi di danni (⁸⁰⁸).

L'elemento decisivo è che essi conoscessero o dovessero conoscere positivamente il rischio.

L'idea di accettazione del rischio si rivela una finzione, mentre la nozione di colpa appare sufficiente a legittimare la esclusione della responsabilità (⁸⁰⁹).

Accanto alla colpa esclusiva della vittima può configurarsi una colpa concorrente in tutte le ipotesi in cui il soggetto si inserisca in una situazione di rischio creato da altri: si pensi all'ingresso abusivo in un fondo altrui, quando il proprietario abbia ommesso di avvertire circa i rischi di danno (⁸¹⁰).

Sussiste inoltre colpa del danneggiato quando il soggetto si è associato all'attività colposa di un terzo.

⁸⁰⁷ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 414.

⁸⁰⁸ La giurisprudenza italiana considera la esposizione al rischio della vittima colpa esclusiva, equiparabile al fortuito, colpa grave derivante dall'agire del soggetto che sia a conoscenza del pericolo, Cass., 3 agosto 1962, n. 2329 in *Giust. Civ.*, 1963, I, p. 56 ss., per la quale costituisce comportamento colposo il fatto del cacciatore che si introduce in una zona recintata ove siano custoditi animali notoriamente pericolosi. Per BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 346 ss., il fatto imprudente del leso assume efficienza causale esclusiva quando il soggetto, che ha determinato la situazione di pericolo, ha anche usato gli accorgimenti richiesti dalla diligenza normale per impedire ai terzi il contatto dannoso con tale situazione.

⁸⁰⁹ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁸¹⁰ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 416.

In tal caso il soggetto danneggiato è da considerarsi in colpa, perché si è messo in condizione di subire un pregiudizio: costituisce colpa esporsi ai rischi di danni derivanti dall'altrui attività. Ma non sempre regna accordo su tale punto: si ritiene che la colpa sussista solo in riferimento ai rischi eccezionali dell'attività altrui. Invero la individuazione dei rischi eccezionali, contrapposti ai rischi normali, non è compiuta con chiarezza: si afferma solo che l'auto esposizione al rischio modifica e limita il dovere di diligenza. In tal senso dovrebbero risaltare a contrario i rischi normali ⁽⁸¹¹⁾.

Il concetto di rischio normale, invero, è relativo e non può essere determinato in astratto, ma solo in riferimento all'attività e alla posizione del soggetto che lo subisce; esso è collegato allo svolgimento dell'attività ed, in tal senso, è inevitabile. L'inevitabilità del rischio può intendersi da un duplice profilo; sia per il soggetto che agisce che per il soggetto che si espone al rischio ⁽⁸¹²⁾.

La esposizione ai rischi normali non può considerarsi colpa, perché la conoscenza della realizzazione possibile di eventi dannosi è irrilevante, a meno che non si possa rimproverare al soggetto la modalità di esposizione al rischio ⁽⁸¹³⁾.

Lo svolgimento di una determinata attività, con la conoscenza dei rischi ad essa connessi, è consentito dall'ordinamento: la colpa può essere solo estrinseca, aggiuntiva e può dipendere dalle modalità concrete che il comportamento del soggetto assume. In tal caso il richiamo all'accettazione del rischio è superfluo, perché è a titolo di colpa che tale circostanza potrà influire sulla responsabilità ⁽⁸¹⁴⁾.

⁸¹¹ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 417.

⁸¹² DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁸¹³ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁸¹⁴ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 418.

L'assunzione del rischio in senso proprio assurge a colpa esclusiva della vittima: solo da parte del soggetto che subisce il danno risalta l'inosservanza di norme di diligenza (⁸¹⁵).

Da parte del soggetto nella cui sfera giuridico - materiale rientra il danno non sussiste alcuna violazione di un dovere; in tal senso il rischio di danno è normale e l'esposizione ad esso da parte del soggetto leso può assumere, secondo le circostanze concrete nelle quali avviene, i caratteri di vera e propria colpa (⁸¹⁶).

Ma l'esposizione al rischio di danno, quando sia colposa, può far risultare anche la colpa del soggetto che ha creato il rischio: si pensi al caso di chi monta su una vettura il cui guidatore non è nel possesso della piena capacità (⁸¹⁷).

In tale ipotesi si applica il primo comma dell'art. 1227 c.c. che contempla e disciplina il concorso di colpa.

Questa soluzione si giustifica perché l'effetto della esclusione o della limitazione della responsabilità non può essere in nessun caso valutato indipendentemente dalla colpa (⁸¹⁸).

La conclusione contraria, oltre ad incontrare ostacoli dogmatici insuperabili, in particolare la possibilità di individuare un comportamento intermedio tra quello colposo e quello giuridicamente irrilevante, adotta senza alcun motivo plausibile una soluzione rigorosa per il danneggiato (⁸¹⁹).

⁸¹⁵ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁸¹⁶ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 419.

⁸¹⁷ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁸¹⁸ DI PRISCO N., *op. loc. cit.*

⁸¹⁹ DI PRISCO N., *op. cit.*, p. 420.

9. *Gli stati di inferiorità.*

Le trasformazioni socio-economiche che hanno reso possibile l'aumento del numero di contatti potenzialmente dannosi fra tutti i soggetti incapaci di intendere e di volere e il resto dei consociati, sono state guidate a volte dalla irragionevolezza di un sacrificio generalizzato imposto esclusivamente ai terzi (⁸²⁰).

La Suprema Corte, con la decisione del 3 giugno del 1959 n. 1650 (⁸²¹), affermò un principio opposto a quello precedentemente in auge.

Quattro argomenti giustificavano il nuovo indirizzo: ⁸²² l'argomento letterale, l'argomento sistematico, l'argomento critico, l'argomento desunto dall'equità e, infine, l'equità.

Il legislatore, motivava la Suprema Corte, avrebbe potuto uniformarsi alla regola di ragione comune per cui chi cagiona un danno a se stesso non può chiederne conto ad altri ma ciò non si è verificato.

L'art. 1227 c.c., inoltre, parla di fatto colposo; per fatto colposo dovrebbe intendersi il fatto imputabile a titolo di colpa, non il fatto obiettivamente contrario alle regole della prudenza o della normale perizia etc. (⁸²³).

La colposità così intesa sarebbe stata voluta di proposito dal legislatore .

Il legislatore del resto non avrebbe potuto trascurare il fatto che quel principio, cristallizzato nella formula impropria ma significativa della

⁸²⁰ BUSSANI M., *La colpa soggettiva: modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1991, p. 157.

⁸²¹ Cass., 3 giugno 1959 n. 1650 in *Resp. Civ. e Prev.*, 1960, p. 160 ss.

⁸²² NASINI V., *op. cit.*, p. 345.

⁸²³ CATTANEO G., *op. cit.*, p. 510. Il primo comma dell'art 1227 c.c. tende a far sì che i soggetti siano diligenti al fine di evitare certi danni. Esso quindi non potrà avere nessun effetto su coloro i quali non siano in grado di determinare il proprio comportamento; per questo sembra di poter concludere che una colpa del danneggiato incapace non possa venir in considerazione.

compensazione delle colpe, era divenuto un dato della coscienza e della tradizione giuridica ⁽⁸²⁴⁾.

L'argomento desunto dalla lettera dell'art. 1227 c.c. troverebbe, poi, conforto nella logica del sistema.

Il nostro diritto positivo non dà rilievo alle concause, si concretino esse in atto imputabile ed altro soggetto diverso dall'autore dell' illecito e della vittima o in un fatto puramente fortuito.

La causa estranea alla vittima è, perciò, a carico dell'autore dell'illecito.

A tale criterio generalissimo si farebbe eccezione solo quando il danno si dovesse verificare per il concorso della vittima: ma l'eccezione, come tale, non potrebbe essere allargata al di là del suo esatto limite segnato dal legislatore ⁽⁸²⁵⁾.

Cosicché il fatto dell'incapace, non potendo colorirsi di colpa per l'im maturità o l'insania della mente, si risolverebbe nel fortuito, vale a dire in un fatto puramente fisico e materiale cui ripugnerebbe la qualifica di illecito sia nell'ipotesi che arrechi danno ai terzi sia che il danno ricada sull'agente stesso ⁽⁸²⁶⁾.

La giustificazione critica troverebbe, poi, riscontro, nella struttura della norma, che, secondo il pensiero della Suprema Corte, non consentirebbe l'interpretazione obiettiva.

L'art. 1227 c.c. affida la moderazione del risarcimento a due criteri: la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze concrete. Se dovesse prevalere quella

⁸²⁴ NASINI V., *op. cit.*, p. 345.

⁸²⁵ NASINI V., *op. loc. cit.*

⁸²⁶ NASINI V., *op. cit.*, p. 346.

interpretazione, si dovrebbe rinunciare ad uno dei due criteri ed infatti non potrebbe più parlarsi di gravità della colpa (⁸²⁷).

Onde si osserva, deriverebbe un risultato arbitrario, poiché ottenuto disapplicando parzialmente la norma.

La soluzione adottata non appare, oltretutto, contraria all'equità (⁸²⁸).

In primo luogo, perché susciterebbe indebito arricchimento, in quanto chi risarcisce integralmente il danno anche quando l'evento è parzialmente cagionato dalla vittima si limita pur sempre a colmare una perdita (⁸²⁹).

In secondo luogo, perché non sarebbe giusto ottenere la responsabilità dell'autore dell'illecito quando la vittima, incapace non imputabile, se pure ha

⁸²⁷ NASINI V., *op. loc. cit.*

⁸²⁸ DE CUPIS A., *op. cit.*, p. 62. Cfr. DE CUPIS A., *op. cit.*, p. 933 ss.

“Ad una riduzione del risarcimento si può giungere per mezzo di una applicazione analogica dell'art. 2047, comma secondo, c.c.?” Si tratterebbe di operare la riduzione con riferimento alla colpa ma in base all'equità, tenendo in considerazione la situazione economica delle parti”. Cfr. ZITELMAN, *op. cit.*, p. 168 ss in LOSCO G. – MARIOTTI P., *op. loc. cit.*: “una soluzione del genere è stata adottata da quella giurisprudenza tedesca e svizzera che applica per analogia al danneggiato i principi contenuti nel § 829 BGB e nell'art. 54, comma primo, obbl. In Germania l'opinione oggi dominante è nel senso che la norma § 254 BGB presupponga nel danneggiato la stesa capacità richiesta per incorrere in responsabilità verso altri; Cfr. G. CATTANEO, *op. cit.*, p. 511: “E' noto come il principio dell'equità abbia nel nostro diritto però solo una funzione sussidiaria, nel senso che esso non è mai applicato quando il danno sia sopportato da un soggetto in base al criterio della colpa o del rischio: l'indennità è dovuta se il danno non viene risarcito dalla persona tenuta alla sorveglianza. Una soluzione equitativa sembra dunque impossibile perché se per ipotesi il danneggiante deve rispondere per colpa o per rischio, non è possibile far ricorso ad equità, né quindi porre a confronto le condizioni economiche delle parti, al fine di imporre alla vittima incapace la sopportazione di una quota del danno. Il motivo per cui molti autori si sono schierati in favore della diminuzione del risarcimento sta nel fatto che molto spesso, in presenza del concorso di un incapace, il risarcimento totale pare sproporzionato alla lievità della colpa commessa dal danneggiante, specie se il fatto della vittima ha avuto una maggiore “efficacia” causale. Ma questa considerazione non può essere tenuta presente in base al diritto positivo italiano. Se si volesse introdurre una riforma in tal senso, essa dovrebbe riguardare in generale tutti i casi in cui vi sia una sproporzione tra la colpa del responsabile e il danno da lui provocato, e non essere limitata alle sole ipotesi di concorso dell'incapace e di stato di necessità. Quanto poi alla disparità di trattamento che con la nostra soluzione si produrrebbe fra i diversi danneggianti, obbligati a risarcire l'intero danno o una parte di esso a seconda che il danneggiato sia o non sia capace, si può osservare che le norme sulla responsabilità civile non si preoccupano affatto di assicurare un trattamento uguale ai responsabili di danni ingiusti di pari gravità.

⁸²⁹ NASINI V., *op. loc. cit.*

contribuito a determinare l'evento, si è inserita nel meccanismo causale come condizione necessaria, sebbene da sola non sufficiente, e cioè come fortuito (⁸³⁰).

Su questi argomenti si fonda la sentenza in oggetto.

Parte della dottrina (⁸³¹) non accolse in senso favorevole tale interpretazione, considerando invece rilevanti i caratteri che seguono: in primo luogo, la lettera della norma, poiché l'art. 1227 c.c. parla di fatto colposo.

La Cassazione legge “*fatto imputabile a titolo di colpa*” e crede che la lettera così interpretata autorizzi la soluzione rigida (⁸³²).

Fatto colposo ove significasse fatto illecito imputabile a titolo di colpa occorrerebbe un soggetto danneggiato diverso dall'autore del fatto colposo; ovvero tecnicamente la dizione è ambigua; l'ambiguità, però, si può risolvere, con pari legittimità, sia dando all'espressione significato di fatto soggettivamente colposo, sia attribuendo il significato di fatto obiettivamente colposo.

La lettera della norma è dunque inutilizzabile a favore o contro l'una o l'altra interpretazione.

In secondo luogo, vi è l'assunto della logica dell'ordinamento; inutilizzato l'argomento letterale, occorrerebbe riferirsi, infatti, alla logica del sistema.

Vi è nel diritto naturale, prima che nel nostro diritto positivo, una regola per cui il danno che taluno provoca a se stesso non può essere imputabile ad altri (⁸³³).

Vi è poi un'altra regola per cui la riparazione deve essere proporzionale all'offesa.

⁸³⁰ NASINI V., *op. loc. cit.*

⁸³¹ NASINI V., *op. cit.*, p. 347.

⁸³² NASINI V., *op. loc. cit.*

⁸³³ NASINI V., *op. loc. cit.*

Combinando tali due principi si otterrebbe che ciascuno è giusto e che non risponde di tutte le conseguenze, ma solo delle conseguenze che ha provocato con la propria omissione o azione colpevole (⁸³⁴).

In terzo luogo, l'argomento critico; la fattispecie dell'art. 1227 c.c. prevede due criteri per moderare il danno l'intensità: della colpa e l'entità delle conseguenze.

Se si applicasse la norma anche all'incapace, dovrebbero escludersi almeno uno dei due criteri.

Il rilievo è solo parzialmente esatto, ma l'argomento che se ne vuol ricavare è del tutto invalido.

E' solo parzialmente esatto, infatti, perché non tiene conto del fatto che l'art. 1227 c.c. si riferisce al risarcimento del danno che consegue all'inadempimento dell'obbligazione.

Trasportato nel campo della responsabilità civile, va incontro ad una inevitabile esigenza di adattamento (⁸³⁵).

Se si considerasse l'azione del danneggiato nel complesso quadro eziologico, l'indagine sulla gravità della colpa assorbirebbe l'altra sulle entità delle conseguenze.

Vi è, invece, necessariamente, proporzionalità fra la misura del concorso del danneggiato e la misura dell'attenuazione della responsabilità dell'autore dell'illecito (⁸³⁶).

Per quanto concerne l'argomentazione relativa all'equità, in un primo momento si è affermato che la soluzione appariva conforme all'equità;

⁸³⁴ NASINI V., *op. cit.*, p. 348.

⁸³⁵ NASINI V., *op. loc. cit.*

⁸³⁶ NASINI V., *op. cit.*, p. 349.

successivamente si è ammesso che in certi casi i voti dell'equità non apparivano soddisfatti (⁸³⁷).

Il giudizio che determina in quale misura la vittima ha contribuito all'evento, è un giudizio tipicamente equitativo, perché diretto all'attenuazione del diritto come *ars boni et acqui*.

Escludere la possibilità di una siffatta determinazione quando il coautore dell'illecito è incapace, significherebbe perseguire una finalità antitetica.

La rigidità che viene ad acquistare la disciplina della valutazione del danno, privata così della sua componente, finisce, quindi, per condurre a conseguenze inaccettabili nella loro absolutezza e perciò stesso inique (⁸³⁸).

Concludendo, dal confronto dell'art 2046 con l'art 1227 del c.c. risulta che mentre il primo riguarda la imputabilità del fatto dannoso nei confronti dei terzi, escludendone la responsabilità dell'incapace di intendere e di volere, l'altro invece è limitato alla considerazione del danno cagionato a se stesso, che viene a sua volta escluso dal risarcimento.

Pertanto, il danno cagionato a se stesso, che rimane pur sempre colposo anche se non imputabile, non rientra nelle conseguenze del fatto dannoso di cui all'art. 2046 che riguarda solo i danni cagionati ai terzi (⁸³⁹).

L'affermare il diritto nella vittima ad essere risarcito per l'intero anche per la parte dovuta alla propria imprudenza, stante la sua incapacità di intendere e di volere, significherebbe estendere la norma dell'art. 2046 c.c. al di là del suo contenuto.

⁸³⁷ NASINI V., *op. loc. cit.*

⁸³⁸ NASINI V., *op. loc. cit.*

⁸³⁹ NASINI V., *op. loc. cit.*

E poiché trattasi di norma eccezionale, ciò è contrario al principio stabilito dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale ⁽⁸⁴⁰⁾.

La Corte Suprema, dopo l'isolata digressione di cui alla sentenza Cass. Civ., 3 giugno 1959, n. 1650 ⁽⁸⁴¹⁾, è tornata, infatti, alla giurisprudenza tradizionale.

Agli inizi degli anni '60 la Corte di Cassazione, riunita in Sezione Unite ⁽⁸⁴²⁾, ha, infatti, affermato che l'art. 1227 c.c., primo comma, opera anche in ipotesi di concorso colposo di un danneggiato incapace ⁽⁸⁴³⁾.

Dopo il 1964, quindi, l'indirizzo inaugurato dalle Sezioni Unite è stato costantemente seguito nelle successive pronunce del Supremo Consiglio e può dirsi ora dominante ⁽⁸⁴⁴⁾.

La Cassazione ha confermato la irrilevanza nella specie dello stato di incapacità del danneggiato, escludendo la parificazione del fatto dell'incapace al caso fortuito. Secondo la Corte, il fortuito è, infatti, una circostanza che sorge improvvisa ed imprevista e che è caratterizzata dall'inevitabilità dell'evento ⁽⁸⁴⁵⁾.

Invece il comportamento obiettivamente colposo dell'incapace di intendere o di volere è pienamente prevedibile e non può mai dirsi casuale ed irresistibile ⁽⁸⁴⁶⁾.

L'assenza di discernimento del soggetto a causa di una malattia mentale o di stato di *schok* perché in tenera età o per altre ragioni, non costituisce, quindi,

⁸⁴⁰ NASINI V., *op. cit.*, p. 350.

⁸⁴¹ Cass., Civ. 3 giugno 1959 n. 1650 in *Resp. Civ. e Prev.*, 1960, p. 160 ss.

⁸⁴² Cass., Civ. . 17. 02. 1964 n. 351 *RCP* 1964, p. 18 ss, con nota adesiva del GENTILE G., *Ancora sul concorso di colpa del danneggiato incapace, contra, sempre* a commento della sentenza citata, DE CUPIS, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁴³ DE CUPIS A., *op. cit.*, p. 62.

⁸⁴⁴ VENCHIARUTTI A., *La responsabilità civile dell'incapace* in *Resp. Civ.*, a cura di P. CENDON, Milano, 1988, p. 504.

⁸⁴⁵ VENCHIARUTTI A., *op. loc. cit.*

⁸⁴⁶ ALPA G. – BESSONE M., *op. cit.*, p. 49.

necessariamente un ostacolo preliminare all'introduzione di un giudizio di responsabilità.

Al fine di qualificare in termini di colposità l'atto dannoso, può essere talvolta sufficiente che si riscontri la semplice realizzazione esteriore di un errore di condotta ovvero la trasgressione di uno specifico dovere imposto dalla legge o che si accerti comunque uno scarto rispetto al modello generale di comportamento dovuto ⁽⁸⁴⁷⁾.

Nella giurisprudenza del *Common Law*, per quanto concerne la condotta dell'insano di mente, che debba essere giudicata in vista del concorso di una colpa concorrente, assistiamo all'adozione di regole tra loro differenziate, ma pur sempre intrise su modelli di comportamento che, a differenza di quello ordinario, risultano realmente praticabili da parte del disabile ⁽⁸⁴⁸⁾.

Talora, invece, in Italia, il distacco dal *Reasonable Man*, si esprime attraverso l'applicazione all'infermo di uno standard di condotta ragguagliato a quello che sarebbe stato possibile pretendere da un altro soggetto che fosse stato afflitto dal medesimo disturbo psichico. Altre volte, il contegno esigibile viene individuato con esplicito riferimento al livello di diligenza che quello stesso soggetto era solitamente in grado di esprimere ⁽⁸⁴⁹⁾.

In altri termini per le situazioni cui si fa riferimento, anche l'incapace di intendere e di volere sarà in grado di commettere una colpa puramente oggettiva e dovrà, quando l'indagine circa le altre componenti del torto sfoci in un esito

⁸⁴⁷ ALPA G. – BESSONE M., *op. loc. cit.*

⁸⁴⁸ Sulla questione, CRAIS, *Contributory Negligence of Mentally Incompetent or Mentally Ill or Emotionally Disturbed Person*, 91 A. L. R., 1963, p. 385 ss.

⁸⁴⁹ BUSSANIM., *op. cit.*, p. 163.

positivo, essere dichiarato responsabile del pregiudizio personalmente realizzato⁽⁸⁵⁰⁾.

E' questa la soluzione adottata dalla Sezione Unite della Corte di Cassazione per il caso in cui un incapace naturale abbia concorso alla produzione dell'evento dannoso di cui egli stesso, poi, è rimasto vittima⁽⁸⁵¹⁾.

In particolare, la Cassazione sostiene che l'art. 1227, comma primo, c.c., fonda la propria *ratio* sul principio puro e semplice della causalità: il “*fatto colposo*” di cui all'art. 1227, non deve essere inteso nella sua qualificazione soggettiva o psicologica bensì con riguardo alla mera efficienza causale svolta obiettivamente nella genesi dell'evento⁽⁸⁵²⁾.

A conferma di questo indirizzo va segnalata l'ordinanza della Corte Costituzionale, n. 14 del 1985⁽⁸⁵³⁾, la quale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1227, comma primo, c.c., nella parte in cui tale disposizione esclude, con riguardo all'incapace, la risarcibilità della quota di danno che l'incapace stesso abbia contribuito a provocare.

Nel sollevare la questione, il Tribunale di Genova, aveva sottolineato come l'art. 1227 c.c., primo comma, dovesse ritenersi in contrasto con l'art. 3 della Carta

⁸⁵⁰ BUSSANI M. – VENCHIARUTTI A., *Colpa oggettiva e colpa soggettiva in la Responsabilità civile* a cura di P. CENDON, Milano, 1988, p. 29.

⁸⁵¹ La prospettiva di una piena parità di trattamento aquiliano fra soggetti capaci e incapaci, spinge gli interpreti a ritenere che la sola forma di garanzia veramente irrinunciabile per l'incapace sia data dalla regola secondo cui ai fini della condanna, nel contegno del bimbo o dell'infermo, dovranno essere riconosciuti gli estremi di una colpa. Cfr. SALVI C., *La responsabilità civile in Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA G. E ZATTI P., Milano, 1998, p. 81. Cfr. CORSARO LUIGI, Voce: *Responsabilità civile I* in *Treccani Enciclopedia*, Torino, 1991, volume XXVI, p. 10. Cfr. LISERRE A., *op. cit.*, p. 347 ss.

⁸⁵² BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 431; CORSARO L., *Il concorso di colpa del danneggiato incapace* in *RTDCP*, 1967, p. 474 ss. LISERRE A., *op. cit.*, 1962, p. 354.

⁸⁵³ L'ordinanza del 23 gennaio 1985 è pubblicata in *FI*, 1985, p. 934.

Costituzionale poiché volto a parificare l'incapace alla persona capace e in quanto discontantesi dalla disciplina degli artt. 2046 e 2047 c.c. (⁸⁵⁴).

La lamentata violazione del principio di uguaglianza tra danneggiato incapace e danneggiato capace, non sussiste, invece, perché l'equiparazione risulta giustificata dal rilievo che il comportamento del creditore sia egli capace o meno, si pone egualmente come un evento cui il debitore, che non l'ha cagionato, ragionevolmente non deve rispondere (⁸⁵⁵).

Sotto altro profilo è anche inesatto il richiamo al *tertium comparationis*, del combinato disposto degli artt. 2046 e 2047 c.c., il quale concerne l'autore

⁸⁵⁴ Cfr. GENTILE G., *op. cit.*, p. 233. "La questione sorge dall'applicazione del combinato disposto dell'art. 1227 c.c. e dall'art. 2046 c.c.: il primo dei quali stabilisce la riduzione del risarcimento, quando il fatto colposo del danneggiato abbia concorso a cagionare il danno; il secondo dichiara non responsabile delle conseguenze dannose chi non aveva la capacità di intendere di volere nel momento in cui lo ha commesso.

Argomentando si è detto che così come l'incapace non risponde del fatto dannoso verso altri, allo stesso modo non è suscettibile di riduzione per il danno cagionato a se stesso.

L'affermare il diritto della vittima ad essere risarcita per intero, anche delle conseguenze della sua imprudenza o della sua imperizia, stante la sua capacità di intendere e di volere, significa estendere la norma dell'art. 2046 oltre le sue finalità ed il suo contenuto.

Al di sopra del giudizio della colpa vi è l'accertamento del nesso di causalità, dal quale deriva quello del concorso di cause, che pregiudizialmente esclude la risarcibilità, in tutto o in parte, del danno la cui causa è posta in essere dal danneggiato.

La stessa Corte Suprema, nella sentenza n. 1650 del 1959, lealmente ammetteva: "può senz'altro convenirsi che la norma dettata dall'art. 1227 c.c., rappresenti in un certo senso il corollario del concetto secondo il quale il danno che il soggetto si arreca da sé, con azione colposa o non colposa, imputabile o non imputabile, non è affatto risarcibile non potendo considerarsi danno in senso giuridico.

Il danno non è risarcibile perché il danneggiato se l'è prodotto da sé, in tutto o in parte.

Il fatto colposo non va inteso nella sua qualificazione meramente soggettiva, ma nella sua efficienza causale a determinare l'evento.

Abbiamo semplicemente un trattamento particolare della colpa dell'incapace. Il legislatore ne ha escluso la normale responsabilità verso terzi, salvo la condanna ad una indennità; non ha però detto che il danneggiato possa pretendere anche il risarcimento del danno dovuto a propria efficienza causale.

La tesi contraria risulterebbe in definitiva profondamente iniqua. Se anche sia lecito sostenerla attraverso la enunciazione separata di singole formule, essa, sotto le parvenze di un *summum ius* realizza una *summa iniuria* ai danni del responsabile, il quale sarebbe esposto al pagamento dell'intero per qualsiasi concorso di colpa della vittima anche se esso sia enormemente maggiore".

⁸⁵⁵ GIANNINI G. – POGLIANI M., *op. cit.*, p. 3 ss, p. 56 ss, p. 91. La Corte Costituzionale ha respinto l'eccezione di illegittimità della norma rispetto al dettato dell'art. 3 della Carta Costituzionale versandosi nella situazione dell'illecito cagionato dall'incapace ed apparendo ragionevole che il debitore debba rispondere solo della parte di danno da lui cagionato.

dell'illecito, mentre il citato art. 1227 c.c., primo comma, ossia la norma impugnata, riguarda la persona offesa.

Rimane così confermata l'irrelevanza dello stato di incapacità del danneggiato (⁸⁵⁶), ai fini della proporzionale diminuzione del risarcimento del danno da lui subito anche per effetto del suo comportamento, così come previsto dall'art. 1227, comma primo, c.c. (⁸⁵⁷).

Alla certezza dei parametri di imputazione del fatto colposo si è richiamata anche la dottrina tuttora prevalente, che condivide il lapidario assunto dalla Corte (⁸⁵⁸).

10. Segue: Cenni sul concorso di colpa dei minori.

Nei casi di concorso di colpa dei bambini piccoli, parte della dottrina (⁸⁵⁹) fa riferimento al parametro della ragionevolezza che da sola consentirebbe di non addurre ad una sorta di responsabilità oggettiva che ricade invece sul danneggiato incapace.

La Corte giudicante non ha mancato, infatti, di considerare che tale sarebbe la conseguenza di una previsione della colpa quale inosservanza delle regole della tecnica, del diritto e della prudenza che individuano il modello formalmente ed astrattamente adeguato di condotta anche nel caso in cui debba decidersi in ordine

⁸⁵⁶ Per quanto concerne il concetto di imputabilità in riferimento al danneggiato incapace Cfr. paragrafo 1 del presente capitolo.

⁸⁵⁷ ALPA G. – BESSONE M., *op. cit.*, p. 50.

⁸⁵⁸ Cfr. BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 415; ANTINOZZI M., *Concorso di colpa del danneggiato incapace e sua rilevanza nella riduzione del risarcimento* in *Dir. e Pratica Ass.*, 1979, p. 282 ss; Cass., Sez. unite., 17 febbraio 1964 n. 351 in *FI*, 1964, I, p. 1545 ss.

⁸⁵⁹ ZAMPOLLI A., *Come rispondere di scelte che non si possono fare: sul concorso di colpa del danneggiato incapace* in *Il foro italiano*, 1993, 1 (giugno), p. 1976.

alla imputabilità del fatto concernente il minore che dipende ancora economicamente dai genitori (⁸⁶⁰).

Senza porre in discussione l'assunto della estraneità degli artt. 2046 e 2047 e senza intaccare il principio della inestensibilità della ipotesi di responsabilità oggettiva in casi normativamente non previsti, i giudici hanno delineato e circoscritto i limiti della imputabilità del fatto colposo concorrente dell'incapace, in considerazione del ruolo rivestito dai genitori (⁸⁶¹).

Si è infatti operata una rilevante distinzione fra l'apporto delle condotte consapevoli del minore, dei suoi genitori e del terzo, autore dell'illecito, con espresso richiamo all'autonomia decisionale del minore che può essere significativamente limitata, se non addirittura esclusa, dalla sua dipendenza economica ai genitori (⁸⁶²).

Negli Stati Uniti si afferma, per lo più, che dal minore si può pretendere ciò che è ragionevole pretendere da un soggetto della stessa età, intelligenza ed esperienza. Si applica cioè uno standard individuale, che tiene conto della capacità del singolo di apprezzare il rischio e di formarsi un giudizio ragionevole. Il che può portare ad escludere la responsabilità, anche se la condotta è stata obiettivamente inadeguata; non sembra che, malgrado le proposte in tal senso, un diverso criterio si applichi ai minori danneggiati: sembra anzi che il criterio si sia sviluppato proprio in tema di *contributory negligence*, data la maggior frequenza dei casi in cui i giovanissimi sono danneggiati (⁸⁶³).

⁸⁶⁰ ZAMPOLLI A., *op. loc. cit.*

⁸⁶¹ ZAMPOLLI A., *op. cit.*, p. 1977.

⁸⁶² MAIORCA C., *op. loc. cit.*

⁸⁶³ Cfr. HARPER E JAMES, *op. cit.*, p. 924 ss.

Parte della dottrina (⁸⁶⁴) sostiene che un criterio soggettivo debba applicarsi anche a costoro.

Non sembra che, per quanto concerne i minori, il diritto inglese sia molto diverso da quello statunitense; anche qui si ammette, pur senza fissare un'età determinata, che l'età troppo tenera possa escludere la capacità di commettere una *contributory negligence* (⁸⁶⁵).

La nostra Cassazione ha, a volte, ugualmente, abbandonato una lettura rigidamente oggettiva del comportamento del minore finendo col negare rilievo al concorso del fatto colposo del danneggiato (⁸⁶⁶).

Si tratta di ipotesi in cui è stata proprio la necessità di proporzionare il peso della sanzione alla gravità dell'atto compiuto a far sì che i giudici reputassero ingiustificato accollare alla vittima una quota seppur minima del pregiudizio subito (⁸⁶⁷).

⁸⁶⁴ Cfr. HARPER E JAMES, *op. cit.*, p. 927ss.

⁸⁶⁵ L. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 355 ss.

⁸⁶⁶ ZAMPOLLI A., *op. loc. cit.*

⁸⁶⁷ Cass., 10 febbraio 1961 n. 291 in *Resp. Civ. Prev.*, 1961, p. 324; Cass., 3 giugno 1959 n. 1650 in *Resp. Civ. Prev.*, 1960, p. 160.

11. Segue: Une idée imprécise de création du risque : cenni sul concorso di colpa degli anziani.

Nell'ambito della tematica del concorso colposo del danneggiato, può essere rinvenuta una proficua relazione con l'argomento della tutela degli anziani (⁸⁶⁸).

Lo spunto è fornito da un riferimento comparatistico, cioè, dalla previsione dell'art. 3 della legge francese del 5 luglio 1985, n. 85-87, avente ad oggetto l'indennizzo delle vittime dei sinistri della circolazione stradale (⁸⁶⁹).

La legge n. 85-87 precisa che le vittime, con l'eccezione dei conducenti, in ordine ai soli danni personali, non possono vedersi opposto il proprio fatto colposo, salvo che esso sia *faute inexcusable* che si configuri come la cause *exclusive de l'accident*.

La giurisprudenza e la dottrina maggioritarie (⁸⁷⁰) sembrano indirizzate a ritenere che elementi caratterizzanti della *faute* in discussione siano la gravità eccezionale e la *conscience du danger* (⁸⁷¹).

Importante è anche sottolineare che l'art. 3 della legge in questione, al comma secondo, stabilisce che vengano indennizzati dei danni personali “*in tutti i casi*”, a prescindere dalla stesa colpa *inexcusable* che, pertanto, non è loro opponibile, i soggetti che abbiano meno di sedici anni, più di settanta, ovvero, al di

⁸⁶⁸ SICA S., *Anziani e responsabilità civile: a proposito del concorso di colpa del danneggiato in Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 860.

⁸⁶⁹ SICA S., *Responsabilità da circolazione automobilistica e modelli risarcitori : la legge francese n. 85-87 del 5 luglio 1985 in Rass. Dir. Civ.*, 1987, p. 1031 ss.

⁸⁷⁰ SICA S., *op. cit.*, p. 861.

⁸⁷¹ SICA S., *op. loc. cit.*

là dalla loro età, siano titolari al momento dell'incidente di un'invalidità pari almeno all'80%.

Sono quindi considerati dei superprivilegiati e si può in questi casi riconoscere una vera e propria forma di indennizzo automatico ⁽⁸⁷²⁾.

La prevalenza degli autori ⁽⁸⁷³⁾ concordano sulla finalità a sfondo umanitario della previsione in questione ma non mancano coloro i quali denunciano l'ingiustificata disparità di trattamento tra i diversi danneggiati, tanto più palese se si considera la disciplina applicabile ai conducenti.

Sicché la diversità di regime si fonda su “*une idée imprécise de création du risque*” ove le statistiche rilevano che la gran parte delle vittime è rappresentata dai conducenti e dai trasportati ⁽⁸⁷⁴⁾.

12. Gli stati di superiorità.

La condotta della persona eccezionalmente informata o intelligente, oppure super-dotata muscolarmente, o provvista di un'eccellente velocità di reazione nervosa, non viene valutata secondo il metro ordinario: i giudici non hanno mandato esente da responsabilità, cioè, chi risultava in possesso di dati o di attitudini tali che, nella specifica occasione, avrebbero consentito di prevedere e impedire facilmente l'evento dannoso subito ⁽⁸⁷⁵⁾.

⁸⁷² SICA S., *op. cit.*, p. 862.

⁸⁷³ Cfr. CHABRAS F., *Le droit des accidents de la circulation*, seconda edizione, Paris, 1988, p. 174 ss.

⁸⁷⁴ L'osservazione è di F. CHABRAS, *op. cit.*, p. 162 ss.

⁸⁷⁵ BUSSANIM., *op. cit.*, p. 217.

In non pochi casi lo standard oggettivo si è visto rimuovere, o meglio arricchire, assumendo al proprio interno le peculiarità che connotavano il concreto danneggiato.

All'interno della casista che riguarda i soggetti titolari di un'effettiva condizione di superiorità, s'impone una selezione (⁸⁷⁶).

Talora le qualità positive del soggetto consistono nel possesso di una o più informazioni che non risultano esigibili dalla generalità dei consociati.

Al giudice è sufficiente, in questi casi, vestire il tipo astratto del buon padre di famiglia con la serie di dati e conoscenze o con le singole notizie che constata essere state a disposizione del soggetto concreto (⁸⁷⁷).

Altre volte, la capacità di eludere il danno proviene, non dal semplice possesso di informazioni occasionali, ma dalla disponibilità di un più ampio insieme di fattori.

Questi elementi caratterizzano le personalità del singolo consentendogli, in quel particolare frangente, l'adozione di accorgimenti e precauzioni inesigibili dal "buon padre di famiglia", comparativamente assai più sprovveduto (⁸⁷⁸).

Giudizi analoghi a quelli resi in materia di superiorità intellettive si registrano allorché il soggetto presenti caratteristiche di eccellenza dal punto di vista fisico. Il più delle volte quindi il rilievo della possanza muscolare o della speciale agilità o della velocità di reazione nervosa, valgono al super dotato l'imputazione di una colpa anche laddove l'uomo fisicamente normale sarebbe andato esente da ogni responsabilità (⁸⁷⁹).

⁸⁷⁶ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

⁸⁷⁷ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 216.

⁸⁷⁸ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 217.

⁸⁷⁹ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 218.

12.1 Le superiorità intellettive.

Le superiorità intellettive si possono distinguere in semplici conoscenze di carattere informativo, ipotesi in cui la superiorità del soggetto deriva a costui dal possesso di una o più notizie aventi oggetto definito e contenuto non sofisticato e altre in cui le conoscenze sono di carattere tecnico specialistico (⁸⁸⁰).

Per quanto riguarda le prime, paradigmatico è quanto accade in materia di incidenti stradali determinati dal malore improvviso di uno dei conducenti.

Le Corti sono disposte ad esentare da ogni obbligo risarcitorio l'automobilista che dimostri come a fargli perdere il controllo della vettura sia stato un malessere subitaneo, sopraggiunto inaspettatamente (⁸⁸¹).

Per cogliere il significato giurisprudenziale di questa “*inattesa subitanità*”, basta scorrere i motivi per cui, in alcune decisioni, si è imposta la soluzione contraria.

I giudici che, per esempio, hanno apprezzato che il soggetto aveva tardato a scansare l'ostacolo, perché stava guidando “*in uno stato di fatica estrema, dopo aver lavorato tre giorni e tre notti senza riposo*” non hanno esentato da responsabilità il conducente (⁸⁸²).

Gli esempi possono continuare ricordando come lo stato di incoscienza in cui versava l'automobilista, al momento del sinistro, non sia valso a costui l'esonero dalla colpa tutte le volte che è stato possibile accertare che stava guidando il proprio automezzo in condizioni non consigliabili (⁸⁸³).

⁸⁸⁰ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 223.

⁸⁸¹ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 224.

⁸⁸² Trib. Seine 2 maggio 1955 in J. C. P., 1955, II, p. 8916.

⁸⁸³ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

In tutte queste occasioni, l'elemento che ai fini del giudizio sulla condotta del soggetto risulta decisivo è stato il rilievo concreto delle informazioni di cui lo stesso individuo disponeva al fine di prevedere l'insorgere della crisi e così scongiurare la creazione di un rischio che nessun altro consociato avrebbe saputo poi fronteggiare ⁽⁸⁸⁴⁾.

Altre volte il privilegio informativo della persona riguarda le insidie caratterizzanti i luoghi in cui si svolge l'accadimento dannoso ⁽⁸⁸⁵⁾.

Esemplare è il caso in cui si discuteva della responsabilità di un motociclista scivolato da solo su un fondo stradale sconnesso e reso limaccioso dalla pioggia nonché dalla polvere prodotta da alcuni lavori in corso. Se la vittima ben conosceva le condizioni della strada, è evidente che una tale conoscenza avrebbe dovuto imporre quantomeno una condotta più cauta, tale da consentirgli tempestivamente di percepire anche quelle modificazioni peggiorative della situazione che si fossero verificate nelle ore immediatamente precedenti a causa della pioggia ⁽⁸⁸⁶⁾.

Le soluzioni dei conflitti poggiano sulla regola che impone a ciascuno di adeguare il proprio comportamento alle informazioni che possiede ⁽⁸⁸⁷⁾.

E' possibile però che la capacità di prefigurarsi e scongiurare l'evento dannoso, derivi da una combinazione di conoscenze e caratteristiche soggettive che si rivelano a lui personali o che risultano disponibili solo da una cerchia più o meno ristretta di consociati.

Ecco allora come i giudici, posti di fronte a determinate categorie di persone, siano disposti ad allargare di molto lo spettro dell'indagine riguardante i

⁸⁸⁴ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 226.

⁸⁸⁵ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

⁸⁸⁶ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

⁸⁸⁷ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 227.

profili soggettivi della condotta esigibile: e a tale fine possono venire esaminate sia le attitudini che le cognizioni base, così come le esperienze oppure il corredo culturale o professionale di quei soggetti (⁸⁸⁸).

Si tratta di elementi destinati ad assumere risalto, a volte, indipendentemente dal settore “*esistenziale*” o professionale, in cui quelle stesse doti sono maturate, o hanno normalmente modo di esprimersi, altre volte, a prescindere dalla considerazione per il genere di attività in cui il soggetto era impegnato al momento della produzione dell’evento dannoso (⁸⁸⁹).

Per quanto riguarda le qualità non professionali rilevanti nello svolgimento di attività non professionali possiamo indicare casi in cui si è ritenuto che l’esperienza accumulata dal soggetto, nello svolgere un’attività non professionale, avrebbe consentito a costui di evitare facilmente un danno occasionato nel corso di un’occupazione anch’essa non lavorativa (⁸⁹⁰).

Istruttivi appaiono i giudizi pronunciati nei confronti di alcuni cacciatori.

Uno di questi soggetti entra in una delle cosiddette “*riserve*” e si avvicina ad alcune mucche che colà stavano pascolando con i propri vitellini, partoriti da poco; uno dei bovini, impaurito imbizzarrisce e travolge il cacciatore (⁸⁹¹).

I giudici non esitano a ravvisare gli estremi di una colpa dato che si trattava di un individuo assai esperto nella pratica venatoria (⁸⁹²).

Il motivo per cui la vittima sia riuscita a recuperare solo un terzo dell’ammontare del danno patito è che i giudici, in questa occasione, hanno saputo

⁸⁸⁸ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 231.

⁸⁸⁹ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 232.

⁸⁹⁰ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

⁸⁹¹ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 233.

⁸⁹² BUSSANI M., *op. loc. cit.*

apprezzare quali fossero le speciali capacità di cui il soggetto concreto godeva al fine di prevedere, ed evitare, il verificarsi dell'evento a lui pregiudizievole.

L'esperienza e le cognizioni acquisite da un individuo come cacciatore, possono rilevare, in punto di giudizio sulla condotta esigibile da costui, pur quando il danno sia stato prodotto nel corso di un'attività diversa da quella venatoria (⁸⁹³).

Talora i giudici si accorgono che le doti o le attitudini, maturate nel passato, durante lo svolgimento di una diversa attività, avrebbero permesso al soggetto di evitare un danno cagionato in occasione del disbrigo delle proprie odierne mansioni lavorative. Ed è appunto dall'apprezzamento di dati del genere che, in queste ipotesi, trae origine la condanna (⁸⁹⁴).

Pensiamo al caso seguente deciso dalla giurisprudenza americana.

Un imbianchino si ferisce perché sfiora con la propria scala d'alluminio un cavo elettrico non isolato (⁸⁹⁵).

Il cavo appariva logoro e sudicio e agli occhi della vittima il tratto non isolato risultava nascosto dallo sviluppo di una grondaia; riguardando la condotta dell'operaio alla luce di uno standard puramente oggettivo, in un'occasione del genere, giudicheremmo la vittima esente da ogni colpa (⁸⁹⁶).

In senso contrario si è però espressa la Corte investita della controversia.

I giudici hanno mosso le proprie argomentazioni dal rilievo che l'imbianchino non era affatto un “*totally uneducated day laborer who had not knowledge or experience whatever with electricity*”; egli infatti risultava un soggetto

⁸⁹³ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 234.

⁸⁹⁴ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

⁸⁹⁵ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

⁸⁹⁶ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 236. Questa eventualità era stata esplicitamente paventata dagli stessi giudici chiamati ad occuparsi del caso di Kelly v. Elec. And Power Co., 1989, 381 S. E. , 2d, p. 219.

assai più istruito della media dei manovali e al momento dell'incidente aveva da poco concluso un lungo periodo di ferma nella marina militare e sotto le armi era stato assegnato all'assistenza meccanica dei velivoli imbarcati sulle portaerei (⁸⁹⁷).

L'excurus biografico compiuto dai giudici non è stato fine a se stesso: da un soggetto provvisto di esperienze simili si poteva esigere che cogliesse la natura e lo sviluppo del percorso del cavo, che adottasse una condotta assai più accorta, risultando egli perfettamente in grado di percepire i possibili rischi (⁸⁹⁸).

Questo rilievo, attribuito all'intreccio fra caratteristiche soggettive ed esperienze pregresse, fa emergere come il soggetto potesse facilmente evitare il pregiudizio (⁸⁹⁹).

In altre occasioni il danno si produce al di fuori di qualsiasi contesto lavorativo, ma alle Corti è possibile apprezzare che la vittima del pregiudizio dispone di cognizioni e competenze, di origine professionale, il cui impiego avrebbe facilmente scongiurato il verificarsi dell'evento dannoso: è allora a causa del mancato utilizzo di quelle speciali attitudini, che la condotta dell'individuo finirà per essere giudicata colposa (⁹⁰⁰).

Pensiamo al giudizio intentato contro il proprietario di un puledro, dalla vedova di un uomo che, a spasso per la campagna, si era avvicinato al giovane quadrupede fino al palpeggiarlo insistentemente e poi era rimasto ucciso dagli scalci dello stesso animale; se si ha modo di scoprire che il danneggiato era un esperto cavaliere professionista, perfettamente in grado di distinguere i puledri selvaggi da quelli familiarizzati alla presenza umana, e questi ultimi da quelli parzialmente

⁸⁹⁷ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

⁸⁹⁸ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

⁸⁹⁹ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 237.

⁹⁰⁰ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 239.

addomesticati, diventa poi facile capire come mai la Corte non abbia esitato a concludere che la condotta tenuta da un individuo del genere, nella specifica occasione, dovesse ritenersi caratterizzata da una “*faute très luorde*” e tale, in definitiva, da meritare alla vittima l’imputazione della responsabilità esclusiva dell’evento (⁹⁰¹).

Venendo ai casi di responsabilità professionale, sappiamo già che in più di un’occasione i giudici non ritengono opportuno accontentarsi di confrontare la condotta della vittima del danno con quella normalmente espressa dai soggetti specializzati nella medesima attività: in questi frangenti è facile accorgersi come le conclusioni che affermano la colpevolezza del soggetto trovino fondamento in modelli di valutazione arricchiti da una varietà di dati soggettivi, che volta per volta appartengono alla personalità del singolo (⁹⁰²).

Non meriteranno attenzioni i verdetti nei quali le speciali qualità del convenuto, l’esperto *businessman* (⁹⁰³), il farmacista specializzato (⁹⁰⁴), il valente notaio (⁹⁰⁵) sono state conteggiate per essere messe a paragone con la parte lesa dal danno.

Né si tratta di ricordare che esistono ipotesi in cui i giudici poggiano il riconoscimento di una colpa a carico del danneggiato sul generico rilievo che costui si era da tempo distinto per la propria “*indiscutibile onorabilità e probità scientifica*” o

⁹⁰¹ Cass., 15 marzo 1956 in D. 1956, p. 445, 2^{ème} esèce; per un caso analogo, deciso però in senso favorevole al danneggiato, un esperto allevatore, in virtù del rilievo attribuito al fatto che costui si era avvicinato all’animale, un maiale, non per diletto, ma per liberare da un intralcio pericoloso la strada su cui stava passeggiando un signora, Cass., 10 novembre 1961 in D., 1962, p. 202.

⁹⁰² BUSSANIM., *op. cit.*, p. 241.

⁹⁰³ Foti v. Banque Nationale De Paris, in J. B. L. , 1989, 501.

⁹⁰⁴ Trombari v. Cannars (1912), 85 Conn. 231, 82 A. , 640.

⁹⁰⁵ Cass., Civ. 25 ottobre 1972 n. 3255 in *Giur. It.*, 1974, I, 1, p. 422 ss.

per le “*speciali qualità e competenze*” o per la “*haute valeur professionnelle*” o perché dotato professionalmente di cognizioni tecniche particolari (⁹⁰⁶).

Ai giudici, quindi, non sempre è necessario riscontrare nel professionista le qualità di uno specialista d’elite per poi pretendere dal primo uno standard di condotta assai elevato; a tal fine basta accertare come il soggetto concreto possa facilmente scongiurare il verificarsi dell’evento dannoso e privo di rilievo può essere lasciato il quesito se altri avrebbe avuto o meno le stesse possibilità di prevedere ed evitare l’identico pregiudizio (⁹⁰⁷).

Altre volte vi è da ricordare come il modello del comportamento preteso subisca un’integrazione ulteriore, di marca meno individualistica. Si tratta delle occasioni in cui opera la presa in conto della super specializzazione professionale dell’agente: un elemento di natura soggettiva, ma certo tale da essere utilizzato nei confronti di più d’uno dei colleghi, appartenenti allo stesso rango dell’individuo (⁹⁰⁸).

Talora la considerazione per il dato dell’eccellenza professionale si rivela insufficiente, di per sé, a spiegare come mai anche la vittima sia stata giudicata colpevole (⁹⁰⁹).

Dagli elementi caratterizzanti il passato del professionista, i giudici hanno potuto trarre argomenti decisivi, in ordine al verdetto sulla colpa.

Merita, infine, ricordare che il modello di condotta può vedersi arricchito persino dalla misura di aggiornamento scientifico d’avanguardia, di cui il singolo super professionista è in grado di disporre (⁹¹⁰).

⁹⁰⁶ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 242.

⁹⁰⁷ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 243.

⁹⁰⁸ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 244.

⁹⁰⁹ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 245.

12.2 Le superiorità fisiche.

L'opportunità di attribuire risalto alle superiorità fisiche del soggetto viene data dalle Corti, più che in tema di danni occorsi nello svolgimento di attività biologiche, soprattutto quando si tratti di apprezzare la condotta tenuta dal soggetto nel corso di attività sportive, siano esse di natura agonistica od amatoriale (⁹¹¹).

In ordine a questo genere di occasioni, vale la pena di rimarcare, in primo luogo, che la valutazione delle peculiarità di ordine fisico sovente si allarga all'esame della disponibilità di tutte quelle esperienze, o doti psichiche, o qualità tecniche che sono in grado di influire sulla condotta esigibile; in secondo luogo, merita sottolineare che la casistica in questione si presta ad essere distinta in due gruppi di decisioni: da un lato i giudizi che affermano, dall'altro i giudizi che negano la responsabilità della vittima (⁹¹²).

Più precisamente è possibile registrare ipotesi in cui l'imputazione della colpa si fonda sul riscontro che costui aveva mancato di adeguare il proprio contegno alle particolari doti fisiche, o tecnico atletiche, a sua disposizione e occasioni nelle quali è stato proprio il rilievo di speciali qualità psicofisiche godute e la considerazione per il tipo di attività nel corso della quale era stato cagionato il danno a convincere i giudici della perfetta corrispondenza fra la condotta espressa dal danneggiato e quella da lui esigibile (⁹¹³).

Veniamo ora alla prima serie di casi in cui è emersa la colpa della vittima.

⁹¹⁰ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 246.

⁹¹¹ BUSSANI M., *op. loc. cit.*

⁹¹² BUSSANI M., *op. cit.*, p. 247.

⁹¹³ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 248.

Per un danno cagionato sulle piste da sci i giudici non hanno mancato di condannare un giovane proprio perché costui è stato scoperto uno “*sciatore provetto*”, dotato di una speciale abilità quale discesista e quindi in grado di compiere persino quella serie di manovre assai spericolate che nell’occasione avrebbero rappresentato l’unica alternativa al rovinoso impatto con un’altra sciatrice, giudicata come danneggiante nella causazione del danno (⁹¹⁴).

Altre volte è la possanza muscolare individuo ad assumere rilievo (⁹¹⁵).

Se dovesse essere possibile accertare che il soggetto, nelle fattispecie concrete, ad esempio, possedeva una prestanza muscolare incomparabile a quella dell’avversario, se il soggetto era a conoscenza dell’età e dell’inesperienza dell’antagonista e che, eventualmente, nonostante tutto questo, avesse riversato nell’azione dannosa, unitamente ad una foga eccessiva (⁹¹⁶) allora la Corte non avrebbe avanzato dubbio, considerando che la colpa va riconosciuta proprio in virtù dell’evidente vantaggio tecnico ed atletico di cui disponeva il soggetto (⁹¹⁷).

In una diversa serie di ipotesi la presa in conto della superiorità psicofisiche dell’individuo finisce col determinare l’esonero di costui dalla responsabilità.

Si tratta di giudizi riguardanti danni arrecati alla vittima durante lo svolgimento di attività a carattere agonistico (⁹¹⁸).

Prima di affrontare tali fattispecie i giudici considerano il nodo della condotta esigibile, i giudici sono sempre soliti esaminare i rischi creati dall’attività e

⁹¹⁴ Cass., 6 maggio 1986 n. 3031 in *Giur. It.*, 1986, I, 1, p. 1527-1538 ss.

⁹¹⁵ BUSSANIM., *op. loc. cit.*

⁹¹⁶ BUSSANIM., *op. cit.*, p. 250.

⁹¹⁷ Per ulteriori indicazioni. Cfr. FRATTAROLO R., *La responsabilità civile per attività sportive*, Milano, 1984, p. 207 ss.

⁹¹⁸ BUSSANIM., *op. loc. cit.*

una volta constatati tali pericoli, l'indagine giudiziale muove verso la verifica dei mezzi psicofisici di cui il soggetto disponeva (⁹¹⁹).

Ed è solo allora che preso atto delle caratteristiche di spicco possedute dall'individuo, il giudizio si sposta sul comportamento che, da costui era possibile pretendere. A questo punto sarà rilievo attribuito alle eccellenti qualità del soggetto a convincere i giudici che il contegno tenuto dal super dotato corrispondeva perfettamente a quello da lui esigibile (⁹²⁰).

13. Il dolo del danneggiato e il nesso di causalità.

Importante è considerare anche la tipologia del dolo del danneggiato.

La dottrina che se ne è occupata ha concluso nel senso che, di regola, l'atto volontario del danneggiato esclude la responsabilità del danneggiante, a differenza del sopravvenuto atto volontario del terzo che talora può risultare ininfluenza (⁹²¹).

Viene riportata a titolo esemplificativo una non recente sentenza di merito (⁹²²) che ha escluso la risarcibilità dei danni subiti da un operaio, il quale, per motivi estranei al suo lavoro, aveva fatto esplodere una delle bombe in dotazione al cantiere, restandone ferito: il nesso di occasionalità che deve sussistere tra lavoro ed infortunio viene, nella specie, a cadere e con esso l'indennizzabilità del sinistro, siccome dovuto ad azione vietata e pur coscientemente e volontariamente compiuta,

⁹¹⁹ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 251.

⁹²⁰ BUSSANI M., *op. cit.*, p. 252.

⁹²¹ CENDON P., *op. cit.*, p. 504.

⁹²² Trib. La Spezia, 27 marzo 1953, *DL*, 1953, parte II, p. 251.

nonostante la conoscenza tecnica delle dolorose conseguenze cui essa poteva dar luogo (⁹²³).

L'esclusione viene spesso fondata sul principio di auto responsabilità: il danneggiato non potrebbe cagionare un danno a sé medesimo con un atto libero e consapevole, e poi pretenderne il risarcimento da altri (⁹²⁴).

Altre volte l'esclusione viene fatta discendere dall'operare delle norme sulla causalità. Si afferma, quindi, che il dolo del danneggiato esclude la responsabilità in quanto interrompe il nesso causale tra fatto del danneggiante e danno.

Ragionando in termini di causalità si deve, però, constatare che non sempre l'atto volontario della vittima potrà ritenersi “*interruttivo*” del nesso causale.

Ciò si verifica ove la regola colposamente violata dal danneggiante mirasse proprio a prevenire il realizzarsi di quel tipo di atto (⁹²⁵).

Quest'ultima considerazione vale a spiegare quelle decisioni che, pur in presenza di un atto doloso del danneggiato, hanno ugualmente affermato la responsabilità del danneggiante (⁹²⁶).

La casistica in esame riguarda le ipotesi di suicidio da parte del danneggiato, cui fa riscontro una condotta colposa o dolosa di un altro soggetto rilevante sul terreno della causalità.

Nell'ambito di questo triste fenomeno è comunque possibile distinguere tra i suicidi legati a rapporti interpersonali, che trovano le loro radici in un complesso di fattori non omogenei, tra cui può anche rientrare la negligenza altrui, e suicidi maturati in contesti di tipo istituzionale o collettivo (carceri, ospedali psichiatrici,

⁹²³ TRIMARCHI P., *op. cit.*, p. 129 ss.

⁹²⁴ CENDON P., *op. cit.*, 1998, p. 504.

⁹²⁵ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁹²⁶ CENDON P., *op. loc. cit.*

caserma etc.), dove è dato riscontrare la sussistenza di circostanze ambientali particolarmente difficili ed oppressive per la vittima (⁹²⁷).

Mentre in relazione alla prima tipologia il c. d. dolo contro se stesso assorbe quasi sempre la concausa, con riferimento alla seconda tipologia è frequente il riconoscimento di una responsabilità in capo al convenuto, sia che si versi in ipotesi di omissione di sorveglianza, sia che si tratti di comportamenti che abbiano in altro modo contribuito a far maturare nella vittima la scelta auto lesiva (⁹²⁸).

Si è così giunti ad affermare che il dolo contro se stesso sembra essere destinato ad atteggiarsi quale realtà proporzionalmente inversa, volta per volta, al grado di violenza che è riscontrabile in quest'ambito (⁹²⁹).

Ora è importante considerare l'aspetto del nesso di causalità in relazione al dolo del danneggiato.

Affinché si abbia interruzione, l'atto della vittima deve essere effettivamente volontario.

Non si verifica, quindi, un effetto interruttivo, laddove il gesto della vittima sia giustificato da una oggettiva situazione di pericolo, ovvero, quando tenuto conto anche della condotta del convenuto, il rischio del danno apparisse ragionevolmente basso (⁹³⁰).

Il convenuto sarà ritenuto egualmente responsabile pure allorquando l'atto della vittima sia stato mosso da spirito umanitario, o imposto da un dovere morale, purché il tentativo di soccorso non apparisse già disperato in partenza (⁹³¹).

⁹²⁷ CENDON P., *op. cit.*, 1998, p. 505.

⁹²⁸ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁹²⁹ GAUDINO L., *op. cit.*, p. 250.

⁹³⁰ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁹³¹ CENDON P., *op. cit.*, p. 506.

Vi sono poi ipotesi in cui il gesto auto lesivo della vittima è stato giudicato del tutto irrilevante facendo leva sulla labilità delle condizioni psicofisiche di chi si trovi privato della libertà personale.

Nella fattispecie si trattava di un minorenne che, dopo un lungo interrogatorio, era stato lasciato solo e in stato di shock nervoso nella stanza dove un agente aveva dimenticato la propria pistola carica (⁹³²).

Come è stato acutamente osservato in un recente studio sulle condotte auto lesive, l'adozione di una simile impostazione sarebbe estremamente riduttiva in quanto all'argomento fondato sulla volontarietà del gesto si oppone innanzitutto la consapevolezza, ben radicata negli interpreti, circa l'esistenza di precisi doveri (in capo ai custodi dell'istituzione) di prevenire quanto appaia idoneo a mettere a repentaglio la vita o la salute del detenuto: senza esclusioni per gli atti tipo auto lesionistico o per suicidi (⁹³³).

Parimenti inopportuno sarebbe sottacere i dubbi espressi infinite volte circa i margini di effettiva "normalità" delle condizioni psicofisiche di chiunque si trovi privato della libertà personale; oppure la perplessità, anch'esse correnti, intorno alla possibilità che al gesto auto inferto venga mai riconosciuto un valore causale esclusivo rispetto all'altrui illecito (⁹³⁴).

La conclusione non può essere semplicisticamente generalizzata.

⁹³² Corte di Appello dell'Aquila 13 marzo 1958 in *FI*, 1958, I, p. 955 ss: "Che l'individuo, quando si trovi ristretto, sia pure legittimamente, nella libertà personale possa considerarsi in condizioni psicofisiche normali pare già dubitabile. Le speciali misure che l'ordinamento detta per prevenire atti o gesti, anche solo di autolesionismo, da parte dei detenuti sono infatti riferibili proprio a questo stato di menomazione degli ordinari poteri di inibizione e di valutazione".

⁹³³ GAUDINO L., *Condotte autolesive e risarcimento del danno*, Milano, 1995, p. 26.

⁹³⁴ GAUDINO L., *op. cit.*, p. 253.

Si profila piuttosto, una più intensa esigenza di prevenzione per quei soggetti che appaiano maggiormente a rischio, oltre, ovviamente, per tutti, l'adozione delle comuni procedure di sicurezza.

Ma una volta ammessa l'esistenza di obblighi inerenti alla protezione del soggetto, ciò che conta ai fini della determinazione della responsabilità dei convenuti e della stessa quantificazione del risarcimento non sarebbe tanto la volontarietà del gesto, quanto la sua prevedibilità (⁹³⁵).

Il risultato finale dovrebbe, quindi, essere quello per cui il convenuto risponde integralmente del danno ove il gesto della vittima fosse prevedibile; questi deve, invece, essere esonerato da responsabilità quando manchi siffatta possibilità.

In quest'ultimo caso i danni restano a carico del soggetto che ha agito con dolo, così come accade ove resti incerto il nesso di causalità tra condotta omissiva o commissiva del convenuto e comportamento auto lesivo della vittima (⁹³⁶).

Occorre procedere con cautela stante l'esistenza di una norma che prevede la ripartizione del risarcimento anche in presenza dell'accertamento di una mera condotta colposa da parte del danneggiato.

La scelta di assegnare alla vittima un risarcimento integrale deve essere, pertanto, attentamente valutata (⁹³⁷).

Una soluzione alternativa potrebbe essere quella di fare comunque rilevare il dolo del danneggiato in sede di ripartizione del danno, di modo che nelle ipotesi in cui esso non escluda la responsabilità del convenuto, porti egualmente ad una riduzione del risarcimento parametrata su un profilo diverso da quello della gravità della colpa.

⁹³⁵ GAUDINO L., *op. cit.*, p. 257.

⁹³⁶ GAUDINO L., *op. loc. cit.*

⁹³⁷ CENDON P., *op. cit.*, p. 507.

Sul versante delle condotte auto lesive del danneggiato si palesa di estremo interesse una recente sentenza della Corte Suprema (⁹³⁸) in cui si statuisce che il suicidio del danneggiato da un fatto illecito, avvenuto nell'immediatezza ed in conseguenza di quest'ultimo, non è evento idoneo ad interrompere il nesso di causalità tra fatto antiggiuridico ed evento morte.

Nella specie un militare del corpo della guardia di finanza era stato investito da un'auto veicolo, riportando gravissime lesioni alla gamba sinistra (⁹³⁹).

Sconvolto dal dolore, nell'immediatezza del fatto, il danneggiato si era suicidato con la sua pistola di ordinanza (⁹⁴⁰).

La Suprema Corte ha ritenuto responsabile dei danni conseguenti alla morte del militare l'autore dell'investimento, facendo leva, da un lato, sulla non volontarietà del gesto auto lesivo, inquadrato *“fra le reazioni primitive a corto circuito, caratterizzate nella maggior parte dei casi da istantaneità e che non implicano una particolare predisposizione caratteriale, tali da potersi verificare in qualsiasi soggetto, per effetto di eventi a tonalità catastrofica, che suscitino panico o terrore”* e, dall'altro, sulla non eccezionalità dell'atto auto lesivo, inidoneo ad interrompere il nesso di causalità tra condotta iniziale ed evento (⁹⁴¹).

⁹³⁸ Cass., 7 febbraio 1996, n. 969 in *FI*, 1996, I, p. 2482 ss.

⁹³⁹ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁹⁴⁰ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁹⁴¹ CENDON P., *op. cit.*, p. 508.

14. Il fatto colposo del danneggiato in concorso con il fatto doloso del danneggiante.

Abbiamo precedentemente chiarito come il dolo del danneggiante, nel sistema della compensazione delle colpe, rendeva irrilevante la colpa del danneggiato.

A seguito della introduzione dell'art. 1227 c.c. si è posto il problema di stabilire l'attuale trattamento da riservare alla colpa del danneggiato qualora quest'ultima si innesti su un illecito doloso (⁹⁴²).

Alcuni autori (⁹⁴³) ritengono inapplicabile la norma sul concorso quando uno dei due soggetti abbia agito con l'intenzione di cagionare l'evento dannoso: in tal caso l'atto doloso andrebbe considerato come la sola causa del danno, mentre irrilevante sarebbe la condotta meramente colposa dell'altra parte.

Il principio sarebbe assoluto in relazione a serie causali relativamente semplici, e cioè ad ipotesi in cui i vari contributi causali ineriscano ad un'unità spazio temporale o in rapporto ad illeciti singoli o tipizzati. Ove, invece, la sequenza comprenda alcune azioni del tutto indipendenti resterebbe possibile affermare, accanto alla responsabilità del soggetto in dolo, il concorso del danneggiato in colpa (⁹⁴⁴).

La tesi che considera ininfluyente la colpa del danneggiato quando il danneggiante sia in dolo è stata contrastata da una parte della dottrina recente (⁹⁴⁵).

⁹⁴² CENDON P., *op. cit.*, p. 542.

⁹⁴³ MENGONI L., *op. cit.*, p. 576.

⁹⁴⁴ CENDON P., *op. loc. cit.*

⁹⁴⁵ BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 411.

Si è così osservato che il dolo e la colpa grave dell'autore dell'illecito diminuiscono ma non escludono la misura dell'incidenza del fatto colposo del danneggiato e ciò in quanto non impediscono che il danno sia il risultato reso possibile dal fatto colposo del danneggiato.

Questo indirizzo si va ora affermando anche in giurisprudenza con il conseguente superamento della teoria dell'assorbimento (⁹⁴⁶).

Siffatta soluzione rispecchia chiaramente le opzioni di fondo in ordine alla *ratio* dell'art. 1227 c.c. seguite dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti.

Ricostruendo il concorso di colpa in termini causali, nessuna rilevanza assume il criterio di imputazione per cui risponde il danneggiante: quel che conta è che anche la condotta della vittima abbia dato suo apporto alla produzione dell'evento (⁹⁴⁷).

La soluzione trova ulteriore conferma nella stessa relazione ministeriale sul nuovo codice civile in cui, dopo essersi ricordato che la disposizione de qua consacra principi già affermati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sotto il vecchio codice, si precisa “*non si è detto che il dolo o la colpa grave del danneggiante assorba, togliendone ogni efficienza, la colpa lieve del danneggiato, ma con una formula elastica, si è permesso al giudice di giungere, secondo le circostanze, anche a tale risultato*” (⁹⁴⁸).

⁹⁴⁶ Nella produzione dell'evento dannoso, l'azione colposa del danneggiato può conservare la sua rilevanza giuridica, ovvero la sua azione causale, anche quando concorra con altra azione dolosa, e non solo colposa, dell'autore dell'illecito. Che alla produzione dell'evento possano concorrere più azioni, alcuna colposa ed altra dolosa, conservando tutte la loro efficienza causale, risulta infatti pienamente concepibile sul piano della logica e non trova ostacolo in alcuna disposizione di legge. Certamente questo ostacolo non è l'art. 1227 c.c., prima parte, il cui testo non autorizza a ritenere che il fatto colposo del danneggiato possa avere rilevanza solo in caso di concorso con fatto parimenti colposo del danneggiante e non anche con un fatto doloso altrui. Cfr. Cass., 1 giugno 1968, n. 1647 in *RCP*, 1969, p. 55 ss.; Cass., 29 luglio 1967 n. 2027 in *FI*, 1968, I, 1, p. 495 ss.

⁹⁴⁷ CENDON P., *op. cit.*, p. 543.

⁹⁴⁸ CENDON P., *op. loc. cit.*

Nonostante sia in atto una tendenza a superare la tecnica dell'assorbimento, vi sono ancora numerose testimonianze (⁹⁴⁹) in questo senso, soprattutto nelle più frequenti ipotesi di concorso tra colpa grave del danneggiante e colpa lieve del danneggiato.

Vi sono poi tuttora fattispecie dolose che non ammettono l'incidenza della condotta colposa del danneggiato.

La colpa della vittima è, ad esempio, irrilevante quando il fatto doloso del danneggiante integri gli estremi del reato di truffa. Dottrina e giurisprudenza prevalenti negano (⁹⁵⁰), infatti, che possa darglisi risalto posto che nel vigente art. 640 c.p..

È scomparso l'accenno, contenuto nel codice Zanardelli, alla “*idoneità*” ad ingannare come requisito oggettivo degli artifici posti in essere dal truffatore (⁹⁵¹).

Ne consegue che ove il raggirò, per quanto grossolano, abbia sortito il suo effetto, la truffa può perciò stesso considerarsi consumata (⁹⁵²).

La stessa regola dovrebbe valere sul piano del dolo negoziale, anche se la giurisprudenza, optando fortemente per il criterio dell'idoneità in astratto, sembrerebbe orientata nel senso di sacrificare le ragioni del raggirato negligente.

⁹⁴⁹ MENGONI L., *op. cit.*, p. 578.

⁹⁵⁰ Ai fini della sussistenza del delitto di truffa, non ha rilievo la mancanza di diligenza, di controllo e di verifica da parte della persona offesa, dal momento che tale circostanza non esclude l'idoneità del mezzo in quanto si risolve in una mera deficienza di attenzione e perché il più delle volte è determinata dalla fiducia che, on artifici e raggiri, sa suscitare il truffatore nella parte lesa. Cfr. Cass. Pen., 17 marzo 1993 in *RFI*, 1993, Truffa, p. 10 ss.; Cass., 17 gennaio 1985 in *RP*, 1985, p. 991; Cass., 30 gennaio 1962 in *GP*, 1963, p. 969.

⁹⁵¹ BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 410.

⁹⁵² CENDON P., *op. loc. cit.*

Si è osservato infatti, che i giudici tendono a valutare l'idoneità in concreto: per cui, tranne casi di negligenza particolare del *deceptus*, è ancora la tutela della vittima il principio ispiratore della norma (⁹⁵³).

⁹⁵³ CENDON P., *op. cit.*, p. 544.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.
- ALBERT A. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht*, Wien, 1936, in LOSCO G. – MARIOTTI P LOSCO G. – MARIOTTI P., *La responsabilità civile in Compendio Normativo Commentato*, terza edizione, Milano, 2001.
- ALPA G. – BESSONE M., *La responsabilità civile in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W.BIGIAMI, Torino, 1987.
- ALPA G., *I principi generali*, Milano, 1993.
- ANDREOLI G., *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937.
- ANELLI F., *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990.
- ANTINOZZI M., *Concorso di colpa del danneggiato incapace e sua rilevanza nella riduzione del risarcimento in Dir. e Pratica Ass.*, 1979.
- ANTONIAZZI V., *Recenti conferme della Corte di giustizia circa la ricostruzione di un principio fondamentale di tutela dell'affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubb. Comunitario*, 2002.
- ARANGIO RUIZ V., *Introduzione a L'orazione per Publio Quinzio*, Centro di Studi Ciceroniani, Tutte le opere di Cicerone, n. 1, Milano, 1964.
- ARANGIO RUIZ, *Ius in re aliena e Ius in rem o ad rem*, in *Diz. Prat. del diritto privato*, III, Milano, 1923.
- ASOTNE F., *Il divieto di venire contra facum proprium*, Napoli, 2006.
- ATZERI L., *Delle rinunzie*, Torino, 1915.

- AULETTA G. G., *Istituzioni di diritto privato*, Napoli, 1964.
- BALBI G., *Il contratto estimatorio*, Torino, 1954.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964.
- BARASSI L., *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I, Milano, 1946.
- BARBERO D., *Sistema*, II ed. rielaborata da A. Liserre e G. Florida, Torino, 1993.
- BELLINI P., *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, XIII, 1921.
- BENATTI F., *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968.
- BERTOLI G., *Principi di diritto comunitario, sistemi amministrativi nazionali e giudizi abilitati degli atti interni non definitivi*, in *Dir. com. scambi internazionali*, 1993.
- BESTA E., *Diritti sulle cose*, Padova, 1933.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XV, Torino, 1960.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni, I Prolegomeni: funzione economica-sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953.
- BETTI E., voce *Interesse (Teoria generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1962.
- BIANCA C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni* in *Commentario al Codice civile* a cura di SCIALOJA A. E BRANCA G., libro IV, Delle obbligazioni, art. 1218 – 1229, Bologna 1979 e Roma 1979.

- BIANCA C. M., *Note in tema di interpretazione del contratto e d'intervento del proprietario nella vendita di cosa altrui*, in *Giust. civ.*, 1974, I.
- BIANCA C.M., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963.
- BIANCA C.M., *L'obbligazione*, Milano, 2006
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, VII, Torino, 1972.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI D., NATOLI U., *Diritto Civile*, I, Torino, 1986.
- BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto Civile*, II, Torino, 1988.
- BIGLIAZZI GERI L., *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Padova, 1967.
- BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, in *Il codice civile – Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991.
- BIGLIAZZI GERI L., *Mora del creditore*, IV in *Enc. Giuridica Treccani*, 1990.
- BIGLIAZZI GERI L., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970.
- BIGLIAZZI GERI L., voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IX, 1999.
- BOHMER, *Mitfahren auf eigene Gefahr*, in *M. D. R.*, 1958, in LOSCO G. – MARIOTTI P., *La responsabilità civile in Compendio Normativo Commentato*, terza edizione, Milano, 2001.

- BONASI BENUCCI E., *Il rischio sportivo*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1955.
- BONASI BENUCCI E., *In tema di concorso nella produzione del danno del danneggiato incapace*, in *Riv. Giur. Circ. e Trasp.*, 1959.
- BONFANTE P., *Scritti giuridici*, IV, Torino, 1915/1916.
- BONFANTE P., *Storia del diritto romano*, Milano, 1958.
- BORSARI L., *Commentario al codice civile italiano*, III, 2, Torino, 1877.
- BOZZI A., voce *Interesse e Diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1962.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, Milano, 1991.
- BRUGI B., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1914.
- BURTON, *Breach of contract and the common law duty to perform in Good Faith*, Harvard Review, 1980.
- BUSNELLI F., *Della tutela dei diritti*, , sub art. 2932, nel *comm. C.c., artt. 2900-2969*, Torino, 1964.
- BUSNELLI M., *Voce: Illecito civile* in *Treccani enciclopedia*, Torino, 1991.
- BUSSANI M. – VENCHIARUTTI A., *Colpa oggettiva e colpa soggettiva in la Responsabilità civile* a cura di CENDON, Milano, 1988.
- BUSSANI M., *La colpa soggettiva: modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1991.
- CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa: contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996.
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo al nuovo codice*, II, Padova, 1953. SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1943.
- CANNATA M.A., voce *Mora* (storia), in *Enc. Giur.*, XXVI, Milano, 1976.

- CANTILLO M., *La mora del creditore*, Napoli, 2003.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Proprietà* (diritto romano), in *Enc. Dir.*, XXXVII, 1988.
- CARBONI B., *Delle obbligazioni nel diritto odierno*, Torino, 1912.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1945.
- CARNALUTTI F., *Lezioni di dir. proc. civ.*, II, Padova, 1931.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936.
- CASSARINO G., *Le situazioni soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.
- CATERINA A., *Usufrutto e proprietà temporanea*, II, in *RDC*, 1999.
- CATTANEO C., *Mora del creditore*, in *Commentario al diritto civile* diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970.
- CATTANEO G., *Della mora del creditore: artt. 1206 – 1217*, Bologna, 1973.
- CATTANEO G., *Il concorso di colpa del danneggiato*, II, in *Rivista di diritto civile*, Padova, 1967.
- CATTANEO G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964.
- CENDON P., *Conseguenze volute e risarcimento del danno in la Responsabilità civile* a cura di Cendon, Milano, 1988.
- CENDON P., *La responsabilità civile in Il diritto privato nella giurisprudenza*, IX, Torino, 1998.
- CHABRAS F. , *Le droit des accidents de la circulation*, II ed., Paris, 1988.
- CHIRONI P., *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1912.

- CIAN G. – TRABUCCHI A., *Breviaria iuris*, Commentario breve al codice civile, appendice 2002, Padova, 2002.
- CIATTI A., *La disciplina dell'adempimento dell'obbligazione*, in *Principi del diritto comunitario e dei contratti*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009.
- CIC., De off. 2, 22, 78; 2, 22.
- CIC., Phil. II, 44: *Tenesne memoria praetextatum te decoxisse? 'Patris' inquires 'ista culpa est.'*
- CIC., Pro Quinct. 99.
- COLAGROSSO E., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948.
- CORRADINI BROUSSARD D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato: dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970.
- CORSARO L., *Il concorso di colpa del danneggiato incapace* in *RTDCP*, 1967.
- CORSARO L., Voce: *Responsabilità civile I*, in *Treccani Enciclopedia*, T XXVI, Torino, 1991.
- COSTANZA M., *Cooperazione all'adempimento e colpa del creditore*, I, in *Giust. Civ.*, 1986.
- COTTINO G., *Del contratto estimatorio*, in *Commentario al diritto civile* diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970.
- COTTINO G., *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, I, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948.

- COTTINO G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955.
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910.
- CRAIS, *Contributory Negligence of Mentally Incompetent or Mentally Ill or Emotionally Disturbed Person*, 91 A. L. R., 1963.
- CRISCUOLI A., *Le Obbligazioni testamentarie*, Milano, 1956.
- CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908.
- D'AMICO V., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.
- D'ONOFRIO P., *Offerta reale*, Torino, 1940.
- DE CUPIS A., *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979.
- DE CUPIS A., *Postilla sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace in Rivista di diritto civile*, II, Padova, 1965.
- DE CUPIS A., *Sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace in Foro Italiano*, 1958, I.
- DE FRANCISCI P., *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, 1965.
- DE MARTINI A., *Parte generale*, Milano, 1983.
- DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1915.
- DE SARLO L., *Missio in possessionem e proscriptio*, in *Studi Albertario*, I, Milano, 1953.
- DELEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, 1965.

- DELLI PAOLI D. – CAIANIELLO D., *Danno e auto responsabilità del danneggiato* in *Il nuovo diritto*, Tipografia Tarrini, Città di Castello, 1988.
- DI CARO A., “*Informazione societaria ed interessi protetti*”, in *Società*, 1998.
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale, Libro quarto: obbligazioni artt. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile Scaloja – Branca*, a cura di Galgano F., Bologna-Roma, 1988.
- DI PRISCO N., *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973.
- DURAND, *Des conventions d’irresponsabilité*, Paris, 1931.
- ERWIN DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, Köln-Berlin Bonn-München, 1963, in LOSCO G. – MARIOTTI P LOSCO G. – MARIOTTI P., *La responsabilità civile in Compendio Normativo Commentato*, terza edizione, Milano, 2001.
- ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, in DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale, Libro quarto: obbligazioni artt. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile Scaloja – Branca*, a cura di Galgano F., Bologna-Roma, 1988.
- FADDA C. e BENZA P. E., *Note a Windscheid*, in *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1902.
- FALZEA A., *L’offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.
- FARNSWORTH, *Good faith performance and commercial reasonable under the Uniform commercial code*, 30 Chicago Law Review, 1963.
- FERRERI S., *Il giudice italiano e l’interpretazione del contratto*, Padova, 2000.

- FERRINI C. E DE CRESCENZO P., *Mora del creditore*, alla voce *Obbligazione*, in *Enciclopedia giuridica Italiana*, XII, parte I, Milano, 1900.
- FIORENTINO A., *Contitolarità dei diritti di credito cartolari*, Napoli, 1947.
- FORCHIELLI P., *La colpa lievissima*, I, in *Riv. Dir. Civ.* , 1963
- FRATTAROLO R., *La responsabilità civile per attività sportive*, Milano, 1984.
- FREDERIKSEN M. W., *Caesar, Cicero and the problem of debt*, JRS, 56, 1966.
- G. 2, 98; 3, 77; 80; 81; 4, 34; 35; 144; 145
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, 2007, Padova.
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1988.
- GALGANO F., *Le obbligazioni in generale*, 2007, Padova.
- GAMBARO A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica*, I, Roma, 1988.
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995.
- GAMBARO A., in *Candian*, GAMBARO A., POZZO B., *Property, proprietà e eigentum*, Padova, 1992.
- GAUDINO L., *Condotte autolesive e risarcimento del danno*, Milano, 1995.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996.
- GEMANN, *Handeln auf eigene Gefahr*, in N. J. W. , 1955, p. 85 ss in
 LOSCO G. – MARIOTTI P LOSCO G. – MARIOTTI P., *La responsabilità civile in Compendio Normativo Commentato*, terza edizione, Milano, 2001.

- GENTILE G., *Ancora sul concorso di colpa del danneggiato incapace, contra, sempre*, in *RCP*, 1964.
- GENTILE G., *Il concorso di colpa del minore incapace in Responsabilità civile*, Milano, 1962.
- GHESTIN, *Traite de droit civil*, Paris, 1989.
- GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965.
- GHIRONI G., *Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1887.
- GIACOBBE G., *Mora del creditore*, (dir. civ.), in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1979.
- GIANNATTASIO C., *Contratto estimatorio*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962.
- GIANNATTASIO C., *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIV, 1-2, Milano, 1967.
- GIANNINI G. – PUGLIANI M., *La responsabilità da illecito civile*, Milano, 1996.
- GIANTURCO E., *Sistema di diritto civile italiano*, I, II ed., Napoli, 1894.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza dall'Avv. Giorgio Giorgi*, VII, Firenze, 1910.
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, Milano, 1959.
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento: corso di diritto civile*, Milano, 1975.
- GIORGIANNI M., *Le Obbligazioni*, Catania, 1945.

- GIORGIANNI M., *Lezioni di diritto civile tenute nell'anno accademico 1955 – 1956 dal Prof. Michele Giorgianni*, in *Raccolte per uso degli studenti* a cura di Bianca, Torino, 1956.
- GIORGIANNI M., voce *Obbligazione* (dir. priv.), in *Noviss. Dig. It.*, IX, rist., Torino, 1968.
- GIUFFRÈ V., *La substantia debitoris tra corpus e bona, Praesidia Libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del Convegno internazionale di Diritto Romano*, Copanello, 7-10 giugno 1992, Napoli, 1994, con note in *Labeo* 39, 1993, pp. 317-364, con il titolo: *Sull'origine della bonorum venditio come esecuzione patrimoniale*.
- GIUFFRÈ V., *Osservazioni in tema di bonorum cessio*.
- GIUFFRÈ V., *Profili politici ed economici della cessio bonorum*, in *Rivista di Studi Salernitani*, 7 gennaio-giugno 1971, nt. 1.
- GIUNTI P., *Ius controversum e separatio bonorum*, Firenze, 1990.
- GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, 1937, Padova, 1983.
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990.
- GUARNERI A., *Le diverse categorie dei diritti soggettivi*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco Rodolfo, *La parte generale del diritto civile*, II, il *Diritto soggettivo*, Torino, 2001.
- HARPER JAMES jr., *Introduction to English Law*, London, 1979.
- HELLEGOUARC'H J., *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 1963.
- HINARD F., *Les proscriptions de la Rome républicaine*, Roma, 1985.

- HOLMES, *The common law*, Boston, 1881, 49° rist. , p. 223. 107, I, n. 161.
- HONORAT, *L'idée d'acceptation des risque dans la responsabilité civile*, Paris, 1969.
- JAMES E DICKINSON, *Accident Proneness and Accident Law*, in *Harward Law Review*, 63, 1949-1950.
- LA LUMIA I., *L'obbligazione cambiaria e il rapporto fondamentale*, Milano, 1923.
- LARENZ, *Schuldrecht*, I, p. 9, in DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale, Libro quarto: obbligazioni artt. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile Scaloja – Branca*, a cura di Galgano F., Bologna-Roma, 1988
- LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, Hamburg, 1937, in PUGLIATTI S., *Voce: Auto responsabilità in Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.
- LAURENT, *Principes de droite civil*, Paris, 1878.
- LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912.
- LISERRE A., *In tema di concorso colposo del danneggiato incapace in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* , 1962.
- LOMONACO S., *Istituzione di diritto civile*, V, Napoli, 1904.
- LOSCO G. – MARIOTTI P., *La responsabilità civile in Compendio Normativo Commentato*, terza edizione, Milano, 2001.
- LUZZATO F., *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950.
- MAIORCA C., *Voce "Colpa civile" (teoria gen.) in Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960.

- MANCINI A., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.
- MANCINI P., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962.
- MARASCO P.G., *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2005.
- MARMOCCHI E., *atto pubblico tra clausole vessatorie e clausole abusive*, in *Riv., Not.*, 1997, II.
- MARTORANO F., *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi*, V, in *Foro It.*, 1966.
- MASTROPAOLO F., *Il sequestro liberatorio come vicenda dell'obbligazione*, Milano, 1984.
- MENGONI L., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni di "mezzo"* in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1954.
- MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952.
- MENGONI L., *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Scialoja*, IV, Bologna, 1953.
- MESSA G., *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti: teorie generali, interessi di mora, interessi compensativi, interessi convenzionali*, in *Il contratto di mutuo*, Milano, 1911.
- MESSINEO D., *Il contratto in genere*, II, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, dir. da Cicu-Messineo, Milano, 1972.
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale: art. 1173-1320*, Torino, 1982.
- MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile it.*, diretto da Vassalli, VIII, 1, Torino, 1957.

- MINERVINI G., *Mancata presentazione della cambiale e mora del creditore cambiario*, I, in *FI*, 1953.
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, Torino, 1980.
- MOCCIA L., *Il modello inglese di proprietà*, in ALPA G., BONELL G., CORAPI P., MOCCIA L., ZENO ZENCOVICH V., *Diritto privato comparato*, 1999.
- MOMMSEN TH., *Storia di Roma*, III, Roma, 1963.
- MONATERI P. G., *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001.
- MONATERI P. G., *Le fonti delle obbligazioni 3. La Responsabilità civile in Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998.
- MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni, corso di diritto civile, appunti delle lezioni*, Torino, 2007.
- NASINI V., *Il concorso di colpa del danneggiato non imputabile e la riduzione proporzionale del risarcimento in Responsabilità civile*, Milano, 1960.
- NATALE T., *La responsabilità dei genitori*, Napoli, 1900.
- NATOLI U. – BIGLIAZZI GERI L., *Mora eccipiendi e mora debendi*, Milano, 1975.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, V, I, Milano, 1974.
- NICOLET C., *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, Roma, 1980.
- NICOLET C., *Le cens sénatorial sous la République et sous Auguste*, *JRS*, 66, 1976.
- NICOLO' G., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936 e 1978.
- NICOSIA G., *Il processo privato romano. I. Le origini*, Torino, 1980.

- Nipperdey (*Ennecerus e Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, in LOSCO G. – MARIOTTI P. LOSCO G. – MARIOTTI P., *La responsabilità civile in Compendio Normativo Commentato*, terza edizione, Milano, 2001.
- ONDEI E., *Il fatto illecito del non imputabile* in *Foro It.*, 1964, I.
- OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Napoli, 1979.
- OSTI C., *Deviazioni in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* in *Riv. Tim.*, 1954.
- PACCHIONI G., *Elementi di diritto civile*, Torino, 1916.
- PACIFICI MAZZONI E., *Codice civile italiano commentato, in Trattato delle servitù legali*, VI ed., Firenze, 1906.
- PASSAGNOLI G., *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv., dir. priv.*, 2001.
- PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, I, Torino, 1987.
- PERETTI GRIVA D. R., *Sulle conseguenze del concorso, nell'evento lesivo, del fatto del danneggiato incapace di intendere e di agire* in *Riv. Giur. Circ. e Trasp.*, 1961.
- PERLINGERI P., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990.
- PERLINGERI P., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008.
- PERLINGIERI P., *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Napoli.
- PERLINGIERI P., *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e

- G. Branca, Libro IV, Delle obbligazioni (art.1230, 1259), Bologna- Roma, 1975.
- PERLINGIERI P., *Remissione del debitore e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.
 - POGLIANI M., *Irrilevanza del concorso del fatto del danneggiato incapace sulla riduzione della responsabilità del debitore per fatto illecito* in *Temi*, 1961.
 - POGLIANI M., *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1964.
 - POHIER , *Traité des obligation* , in *Oeuvres, annotès par Bugnet*, Paris, 1890.
 - PONTECORVO A., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007.
 - PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul (Minn), 1964.
 - PROTTO A., *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997.
 - PUGLIATTI S., *Voce: Auto responsabilità* in *Enciclopedia del diritto*, ume IV, Giuffre' Editore, Milano, 1959.
 - PUGLIESE R., *Diritti reali*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964.
 - QUADRELLI M., *Natura giuridica delle bollette telefoniche e prescrizione*, in *dirittoediritti*, 2001.
 - RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934.
 - RASI P., *Alcune considerazioni sul trasporto di cortesia e di amicizia* in *Riv. Giur. Circ. e Tras.*, 1965.
 - RAVAZZONI P., *Mora credendi*, in *Novissimo Digesto*, X, Torino, 1964.

- RECCHIONI F., *L'obbligo del risarcimento e la condotta del debitore. Note sull'applicazione dell'art. 1227 c.c.* in *Archivio civile*, Piacenza, 1980.
- RESCIGNO P., *Abuso del diritto*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965.
- RESCIGNO P., *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Scritti Lence*, a cura di Carpino, Napoli, 1989.
- RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950.
- RESCIGNO P., *L'accollo semplice*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, I.
- RESCIGNO P., *Obbligazione* (diritto privato - nozioni generali), in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, p. 178.
- RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Milano, 1958.
- RESCIGNO P., *Trattato di diritto privato, obbligazioni e contratti*, Torino, 1999.
- RICCA L., *Debiti (Arresto personale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XI, Varese, 1962.
- RICCI G., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, Torino, 1907.
- RICCI P., *Dei beni, della proprietà e sue modificazioni*, Torino, 1877.
- RICE, *The Automobile Guest and the Rationale of Assumption of Risk*, in *Minnesota L. Rev.*, 1943.
- RIVA SANSEVERINO L., *Disciplina delle attività professionali, imprese in generale, lavoro autonomo, lavoro subordinato*, in *Commentario al codice civile* a cura di A. Scialoja e B. Branca, sub artt. 2060-2246, Bologna-Roma, 1943.
- RIZZO V., *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al Codice Civile)*, Napoli, 1997.

- ROCCHI L., *Sul contratto estimatorio*, I, in *Riv. Dir. Comm.*, 1946.
- ROLLI R., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000.
- ROMANO G., *Interessi del debitore ed adempimento*, Napoli, 1995.
- ROSSELLO C., *Il danno evitabile. La misura della responsabilità fra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990.
- RUBINO D., *L'appalto*, in *Trattato* diretto da Vassalli, VII, 3, Torino, 1958.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 1962.
- RUBINO E., *Sui limiti dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, II,
- RUPERTO C. – SGROI V., *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di P. VITICCI, V. CARBONE, G. STELLA RICHTER, Libro IV , Delle obbligazioni, art. 1173 – 1320, Milano, 1994.
- RUSSO RUGGIERI L., *Date a Cesare quel che è di Cesare*, in *Iuris Vincula*, in *Studi Talamanca*.
- SACCO R., *Il contratto*, Torino, 1975.
- SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto*, a cura di Alpa, Graziadei, Guarneri, Mattei, Monateri e Sacco, Torino, 2001.
- SALL., Cat. 21, 2.
- SALVI C., *La responsabilità civile* in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA G. E ZATTI P., Milano, 1998.
- SALVI C., *Le conseguenze economiche della svalutazione monetaria e il problema del risarcimento del danno per l'inosservanza dei termini*

- contrattuali* in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Firenze, 1985, 5-6 (marzo).
- SANTI ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. Trim. Dir e proc. civ.*, 1955.
 - SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1940.
 - SANTI ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, II ed., Firenze, 1953.
 - SANTI ROMANO, *Scritti Minori*, Milano, 1980.
 - SANTI ROMANO, *Vendita, contratto estimatorio*, in *Trattato dir.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, V, fasc. I, Milano, 1960.
 - SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1957.
 - SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1980.
 - SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, (I ed. 1944).
 - SASSO C., *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1971.
 - SATTÀ S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1943.
 - SCAMUZZI U., *Studio sulla Lex Roscia Theatralis*, in *Rivista di Studi Classici*, 1969.
 - SCHELESINGER, *Il pagamento del terzo*, Milano, 1961.
 - SCHLESINGER, *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, in *Temi*, 1958.
 - SCIALOJA A., *Il “non uso” è “abuso” del diritto soggettivo?*, in *Foro italiano*, 1961, I.

- SCOGNAMIGLIO C., *Buona fede e responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 2001.
- SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, Roma, 1996.
- SCOGNAMIGLIO V., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1966, XI.
- SCUTO G., *Teoria Generale delle Obbligazioni*, Napoli, 1953.
- SERRA M., *Formazione del consenso; Vendita a prova, con riserva di gradimento e su campione; Vendita del marchio*, in V. Buonocore, A. Luminoso (a cura di) *Codice della vendita*, Milano, 2001.
- SICA S., *Anziani e responsabilità civile: a proposito del concorso di colpa del danneggiato* in *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1989.
- SICA S., *Responsabilità da circolazione automobilistica e modelli risarcitori: la legge francese n. 85-87 del 5 luglio 1985* in *Rass. Dir. Civ.*, 1987.
- SIMONELLI U., *Istituzioni di diritto privato*, Roma, 1921.
- STELLA G., *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995.
- STOLFI G., *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947.
- TALAMANCA M., *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*, in *Studi De Francisci*, II, Milano, 1956.
- TARELLO G., *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia (1969)*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988.
- TARUFFO M., *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Diritto privato*, 1997.

- TILOCCA M., *La remissione del debito*, Padova, 1955.
- TONDO S., *Evoluzione della disciplina giuridica nei contratti di adesione*, in *Riv. Not.*, 1995.
- TORRENTE A. E SHLESINGER P., in *Manuale di diritto privato*, Torino, 2004.
- TOULLIER, *Le droite civil français*, Paris , 1844.
- TRABUCCHI P., *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1991.
- TRAPUZZANO C., *L'abuso del diritto: elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto*, in *neldiritto.it, rivista telematica di dottrina*, n. 18, Trani, 2008.
- TRAVERSO M. C., *Causalità e colpezza nel concorso di colpa del danneggiato* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 1994.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, quattordicesima edizione, Milano, 2003.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- TRIMARCHI P., Voce: *Illecito* in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970.
- VARRONE R., *Il negozio giuridico tra ideologia e dogmatica*, Napoli, 1972.
- VENCHIARUTTI A., *Cadute e responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia*, I, 1, 2, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002.
- VENCHIARUTTI A., *La responsabilità civile dell'incapace* in *Resp. Civ.* a cura di Cendon, Milano 1988.
- VISENTINI G., *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009.

- VISENTINI G., *Mora del creditore*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Rescigno, voce *obbligazioni e contratti*, Torino, 1984.
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, II ed., Milano, 2006.
- VISINTINI G., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979.
- VON TUHR, *Der Allgem. Teil des Deutsch. Burg. Rechts*, II, 2, Munchen u. Leipzig, 1918, in PUGLIATTI S., *Voce: Auto responsabilità* in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.
- WEISS E., *Proscriptio debitorum*, RIDA, 2, 1949.
- WILLIAMS L., *Joint Torts and Contributory Negligence*, London, 1951.
- ZACHARIAE, *Manuale di diritto francese*, Milano, 1907.
- ZAMPOLLI A., *Come rispondere di scelte che non si possono fare: sul concorso di colpa del danneggiato incapace* in *Il foro italiano*, 1993, 1 (giugno).
- ZANOBINI G., *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in Memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943.
- ZITELMAN, *Das Recht des BGB, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1900, in LOSCO G. – MARIOTTI P LOSCO G. – MARIOTTI P., *La responsabilità civile in Compendio Normativo Commentato*, terza edizione, Milano, 2001.
- ZITELMANN, *Das Recht des Burg. Gesetzbuchs (all. Teil)*, Leipzig, 1900, in PUGLIATTI S., *Voce: Auto responsabilità*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.

FONTI GIURISPRUDENZIALI

- Cass., SS.UU., 17 febbraio 1964 n. 351 in *FI*, 1964, I.
- Cass., SS.UU., 17 febbraio 1964, n. 351 in *Giur. It.*, 1964, parte I.
- Cass., SS.UU., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Dir. Lav.*, 1999, II.
- Cass., SS.UU., 19 aprile 1963 in *Giust. Civ.*, 1963, I.
- Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro italiano*, 1960.
- Cass., 8 settembre 1995, n. 9501, in *Mass.*, 1995.
- Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Corr. Giur.*, 1995.
- Cass., 21 maggio 1997, n. 4538 in *Foro It.*, 1997, I.
- Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, in *Gius. Civ.*, 1997, I.
- Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, in *Gius. Civ.*, n. 1997, I.
- Cass., 19 maggio 1998, n. 7990, in *Società*, 1998.
- Cass., 14 marzo 1981, n. 1430, in *Mass.*, 1981.
- Cass., 9 ottobre 1998, n. 9998, in *Mass.*, 1998.
- Cass., 18 gennaio 1999, n. 434, in *Mass.*, 1999.
- Cass., 1 febbraio 1999, n. 827 in *Gir. It.*, 1999.
- Cass., 29 marzo 1999, n. 3032, in *Mass.*, 1999.
- Cass., 15 marzo 1956 in *D.* 1956, p. 445, 2ème esèce.
- Cass., 13 gennaio 1995, n. 367, *GI*, 1995, I, 1, 1856.
- Cass., 8 marzo 1963 n. 568 in *Giurisprudenza Italiana*, 1964, I.
- Cass., 17 febbraio 1964 n. 351 in *RCP*, 1964.
- Cass., 11 febbraio 1978 n. 630 in *Mass. Giust. Civ.*, 1978.
- Cass., 17 gennaio 1985 in *RP*, 1985.
- Cass., 20 marzo 1956 in *Dalloz*, 1956, *Jurispr.*

- Cass., 21 aprile 1965 n. 827 in *Foro It.*, 1965, I.
- Cass., 24 luglio 1963 n. 2055 in *Resp. Civ. e Prev.*, 1964.
- Cass., 27 marzo 1965 n. 522 in *RCP*, 1965.
- Cass., 30 gennaio 1962 in *GP*, 1963.
- Cass., 7 febbraio 1996 n. 969 in *FI*, 1996, I.
- Cass., 9 dicembre 1982 n. 6716 in *Arch Civ.*, 1983.
- Cass., 1 giugno 1968 n. 1647 in *RCP*, 1969.
- Cass., 10 febbraio 1961 n. 291 in *Resp. Civ. Prev.*, 1961.
- Cass., 10 novembre 1961 in *D.*, 1962.
- Cass., 11 aprile 1956, n. 1052 in *RC*, 1956, sub 83.
- Cass., 13 aprile 1948 n. 564 in *FI*, 1965, I.
- Cass., 13 dicembre 1962 in *Arch. Resp. Civ.*, 1965.
- Cass., 14 ottobre 1954 n. 3766 in *Rass. di Giur. sul c.c.*, sub art 2043.
- Cass., 28 aprile 1962 in *Il foro italiano*, 1962, I.
- Cass., 29 luglio 1967 n. 2027 in *FI*, 1968, I, 1.
- Cass., 3 agosto 1962 n. 2329 in *Giust. Civ.*, 1963, I.
- Cass., 3 giugno 1959 n. 1650 in *Resp. Civ. e Prev.*, 1960.
- Cass., 3 giugno 1959 n. 1650 in *Resp. Civ. e Prev.*, 1960.
- Cass., 30 ottobre 1964 in *Resp. Civ.*, 1965.
- Cass., 29 aprile 1993 n. 5024 in *Resp. Civ. Prev.*, 1994.
- Cass., 16 marzo 1963 n. 658 in *Giurisprudenza Italiana*, 1964, I, 1.
- Cass., 20 maggio 1952, n. 1681, in *Giustizia Civile*, I.
- Cass., 20 novembre 1991 n. 12349, in *Giustizia Civile*, 1992.
- Cass., 24 febbraio 1987 n. 1937 in *AC*, 1987.

- Cass., 25 marzo 1961 n. 681 in *Giustizia civile*, 1961, I.
- Cass., 25 marzo 1988 n. 2589 RFI, 1988 in *Danni civili*.
- Cass., 26 marzo 1947, n. 433, in *Giur. It.*, 1947, I, 1.
- Cass., 27 maggio 1964, n. 1327, in *Rep. Giur. It.*, 1964.
- Cass., 29 luglio 1967 n. 2027 in *FI* 1968, I.
- Cass., 28 aprile 1962 n. 827 in *FI*, 1962.
- Cass., 4 febbraio 1987, n. 994, in *Mass. Foro It.*, 1987, ultima nota.
- Cass., 6 marzo 1992 n. 2688 in *RFI*, 1992.
- Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Corr. Giur.*, 1991.
- Cass., 9 marzo 2001, n. 3481, *GIUS*, 2001.
- Cass., 25 ottobre 1972 n. 3255 in *Giur. It.*, 1974, I, 1.
- Cass., 3 giugno 1959 n. 1650 in *Resp. Civ. Prev.*, 1960.
- Cass., 6 maggio 1986 n. 3031 in *Giur. It.*, 1986, I, 1.
- Cass., 27 giugno 1987, n. 5710, in *Mass. Foro It.*, 1987.
- Cass., 1 marzo 2010, n. 6538, in *Mass.*, 2010.
- Cass., 10 aprile 1990, n. 2998, *MGI*, 1990.
- Cass., 10 maggio 2001, *MGI*, 2001.
- Cass., 10 marzo 1970, n. 624, in *Foro It.*, 1970, I.
- Cass., 10 marzo 1986, n. 1597, *MGI*, 1986.
- Cass., 12 luglio 1968, n. 2474, *RGC*, 1968.
- Cass., 12 luglio 1978, n. 3521, in *Mass. Giur. It.*, 1978.
- Cass., 12 ottobre 1967, n. 2437, in *Foro It.*, I.
- Cass., 13 ottobre 1997, n. 9939, in *Giur. It.*, 1998.
- Cass., 14 gennaio 1992, n. 360, in *Mass. Foro it.*, 1992.

- Cass., 14 marzo 1995, in *Giust. Civ.*, 1995, I.
- Cass., 15 dicembre 1981, n. 6681, *VN*, 1982.
- Cass., 18 gennaio 1995, n. 552, in *Mass. Giur. It.*
- Cass., 20 gennaio 1964, D, 1964, 518, *JCP*, II, 14035.
- Cass., 22 settembre 1993, n. 9662, *GI*, 1995, I, 1.
- Cass., 23 febbraio 1987, n. 915, *AC*, 1987.
- Cass., 24 gennaio 1972 n. 178 in *Giust. Civ.* , 1972, I.
- Cass., 25 maggio 1984, n. 3228, *MGI*, 1984.
- Cass., 26 gennaio 1980, n. 641, in *Mass. Giur. It.*, 1980.
- Cass., 26 gennaio 1981, n. 578, in *Resp. Civ. e prev.*, 1981.
- Cass., 26 giugno 1976, n. 2395, in *Foto It.*, 1976, I.
- Cass., 27 novembre 1973, n. 3249, *MGI*, 1973.
- Cass., 28 luglio 1977 n. 3360, in *Giur. It*, 1977.
- Cass., 4 dicembre 1992, n, 12922, *MGI*, 1992.
- Cass., 4 dicembre 1997, n. 1238, *ALC*, 1998.
- Cass., 4 ottobre 2000, n. 13169, in *Mass. Foro It.*, 2000.
- Cass., 5 marzo 1971, m. 586, in *Giust. Civ.*, 1971, I.
- Cass., 6 agosto 1983, n. 5274, in *Foto It.*, 1984, I.
- Cass., 6 agosto 1983, n. 5274, in *Foto It.*, 1984, I.
- Cass., 7 agosto 1990, n. 7987, in *Mass.*, 1990.
- Cass., 6 dicembre 2000, n. 15505, in *Contratti*, 2001.
- Cass., 7 febbraio 1979, n. 837, in *Mass. Giur. It.*, 1979.
- Cass., 8 agosto 1957, n. 3361, in *Rep. Giust. Civ.*, 1957.
- Cass., 8 febbraio 1986, in *Giust. Civ.*, 1986, I.

- Cass., 9 maggio 2000, n. 5883, in *Foro It.*, 2001, I.
- Cass., 21 gennaio 1985, n. 202, *MGI*, 1985.
- Cass., Roma 13 agosto 1906 in *Cass., Un. Civ.*, 1906.
- Cass., Torino 11 maggio 1914 in *M*, 1914.
- Cass., Sez. Lav., 26 novembre 1994, n. 10072, in *Riv., Trim. dir. lav.*, 1995.
- Cass., Sez. Lav., 28 marzo 1997, n. 2822, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997.
- Cass., francese, 8 ottobre 1963 in *Foro italiano*, 1964, IV.
- Cass., Pen. 17 marzo 1993 in *RFI*, 1993.
- Corte Giust. Ce, 3 maggio 1978, causa C-112/77, Topfer, in *Raccolta*, 1978-1.
- Corte Giust. Ce, 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks e Spencer, in *Corr. Trib.*, 2002.
- App., Genova 11 maggio 1906 in *TG*, 1906.
- App., Messina 18 agosto 1960, in *Arch. Resp. Civ.*, 1961.
- App., Potenza 3 dicembre 1907 in *FI*, 1908, I.
- App., Torino 5 febbraio 1897, in *Giur. it.*, 1897.
- App., Torino 7 gennaio 1902, in *Mon. Trib. Mil.*, 1902.
- App., L'Aquila 13 marzo 1958 in *FI*, 1958, I.
- App., Milano, 29 novembre 1985, in *Dir. e prat. Assic.*
- Trib. Genova, 22 dicembre 1965 in *Dir. maritt.*
- Trib. La Spezia, 27 marzo 1953, *DL*, 1953, II.
- Trib. di Roma, 11 luglio 1986 n. 10931, in *Tem. Romani*, II.
- Pret. Salerno, 9 novembre 1984, *GI*, 1986, I, 2.
- Lodo arbitrale, 8 agosto 1985, n. 59, in *Arch. Giur.*, 1986.

- Caso *Damn v. Hamilton*, 1939, I KB.
- *Foti v. Banque Nationale De Paris*, in J. B. L., 1989.
- Trib. Seine 2 maggio 1955 in J. C. P., 1955, II.
- *Trombari v. Cannors* (1912), 85 Conn. 231, 82 A.