

inopportuna e, per gli stessi motivi che hanno operato in Germania, anche grandemente pericolosa.

Risulta dalla Relazione (p. 27) che, in fondo, l'affermazione, per cui il debitore è tenuto a comportarsi secondo le regole della buona fede, non è che la premessa necessaria del principio enunciato nell'art. 74: «Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve impiegare la diligenza di un buon padre di famiglia». L'art. 74 avrebbe dunque lo scopo di «determinare il grado e la misura del contegno di famiglia», contegno che l'art. 73 vuole sempre improntato alle regole della buona fede. Ma non pare, in verità, che questo ragionamento colga nel segno, tanto più se si riconosca, con la relazione (p. 81 cit.), che il principio di buona fede deve dominare non soltanto il contegno del debitore, ma anche quello del creditore. Può anche ammettersi che la determinazione della diligenza nell'adempimento (art. 74) promani direttamente dalla necessità di attenersi alle regole della buona fede, ma indubbiamente il principio dell'art. 73 pervade un campo di applicazione molto più ampio e può anche determinare (anche se ingiustificatamente) un indirizzo di dottrina e di giurisprudenza corrispondente a quello derivato, nella Germania nazionalsocialista, dal § 242 BGB.

A prescindere dalla valutazione della opportunità o meno di fissare in termini espliciti, nel nuovo libro delle obbligazioni, la misura della diligenza, che deve avere il debitore nell'adempimento, noi riteniamo — in conclusione — inopportuno e pericoloso l'enunciato del comma 2 dell'articolo 73 nel Libro delle Obbligazioni. [Prof. Antonio Guarino].

131). RG. 4. 6. 1937; RGZ. vol. 155, p. 148; JW. 1937, p. 2266 e inoltre SIEBERT in JW. 1937, p. 2495.

- SLEALE DIFFERIMENTO DELL'ESERCIZIO DI UN DIRITTO — DECADENZA.
- TREUWIDRIGE VERSPÄTUNG DER GELTENDMACHUNG EINES RECHTS — VERWIRKUNG.
- UNFAIR DEFERMENT IN ENFORCEMENT OF A RIGHT — DEBARRING.
- RETARD ILLOYAL DE L'EXERCICE D'UN DROIT — DÉCHÉANCE.

La decadenza da un diritto per effetto del suo mancato esercizio per un tratto prolungato di tempo e del concorso di circostanze speciali (*Verwirkung*), può considerarsi come un caso particolare di illecito esercizio di un diritto.

Un diritto è da riguardare come decaduto, nel senso ora detto, quando il ritardo frapposto all'esercizio di esso sembra contrastare ai principi della buona fede (*Treu und Glauben*). Tale è anzitutto il caso in cui il debitore ha dovuto desumere dal comportamento del creditore la convinzione che questi non intendesse più far valere il suo diritto, e ha creduto di non dover più calcolare sull'esercizio di tale diritto. Ma con ciò non è punto esaurita la cerchia delle circostanze speciali, date le quali il ritardato esercizio di un diritto contrasta ai principi della buona fede (*Treu und Glauben*).

L'esigenza della certezza dei rapporti giuridici, il pensiero della collettività, l'equo riguardo alla situazione dell'obbligato, gli usi del commercio giuridico, «la tutela dell'affidamento, il concreto dovere giuridico di far valere i propri diritti», sono tutti elementi, i quali richiedono che ognuno si comporti in ordine all'esercizio dei diritti così, come dovrebbero agire tutti per realizzare in massimo grado l'utile della collettività.

*Verwirkung ist ein Sonderfall unzulässiger Rechtsausübung. Ein Anspruch ist verwirkt, wenn die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben empfunden wird. Das ist zunächst der Fall, wenn der Schuldner aus dem Verhalten des Gläubigers hat entnehmen müssen, dass dieser den Anspruch nicht mehr geltend machen wolle, dass er mit diesem Anspruch nicht mehr zu rechnen brauche. Damit ist aber der Kreis der besonderen Umstände, unter denen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt, nicht erschöpft.*

*Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, der Gemeinschaftsgedanke, die billige Rücksicht auf die Lage des Verpflichteten, die Verkehrssitte, der «Vertrauensschutz, die konkrete Rechtspflicht zur Geltendmachung des Anspruchs» erfordern, dass der Einzelne sich hinsichtlich der Verwirklichung von Rechten so verhalte, wie das Verhalten jedes Einzelnen der Gemeinschaft am zuträglichsten wäre.*

132). RG. 12. 11. 1936; RGZ. vol. 153, p. 59; JW. 1937, p. 1058.

- NEGOZIO GIURIDICO — VIZIO DI FORMA — «EXCEPTIO DOLI».
- RECHTSGESCHÄFT — FORMMÄNGEL — ARGLISTENREDE.
- LEGAL TRANSACTION — DEFECT OF FORM — «EXCEPTIO DOLI».
- ACTE JURIDIQUE — VICIES DE FORME — «EXCEPTIO DOLI».

L'affermazione incidentale del Reichsgericht (sent. 2 giugno 1932, VIII, 136/32), secondo la quale si può replicare con l'*exceptio doli* all'eccezione di nullità di un negozio per vizio di forma, solo in quanto l'altra parte abbia per lo meno concorso col proprio comportamento a causare il vizio stesso, è, come tale, inesatta. Con formulazione più limitata deve dirsi che l'eccezione di dolo non può, da nessuna delle parti, venire fondata sul puro e semplice fatto, non suffragato da altre circostanze, che entrambe hanno scientemente — meno che mai se inscientemente — violato le disposizioni di legge e hanno poi, per lungo tempo, considerato il negozio come valido.

*Wenn das Reichsgericht gelegentlich (Urteil vom 2. 6. 1932, VIII 136/32) gesagt hat, die Einrede der Arglist könne gegenüber der Nichtigkeit infolge Formmangels nur zugelassen werden, wenn der Partei ein Verhalten zur Last falle, das den Formmangel zum wenigsten mitverursacht habe, so ist das missverständlich und bedarf der Einschränkung. Es kann keine Partei mit der Einrede der Arglist gehört werden, wenn weiter nichts vorliegt, als dass beide Vertragsteile bewusst — noch weniger aber wenn unbewusst — gegen die gesetzliche Vorschrift verstossen und dann jahrelang das Geschäft als gültig behandelt haben.*

133). RG. 30. 10. 1936; RGZ. vol. 152, p. 268; JW. 1937, p. 297.

- LEGISLAZIONE VALUTARIA — EFFETTI SUI CONTRATTI DEI PRIVATI — DOVERI GENERALI DEI CITTADINI.
- DEVISENGESETZGEBUNG — EINFLUSS AUF DIE PRIVATVERTRÄGE — ALLGEMEINE PFLICHTEN DER VOLKSGENOSSEN.
- LEGISLATION ON FOREIGN CURRENCY — EFFECT ON PRIVATE CONTRACTS — GENERAL DUTIES OF GERMAN NATIONALS.
- LÉGISLATION DES DEVISES — EFFETS SUR LES CONTRATS PRIVÉS — OBLIGATIONS GÉNÉRALES DES CITOYENS.

L'assicurato sulla vita, il quale prevede di non poter più, tra breve, ottenere l'autorizzazione al pagamento dei premi del contratto di assicurazione stilato in dollari, è tenuto, ai sensi del § 242 cod. civ., ad avviare, in quanto possibile, alle difficoltà che in conseguenza di ciò si frappongono al normale svolgimento del rapporto contrattuale.

Ogni cittadino tedesco (*Volksgenosse*) e, in generale, chiunque abbia in Germania il suo domicilio o la sua abituale dimora, è tenuto, per quanto possibile, ad avviare agli inconvenienti connessi alla situazione valutaria del Reich e alla conseguente legislazione sulle divise: agisce contro i principi della buona fede (*Treu und Glauben*) chi tenti di profittare di simile stato di cose per trarne per sé dei vantaggi, cui altrimenti non avrebbe potuto aspirare.

*Sieht der Versicherungsnehmer bei einer Dollarlebensversicherung, dass er in absehbarer Zeit die Genehmigung zur Zahlung der Prämien in Devisen nicht mehr erhalten wird, so ist er nach § 242 BGB. verpflichtet, die dadurch entstehenden Schwierigkeiten im Rahmen des Vertrages soweit wie möglich zu lösen.*

*Jeder Volksgenosse und jeder andere, der im Inland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist gehalten, die aus der Devisennotlage des Reichs und aus der durch sie veranlassten Devisengesetzgebung hervorgehenden Schwierigkeiten nach Möglichkeit zu beseitigen; wer etwa versucht aus diesen für sich besondere Vorteile zu ziehen, auf die er bei Nichtvorhandensein der Schwierigkeiten keinen Anspruch hätte, handelt gegen Treu und Glauben.*

OSSERVAZIONI. — Il regime giuridico dell'inadempimento per impossibilità sopravvenuta della prestazione nel diritto italiano. — 1. — La massima enunciata dal Reichsgericht interpreta molto cor-

rettamente la lettera e lo spirito della disposizione del § 265 BGB e deve quindi incondizionatamente approvarsi.

La soluzione del diritto italiano in merito al problema della impossibilità sopravvenuta della prestazione è analoga a quella del diritto tedesco. L'art. 1225 cod. civ. stabilisce che il debitore inadempiente è esonerato da ogni sua responsabilità solo quando provi che « una causa estranea, a lui non imputabile » sia sopravvenuta a rendergli impossibile l'adempimento; ed aggiunge l'art. 1226 che il debitore non è tenuto a risarcire il danno, quando provi che, in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito, fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, ovvero ha fatto ciò che gli era vietato. Ne risulta — secondo l'interpretazione più ovvia — che l'obbligazione è sciolta tutte le volte che un fatto obiettivo, indipendente dalla volontà del debitore, abbia reso assolutamente impossibile a costui di effettuare la prestazione (v., sull'argomento, da ultimo, TORRENTE, *In tema di impossibilità sopraggiunta della prestazione*, in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, II, p. 259; cfr. anche, quanto alla giurisprudenza, da ultimo, Cass. 15.6.1936, GIREP 1936, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 251, e App. Bari 19. 7. 1937, in *Corte di Bari* 1937, 1. 21).

2. — La dottrina suole inquadrare — come è noto — le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione nella così detta « teoria dell'inadempimento delle obbligazioni », nella quale si fanno rientrare inoltre le ipotesi di mora, sia *solvendi* che *credendi* (v., in proposito, DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*,<sup>9</sup> III, p. 115 s.). L'inadempimento — si dice — può essere *definitivo*, in quanto la prestazione sia divenuta impossibile, ma può essere anche *temporanea*, in quanto in un ritardo nel prestare incorra il debitore o in un ritardo nel ricevere incorra il creditore.

Scopo di questa breve nota è di lasciare da parte il secondo gruppo di ipotesi e di toccare invece più da vicino la teoria del così detto « inadempimento in senso stretto », cioè dell'inadempimento per impossibilità sopravvenuta della prestazione, ai fini di una valutazione dei problemi che si pongono al nostro legislatore nella riforma, ormai imminente, del diritto delle obbligazioni (cfr., sul punto, OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, RDC 1918, 209 s., 313 s., 417 s.; GIOVENTE, *Sulla impossibilità della prestazione*, RDCo 1919, 1. 302 s.; Ancora sulla impossibilità della prestazione, RDC 1919, 342 s., con Postilla dell'OSTI, p. 352; SECRÈ, *Sulla teoria della impossibilità della prestazione*, in *Scritti giuridici* I, p. 386 s.).

Senonchè, non può farsi a meno di notare che, quando dalla considerazione delle ipotesi di inadempimento (impossibilità, ritardo) si passi alla considerazione delle sue cause, si vede subito che una netta distinzione va posta tra il caso che l'inadempimento sia *volontario* (per dolo o per colpa) e quello in cui esso sia *involontario*. Le teorie della impossibilità sopravvenuta e della mora, che possono sembrare a tutta prima tanto divergenti, si avvicinano, sotto questo profilo, sensibilmente, e la ripercussione pratica più notevole si ha nella determinazione degli effetti dell'inadempimento da parte del debitore. Le cause del sopraggiungere di una impossibilità della prestazione possono essere, invero, di tre specie: dolo, colpa, caso; bisogna distinguere, in una parola, tra cause volontarie e cause involontarie. Quanto al ritardo nella prestazione (la quale rimane, beninteso, tuttora possibile), egualmente s'ha da distinguere tra cause volontarie e cause involontarie: nel primo caso si ha la mora in senso tecnico (colpevole indugio), nel secondo caso si ha un fenomeno di impossibilità temporanea della prestazione.

Ora, appunto una radicale diversità di effetti producono le cause dell'inadempimento, a seconda che siano o no volontarie. Tanto se un fatto estraneo alla volontà del debitore ha prodotto una impossibilità permanente, quanto se esso ha prodotto una impossibilità temporanea della prestazione, il debitore trovasi ad essere *esonero da ogni responsabilità*, rispettivamente per la mancata o per la ritardata prestazione: non solamente egli non effettua la prestazione o se il suo atteggiamento colposo (per limitarci alla *mora debendi*) ha prodotto il ritardo, in ogni caso il debitore è tenuto a risarcire il danno subito dal creditore per la mancata o ritardata prestazione (la varia misura del risarcimento qui non interessa). Quanto alla *mora credendi*, essa provvede all'unica ipotesi in cui può avere rilievo l'atteggiamento colpevole del creditore nella determinazione del non adempi-

mento del debitore: è evidente che il creditore non ha interesse a produrre la impossibilità della prestazione e che, in ogni caso, se questa dipenda dal suo atteggiamento colpevole, egli ne sopporta automaticamente la sanzione per il fatto che il debitore non è tenuto a risarcirlo dei danni del mancato adempimento; l'unica ipotesi degna di rilievo è dunque quella di un suo colpevole indugio nell'*accipere*, dal quale scaturisce l'obbligo di risarcire i danni eventualmente subiti dal debitore.

Contrariamente a quanto assume la comune dottrina (cfr. DE RUGGIERO, cit. 1161 s.), bisogna ritenere, in conclusione, che il criterio razionale da adottarsi nello studio della così detta « teoria dell'inadempimento » non sia quello di prendere in considerazione le ipotesi di non adempimento (impossibilità o ritardo), ma sia piuttosto quello di esaminare le cause, e correlativamente gli effetti collegati al fenomeno generale del non adempimento di una obbligazione da parte del debitore. Ma occorre anche avvertire che, da un punto di vista strettamente concettuale, la « teoria dello inadempimento » non esiste, finchè manca assolutamente un denominatore comune, atto a caratterizzare in maniera inconfondibile le ipotesi tutte che in essa si fanno rientrare.

« Inadempimento » non è un concetto positivo, ma negativo: esso deve essere determinato in relazione al concetto di « adempimento ». Dato che l'adempimento consiste nella esecuzione della prestazione dovuta da parte del debitore, deve dunque dirsi che si ha inadempimento tutte le volte in cui il debitore non soddisfa il creditore, non esegue cioè il suo obbligo, sia che non lo esegua del tutto, sia che non lo esegua parzialmente, sia ancora che non lo esegua nel termine dovuto, sia infine che giunga ad estinguere l'obbligazione in qualunque altro modo (novazione, compensazione, confusione, ecc.). Di fronte a questo ragionamento, si vede come la limitazione della teoria dell'inadempimento alle due sole ipotesi della impossibilità sopravvenuta della prestazione e della mora sia alquanto arbitraria. Antiscientifica sarebbe, d'altronde, una « teoria dell'inadempimento » che abbracciasse in sé tutte le ipotesi di non adempimento da parte del debitore: la eterogeneità evidente di tutte queste ipotesi osterebbe la costruzione della teoria.

Io ritengo che sia più utile e meno complicato ripartire, in base ai loro effetti caratteristici, le ipotesi di non adempimento da parte del debitore tra la teoria dei modi di estinzione dell'obbligazione, quella dell'adempimento, o infine, se mai, quella colpa contrattuale.

L'impossibilità definitiva dell'adempimento produce, se dovuta a causa estranea non imputabile al debitore, l'estinzione dell'obbligazione *ipso iure*: lungi dall'essere l'ipotesi tipica dell'inadempimento, essa è una ipotesi di estinzione dell'obbligazione senza adempimento, da inquadrare accanto alle altre più note. L'impossibilità temporanea, egualmente non dovuta a cause volontarie, è invece produttiva di un ritardo dell'adempimento, non dà luogo a risarcimento, ma può ben far parte della teoria dell'adempimento. Nella teoria dell'adempimento rientra, in fondo, la mora del creditore, in quanto che la disciplina dell'istituto è principalmente prevista al fine di assicurare l'adempimento anche nel caso di colpevole indugio del creditore nell'*accipere*. Quanto alle ipotesi di dolo e colpa come produttivi di impossibilità della prestazione e di mora del creditore, siamo in cospetto di cause volontarie di non adempimento, che determinano la genesi di un obbligo al risarcimento dei danni: la costruzione di una « teoria dell'inadempimento » su queste ipotesi è visibilmente arbitraria, mentre l'economia del sistema reclama addirittura l'inquadramento di esse nella teoria dell'adempimento, in considerazione del fatto che la esecuzione della prestazione o avviene, sia pur ritardata, o, non potendo più avvenire, è trasformata in quello che per definizione è il suo equivalente economico, *id quod interest*.

Tutto questo si è detto, non per una inutile disquisizione circa un problema di sistematica espositiva, che è di ben poca importanza, ma in vista della nuova legislazione italiana sul diritto delle obbligazioni, la quale — almeno stando al progetto ministeriale (Roma, 1940) — si inchina un po' troppo ad ogni sorta di ripartizioni sistematiche della materia, ingenerando il pericolo di una eccessiva astrattezza normativa e macchinosità sistematica del codice civile. Non giova alla legge, che è naturalmente destinata a regolare la vita vissuta dei rapporti giuridici, di tener in conto superfluo le distinzioni della dottrina; e tanto meno ciò può giovarle quando queste distinzioni appaiono principalmente dettate da criteri di opportunità espositiva. Poco utile e alquanto pericoloso deve apparire, in conclusione, il capo VI del titolo I (relativo alle « obbligazioni in generale »), capo che si intitola « Dell'inadempimento delle obbligazioni ».

3. - Ma è tempo di restringere il nostro discorso alla impossibilità sopravvenuta della prestazione come causa di estinzione dell'obbligazione.

Come si è detto dianzi (n. 1), la impossibilità della prestazione, per essere tale, deve essere - a norma degli artt. 1225-1226 - *obiettiva ed assoluta*: obiettiva, nel senso che non deve essere relativa al particolare soggetto giuridico cui incombe l'obbligo della prestazione; assoluta, nel senso che non deve essere relativa alla particolare fattispecie cui inerisce l'obbligazione. Ciò affermando, non intendo riferirmi alla *causa* della impossibilità, cioè al « caso non imputabile » al debitore, di cui discorre l'art. 1225 cod. civ., ma alla *natura* della impossibilità stessa: il legislatore del 1865 non ha menomamente previsto l'ipotesi che la impossibilità sopravvenuta della prestazione possa consistere in una eccessiva onerosità della prestazione stessa per il debitore. Pure è questo un caso non infrequente ed anche di notevole importanza pratica: non solo cause estreme, quali un cataclisma o una guerra, possono determinare una difficoltà sopravveniente della prestazione (che non è tuttavia assoluta impossibilità), ma una eccessiva onerosità della prestazione può sopraggiungere, e spesso, nella agitata vita economica moderna e causa dei molteplici e subitanei impedimenti (dazi di protezione, embargos, ecc.) che rendono estremamente periglioso specialmente il commercio internazionale.

La guerra europea fece emanare al nostro legislatore un decreto legge rimasto famoso, il D.L. 27 maggio 1915 n. 739, per cui (art. 1) la guerra era da considerarsi caso di forza maggiore non solo quando rendesse assolutamente impossibile la prestazione, ma anche quando la rendesse eccessivamente onerosa per il debitore. Non è il caso di riesumare le dispute suscitate da questa norma, abrogata poi con D. L. 3 maggio 1920 n. 663. Il suo valore, come è stato ben rilevato (DE RUGGIERO, cit., p. 133, nota 1), è principalmente consistito nella equiparazione della impossibilità relativa alla impossibilità assoluta della prestazione; ma non meno giustamente si è osservato (cfr. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, p. 863) che il fatto che un apposito decreto sia intervenuto a stabilire la equiparazione stessa, è la riprova che essa è, in base alle norme del codice civile, assolutamente impossibile.

D'altra parte non pare che i tentativi sinora fatti, per dimostrare l'esistenza di un principio di sopravvenienza contrattuale nel nostro diritto positivo, abbiano colto nel segno (v. in proposito GUARINO, *In tema di clausola « rebus sic stantibus »*, in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, vol. VI, p. 241 s.). Sopravvenienza contrattuale è una causa di estinzione dell'obbligazione identica, sebbene più limitata, rispetto alla impossibilità relativa: essa si identifica, in fondo, con la « presupposizione », e consiste nel venir meno di tutti quegli elementi di fatto che l'obbligato doveva aver presupposto come essenziali per la validità del contratto. Si è tentato, principalmente dall'OSTI (*Appunti per una teoria della sopravvenienza*, RDC 1913, p. 471 s.) e dal GIOVENE (*Sul fondamento specifico della sopravvenienza*, RDCo 1921, I, p. 155 s.), di darle un fondamento positivo, oltre che logico, ma anche l'ultimo assertore, in ordine di tempo, della sopravvenienza, il DE SIMONE (*Ancora sulla sopravvenienza contrattuale del diritto positivo*, RDP 1939, estr., pp. 1-30), ha dovuto con venire sulla insufficienza delle teorie sinora avanzate.

A mente del DE SIMONE (cit. p. 33 s.), l'istituto della sopravvenienza contrattuale trova il suo fondamento positivo nell'art. 1119 cod. civ., secondo cui « l'obbligazione senza causa non può avere alcun effetto ». È una teoria originale e interessante, che occorre esaminare con attenzione.

La soluzione del problema della sopravvenienza riposa, secondo il DE SIMONE, in una retta concezione della causa. La causa non è un elemento che debba sussistere soltanto nel momento in cui il contratto si conclude; essa è invece un requisito, intimamente connesso con la volontà delle parti, che deve sussistere sino al momento della esecuzione del contratto. La mancanza di causa può essere, pertanto, *originaria*, e darà origine alla assoluta nullità del contratto, ma può essere altresì *sopravvenuta*, e darà motivo all'annullamento del negozio. A queste affermazioni, che l'autore basa su un esame delle opinioni di alcuni giuristi antichi e principalmente del DOMAT (*Lois civiles*, Sez. V, tomo I, n. 13), segue un riesame delle teorie sulla causa, volto a dimostrare (p. 52) che causa è « lo scopo cui ha mirato ciascun contraente ed il solo impulso al formarsi ed al manifestarsi della volontà di obbligarsi ».

Dato questo suo concetto di causa e data la interpretazione ch'egli fornisce dell'art. 1119,

è facile comprendere quali siano le conclusioni del DE SIMONE (p. 52 s.). Nei contratti sinallagmatici lo scopo di ciascun contraente non è - come generalmente suol dirsi - la controprestazione, perchè altrimenti esso verrebbe a confondersi con l'oggetto del negozio, ma è quello « di conseguire una utilità »; ma allora il sopraggiungere di una eccessiva onerosità della prestazione determina il venir meno della causa stessa del contratto (nonchè, anche, del consenso) e determina quindi l'annullabilità del contratto da parte del giudice. In conclusione, tutte le volte che una obbligazione sia contrattuale e che la causa venga meno per una ragione estrinseca ai contraenti, umanamente imprevedibile e non determinata da loro colpa (in senso lato), il contratto è annullabile e per conseguenza la prestazione non è più dovuta.

4. - A mio avviso la nuova teoria del DE SIMONE, sul fondamento positivo della sopravvenienza contrattuale, può soddisfare soltanto a prima vista. Indubbiamente l'orientamento prescelto dall'autore è tra i migliori sin qui adottati ed il ragionamento su di esso basato sfrutta abilmente molti elementi di incertezza della teoria della causa, ma non è difficile dimostrare la loro erroneità.

Ancora una volta torna in ballo il problema annoso dei rapporti intercorrenti fra causa e motivi, fra causa e volizione delle parti, ma il riesame dell'argomento non potrà portarci a conclusioni diverse da quelle che abbiamo raggiunto in altre occasioni (cfr. GUARINO, *I motivi illeciti degli atti di liberalità secondo il progetto del codice civile*, in *Diritto e Giurisprudenza* 1938, estr.; *Sui motivi illeciti delle disposizioni di ultima volontà*, in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, III, p. 11 s.).

È noto che, press'a poco, esistono altrettante teorie sulla causa, quanti sono gli autori che si sono occupati dell'argomento. Dette teorie possono, tuttavia, raggrupparsi, *grosso modo*, nella maniera seguente:

a) Un primo indirizzo è quello che attribuisce alla causa una *natura subbiettiva* (cfr., principalmente, CAPITANT, *De la cause des obligations*<sup>2</sup>, p. 1 s.; MOTTA, *La causa delle obbligazioni*, p. 157 s.; BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici, passim*) e la definisce come il motivo ultimo, fondamentale, come il motivo giuridicamente rilevante perseguito dalle parti. La causa viene ad identificarsi con la volontà, ma assume una colorazione obiettiva, in quanto che la si definisce come un elemento astratto, che non muta da negozio a negozio, ma caratterizza i singoli « tipi », se non addirittura ogni tipo di negozio in una medesima maniera. Ma è un indirizzo, questo, del tutto superato, che si risolve, in fondo, nella identificazione dell'elemento « causa » con l'elemento « consenso » e quindi nella negazione della causa (cfr. MALVAGNA, *Il problema della causa nei contratti*, RDC 1934, p. 118 s., 147 s., 213 s., 243 s.). Esorbita dai limiti di questa nota l'accennare alle molteplici e varie correnti in cui l'indirizzo « subbiettivo » a sua volta si ripartisce. Esso prende le mosse dalla più antica tradizione giuridica francese (cfr. DOMAT, *Lois civiles*, sez. V, tomo I, tit. I, n. 5 s.; POTHIER, *Obligations*, n. 42 s.; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, n. 346; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, IV, § 345) e trova in questi ultimi tempi non pochi consensi, e non solo nella dottrina francese, ma anche nella dottrina italiana (cfr. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, *Dei contratti in generale*<sup>2</sup>, p. 103 s.).

b) Un secondo indirizzo è quello che attribuisce alla causa una *natura obiettiva* (cfr., principalmente, COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, I<sup>o</sup>, § 130; DE RUGGIERO, *Istituzioni cit.*, I, § 29) e la definisce come lo scopo pratico cui è rivolto il negozio, la sua ragione economico-giuridica. La causa viene dunque, in base a questo indirizzo, ad essere nettamente differenziata dai motivi subbiettivi delle parti; essa rappresenta, come dice il DE RUGGIERO, la volontà della legge di fronte alla volontà privata. Si è obiettato a questa concezione che accettarla « significa mettere in non cale la effettiva volontà dei contraenti e rivolgere la propria attenzione soltanto alle ordinarie finalità del negozio », si è detto che « il diritto talvolta non deve soffermarsi alla superficie, ma anzi deve spingere la sua indagine più in là per ricercare i fini contrattuali voluti dalle parti » (DE SIMONE, cit., p. 45; cfr. anche LOMBARDI, *Motivo*, in *Diz. Pratico Dir. privato*, p. 1306, nota 2). Ma son tutte critiche, queste, che si basano su punti di vista, i quali andrebbero a loro volta previamente dimostrati. Causa e motivi son concetti nettamente distinti e più che mai lo dimostra il nuovo Libro delle successioni e donazioni, in quanto dichiara nulle le disposizioni testamentarie

(art. 172) e le donazioni (art. 335) determinate da motivi illeciti: se, nel concetto del legislatore, causa fosse qualcosa di analogo a motivo, non occorrerebbero questi due articoli ad infirmare le disposizioni testamentarie e le donazioni, bastando l'art. 1119 cod. civ.; e se queste due disposizioni espresse sono state giudicate necessarie dal legislatore per infirmare gli atti di liberalità determinati da motivi illeciti, ciò significa che i motivi, leciti o illeciti che siano, non hanno alcuna rilevanza giuridica nei riguardi dei rimanenti negozi giuridici. Ciò significa, dunque, almeno secondo me, che la nozione di causa nella nostra legge positiva è una nozione obbiettiva.

c) Ma giova accennare ancora ad un terzo indirizzo, quello degli *anticausalisti*, che giudicano la causa una superfluità del negozio giuridico e ne patrocinano l'abolizione (cfr. *GIORGI, Obbligazioni*, III, n. 445; *PACIFICI, Istituzioni di diritto civile*, IV, § 60, p. 181, nota 2; *BAUDRY-LACANTINIERE, Obligations*, n. 321; *PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil*, II, n. 1037 s.). A me pare — come ho già avuto a notare altrove (*Diritto e Giurisprudenza* cit., p. 17, nota 24) — che questo sempre crescente « anticausalismo » della dottrina italiana e francese sia il sintomo di una vera e propria crisi della causa, che il diritto tedesco (così pure il diritto sovietico, cfr. *PERETERSKJ, Il progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni*, in *Sul progetto italo-francese, ecc.*, estr. dall'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, IV-V, p. 38 s.) ha invece superato. A mio credere, la causa esiste, ma bisogna tuttavia negarla, in quanto che non è un elemento del negozio: essa è un carattere negoziale, il carattere di giuridicità dell'atto, non solo in senso generico (conformità all'ordinamento giuridico), ma anche in senso specifico (conformità alle specifiche finalità della norma cui il negozio giuridico si appoggia). Comunque, son ragionamenti che non hanno valore *de iure condito* e che non hanno fatto presa sul progetto ministeriale del codice delle obbligazioni, il quale si riporta ancora alle norme del cod. 1865 (cfr. art. 181 e 214).

d) L'indirizzo cui aderisce il DE SIMONE (p. 48 s.) non può essere compreso se non in funzione degli indirizzi precedentemente esposti. Trattasi di una comoda via di mezzo tra l'indirizzo subbiettivo e quello obbiettivo, che, facendosi forte di una imprecisione terminologica del legislatore del 1865, tende a differenziare dalla « causa del contratto » una « causa dell'obbligazione scaturente dal contratto » (in questo senso, cfr. *JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, p. 149; *CAPITANT* cit., 2ª ed., p. 26; *PACCHIONI* cit., p. 103 s.; *DEJANA*, cit., p. 40 s.). « La causa di cui agli artt. 1104 e 1119 cod. civ. si riferisce non già al contratto considerato nel suo insieme, ma alla obbligazione od alle obbligazioni che dal contratto traggono origine » (DE SIMONE, cit., p. 49): l'art. 1104 parla infatti di una « causa lecita per obbligarsi » e l'art. 1119 discorre di una « obbligazione senza causa ecc. ». Ma devo in questa sede rinnovare le mie proteste contro questo arbitrario indirizzo (v. già *I motivi*, ecc. cit., p. 19, nota 26, con critica al PACCHIONI). I ragionamenti più o meno convincenti a sostegno della teoria non contano, se non sono basati su una retta esegesi della legge. Ed è assolutamente indubitabile che il legislatore del 1865, anche se simpatizzasse per una concezione subbiettiva della causa, non ha menomamente inteso riferirsi, coi suoi articoli, alla « causa dell'obbligazione », ma solo ed unicamente alla « causa del contratto ». È vero che l'art. 1119 parla di « obbligazione senza causa », ma non è a dubitare che questa espressione significhi « obbligazione nascente da un contratto senza causa », sol che si pensi che i tre articoli successivi si riferiscono alla causa del contratto e che le quattro norme sono raggruppate sotto l'intestazione « Della causa dei contratti ». Ben ha fatto il progetto ministeriale a togliere di mezzo la possibilità di simili dubbi, parlando di una « causa lecita » come requisito essenziale per l'esistenza del contratto (articolo 181) e di « contratto senza causa » all'art. 214 che corrisponde all'art. 1119 cod. 1865).

In conclusione, l'indirizzo anticausalista, per lo meno in quanto denuncia e condanna le estreme incertezze della dottrina della « causa-elemento », è indubbiamente nel vero. In ogni caso il legislatore del 1865 ha inteso parlare unicamente di « causa del contratto » e per causa del contratto deve intendersi unicamente, secondo l'indirizzo obbiettivo, la « ragione economico-giuridica del negozio ». La mancanza di causa produce l'inesistenza del contratto, ma è evidente che essa può essere soltanto *iniziale*, perchè è inconcepibile che un contratto obbiettivamente lecito all'atto della sua costituzione, possa mutare tal sua caratteristica in prosieguo di tempo. Lo scopo del contraente, cioè il motivo del suo contrarre, non ha e non può avere influenza sulle sorti del contratto: dimodochè il sopraggiungere di una eccessiva onerosità della prestazione non può determinare quella

« mancanza di causa », sotto il cui profilo il DE SIMONE vorrebbe ottenere il risultato di un annullamento del negozio.

Bisogna riconoscere, in conclusione, che la eccessiva onerosità della prestazione come causa di estinzione dell'obbligazione senza adempimento non trova albergo nel nostro diritto positivo. È vivamente augurabile, d'altronde, che essa sia tenuta presente *de lege ferenda*, perchè l'annullamento del negozio, in taluni casi in cui la prestazione diviene economicamente gravosa per il debitore, è una necessità fortemente sentita dalla dottrina e dalla pratica.

5. — I compilatori del progetto ministeriale del nuovo Libro delle obbligazioni hanno avvertito la necessità di disciplinare in maniera completa il caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione e di introdurre nel sistema legislativo la ipotesi della eccessiva onerosità. Ne è risultata una regolamentazione veramente perspicua, che verremo esponendo in breve.

Per quanto la sistematica del titolo I del progetto (relativo alle « obbligazioni in generale ») presti — come abbiamo visto (*retro* n. 2) — il fianco a qualche critica, a critiche non può esporsi la regolamentazione della impossibilità sopravvenuta. Essa è rettammente disposta nel capo X del titolo primo, fra i « modi di estinzione dell'obbligazione senza adempimento », pur ripetendo il suo fondamento dall'art. 117, che trovasi nel capo V da noi criticato e che dice quanto segue: « Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto a risarcire i danni al creditore. Il risarcimento è dovuto così per l'inadempimento che per il ritardo, se il debitore non prova che l'inadempimento o il ritardo siano dipesi da un fatto di cui egli non debba rispondere, in virtù delle norme contenute nella sezione V del capo X di questo titolo ».

Della impossibilità sopravvenuta dà una chiara nozione l'art. 175, dal quale risulta che l'impossibilità della prestazione può divenire causa di estinzione dell'obbligazione (se definitiva) o causa di esenzione della responsabilità per ritardo nell'adempimento (se temporanea) soltanto quando dipenda da una « causa estranea incidente sulla prestazione, non imputabile al debitore »: con questa formula si esclude, dunque, che l'impossibilità possa aver radici nelle condizioni subbiettive del debitore, e si esclude inoltre che essa possa esser tale quando determina un puro ostacolo subbiettivo pel debitore a prestare. Alla impossibilità sopravvenuta l'art. 176 equipara lo smarrimento di cosa determinata, sia definitivo che temporaneo. Nuovo è l'art. 177 che ammette l'esenzione del debitore dall'obbligo di risarcimento quando la prestazione sia parzialmente impossibile o quando la cosa determinata dovuta sia deteriorata. L'art. 178, infine, prevede il subingresso legale del creditore nei diritti che il debitore ha verso terzi in dipendenza del fatto che ha determinato la impossibilità.

Queste norme generali hanno una ripercussione specifica in materia contrattuale (tit. II: « dei contratti in generale ») a proposito dei « contratti con prestazioni corrispettive ». Il progetto ministeriale non ha mantenuto la distinzione fra contratti bilaterali e unilaterali, ma ha preferito, agli effetti della così detta condizione risolutiva tacita, distinguere a seconda che i contratti abbiano o meno prestazioni corrispettive, perchè un sinallagma funzionale si ha anche nei casi in cui le prestazioni non siano equivalenti, ma esista tuttavia una correlazione intima tra le attribuzioni patrimoniali reciproche fra le parti (es.: mutuo ad interesse). Ora, stabilisce l'art. 261 che « nei contratti con prestazioni corrispettive il debitore, liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione da lui dovuta, non può reclamare la controprestazione, ed è tenuto a restituire quella che abbia già ricevuto, secondo le regole della ripetizione d'indebito »; correlativamente, stabilisce l'art. 263 che il creditore ha diritto ad una riduzione della sua obbligazione e può anche recedere dal contratto, qualora non abbia alcun interesse apprezzabile all'adempimento parziale, nel caso che la prestazione del debitore sia divenuta impossibile in parte.

6. — Resta da esaminare, da ultimo, il regolamento della eccessiva onerosità della prestazione nel progetto ministeriale. Ad esso provvede l'art. 264 con una formulazione molto ampia, che abbraccia, può dirsi, tutti i possibili casi in cui sorge la necessità di tener conto di una alterazione della situazione economica in base a cui il contratto fu concluso.

Il progetto ha giustamente ripudiato la tesi che limita l'effetto della sopravvenienza ai soli contratti a lungo termine (« qui habent tractum successivum ») o ad esecuzione periodica, « perchè, anche nei contratti che hanno un termine breve, può influire il mutamento di uno stato di fatto, e le parti non potevano prevedere al tempo in cui entrarono in rapporti reciproci » (*Relazione sul*

progetto, n. 196). Il criterio adottato è invece quello per cui la sopravvenienza ha effetto quando vi siano stati « eventi straordinari e imprevedibili al momento in cui il contratto fu concluso »: non basta la straordinarietà dell'evento (es.: sanzioni economiche contro l'Italia del comitato ginevrino), ma occorre anche la imprevedibilità (il che non era ormai, in Italia, già da un mese prima del 18 novembre 1935, data di entrata in vigore delle sanzioni); nè basta la imprevedibilità, ma occorre anche la straordinarietà (il che giustifica, oltre tutto, perchè l'art. 264 parli di prestazione « divenuta eccessivamente onerosa *oltre i limiti dell'alea del contratto* »).

Circa gli effetti della sopravvenienza, l'art. 164 del progetto distingue fra contratti a prestazioni corrispettive e contratti con obbligazione di una sola parte. Nei primi il contratto è senz'altro rescisso, a richiesta della parte che è tenuta alla prestazione, a meno che l'altra parte non preferisca mantenerlo in vita modificando equamente le condizioni al fine di eliminare la sopravvenuta onerosità. Nei secondi non si verifica rescissione, ma la parte obbligata può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione. [Prof. Antonio Guarino].

134). RG. 3. 11. 1936; JW. 1937, p. 1145<sup>2</sup>.

- RISARCIMENTO DEL DANNO — RESTITUZIONE IN NATURA O INDENNIZZO IN DENARO.
- SCHADENSERSATZ — HERSTELLUNG « IN NATURA » ODER GELDERSATZ.
- DAMAGES — RESTITUTION OR DAMAGES
- DOMMAGES-INTÉRÊTS — RESTITUTION EN NATURE OU INDEMNITÉ PÉCUNIAIRE.

È inaccoglibile l'opinione, secondo la quale il creditore che ha scelto di essere risarcito del danno in denaro deve intendersi a tale scelta vincolato.

Il diritto del creditore di scegliere fra restituzione in natura o indennizzo pecuniario si esaurisce, nei confronti del debitore, con la sua dichiarazione di volontà, e il creditore che abbia preferito il risarcimento in denaro è, pertanto, ad essa vincolato, solo nei casi determinati previsti dal § 249, periodo 2 cod. civ., e costituenti eccezione alla regola del periodo 1, nei casi cioè in cui l'obbligazione al risarcimento del danno derivi da lesione della persona o da danneggiamento di una cosa.

*Die Ansicht, dass der Gläubiger, der einmal Geldersatz gewählt hat, daran gebunden sei, ist unzutreffend. Nur in den § 249 Satz 2 BGB. bestimmten Ausnahmefällen von der Regel des Satz 1, nämlich im Falle der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache, wird das Wahlrecht des Gläubigers, die Herstellung oder statt ihrer den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu fordern, durch Erklärung gegenüber dem Schuldner ausgeübt, und der Gläubiger bleibt an diese Erklärung gebunden, falls er Geldersatz gewählt hat.*

OSSERVAZIONI. — Sulla natura e sul contenuto della prestazione dell'« id quod interest ». — 1. — Il Reichsgericht ha giustamente respinto la tesi per cui il creditore dovrebbe intendersi vincolato alla scelta da lui fatta di essere risarcito del danno in danaro. È noto che il BGB vede un duplice contenuto nell'obbligo della riparazione del danno (*Schadenersatz*), e cioè la *restitutio in integrum* e la riparazione pecuniaria. Stabilisce infatti il § 249 che chi è tenuto al risarcimento deve ripristinare lo stato di cose che esisterebbe se non fosse avvenuto il fatto lesivo, ma che, dal suo canto, può il creditore esigere in luogo del ripristino la somma di danaro a ciò necessaria. Alla quale disposizione può aggiungersi quella del § 250, per cui il creditore può stabilire un termine al debitore con la dichiarazione che rifiuterà il ripristino trascorso il termine; e per cui egli può chiedere, scaduto il termine, il risarcimento pecuniario. Stabilisce infine il § 251 che, se il ripristino non sia possibile o non sia sufficiente per la riparazione, l'obbligato al risarcimento è tenuto a risarcire il danno in danaro.

Da queste disposizioni del BGB si evince che, se il ripristino non risulti obiettivamente impossibile o insufficiente, esso, non solamente forma il contenuto normale della prestazione del risarcimento del danno, ma può essere con ogni buon diritto preteso dal danneggiato a preferenza della riparazione pecuniaria. Il creditore ha diritto al ripristino ed ha inoltre facoltà di surrogarlo con il risarcimento pecuniario, ma la scelta che egli faccia del risarcimento pecuniario non lo vincola