

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA
WALTER BIGIAVI E **ALBERTO TRABUCCHI**
(1955-1968) *(1955-1998)*

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA - FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN - ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI - GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI - PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO - PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME
DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

Gennaio-Febbraio
2019

edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

SAGGI

GIOVANNI D'AMICO (*)

Prof. ord. dell'Università di Reggio Calabria

LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE: ATTUALITÀ DEL PENSIERO DI GIUSEPPE OSTI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di “impossibilità” della prestazione, e la contrapposizione tra impossibilità “assoluta” e impossibilità “relativa”. – 3. La irrilevanza della “colpa” (intesa in senso “soggettivo”) nella responsabilità contrattuale. – 4. (*Segue*): il (falso) problema delle c.d. “obbligazioni di diligenza”. – 5. Responsabilità per inadempimento e responsabilità per impossibilità sopravvenuta imputabile. – 6. (*Segue*): ancora sull'impossibilità sopravvenuta. In particolare: il problema della prova dell'impossibilità.

1. – Ricorrono, in questo 2018, i cento anni dalla pubblicazione, nella allora *Rivista di diritto civile* (fascicoli 3-5 dell'annata 1918), di quella “*Revisione critica della teoria sulla impossibilità sopravvenuta della prestazione*”, con la quale Giuseppe Osti pose le basi concettuali su cui il codice civile del 1942 avrebbe costruito la disciplina generale della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione.

La derivazione di questa disciplina dalle idee di Osti è evidente, ed è sempre stata riconosciuta, sebbene quasi tutta la dottrina successiva al nuovo codice – con l'eccezione, forse, solo di Mengoni⁽¹⁾ – abbia fornito

(*) Si pubblica, con il corredo delle note, il testo della Relazione svolta il 14 dicembre 2018 all'Incontro di studio dedicato a Giuseppe Osti, organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Frosinone.

(1) I punti di contatto (probabilmente prevalenti), ma anche le differenze (meno rilevanti dei primi, ma comunque da non sottovalutare) tra Osti e Mengoni, sono stati analizzati con grande acutezza da CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 1 ss.

Anche il presente contributo analizza il pensiero di Osti mettendolo a confronto con quello di Mengoni: prospettiva privilegiata in quanto la condivisione da parte di entrambi gli autori della tesi “oggettiva” della responsabilità contrattuale consente di evidenziare meglio i dettagli che individuano le peculiarità della posizione di ciascuno degli autori considerati rispetto all'altro.

Il confronto si giustifica altresì anche per una circostanza, per così dire, “estrinseca”, e cioè per il fatto che ricorre quest'anno (2018) anche il trentennale della voce *Responsabilità*

delle norme in questione (e, soprattutto, dell'art. 1218, che di questo sistema costituisce il vero centro gravitazionale) interpretazioni che sono risultate (quasi sempre) alquanto distanti dalla concezione che Osti aveva della responsabilità contrattuale e delle norme che ne definiscono i caratteri essenziali.

Il Maestro bolognese ricavava dagli artt. 1225 e 1226 del codice civile del 1865 (cioè dalle due norme, che poi sarebbero state riunificate, nel codice civile del 1942, nell'unica disposizione dell'art. 1218 c.c.) la convinzione che unico *limite* alla responsabilità del debitore sia l'essere divenuta la prestazione *impossibile* (per una "causa estranea" al debitore medesimo, e a lui non imputabile, come recitava l'art. 1225; ovvero in conseguenza del sopravvenire di una "forza maggiore" o di un "caso fortuito", secondo la formula della disposizione successiva); di talché, sin tanto che (all'opposto) la prestazione (in sé e per sé considerata) rimanga *possibile*, il debitore è tenuto ad eseguirla, *quale che sia l'entità dei "mezzi" richiesti a questo scopo (e per quanto grande sia lo sforzo necessario per procurarseli)* (2).

Si noti subito come – quando Osti (ma anche Mengoni) parla di "mezzi" necessari per adempiere – egli non intende riferirsi ad un *quid* che abbia a che vedere con un qualche atteggiamento "soggettivo" del debitore (e, quindi, con una sua "colpa", in una accezione "soggettiva" – vedremo più avanti se, e quanto, fondata – del termine): non si tratta, cioè, in alcun modo né dell'*attenzione, cura, concentrazione* etc., in cui si riassume tradizionalmente la "diligenza" (intesa, appunto, *soggettivamente*), né si tratta della *prudenza* (come atteggiamento, anch'esso inteso nei termini di una disposizione "soggettiva" che rifugga dall'assunzione di rischi eccessivi), né della *perizia* (vista, ancor qui, come *soggettiva abilità* del debitore). Si tratta, invece, dell'*onere economico* che il debitore debba affrontare per adempiere all'impegno assunto, onere che – per quanto grande sia *ab origine* (o possa essere diventato, in conseguenza di vicende sopravvenute al sorgere dell'obbligazione) – ricade (ed è giusto – secondo

contrattuale, che Mengoni pubblicò nel 1988 nel vol. XXXIX dell'*Enc. dir.*, e attraverso la quale egli diede una sistemazione definitiva alla propria concezione, quale si era delineata sin dal lontano, magistrale, "Saggio critico" del 1954 su "*Obbligazioni di mezzi e di risultato*").

(2) Sotto questo profilo Osti si riallaccia ad un orientamento (Polacco, Ferrara) che si era formato nell'interpretazione delle norme contenute negli artt. 1224, 1225 e 1226 c.c. del 1865, in contrapposizione alle concezioni (Coviello, Chironi) che affermavano la rilevanza della colpa anche in materia di responsabilità per inadempimento, e ne accentua la formulazione attraverso la caratterizzazione della impossibilità (della prestazione) come "*assoluta*", ossia tale da costituire un impedimento *non superabile da alcuno*.

Osti – che ricada) sul debitore, che non può invocare la (*maggiore*) *difficoltà di adempiere* per esentarsi dall'obbligo della prestazione, pretendendo di sottrarsi alla relativa responsabilità. Si vedrà meglio più avanti come questa precisazione si rifletta sul (corretto) modo di intendere l'affermazione di Osti, secondo la quale la responsabilità contrattuale è una responsabilità "oggettiva". Ma, intanto, è bene esaminare (cosa che faremo nel prossimo paragrafo) alcune conseguenze che si pongono in ordine alla stessa nozione di "impossibilità" (della prestazione) alla luce della precisazione or ora fatta circa (l'irrelevanza de)i "mezzi" che devono essere impiegati per adempiere.

2. – Il differente modo in cui Osti e Mengoni intendono l'impossibilità che libera il debitore da responsabilità, è forse il punto più significativo (e, comunque, quello più appariscente) di distanza tra le concezioni dei due autori ⁽³⁾.

Osti ritiene – com'è noto, e come abbiamo già ricordato – che l'*impossibilità* che libera il debitore da responsabilità non possa che essere "*assoluta*" (cioè porsi come un impedimento *per chiunque* di effettuare la prestazione promessa), esattamente come "assoluta" deve intendersi la "*possibilità*" che costituisce (in positivo) requisito originario di "validità" dell'obbligazione (e che – in negativo – impedisce il valido sorgere dell'obbligazione medesima) ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Al punto – a nostro avviso – da differenziare lo stesso significato che essi attribuiscono all'essere la responsabilità contrattuale una "responsabilità *oggettiva*". Premesso – infatti – che entrambi ritengono che detta responsabilità sorga in virtù del mero inadempimento, mentre per Mengoni è questo il criterio decisivo per qualificare la responsabilità debitoria come una responsabilità "oggettiva", per Osti sembrerebbe che il fattore determinante sia piuttosto *l'irrelevanza dei mezzi necessari per adempiere*. È per questo – come vedremo più avanti – che Osti può (senza contraddizione) affermare che nelle obbligazioni "di diligenza" la responsabilità è *bensì fondata* sulla "colpa" (sebbene aggiungendo subito che, in queste obbligazioni, la "colpa" si identifica con l'inadempimento), e tuttavia è una responsabilità "oggettiva", in quanto vale anche per essa *il limite* della (im)possibilità assoluta (ossia della irrilevanza della entità dei mezzi necessari per adempiere, e pertanto dello "*sforzo economico*" che l'adempimento possa richiedere al debitore).

⁽⁴⁾ Si colloca qui un'importante differenza (tra le altre) nelle premesse da cui muovono, rispettivamente, Osti e Mengoni. Per Osti – come ricordiamo nel testo – l'"impossibilità sopravvenuta" non può avere caratteri diversi dalla "impossibilità originaria". Mengoni invece (richeggiando – in qualche modo – una posizione che era stata sostenuta anche da Windscheid, secondo il quale solo l'impossibilità originaria è da configurare come un'impossibilità necessariamente "oggettiva", mentre l'impossibilità sopravvenuta può consistere tanto in una impossibilità "oggettiva" quanto in una impossibilità "soggettiva") sostiene che niente impone di non differenziare l'impossibilità "originaria" e quella "sopravvenuta": solo la prima, infatti, si basa su un principio "logico" (di non contraddizione), mentre il principio che sorregge l'im-

Mengoni obietta che l'*impossibilità* (sopravvenuta) può e deve, invece, concepirsi come "*relativa*", cioè essere rapportata ai "mezzi" che – secondo una valutazione di buona fede – possano ritenersi dedotti nel concreto rapporto obbligatorio con un determinato debitore⁽⁵⁾. Sicché – per fare un esempio – se, nella realizzazione di un fabbricato, insorge una difficoltà "geologica", che potrebbe bensì essere superata, ma con l'impiego di mezzi, e con costi, del tutto esorbitanti rispetto alla struttura organizzativa dell'impresa appaltatrice e al corrispettivo pattuito al momento della stipula del contratto, non può ritenersi, secondo una valutazione di buona fede, che il superamento dell'impedimento presentatosi rientri nell'oggetto dell'obbligazione assunta dal debitore; ci si trova, invece, di fronte ad una *impossibilità* (pur sempre *oggettiva*, cioè attinente alla prestazione che concretamente deve ritenersi dedotta *in obligatione*), epperò *relativa* (e non *assoluta*)⁽⁶⁾.

possibilità sopravvenuta è quello per cui *casus a nullo praestantur* (così MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, § 2, *initio*).

⁽⁵⁾ CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 26 – condividendo un analogo giudizio espresso da Mengoni – imputa ad Osti di essere rimasto fermo ad un concetto "naturalistico" di "impossibilità", espressione di una «ideologia positivista ostile alle clausole generali e preoccupata di chiudere quanti più spazi possibile alle valutazioni discrezionali del giudice».

Si tratta di un'accusa probabilmente ingenerosa. A parte il fatto che lo stesso Osti mostra di distaccarsi da una concezione "naturalistica" allorché afferma che deve considerarsi "liberatorio" anche l'impedimento per superare il quale il debitore dovrebbe mettere in pericolo o sacrificare la vita o altri diritti fondamentali, non sembra che la posizione del Maestro bolognese si possa spiegare nel modo indicato. Un autore come Osti, che in quello stesso torno di anni studiava l'incidenza sul contratto della c.d. clausola "*Rebus sic stantibus*", e che – *nell'assenza ancora di qualsiasi previsione che desse loro rilievo in generale* – teorizzava la rilevanza delle "sopravvenienze contrattuali" (aprendo uno spazio notevole alla valutazione giudiziale), non pare possa essere accusato di "legalismo positivistico" o di ostilità nei confronti della discrezionalità giudiziale. Altre invece – come cerchiamo di spiegare – sono le ragioni (per lo più di natura concettuale e dogmatica) che spiegano la configurazione della responsabilità contrattuale fornita da Osti.

⁽⁶⁾ L'esempio che facciamo nel testo ci sembra più idoneo ad illustrare la tesi di Mengoni (secondo cui «l'impossibilità può essere relativa pur rimanendo oggettiva») di quello prospettato da Castronovo, laddove l'A. scrive che «è impossibile recarsi da Milano a Palermo in due ore se non si dispone di un aereo capace di certe velocità».

E invero, se taluno si obbliga ad effettuare un trasporto di passeggeri da Milano a Palermo in due ore, e nella sua flotta di aeromobili non esiste un mezzo così veloce da riuscire a coprire quella distanza nel tempo indicato, non si potrà senz'altro dire che l'obbligazione assunta sia "nulla" per impossibilità dell'oggetto; basti osservare che il debitore *potrebbe ben aver assunto l'obbligazione in questione con l'intenzione di noleggiare un aereo capace di ottenere quel risultato*. D'altra parte, se pure si ragionasse nel senso che è ragionevole supporre che il vettore (quando ha stipulato il contratto) abbia inteso riferirsi ad un aereo *della propria flotta*, allora bisognerebbe riconoscere che qui l'*impossibilità* (sia pur relativa) sarebbe *originaria* (e non sopravvenuta), ed essa impedirebbe (avrebbe impedito) il sorgere stesso dell'obbligazione.

La spiegazione della differenza tra i due autori sembra da ricondursi ad una pluralità di ragioni (di ordine concettuale e dogmatico).

Anzitutto, deve evidenziarsi che Osti ragiona (e lo esplicita chiaramente sin dall'inizio del suo saggio) sulla base della considerazione di una "obbligazione" *astratta dal titolo da cui essa deriva*, e, in particolare, dal titolo *contrattuale* che ne può costituire la fonte. Egli scrive espressamente che l'obbligazione di fonte contrattuale può *estinguersi* anche per cause diverse dalla (vera e propria) "impossibilità" della prestazione, ad es. per "sopravvenienze" che rendano (semplicemente) *eccessivamente onerosa* (ancorché ancora *possibile*) la prestazione di uno dei contraenti⁽⁷⁾, e facciano venir meno il rapporto di corrispettività con la controprestazione⁽⁸⁾; ma aggiunge che queste vicende devono essere tenute distinte dalla estinzione del vincolo che si verifica per "impossibilità" (della prestazione stessa, *in sé e per sé considerata*).

Invece, Mengoni considera la "prestazione" (che costituisce l'oggetto dell'obbligazione) senza disgiungerla dalla *fonte* da cui essa scaturisce, e dalle *circostanze* (anche soggettive) che caratterizzano in concreto tale fonte⁽⁹⁾. Ma, allora, bisogna dire che quella che la dottrina in esame qualifica come "impossibilità relativa", in realtà è un'ipotesi nella quale non verrebbe affatto in gioco una vera e propria "impossibilità" sopravvenuta (*della prestazione promessa*), ma si dovrebbe semplicemente con-

La tesi di Mengoni può invece essere illustrata ipotizzando un impedimento che sia veramente "sopravvenuto" (quanto meno nel senso che non fosse stato previsto, e considerato, al momento del sorgere dell'obbligazione), come nell'esempio che abbiamo fatto nel testo.

(7) Questa *maggior onerosità* è una vicenda che tocca la sfera personale e/o patrimoniale *del debitore*, ma non incide *di per sé* sulla prestazione (nel senso che non la rende "impossibile"), né ne determina l'*estinzione* (tant'è vero che, se il debitore non chieda la risoluzione *per eccessiva onerosità*, il rapporto contrattuale rimane in vita, e il debitore risponde per l'inadempimento dell'obbligazione).

(8) Cfr. *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1918, p. 209 ss., 313 ss., 417 ss., e poi in OSTI, *Scritti giuridici*, I, Milano 1973, p. 3 ss., spec. p. 6 ss. (da cui saranno tratte le citazioni).

(9) Che punto di riferimento dell'analisi mengoniana sulla responsabilità del debitore sia – propriamente – l'obbligazione *contrattuale* (e non l'obbligazione *tout court*) emerge, direttamente e indirettamente, da diversi luoghi della voce "Responsabilità contrattuale"; ma è reso esplicito (in maniera inequivoca) dalla seguente affermazione (che si legge a pag. 1088): «... Il problema dell'impossibilità della prestazione si pone soltanto per le obbligazioni derivanti da negozio o da rapporti assimilati al contratto come la gestione di affari, non per le obbligazioni derivanti da delitto o da altri fatti quali il pagamento dell'indebitato o l'arricchimento senza giusta causa, le quali hanno per oggetto, direttamente o indirettamente, il pagamento di somme di denaro» (e v. anche p. 1090, dove l'A. scrive che «per le obbligazioni pecuniarie non è ipotizzabile l'impossibilità»).

statare che l'impiego dei "mezzi" che sarebbero necessari per superare un certo impedimento sopraggiunto *non rientra nell'obbligazione assunta*. Più che il concetto di "impossibilità", è l'oggetto dell'obbligazione ("prestazione") a mutare (secondo il pensiero di questo A.). Detto altrimenti: quella che Mengoni chiama "*impossibilità relativa*" della prestazione designa in realtà un'ipotesi di *assenza dell'obbligo*⁽¹⁰⁾ (il debitore è esentato da responsabilità, non perché la sua obbligazione sia diventata propriamente impossibile⁽¹¹⁾, ma più semplicemente perché non esisteva *ab origine* l'obbligo di eseguire la prestazione oltre un certo limite, che risulta superato alla luce delle "sopravvenienze" che si sono materializzate nel corso di svolgimento del rapporto)⁽¹²⁾. E che sia così è dimostrato dal fatto che – a

⁽¹⁰⁾ Che la c.d. "*impossibilità relativa*" di cui parla Mengoni costituisca un caso in cui la prestazione che il debitore sarebbe chiamato ad eseguire, deve considerarsi in realtà "non dovuta", perché *ab origine* esclusa dall'oggetto dell'obbligazione (ricostruito secondo un'interpretazione di buona fede) emerge chiaramente dall'affermazione secondo la quale "nei casi di ineseguibilità della prestazione [concetto che Mengoni riprende da Savigny, per indicare proprio le ipotesi di "impossibilità relativa"] *il termine «inesigibile» [ineseguibile] è usato nel senso di "non dovuto", "non dedotto in obbligazione"*.

⁽¹¹⁾ Non è l'obbligazione (nei limiti in cui essa può dirsi sorta, secondo una interpretazione di buona fede) ad essere diventata impossibile, ma sono le circostanze sopravvenute che esigerebbero – per così dire – l'esecuzione di una *prestazione diversa*, perché non rientrante nei limiti di impegno presupposti dal contratto.

Ma – se è così – bisogna riconoscere che quel che viene in rilievo è una tipica "sopravvenienza contrattuale" (=maggiore onerosità), e il problema che si pone è un problema (fondamentalmente) di *esecuzione del contratto secondo buona fede*: problema che non si risolve, tuttavia, con la logica "binaria" *responsabilità/irresponsabilità*, ma sollecita altre "strategie" di governo del rapporto (ad es.: rinegoziazione).

⁽¹²⁾ In questo senso appare anche chiaro che la teoria della c.d. "*impossibilità relativa*" (proprio perché – come abbiamo visto – questa formula invoca un *limite originario* dell'obbligazione stessa, che viene in rilievo in virtù di *evenienze sopravvenute*) non può essere confusa con la teoria della c.d. "*impossibilità soggettiva*", secondo la quale il limite della responsabilità del debitore è bensì costituito dall'"impossibilità" della prestazione, ma quest'ultima va intesa come l'impedimento che non può essere superato dal debitore con la diligenza richiesta (così BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano 1994, spec. p. 15 ss., il quale peraltro precisa che, in tal modo, non intende affatto far riferimento alle "capacità" – e, più in generale, alle "condizioni" – del singolo debitore, bensì ad una misura di diligenza "tipica" ed "oggettiva", richiamata, appunto, dallo *standard* del "buon padre di famiglia).

Cionondimeno è vero che, *negli esiti finali a cui conducono* (se non negli strumenti concettuali a cui ricorrono), le due teorie non sono poi così lontane tra loro (come a prima vista sembrerebbe), in quanto entrambe finiscono per dare rilievo a situazioni di "*difficoltà*" in cui venga a trovarsi il debitore (di fronte a sopravvenienze che rendano *più onerosa* la sua prestazione), in un caso considerando il debitore esentato dall'adempimento per un limite (originario) dell'oggetto della sua obbligazione (teoria dell'impossibilità relativa), nell'altro caso considerandolo esonerato da "responsabilità per l'inadempimento" per una "impossibilità" consistente in un impedimento non superabile con l'ordinaria diligenza (teoria dell'impossibilità soggettiva).

ragionare diversamente – la tesi di Mengoni si esporrebbe ad una grave obiezione: quella, cioè, di avallare – attraverso l’ampliamento del concetto di “impossibilità” – una sostanziale *elusione* della normativa sulla risoluzione (del contratto) *per eccessiva onerosità*, in quanto si farebbe operare il rimedio risolutorio (sia pure *sub specie* di una risoluzione formalmente qualificata come derivante da *impossibilità della prestazione*) in ipotesi nelle quali non sussistano tutti i presupposti richiesti dalla legge per l’operare della risoluzione *per eccessiva onerosità* (ad es., manchino le circostanze “straordinarie”, che devono essere all’origine della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione).

Ne consegue che è, forse, “fuori fuoco” l’accusa che Mengoni e (sulla sua scia) Castronovo muovono ad Osti, e cioè – da un lato – che il concetto rigoroso di impossibilità si rivela “inadatto ai bisogni del commercio giuridico e incompatibile con la clausola generale della buona fede, la quale esige che il limite di responsabilità del debitore sia valutato in relazione all’intero contenuto del rapporto obbligatorio»⁽¹³⁾, e, dall’altro, che «riproporre il concetto classico naturalistico dell’impossibilità, in una “perfetta astrazione dell’obbligazione dal negozio giuridico onde può aver

Detto ciò, bisogna anche aggiungere che la teoria della “impossibilità *soggettiva*” sostiene certamente l’idea che il fondamento della responsabilità contrattuale sia la colpa. Anziché leggere l’equazione *casus = non culpa* nel senso che solo il caso fortuito o la forza maggiore escludono la responsabilità (perché attestano l’*assenza di colpa* del debitore), essa la legge nel senso che l’assenza di colpa *equivale* a impossibilità della prestazione (il che costituisce un’evidente forzatura, anche se è coerente – per l’appunto – con l’idea che si possa essere dichiarati responsabili solo se si è in colpa, e che dunque il fondamento anche della responsabilità contrattuale è la colpa). Sennonché – come osserva acutamente PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 1019 ss., spec. 1054 – desumere dalla (asserita) natura “soggettiva” della impossibilità la natura soggettiva (anche) della responsabilità del debitore significa non avvedersi del fatto che «la prova dell’impossibilità non imputabile [in quanto non dovuta a colpa] non equivale a negazione dell’imputabilità dell’inadempimento ma a negazione dell’inadempimento in sé”, essendo a quel punto l’obbligazione da considerarsi estinta. Sicché non si è responsabili non perché non si è commessa una colpa, ma perché l’obbligo di adempiere è venuto meno. A parte ciò, un’altra obiezione che si può muovere alla nozione di “impossibilità soggettiva” è che essa mette insieme (indebitamente) due profili che l’art. 1218 c.c. tiene distinti, ossia l’“impedimento” e la sua “imputabilità” (alla stregua del concetto di “impossibilità soggettiva”, il giudizio di imputabilità sarebbe “superfluo”, perché l’impedimento rilevante sarebbe già qualificato come quello non superabile con la diligenza: v., per questa obiezione, ancora PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 1067; l’obiezione riecheggia – ci sembra – l’osservazione di Mengoni, secondo cui un concetto meramente negativo di *casus fortuitus*, come tutto ciò di cui non si debba rispondere, si risolverebbe in un *ápeiron*, se non fosse ancorato ad un elemento “oggettivo”, e tale è la nozione di “impossibilità”, la quale per questo – se non intendiamo male – non può essere definita a propria volta come *mancazza di colpa*: cfr. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1073).

⁽¹³⁾ Così MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1077.

causa” significa accogliere un’idea di rapporto obbligatorio “nel quale predomina il vincolo di responsabilità piuttosto che il momento etico del dovere”»⁽¹⁴⁾. Alla prima osservazione può replicarsi che non si capisce perché (*ferma restando* – ben s’intende – *l’applicazione delle norme sulla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, che già tutelano il debitore rispetto ad eventi che aggravino oltre una certa soglia l’impegno assunto con il contratto) si consideri maggiormente conforme a *buona fede* (e ai bisogni del “commercio giuridico”, di cui evidentemente si ritiene che questa clausola generale sia espressione) far gravare il rischio di sopravvenienze, che rendano più onerosa (anche se sempre possibile) la prestazione, *sull’economia del creditore* (che ha fatto *affidamento* sulla promessa), anziché su quella del soggetto obbligato (che, magari, ha *incautamente* assunto un impegno e un rischio, di cui avrebbe dovuto meglio calcolare le conseguenze). Alla seconda osservazione può invece risponderci che esaltare il “momento etico del dovere” rischia di apparire in contraddizione con quell’idea di escludere la rilevanza della “colpa” (intesa in senso “soggettivo”) nella responsabilità contrattuale, idea che, pure, sia Mengoni che Castronovo certamente condividono.

3. – Un punto che senza dubbio accomuna Osti e Mengoni è la tesi, condivisa da entrambi, secondo cui la responsabilità contrattuale è una forma di responsabilità “oggettiva”.

La condivisione di questo assunto fondamentale non esclude che tra i due autori vi siano, anche riguardo a questo aspetto, differenze significative (e, forse, più rilevanti – ancorché meno appariscenti – di quella che abbiamo esaminato nel paragrafo precedente).

Se è vero, infatti, che sia Osti che Mengoni ritengono che la responsabilità contrattuale tragga origine sempre dal fatto oggettivo dell’inadempimento (o dell’inesatto adempimento) di un’obbligazione che non possa dirsi divenuta “impossibile”, è tuttavia anche vero che mentre Mengoni afferma che, per le c.d. “obbligazioni di diligenza”⁽¹⁵⁾ è inesatto (o quanto meno ambiguo) parlare di una “responsabilità *per colpa*” (ciò che discenderebbe dal ricorso ad una nozione “impropria” di colpa, che si sovrapporrebbe alla nozione “propria” e tecnica di questo concetto)⁽¹⁶⁾, Osti

⁽¹⁴⁾ Così CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 22 (il brano citato richiama, nell’ultima parte, un’affermazione di MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1080).

⁽¹⁵⁾ Sul concetto di “obbligazione di diligenza” v. in particolare il paragrafo seguente.

⁽¹⁶⁾ Secondo Mengoni, la nozione “propria” (o tecnica) di “diligenza” si risolverebbe in una qualifica “soggettiva” di un comportamento, e avrebbe come correlato la “colpa”

invece parla espressamente – in relazione a queste obbligazioni – proprio di una responsabilità siffatta⁽¹⁷⁾, e questo (anche) perché per lui *non* ci sono *due nozioni* di *negligentia/culpa*, una soggettiva ed una oggettiva, ma “diligenza” (e – correlativamente – “negligenza”) indica *sempre* la “conformità” (o, correlativamente, la difformità) *di una condotta (esteriore)* rispetto ad uno *standard* comportamentale che andava invece seguito (la “colpa”, insomma, non è mai questione di uno “stato soggettivo”, verso il quale esprimere una riprovazione di tipo “morale”, bensì è l’oggettiva deviazione da una serie di cautele che si sarebbero dovute adottare).

Ciò – si badi – è vero (secondo Osti) anche nel campo della responsabilità *extracontrattuale*, perché anche qui la “colpa” non va intesa come uno “stato soggettivo” (*attenzione, cura, concentrazione, prudenza, abilità* del soggetto nel porre in essere una certa azione), la cui mancanza sia oggetto di riprovazione (morale e giuridica), ma consiste piuttosto in una *oggettiva difformità (esteriormente rilevabile)* della condotta tenuta rispetto a quella che si sarebbe dovuta tenere nelle circostanze date, secondo *standards* di comportamento socialmente adeguati⁽¹⁸⁾.

Proprio perché per Osti (a differenza di Mengoni) esiste *un’unica nozione* di *culpa/negligentia*, egli non ha nessuna difficoltà (né scorge alcuna ambiguità) nel qualificare come una forma di “responsabilità *per colpa*” quella in cui incorre il debitore che adempia inesattamente una c.d. “obbligazione di diligenza” (o di comportamento), pur ribadendo più volte che qui “colpa” indica né più né meno che l’inadempimento (ossia l’inosservanza oggettiva del comportamento dovuto).

Né parlare di una “responsabilità per colpa” risulta al Nostro in contrasto con la *ragione vera* per la quale egli afferma che la responsabilità contrattuale è una forma di responsabilità “oggettiva”: ragione, che – come dovrebbe essere già emerso – risiede (per Osti) essenzialmente nel fatto che *il limite* della responsabilità in questione è dato dalla “impossi-

(vera e propria), intesa come criterio di imputazione di una responsabilità. All’opposto, secondo una diversa accezione “impropria”, “diligenza” indicherebbe lo stesso comportamento dovuto, e designerebbe quindi un elemento del tutto “oggettivo” (detto altrimenti: la violazione della diligenza – ossia la c.d. “colpa” – designa qui il fatto oggettivo dell’*inadempimento* dell’obbligo).

⁽¹⁷⁾ Ed è per questo che l’accusa di “ambiguità” formulata da Mengoni si rivolge *anche* a lui (oltre che a tutta la restante dottrina, che avrebbe il difetto di non tener conto del “doppio significato” del concetto di “diligenza”).

⁽¹⁸⁾ Abbiamo analizzato questo concetto “oggettivo” di diligenza nella voce *Negligentia* (*dir. civ.*), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XII, Torino 1995, p. 24 ss., alla quale facciamo rinvio per tutti i doverosi riferimenti (specie alla dottrina penalistica, che ha particolarmente approfondito questo tema).

bilità oggettiva e assoluta” della prestazione *in sé e per sé considerata*, e senza cioè che possano aver rilievo i “mezzi” che risultino necessari per adempiere (e, dunque, senza che rilevi la *quantità di sforzo* – nel senso di *sacrificio economico* – che il debitore deve sopportare per adempiere l’obbligazione assunta) (19).

È questo *limite* (oggi sancito dall’art. 1218 c.c.) – e che (come vedremo subito) Osti ritiene sussistente anche per le obbligazioni c.d. “di diligenza” (20) – a rendere la responsabilità del debitore una responsabilità “oggettiva”: il che vuol dire (in buona sostanza) che ricade sul debitore il rischio che la prestazione diventi *eccessivamente onerosa* (e, dunque, richieda uno *sforzo* maggiore di quello originariamente preventivato, e/o ordinariamente necessario per adempiere la prestazione assunta), onde egli è liberato dall’obbligazione solo allorché un impedimento sopravvenuto la renda addirittura “impossibile” (*ad impossibilia nemo tenetur*).

4. – Se, per Osti – come abbiamo visto nel paragrafo precedente – il riconoscimento che, quando l’obbligazione ha per oggetto una “prestazione di diligenza”, la *responsabilità per inadempimento* possa qualificarsi come una “responsabilità *per colpa*”, non crea alcun imbarazzo, e in particolare non mette in discussione il carattere “oggettivo” della responsabilità debitoria, Mengoni – che, a propria volta, condivide quest’ultima affermazione – ritiene necessario fugare qualsiasi dubbio al riguardo, quale potrebbe sorgere (a suo modo di vedere) proprio dalla considerazione delle c.d. “obbligazioni di diligenza”.

(19) Viceversa, nella responsabilità extracontrattuale, il *limite* – come abbiamo già accennato (v. la penultima nota) – è la *colpa* del soggetto, perché immaginare una responsabilità che vada *oltre la colpa* significherebbe introdurre un ostacolo all’esplicazione della libertà individuale (*anche* nel senso dei “mezzi” da adoperare per evitare di arrecare danno a terzi), eccessivo rispetto allo scopo di questa responsabilità (che è semplicemente quello di assicurare le condizioni generali di convivenza tra i consociati).

(20) Anche per queste, invero, il debitore è tenuto ad effettuare la prestazione dovuta (ossia a porre in essere la condotta prescritta da tutte le regole sociali e tecniche che rilevano nello svolgimento di una certa attività) sino al limite dell’impossibilità, *quale che sia lo sforzo* (*e il sacrificio*) economico che ciò dovesse comportare.

E così, per es., se un protocollo medico richiede per il trattamento di una determinata patologia il ricorso ad un certo medicinale, che per una serie di ragioni possa essere diventato di difficile reperibilità e/o il cui costo sia notevolmente aumentato, il debitore (della prestazione medica) non può invocare questa (semplice) *maggiore difficoltà* (*o onerosità*) di procurarsi il farmaco (adatto) per andare esente da responsabilità, perché solo l’*impossibilità* (oggettiva e assoluta, oltreché non imputabile a colpa del debitore) della prestazione potrebbe avere l’effetto di far venire meno l’obbligo (e, dunque, la responsabilità ad esso connessa).

Era, infatti, accaduto – pochi anni dopo lo scritto di Osti del 1918, nel quale il Maestro bolognese aveva delineato nitidamente (pur senza darle il nome, col quale successivamente sarebbe stata correntemente designata) la distinzione tra “obbligazioni di diligenza” (o di comportamento) e “obbligazioni di risultato” – che, nella dottrina francese, la distinzione in questione fosse assurda a grande fortuna, a seguito della sua enunciazione da parte di DEMOGUE⁽²¹⁾. Quest’autore – muovendo dalla premessa che anche la responsabilità contrattuale (al pari di quella extracontrattuale) sia una responsabilità *fondata sulla colpa* – mirava a dimostrare che vale anche per essa la regola secondo cui spetta al danneggiato (qui: al creditore) provare la *colpa* (che sta a fondamento della responsabilità): solo che questa regola sarebbe evidente (solo) quando ci si trovi di fronte ad una “obbligazione di diligenza” (che Demogue comincia a chiamare “obbligazione di mezzo”, *obligation de moyen*) – nella quale il creditore, per provare l’inadempimento del debitore, deve appunto dimostrare che vi è stata una violazione della diligenza che avrebbe dovuto essere adoperata –, mentre essa è meno evidente quando l’obbligazione sia “di risultato” (ma ciò solo per il fatto che qui la prova dell’inadempimento si può dare più semplicemente, ossia provando la mancanza del risultato che doveva essere procurato; prova che, a sua volta, comporta – per implicito e indirettamente – la prova anche della *colpa* del debitore).

Sembrò a Mengoni che l’errore della posizione di Demogue (errore consistente – soprattutto – nel considerare la responsabilità contrattuale come una responsabilità *fondata sulla colpa*) potesse dipendere proprio dalla distinzione da lui utilizzata tra obbligazioni “di diligenza” (o “di comportamento”) e obbligazioni “di risultato”⁽²²⁾, la quale – per come prospettata dall’autore francese – presentava, agli occhi del nostro autore,

(21) Cfr. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. V, Paris 1925, n. 1237, p. 538 ss.

(22) Anche OSTI, che nello stesso anno (1954) del *Saggio critico* di Mengoni pubblica, sulla *R. trim. dir. proc. civ.* (p. 593-616), un articolo dal titolo *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* (il saggio si legge, ora, anche in OSTI, *Scritti giuridici*, I, cit., p. 460 ss., da cui sono tratte le citazioni), accenna in una nota alla distinzione tra obbligazioni “di mezzo” e obbligazioni “di risultato” operata da Demogue (e che – egli osserva – “nella dottrina francese acquistò gran voga”), e – dopo aver ricordato che nello studio del 1918 anche lui aveva, già prima dell’autore francese, accennato “all’importanza di quella possibile diversità di oggetto delle obbligazioni per determinare il significato e la portata dell’art. 1224 del codice civile del 1865 (ora art. 1176)» – osserva come la fortuna avuta dalla formulazione di Demogue sia stata “... un po’ eccessiva, avendo oltre a tutto portato a conseguenze che io ritengo non scerve di errore, specie nella determinazione dei principi relativi all’onere della prova dell’adempimento» (*Deviazioni dottrinali*, cit., p. 471 nt. 31).

un doppio inconveniente: anzitutto, quello di essere fonte di un possibile equivoco scaturente da un significato anfibologico che avrebbe il termine “diligenza”; e, in secondo luogo, quello di mettere a rischio l’unità del concetto di obbligazione.

a) Sul primo (presunto) inconveniente ci siamo già soffermati (v. il paragrafo precedente). Qui aggiungiamo soltanto che, più che di *due nozioni diverse* di “diligenza” (come vorrebbe Mengoni⁽²³⁾), sostenendo una tesi che – a nostro avviso – non è persuasiva), bisognerebbe parlare di (*due*) *diverse funzioni* che la diligenza (*recte*: la “colpa”, che ne costituisce il risvolto, col segno contrario) può svolgere: nel senso che essa può fungere sia da *criterio di imputazione della responsabilità* (= si risponde *se risulta in positivo una colpa*, che sia attribuibile all’agente; il che non significa – per altro verso – che la *mancaza di colpa* basti ad escludere la responsabilità), sia da *limite della responsabilità medesima* (= non si risponde *se non risulta una colpa*)⁽²⁴⁾.

Può darsi che la “colpa” svolga entrambe queste funzioni (ciò, ad es., avviene nella responsabilità extracontrattuale – secondo la fattispecie “generale” prevista dall’art. 2043 c.c.), ma può anche darsi che la “colpa” veda circoscritta la sua “funzione” a quella di “*criterio di imputazione della responsabilità*”, ma non svolga anche quella di costituire il *limite* della responsabilità cui il soggetto va incontro.

Questa seconda eventualità è quella che ricorre *in alcune ipotesi* di responsabilità extracontrattuale (le ipotesi di responsabilità c.d. “oggettiva”), e soprattutto – per quel che qui interessa – è l’ipotesi che ricorre *sempre* nel campo dei rapporti obbligatori. Da un lato, infatti, non dovrebbe sussistere alcuna difficoltà ad ammettere che – *ove sia accertata una sua colpa* – il soggetto (nel nostro caso: il debitore) sia responsabile per

⁽²³⁾ Cfr. *retro*, testo e nt. 16.

⁽²⁴⁾ È specioso l’argomento secondo cui si vorrebbe che la norma dell’art. 1176 c.c. (e, prima, dell’art. 1224 c.c. del 1865) debba *integrarsi* con quella dell’art. 1218 c.c. (artt. 1225 e 1226 c.c. del 1865) ai fini di definire i presupposti della responsabilità del debitore.

L’argomento consiste nel dire che, se l’art. 1176 c.c. stabilisce come il debitore deve comportarsi per adempiere (esattamente) la propria prestazione, allora è giocoforza ritenere che la responsabilità sussista solo se il debitore non tenga il comportamento richiesto (ossia si comporti negligenemente). Osti ha ripetutamente criticato questa argomentazione: dire come bisogna comportarsi perché l’adempimento sia esatto (e, dunque, per non essere considerati *in colpa nell’adempimento*) non significa che l’art. 1176 c.c. indichi anche la regola per non essere considerati responsabili *per inadempimento* o *inesatto adempimento*, né che questa regola sia l’*assenza di colpa*. L’*unica norma* che disciplina la prova liberatoria che il debitore deve fornire per andare esente da responsabilità è quella dell’art. 1218 c.c., ed essa ammette un solo argomento di prova: l’impossibilità della prestazione (e non la semplice “mancaza di colpa” del debitore).

questo motivo (*colpa come criterio di imputazione*): e ciò – si badi – tanto se l’obbligazione sia un’obbligazione “di diligenza” (in tal caso l’accertamento della “colpa” attesterà anche l’*inadempimento*, ossia la mancata osservanza del comportamento dovuto), quanto se l’obbligazione sia “di risultato” (con riferimento a quest’ultima, il fatto che il mancato conseguimento del risultato – indipendentemente dall’individuazione di una colpa del debitore – basti a concretare il presupposto della responsabilità, non significa – infatti – che la “colpa” non possa venire in rilievo come causa autonoma di responsabilità⁽²⁵⁾). Dall’altro lato, tuttavia, è altrettanto sicuro che non basta *la mancanza di colpa* per mandare esente da responsabilità il debitore *inadempiente*, perché occorre che egli dimostri non solo (o non tanto) la mancanza di colpa, bensì il sopravvenire di una causa che ha reso oggettivamente impossibile l’adempimento (ovvero la sua “esattezza”) (arg. *ex art.* 1218 c.c.).

b) La seconda “accusa” che Mengoni ritiene di poter muovere alla distinzione tra “obbligazioni di comportamento” (o di diligenza) e “obbligazioni di risultato” è quella di rompere (*recte*: di minacciare) l’unità del concetto di obbligazione, inducendo a ritenere che vi siano obbligazioni che hanno ad oggetto soltanto un “comportamento” (e non anche un “risultato”).

Orbene, a questo riguardo ci sembra di poter osservare che – se pure fosse vero che un’accusa siffatta poteva essere rivolta (forse) al teorico francese della distinzione, con il quale principalmente si confrontava Mengoni (ossia a Demogue) – certamente essa (non poteva, e) non può coinvolgere Osti (che della distinzione stessa era stato, in certo senso, il precursore). Per quest’ultimo studioso, infatti, *in tutto il campo del “diritto privato patrimoniale”* (e, dunque, non soltanto nell’ambito dell’obbligazione, ma anche per es. nell’ambito dei doveri dalla cui violazione scaturisce la responsabilità “extracontrattuale”) *non esistono doveri che abbiano a contenuto un mero comportamento*, e la responsabilità (non è mai collegata alla mancanza di un mero comportamento, bensì) discende sempre dalla

⁽²⁵⁾ Diversamente ragionando, non dovrebbe (in alcun caso) dirsi *inadempiente* il debitore, qualora il comportamento negligente (o imprudente) da lui tenuto *non* abbia pregiudicato il raggiungimento del “risultato”.

Ci sembra corretto, invece, ritenere che anche in caso di raggiungimento del risultato si possa profilare una “responsabilità *per inadempimento*”, se il comportamento del debitore sia stato negligente/imprudente/imperito, e tale, dunque, da mettere a repentaglio il conseguimento del risultato dovuto (risultato che è intervenuto *nonostante* il comportamento del debitore). Semmai il problema potrà essere quello (della prova) *del danno* eventualmente subito dal creditore (essendo – in ipotesi – stato raggiunto il “risultato”).

«mancanza di un concreto risulamento»⁽²⁶⁾. Questo vale anche per le c.d. “obbligazioni di diligenza”, obbligazioni *alle quali non è estraneo* – per dirla con Osti – un “risulamento” (cioè, un’utilità cui il creditore aspira), che è costituito dalla stessa “prestazione *diligente*”, ossia da una condotta del debitore che possa dirsi conforme agli *standard* di diligenza/prudenza/perizia che consentono di valutare la “congruità” (o adeguatezza) della condotta stessa rispetto allo scopo verso il quale deve essere orientata.

Alla luce di questi chiarimenti, appare certamente poco fondata la preoccupazione di Mengoni, e sembra evidente – d’altra parte – come essa abbia forse eccessivamente condizionato il giudizio *tranchant* che il Maestro formulò (nel suo *Saggio critico* del 1954) circa la (assoluta) irrilevanza “dogmatica” della distinzione in esame, di cui egli intendeva così escludere *qualsiasi* incidenza sulla disciplina della responsabilità contrattuale.

5. – Un altro punto dell’analisi di Osti che merita di essere evidenziato (anche perché segna un ulteriore profilo di non perfetta coincidenza con la posizione di Mengoni) è quello relativo ad una distinzione, su cui il Maestro bolognese insiste, ma che presenta non pochi aspetti problematici.

L’impossibilità della prestazione, che esonera il debitore da responsabilità per inadempimento (in quanto integra una causa estintiva dell’obbligazione), deve – come è noto – essere *non imputabile* al debitore. Orbene, se si verifica l’impossibilità – ed essa dipende (anche o esclusivamente) da una condotta (commissiva od omissiva) del debitore – sorge (a parere di Osti) una responsabilità del debitore medesimo, che *non* è la responsabilità *per inadempimento* vera e propria (perché sarebbe illogico – secondo il pensiero del nostro autore – immaginare una responsabilità per non aver adempiuto un’obbligazione che non esiste più, in quanto estintasi in conseguenza dell’intervenuta impossibilità), ma è una responsabilità *per l’impossibilità sopravvenuta* (ossia per non avere previsto e/o evitato l’operare della causa che ha reso impossibile adempiere). Questa responsabilità è configurata da Osti⁽²⁷⁾ come (conseguenza di) una sorta di *colpa extracontrattuale*⁽²⁸⁾, ed egli tende a distinguerla dalla responsabilità *per*

⁽²⁶⁾ Ad es., *scopo* dei “doveri” che presiedono alla responsabilità extracontrattuale (e, dunque, *risultato* che l’osservanza di questi doveri vuole raggiungere) è quello di non cagionare danni ad altri nelle varie circostanze in cui si svolge la convivenza sociale.

⁽²⁷⁾ Cfr. *Deviazioni dottrinali*, cit., p. 467 ss. (e, già prima, *Revisione critica*, cit., p. 110 ss.).

⁽²⁸⁾ Secondo un’osservazione (che ha anche il significato di una critica ad Osti) formulata da SEGRÉ (*Sulla teoria dell’impossibilità della prestazione*, in *R. d. comm.*, 1919, I, p.

inadempimento vera e propria, probabilmente proprio per evitare che possa revocarsi in dubbio la natura “oggettiva” di quest’ultima responsabilità⁽²⁹⁾.

Questo ragionamento di Osti è poco convincente, per la ragione – a nostro avviso – che esso introduce delle distinzioni artificiose relativamente al comportamento del debitore e alla sua valutazione.

Lo stesso Osti (pur ribadendo che l’organizzazione della sfera personale del debitore – e, dunque, i “mezzi” che servono per l’adempimento – rimane estranea all’oggetto dell’obbligazione, nel senso che le vicende relative a tale organizzazione – ad es. l’accresciuta difficoltà di procurarsi i “mezzi” necessari per adempiere – sono *irrilevanti*, almeno sino a quando esse non si ripercuotano sulla “possibilità” della stessa prestazione, in sé e per sé considerata) ha cura di osservare che «il vincolo nascente dalla contratta obbligazione *si riflette anche sul comportamento dell’obligato che precede l’adempimento; nel senso, cioè, che in tutta quella fase, per così dire preliminare, già il debitore è limitato nella sua libertà d’azione, in quanto deve comportarsi in modo conforme alla diligenza del buon padre di famiglia per evitare che la prestazione diventi impossibile*» (corsivo aggiunto)⁽³⁰⁾.

Ma – se così è – non riesce agevole capire la differenza che Osti vede tra il rispondere per non aver previsto e/o evitato il fatto che ha reso impossibile l’adempimento o l’esatto adempimento (*responsabilità per impossibilità sopravvenuta della prestazione*), e il rispondere per l’*inadempimento (vero e proprio) della prestazione*.

A meno di non assumere un concetto incomprensibilmente ristretto di “adempimento dell’obbligazione” – limitandolo all’esecuzione della (fase finale della) “prestazione”, escluse le attività “preparatorie” – appare veramente difficile sostenere che non concreti “inadempimento” anche il non aver previsto ed evitato l’operare di “cause” che possano ostacolare/impedire la (corretta) esecuzione dell’attività dovuta⁽³¹⁾.

771), e che viene ripresa da Mengoni e da Castronovo (che la richiama in *op. cit.*, testo e nt. 7).

⁽²⁹⁾ Cfr. OSTI, *op. loc. ultt. citt.*

⁽³⁰⁾ Così OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., p. 470.

⁽³¹⁾ Valgano, al riguardo, i seguenti esempi: un intervento chirurgico non ha potuto essere eseguito *a regola d’arte* per l’improvvisa e prolungata interruzione dell’erogazione dell’energia elettrica, che in ipotesi abbia determinato il non funzionamento dei macchinari presenti nella sala operatoria, *che non era dotata di un gruppo elettrogeno* che garantisse detto funzionamento anche nelle evenienze in questione; è stato impossibile praticare la terapia prescritta dai protocolli medici in un determinato caso, per l’impossibilità di procurarsi i farmaci previsti da detta terapia, a causa della improvvisa temporanea indisponi-

Né – si badi – questo può portare a ritenere che la *responsabilità per inadempimento* si atterrebbe, in tale ipotesi (ossia: quando essa nasca in relazione alle attività – *lato sensu* di tipo “organizzativo” – “preparatorie” del “tratto finale” di esecuzione della prestazione, e volte a conservare la possibilità di tale esecuzione), come una responsabilità *fondata sulla colpa (soggettiva)* ⁽³²⁾, come forse temeva Osti (preoccupandosi, probabilmente proprio per questo motivo – come abbiamo già evidenziato – di tenere distinta la “responsabilità per impossibilità sopravvenuta della prestazione” dalla responsabilità contrattuale *vera e propria*). Rimane fermo infatti il principio che il debitore risponde “oggettivamente” dell’inadempimento (in questo caso: dell’inadempimento dell’obbligazione – strumentale – della c.d. “diligenza conservativa”), nel senso ⁽³³⁾ che rimane irrilevante (per quanto grande possa risultare) lo “sforzo economico” che egli debba sopportare (nella propria sfera personale ed organizzativa) per adempiere (in questo caso: per mantenere la possibilità di adempiere) ⁽³⁴⁾.

Se si conviene su quanto appena detto, non è esatto – allora – opinare ⁽³⁵⁾ che la fattispecie autonoma della c.d. “responsabilità per impossibilità sopravvenuta della prestazione” – immaginata da Osti – possa veramente incrinare (e, per così dire, mettere in pericolo) la tesi fondamentale secondo cui la responsabilità contrattuale ha un fondamento “oggettivo”. Ma sbaglia, cionondimeno, Osti quando egli insiste nel fare della “responsabilità per impossibilità sopravvenuta della prestazione” una forma di responsabilità *autonoma* ⁽³⁶⁾, e *distinta* dalla responsabilità per inadempimento (*vera e propria*) ⁽³⁷⁾. Se pur si possa, infatti, distinguere (descritti-

bilità degli stessi sul mercato, e risulta che il presidio ospedaliero era stato al riguardo negligente per non aver provveduto tempestivamente a ripristinare le scorte di quei farmaci.

⁽³²⁾ Si noti – anzi – come, con riferimento agli esempi che abbiamo proposto nella nota precedente (e, più in generale, con riguardo ai c.d. deficit “organizzativi” della struttura sanitaria), si tenga a parlare di “obbligazioni di risultato”, e a configurare la relativa responsabilità come “responsabilità di tipo oggettivo”.

⁽³³⁾ Che è, poi, quello che – secondo l’impostazione di Osti – è decisivo per qualificare la responsabilità per inadempimento come una responsabilità “oggettiva”.

⁽³⁴⁾ Quindi, per restare agli esempi sopra fatti, è irrilevante che il *costo* che il debitore avrebbe dovuto sopportare per dotarsi di un gruppo elettrogeno fosse troppo elevato, e insostenibile nelle condizioni economiche in cui versa il debitore in quel momento; oppure che fosse troppo elevato il costo da sopportare per mantenere nella farmacia dell’ospedale una “scorta” costantemente adeguata dei farmaci necessari (o almeno di quelli per i quali sia prevedibile la possibilità di una improvvisa – e sia pur temporanea – indisponibilità sul mercato).

⁽³⁵⁾ Come fanno Mengoni e Castronovo.

⁽³⁶⁾ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, in *R. d..comm.*, 1954, p. 292, 301; e CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 15-16.

⁽³⁷⁾ Quale sussisterebbe – secondo Mengoni – anche in questo caso, atteso che l’im-

vamente) tra l'inadempimento della *prestazione in senso stretto*, e la violazione degli "obblighi integrativi strumentali" (preordinati a conservare la possibilità della prestazione), non ci sembra dubbio per altro verso che l'inosservanza di questi ultimi obblighi debba essere attratta (e, anzi, *rientri a pieno titolo*) nell'ambito dell'inadempimento dell'obbligazione⁽³⁸⁾ (e non di un generico dovere di non arrecare danno ad altri, al quale possono ricondursi semmai gli "obblighi di protezione" gravanti sul debitore⁽³⁹⁾, da tenere distinti da quelli – di cui ci stiamo occupando – che hanno la loro fonte nella c.d. "diligenza conservativa").

6. – Il problema affrontato nel paragrafo precedente induce a svolgere qualche ulteriore considerazione sul tema dell'impossibilità sopravvenuta.

Il profilo che intendiamo adesso esaminare non è specificamente trattato da Osti, ma si riallaccia comunque a quella distinzione tra "*obbligazioni di diligenza*" e "*obbligazioni di risultato*", alla quale (come già detto)

putabilità della impossibilità sopravvenuta impedirebbe che quest'ultima possa fungere da causa di estinzione dell'obbligazione.

Anche MENGONI, peraltro – sebbene senza arrivare a configurare un'*autonoma* "responsabilità (contrattuale) per impossibilità della prestazione" – ha bisogno di separare nettamente la "responsabilità per inadempimento" di una prestazione possibile dalla "responsabilità per inadempimento" di una prestazione divenuta impossibile per una causa imputabile al debitore. O meglio: ha bisogno di costruire la fattispecie della "impossibilità *imputabile*" (che è una fattispecie nella quale rileva – normalmente – la "colpa" del debitore) come una fattispecie che opera *all'esterno* del rapporto obbligatorio, se pur incidendo su di esso (nel senso di paralizzare l'efficacia estintiva di un fatto, che – altrimenti – determinerebbe l'estinzione del vincolo). Sotto questo profilo può essere riferita anche a Mengoni la critica che muoviamo nel testo ad Osti (v. anche la nota successiva).

⁽³⁸⁾ Come precisa MENGONI, la "colpa" che rileva *ex art. 1218 c.c.* è la "colpa contrattuale" (art. 1176 c.c.), che sarebbe bensì un "*criterio di imputazione*" ("soggettivo", perché integrerebbe comunque un *vitium voluntatis*, come lo chiama il nostro autore), ma si differenzia dalla "colpa" che viene in rilievo nella responsabilità "extracontrattuale", in quanto in essa più che «l'elemento intellettualistico della prevedibilità dell'evento dannoso» (come sembra ritenere Osti) rileverebbe «l'elemento volontaristico dell'inosservanza di un comportamento specificamente dovuto in forza del rapporto obbligatorio», che costituisce «il nucleo essenziale della colpa contrattuale, nella quale l'accento cade piuttosto sull'evitabilità della sopravvenienza con cautele e accorgimenti tecnici che il debitore avrebbe dovuto adottare secondo la legge del contratto».

Senonché, una volta riconosciuto tutto ciò, ci sembra che sia difficile tenere distinta l'attività "preparatoria" dall'attività di "adempimento" vero e proprio dell'obbligazione (v. *supra*, testo e note precedenti). Il che vale per la posizione di Mengoni, non meno che per quella di Osti.

⁽³⁹⁾ Questi "obblighi" (che hanno un contenuto non diverso dal dovere generico di *neminem laedere*, gravante su chiunque, rispetto ai beni e alla persona del creditore) risultano attratti nel rapporto obbligatorio non in virtù del *dovere di diligenza nell'adempimento* (art. 1176 c.c.), bensì in virtù del *dovere di buona fede* (art. 1175 c.c.) (così MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., § 12).

egli è stato tra i primi a dare evidenza in tema di responsabilità per inadempimento, sebbene poi lo stesso Osti non abbia tratto da essa particolari conseguenze sul piano della disciplina applicabile, limitandone piuttosto il rilievo alla sottolineatura dell'importanza che ha la precisa determinazione del diverso contenuto dell'obbligazione al fine di stabilire se e quando possa dirsi verificato l'*inadempimento* della medesima (come fatto "oggettivo" che determina la responsabilità del debitore)⁽⁴⁰⁾.

Oltre quella appena ricordata, merita attenzione un'altra affermazione di Osti, che interessa la distinzione in esame.

Essa riguarda l'art. 1218 c.c.⁽⁴¹⁾, che Osti considera una disposizione applicabile *a tutte le obbligazioni*⁽⁴²⁾, e, dunque, non solo alle obbligazioni

⁽⁴⁰⁾ Per Osti – detto altrimenti – la distinzione servirebbe solo ad individuare *in che cosa consista* (e *quando si abbia*) l'*inadempimento* nei vari tipi di obbligazione, sul presupposto (a ben vedere, del tutto ovvio) che, per sapere se il debitore è inadempiente, bisogna anzitutto determinare *qual è l'oggetto del suo obbligo*. E, così, – per fare un esempio – in presenza di un'obbligazione di restituzione può darsi (secondo Osti) che il debitore sia tenuto ad una mera attività di diligente "custodia" della cosa (al fine di conservarla integra e di poterla restituire), o per converso che da lui si possa esigere proprio la "conservazione" della cosa: nel primo caso, la distruzione della cosa si configurerà come un'*impossibilità* di adempiere l'obbligazione di restituzione, e il debitore non ne risponderà (se proverà di non essere in colpa, ossia di essere stato diligente nella custodia); nel secondo caso, invece, la distruzione o il danneggiamento della cosa costituiranno proprio l'evento/risultato che il debitore aveva l'obbligo di impedire, onde essi integreranno – piuttosto che l'impossibilità – l'*inadempimento* dell'obbligazione.

Quanto a Mengoni, merita evidenziare come – nel quadro di una impostazione che comunque assegna alla distinzione in esame un valore essenzialmente "descrittivo" (come avveniva anche in Osti) – egli configuri la categoria dell'obbligazione "di mezzi" assegnandole un *significato più preciso* (e *più ristretto*) (rispetto alla ostiana "obbligazione di diligenza"). Alla stregua di tale (più ristretto) significato viene considerata "di mezzi" solo l'obbligazione nella quale il "risultato" cui tende l'interesse primario del creditore (ad es., per un paziente ammalato, il risultato del miglioramento delle proprie condizioni di salute, o almeno del non peggioramento) *per sua natura* non dipende soltanto dalla condotta del debitore, il quale – *proprio per questa ragione* – può dirsi obbligato semplicemente *ad una condotta "diligente"*, orientata bensì verso lo scopo del soddisfacimento dell'interesse primario del creditore, ma senza che questo "risultato" costituisca (*recte: possa costituire*) di per sé *oggetto dell'obbligazione*.

La differenza tra i due autori si coglie immediatamente, con riferimento alla qualificazione della già ricordata obbligazione di "custodia", strumentale alla restituzione di una cosa. Per Osti – come abbiamo poc'anzi ricordato – questa obbligazione può dar vita sia ad una prestazione "di diligenza" (e tale essa si attergerebbe, per es., nell'ordinario contratto di deposito) sia ad una prestazione "di risultato" (come accadrebbe, invece, nelle ipotesi di *receptum*). Per Mengoni, invece, l'obbligazione di custodia è *sempre* un'obbligazione "di risultato".

⁽⁴¹⁾ Disposizione che Osti considera come l'unica che regola la responsabilità *per inadempimento*, avendo l'art. 1176 c.c. solo la funzione di determinare *quando sussista un adempimento inesatto* (o – come dice Osti – una "colpa nell'adempimento").

⁽⁴²⁾ È noto come, su questo punto, la dottrina successiva al codice del 1942 non sia

“di risultato”, ma anche a quelle “di mezzi”. Condivisa questa premessa, una questione che tuttavia ci sembra interessante porre (e che Osti non prende, invece, in considerazione) consiste nel chiedersi se il fatto che questa disposizione si applichi a tutte le obbligazioni, implichi anche che essa *si applichi sempre allo stesso modo*, quale che sia l’obbligazione che venga in rilievo.

Orbene – a nostro giudizio – è proprio sotto questo profilo (che coinvolge il tema della *prova dell'impossibilità*) che emerge una rilevanza sul piano “dogmatico” (e, dunque, della disciplina positiva) della distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e obbligazioni “di risultato”, alla quale invece sia Osti sia Mengoni mostrano – come abbiamo visto – di attribuire un valore *meramente* “descrittivo” (43).

Cominciamo con l’osservare che – sebbene, apparentemente, l’art. 1218 c.c. sembri attribuire *sempre al debitore* la prova dell’impossibilità (44) – le cose non stanno probabilmente in questi termini. A parte l’osservazione secondo cui «prova dell’impossibilità» potrebbe considerarsi non equivalente a «prova della causa dell’impossibilità» (45), va detto che

affatto concorde nella individuazione dell’ambito di applicazione della disposizione in esame (problema che si intreccia, poi, anche con l’interpretazione del suo contenuto).

Diversi autori – come già abbiamo ricordato – ritengono che l’art. 1218 c.c. non abbia (a dispetto della sua formulazione) un ambito di applicazione generale: e così, ad es., secondo GIORGIANNI (*L’inadempimento*, 3^a ed. Milano 1975, *passim* e spec. p. 228 ss.) l’art. 1218 si applicherebbe soltanto alle obbligazioni di restituire una cosa certa e determinata (in quanto obbligazioni il cui contenuto principale consisterebbe proprio nell’evitare che la cosa che deve essere restituita perisca, ossia che la prestazione diventi impossibile; impossibilità che l’illustre a. intende come “assoluta”), mentre per tutte le altre obbligazioni il criterio di determinazione della responsabilità del debitore sarebbe fornito dalla *colpa* (secondo la previsione generale dell’art. 1176 c.c., che sarebbe ripresa – e talora specificata – in tutta una serie di altre norme contenute nella disciplina dei contratti tipici).

(43) Mentre Osti non si occupa *ex professo* dei profili probatori relativi al giudizio di responsabilità, Mengoni dedica a questo tema l’intero paragrafo finale (il § 12) della voce “*Responsabilità contrattuale*”. Nella trattazione del tema, tuttavia, egli affronta questioni diverse da quella che esaminiamo nel testo (*prova dell'impossibilità*), e principalmente la questione se sia il creditore a dover fornire la prova *dell'inadempimento* quando agisce per far valere la responsabilità del debitore (problema rispetto al quale M. si distacca dall’opinione – allora dominante – secondo cui spetterebbe a chi agisce per la risoluzione provare l’inadempimento del debitore).

(44) Come ritiene (tra gli altri) PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, p. 888 ss., p. 902-903, il quale scrive che «l’art. 1218, mentre è anodino sul versante del soggetto a cui compete la prova dell’inadempimento, è inequivocabile nell’imporre al debitore la prova dell’impossibilità per causa non imputabile».

(45) È «prova dell’impossibilità» la dimostrazione che il vaso che doveva essere consegnato si è rotto, *anche se il debitore non sa dire cosa ha “causato” la rottura del vaso*; è «prova dell’impossibilità» la dimostrazione che l’immobile che doveva essere consegnato al locatario

– anche ammettendo il contrario, e cioè assumendo che l’art. 1218, quando attribuisce *al debitore* (che si voglia liberare da responsabilità) la “prova dell’impossibilità”, «implicitamente indica come imprescindibile l’individuazione dell’evento che ha prodotto l’impossibilità»⁽⁴⁶⁾ – non può trascurarsi che l’art. 1218 c.c. pone l’onere di questa prova *sul debitore* «*che non esegue esattamente la prestazione dovuta*» (formula che indica – comprensivamente – *l’inadempimento*, nelle sue varie forme, compreso il ritardo).

Orbene, mentre nelle obbligazioni “di risultato” l’inadempimento è un dato “oggettivo”⁽⁴⁷⁾, di talché si capisce che spetti al debitore (e sia l’unico modo, per lui, di andare esente da responsabilità) provare il sopravvenire di una “impossibilità” (non imputabile) di adempiere (o di adempiere esattamente), nelle obbligazioni “di mezzi” (nelle quali il debitore non è tenuto ad un “risultato” predeterminato/ predeterminabile – e, in questo senso, oggettivo –, bensì ad un “risultato” indeterminato/indeterminabile *a priori*, perché costituito dall’esito che *concretamente* potrà produrre – in concorso con gli altri fattori rilevanti – *l’esecuzione diligente della prestazione*, che è tutto ciò che dal debitore può essere preteso), può darsi che il debitore fornisca la prova *prima facie* (non contraddetta dal creditore)⁽⁴⁸⁾

è divenuto inagibile per un incendio, *anche se il locatore non sa spiegare quale sia stata la “causa” dell’incendio.*

⁽⁴⁶⁾ Così, ancora, PIRAINO, *Corsi e ricorsi*, cit., p. 899 e nt. 42 (e nello stesso senso, già prima, vedi ad es. COTTINO, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 377 e 381); *contra* MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1092 ss., 1093, dove si evidenzia che l’art. 1218 si riferisce all’impossibilità e non già alla sua causa specifica.

La questione è assai dibattuta. In dottrina – accanto alle due posizioni cui si è accennato – vi sono posizioni (per così dire) intermedie (o, almeno, apparentemente qualificabili come tali). Ad es. – secondo alcuni – bisognerebbe distinguere i casi in cui la legge richiederebbe la prova “generica” della “causa (estranea) non imputabile” (il che significa che l’esistenza di questa “causa” – se pur non specificamente identificata – si può desumere dalla prova che il debitore fornisca della propria diligenza) dai casi in cui – come nelle ipotesi di c.d. *receptum* – il legislatore richieda la prova di una specifica causa estranea (ad esclusione di altre) o – secondo una diversa prospettazione (riferita sempre alle medesime ipotesi) – *la prova specifica di una causa estranea.*

⁽⁴⁷⁾ Che dipende dalla difformità del risultato realizzato rispetto a quello dovuto. Es.: il carrozziere (che doveva riparare la mia autovettura, danneggiata in un incidente) non ha eliminato (o non ha eliminato “a regola d’arte”) le ammaccature che l’autoveicolo presentava; l’infezione che ho curato con i farmaci prescrittami dal medico non è stata debellata, ma anzi è degenerata, aggravando le mie condizioni di salute; etc. etc.

Si badi a non confondere, peraltro, l’“oggettività” della difformità dalla sua *evidenza*. La prima c’è sempre, la seconda invece può esserci (es.: il debitore doveva costruire una villetta a due piani, e ne ho realizzata una ad un solo piano) oppure no (es.: il debitore ha eseguito la villetta a due piani, ma usando materiali scadenti, come risulta da una perizia tecnica che il creditore ha fatto effettuare).

di aver adempiuto esattamente (cioè, appunto, di avere rispettato tutte le regole di diligenza, prudenza e perizia, che risultavano nel caso di specie doverose). A quel punto l'art. 1218 c.c. non gli richiede altro, dal punto di vista della prova: in particolare, tale norma non gli richiede la prova dell'impossibilità (prova che il debitore – come abbiamo già detto – è tenuto a fornire solo nel caso di *inesatta esecuzione della prestazione*, e per liberarsi dalla responsabilità che altrimenti ne conseguirebbe), né – *a fortiori* – gli richiede di individuare una “causa”, estranea alla sua condotta, che possa spiegare il mancato conseguimento del “risultato”⁽⁴⁹⁾. Sarà il

(48) Stando ai principi in tema di ripartizione degli oneri probatori stabiliti nella sentenza della Cass. n. 13533/2001, il creditore (nell'introdurre il giudizio di responsabilità) dovrebbe avere – in ipotesi – *allegato* un “inadempimento qualificato” del debitore, ossia una condotta (commissiva od omissiva) di quest'ultimo, idonea a porsi (secondo regole di connessione causale e/o statistica), almeno *astrattamente*, come “causa” dell'evento dannoso. Se – allora – il debitore (convenuto) prova di avere tenuto una condotta diligente/prudente/perita (quale era richiesta dalle “regole” e/o dagli standards che occorreva osservare nel caso di specie), ossia prova (almeno *prima facie*) di avere adempiuto la propria obbligazione, egli avrà in tal modo anche fornito (almeno implicitamente) la “controprova” rispetto alla “allegazione causale” prospettata dall'attore, e ciò perché: *a*) o avrà provato che la condotta addebitatagli dal creditore (e da questi “allegata” come causativa del pregiudizio) non è stata tenuta, o non è essa ad aver prodotto il danno; oppure *b*) più semplicemente – dimostrando di essersi attenuto alle “regole di comportamento” che gli standards (sociali o tecnici) richiedevano di tenere – dimostra di *aver adempiuto* (essendo *illogico* supporre che l'applicazione delle “regole di diligenza” prescritte dalle *leges artis* possa aver costituito la “causa del danno”).

Come risulta chiaro dallo schema esposto, il debitore “di mezzi” non è – dunque – vincolato ad un unico tema di prova (in particolare: ad individuare e dimostrare una “causa estranea” – diversa dalla propria condotta – che abbia provocato il pregiudizio), perché egli può semplicemente limitarsi a provare di *aver adempiuto* (e, del resto – trattandosi in ipotesi di una “obbligazione di diligenza”, e non “di risultato” – questa prova non è, *di per sé*, smentita dal mancato conseguimento dell'interesse finale del creditore, interesse che – come tale – non era qui dedotto nel rapporto obbligatorio). Spetterà, invece, all'attore – di fronte alla replica che il convenuto abbia fornito alla sua “allegazione” – controreplicare, individuando (se lo ritiene) una “causa estranea” (al comportamento del debitore), che spieghi la *dinamica* che ha condotto all'evento dannoso, e che *il debitore avrebbe potuto e dovuto prevedere e/o (quanto meno) evitare*, onde la sua responsabilità sussiste *non per non aver eseguito (correttamente) la prestazione (in senso stretto)*, quale era dedotta *in obligatione*, ma per non avere previsto e/o evitato l'operare di codesta “causa estranea” che ha impedito il “risultato utile” che la corretta esecuzione della prestazione avrebbe altrimenti potuto far conseguire. Con il che – se si vuole – il creditore finisce per provare, in definitiva, che il debitore è stato “inadempiente”, se pure non per non avere usato la diligenza richiesta nell'esecuzione della prestazione (in sé considerata), bensì per non avere ottemperato alla c.d. “diligenza conservativa” (termine riassuntivo dell'insieme di “obblighi integrativi strumentali”, che il debitore deve osservare per evitare che il “risultato utile” a cui è preordinata l'obbligazione possa venire compromesso o frustrato dall'operare di “cause estranee”, che egli avrebbe potuto prevedere e/o evitare).

(49) Ragionare diversamente significherebbe trasformare l'obbligazione “di mezzi” in una obbligazione “di risultato”. Se – ad es. – l'obbligazione è quella di impartire delle lezioni

creditore ad avere (*recte*: a poter avere) interesse ad allegare e provare l'intervento di una "causa estranea" ⁽⁵⁰⁾, naturalmente per dimostrare che quella "causa estranea" ⁽⁵¹⁾ poteva dal debitore essere prevista e/o

di pianoforte, e il docente dimostra di avere eseguito la propria prestazione "diligentemente", egli non è responsabile dei deludenti risultati raggiunti dall'allievo, né spetta a lui provare la "causa estranea" che ha determinato (o concorso a determinare) tale insuccesso (ad es.: un problema alle articolazioni delle dita dell'allievo, che abbia impedito di conseguire risultati migliori).

⁽⁵⁰⁾ Che l'ipotesi secondo la quale possa spettare al creditore la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione non sia così peregrina come apparentemente potrebbe sembrare, è dimostrato da un (per altro verso, singolare) ragionamento che si legge in MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1096-97. Secondo l'illustre A., il principio dell'*adempimento in natura* (tipico della moderna nozione di obbligazione) precluderebbe al creditore (salvo che in alcuni casi particolari: v. subito *infra* in questa nota) «la pretesa di risarcimento del danno in luogo dell'adempimento finché perduri la possibilità della prestazione», sicché il creditore stesso (che voglia far valere la responsabilità per inadempimento) *deve [recte: dovrebbe] provare l'impossibilità della prestazione*. Tuttavia – continua sempre M. – questa conseguenza (che finisce per porre sul creditore un onere probatorio di difficile assolvimento) può essere agevolmente evitata (nel senso che il creditore può dispensarsi dall'onere di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione) se il creditore, anziché agire per i danni (da inadempimento), agisca *in via principale* per l'adempimento (dell'obbligazione, in ipotesi, ancora possibile) e per i danni *da ritardo*.

La tesi è – come accennavamo – singolare, perché essa interpreta l'art. 1218 c.c. (contrariamente a quanto solitamente si ritiene) non come una norma *che ponga sul debitore l'onere di provare l'impossibilità della prestazione* (quest'onere – secondo Mengoni – sorgerebbe infatti *per il debitore solo se egli – convenuto in giudizio per l'adempimento e per la condanna al risarcimento dei danni da ritardo – volesse contraddire la domanda del creditore, adducendo appunto l'impossibilità sopravvenuta della prestazione*), bensì come una norma che stabilisce soltanto una *presunzione di imputabilità (colpa) della impossibilità sopravvenuta*, posto che quest'ultima sia stata dimostrata *dal creditore* (che abbia agito direttamente per i danni da inadempimento).

Ad attenuare la singolarità (della tesi) sta il fatto che Mengoni ritiene che l'onere della prova della impossibilità *non* gravi sul creditore (come di norma dovrebbe accadere) in alcuni casi, e in particolare (oltre alle ipotesi in cui sussista un'ipotesi di risoluzione di diritto del contratto) quando il creditore introduca una domanda di risoluzione (di una prestazione ancora possibile) e chieda i danni "da ritardo", assumendo che il ritardo ha connotati di "gravità" (ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1455 c.c.) che rendono l'adempimento (pur ancora possibile) *inidoneo* a soddisfare l'interesse creditorio. In tal modo, tuttavia – viene da osservare – non tanto si *depotenzia* l'effetto (pratico) dell'assegnazione al creditore dell'onere di provare l'impossibilità della prestazione (assai più di quanto non avvenga in virtù dell'*escamotage* sopra ricordato), quanto piuttosto si svuota di qualsiasi contenuto la conseguenza che si era affermato discendere dal principio dell'adempimento in natura, essendo chiaro che la domanda dei danni *da inadempimento (definitivo)* non può non accompagnarsi ad una domanda di risoluzione del contratto.

⁽⁵¹⁾ Si noti come qui la "causa estranea" di cui parliamo non è tanto una causa che ha reso impossibile *la prestazione* (o l'esattezza della prestazione) – visto che stiamo ipotizzando che il debitore abbia eseguito (abbia potuto eseguire) la prestazione, e anzi l'abbia eseguita in maniera *prima facie* esatta – ma è piuttosto è una causa che ha impedito che la prestazione (in ipotesi: eseguita correttamente) portasse al risultato sperato.

che gli effetti negativi del suo operare potevano essere neutralizzati (o, quanto meno, attenuati) ⁽⁵²⁾.

Se si guarda, adesso, alle conseguenze di questa ripartizione degli oneri probatori (in ordine – si ripete – alla “impossibilità sopravvenuta”), nel caso in cui i soggetti onerati non riescano a fornire la prova che – rispettivamente – è loro richiesta (rischio della c.d. *causa ignota* ⁽⁵³⁾), emerge che nelle obbligazioni “di risultato” tale rischio ricade (sempre) sul debitore, il quale risponderà del mancato conseguimento del risultato (= inadempimento) anche se esso sia stato (incolpevole, e cioè) dovuto ad una “causa estranea”, *che però egli non sia stato in grado di individuare e di provare* (la responsabilità, qui, è – pertanto – una responsabilità “oggettiva”), mentre nelle obbligazioni “di mezzi” – una volta che il debitore abbia fornito la prova *prima facie* della propria “diligenza” (*e dunque dell’adempimento della prestazione dovuta*) – il rischio della mancata individuazione della “causa estranea” (e della sua ipotetica “imputabilità”) ricade sul creditore, onde il debitore non potrà essere ritenuto responsabile, *perché non è stata individuata alcuna sua “colpa”* (non solo sotto il profilo – già in ipotesi accertato – della esecuzione della prestazione dovuta, ma nemmeno sotto il profilo del non aver previsto e/o evitato l’operare di una “causa estranea”, di cui chi ne aveva l’onere non ha fornito la prova) ⁽⁵⁴⁾. Il che – peraltro –

⁽⁵²⁾ Vedi la penultima nota.

⁽⁵³⁾ Quando è il debitore a dover fornire la prova (dell’impossibilità) è lui che ha interesse ad individuare la “causa estranea” che ha impedito l’adempimento o la sua esattezza (naturalmente, provando anche la non imputabilità a lui di tale causa), e il rischio della mancata individuazione di questa causa (ossia il rischio che la causa estranea rimanga ignota) ricade su di lui.

Il contrario accade, quando è il creditore ad avere interesse a provare che è intervenuta una “causa estranea”, che però il debitore avrebbe potuto/dovuto prevedere e/o comunque evitare: in questo caso il rischio della mancata individuazione di questa causa (che rimane perciò ignota) ricade sul creditore. Si noti, peraltro, come – se il creditore riesca a fornire la prova dell’operare di una “causa estranea” e della sua imputabilità al debitore – in realtà egli finisca per provare l’inadempimento (o l’inesatto adempimento), rovesciando quella evidenza *prima facie* di adempimento, che era stata prospettata dal debitore.

⁽⁵⁴⁾ Il che risponde anche ad una regola di ragionevolezza e di equità. E, invero, il fatto che, da un lato, il debitore abbia dimostrato l’esecuzione diligente della prestazione da parte sua, e che, d’altro lato, il creditore non abbia individuato una diversa spiegazione causale del danno (per imputare al debitore di non aver previsto ed evitato l’operare di questo fattore causale “estraneo”), lascia ragionevolmente supporre che il “risultato” pregiudizievole nella sfera del creditore non sia ascrivibile ad una responsabilità del debitore, ma ad altro (ad es.: al corso naturale della malattia, se il rapporto obbligatorio era un rapporto di cura medica; o alle scarse “capacità” e “qualità” soggettive del creditore, se il rapporto obbligatorio aveva ad oggetto – per riprendere un esempio sopra fatto [*supra*, nt. 49] – l’insegnamento del pianoforte).

Se, invece, si ritenesse che, anche in questi casi, spetti al debitore (che abbia provato

non revoca in dubbio l'affermazione secondo la quale anche per le obbligazioni “di mezzi” la responsabilità *per inadempimento*⁽⁵⁵⁾ (ossia la responsabilità del debitore, *quando sia accertato un inadempimento o un inesatto adempimento della prestazione dovuta*) è “oggettiva”, nel senso (come affermava Osti) che anch'essa incontra il solo *limite* di una causa estranea che abbia impedito – in via oggettiva e assoluta (*e, dunque, senza che rilevi l'entità dei “mezzi” necessari per mantenere integra la possibilità di adempiere*) – al debitore di adempiere (esattamente) la prestazione.

In conclusione, il meccanismo (probatorio) previsto dall'art. 1218 c.c. è più complesso di quanto non risulti dalla formula, assai diffusa in giurisprudenza, secondo la quale questa norma porrebbe una *presunzione di colpa*⁽⁵⁶⁾ a carico del debitore. Precisato che, più che di una “presunzione di colpa”, si deve parlare semmai di una “*presunzione di responsabilità*” (spettando propriamente al debitore fornire la prova *di aver adempiuto* e di avere adempiuto esattamente, oppure – in difetto di questa prova – provare che l'inadempimento o l'inesatto adempimento sono stati determinati da impossibilità non imputabile della prestazione), va infatti comunque osservato che – se sono esatte le cose sopra dette –, almeno sul terreno (della prova) dell'esistenza di una impossibilità sopravvenuta (agli effetti regolati dall'art. 1218 c.c., ossia agli effetti dell'esonero da responsabilità del debitore) non è vero che tutte le obbligazioni si attecchiano allo stesso modo, potendosi in particolare distinguere (nel senso sopra precisato) tra obbligazioni “di mezzi” e obbligazioni “di risultato” (con il che la distinzione in esame verrebbe ad avere un rilievo non solo descrittivo del contenuto dell'obbligazione, ma anche un valore “dogmatico”).

l'esecuzione diligente della prestazione da parte sua) individuare anche *la “causa” specifica* che ha (cionondimeno) impedito di raggiungere il “risultato” che costituiva lo “scopo dell'obbligazione” (es.: insegnare all'allievo a suonare il pianoforte; ottenere un miglioramento delle condizioni di salute del paziente; etc.), si finirebbe per far gravare sul debitore un onere probatorio eccessivo ed irragionevole (che – come già osservato – trasformerebbe la sua obbligazione da obbligazione “di mezzi” in una obbligazione “di risultato”).

⁽⁵⁵⁾ È appena il caso di sottolineare che la discussione precedente si riferiva, invece, alla diversa ipotesi in cui risulti (almeno *prima facie*) un *adempimento* (e non già un *inadempimento*) della prestazione dovuta da parte del debitore.

⁽⁵⁶⁾ Sull'equivoco che si nasconde in questa formula cfr. quanto abbiamo già detto *retro*, alla nt. 12, ricordando la critica che Piraino muove alla tesi di Bianca.