

HEINRICH STOLL

COMMIO DALLA TEORIA DELLA VIOLAZIONE
POSITIVA DEL CONTRATTO.
OSSERVAZIONI SUL TRENTENNALE DELLA TEORIA

SOMMARIO ¹: Introduzione. – I. Le origini della teoria della violazione positiva del contratto. – 1. La teoria di Staub. – 2. Concetto e tipi di violazioni positive del contratto secondo la dottrina dominante: a) Violazione di un obbligo di non fare; b) Attività di adempimento difettosa o «cattiva esecuzione»; c) Messa in pericolo dello scopo del contratto nei rapporti di durata; d) Singola prestazione viziata nei contratti a consegne ripartite; e) Rifiuto di adempiere da parte del debitore. – 3. Il dibattito sulla teoria di Staub. – II. C'è una lacuna nella legge? – 1. L'assunzione di una lacuna da parte di Staub e le obiezioni dei suoi critici. – 2. La dottrina di Himmelschein. – 3. Critica alla dottrina di Himmelschein: a) Il concetto di impossibilità in Mommsen e nel diritto comune; b) L'impossibilità è intesa in senso oggettivo nel BGB; c) I casi di Staub sono stati tralasciati nel diritto comune, nei lavori legislativi e agli esordi del BGB; d) Il § 276 BGB. – 4. Accertamento dell'esistenza di una lacuna nella legge. – 5. Il significato della lacuna. – III. L'integrazione della lacuna. – IV. Costruzione sistematica della dottrina delle lesioni del diritto di credito. – 1. Stato della sistematica. – 2. La lesione

¹ Dottrina. Cfr. i principali manuali e commentari. Qui vengono citati, facendo riferimento soltanto al nome del curatore, nella parte dedicata al diritto delle obbligazioni i seguenti commentari al codice civile: STAUDINGER-WERNER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9^a ed.; PLANK-SIBER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4^a ed., Berlin, 1914; REICHSGERICHTSRÄTEN, *Kommentare zum BGB*, 6^a ed. Commentari al codice di commercio, nella trattazione del terzo libro: STAUB-KOENIGE, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 1927, 12^a ed.; DÜRINGER-HACHENBURG-WERNER, *Das Handelsgesetzbuch*, 3^a ed., 1932. Manuali: ENNECERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1932; Fr. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, München, 1929; H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, 1929. Compendi: HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929; SIBER, *Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1931; JUNG, *Bürgerliches Recht*, 1930, in STAMMLER, *Das gesamte deutsche Recht*. Scritti che qui sono citati più frequentemente: FLAD, *Positive Vertragsverletzungen*, in HdWR, Erg. Bd., p. 401 ss.; FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, 1932; FRITZ, *Die Erfüllungsweigerung des Schuldners*, in AcP, N.F. 14, p. 197 ss.; FRITZ, *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, Diss. Freiburg, 1931; HIMMELSCHIEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in AcP, N.F. 15, p. 255 ss.; RABEL, *Zustandekommen und Nichterfüllung schuldrechtlicher Verträge*, *Deutsche Landesreferate zum Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Haag 1932, Sonderheft der Z. AuslR. Int. PrR.*, vol. 6, p. 31 ss.; SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung. Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen und ihr Einfluss auf das österreichische Recht. Das Wesen der positiven Vertragsverletzungen*; in *Österr. Zentralblatt für die juristische Praxis*, vol. 46, 1926, pp. 1 ss., 401 ss., 721 ss.; ZITELMANN, *Nichterfüllung und Schlechterfüllung*, in *Festgabe für Paul Krüger*, 1911, p. 265 ss.

degli interessi come fondamento della costruzione sistematica: a) Il concetto di interesse dell'obbligazione; b) Il contenuto del debito; c) Il presupposto della responsabilità; d) Il contenuto della responsabilità. – 3. Lesione dell'interesse alla prestazione: a) Vanificazione e cessazione; b) Pregiudizio; c) Messa in pericolo. – 4. Lesione di interessi di protezione (pregiudizio e messa in pericolo). – 5. Casistica. – 6. Concorso di diversi tipi di violazione del credito. – 7. Prescrizione dei diritti. – 8. L'onere della prova. – V. Commiato dalla dottrina della violazione positiva del contratto.

Introduzione. – Se spesso v'è il timore che contributi in opere collettanee o piuttosto in scritti celebrativi meno considerati cadano presto nell'oblio, ciò è smentito in modo convincente per il famoso scritto di Hermann Staub su «Le violazioni positive del contratto»².

Il saggio di Staub è apparso trent'anni fa negli scritti per il XXVI *Deutscher Juristentag*. Ha conquistato subito la prassi e da allora il concetto di violazione positiva del contratto è entrato a far parte della dogmatica del diritto civile; ma anche la teoria in sé non ha mai cessato di influenzare la dottrina fino ad oggi e ha generato un'imponente letteratura³.

Anche quando viene contestato a Staub il modo con cui ha motivato la sua teoria, gli viene sempre riconosciuto il merito di aver per primo richiamato pubblicamente l'attenzione sui casi di c.d. violazione positiva del contratto e di aver indicato efficacemente alla prassi il modo di risolverli mediante una

² H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904 (oggi anche in lingua italiana: *Le violazioni positive del contratto*, trad. it. G. Varanese, Napoli, 2001) [n.d.t.].

³ Sia qui evidenziato soltanto il contributo della nostra Rivista al successivo sviluppo della teoria: LEHMANN, *Die positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 96, p. 60 ss.; GILDE, *Nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten*, in *AcP*, 99, p. 306 ss.; KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess*, in *AcP*, 101, p. 1 ss.; ROGOWSKI, *Auf welcher gesetzlichen Grundlagen beruht der Schadenersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners die Unterlassungsobligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung?*, in *AcP*, 104, p. 303 ss.; STAMPE, *Aus einem Freirechtslehrbuch*, in *AcP*, 108, p. 85 ss.; HOLLÄNDER, *Die Haftung des Verkäufers und Vermieters einer Gattungssache*, in *AcP*, 113, p. 124; KRÜCKMANN, *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streitklausel*, in *AcP*, 116, p. 212 ss.; VON ALBERTI, *Die Mitteilungspflicht über Unvermögen und Unmöglichkeit und ihre Verletzung*, in *AcP*, 118, p. 141 ss.; WIENER, *Zur Lehre vom Schadenersatz neben Wandlung*, in *AcP*, 120, p. 260 ss.; KRELLER, *Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes*, in *AcP*, N.F. 3, 287 ss., p. 315 ss.; in *AcP*, 5, pp. 81 ss., 109 ss.; HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung*, in *AcP*, N.F. 10, 1929, p. 257 ss.; KRÜCKMANN, *Der virtuelle Vorbehalt*, in *AcP*, 11, p. 68 ss.; FRITZ, *Die Erfüllungsweigerung des Schuldners*, in *AcP*, 14, p. 197 ss.; HIMMELSCHNEIDER, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 15, p. 255 ss.

Tra i contributi pubblicati nello *Archiv für bürgerliches Recht*, che si è fuso con la nostra rivista, vanno citati: A. KOHLER, *Zur Anzeigepflicht im Zivilrecht*, in *ArchBürgR*, 25, p. 265; A. SCHULTZE, *Findet die kurze Verjährung des § 433 BGB auf den Schadenersatzvertrag Anwendung?*, in *ArchBürgR*, 30, p. 143 ss.; KITZ, *Zur Frage der sogenannten positiven Vertragsverletzungen*, in *ArchBürgR*, 31, p. 175 ss.; ECKSTEIN, *Schadenersatz im Verhältnis zu Minderung und Wandelung*, in *ArchBürgR*, 43, p. 193; nonché le recensioni del contributo di Staub ad opera di OERTMANN, in *ArchBürgR*, 22, p. 394, e di HEDEMANN, in *ArchBürgR*, 25, p. 367.

pretesa risarcitoria di natura contrattuale e il diritto di recesso nei contratti a prestazioni corrispettive.

Solo di recente sono aumentate le voci tendenti a mettere in evidenza gli errori della teoria di Staub e il suo effetto sfavorevole sulla dottrina⁴.

Non è mia intenzione sminuire i meriti di Staub, personali e legati alla sua epoca, la sua valorizzazione della prassi, il fatto di aver sottolineato la necessità della pretesa risarcitoria e del diritto di recesso e il forte impulso per la dottrina, ma ritengo che la teoria della violazione contrattuale positiva, valutata storicamente, non costituirà una pagina gloriosa della scienza giuridica tedesca e che dopo aver resistito per trent'anni sarebbe tempo di prendere definitivamente commiato da essa.

I. LE ORIGINI DELLA TEORIA DELLA VIOLAZIONE POSITIVA DEL CONTRATTO.

1. *La teoria di Staub.* – La teoria di Staub ha preso le mosse da una serie di casi, tratti dalle vicende della prassi giuridica, che lo avevano molto colpito durante la sua attività di avvocato: «un tale, impegnatosi a non rivendere in Francia le lampade acquistate, lo fa comunque. Un commerciante fornisce ad altri una sostanza luminescente da lui prodotta, che contiene elementi esplosivi, senza richiamare l'attenzione del compratore su questa circostanza; la sostanza luminescente poi causa gravi danni al negozio dell'acquirente. Un agente, per negligenza, redige resoconti inesatti circa la solvibilità di un suo cliente; un altro lavora continuativamente per una ditta concorrente, nonostante sia ravvisabile nella situazione concreta una grave violazione dell'obbligo. Un commesso, per colpa, vende a una cifra largamente al di sotto del prezzo di costo. Un principale rilascia ad un suo impiegato un attestato inesatto»⁵.

«Un socio, incaricato della contabilità, deve compilare il bilancio entro i primi tre mesi dell'esercizio commerciale. Le decisioni sulla gestione dell'attività d'impresa vengono prese a seconda del risultato di bilancio. Nelle prime due settimane il socio contabile redige un bilancio estremamente favorevole, in conformità del quale gli altri soci prendono le decisioni sulla gestione dell'attività imprenditoriale. Quattordici giorni dopo si scopre che il socio tenuto alla contabilità ha compilato un bilancio falso per colpa grave; in seguito presenta il bilancio corretto: il vero stato patrimoniale non è affatto così favorevole come sembrava in base al primo bilancio e le decisioni sulla gestione dell'attività d'impresa adottate conseguentemente si rivelano sbagliate e dannose»⁶.

⁴ Così, ad es., ZITELMANN, *Nichterfüllung und Schlechterfüllung*, cit., p. 265; SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., p. 26; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 71; JUNG, *Bürgerliches Recht*, cit., p. 720. FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit.; nonché le opere di Himmelschein e Fritz (suggerite da Hoeniger).

⁵ STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 39 [n.d.t.].

⁶ STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 43 s. [n.d.t.].

«Il venditore spedisce al compratore mele bacate. In questo modo vengono attaccate le mele sane dell'acquirente e gli viene procurato un grave danno»⁷.

«Un oste si obbliga ad acquistare la birra per diversi anni da un determinato produttore, che – a sua volta – si impegna a consegnargliela in modo continuativo. Nonostante ripetuti reclami, l'oste riceve per un mese intero birra scadente»⁸.

Per Staub non ci sono dubbi che in tutti questi casi i danni vadano risarciti. Ma a che titolo?

Staub ritiene che il codice civile non abbia disciplinato queste ipotesi, ma avrebbe stabilito soltanto gli effetti per l'impossibilità e il ritardo e quindi unicamente per i casi «in cui qualcuno omette ciò che deve fare». Ravvisa l'elemento peculiare dei suoi esempi nel fatto che «qualcuno fa ciò che deve omettere».

In questo modo avvicina alla categoria del comportamento negativo (impossibilità colposa e ritardo), prevista dalla legge, quella della violazione positiva del contratto e ricava per analogia dalle disposizioni dettate per la mora *questi principi*:

- chiunque violi colposamente un'obbligazione mediante un comportamento positivo deve risarcire all'altro il danno così cagionato;
- chi compie atti di violazione positiva del contratto, che mettono in pericolo il raggiungimento dello scopo contrattuale, deve soggiacere all'attribuzione all'altra parte di un diritto al risarcimento del danno per inadempimento dell'intero contratto o di un diritto di recesso.

2. *Concetto e tipi di violazioni positive del contratto secondo la dottrina dominante.* – Malgrado siano stati criticati nel loro fondamento, oggi questi principi formulati da Staub godono di un assoluto riconoscimento⁹ ed anche il termine «violazione positiva del contratto» è diventato d'uso comune, quantunque si ammetta che sia soltanto un'infelice denominazione collettiva per fattispecie eterogenee¹⁰.

⁷ STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 45 [n.d.t.].

⁸ STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 51 [n.d.t.].

⁹ Cfr., ad es., i commentari di: STAUDINGER-WERNER, *Vorbem. zu §§ 275-92 C II*; DÜRINGER-HACHENBURG, Bd. 2, 1932, *Einleitung* a 382, 384; § 347 a 8; OERTMANN, *Kommentar*, cit., § 280 III, § 325 n. 6; RGR, § 276 Erl.6, § 325 Erl. 4; STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, cit., § 374, *Anm.* 178 ss.; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., § 55 II, III; FLAD, *Positive Vertragsverletzungen*, cit., p. 401 ss.

¹⁰ Cfr., ad es., ZITELMANN, *Nichterfüllung und Schlechterfüllung*, cit., p. 265; SIBER-PLANCK, *Vorbem. zu §§ 275-92 I 3 a* (183); SIBER, *Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., p. 100; FLAD, *Positive Vertragsverletzungen*, cit., p. 401; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., § 55 I; OERTMANN, *Kommentar*, cit., p. 180; FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., pp. 2, 12; FRITZ, *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, cit., p. 27; SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., p. 3, n. 3 (denominazione imbarazzante).

Di conseguenza, per attenersi al contenuto della teoria di Staub *la definizione del concetto* va formulata in via prevalentemente negativa: *costituiscono violazioni contrattuali positive tutti quei casi di violazione colposa di un vincolo obbligatorio che non integrano né un'impossibilità (oggettiva) né un ritardo del debitore*¹¹.

Tra le violazioni contrattuali positive si annoverano soprattutto le *seguenti categorie* di situazioni che si verificano nella prassi¹²⁻¹³:

a) *Violazione di un obbligo di non fare.*

Vanno distinti obblighi di non fare autonomi e non autonomi, obblighi principali ed accessori. Oggi si tende a non considerare più gli obblighi di non fare autonomi tra le violazioni contrattuali positive¹⁴. Tra gli obblighi di non fare (secondari) non autonomi (Lehmann) si distinguono obblighi di tipo diversi¹⁵, mentre in dottrina non c'è unità sulla classificazione dei singoli casi:

Obblighi di preparazione e cura, come ad es. l'ordine tempestivo del materiale nel contratto d'appalto, l'informazione sui difetti di una cosa o lo stoccaggio delle cose vendute fino alla consegna. *Principio*: il debitore deve fare tutto quanto assicuri il risultato della prestazione.

Obblighi di conservazione nei confronti della persona e del patrimonio (beni giuridici nonché patrimonio complessivo) del *partner* contrattuale; ad es. evitare danneggiamenti dell'abitazione o dell'arredamento nell'esecuzione di un contratto d'opera o informare sulle caratteristiche pericolose di un animale venduto. Talvolta l'obbligo di conservare lo stesso oggetto del contratto (ad es. la cosa locata) o la propria capacità di eseguire la prestazione (ad es. per un autista rimanere sobrio) vengono definiti come obblighi di conservazione specifici. *Principio*: ciascuna parte deve tenere in considerazione gli interessi dell'altra a lei noti ed evitare di arrecare pregiudizio nell'esecuzione del contratto.

¹¹ Ad es., FLAD, *Positive Vertragsverletzungen*, cit., p. 401; OERTMANN, *Kommentar*, p. 180; WERNER, in DÜRINGER-HACHENBURG, II, *Einleitung*, Anm. 384 a.

¹² Cfr. i commentari e i manuali citati *retro* nt. 9.

¹³ Per la casistica, cfr. *sub* IV, 5.

¹⁴ Di recente SIBER, *Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., p. 98, vede nelle «pretese di non fare» una terza forma di violazione e l'ipotesi principale di violazione positiva del contratto.

¹⁵ Cfr., in particolare, KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess*, cit., p. 203 ss.; ID., *Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie*, in *JherJb*, 59, 1911, p. 312 ss.; ID., *Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., pp. 158, 168 ss., 380 ss.; SIBER-PLANCK, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., p. 187 ss.; SIBER, *Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., § 26; SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., p. 734 ss.; FRITZ, *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, cit., p. 8 ss.; HECK, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, cit., p. 580 ss.; ZITELMANN, *Nichterfüllung und Schlechterfüllung*, cit., p. 272 ss.; KLEIN, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, 1908; VON ALBERTI, *Die Mitteilungspflicht über Unvermögen und Unmöglichkeit und ihre Verletzung*, cit., p. 141 ss.; WEILBAUER, *Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben*, 1922; KRELLER, *Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes*, in *AcP*, N.F. 5, p. 81 ss.; HUECK-NIPPERBEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, I, 1931, §§ 34-36, 44-49.

Obblighi di informazione e di avviso, ad es. sulla provenienza della merce o sulla pericolosità della cosa consegnata. Normalmente hanno lo scopo di proteggere il creditore da pericoli derivanti dalla mancata conoscenza di circostanze che si riferiscono alla prestazione.

Krückmann ha messo in evidenza la violazione colpevole dell'obbligo di avviso considerandola una categoria dotata di caratteristiche proprie; essa sarebbe una particolare forma di colpevolezza accanto al ritardo, all'inesatto adempimento colpevole e all'aver cagionato l'impossibilità per colpa; tuttavia questa opinione non ha trovato alcun seguito. *Principio*: il debitore deve fornire al creditore le informazioni necessarie per le sue azioni future¹⁶.

Obblighi di cooperazione, ad es. informare sull'uso di cose pericolose, aiutare a individuare una causa di guasti di funzionamento. *Principio*: il debitore deve fare tutto il possibile per realizzare lo scopo finale del rapporto obbligatorio.

Particolari obblighi fiduciari (detti anche obblighi di diligenza), derivanti da una collaborazione personale più stretta tra le parti e dalla concessione di particolare fiducia; ad es. omettere di comunicare fatti avvenuti nell'azienda o nella casa del datore di lavoro, denunce di appropriazione indebita in negozio o di danni ai macchinari¹⁷.

Tutti questi obblighi possono essere appositamente pattuiti ma normalmente costituiscono obblighi accessori non autonomi, che non sono previsti espressamente dalla legge o dalle parti; essi derivano dal § 242 BGB¹⁸.

b) *Attività di adempimento difettosa o «cattiva esecuzione».*

Principio: il debitore deve eseguire la prestazione esattamente («in modo preciso»).

Il termine «cattiva esecuzione» non si riferisce ad un concetto unitario (Zitelmann).

Alcuni lo intendono come la violazione di un obbligo accessorio di non fare autonomo (Siber) o effettuano una distinzione tra cattiva esecuzione e mancata esecuzione (Zitelmann).

Schlesinger contesta questa espressione e contrappone la mancata esecuzione temporanea a quella definitiva.

Fritz¹⁹ distingue tra «prestare male» e «non prestare»; secondo lui la cattiva

¹⁶ KLEIN, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, cit., p. 2.

¹⁷ Secondo OERTMANN, *Deutsches Arbeitsvertragsrecht mit Einschluss der Arbeitskämpfe*, 1923, p. 188, il *principio*, a grandi linee, è che i servizi devono essere «prestati fedelmente e, se necessario, con riservatezza». Qui emerge con particolare chiarezza come tutti questi obblighi non costituiscano un numero chiuso e che per essi sia decisiva la libera interpretazione ai sensi del § 242; a ciò autorizza KRELLER, *Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes*, in *AcP*, N.F. 3, p. 275 ss.

¹⁸ Esprimendo il proprio dubbio, SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., p. 740.

¹⁹ Cfr. la mia recensione alla sua tesi di dottorato, p. 358.

va esecuzione è una «prestazione mal eseguita per colpa».

La dottrina dominante dà risalto alla natura del pregiudizio cagionato e perviene a una definizione del concetto meno rigida: la cattiva esecuzione consiste in azioni che provocano un danno ulteriore, che non è dato dalla prestazione viziata in quanto tale (cfr. Flad).

Tra tutti, chi si è maggiormente impegnato nel cercare di definire questo concetto è stato Freitag²⁰. Egli vede nella prestazione viziata per colpa una prestazione mal eseguita oppure fornita male. La prestazione di un oggetto contrattuale viziato è cattiva esecuzione. Il tipo di adempimento che cagiona un danno viene chiamato cattiva fornitura. Diversamente dal mancato adempimento, in entrambi i casi ha sempre luogo un'attività adempitiva e sono decisivi solo il fatto e le ragioni per cui essa sia stata difettosa, a prescindere dalla sorte della prestazione esatta.

c) *Messa in pericolo dello scopo del contratto nei rapporti di durata.*

Principio: il debitore non può mettere in pericolo l'adempimento del contratto.

La prassi predilige particolarmente questa formula per accordare un diritto di recesso da contratti a lunga durata, come in quelli con prestazioni ripartite nel tempo e nei rapporti giuridici nei quali contano l'intesa personale e una continua cooperazione.

d) *Singola prestazione viziata nei contratti a consegne ripartite.*

La singola prestazione viziata viola non solo gli obblighi relativi a quella rata, ma può minare la fiducia del creditore nell'esecuzione di tutto il contratto a tal punto da non permettere che si possa pretendere la prosecuzione del rapporto contrattuale da parte sua.

Non è indispensabile che si ripeta una successiva consegna male eseguita; anche una sola prestazione inesatta può far venir meno la fiducia del creditore²¹.

e) *Rifiuto di adempiere da parte del debitore.*

Principio (anche per la lett. d): il debitore è tenuto ad astenersi da tutto ciò che nel creditore possa suscitare la preoccupazione di non conseguire normalmente la prestazione.

La prassi vuole che il rifiuto avvenga in modo certo, serio e definitivo²².

²⁰ Cfr. la mia recensione al suo scritto, p. 359.

²¹ RGZ, 67, p. 5.

²² RGZ, 129, p. 145; cfr. *infra*, p. 41.

3. *Il dibattito sulla teoria di Staub.* – Nella copiosa letteratura sul nuovo concetto coniato da Staub si è discusso soprattutto della necessità della sua teoria, del suo ambito operativo e del suo fondamento.

Passo subito ad esaminare queste tre questioni controverse ed evito di soffermarmi sulla teoria di Staub, perché questa, con le elaborazioni successive, è stata di recente illustrata approfonditamente da Himmelschein in questa rivista.

Non intendo neppure soffermarmi su tutto quello che è stato scritto ma, prendendo in considerazione i lavori più recenti di Fritz, Himmelschein, Freitag, Rabel e le nuove opere sul diritto delle obbligazioni di Heck, Leonhard e Siber, voglio soltanto suffragare ciò che ho affermato all'inizio e contribuire a smantellare quella teoria.

Il dibattito sulla necessità della teoria impone di prendere posizione sulla questione se e in che termini sussista una lacuna legislativa (su questo punto vedi il n. II). Poiché vedremo che, in effetti, una lacuna esiste, si dovrà anche verificare in che modo possa essere colmata (n. III) e, di conseguenza, quali siano le fattispecie rilevanti per la c.d. violazione positiva del contratto, vale a dire come possa essere distinta dalle altre manifestazioni di mancata esecuzione della prestazione o di prestazione non dovuta e quali siano i suoi specifici effetti giuridici (n. IV).

II. C'È UNA LACUNA NELLA LEGGE?

1. *L'assunzione di una lacuna da parte di Staub e le obiezioni dei suoi critici.* – Staub parte dall'idea che nella legge c'è una lacuna. Egli stesso riconosce che la sua teoria verrebbe meno se i risultati ai quali essa conduce potessero essere ricavati direttamente dalla legge²³, ma nella seconda edizione del suo saggio contesta con decisione che questa prova sia stata fornita²⁴.

I suoi *oppositori* si sono basati soprattutto su due argomenti²⁵:

- l'obbligo di risarcimento del danno deriva direttamente dal § 276 BGB;
- se il debitore deve rispondere per dolo o colpa, allora ciò significa che deve risarcire i danni.

Le ipotesi di violazione positiva del contratto sarebbero tutte casi di applicazione dell'impossibilità della prestazione. Infatti la prestazione sarebbe sempre totalmente o parzialmente impossibile se il debitore non rispetta in qualche modo i propri obblighi, non adempiendoli come avrebbe dovuto in base all'accordo o alla buona fede.

Se Staub è riuscito a superare tali obiezioni, almeno sul piano della teoria,

²³ STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., pp. 7 e 40.

²⁴ Qui è citata sempre questa edizione: STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 40 ss., 63 ss., 74 ss.

²⁵ Cfr., a tal proposito, HIMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 259 ss.

la prassi, invece, fa discendere l'obbligo al semplice risarcimento del danno direttamente dal § 276 BGB²⁶. Tuttavia, ci si deve attenere alla concezione di Staub in caso di contratti a prestazioni corrispettive per giustificare il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per inadempimento dell'intero contratto e del diritto di recesso.

Così, già nel 1904 Staub constatò trionfalisticamente che «qui fallisce completamente la teoria secondo cui “dover essere responsabile” (“*vertreten müssen*”) e “dover risarcire il danno” (“*Schadenersatz leisten müssen*”) sono concetti identici»²⁷.

2. *La dottrina di Himmelschein.* – Recentemente Himmelschein ha contestato risolutamente che esista una lacuna nella legge e ha riproposto proprio quelle due obiezioni di fondo che invece sembravano già essere state superate. Le ha suffragate prendendo in esame soprattutto la storia del testo legislativo.

Secondo Himmelschein il BGB si fonda sulla teoria dell'impossibilità di Mommsen, secondo la quale per prestazione va intesa l'intera prestazione, considerata secondo oggetto, luogo e tempo. Per essa l'inadempimento ricorrebbe non solo se la prestazione «non viene affatto eseguita, ma anche quando ciò che è stato prestato differisce sotto qualche aspetto da ciò che è dovuto».

La prestazione, così intesa, potrebbe diventare impossibile non solo completamente, ma anche relativamente a ogni singola prestazione che rientra nell'obbligazione complessiva, come con riferimento a tutte le modalità. Di conseguenza vi sarebbe impossibilità parziale già se la prestazione non può più essere eseguita «esattamente» così come è dovuta e, per questo, anche la mora non sarebbe nient'altro che un caso di impossibilità parziale, con riferimento al tempo della prestazione. Se si tiene ben presente questo dato, allora tutti i casi di inadempimento condurrebbero a un'impossibilità totale o parziale della prestazione esatta. I difetti della legge non consisterebbero nella sua lacunosità, ma nell'oscurità delle sue disposizioni.

Basandosi sul processo di formazione del codice Himmelschein cerca di dimostrare anche che il § 276 BGB non è e non dovrebbe essere inteso come la definizione di un concetto.

Originariamente (E 1 § 224, comma 1, inciso 1), la disposizione recitava: «il debitore è obbligato all'intera esecuzione della prestazione a cui è tenuto in base al rapporto obbligatorio. Egli risponde per inadempimento non solo doloso, ma anche colposo, della sua obbligazione». «Per timore che l'impossibilità potesse passare in secondo piano», la disposizione sarebbe stata trasferita

²⁶ Cfr. RGZ, 106, p. 25, e la dottrina *ivi* citata; KOMMENTAR VON RGR, § 276, Erl. 2.

²⁷ STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 74. Ciò emerge chiaramente anche dal vecchio ABGB; il § 1295 certo concedeva un diritto generale al risarcimento del danno, ma il diritto di recesso era escluso dal § 918 (nel testo originario).

nella teoria dell'impossibilità, si dà a apparire una sua appendice. Ma per quanto tale redazione della norma fosse discutibile, il senso del § 276 sarebbe rimasto lo stesso, stabilendo il dovere di rispondere per il debitore.

Per evitare le difficoltà che si erano appalesate nel diritto francese sulla questione di quando si possa chiedere la prestazione e quando il risarcimento del danno, con l'espressione «deve rispondere» si lasciava in sospeso soltanto se l'azione fosse diretta alla prestazione in natura oppure al risarcimento. Fintantoché la prestazione è ancora possibile si dovrebbe precludere al debitore la via del risarcimento del danno.

L'obbligo al risarcimento è stato subordinato all'ulteriore presupposto dell'impossibilità. «Prevedere l'impossibilità come ulteriore presupposto della pretesa risarcitoria ha lo scopo di proteggere il creditore dal risarcimento per equivalente fintanto e nella misura in cui il debitore sia in grado di procurare il suo soddisfacimento con la prestazione primaria»²⁸.

3. *Critica alla dottrina di Himmelschein*. – Poiché già da tempo la teoria di Staub mi è parsa una manifestazione del fiorire della giurisprudenza che si affida al metodo interpretativo dell'esegesi testuale (*Buchstabenjurisprudenz*)²⁹, le perspicaci argomentazioni di Himmelschein mi hanno colpito in modo particolare.

Se Himmelschein ha ragione, allora il giudizio su Staub e la scienza giuridica del tempo non è eccessivamente severo, soprattutto perché la teoria di Mommsen era stata sviluppata da Titze – in modo di gran lunga più rigoroso dello stesso Maestro e con piena chiarezza già nel 1900 – in un «sistema artistico»³⁰ per il nuovo diritto civile³¹!

Ad un esame più approfondito, sono tuttavia giunto alla conclusione che l'opinione di Himmelschein, nonostante molte giuste osservazioni su alcuni punti, nel complesso sia inaccettabile per diverse ragioni.

La tesi di Mommsen – nella estremizzazione di Titze e, soprattutto, di Himmelschein – non era stata formulata in quei termini dal suo autore e non era stata neanche recepita nel diritto comune.

Anche se si intendessero la prestazione e l'inadempimento nella nozione ampia che ne dà Himmelschein, ciò non significherebbe comunque che la legge non abbia considerato il concetto di «impossibilità» limitatamente all'oggetto della prestazione.

²⁸ HIMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 280.

²⁹ Sull'iniziale atteggiamento della dottrina sulla nuova legge, cfr. la giusta critica di WÜSTENDÖRFER, *Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung*, in *AcP*, 110, p. 247.

³⁰ SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., p. 7.

³¹ TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1900, §§ 2, 8; del resto la dottrina di Mommsen non è stata ignorata dal *Reichsgericht*: *RGZ*, 54, p. 101.

Sia la dottrina di diritto comune, sia i lavori legislativi e le relazioni che ne accompagnarono la stesura, non hanno considerato i casi indicati da Staub.

a) *Il concetto di impossibilità in Mommsen e nel diritto comune.*

Mommsen ha certamente concepito il concetto di prestazione e di inadempimento in senso ampio; per lui impossibilità parziale è anche quella che si riferisce alle modalità della prestazione; per questo la mora viene considerata un'ipotesi di impossibilità parziale³². Ma nella teoria di Mommsen quest'idea non è centrale e non viene formulata compiutamente³³; si potrebbe quasi dire che ha soltanto una funzione di ornamento teorico.

Nella sua teoria dell'impossibilità egli osserva incidentalmente che anche «l'impossibilità della prestazione che si riferisce solo a certe modalità della prestazione, come ad es. il tempo della prestazione», va ritenuta come parziale³⁴. Ma è chiaro che qui si pensava soltanto all'impossibilità temporanea³⁵. D'altro canto si parla di impossibilità parziale solamente in relazione alla qualità della cosa da prestare³⁶; non sono neppure menzionate altre modalità della prestazione, ma solo con riferimento all'obbligo di avviso c'è un'affermazione significativa: «tuttavia un siffatto avviso non può mai essere considerato come una prestazione impossibile»³⁷⁻³⁸. In tema di mora viene dunque ribadito più volte l'insegnamento che l'adempimento non tempestivo costituirebbe un inadempimento parziale³⁹. In un caso si afferma persino che vi sarebbe una vera impossibilità con riferimento alla tempestività⁴⁰ ma, come in tutti gli esempi,

³² Cfr. *Unmöglichkeit*, cit., 9, 153; *Die Lehre von der Mora*, cit., 13, n. 1; del resto l'impossibilità temporanea, alla quale si richiama più volte Himmelschein (ad es.: 292 n. 47, 297), è un'impossibilità momentanea relativa all'oggetto ed è quindi tutt'altra cosa rispetto all'impossibilità che riguarda il tempo della prestazione.

³³ Per tale motivo SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., p. 5-6, l'ha intesa addirittura nel senso che Mommsen avrebbe messo i concetti del ritardo e dell'impossibilità colposa al posto del principio generale della responsabilità. Non era certamente questo il pensiero di Mommsen, ma i suoi scritti hanno avuto l'effetto di far passare in secondo piano la responsabilità per colpa. Su questo punto, in modo approssimativo, HIMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 307, nt. 62.

³⁴ MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, cit., 9, 153.

³⁵ MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, cit., §§ 17, 19.

³⁶ MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, cit., § 18.

³⁷ MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, cit., 197. Cfr., per contro, l'opinione di HIMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 300 ss.

³⁸ Basandosi proprio sull'esposizione della teoria di Staub, un insigne autore come H.A. FISCHER, *Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre*, in *Festschrift für Amsberg*, 1904, che fa espressamente riferimento alla dottrina di Mommsen-Windscheid (p. 8) e accoglie inequivocabilmente la teoria dell'impossibilità parziale (p. 33 ss.), non pensa affatto di inserire le violazioni contrattuali positive nella categoria dell'impossibilità parziale. Secondo questo a. la prestazione è individualizzata mediante oggetto, luogo e tempo e può diventare impossibile riguardo a ciascuno di questi aspetti, ma non si può parlare di impossibilità parziale per inesatto adempimento o violazione di obblighi accessori.

³⁹ MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, cit., pp. 13, n. 1, 17, 178.

⁴⁰ MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, cit., p. 27.

Mommsen considera l'impossibilità solo oggettivamente, e così, anche per la questione pratica di quali effetti abbia la mora su un'impossibilità che sopravviene successivamente, egli ha in mente soltanto l'impossibilità oggettiva⁴¹.

In una medesima prospettiva, nella dottrina dell'impossibilità, nonostante un concetto teorico più ampio, l'impossibilità viene di regola definita oggettiva, come appare chiaro specialmente confrontando impossibilità e mora⁴².

Ciò che è fondamentale nella dottrina di Mommsen non è quindi l'ampio concetto di prestazione, ma i tipi di impossibilità⁴³, fra i quali vengono considerati non l'impossibilità totale e parziale, ma innanzi tutto l'impossibilità obiettiva e soggettiva, l'impossibilità originaria e sopravvenuta.

L'opinione di Windscheid non è diversa. Nella sua critica⁴⁴, estremamente accurata, non presta attenzione al concetto ampio di prestazione e, per quanto riguarda il tempo della prestazione, la sua adesione⁴⁵ si riferisce solo all'impossibilità temporanea⁴⁶ che, come abbiamo visto, è soltanto un'impossibilità oggettiva provvisoria⁴⁷. Nel suo celebre manuale non prende posizione sulla individualizzazione della prestazione e nella teoria dell'impossibilità⁴⁸ non fa cenno all'impossibilità parziale; gli esempi si riferiscono soltanto all'impossibilità oggettiva⁴⁹. Anche le questioni dell'impossibilità originaria e sopravvenuta, obiettiva e soggettiva sono al cuore della sua dottrina.

Secondo Windscheid, la prestazione consiste nel fare o nel non fare cui il debitore è obbligato, «essa è oggetto del diritto di credito»⁵⁰. Viene distinto il contenuto, la portata giuridica del diritto di credito⁵¹, e nel corso dell'opera

⁴¹ Viene spiegato, ad es., (MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, cit., p. 17), che l'inadempimento si potrebbe fondare sul fatto che il debitore non può o non vuole adempiere. Viene definito come impossibilità il fatto non può adempiere (p. 18, nt. 2), ma, secondo la teoria di Himmelschein, anche la prestazione che il debitore non vuole adempiere sarebbe impossibile, in particolare quella non adempiuta dopo la sentenza di condanna (esempio di Mommsen), perché qui è sempre escluso l'adempimento tempestivo. A p. 27, dopo aver qualificato come vera impossibilità anche l'adempimento non tempestivo, si pone la questione se il creditore debba accettare l'adempimento tardivo ancora possibile, ma qui ci si può riferire soltanto alla prestazione intesa oggettivamente.

⁴² Cfr. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, cit., § 23: la *mora* presuppone che il debitore possa eseguire la prestazione; p. 268: *mora* e verificarsi dell'impossibilità.

⁴³ Cfr. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, cit., § 1.

⁴⁴ WINDSCHEID, in *Hdlbg. Kritisch. Zeitschr.*, vol. 2, 1855, p. 106 ss.

⁴⁵ WINDSCHEID, in *Hdlbg. Kritisch. Zeitschr.*, cit., p. 126.

⁴⁶ Cfr. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, cit., § 19.

⁴⁷ Himmelschein, invece, avrebbe potuto fare riferimento alla critica di WINDSCHEID in tema di *mora*, (in *Hdlbg. Kritisch. Zeitschr.*, vol. 3, 1856, p. 253 ss.), là dove si parla dell'impossibilità «di adempiere tempestivamente a partire da quel momento»; ma la conclusione che se ne deduce è che sarebbero necessarie regole speciali (!!) sul risarcimento da erogare.

⁴⁸ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, Torino, 1925, § 264.

⁴⁹ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, cit., § 264, nt. 1.

⁵⁰ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, cit., § 252.

⁵¹ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, cit., § 262 [*n.d.c.* «per contenuto del diritto di credito qui si intende la portata giuridica, la potestà che esso attribuisce al creditore»].

accanto alla dottrina dell'impossibilità vengono illustrate anche le modalità della prestazione⁵².

Così, nei punti che ci interessano, la teoria di Mommsen non trova affatto espressione nel principale manuale della Pandettistica.

Se ci atteniamo agli altri manuali di diritto comune, vediamo che in tutti l'impossibilità assume un ruolo del tutto secondario⁵³; non è neppure menzionata o viene liquidata in modo molto sbrigativo.

Ha invece un'importanza fondamentale la teoria della colpa⁵⁴, da cui deriva come naturale conseguenza la responsabilità per l'interesse⁵⁵⁻⁵⁶.

b) *L'impossibilità è intesa in senso oggettivo nel BGB.*

«Con grande naturalezza la teoria dell'impossibilità della prestazione, elaborata da Fr. Mommsen e munita di formule luccicanti da Windscheid, ha conquistato il suo posto nel codice civile»⁵⁷.

⁵² WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, cit., §§ 273-282.

⁵³ Per tale motivo il giudice del *Reichsgericht* MÜLLER, in *Recht*, 1902, p. 542, può definire il notevole ampliamento del concetto di impossibilità come un «fenomeno ipertrofico, non giustificato dall'evoluzione nel diritto comune».

⁵⁴ Così, in PUCHTA-RUDORFF, *Pandekten*, 1872: «le modifiche delle obbligazioni esistenti avvengono: [...] 2. per colpa: *dolus, culpa, mora*, disdette e rifiuti (§§ 264-271)». DERNBURG, *Pandekten*, II, 1897, §§ 36-46: cap. V: colpa, ritardo, risarcimento del danno, pena convenzionale. BRINZ, *Pandekten*, II, 1879, § 264 II: una trasformazione dell'obbligazione avviene per colpa, o come ritardo nell'esecuzione o nell'accettazione della prestazione dovuta, o come dolo ed errore nei negozi, per cui si è responsabili (*dolus, culpa*). Il concetto di impossibilità in senso stretto risulta particolarmente chiaro in Brinz (p. 250): «sono possibili danni cagionando l'impossibilità, provocando il deprezzamento, non eseguendo o eseguendo inesattamente la propria prestazione». La cesura con la dottrina di diritto comune (p. 250, nt. 7) viene illustrata con chiarezza: in cosa sia possibile generalmente una colpa all'interno dell'obbligazione «forse non è stato esaminato in maniera particolare, ma di certo non è mai stato individuato nello stesso modo». Così, ad es., PUCHTA, §§ 264, 265, e KELLER, § 245, parlano soltanto di violazione dell'obbligazione, ARNDTS, § 150, e WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, cit., §§ 264 2, 256, certamente in modo più concreto, ma soltanto con riferimento all'impossibilità della prestazione. HASSE una volta la definisce nel senso che «o 1. si adempirebbe la propria obbligazione in modo non dovuto o 2. si renderebbe impossibile l'adempimento della stessa».

⁵⁵ Ciò emerge chiaramente anche dai lavori preparatori del BGB. Il *Dresdner Entwurf* all'art. 280 stabiliva che «se il debitore non adempie per colpa l'obbligazione che grava su di lui, deve risarcire i danni al creditore, ferma restante l'obbligatorietà dell'adempimento». Anche i precursori dell'attuale § 276 hanno sempre parlato di una «responsabilità» per colpa (cfr. HIMMELSCHNEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 278). Il § 1295 ABGB è formulato in termini ancora più generali.

⁵⁶ Cfr. in dottrina, ad es., DERNBURG, *Pandekten*, cit., § 37, p. 102: «in un diritto evoluto la regola è che il debitore contrattuale risponda per qualsiasi colpa, e quindi anche per colpa lieve. In altre parole, ciò ha un valore generale». «Egli è responsabile quindi – così dice la nota n. 1 – se non adempie per sua colpa, se adempie inesattamente o se cagiona colposamente dei danni nell'esecuzione del contratto». Cfr., anche, i §§ 44, 45. Anche HIMMELSCHNEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 313, nt. 73, cita questo passaggio, ma senza giungere a conclusioni per il diritto comune! Cfr., anche, UDE, in *AcP*, 48, p. 393; MÜLLER, in *Recht*, 1902, p. 542.

⁵⁷ RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung*, in *Festschrift "Aus römischem und bürgerlichem Recht" für E. F. Bekker*, 1907. Un'affermazione che del resto non gli ha impedito, già dopo alcune righe, di scri-

Su ciò Himmelschein richiama giustamente l'attenzione e dimostra⁵⁸ quanto profondamente i *Motive* siano legati alla concezione di Mommsen.

Certo, essi vanno anche oltre la teoria del Maestro quando giungono alla conclusione che i presupposti e gli effetti del ritardo debbano coincidere con quelli dell'impossibilità dell'adempimento⁵⁹, dal momento che sia Mommsen⁶⁰, proprio per il particolare presupposto, sia Windscheid⁶¹, per gli effetti peculiari, vogliono che la mora sia trattata come un autonomo istituto.

Per fortuna non si sono fatti spingere dalla loro «migliore conoscenza» teorica fino a cancellare la mora come istituto giuridico autonomo!

Himmelschein⁶² ha dimostrato molto bene come la volontà di risolvere nel modo più chiaro possibile la questione, oggetto di controversia nel diritto francese, di quando sorga la pretesa al risarcimento del danno per inadempimento, ha condotto alla disciplina dettagliata dell'impossibilità e della mora nel BGB⁶³.

Ritengo tuttavia che l'errore di Himmelschein stia nel supporre che ogni caso di inadempimento costituisca un caso di impossibilità totale o parziale e che la legge intenda l'impossibilità nel significato molto ampio di impossibilità di eseguire esattamente la prestazione.

Non metto in dubbio la sostenibilità della teoria di Himmelschein. Da un punto di vista logico tutti i casi di inadempimento in quanto tali possono essere concepiti come impossibilità totale o parziale della prestazione esatta⁶⁴.

vere: «se esso (il contratto) è valido, allora tra tutti i possibili casi di inadempimento la legge ne prende in considerazione soltanto due categorie: l'impossibilità e il ritardo»!

⁵⁸ HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 298.

⁵⁹ *Mot.* II, 60.

⁶⁰ *Die Lehre von der Mora*, cit., p. 22.

⁶¹ WINDSCHEID, in *Hdlbg. Kritisch. Ztschr.*, III, p. 256.

⁶² HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., pp. 258, 274.

⁶³ A sostegno delle argomentazioni di Himmelschein si può fare riferimento a quanto viene esposto nel Progetto parziale del diritto delle obbligazioni, Capo I Titolo 3 III. I. Conseguenze dell'inadempimento (n. 22), al punto in cui si dice che «non c'è bisogno che nel codice sia previsto espressamente che il creditore ha il diritto ad agire per l'esecuzione di questa obbligazione. Ciò scaturisce direttamente dalla pretesa stessa che spetta al creditore [...]. Invece la richiesta del risarcimento del danno al posto di quella di adempimento è ammissibile solo se risulta dalle altre disposizioni generali del codice. Debbono sussistere particolari ragioni che consentano di attribuire al creditore il diritto di esigere, al posto dell'adempimento naturale o accanto ad esso, qualcosa di diverso o ulteriore. Ma qui, sulla questione delle conseguenze dell'inadempimento, il Progetto si esime dal formulare una norma simile al § 761 del codice civile sassone [...] piuttosto detta soltanto disposizioni sull'impossibilità dell'adempimento di obbligazioni esistenti e in particolare sul ritardo». Tale obiettivo viene espresso chiaramente anche nella struttura del Primo Progetto: I. Obbligo alla prestazione (il debitore deve eseguire integralmente la prestazione e risponde per inadempimento doloso e colposo dell'obbligazione). III. Impossibilità della prestazione e conseguenze della mancata esecuzione della prestazione. IV. Ritardo del debitore.

⁶⁴ HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 306; JUNG, *Bürgerliches Recht*, cit., p. 721. Di diverso avviso, più di recente, FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., pp. 20 ss., 39, la cui motivazione principale – il fatto che le qualità di una prestazione non ne rappresenterebbero delle frazioni e, perciò, una prestazione viziata costituirebbe

Himmelschein ha elaborato questa dottrina con estrema coerenza ma, a prescindere dalla sua condivisibilità, resta da vedere se questo ampio concetto di impossibilità stia alla base della legge.

La risposta a questo interrogativo dev'essere negativa. Il fatto che la teoria sia coerente non prova che anche la legge abbia «dedotto la stessa conseguenza che riguarda l'inadempimento anche per la questione dell'impossibilità della prestazione»⁶⁵.

Depone in senso contrario già il fine del legislatore, messo in luce così bene da Himmelschein, di dirimere con la teoria dell'impossibilità la questione oggetto di controversia nei diritti francese e svizzero (sull'origine della pretesa al risarcimento del danno). «Se l'adempimento è possibile, il debitore deve adempiere; se è impossibile, deve soddisfare l'interesse»⁶⁶. Se, dunque, «non sono riscontrabili casi di inadempimento di una prestazione pienamente esigibile, che non implicino allo stesso tempo un'impossibilità totale o "parziale" della esatta prestazione»⁶⁷ – «la prima prestazione non eseguita» rende effettivamente «impossibile la prestazione esatta, intesa anche come risultato»⁶⁸ – allora non ci possono essere casi nei quali l'adempimento sia ancora possibile, in quanto ogni violazione contrattuale deve rappresentare necessariamente un'impossibilità (almeno parziale); non si vede quale sarebbe il problema per il legislatore di stabilire quando l'inadempimento possa essere considerato definitivo. Bisognerebbe proprio trovarlo!

Ma oltre all'inadempimento il legislatore vuole anche una ragione specifica per la quale la prestazione sostitutiva possa essere richiesta ed eseguita in luogo dell'adempimento in natura⁶⁹.

Ci troviamo, però, subito di fronte al problema quando, nonostante la violazione dell'obbligo di eseguire la prestazione, ci sia ancora la possibilità di procurarne l'oggetto (in questo senso, l'adempimento). Ne sono casi tipici la mora e il rifiuto della prestazione – infatti anche nei *Motive* (II p. 49) giustamente si prende come punto di partenza il «caso della mora» – mentre il caso dell'impossibilità oggettiva costituisce l'esempio evidente del superamento del problema.

adempimento – tuttavia è una *petitio principii*. Invece giustamente FREITAG e LESSER, *Der Inhalt der Leistungspflicht*, Breslau, 1909, p. 104, tengono a sottolineare di non condividere questa teoria.

⁶⁵ HIMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 293. LESSER, *Der Inhalt der Leistungspflicht*, cit., p. 4, che tratta l'obbligo di prestazione proprio in base a luogo, tempo ed oggetto, tuttavia per quel che riguarda il BGB ritiene che l'impossibilità si riferisce soltanto all'oggetto della prestazione (v. anche p. 105, nt. 1).

⁶⁶ HIMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 275.

⁶⁷ HIMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 306.

⁶⁸ HIMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 301.

⁶⁹ L'impossibilità va ad inserirsi «come un ulteriore presupposto del diritto al risarcimento del danno» (HIMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., pp. 275, 280). Se ogni inadempimento costituisce impossibilità totale o parziale, allora l'impossibilità non può essere l'ulteriore presupposto del diritto al risarcimento!

Diviene così facilmente comprensibile l'osservazione sul Progetto parziale menzionata sopra⁷⁰: «il Progetto detta disposizioni *soltanto* sull'impossibilità dell'adempimento di obbligazioni esistenti e, in particolare, sulla mora».

È in questione soltanto il problema di quando viene modificato il contenuto del rapporto obbligatorio, di quando cioè il risarcimento del danno può essere richiesto al posto o unitamente all'adempimento in natura; la risposta viene data dal Progetto e dalla legge con le norme sull'impossibilità e la mora.

Se la prestazione può essere – oggettivamente – ancora eseguita, allora si deve agire per l'adempimento; solo se è certo che la prestazione è impossibile, si può chiedere il risarcimento dei danni per inadempimento (§ 240 E, § 280 BGB); eccezionalmente la pretesa risarcitoria per l'interesse sussiste anche quando la prestazione è ancora possibile, come avviene dopo la sentenza di condanna del debitore all'adempimento passata in giudicato (§ 243 E, § 283 BGB) e per l'interesse di mora nel caso di ritardo (§ 247 E, § 286 BGB); in caso di impossibilità parziale e di mora il creditore, per mancanza di interesse, può pretendere anche il risarcimento dei danni per inadempimento dell'intera obbligazione (§§ 240, 247 II E, 280, 286 RGR).

A ogni modo, il BGB è stato elaborato con cura sotto il profilo tecnico, ma non sappiamo se sempre con successo. Senza una prova lampante non è credibile che in una dottrina che sta particolarmente a cuore al BGB, come quella dell'impossibilità, il concetto stesso di impossibilità debba essere utilizzato in un duplice significato nelle disposizioni sull'inadempimento.

Secondo Himmelschein il Progetto (§§ 240, 249 c. 2) avrebbe dovuto considerare una volta l'impossibilità in senso ampio come impossibilità dell'esatta prestazione, un'altra volta l'impossibilità in senso oggettivo.

Per l'opinione sostenuta qui anche il § 247, c. 2 E (§ 287 BGB) si può spiegare agevolmente. In base a questa norma durante la mora il debitore risponde anche per l'impossibilità sopravvenuta per caso fortuito. Qui l'impossibilità è intesa come al solito solo oggettivamente.

c) *I casi di Staub sono stati tralasciati nel diritto comune, nei lavori legislativi e agli esordi del BGB.*

I risultati ai quali siamo giunti corrispondono allo stato della dottrina di diritto comune che – come sopra illustrato – era molto lontana dal fare dell'impossibilità il concetto centrale della dottrina dell'adempimento.

L'impossibilità in senso ampio anche per lo stesso Mommsen ha solo il significato di un concetto teorico generico e in tal guisa Windscheid gli dà scarso rilievo.

La «raffinata teoria» del Progetto non è passata inosservata alla critica ed è

⁷⁰ V. *supra* nt. 63.

stata decisamente contestata; così Seuffert⁷¹ biasima la confusione che nei *Motive* sarebbe stata causata dalla commistione tra impossibilità e mora.

Mi pare addirittura dubbio che il concetto di prestazione completa utilizzato nel E I § 224, poi espunto perché superfluo, sia identico al concetto di Himmelschein di prestazione «precisa sotto ogni aspetto». Infatti, la completezza si riferisce soltanto al risultato della prestazione. Prestazione completa consiste nell'effettuare la singola prestazione per come è stata individualizzata dai soggetti dell'obbligazione, mediante oggetto, luogo e tempo della prestazione (§ 226-231 E). Invece, le modalità della prestazione non concernono la «prestazione completa», ma soltanto la «prestazione precisa». In altre parole, se per il risultato della prestazione conta solo che questa venga eseguita per intero nel tempo giusto e nel luogo giusto (o, in via eccezionale, che sia effettuata *personalmente* dal debitore), allora l'attività adempitiva non esatta non osta alla prestazione completa («adempimento»); soltanto nel concetto di «prestazione precisa sotto ogni aspetto» ricadono tanto la prestazione «completa» quanto la prestazione eseguita «nel modo dovuto», nell'ambito di una nozione ampia di prestazione⁷².

Soprattutto grazie agli studi di Siber⁷³, noi sappiamo che la legge e la scienza giuridica del diritto comune non avevano una chiara consapevolezza della distinzione fra pretesa individuale e organismo obbligatorio, perché allora «l'attenzione dei giuristi si è concentrata sulla prestazione principale»⁷⁴.

Certamente non è ignorata l'appartenenza degli obblighi accessori all'obbligo del debitore e della prestazione accessoria alla prestazione principale⁷⁵, ma gli obblighi accessori non vengono colti nel loro significato generale. Proprio questo⁷⁶ era un motivo della nascita della dottrina delle violazioni positive del contratto.

È senz'altro vero che già prima del BGB erano noti casi di inesatto adempimento e non erano una novità della vita giuridica a partire dal 1900⁷⁷. Tuttavia, avevano goduto di poca considerazione e non erano stati colti pienamente nella loro importanza⁷⁸. Non sono stati considerati più approfondita-

⁷¹ *Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich von Bekker-Fischer*, fasc. 11, 1889, p. 18.

⁷² Nello stesso senso FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., p. 311 ss.

⁷³ SIBER, in PLANCK, *Recht der Schuldverhältnisse, Vorbem. I*.

⁷⁴ HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 294.

⁷⁵ E § 359 nonché la ripetuta menzione degli obblighi accessori nei *Motive*.

⁷⁶ Così, già SIBER-PLANCK, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 183, SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., p. 3; anche lo stesso HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 289.

⁷⁷ HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 289, FLAD, *Positive Vertragsverletzungen*, cit., p. 401.

⁷⁸ Dei noti passi D 19. 1. 13 pr. e D 19. 2. 19. 1, l'ultimo non è citato nel manuale di Windscheid, il primo, come ci si dovrebbe necessariamente attendere in base alla teoria di Himmelschein, non viene addotto come esempio formidabile di inadempimento parziale nella dottrina dell'impossibilità,

mente non solo dalla Commissione legislativa, ma neanche dalla critica; emerge solo la questione del rapporto fra responsabilità per vizi e colpa⁷⁹.

Prima di Staub la civilistica non si è interessata dell'inesatto adempimento: nella ottava edizione del *Lehrbuch des Pandektenrechts* Kipp e Windscheid non ne fanno menzione. Nella nona edizione Kipp sostiene (vol. 2, p. 107, rigo 8) che «nella dottrina di diritto comune non si è mai dubitato che il debitore, in caso di sua colpa, risponda anche per siffatti danni. Tuttavia, è corretto ritenere che non sia emersa una differenza col caso dell'intervenuta impossibilità della prestazione».

L'osservazione di Kipp è significativa! Nel diritto comune questi casi non erano stati affatto considerati e, là dove capitasse di affrontarli, non si tentava neanche di ricondurli alla dottrina dell'impossibilità.

Persino il Maestro non ammette l'impossibilità della prestazione per un obbligo di informazione⁸⁰.

Il suo successore Titze⁸¹ non ci indica nessuno dei casi che in seguito costituiranno la base di partenza della teoria di Staub.

Un giurista dello spessore di Stammler, che ci introduce al diritto delle obbligazioni attraverso degli esempi, riporta un caso tipico di Staub (la violazione di un obbligo accessorio di non fare)⁸², ma se ne serve soltanto per spiegare l'eccezione di inadempimento del contratto⁸³ e non pensa affatto di utilizzarlo per la dottrina dell'impossibilità, anzi, proprio per l'impossibilità parziale va alla ricerca di una fattispecie diversa: la distruzione parziale di una cosa venduta.

Tanto radicata era la concezione del diritto comune, che l'impossibilità poteva essere solo oggettiva! Crome⁸⁴, che viene spesso citato come il primo ad aver applicato il § 276 BGB ai casi di violazioni contrattuali positive, ha sì

ma è citato solo fuggacemente e senza alcun riferimento a questo problema nel § 393, n. 1. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, cita D 19. 1. 13 pr a p. 198, n. 8, ma parte dal presupposto che qui si tratterebbe di un inadempimento «senza parlare di una impossibilità» (p. 197). Ritiene D 19. 2. 19. 1 (p. 212, n. 38) «qui non rilevante». Il problema dell'inesatto adempimento passa inosservato. Mommsen parla di impossibilità parziale soltanto se «viene assunto espressamente» «l'obbligo alla prestazione di certe qualità». Per questo ritiene la responsabilità per vasi difettosi «eccezionale» (pp. 205-206). Dernburg si limita a brevi considerazioni (II pp. 102, 123) sul danno causato «solitamente nell'esecuzione colposa del contratto» e sull'«adempimento viziato», ma così concede ancora moltissimo al diritto comune.

⁷⁹ Ad es. *Motive* II 229, 259. *Prot.* I pp. 688-689.

⁸⁰ MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, cit., p. 197, cfr. *supra* p. 11.

⁸¹ Per quanto ho notato cfr., ad es., p. 48 ss. È estremamente significativo che lo stesso TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1932, p. 71, non ponga assolutamente sullo stesso piano inadempimento e impossibilità ma, in linea con la dottrina prevalente, ritenga impossibilità e mora come singole forme di manifestazione nelle quali non si esaurisce il campo dell'inadempimento; la violazione positiva del contratto costituirebbe «una terza forma di manifestazione dell'inadempimento erroneamente tralasciata nel codice», «una figura giuridica dimenticata dal legislatore»!

⁸² STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 84.

⁸³ STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 100.

⁸⁴ *System*, II, pp. 65-66.

fondato un obbligo di risarcimento del danno sul § 276, ma a mio avviso ha ignorato il problema della violazione positiva del contratto.

Dalla nostra panoramica emerge che, né nei lavori preparatori né con l'entrata in vigore del codice, i casi di violazione positiva del contratto fossero intesi dalla dottrina nella loro accezione comune.

d) *Il § 276 BGB.*

Se, quindi, non possiamo ritenere accettabile l'applicazione delle disposizioni in materia di impossibilità direttamente alle fattispecie di violazione positiva del contratto, allora rimane la seconda interpretazione, sostenuta di nuovo da Himmelschein, secondo cui la responsabilità (anche se non l'obbligo risarcitorio) deriverebbe direttamente dal § 276.

Anche qui devo far notare, in primo luogo, la contraddizione interna nella dottrina di Himmelschein⁸⁵. Se ogni violazione contrattuale colpevole ha come conseguenza l'impossibilità della prestazione e dall'impossibilità scaturisce una pretesa risarcitoria, allora il § 276 non può affatto significare che «il debitore risponde, resta da vedere se per la prestazione in natura o per il risarcimento». Infatti, ricorre sempre l'impossibilità e, nella misura in cui essa sussiste, è previsto sempre il risarcimento del danno; se non sussiste, non può esserci neanche una violazione colpevole del contratto; ogni mancato adempimento costituisce allora quanto meno un'impossibilità parziale.

A mio avviso Himmelschein, proprio partendo dal suo ampio concetto di impossibilità, avrebbe dovuto vedere nel § 276 soltanto una norma definitoria, opinione sostenuta anche dalla minoranza nelle sedute della Commissione (Prot. II, p. 630). Ciononostante le considerazioni di Himmelschein⁸⁶ sulla genesi del codice e sulla sua finalità dimostrano in modo convincente che il § 276 sancisce un *effetto giuridico*, e cioè che il *debitore è responsabile*. L'obbligo *al risarcimento del danno*, tuttavia, non è stabilito *direttamente* dal § 276 come conseguenza di tale responsabilità, anche se in assenza di altre norme speciali è molto agevole inferire l'esistenza di una pretesa risarcitoria⁸⁷ e anche se per i contratti a prestazioni corrispettive manca una specifica disposizione che contempli il diritto di recesso o la pretesa derivante dall'inadempimento dell'intero contratto.

⁸⁵ Il che non gli è del tutto sfuggito (HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 279). Tuttavia, adduce la giustificazione che esisterebbe una violazione ancora maggiore dei requisiti essenziali della tecnica legislativa.

⁸⁶ HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 271 ss.

⁸⁷ STAUDINGER-WERNER, *Vorbemerkung zu §§ 275-282*, B II vor 1, C II; HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 280, JUNG, *Bürgerliches Recht*, cit., p. 722, FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., p. 4. È significativo che nelle discussioni sul codice civile ungherese «sono responsabili» e «prestano il risarcimento del danno» vengano ritenuti identici, nonostante il rinvio al BGB desunto da KITZ, *Zur Frage der sogenannten positiven Vertragsverletzungen*, in *ArchBürgR*, 31, p. 186, che evidentemente non è stato affatto compreso.

4. *Accertamento dell'esistenza di una lacuna nella legge.* – In sintesi, dopo aver vagliato la teoria di Himmelschein, emerge la conclusione che sia da escludere una regolamentazione *diretta* delle fattispecie di violazione positiva del contratto da parte della legge.

Le disposizioni sull'impossibilità non si riferiscono ad ogni fattispecie di inadempimento dell'obbligazione, ma riguardano soltanto l'impossibilità *oggettiva*.

Il § 276 BGB contempla certamente un fondamento di responsabilità (*an sit actio*), ma non indica la forma della responsabilità (*quae sit actio*).

5. *Il significato della lacuna.* – Alla fine, dunque, l'«esistenza di una lacuna colossale» non sarebbe contestabile e dovremmo arrenderci dinanzi al fatto che il legislatore del BGB avrebbe disciplinato in tutti i dettagli l'impossibilità e la mora, ma avrebbe semplicemente ignorato la grande massa delle altre violazioni del contratto?

Su questo Himmelschein ha ragione: già a prima vista ciò non è vero ed è questo il motivo intrinseco per cui la teoria di Staub è stata messa di continuo in discussione, se non rigettata. Eppure la lacuna non è così macroscopica e la svista del legislatore non così grave come ci potrebbe sembrare sotto l'influsso della dottrina di Staub.

Certamente non possiamo risparmiare al legislatore il rimprovero per una formulazione carente e un'infelice costruzione sistematica della dottrina dell'inadempimento⁸⁸; tuttavia, ciò non dipende tanto dal tenore letterale e dall'ordine seguito dai paragrafi della legge, ma piuttosto dal loro contenuto, dai giudizi di valore che racchiudono. Se ne teniamo conto, il difetto legislativo va visto sotto una luce più indulgente⁸⁹. Non si può parlare di una lacuna colossale, perché il giudizio di valore fondamentale della legge, secondo cui ogni violazione colposa del credito obbliga al risarcimento del danno, è indiscutibile, come potrà essere subito dimostrato (v. § III).

A prescindere dalla tecnica redazionale, il difetto della legge non sta nel fatto che «grandi categorie di fatti che si oppongono all'esecuzione della prestazione» (Rabel) non sarebbero affatto state prese in considerazione, senza stabilire effetti giuridici sfavorevoli per il debitore per tutte quelle violazioni contrattuali che non rientrano nell'impossibilità oggettiva colposa e nella mora, ma invece sta nel fatto che questi casi non sono stati colti nella loro peculiarità e portata generale e non ci si è sufficientemente resi conto delle diverse

⁸⁸ È molto confortante che il § 918 ABGB, nella versione della terza novella, dovrebbe includere le manifestazioni della violazione positiva del contratto (secondo i lavori preparatori) ma, nonostante ciò, la dottrina austriaca rimprovera alla legge di contenere questa lacuna! Cfr. SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., p. 413 ss.

⁸⁹ Uno sprone in tal senso ci viene anche dando uno sguardo al celebratissimo Diritto delle obbligazioni svizzero che è venuto alla luce soltanto dopo la comparsa della nostra dottrina e che, tuttavia, non ha tenuto conto dell'impossibilità. Cfr. VON TUHR, *Schw. Oblig. R.*, II § 68 IV pp. 504-505.

forme di manifestazione della violazione contrattuale (le «forme di turbativa» di cui parla Heck). Una lacuna legislativa può derivare non soltanto dal fatto che la legge non consideri determinati fatti della vita, ma anche dal fatto che la loro portata non sia stata esattamente valutata e che perciò non siano stati regolati in modo sufficiente⁹⁰.

La lacuna che doveva essere colmata dalla dottrina della c.d. violazione positiva del contratto è di questo tipo e, data questa premessa, la nostra legge ha davvero bisogno di un'integrazione.

III. L'INTEGRAZIONE DELLA LACUNA.

Il codice civile contiene il principio generale: *ogni violazione dolosa o colposa di un'obbligazione obbliga al risarcimento del danno che ne deriva*⁹¹.

Questo principio fondamentale si evince sia direttamente dal § 276 sia dalle valutazioni che stanno alla base delle singole disposizioni di legge.

L'effetto giuridico della responsabilità per violazione dolosa o colposa di un obbligo contrattuale nel codice viene disposto direttamente dal § 276; su questa dottrina, inaugurata dall'attento studio di Himmelschein, a mio avviso non può esserci nessun dubbio.

Il § 276 intende sancire un effetto giuridico non soltanto basandosi sulla sua genesi⁹²; anche se in esso si vede solo una disposizione che definisce un concetto, tuttavia il giudizio di valore che ne costituisce il fondamento non può mirare ad altro che all'effetto giuridico della responsabilità.

A cosa servirebbe una definizione concettuale sulla responsabilità del debitore se tale responsabilità rimanesse una *lex imperfecta*?

In mancanza di altre norme speciali, che sono rinvenibili solo sporadicamente e per singoli rapporti obbligatori, può essere preso in considerazione soltanto l'effetto giuridico del risarcimento del danno.

⁹⁰ Così anche SIBER-PLANCK, cit., p. 183, RABEL, *Zustandekommen und Nichterfüllung schuldrechtlicher Verträge*, cit., p. 32; JUNG, *Bürgerliches Recht*, cit., § 107, FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., p. 3.

⁹¹ Così già MÜLLER, *Recht*, 1902, p. 542, BRECHT, in *JherJb*, 53, p. 246; oggi viene comunemente accettato, cfr. ad es. SIBER, *Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., § 23; Fr. LEONARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, cit., p. 542; RABEL, *Zustandekommen und Nichterfüllung schuldrechtlicher Verträge*, cit., p. 41; ENNECERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., § 55, p. 211; STAUDINGER-WERNER, *Vorbemerkung zu §§ 275/82 II*; OERTMANN, *Kommentar*, cit., § 280 III, p. 179 (erroneamente, FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., pp. 35, 85; troppo concisamente JUNG, *Bürgerliches Recht*, cit., §§ 106-107).

⁹² Lo stesso HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, cit., p. 119, n. 4, non è riuscito a liberarsi delle vecchie concezioni sulle origini storiche del § 276. Basandosi sulla genesi del testo per lui sarebbe stato molto difficile dimostrare che il § 276 non conterrebbe come precetto l'effetto della responsabilità. È esatto soltanto che dalla storia dell'origine della disposizione non si riesce a cogliere l'idea di una terza forma di turbativa del contratto. A questi casi non si è prestata proprio alcuna attenzione.

Il § 276 riproduce in sostanza l'antica dottrina della responsabilità per colpa⁹³, solo che la responsabilità è estesa, in linea di principio, *ad omnis culpa*⁹⁴.

Per i compilatori del BGB, così come per gli autori di diritto comune, non era minimamente in dubbio che la forma di responsabilità potesse essere soltanto l'obbligo di risarcire il danno⁹⁵.

Dubito molto che così abbiano pensato a casi di inesatto adempimento nel loro complesso. Guardavano a singole questioni in rapporti obbligatori specifici⁹⁶, ma non coglievano nell'adempimento viziato un autonomo problema. Per loro il problema era costituito soltanto dalla questione dell'impossibilità e della distinzione tra adempimento in natura e prestazione risarcitoria. Ma posti di fronte alla questione di quale fosse la conseguenza dell'inesatto adempimento, senza dubbio avrebbero considerato del tutto ovvio l'obbligo del risarcimento del danno⁹⁷⁻⁹⁸.

Anche la disciplina legislativa dell'impossibilità e della mora nonché di alcuni casi specifici che si riferiscono a singoli rapporti obbligatori consente di cogliere completamente la valutazione di fondo del legislatore: il debitore risponde per la lesione del diritto di credito con il risarcimento del danno; naturalmente ciò non esclude che in singoli casi possano essere previsti anche altri effetti giuridici. «La posizione degli interessi, sia per la meritevolezza della tutela del danneggiato sia per la ragionevole esigibilità dell'obbligo risarcitorio, corrisponde pienamente alla situazione nelle forme tipiche dell'impossibilità e della mora»⁹⁹.

⁹³ Nel § 645 III si è addirittura rimasti fermi alla vecchia espressione «responsabilità per colpa» e nel § 767 I 2 si parla della modifica dell'obbligazione principale «mediante colpa»!

⁹⁴ Cfr. già KUHLENBECK, *Von den Pandekten zum BGB*, II, p. 42.

⁹⁵ Una prova più sicura può dedursi dai §§ 558, 606, che parlano espressamente delle «pretese al risarcimento». Tuttavia, il codice ha stabilito queste pretese risarcitorie solo isolatamente per la locazione e nemmeno *certis verbis* nel caso del comodato; esse sono, quindi, presupposte come ovvie (esattamente FRITZ, *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, cit., pp. 83, 91). Parimenti nel § 618 III.

⁹⁶ Cfr., ad es., *Mot.* II, p. 259 (in caso di fornitura di animali malati che ne contagiano altri «potrebbe venire in rilievo» il risarcimento del danno); II, p. 540 («è ovvia» una pretesa al risarcimento del danno nei confronti dell'incaricato per utilizzo indebito di denaro); II, pp. 28, 318 (*custodia*); II, p. 460 (risarcimento del danno sulla base di un contratto di servizio per aver apprestato strumenti inadatti e omesso dispositivi di protezione; rinvio ai §§ 242, 276 del testo attuale!); II, p. 485 (risarcimento del danno per violazione di un obbligo di denuncia); II, p. 571; *Prot.* II, p. 66 (responsabilità del venditore per ogni deterioramento colpevole della cosa); *Prot.* II, p. 369.

⁹⁷ Cfr. KIPP-WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. ed., II, Frankfurt a.M., 1906, p. 107 n. 8, «mai messo in dubbio»; WERNER, *Recht*, 1903, p. 308, parla del «principio generale diventato una parte di noi» e un pratico come il giudice del *Reichsgericht* MÜLLER (*Recht*, 1902, p. 542) considera sicura una responsabilità per violazione del contratto (cfr. anche *retro* nt. 91).

⁹⁸ Per i casi citati alla nota 96 sono state ritenute superflue disposizioni speciali, perché sarebbero sufficienti le norme generali (attualmente §§ 242, 276).

⁹⁹ Cfr. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, cit., p. 119. Richiama l'attenzione sulla parità degli interessi e sulle valutazioni legislative anche FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., pp.

Infatti, oggi nessuno dubita più che la lesione del credito, indifferentemente dalla forma di turbativa alla quale appartiene, obbliga sempre al risarcimento del danno¹⁰⁰ e tutte le motivazioni addotte a sostegno delle cosiddette violazioni positive del contratto in ultima analisi portano sempre a far discendere il giudizio di valore della legge *ex* § 276 dalle disposizioni sull'impossibilità e la mora o dalle norme speciali dei singoli rapporti obbligatori.

IV. COSTRUZIONE SISTEMATICA DELLA DOTTRINA DELLE LESIONI DEL DIRITTO DI CREDITO.

Accertato che nel codice sussiste una lacuna ed essa consiste proprio nel fatto che la legge non ha riconosciuto con chiarezza l'importanza e le specificità di alcune categorie di lesioni del diritto di credito, il nostro ulteriore compito deve essere di costruire un «sistema delle violazioni del credito» nel quale ordinare i diversi tipi di violazione in base a un criterio unitario e distinguere le singole categorie secondo i rispettivi presupposti ed effetti giuridici¹⁰¹⁻¹⁰².

3-5 e 57. Però, questo autore non è stato chiaro sul metodo, come si vede già dal fatto che (a ragione) desume l'effetto del risarcimento del danno dalle valutazioni legislative e tuttavia mira «a colmare una lacuna e a procurare un risarcimento del danno ritenuto necessario» (!). A pp. 5-6 cerca persino di amalgamare interpretazione oggettiva ed interpretazione soggettiva (storica). A p. 21 ss. Freitag segue soltanto l'interpretazione oggettiva e per la valutazione del testo di legge si limita ad un «si deve ritenere» (p. 31), mentre la semplice comparazione del § 240 E I con il § 280 BGB avrebbe dovuto mostrargli che le due disposizioni dicono la stessa cosa. Il Progetto parla soltanto di impossibile totalmente o parzialmente, mentre il § 280 riassume entrambi con «per quanto possibile». Nella sostanza non si è cambiato assolutamente nulla.

¹⁰⁰ Cfr. *supra* p. 21, nt. 91.

¹⁰¹ Di recente perseguono questo scopo in particolare SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., pp. 1 ss., 721 ss.; SIBER, *Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., §§ 23-27; Fr. LEONARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, cit., §§ 280-82; RABEL, p. 23 ss.; FRITZ, *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, cit. È molto accattivante la prospettiva della relazione nazionale tedesca di Rabel [al Congresso internazionale di Diritto Comparato tenutosi all'Aja nel 1932, *n.d.c.*], che tratta congiuntamente conclusione e inadempimento dei contratti ad effetti obbligatori. Invece, nonostante si ponga giustamente l'accento sulla *culpa in contrahendo* (p. 32-33), questa assume un ruolo troppo marginale. Questa dottrina mette in evidenza gli interessi di protezione durante le trattative contrattuali, la teoria delle violazioni positive del contratto ha considerato principalmente i casi in cui dopo la conclusione del contratto vengono colpiti gli interessi di protezione. Esattamente HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung*, cit., pp. 285, 300. Cfr. anche la mia recensione a HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*, in *JW*, 1932, fasc. 51. FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., pp. 2, 83, si spinge troppo oltre se ritiene che in generale manchino i punti di vista decisivi e, perciò, le costruzioni esatte, la formulazione di fattispecie e conseguenze giuridiche integrate nel sistema in modo conforme alla legge. La conseguenza giuridica che lui cerca nella scienza giuridica e nella prassi è stata riconosciuta già da molto tempo e per di più è contenuta direttamente nei giudizi di valore della legge. Quel che conta sono i giudizi di valore, non la «costruzione esatta»; proprio per questo è un errore fondamentale credere (p. 85) che «il principio generale di una responsabilità per inadempimento di un obbligo non è sufficiente; per la costruzione che viene sostenuta qui non è neppure necessario»!

¹⁰² Sulle fattispecie che oggi si riconducono alle violazioni contrattuali positive, cfr. *supra* I 2.

1. *Stato della sistematica.* – Ben presto si è radicata la convinzione che nella denominazione collettiva di «violazione positiva del contratto» sono comprese fattispecie di tipo completamente diverso, «che, anche giuridicamente, non possono essere trattate allo stesso modo». In particolare, si è fatto riferimento alla differenza tra le violazioni di un obbligo di non fare e l'esecuzione difettosa della prestazione¹⁰³ ed è stato anche rilevato che nel caso del diritto allo scioglimento dal contratto si tratterebbe di un fenomeno generale del diritto dei rapporti obbligatori di durata, che nulla avrebbe a che fare con il tipo della violazione dell'obbligo¹⁰⁴.

Per dare una collocazione sistematica ai casi scoperti da Staub, si è proceduto in vari modi. O si è guardato allo scopo della prestazione, cercando di ricondurre i casi all'ottica superiore della impossibilità (ad es. Goldmann-Lilienthal, Schöller, Siber-Planck, da ultimo Himmelschein); oppure l'accento è stato messo sugli impedimenti alla prestazione, chiedendosi in che misura il debitore debba impegnarsi per superarli o ne debba rispondere (ad es. Brecht, di recente Heck, Rabel). Si è rivelato allo stesso tempo necessario enucleare i singoli obblighi la cui violazione era presa in considerazione (ad es. Krückmann, Siber-Planck, Zitelmann, Schlesinger, di recente Fritz), scorgendo poi l'elemento essenziale per la distinzione a volte nella forma della violazione dell'obbligo (Krückmann, «forme di colpevolezza»; di recente Siber, Heck, Kress e Freitag) e a volte nel tipo di danno che è stato da essa cagionato (Lehmann, Lesser; di recente Leonhard).

2. *La lesione degli interessi come fondamento della costruzione sistematica.* – A ogni modo la dibattutissima teoria di Staub ha avuto come risultato positivo quello di fornire un prezioso apporto alla nostra dogmatica, esaminando approfonditamente gli obblighi che nascono da un rapporto obbligatorio, la tipologia e gli effetti della loro violazione. Malgrado tutte le controversie, ognuna di queste analisi con il proprio contributo ha portato a nuove conoscenze. Qui non voglio sollevare questioni sul fatto se questa o quella soluzione, se questa o quella costruzione sistematica sia esatta. Ciò dipende dai criteri guida con cui si procede all'ordinamento sistematico.

Ma chi è convinto che è necessaria una visione teleologica e chi, come la Giurisprudenza degli interessi, richiede in particolare un'analisi dell'assetto degli interessi, deve porre in risalto gli interessi da tutelare e le modalità della

¹⁰³ KIPP, *Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen*, in *DJZ*, 1903, p. 253; LEHMANN, *Die Unterlassungspflicht*, München, 1906, p. 248 ss.; ID., in *AcP*, 96, p. 77; ZITELMANN, *Nichterfüllung und Schlechterfüllung*, cit., pp. 269, 280.

¹⁰⁴ MÜLLER-ERZBACH, *Über Rücktritt bei „sukzessivem Lieferungsgeschäft“ und ähnlichen Verträgen*, in *DJZ*, 1904, p. 1158; KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess*, cit., p. 238 ss.; ID., in *JherJb*, 59, p. 359; ID., *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streitklausel*, cit., pp. 222, 237, 245.

loro violazione, per costruire un sistema delle violazioni del credito in base al criterio della lesione dell'interesse e collocarvi in modo corretto anche i casi delle c.dd. violazioni positive del contratto.

a) Il rapporto obbligatorio pone entrambe le parti in una speciale relazione giuridica, il cui scopo è la soddisfazione di un interesse del creditore mediante un sacrificio del debitore.

Il concetto di interesse dell'obbligazione implica così di promuovere gli interessi del creditore a scapito di quelli del debitore. Per questo all'attività normativa viene posto un duplice compito¹⁰⁵: da un lato, delimitare l'interesse perseguito dal creditore, determinando così il contenuto della prestazione (il debito); dall'altro, garantire la realizzazione di questo interesse, stabilendo perciò la coattività della prestazione (la responsabilità).

Il nostro problema appartiene al campo della responsabilità, ma presuppone una risposta alla questione del «perché della responsabilità».

b) *Il contenuto del debito* viene determinato dall'accordo delle parti e dalla legge. Raramente le parti regolano i loro rapporti contrattuali in modo completo e anche la legge definisce soltanto gli obblighi tipici. Così, il contenuto della prestazione non viene integralmente contemplato dall'accordo espresso delle parti o da singole disposizioni di legge. Il contenuto del contratto può essere pienamente determinato solo con l'interpretazione di buona fede tenuto conto degli usi del traffico giuridico (§ 157) e le singole disposizioni di legge sono integrate mediante il precetto di tener conto della buona fede (§ 242).

Gli obblighi derivanti dal contenuto del contratto hanno uno scopo positivo: essi sono diretti alla realizzazione dell'interesse alla prestazione, e con il loro adempimento deve essere conseguito il risultato della prestazione. *Noi li denominiamo obblighi di adempimento*. A prescindere dal loro scopo positivo, possono consistere in un fare o in un non fare e tra di loro sono completamente diversi: obblighi principali e accessori, obblighi tipici e atipici, obblighi accessori pattuiti e integrativi, obblighi di attuazione e di preparazione autonomi e dipendenti, obblighi di cooperazione, di avviso e di fedeltà¹⁰⁶.

Oggi ogni rapporto obbligatorio è un *bonae fidei iudicium*. La buona fede è il principio dominante, decisivo per la condotta di entrambe le parti, del debitore come del creditore. Ciò significa che nel diritto moderno in tutti i rapporti obbligatori non si richiede soltanto l'esatta realizzazione dello scopo positivo della prestazione, ma anche che la condotta complessiva sia valutabile secondo buona fede.

Con il rapporto obbligatorio tra le parti si crea una relazione specifica che viene considerata dal nostro diritto come un rapporto di fiducia reciproca. La relazione specifica offre ad entrambe le parti la possibilità di incidere su per-

¹⁰⁵ Cfr. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, cit., § 2.

¹⁰⁶ Cfr. *retro* p. 5 ss.

sone e cose dell'altra parte¹⁰⁷; effetto del dovere di buona fede è, *in questo caso, l'obbligo di astenersi dall'esercizio di qualsiasi azione dannosa*¹⁰⁸. Tale dovere di buona fede ha necessariamente *una finalità negativa: esso deve salvaguardare la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione specifica e per mezzo di questa*¹⁰⁹. Non è al servizio, quindi, dell'interesse alla prestazione, ma dell'*interesse di protezione del creditore. Stiamo parlando di obblighi di protezione*¹¹⁰.

In particolare, gli obblighi di protezione hanno un contenuto piuttosto vario e, nonostante il loro scopo negativo, possono consistere anche in un fare positivo¹¹¹; spesso sono obblighi di avviso e di conservazione. Naturalmente in un rapporto obbligatorio unilaterale essi si manifestano soprattutto *a latere debitoris* e, in particolare, dominano il comportamento del debitore durante l'esecuzione della prestazione. Ma incombono anche al creditore nell'interesse del debitore. Tuttavia, questi veri e propri obblighi del creditore non vanno confusi con i suoi oneri. Gli oneri del creditore rappresentano precetti posti nell'interesse proprio, invece gli obblighi del creditore servono a tutelare interessi altrui¹¹².

c) *Il presupposto della responsabilità.* Come nella vita il diritto riesce ad imporsi mille volte prima che si arrivi ad una controversia, così anche nel diritto delle obbligazioni la normalità è l'esecuzione dell'obbligo senza intoppi ed è per questo che qui vengono in evidenza soltanto gli obblighi pattuiti e tipici.

Diventa, invece, rilevante rendersi conto dell'esistenza dei doveri di tipo diverso che sorgono dall'assunzione di un rapporto obbligatorio, praticamente

¹⁰⁷ L'effetto è stato messo in rilievo in particolare da SCHLESINGER, *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, cit., p. 744 ss.; lo segue FRITZ, *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, cit., p. 12. Cfr. anche HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung*, cit., p. 294. Giustamente FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., pp. 72-73, evidenzia come Siber-Planck, introducendo degli obblighi positivi di conservazione, invertano il rapporto logico. Bene KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, cit., p. 580 ss., le cui argomentazioni sono state ignorate da Freitag, altrimenti non avrebbe potuto ritenere che la legge non abbia considerato questi obblighi (p. 71). Kress fornisce numerosi riscontri del riconoscimento da parte della legge anche dei doveri di protezione; ha soltanto mancato di vedervi un problema generale.

¹⁰⁸ Cfr. *Mot.* II, p. 198; *RGZ*, 73, p. 352.

¹⁰⁹ Sulla differenza rispetto ai doveri generali, cfr. nel testo *infra* n. 5.

¹¹⁰ Sulla distinzione fra pretesa alla prestazione e pretesa alla protezione ha richiamato l'attenzione soprattutto KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, cit., § 1. Nel § 23 fa un'eccellente analisi degli obblighi di protezione – egli parla di una «pretesa non sviluppata» – e in tale contesto presenta tanto le violazioni positive del contratto quanto i casi di *culpa in contrahendo* come violazioni delle obbligazioni non sviluppate. La messa in pericolo dello scopo del contratto, tuttavia, secondo me esula dalla teoria degli obblighi di protezione (diversamente, KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, cit., p. 582). HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung*, cit., p. 287, desume gli obblighi di protezione dal «rapporto cornice costante».

¹¹¹ Esattamente, KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, cit., pp. 332, 579, 590.

¹¹² Correttamente, KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, cit., p. 582; FRITZ, *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, cit., p. 14.

solo in caso di turbative dell'organismo obbligatorio¹¹³. Perché è uno dei principi fondamentali del nostro diritto che il debitore debba rispondere solo delle turbative colpevoli, cioè della lesione colposa del diritto di credito (§§ 276-278 BGB).

La colpevolezza può consistere sempre soltanto nella violazione dolosa o colposa di un obbligo concreto¹¹⁴, sia da parte dello stesso debitore, che da parte di una persona della quale egli debba rispondere. Il debitore deve rispondere degli effetti pregiudizievoli della turbativa solo se gli può essere imputata una siffatta violazione concreta dell'obbligo. Ove sussista una responsabilità senza violazione dell'obbligo, si tratta di garanzia, sia sulla base di promesse contrattuali sia di specifiche disposizioni di legge. Per questo motivo il campo della garanzia esula dall'ambito della lesione del credito; la responsabilità per la promessa o per l'inesatto adempimento oggettivo non è conseguenza di una violazione dell'obbligo, perché non c'è un obbligo secondario, ma un vero e proprio obbligo primario.

Il debitore deve rispondere delle conseguenze della mancata realizzazione dell'interesse, sempre e solo a condizione che alla base di essa vi sia una circostanza della quale egli sia responsabile (§ 276).

d) *Il contenuto della responsabilità*. Se la prova della violazione colpevole dell'obbligo è il presupposto della responsabilità del debitore, allora bisogna anche chiedersi in che cosa consista questa responsabilità. Essa serve a tutelare l'interesse del creditore; anche per questo deve essere determinata in base agli interessi violati. Può essere leso tanto l'interesse alla prestazione quanto l'interesse di protezione.

Poiché l'interesse alla prestazione ha un contenuto positivo, la sua violazione può avvenire in tre modi diversi: essa può impedire completamente la realizzazione dell'interesse, pregiudicarla oppure limitarsi a metterla in pericolo.

Per il suo contenuto negativo, invece, l'interesse alla protezione può soltanto essere messo in pericolo o venire pregiudicato. Dal momento che non ha uno scopo finale ben individuato, ma riguarda l'intero patrimonio e la persona del creditore, qui non è praticabile una distinzione tra la vanificazione dell'interesse e il suo semplice pregiudizio.

¹¹³ Cfr. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, cit., § 25. Questo riferimento è sempre necessario.

¹¹⁴ Cfr. KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess*, cit., p. 202; HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, cit., § 25; KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, cit., pp. 8, 330. Ed è per questo motivo che per la teoria delle violazioni positive del contratto, al pari di quella della *culpa in contrahendo*, è così importante la prova dell'obbligo che è stato violato. Per la nostra dottrina è allora indispensabile analizzare la natura di questi obblighi del diritto delle obbligazioni, quantunque il punto di vista decisivo debba essere costituito non dal tipo di obbligo, ma dal tipo di messa in pericolo degli interessi.

3. *Lesione dell'interesse alla prestazione.* – È sempre la conseguenza del fatto che il debitore ha violato in modo colpevole il suo obbligo di adempimento.

a) Siamo di fronte ad una *vanificazione dell'interesse* quando per il comportamento colpevole del debitore la realizzazione dell'interesse del creditore alla prestazione non è più possibile o è mancata completamente.

La disciplina legislativa del venir meno dell'interesse è contenuta nelle disposizioni sull'impossibilità e sulla mora (§§ 280 I, II, 286 II, 287 2 BGB). La sua conseguenza è l'obbligazione a una prestazione sostitutiva: il risarcimento del danno per inadempimento¹¹⁵.

Nei contratti a prestazioni corrispettive spetta senz'altro al creditore il diritto al risarcimento del danno per inadempimento del contratto o il diritto di recesso *ex* §§ 325 e 326 II¹¹⁶.

Come dimostra una serie di disposizioni legislative speciali, nei rapporti obbligatori di durata il diritto di recesso è sostituito dal diritto di disdetta senza preavviso (diritto di scioglimento, secondo Siber)¹¹⁷. Oltre alla liberazione dal vincolo può essere richiesto il risarcimento del danno cagionato dallo scioglimento del rapporto obbligatorio¹¹⁸; resta ferma la pretesa risarcitoria ordinaria già sorta¹¹⁹.

Poiché è stato vanificato o è cessato l'interesse alla prestazione, la pretesa di risarcimento del danno per inadempimento può essere solo di tipo pecuniario: l'interesse all'adempimento o contrattuale va risarcito al creditore in denaro.

Da ciò che è stato esposto possiamo ricavare il seguente principio giuridico: *se la violazione colpevole di un obbligo adempitivo vanifica l'interesse del creditore* (impossibilità della realizzazione o venir meno dell'interesse), *allora il debitore risponde per l'interesse all'adempimento; nei contratti a prestazioni corrispettive spetta senz'altro al creditore il diritto di scelta fra l'interesse al contratto e il diritto di recesso*, al posto del quale nelle obbligazioni di durata opera il

¹¹⁵ Dobbiamo distinguere tra: *pretesa ordinaria al risarcimento del danno* (cfr., ad es., §§ 286, 374, 545, 600, 627, II 2, 628, II, BGB; §§ 62, 98 HGB; SIBER, *Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., § 23, I, 2), volta all'«interesse alla compensazione della perdita patrimoniale subita», che qui può essere utilizzato per definirla in forma sintetica; *risarcimento del danno per inadempimento*, volto all'«interesse all'adempimento»; *risarcimento del danno per inadempimento dell'intero contratto* nel contratto a prestazioni corrispettive, volto all'«interesse contrattuale». Hanno una denominazione specifica, ma sono soltanto casi applicativi della pretesa risarcitoria ordinaria, il *danno da ritardo* (§ 286, I), il *danno di pericolo*, che deriva dalla mera messa in pericolo dell'interesse alla prestazione, e il *danno da disdetta*, che nasce dallo scioglimento del rapporto obbligatorio, ad es. § 628, II.

¹¹⁶ Anche dalle disposizioni speciali contenute nei §§ 635, 634, II 2 BGB, 376 HGB emerge comunque l'idea generale che il diritto spetta direttamente se l'interesse viene meno.

¹¹⁷ Ad es. §§ 542 I 3, 626 BGB, 70-72 HGB; MÜLLER-ERZBACH, *Über Rücktritt bei „sukzessivem Lieferungsgeschäft“ und ähnlichen Verträgen*, cit., p. 1158 ss.; GIERKE, in *Jehrjb*, 64, p. 290; SCHNITZER, in *Jehrjb*, 76, p. 385 ss.; SIBER, *Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., p. 201.

¹¹⁸ Sul rapporto tra recesso e pretesa ordinaria al risarcimento del danno, cfr. STOLL, *Rücktritt und Schadensersatz*, in *AcP*, N.F. 11, 1929, p. 141 ss. e *infra* p. 42, nt. 174.

¹¹⁹ Cfr. *sub* esempio 10; correttamente SIBER, *Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., p. 201.

diritto alla disdetta senza preavviso con risarcimento del danno da disdetta e degli altri danni ¹²⁰.

b) Parliamo di mero *pregiudizio dell'interesse* se la realizzazione dell'interesse alla prestazione è ancora possibile e importante per il creditore. I casi disciplinati in via generale dalla legge sono la mora e l'impossibilità parziale (§§ 286 I, 280 I BGB); tra le disposizioni speciali vanno menzionati i §§ 374, 384, 538 (541), 542, 548-49, 553, 602-03, 633 comma 2, 635, 605-06, 645 II, 681, 692 BGB; 60-61, 73, 84 II, 94 III, 96, 101, 375-76, 379, 384-85, 388 I, 390, 437 HGB. Il più delle volte la legge si limita a stabilire un singolo obbligo senza indicare le conseguenze della sua violazione.

Da queste norme si desume il seguente *principio fondamentale*: *nonostante il pregiudizio colpevole dell'interesse alla prestazione, il debitore può eseguire la prestazione, nella misura in cui sia ancora possibile, e il creditore deve accettarla ove mai il suo interesse non sia venuto meno; tuttavia, il creditore può chiedere il risarcimento di quel danno che nasce dal pregiudizio al suo interesse, l'«interesse alla compensazione della perdita patrimoniale subita» (§§ 280 «nella misura in cui ... impossibile», 286 I, 374, 384 BGB; 61, 98, 385, 388 I vecchia versione, 437 III HGB).*

Certamente nel § 280, come nelle disposizioni speciali dei §§ 538 e 635, la legge parla di risarcimento del danno per inadempimento. Ciò è esatto solo nella misura in cui il pregiudizio riguardi anche l'interesse alla prestazione; ma questo c.d. diritto al risarcimento del danno per inadempimento non esclude l'adempimento. Non sempre deve consistere in una pretesa pecuniaria ¹²¹; nel caso in cui sia ancora possibile eliminare il danno, si può chiedere il risarcimento nella forma della restituzione in natura.

Nella locazione e nel contratto d'opera la *pretesa all'eliminazione* di vizi e difetti viene considerata un obbligo di garanzia; a maggior ragione essa sussiste in caso di colpa.

Nella compravendita la pretesa all'eliminazione dei vizi non è un obbligo di garanzia ma, nel caso di causazione di un vizio per colpa, anche qui si può chiederne la rimozione con la pretesa risarcitoria in natura. Si parla per lo più di un obbligo di conservazione con riferimento all'oggetto della prestazione o all'obbligo di non deteriorare la cosa ¹²².

Il cosiddetto diritto al risarcimento del danno per inadempimento non comprende anche il risarcimento dell'intero interesse all'adempimento; la pretesa risarcitoria per equivalente riguarda soltanto l'interesse parziale all'adempimento e ciò, come emerge chiaramente dalla disposizione del § 280 («nella misura in cui»), viene confermato dai §§ 286 e 538 e, secondo la

¹²⁰ Cfr. sul punto *infra* p. 35 ss., esempi 1; 3a, c; 7a; 8; 10; 11.

¹²¹ Cfr. SIBER-PLANCK, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 251a e § 280, 2 b β.

¹²² Riconosciuto esattamente da FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., pp. 58-59.

dottrina dominante, vale anche per il § 635¹²³.

Dalle singole norme è poi desumibile il principio generale, già espresso nei *Motive* (II, 395), per cui il creditore cui spetta una pretesa all'eliminazione dei vizi, per il ritardo nel ripristino, ha un *diritto di autotutela* a spese del debitore ex §§ 538 II, 633 III BGB.

La legge non contiene nessuna specifica disposizione sugli effetti del pregiudizio dell'interesse nei *contratti a prestazioni corrispettive*. Resta valida la regola generale: *accanto all'adempimento può essere fatto valere l'interesse alla compensazione della perdita patrimoniale subita*. Emerge una peculiarità che la legge non ha messo espressamente in evidenza solo ove mai il pregiudizio consista nel fatto che la prestazione sia diventata parzialmente impossibile¹²⁴: se permane l'interesse del creditore all'adempimento della parte ancora possibile della prestazione¹²⁵ – nel caso in cui l'interesse cessi, vengono in rilievo le disposizioni sulla sua vanificazione – allora si può esimerlo dal far valere il suo interesse all'adempimento e ridurre proporzionalmente la sua controprestazione (§ 323 I BGB).

D'altro canto, molto spesso il *pregiudizio* dell'interesse includerà anche la sua *messa in pericolo*¹²⁶.

Questo legame tra pregiudizio dell'interesse mediante ritardo e messa in pericolo dell'interesse è ricordato dal noto § 326 BGB, la cui analogia viene altrettanto spesso invocata oppure contestata.

Questo paragrafo viene chiamato giustamente in causa soltanto se si è consapevoli che non c'è solo il pregiudizio dell'interesse, che nel § 326 viene presupposto, ma anche la messa in pericolo dell'interesse che si manifesta insieme ad essa. Il fatto che debba essere realizzato questo ulteriore requisito della messa in pericolo dell'interesse è stato giustamente considerato dalla prassi quando essa rifiuta di applicare il § 326 al ritardo con prestazioni accessorie non equivalenti¹²⁷.

La prassi può essere seguita fintanto che in questi casi non sussista una no-

¹²³ DEGG-PLANCK, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 635, 3 a.

¹²⁴ In base al tenore letterale del testo il rinvio del § 325 I 2 non vale per il § 323 I.

¹²⁵ È molto importante l'avvertimento di HIMMELSCHNEIDER, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., p. 326, di non confondere interesse all'adempimento e interesse alla merce; erroneamente, ad es., FRITZ, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners*, cit., p. 205.

¹²⁶ FREITAG, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung*, cit., p. 9, utilizza una formulazione non del tutto felice: «la messa in pericolo del contratto è un fenomeno che può essere provocato da ogni violazione del contratto in presenza di specifiche circostanze». Non si può assolutamente equiparare questa messa in pericolo del contratto alla nostra messa in pericolo dell'interesse; la messa in pericolo del contratto porta talvolta a una messa in pericolo dell'interesse, talaltra a un suo venir meno, e questo è proprio l'errore della teoria della messa in pericolo del contratto, che sul punto non è chiara (cfr., ad es., STAUB-KOENIG, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, cit., *Anh. zu § 374*, n. 175). La messa in pericolo dell'interesse non può mai essere collegata col venir meno dell'interesse, come invece può accadere spesso con il pregiudizio dell'interesse (v. gli esempi 9 e 10, *infra* pp. 39-40).

¹²⁷ RGZ, 53, p. 164 e altre; cfr. REICHSGERICHTSRÄTEN, *Kommentare zum BGB*, cit., § 326 1 a.