

La responsabilidad contractual

en su formulación histórica
y en su configuración actual

Edición de

Manuel Ángel Bermejo Castrillo

EDITORIAL DYKINSON

© 2015 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9085-640-6
Depósito Legal: M-39962-2015

La responsabilidad contractual en su formulación histórica
y en su configuración actual

Edición de Manuel Ángel Bermejo Castrillo

EDITORIAL DYKINSON

2015

ÍNDICE

Premessa: <i>Pierangelo Schiera</i>	9
La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación: <i>Manuel Ángel Bermejo Castrillo</i>	13
La responsabilità contrattuale nel primo Novecento giuridico italiano: <i>Giovanni Chiodi</i>	215
Reflexiones sobre el <i>pactum de non cedendo</i> : <i>José María Miquel González de Audicana</i>	263
Pre-contractual good faith in European Contract Law: Is the European Commission ready to embrace a European doctrine of <i>culpa in contrahendo</i> ?: <i>Paula Giliker</i>	289
La responsabilidad contractual en la Normativa Común de Compraventa Europea: <i>Reiner Schulze</i>	317
<i>Noticia de los autores</i>	339

LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE
NEL PRIMO NOVECENTO GIURIDICO ITALIANO

Giovanni Chiodi

1. *Premessa*

Vorrei cominciare con il ricordo di Luigi Mengoni, un grande civilista italiano (ma la qualifica rischia di suonare riduttiva per una personalità poliedrica come la sua¹), ordinario di diritto civile all'Università Cattolica di Milano e giudice costituzionale (1987-1996). I suoi scritti – una parte dei quali è stata di recente raccolta in due volumi² – appartengono alla schiera dei classici. Si tratta di un giudizio che investe, in modo particolare, anche quelli sulla responsabilità contrattuale, che all'interno di una bibliografia fluviale mantengono una loro distinta individualità, sia per il rigore dogmatico sia per la precisione e l'acutezza delle ricostruzioni storiche, e costituiscono il migliore punto di partenza anche per la nostra indagine.

Luigi Mengoni ha dunque scritto che “problema centrale della teoria moderna della responsabilità contrattuale ... è il superamento del concetto rigoroso di *impedimentum* naturale impiegato dai giuristi romani per valutare la responsabilità nelle obbligazioni di dare e poi esteso a tutte le obbligazioni, secondo un rigidissimo parametro logico-formale. Un concetto rigoroso, evidentemente inadatto ai bisogni del commercio giuridico e incompatibile con la clausola generale della buona fede³”.

1 V. ora il ritratto a vasto raggio a lui dedicato da P. Grossi, *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLI (2012), pp. 627-656, anche in Id., *Nobiltà del diritto, Profili di giuristi*, II, Milano 2014, pp. 155-183. Cf. anche A. Nicolussi, *Mengoni, Luigi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII – XX secolo)*, dir. da I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletta, a cura di M.L. Carlino – G. De Giudici – E. Fabbricatore – E. Mura – M. Sammarco, con la collaborazione della Biblioteca del Senato, vol. II, Lev-Z, Bologna 2013, pp. 1324-1327.

2 L. Mengoni, *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*; II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi, Milano 2011.

3 L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. del dir.*, XXXIX

In questo contributo cercherò di evidenziare alcuni percorsi della dottrina giuridica italiana del primo Novecento, che andarono nella direzione indicata, aprendo, nei modi che vedremo, una nuova fase nella storia dei criteri di imputazione del danno contrattuale.

Per avviare il discorso, è opportuno rammentare che, secondo la prospettiva comunemente adottata dai civilisti italiani postunitari, il debitore rispondeva per inadempimento fino al limite dell'impossibilità della prestazione, cioè fino a che egli non provasse che la prestazione era divenuta impossibile per una causa estranea sopravvenuta a lui non imputabile⁴. In ciò consisteva la prova del c.d. caso fortuito o forza maggiore⁵. Per essere esonerati da re-

(1988), pp. 1072-1099 [da cui cito: p. 1077], e in Id., *Scritti*, II cit., pp. 299-353, già pubblicato in *Jus XXXIII* (1986), pp. 87-133. Sul pensiero dell'autore in materia è rilevante la lettura di C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 1 (2008), pp. 1-31.

4 Come è spesso ricordato anche nelle trattazioni civilistiche pubblicate dopo il 1942, fu Giuseppe Osti a sostenere che la dottrina dominante del suo tempo, malgrado certe affermazioni che potevano far pensare alla colpa come fondamento della responsabilità per inadempimento (la "cabala", come la definiva il civilista bolognese), esigeva invece la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per una causa esterna non imputabile al debitore. Cf. G. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, X (1918), pp. 209-259; 313-360; 417-471, ora anche in Id., *Scritti giuridici*, I, con presentazione di P. Rescigno, Milano 1973 [da cui cito], pp. 1-169, in particolare pp. 90-91; Id., *Impossibilità sopravveniente*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII (1962), pp. 287-300, ora anche in Id., *Scritti giuridici*, I, in particolare pp. 500-502; Id., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, VIII (1954), pp. 593-616 e in Id., *Scritti giuridici*, I, pp. 451-485, in particolare, pp. 461-463 (dove l'opinione è qualificata "cabala").

L'interpretazione esposta nel testo derivava dall'interpretazione degli articoli 1225 e 1226 del codice civile del 1865. Art. 1225: "Il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto per il ritardo nell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorché non sia per sua parte intervenuta mala fede". Art. 1226: "Il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato".

5 I due concetti (usati in modo distinto ad es. nel menzionato art. 1226), malgrado tentativi di differenziazione, vennero alla fine considerati equivalenti. Sul punto, a parte le opere degli autori coevi citate nel testo, cf. A. Candian, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Novissimo Digesto italiano*, II (1958), pp. 988-992; G. Cottino, *Caso fortuito e forza maggiore (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI (1960), pp. 377-390.

sponsabilità, infatti, non bastava che il debitore dimostrasse di essersi comportato in modo diligente e di non essere in colpa: egli era tenuto ad adempiere la prestazione fino al limite dell'impossibilità e l'assenza di colpa rilevava solo in un momento distinto del giudizio di responsabilità⁶.

Scelgo solo tre esempi, in dottrina, di questo modo di intendere la prova liberatoria⁷.

Secondo Giorgio Giorgi, magistrato fiorentino di eccellente carriera (da consigliere della Corte d'appello di Roma a presidente del Consiglio di Stato⁸), autore di un fortunato trattato sulle obbligazioni il cui primo volume venne pubblicato in prima edizione nel 1876, caso fortuito o forza maggiore era "un avvenimento non dipendente dal fatto del debitore, non prevedibile o almeno non evitabile, per effetto necessario del quale il debitore si è trovato nella impossibilità di adempiere esattamente l'obbligazione"⁹.

6 Come ha scritto L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, II, *La funzione della colpa nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 280-303, in particolare pp. 282-283 (ora anche in Id., *Scritti II cit.*, pp. 141-265), con riferimento all'art. 1218 dell'attuale codice civile, "non la semplice assenza di colpa bensì l'impossibilità oggettiva della prestazione, in quanto qualificata dall'assenza di colpa, esonera il debitore da responsabilità" (p. 281) e quindi "il centro di gravità del sistema della responsabilità contrattuale" (p. 292) è costituito dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione che, estinguendo l'obbligazione, esonera anche il debitore dalla responsabilità.

7 Manca una ricostruzione complessiva dei criteri adottati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella vigenza del codice civile del 1865. Non mancano, tuttavia, approfondimenti su specifiche figure (specialmente N. Coviello, L. Barassi, G. Osti) nelle opere dei civilisti che si occupati del problema della responsabilità contrattuale con riferimento al libro quarto delle obbligazioni del codice civile del 1942. Tra questi, si segnalano: M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Terza ed. riveduta, Milano 1975, in particolare pp. 195-216; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Art. 1218-1229, Seconda ed., Bologna-Roma 1979 (Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Quarto - Delle obbligazioni), pp. 82-90; G. Visintini, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Artt. 1218 - 1222, Milano 1987, in particolare cap. II, pp. 75-102. Un posto a parte merita la già menzionata voce di Mengoni, *Responsabilità contrattuale cit.*

8 Da ultimo: M. Granieri, *Giorgi, Giorgio Faustino Donato*, in *Diz. biogr.* I cit., pp. 1003-1004.

9 G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. II, *Effetti delle obbligazioni - Riscarcimento del danno per inadempimento - Rischio e pericolo - Provvedimenti coercitivi - Provvedimenti conservativi - Azione surrogatoria - Azione revocatoria - Gius di*

Il debitore che allegava il fortuito, più precisamente, doveva provare quattro cose: “a) che si è verificato un avvenimento indipendente dal fatto del debitore; b) che questo avvenimento è riuscito per il debitore, imprevedibile ed inevitabile; c) che ha ridotto il debitore nella impossibilità di adempiere, o almeno di adempiere esattamente l’obbligazione; d) che le conseguenze del fortuito, le quali riescono dannose per il creditore, non sono state accresciute dal fatto positivo o negativo del creditore¹⁰”.

Caso fortuito o forza maggiore, insegnava anche Gian Pietro Chironi nelle sue *Istituzioni*, era “l’avvenimento in conseguenza del quale è reso *assolutamente* impossibile l’adempimento della prestazione¹¹” e nel trattato sulla colpa contrattuale, che costituì un punto di riferimento della produzione scientifica sul tema a cavallo tra Otto e Novecento, egli precisò che il concetto di caso fortuito risultava dal concorso di un fatto estraneo al debitore a lui non imputabile e dall’impossibilità dell’adempimento¹².

Vittorio Polacco, infine, in un libro nato per la scuola e costruito su solide basi scientifiche, scriveva che il caso fortuito risultava dalla combinazione degli articoli 1225 e 1226 c.civ.: “dal primo si trae che esso consiste in una *causa estranea al debitore non imputabile*, dal secondo che questa causa deve essere stata *tale da impedirgli l’esatto adempimento dell’obbligo* (“per cui fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato od ha fatto ciò che gli era vietato”)¹³. Anche il civilista padovano dichiarava che caso fortuito o forza

ritenzione - Effetti delle obbligazioni connesse, Quarta edizione, Firenze, Casa editrice libraria «Fratelli Cammelli», 1895, n. 8, p. 9 [I ed. 1876]. Per altre definizioni correnti nella dottrina paleocivilistica: F. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, v. III, p. II, Torino 1877, § 3155, p. 559; E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Terza ed. ordinata a sistema e corredata della giurisprudenza posteriore alla seconda, v. IV, *Parte speciale, Delle obbligazioni in generale, Donazioni – Contratto di matrimonio*, Firenze 1886, n. 101, p. 186; F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Seconda ed. riveduta dall’Autore, v. VI, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, Torino 1886, n.202, p. 268.

¹⁰ *Ibidem*, n. 12, p. 16.

¹¹ G.P. Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. II, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1889, § 301, p. 67.

¹² G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, 2^a edizione interamente rifatta..., *Colpa contrattuale*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1897, n. 308, p. 688. Sul libro e sul metodo v. G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano 1991, pp. 221-230; da ultimo Id., *Chironi, Gian Pietro*, in *Diz. biogr.* I cit., pp. 529-531.

¹³ V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I ... , Seconda ed. riveduta

maggiori erano due concetti che, benché usati separatamente dal legislatore e oggetto di tentativi di distinzione, avevano un significato corrispondente¹⁴.

2. I caratteri del caso fortuito (o forza maggiore): fatto estraneo inevitabile

Prima fase del test di esonero da responsabilità era la prova, da parte del debitore, di non aver potuto adempiere la prestazione per l'intervento di una causa *estranea* a lui non imputabile. Era il primo ramo della prova della forza maggiore, spesso evocata, ricorrendo al diritto romano, come *vis cui resisti non potest*.

Per la duplice determinazione di questo requisito possiamo prendere ancora come buon testimone le idee di Vittorio Polacco, la cui opera, che nella seconda edizione riveduta apparve nel 1915, assume un particolare valore, proprio perché era rivolta a ribadire la fiducia nei confronti sia della concezione pandettistica di caso fortuito, che individuava nella impossibilità della prestazione il limite della responsabilità contrattuale, sia della teoria oggettiva della impossibilità. Su questo versante, egli compiva un interessante intervento chiarificatore, quando avvertiva: “non basta la *non imputabilità* (elemento subbietivo), occorre l'*estraneità* della causa, che cioè essa venga dal di fuori¹⁵”. In altri termini, era necessario il concorso di due elementi, l'uno oggettivo e l'altro soggettivo, a costituire la prova liberatoria del caso fortuito, per quanto *de iure condendo* potesse sembrare razionale (e anche Polacco era di questo avviso) che il debitore potesse liberarsi solo per assenza di colpa. Non era dunque corretto, concludeva il civilista padovano, affermare che nel diritto positivo italiano “c'è caso subito che cessa la colpa¹⁶”.

Quanto all'estraneità, Polacco, come già nella prima edizione del volume e come sostenuto anche da Francesco Ferrara in un saggio del 1903, ricordava che il debitore rispondeva anche per l'attività dei suoi ausiliari¹⁷: “per la libe-

ed ampliata, Roma, Athenaeum, 1915, n. 83, p. 332. La prima ed. (Verona-Padova, Drucker) risale al 1898.

14 *Ibidem*, n. 86, p. 338.

15 *Ibidem*, n. 84, p. 335.

16 *Ibidem*, n. 86, p. 341.

17 Si trattava di responsabilità oggettiva: F. Ferrara, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui* (1903), in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano 1954, pp. 3-137, in particolare p. 117. Analoga impostazione, su questo specifico punto, era riscontrabile già in N. Coviello, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, Rocco

razione del debitore occorre un fatto esteriore al suo campo d'attività: l'opera degli ausiliari che si muovono entro il suo ambiente economico non può considerarsi come un caso fortuito¹⁸". Una precisazione che, come vedremo, avrà la sua importanza nella soluzione giuridica del problema dell'inadempimento causato da scioperi del personale.

Per quanto concerne la non imputabilità dell'evento estraneo alla sfera del debitore, Polacco forniva poi una ulteriore indicazione di rilievo: doveva trattarsi di un fatto non tanto imprevedibile, quanto non evitabile. Assistiamo in questo caso alla ripresa di uno spunto lanciato, nella civilistica italiana, da Gian Pietro Chironi, nel suo fondamentale volume sulla colpa¹⁹, che induceva Polacco a giudicare errate le divergenti opinioni di parte della dottrina francese (come Laurent) e italiana (come Lomonaco), che insisteva anche sulla non prevedibilità, concetto equivoco e fuorviante²⁰.

L'inevitabilità, inoltre, doveva accertarsi in concreto e non in astratto, adottando un metro di giudizio relativo. Anche questa indicazione si rivelerà determinante, come vedremo, per la soluzione di alcuni casi controversi: perciò è opportuno sottolineare che Polacco, come lui stesso riconosceva, accoglieva sul punto una tesi già espressa da Nicola Coviello nella sua monografia sul caso fortuito, opportunamente riassunta²¹.

Carabba, Editore, 1895, § 5, pp. 27-39, che richiamava a sua volta Chironi. È noto, viceversa, che sotto altri punti di vista la nozione di caso fortuito proposta da Coviello era diversa da quella di Polacco, essendo interpretata in modo soggettivo (fatto estraneo alla volontà dell'obbligato). Sul ruolo dei contributi di Coviello e Ferrara nel dibattito dell'epoca mi permetto di rinviare a G. Chiodi, *Il diritto comune nella cultura dei civilisti tra Otto e Novecento: affinità elettive tra Nicola Coviello e Francesco Ferrara*, in *Lavorando al cantiere del 'Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX sec.)'*, a cura di M.G. Di Renzo Villata, Milano 2013, pp. 379-384.

18 *Ibidem*, n. 84^{bis}, p. 337 e nt. 1.

19 Chironi, *La colpa* cit., n. 312, p. 693: "meglio è affermare l'irresponsabilità per ogni avvenimento del quale nonostante la previdenza diligente tenuta, il debitore provi l'impossibilità in cui s'è trovato di evitarlo; quel che caratterizza il caso è l'inevitabilità...". L'idea fu raccolta anche da Coviello, *Del caso fortuito* cit., § 2, p. 9.

20 *Ibidem*, n. 83, p. 332. Anche Giorgi, molto dipendente dalla dottrina francese, menzionava la non prevedibilità (*Teoria* cit., II, n. 8, p. 9), e così pure, per fare un altro esempio, Emidio Pacifici-Mazzoni.

21 *Ibidem*, n. 84, p. 334: "il concetto di inevitabilità è dunque fondamentale per la nozione del caso. Ma esso stesso non è assoluto, sebbene relativo al grado di diligenza che si doveva prestare e che può variare da negozio a negozio". Il riferimento è a Coviello, *Del caso fortuito* cit., § 3 in particolare pp. 14-15.

3. *L'impossibilità della prestazione, con particolare riguardo alle obbligazioni di dare*

Il debitore era liberato solo per l'impossibilità sopravvenuta e non per la difficoltà della prestazione: la nozione di impossibilità era l'altro passaggio obbligato del test di esonero da responsabilità.

All'alba del secolo, la maggioranza degli autori distingueva tra difficoltà e impossibilità della prestazione, e collegava la responsabilità al perdurare del vincolo obbligatorio e viceversa la non responsabilità all'estinzione dell'obbligazione.

Finché la prestazione contrattuale rimaneva possibile, non si poteva parlare di estinzione dell'obbligazione e quindi di liberazione da responsabilità contrattuale: solo l'impossibilità giustificava l'inadempimento. Logico corollario era che della difficoltà rispondesse sempre il debitore. Ma quale nozione di impossibilità era accolta dalla civilistica italiana del periodo considerato? Procedo anche in questo caso fornendo solo alcuni esempi.

Giorgio Giorgi distingueva tra impossibilità *assoluta* e impossibilità *relativa* (o impotenza), in contrapposizione alla mera difficoltà della prestazione.

L'impossibilità *assoluta* si aveva "quando l'obbligazione non potrebbe essere adempiuta nemmeno da un'altra persona, che si sostituisse al debitore". L'impossibilità *relativa* si verificava "quando l'obbligazione potrebbe invece essere adempita da un'altra persona, che vi fosse chiamata in luogo del debitore", ma per il debitore rappresentava un ostacolo insormontabile. La *difficoltà* viceversa era "l'ostacolo che accresce anche enormemente l'incomodo del debitore, senza per altro riuscirci insormontabile²²".

Secondo il magistrato fiorentino, la liberazione del debitore era prodotta dalla "vera" impossibilità sopravvenuta, ma per certi tipi di prestazione anche dalla "vera" impotenza.

La prima, che egli chiamava anche impossibilità "perfetta", aveva sempre efficacia liberatoria: ad esempio, nelle obbligazioni di dare una cosa determinata, in caso di perdita della stessa; di smarrimento in modo che se ne ignorasse assolutamente l'esistenza; di sua esclusione dal commercio per disposizione dell'autorità legittima²³. Per l'impossibilità relativa (o impotenza)

²² Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* cit., II, n. 15, p. 22.

²³ Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, VIII, *Estinzione delle obbligazioni* (Conti-

occorreva distinguere: essa non liberava mai nelle obbligazioni di dare cose generiche o denaro; esonerava invece dal risarcimento del danno nelle obbligazioni di dare una cosa determinata oppure di fare infungibile²⁴.

Con maggiore aderenza alla terminologia di un filone autorevole della pandettistica tedesca (e in particolare a Friedrich Mommsen), Nicola Coviello esponeva una distinzione diversa e ancora più articolata delle varie specie di impossibilità. E precisamente scriveva: “È *obbiettiva* quella che riguarda la prestazione stessa nella sua materialità (come l'*interitus rei*). È *subbiettiva*, quando consiste in fatti che si riferiscono esclusivamente alla persona dell'obbligato (come la morte, la malattia ecc.): oppure al rapporto del debitore colla cosa da prestarsi, come ne' casi in cui la cosa vien sottratta al potere del debitore, benché esista in *rerum natura* (come la rapina, lo smarrimento ecc.)²⁵ [...]”. A questa distinzione era giustapposta quella di Giorgi: “È *assolu-*

nuazione e fine), *Compensazione - Confusione - Perdita della cosa dovuta - Azioni rescisorie - Prescrizione*, Firenze, Casa editrice libraria Fratelli Cammelli, 1896 [I ed. 1885], n. 124, p. 186, con riferimento all'art. 1298 c. civ.: “Quando una determinata cosa che formava l'oggetto dell'obbligazione perisce, od è posta fuori di commercio, o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa è perita o posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, e prima che questi fosse in mora”.

24 Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II cit., n. 125, p. 187; Id., *Teoria cit.*, VIII, n. 15, p. 23: “la impotenza scusabile può verificarsi solamente nelle obbligazioni di fare o dare corpi certi e determinati. Non mai nelle obbligazioni di cose fungibili, e soprattutto in quelle di danaro; perché il debitore, che diviene insolvente, è sempre colpevole di avere assunte obbligazioni superiori alle proprie forze economiche, o di avere dissipati i mezzi per farvi fronte. Così vogliono le esigenze della convivenza sociale”. Giorgi, come molti altri autori, riteneva che in questo caso il debitore non potesse liberarsi, poiché era da ritenersi sempre in colpa. Il ragionamento fu criticato da L. Barassi, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, LXII-n.s. III (1899), pp. 333-363, pp. 352-355.

25 Tali definizioni coincidono con quelle proposte da Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, Erste Abteilung: *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853, § 1, p. 5, dove è scritto che “impossibilità oggettiva è quella che si fonda nell'oggetto dell'obbligazione in sé, e impossibilità soggettiva è quella che si fonda o nei rapporti meramente personali del debitore o nel suo rapporto con l'oggetto dell'obbligazione”. Mommsen dichiarava di accogliere la distinzione tra impossibilità oggettiva e soggettiva esposta da Savigny nell'*Obligationenrecht*, ma in realtà, come chiarito da Mengoni, *Responsabilità contrattuale cit.*, p. 1075, la tradiva, includendo nel concetto di impossibilità soggettiva, a differenza del suo modello, anche la perdita della disponibilità materiale della cosa. Cf. Fr. C. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des*

ta, quando è tale per tutti e in astratto; e quindi l'obbligazione non potrebbe essere adempita nemmeno da un'altra persona che si sostituisse al debitore; *relativa*, quando è solo per l'obligato e nel caso concreto e quindi l'obbligazione potrebbe essere eseguita da un altro che si sostituisse al debitore²⁶".

Anche Nicola Coviello distingueva tra obbligazioni di dare e di fare, in base al ragionamento che, per essere esonerato da responsabilità per inadempimento, occorre che il debitore versasse in uno stato di impossibilità *effettiva* di adempiere e non di semplice *difficoltà*.

L'impossibilità *effettiva* per eccellenza era quella *oggettiva*, che liberava sempre il debitore (ad es. la distruzione della cosa o la sua sottrazione al commercio; l'illiceità di un'opera da eseguirsi).

L'impossibilità *soggettiva*, viceversa, se dovuta a impedimenti interni alla sfera del debitore, non liberava mai nelle obbligazioni di dare una cosa, determinata o generica, mentre nelle obbligazioni di fare poteva condurre al mancato addebito di responsabilità, se la prestazione richiedeva l'attività di quella specifica persona (fare infungibile)²⁷.

L'impossibilità *soggettiva* dovuta a smarrimento o a sottrazione della cosa dovuta, invece, estingueva l'obbligazione e quindi esonerava da responsabilità contrattuale.

Gian Pietro Chironi, dal canto suo, nella seconda edizione del suo studio sulla colpa contrattuale, distingueva tra impossibilità – classificata in oggettiva (assoluta) e soggettiva (relativa) – e difficoltà della prestazione, attribuendo efficacia liberatoria da responsabilità alla prima e non alla seconda. Egli

heutigen Römischen Rechts, I Bd., Berlin 1851, § 37, p. 384; Id., *Le obbligazioni*, Traduzione dall'originale tedesco con Appendici di G. Pacchioni, I, Torino 1912, pp. 357-358.

Tale impossibilità soggettiva, peraltro, nella dottrina di Mommsen, escludeva la responsabilità solo con riferimento alle prestazioni di dare una cosa determinata (p. 20; p. 32) e non in quelle di dare cose generiche (p. 47). Quanto all'impossibilità soggettiva derivante da impedimenti personali al debitore, essa esonerava da responsabilità il debitore solo nelle prestazioni di fare infungibile, trattandosi, in realtà, per questo tipo di prestazioni, di una vera impossibilità oggettiva (p. 65).

Mommsen distingueva anche tra impossibilità assoluta e relativa, ispirandosi a Fr. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, III Bd., Berlin 1840, § 121, p. 164, ma senza trarne le conseguenze originali della sua fonte (v. *infra*, nt. 53).

Sul giurista di Flensburg: Johann Saß, Mommsen, Friedrich, in *Allgemeine Deutsche Biographie* (1905): <http://www.deutsche-biographie.de/pnd119364085.html>.

²⁶ Coviello, *Caso fortuito* cit., pp. 85-86.

²⁷ *Ibidem*, pp. 87-88.

tuttavia accedeva alla tesi di Windscheid, che ai fini dell'esonero da responsabilità contrattuale equiparava l'impossibilità sopravvenuta soggettiva (anche dovuta a insolvenza) a quella oggettiva²⁸, con la rilevante eccezione, però, delle obbligazioni di dare cose generiche, "non potendosi asserire all'impossibilità soggettiva virtù liberatoria se la prestazione concernesse cosa determinata *in genere (genus nunquam perit)*"²⁹.

A una concezione oggettiva dell'impossibilità liberatoria aderiva invece *in toto* Vittorio Polacco³⁰.

Per l'inadempimento delle obbligazioni di dare cose generiche, tuttavia, bisogna tener conto anche dell'elaborazione della dottrina commercialistica, poiché si trattava di una fattispecie espressamente disciplinata dall'art. 61 del codice di commercio italiano del 1882³¹. In questo campo, divenne paradigmatica l'opinione di Cesare Vivante, il massimo giuscommercialista dell'epoca. Secondo il suo insegnamento, il commerciante, in questa categoria di obbligazioni, era liberato solo se si verificava una impossibilità assoluta od oggettiva, e non relativa o personale, di adempiere³².

28 Cf. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II Bd., 8. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von T. Kipp, Frankfurt am Main 1900, Nachdruck Goldbach 1997 (100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch, Pandektenrecht, 25), § 264, pp. 81-82 e § 277, p. 119; trad. it. *Diritto delle Pandette*, a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, v. II, p. I, Torino 1904, in particolare p. 62 e p. 91.

29 Chironi, *La colpa* cit., n. 311, p. 692, con adesione anche alla soluzione adottata nel Progetto di codice civile germanico, § 235 (II red.); per la versione finale, v. *infra*, nt. 59.

Una schietta prospettiva oggettiva è abbracciata invece nel saggio, *La forza maggiore, l'onerosità eccessiva della prestazione e la clausola "rebus sic stantibus"* (1917), in Id., *Nuovi studi e questioni di diritto civile ...*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1922, pp. 265-291, specialmente p. 276.

30 Polacco, *Le obbligazioni* cit., n. 83, p. 332: "Se dunque, malgrado il fortuito, gli restava la possibilità di adempiere l'obbligazione, sia pure con molto maggiore sacrificio proprio, la regola è che più non si parli di inesecuzione causale... difficoltà non è impossibilità".

31 Art. 61: "Se le merci vendute sono dedotte in contratto soltanto per quantità, specie e qualità, senz'altra indicazione atta a designare un corpo certo e determinato, il venditore è obbligato a consegnare nel tempo e nel luogo convenuti la quantità, la specie e la qualità promesse, quantunque le merci che fossero a sua disposizione al tempo del contratto, o che egli si fosse procacciato in appresso per l'adempimento di esso, siano perite o ne sia stato per qualsiasi causa impedito l'invio o l'arrivo".

32 C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, Quinta ed. riveduta e ampliata, Milano 1926, n. 1647, pp. 132-133 [I ed. 1901; II ed. 1905; IV ed. 1916].

Vivante discorreva espressamente di responsabilità oggettiva del commerciante venditore di cosa generica e di rischio d'impresa, nel senso di negare rilevanza a una impossibilità relativa, dovuta cioè a cause attinenti alla sua organizzazione aziendale (incendio, furto, naufragio, sciopero particolare): "le cause estranee, liberatrici del venditore, non possono essere se non le cause generali, che colpiscono tutte le aziende esercenti lo stesso ramo di commercio³³".

Rimaneva a carico del debitore, perciò, il rischio del mancato approvvigionamento, anche incolpevole, dovuto, ad esempio, allo sciopero o al fallimento del suo fornitore.

Per ottenere l'esonero dalla responsabilità, il debitore avrebbe dovuto dimostrare che l'intero genere fosse perito oppure che ne fosse stata vietata l'importazione o che uno sciopero generale ne avesse impedito la produzione nelle imprese fornitrici: erano queste le cause estranee alla sua organizzazione economica. Ne derivava che maggiori erano le probabilità per il debitore di essere liberato da responsabilità quanto più nel contratto, come di norma accadeva nella pratica degli affari, l'oggetto fosse stato determinato come un *genus limitatum* (carbone di Cardiff, vino di Genzano, vino dei Castelli Romani e così via³⁴).

A Vivante si rifaceva di massima anche Polacco, il quale si dichiarava in disaccordo con il giuscommerzialista veneziano solo riguardo alla presunta differenza tra diritto civile e commerciale, quanto appunto al regime della responsabilità contrattuale per inadempimento di obbligazioni di dare cose di genere. Mentre infatti per Vivante l'art. 61 c. comm. era espressione di una deroga del diritto commerciale al diritto civile, nessuna differenza, invece, si poteva rilevare, secondo Polacco – ma tale era l'opinione comune della civilistica – tra vendita civile e vendita commerciale su questo punto³⁵: in entrambi i casi *genus nunquam perit* e quindi il debitore non poteva liberarsi da responsabilità se non provando l'estremo dell'impossibilità *oggettiva* della prestazione. A que-

33 *Ibidem*, p. 134.

34 *Ibidem*, p. 136.

35 Lo avrebbe attestato di lì a poco esplicitamente G. Osti, nello studio *L'art. 61 cod. comm. e il concetto di sopravvenienza*, in *Riv. dir. comm.*, XIV (1916), I, pp. 341-373, in particolare pp. 353-354; e Id., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, X (1918), pp. 209-259, 313-360, 417-471, entrambi anche in Id., *Scritti giuridici I cit.*, pp. 329-373 e pp. 1-169 [da cui cito], p. 46. Contro Vivante (per questo aspetto) v. già A. Ascoli, *Note di giurisprudenza, Vendita di genere*, in *Riv. dir. civ.*, V (1913), pp. 353-355.

sto proposito, Polacco accettava la distinzione di Vivante, definendola dominante fra i civilisti tedeschi nella interpretazione del § 279 del BGB: il genere che pur sussisteva *in rerum natura* era da considerarsi giuridicamente come mancante “se non fosse dato valersene per l’esecuzione del contratto in causa di un impedimento di indole generale, cioè inerente alla prestazione nella sua obbiettività e però tale da renderla in quel dato momento inattuabile per quella qualsiasi azienda patrimoniale che se ne trovasse debitrice³⁶”.

4. *L'impossibilità nelle obbligazioni di fare*

L'impossibilità era il limite dello sforzo del debitore anche nelle obbligazioni di fare, benché il Codice civile discorresse solo della impossibilità per le prestazioni di dare³⁷.

Anche le obbligazioni di fare o non fare, infatti, sottolineava già Giorgi nel suo monumentale trattato sulle obbligazioni, potevano rimanere estinte per sopravvenuta impossibilità della prestazione, benché il codice civile trattasse solo della perdita della cosa dovuta. Occorreva tuttavia distinguere. Se si trattava di obbligazioni di fare fungibili, e non intervenivano norme speciali (come l'art. 1644 in materia di locazione d'opere³⁸), la liberazione del debitore si aveva solo in caso di impossibilità perfetta e non per “accresciuta difficoltà”. Per le obbligazioni di fare infungibili o “personali”, viceversa, era liberatoria anche l'impossibilità *relativa* al debitore³⁹.

Anche Nicola Coviello, come abbiamo visto sopra, distingueva tra obbligazioni di dare e di fare⁴⁰.

Quelli che ho appena riassunto erano i criteri dottrinali in base ai quali la giurisprudenza dovette fronteggiare anche le nuove ipotesi di responsabilità per inadempimento derivanti da scioperi nelle imprese. Non a caso, il celebre contributo di Ludovico Barassi, dedicato alla revisione dei principi sulla responsabilità contrattuale⁴¹, avrebbe preso le mosse proprio dalla casistica

36 Polacco, *Le obbligazioni* cit., n. 91^{bis}, pp. 363-366.

37 Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* cit., VIII, n. 131, p. 195.

38 V. *infra*, nt. 85.

39 Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* cit., II, n. 15, p. 23.

40 Coviello, *Caso fortuito* cit., pp. 87-88.

41 L. Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 Cod. civ.*, Add. a G. Baudry-Lacantinerie - A. Wahl, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile, Del contratto di locazione*, v. II - P. II, Milano [s.d.], pp. 455-606.

sugli inadempimenti causati dal verificarsi di uno sciopero negli stabilimenti o nelle fabbriche. Se gli operai di uno stabilimento facevano sciopero e si adottava la concezione oggettiva dell'impossibilità, osservava Barassi, "l'industriale, i cui operai scioperino, non potrà dirsi mai colpito da impossibilità, se l'opera di questi operai è sostituibile; se il lavoro di essi (come è per lo più) è fungibile⁴²".

Per evidenziare immediatamente l'importanza di questa applicazione della teoria dell'impossibilità oggettiva e assoluta alle obbligazioni di fare è utile ricorrere anche alle parole contenute in uno scritto di Emilio Betti, benché si tratti di un saggio posteriore di circa quarant'anni rispetto a quello di Barassi. Esso tuttavia chiarisce bene le conseguenze discendenti dall'adesione alla concezione oggettiva dell'impossibilità e quindi non è incongruo riferirne in questa sede. Scrive dunque Betti nel 1953, che il costruttore di un edificio, ad esempio, è esonerato dalla responsabilità "se si tratta di lavori che non potevano essere eseguiti se non in quella officina di cui lo sciopero ha provocato la paralisi o la chiusura, oppure si tratti di lavori non eseguibili se non da quegli operai che ora sono in sciopero. Se invece si tratta di lavori che possono essere eseguiti anche altrove, in altre officine, o che possono essere eseguiti da altri operai non in sciopero, allora non ci si troverebbe di fronte che a un'impossibilità di carattere soggettivo⁴³".

Abbiamo individuato quindi un primo punto critico della teoria oggettiva dell'impossibilità, applicata agli inadempimenti dovuti ad uno sciopero. Anche da un altro punto di vista quella concezione, almeno secondo una versione rigida, era suscettibile di condurre ad affermare la responsabilità contrattuale dell'imprenditore in caso di sciopero. Si poteva infatti sostenere che "il dogma naturalistico deve *necessariamente* far gravare quello sciopero sull'industriale sempre, perché qualunque sciopero, dettato non da ragioni politiche, cioè dal desiderio di migliorare le condizioni del lavoro, e di mercede, può essere tolto di mezzo coll'accontentare gli operai, accogliendone integralmente le

42 *Ibidem*, n. 7, p. 470.

43 E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano 1953, p. 131. Nella casistica giurisprudenziale di inizio secolo si presentava spesso la questione dell'imprenditore che non poteva sostituire gli operai scioperanti perché impedito dagli scioperanti stessi. La questione appartiene ancora al giudizio sulla possibilità della prestazione (cf. per tutti Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 1095 nt. 152), distinto dal giudizio sulla imputabilità del fatto che causa l'impossibilità di prestare (nella fattispecie, il comportamento violento dei lavoratori).

pretese. Che importa il danno economico dell'industriale? La possibilità in via assoluta e naturalistica c'è sempre⁴⁴". In altri termini, "l'industriale (si può dire) può sempre piegarsi alle domande degli operai, alla cui accettazione è subordinata la cessazione dello sciopero. Per lo più si tratta di miglioramenti economici, di diminuzione di durata del lavoro⁴⁵".

Questa critica – in realtà più debole nel suo fondamento rispetto alla precedente e quindi superabile⁴⁶ – proviene ancora da Ludovico Barassi, che non a caso ne trasse lo spunto per una revisione del concetto tradizionale di obbligazione e di impossibilità della prestazione.

5. *Verso la rilevanza dell'impossibilità soggettiva o relativa della prestazione*

In sostanza, si trattò del tentativo più compiuto di allargare il concetto di impossibilità sopravvenuta liberatoria, includendovi anche l'impossibilità soggettiva o relativa, ovvero l'impossibilità "economica" della prestazione, come la definì il professore milanese.

Secondo Barassi, infatti, corollario della opinione secondo la quale era liberatoria solo l'impossibilità oggettiva o assoluta della prestazione, nel caso di inadempimenti dovuti a sciopero economico degli operai, sarebbe stata la responsabilità contrattuale dell'imprenditore: "colla teoria più rigida, ispirata al *genus nunquam perire censeatur* applicata alle prestazioni di fare, bastava che ci fosse la astratta possibilità di sostituzione, cioè l'esistenza di altri lavoratori per attuare la responsabilità dell'industriale. Invece colla teoria relativa bisogna guardare alla possibilità concreta, effettiva di sostituzione, epperò bisogna tener conto di una quantità di difficoltà che in pratica possono paralizzare l'astratta possibilità di sostituzione. Ad es., la resistenza organizzata contro il cosiddetto *Krumiraggio*, e l'estensione ormai assunta dal principio della solidarietà operaia⁴⁷".

44 Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore cit.*, n. 25, p. 501.

45 *Ibidem*, n. 65, p. 586. Si tratta di uno schema di ragionamento accolto da una parte della giurisprudenza italiana (e francese), che determinò la reazione di Barassi e di altri giuristi del periodo: v. *infra*, nt. 104.

46 La questione, infatti, non concerne tanto la possibilità, quanto l'imputabilità dello sciopero Cf. ancora Mengoni, *Responsabilità contrattuale cit.*, p. 1095 nt. 152. Anche secondo Polacco, come vedremo, era questo il modo più corretto di risolvere il problema.

47 *Ibidem*, n. 57, p. 572.

Estendendo invece l'efficacia liberatoria anche all'impossibilità c.d. soggettiva o relativa ("economica") della prestazione, il debitore avrebbe potuto pretendere l'esonero da responsabilità: infatti "il concetto economico dell'impossibilità si ispira a un criterio: quello della potenzialità del debitore; il creditore non può esigere più di quanto il debitore può dare⁴⁸". Detto in altri termini, ai sensi dell'art. 1226 c. civ. "il debitore che non può adempiere la prestazione se non con *enorme* sacrificio proprio, sproporzionato evidentissimamente allo scopo, è pur sempre impedito dall'adempiere la prestazione⁴⁹".

Applicata al caso di sciopero, la soluzione avrebbe potuto essere più favorevole all'imprenditore, qualora la valutazione in concreto delle circostanze del conflitto economico permettesse di concludere che il suo comportamento fosse stato conforme al modello del "buono, zelante industriale": "se gli operai scioperano per domandare un aumento di salario o una diminuzione di ore di lavoro, compatibili colle condizioni dell'esercizio industriale, il buon industriale, cui preme l'interesse dei propri creditori, dovrà accedervi. Ma vi potrebbe essere un'incompatibilità; o comunque il buono, zelante industriale (zelante oltre che pel proprio anche per l'interesse collettivo) può ritenere indispensabile – anche nell'interesse della stessa classe operaia – una maggior fermezza e continuità nell'esercizio dell'azienda. In tal caso l'art. 1224 permetterà all'industriale di resistere, anche se quegli aumenti di salario possano, con suo grandissimo sacrificio, essere accolti⁵⁰".

Un argomento ulteriore per sostenere questa interpretazione discendeva anche dal fatto che occorreva bilanciare il diritto di sciopero dei lavoratori con il diritto di resistenza dell'imprenditore⁵¹. Infatti, continuava Barassi, "gli operai hanno il diritto di sciopero, ma anche l'imprenditore ha diritto di difendersi, di rifiutare, di sottostare a pretese che gli impedirebbero la continuazione dell'industria ... il pubblico non può pretendere dall'industriale più di quanto ragionevolmente può esigersi dal buono, anzi dall'ottimo imprenditore⁵²".

Non solo. Ampliare le cause di esonero da responsabilità in modo tale da ricomprendervi l'impossibilità soggettiva o relativa avrebbe permesso di

48 *Ibidem*, n. 30, p. 515.

49 *Ibidem*, n. 37 p. 532.

50 *Ibidem*, n. 66, pp. 591-592.

51 Questa argomentazione era stata avanzata da F. Amiot, *De la répercussion des grèves ouvrières sur l'exécution des contrats*, in *Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international*, 17 (1903), pp. 65-82; 209-230, in particolare p. 69.

52 *Ibidem*, n. 70, p. 595.

risolvere anche un problema che il codice civile del 1865 non aveva espressamente disciplinato, creando perciò, soprattutto nel periodo di guerra, numerose controversie, cioè quello della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. La *difficoltà* di prestazione, anche quella grave e straordinaria, infatti, come abbiamo verificato riportando sopra le impostazioni dottrinali correnti, era tenuta distinta dall'impossibilità, sia oggettiva sia soggettiva, di adempiere.

Infine, la medesima operazione avrebbe consentito di giustificare anche l'inadempimento di prestazioni oggettivamente possibili, ma da considerarsi "inesigibili", per usare un vocabolo che ha una sua storia risalente già alla seconda metà dell'Ottocento⁵³, sia perché "per circostanze sopravvenute, il risultato non potrebbe essere realizzato se non con mezzi anormali rispetto al tipo di rapporto obbligatorio considerato, tali che il debitore non può dirsi in buona fede impegnato al loro impiego⁵⁴" ovvero con "mezzi o sforzi del tutto irragionevoli in relazione alla natura o all'oggetto del contratto⁵⁵" (come nel caso del vettore la cui nave sia bloccata dal ghiaccio), sia perché corrispondenti a "ipotesi in cui l'attività diretta a procurare il bene dovuto richiederebbe al debitore un sacrificio personale o patrimoniale, astrattamente deducibile in obbligazione ma la cui obligatorietà in concreto è esclusa da una valutazione di buona fede ...⁵⁶" (come nel caso del prestatore d'opera che non adempie perché colpito da un lutto o un conduttore che non lascia l'appartamento in locazione perché malato). Tutte ipotesi per le quali, in verità, era possibile scusare l'inadempimento anche adottando il concetto di impossibilità oggettiva, purché inteso in senso relativo e non assoluto, e coordinato alla clausola di buona fede.

Barassi riteneva che l'impossibilità soggettiva (o "economica") avesse ricevuto espressa rilevanza nei lavori preparatori del BGB. Della nuova corrente, egli precisava, "non si era fatto certo e così il I progetto del Codice civile tedesco, il quale col § 237 stabiliva nudamente, crudamente il principio secondo il

53 Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., pp. 1083-1084, con riferimento al Sistema di Savigny (*supra*, nt. 25).

54 L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), II, *La funzione della colpa nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 280-303, in particolare pp. 282-283 (ora anche in Id., *Scritti II* cit., pp. 141-265).

55 P. Trimarchi, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, LIV (2008), pp. 341-359, in particolare p. 350; Id., *Istituzioni di diritto privato*, Ventesima ed., Milano 2014, cap. XXXI, pp. 298-315, in particolare n. 239.

56 Mengoni, *Obbligazioni «di risultato»* cit., pp. 285-286.

quale “il debitore non è tenuto alla prestazione se la prestazione è impossibile per una circostanza sopravvenuta dopo il sorgere dell’obbligazione, e di cui esso non debba rispondere; se la prestazione è impossibile in modo duraturo il debitore è liberato dalla sua obbligazione [...]”⁵⁷.

Degli impedimenti personali alla prestazione, tali da generare una impossibilità soggettiva di adempiere qualificabile anche come ‘impotenza’ soggettiva (*subjektives Unvermögen*), il I progetto nulla diceva: essi erano quindi a carico del debitore. Il II progetto, invece, aderendo alle critiche che furono fatte, attribuì ad essi rilevanza nel § 235, pur stabilendo una eccezione per le obbligazioni generiche: “L’impotenza del debitore ad effettuare la prestazione ancora possibile è agguagliata all’impossibilità. Se l’oggetto dovuto è determinato solo nel genere, il debitore, finché la prestazione del genere è possibile, deve rispondere della sua impotenza, anche se non vi sia sua colpa” (trad. Barassi)⁵⁸. Quindi, anche l’impotenza (intesa come *magna difficultas*, precisava Barassi) scusava il debitore inadempiente.

Nella redazione finale, l’equiparazione tra impossibilità (oggettiva) e impotenza del debitore era contenuta nel 2° comma del § 275⁵⁹. Il § 279, tuttavia, introduceva un’eccezione alla regola: nelle obbligazioni di genere, secondo questa lettura, l’impotenza non liberava il debitore⁶⁰.

La dottrina tedesca, nella ricognizione offerta da Barassi, aveva accolto la novità in modi differenti. Alcuni, come Paul Oertmann, avevano ritenuto

57 Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., n. 23, p. 495. Cf. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin und Leipzig 1888, § 237, pp. 44-46.

58 Cf. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, Verlag von J. Guttentag, 1888, § 237, pp. 44-46.

59 § 275: “1. Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. 2. Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich”. Si tratta, com’è noto, della versione anteriore alla riforma del 2002, che ha arricchito ulteriormente il contenuto di questo paragrafo.

60 § 279: “Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt”. Per le interpretazioni più recenti di questo § v. per tutti Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., pp. 1085-1086.

che il codice non si scostasse dal concetto di impossibilità, ma che esso impiegasse un concetto più attenuato, una impossibilità intesa “economicamente”. Altri, come Johannes Biermann, avevano obiettato che il concetto di impossibilità era troppo definito e chiaro, perché esso potesse tollerare strappi “sentimentali”. Anche Arnold Brecht – che nei risultati pratici della sua teoria (su cui v. *infra*) otteneva l’approvazione di Barassi – aveva criticato il concetto di impossibilità economica, ritenendolo logicamente estraneo alla dottrina classica, oscuro e indeterminato.

Sul primo punto Barassi replicava che era naturale che la teoria dell’impossibilità economica ferisse nel vivo il dogma dell’impossibilità naturalistica o logica, poiché era proprio ciò che con essa si voleva ottenere. Inoltre, l’obiezione non era convincente sul piano metodologico:

perché non è detto che i concetti tradizionali degli istituti giuridici siano fatali, necessari. Noi accogliamo pure la evoluzione dei concetti, quale si opera col trasformarsi della coscienza sociale e delle abitudini, e delle condizioni di vita, purché, si intende, questa evoluzione sia compatibile colla lettera della legge. Noi non crediamo che alla formula legislativa debba fatalmente riconnettersi il pensiero originario del compilatore di quella formola. Questo pensiero era certo figlio dei suoi tempi, ma la legge poi si è staccata dai suoi autori, vive una vita autonoma, vive di vita propria, va interpretata in se stessa⁶¹.

Anche alla seconda obiezione, timorosa della necessaria elasticità del criterio, affidato alla discrezionalità giudiziale, Barassi rispondeva che essa non era appagante:

Io non credo assolutamente alla necessità di concetti legislativamente così definiti da non essere necessario alcuna ulteriore specificazione ... a noi, razza latina, sia concesso di lasciare al giudice una certa libertà di apprezzamento, una possibilità di ulteriore specificazione della norma dedotta dalla visione, che esso solamente può avere, del caso concreto, e della migliore e più opportuna disciplina giuridica per esso. Adunque ben venga quella latitudine di apprezzamento, che permetta al giudice di indagare, o, forse più esattamente intuire, quanto potrà il creditore pretendere in un caso concreto di sforzo al debitore, e quando si possa ritenere, che questi abbia fatto quanto gli era umanamente possibile⁶².

È chiaro che Barassi, al quale premeva di risolvere con criteri più duttili e flessibili la questione della responsabilità per inadempimento, aveva tutto

61 *Ibidem*, n. 24, pp. 498-499.

62 *Ibidem*, p. 499.

l'interesse a sottolineare gli esiti ai quali poteva condurre un'applicazione rigorosa e oggettiva dei principi tradizionali.

Facciamo una breve sosta di riflessione metodologica, prima di proseguire il discorso. Non c'è dubbio che, nella dottrina di inizio secolo, l'autore che, prima di Giuseppe Osti, ha analizzato in modo dogmaticamente più serio e approfondito i principi della responsabilità contrattuale sia stato Lodovico Barassi. È soprattutto con la sua mente speculativa che Osti avrebbe dovuto maggiormente combattere per far prevalere il criterio dell'impossibilità assoluta e naturalistica.

Di tutti gli scritti dedicati dal giurista milanese al nostro tema, spicca il vitale e citatissimo corposo saggio, aggiunto alla traduzione italiana del *Contratto di locazione* di Gabriel Baudry-Lacantinerie e Albert Wahl (s.d., ma probabilmente risalente al 1909-1910), che ho utilizzato finora. Ma Barassi si era già occupato dell'argomento nel 1899 e ancora se ne sarebbe interessato nel corso della sua lunga attività scientifica⁶³. Con quell'intervento critico, come abbiamo visto fino a questo momento, Barassi tentò di superare l'opinione prevalente, che considerava di massima rilevante ai fini dell'esonero da responsabilità la sola impossibilità oggettiva e naturalistica della prestazione, attribuendo analogo effetto, in determinati casi, anche all'impossibilità soggettiva o relativa da adempiere. Di fronte all'evoluzione economica della società e al divenire della coscienza sociale, l'aggiornamento delle categorie civilistiche gli sembrava il compito più alto della scienza:

È compito della scienza giuridica, oggi, di avvicinare quanto più le è dato i concetti giuridici alla vita vissuta; di fare che la fisionomia data ad un istituto dall'opera tanto importante, e troppo disconosciuta oggi nei nostri tribunali e nella prassi dell'elaborazione sistematica coincida, quanto più è possibile, colla fisionomia che l'anima popolare, la coscienza comune, la mentalità dell'uomo profano di speculazioni giuridiche se ne è fatto⁶⁴.

Al cospetto delle nuove sfide proposte dalla modernità industriale e dai conflitti sociali di fine secolo, la risposta doveva scaturire dal diritto civile, che doveva però saper rimettere in discussione i propri dogmi e le proprie categorie⁶⁵; tanto più che la civilistica italiana era ormai da tempo una scien-

63 Per lo scritto del 1899 v. *supra*, nt. 24. Un ripensamento della materia, che tocca anche il tema dell'impossibilità, è contenuto in Id., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *L'attuazione*, Milano 1946.

64 Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., n. 25, p. 493.

65 Le ripercussioni di questo approccio del giurista milanese in materia di liber-

za che si cimentava nella ricostruzione dei principi generali del diritto delle obbligazioni e non si affidava all'empirismo.

Vi è un altro passo di Barassi che, a questo proposito, possiamo considerare tipico della sua mentalità. In esso il civilista milanese rimproverava i giudici che, nel risolvere i problemi concreti, si affidavano a soluzioni empiriche, senza risalire ai principi del diritto delle obbligazioni, tacciandoli di ascientificità.

Vi è una tendenza molto spiccata, in specie nella giurisprudenza, a voler isolare il problema dai principi generali del diritto delle obbligazioni, e a ricercare la soluzione, caso per caso, frugando e annaspando a tentoni nel buio del solito cieco empirismo, a cui bene spesso ricorre la nostra giurisprudenza. [...] Contro questa tendenza agiuridica, perché ascientifica, io non opporrò l'erroneità sempre della soluzione: io ho una ammirazione sincera e profonda per la visione esatta della soluzione equa e praticamente opportuna, che bene spesso (ma non sempre!) guida la giurisprudenza latina nel buio dell'empirismo, ma oppongo la necessità, per la dottrina, di adottare metodi più razionali e logicamente corretti. Nella dottrina, specie nella più recente, si è reagito contro questo empirismo. E si è andati in cerca, più o meno fortunata e illuminata, dei principi⁶⁶.

Occorreva dunque rileggere il sistema, senza timore di proporre soluzioni nuove che nella fattispecie, come di frequente nel Barassi pandettista, erano ricercate nelle punte più avanzate della elaborazione dottrinale germanica.

6. La rivoluzione di Hartmann arriva in Italia

Tornando al tentativo di ovviare alle conseguenze rigorose dell'adozione di un criterio oggettivo e assoluto di impossibilità sopravvenuta liberatoria,

tà contrattuale e di contratto di lavoro sono state attentamente studiate da G. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2007, in particolare nei saggi *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro* [1988], pp. 141-152; *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto* [2006]; Id., *Il problema del lavoro* [2009], pp. 341-376, in Id., *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011, pp. 180-188; Id., *Barassi, Lodovico*, in *Diz. biogr.* I cit., pp. 156-158. Sui temi dell'usura e della sopravvenienza, oggetto anch'essi di revisioni sistematiche barassiane, si può vedere anche il mio studio *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano 2009.

⁶⁶ *Ibidem*, n. 1, p. 457.

considerando in certi casi rilevante anche l'impossibilità soggettiva della prestazione, c'è da dire che questo modo di affrontare il problema operando sulla nozione di impossibilità – come egli stesso faceva notare – rappresentava una delle due alternative sorte nella civilistica tedesca, rispetto alle tesi di Friedrich Mommsen.

L'altra alternativa era stata quella di fare a meno del concetto di impossibilità ai fini della responsabilità contrattuale, lungo la linea sviluppata da Ugo Donello, "la quale distingue i due limiti riconoscendo all'impossibilità solo una funzione estintiva del rapporto, mentre ritiene sufficiente a escludere la responsabilità del debitore la semplice assenza di colpa⁶⁷". In questa direzione si era posta la teoria del dovere di sforzo (*Kraftanstrengungs Lehre*) elaborata da Feodor Kleineidam nel 1900 e soprattutto da Arnold Brecht nel 1908, che faceva a meno anche del concetto di prestazione: "il debitore, scrive Brecht, non deve la prestazione, ma è tenuto soltanto ad applicare una certa misura di diligenza, di sforzo e di mezzi per soddisfare l'interesse del creditore⁶⁸".

Barassi, peraltro, nel suo studio, esponeva anche la diversa e non meno dibattuta teoria della prestazione di diligenza, proposta da Gustav Hartmann (1835-1894) in un volume di ampio spettro ricostruttivo⁶⁹. Per il professore di Friburgo, "non è che il debitore sia liberato quando vi sia impossibilità, e, inoltre mancanza di colpa. Invece per Hartmann quello che decide è: se il debitore, malgrado lo scopo dell'obbligazione non sia stato raggiunto, ha tuttavia soddisfatto le esigenze della buona fede⁷⁰". Il concetto di impossibilità faceva capolino in Hartmann "ma non per determinare la responsabilità del debitore, ma solo il permanere o no della sua obbligazione⁷¹".

67 Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 1074.

68 *Ibidem*, p. 1078. Cf. A. Brecht, *System der Vertragshaftung*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 53 (1908), pp. 213-302. Sulla figura del giurista di Lubeca (1865-1977) e il suo cospicuo lascito editoriale e di archivio cf. <https://library.albany.edu/speccoll/findaids/gero24.htm>.

69 G. Hartmann, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, Verlag von Andreas Deichert, 1875. Sul civilista sassone: E. Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, III. Abt., II. Halbband, *Noten*, München und Berlin 1910, p. 358; Ivo Pfaff, *Hartmann, Gustav*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* (1905): <http://www.deutsche-biographie.de/pnd116497890.html>.

70 *Ibidem*, n. 27, p. 506.

71 *Ibidem*, p. 507. Per osservazioni sulla teoria di Hartmann applicata ai casi di obbligazione di dare cose fungibili e alle obbligazioni pecuniarie v. già Barassi, *Sulla responsabilità per inadempimento* cit., pp. 356-359.

Barassi non esitò a definire rivoluzionaria la teoria, “perché buttava a mare, o per lo meno, intendeva buttar a mare il vecchio dogma dell'impossibilità della prestazione come limite a cui si arrestava (mancando una colpa) la responsabilità del debitore inadempiente”. Anche se “questa teoria non ha raccolto, nella dottrina tedesca, quel largo consenso che era necessario per giungere a far breccia nell'animo e nella mente delle Commissioni elaboratrici del nuovo Codice civile germanico⁷²”.

A Barassi, viceversa, la teoria “più radicale” di Hartmann appariva geniale, premesso che “in linea teorica alla prima teoria [dell'impossibilità naturalistica] (dominante nella nostra dottrina) si può rinfacciare il soverchio rigore, a cui per un astratto formalismo di logica, arriva a carico del debitore⁷³”.

È opportuno, per evitare fraintendimenti, distinguere nettamente la teoria del dovere di sforzo, professata da Brecht, rispetto a quella della prestazione del dovere di diligenza ideata da Gustav Hartmann, “il primo giurista moderno pienamente consapevole della pregiudizialità di una revisione del concetto di obbligazione rispetto al problema del limite di responsabilità del debitore ... il critico puntiglioso di Mommsen, tanto di maggiore ingegno quanto di minore fortuna⁷⁴”, come affermato da Mengoni, che ne ha sintetizzato in modo preciso e fedele le ragioni: “egli bandisce il dogma dell'impossibilità dalla teoria della responsabilità per inadempimento non negando il concetto di prestazione come oggetto dell'obbligazione, bensì sottraendogli la funzione di misura della responsabilità, pur senza entrare formalmente in contraddizione (a differenza della teoria di Donello) col principio di correlazione tra debito e responsabilità”. Hartmann infatti riteneva che accanto all'obbligo di prestazione di un risultato (dover-prestare, dover-ricevere) vi fosse un secondo obbligo (“forza di tensione, misura di sforzo, misura di impegno, obbligo alla rimozione di impedimenti che si frappongono all'effettivo adempimento dello scopo finale dell'obbligazione⁷⁵”). La portata di questo dovere di sforzo si determinava individualmente secondo buona fede. Il debitore era esonerato da responsabilità se dimostrava di avere soddisfatto la misura di sforzo cui era tenuto, indipendentemente dalla circostanza se sussistesse o no una vera impossibilità della prestazione.

⁷² *Ibidem*, p. 507.

⁷³ *Ibidem*, p. 507.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 1081.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 1081-1082.

La critica che Mengoni fa a Hartmann è che egli “è rimasto prigioniero della nozione oggettiva di prestazione, intesa esclusivamente come risultato dovuto anziché come risultato dovuto ‘mediante’ l’attività del debitore. Perciò ha introdotto la specificazione relativa ai mezzi non come una dimensione ulteriore della prestazione, ma come una inedita dimensione dell’obbligazione nella forma di un obbligo distinto dall’obbligo di prestazione, e precisamente, si direbbe oggi, di un obbligo secondario non autonomo ...⁷⁶”.

Ludovico Barassi, alla fine, aderì sia alla tesi di Hartmann, sia alla teoria dell’impossibilità economica della prestazione, malgrado le diversità patenti tra le due prospettive, soprattutto in merito alla costruzione dei concetti di obbligazione e di prestazione.

Per liberarsi dalla responsabilità, dunque, il debitore poteva limitarsi a dimostrare di aver usato il grado di diligenza richiesto: questa era la prova “*logicamente principe*”.

Nella pratica, tuttavia, poteva apparire più conveniente per il debitore provare il caso fortuito, cioè individuare in primo luogo il fatto estraneo alla sua persona e alla sua impresa (concezione c.d. positiva del fortuito, applicata all’art. 1225)⁷⁷, causa del mancato adempimento o del ritardo; in secondo luogo, dimostrare l’assenza di colpa, cioè l’impiego di un grado normale di diligenza nel tentare di evitare l’inadempimento (concezione c.d. negativa o soggettiva del fortuito), in applicazione dell’art. 1224⁷⁸, che a questo punto veniva considerato rilevante anche ai fini della prova liberatoria da responsabilità per mancato adempimento dell’obbligazione⁷⁹. Egli quindi, come abbiamo già notato sopra, contestava che nell’art. 1226⁸⁰ il termine “impedire” escludesse la concezione soggettiva dell’impossibilità: “il debitore che non può adempiere la prestazione se non con enorme sacrificio proprio, sproporzionato evidentissimamente allo scopo, è pur sempre impedito dall’adempie-

⁷⁶ *Ibidem*, p. 1083.

⁷⁷ Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., n. 36, p. 530.

⁷⁸ Art. 1224: “La diligenza che si deve impiegare nell’adempimento dell’obbligazione [...] è sempre quella di un buon padre di famiglia [...]”.

⁷⁹ Michele Giorgianni, a proposito del ruolo ermeneutico che l’art. 1224 del codice civile del 1865 veniva così a giocare rispetto al significato da attribuire agli articoli 1225 e 1226, ha scritto delle parole che trovo particolarmente efficaci: “su entrambe le norme si proiettava la viva luce che promanava dall’art. 1224, il quale poneva il principio della diligenza del buon padre di famiglia” (*L’inadempimento* cit., p. 195).

⁸⁰ Per il testo v. *supra*, nt. 4.

re la prestazione”⁸¹. Tale era il risultato della lettura integrata degli articoli 1224-1225-1226 del codice civile vigente.

Sono idee che i contemporanei avrebbero trovato espresse anche nelle *Istituzioni di diritto civile* del 1914-1921, dove il caso fortuito o forza maggiore era così descritto:

Non si richiede ... il concetto della *vis* superiore a qualunque forza umana e tanto meno quello della imprevedibilità; basta il concetto di un evento superiore alla diligenza del debitore; perciò nel concetto di caso fortuito rientra un elemento negativo: tutto ciò che è fuori dal limite di diligenza a cui il debitore è tenuto. Quando dunque certi eventi generino la difficoltà di prestazione, ad adempiere la quale dovrebbe il debitore fare uso di una diligenza superiore alla diligenza normale da lui dovuta, è chiaro che non ne sarà responsabile il debitore inadempiente, che ha fatto quanto doveva fare nei precisi limiti della diligenza da lui dovuta, anche se questi limiti gli imponevano un grado intensissimo di sforzo. Tutto ciò che eccede questi limiti rientra nella zona del caso fortuito; e non si può dire quindi che la difficoltà sia sempre a carico del debitore⁸².

Questo modo di argomentare conduceva a risultati particolarmente contrastanti con la comune opinione dottrinale specialmente in materia di adempimento di obbligazioni generiche: infatti, secondo Barassi, fermo restando che l’inadempimento di una vendita commerciale dava luogo a una responsabilità oggettiva in base all’art. 61 del codice di commercio, la vendita civile era invece soggetta a un trattamento meno rigoroso⁸³.

81 *Ibidem*, n. 37, p. 532.

82 L. Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, II ed., Milano 1921, § 93, p. 373. Un giudizio severo su questo manuale è espresso da Cazzetta, *Barassi cit.*, p. 156. La teoria più rigorosa dell’impossibilità venne invece riaffermata da V. Simoncelli, *Istituzioni di diritto privato. Lezioni*, Roma, Athaeneum, 1914, n. 78, p. 255, e, con particolare vigore, da R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, II, *Diritti di obbligazione, Diritti di famiglia, Diritto ereditario*, Quarta ed. riveduta ed ampliata, Messina 1926, § 75, in particolare pp. 122-124 (e già II ed. 1915, III ed. 1923).

83 Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore*, nn. 51-55, in particolare pp. 568-569. Chiarissimo Id., *Istituzioni cit.*, p. 373: “Si suole affermare che *genus nunquam perire censetur*. Ora, se una parte di esso, su cui il debitore faceva assegnamento, perisce, sussiste però sempre il genere, ve n’ha pur sempre ancora sul mercato mondiale: di conseguenza la prestazione è in sé oggettivamente possibile e l’obbligazione perdura (arg. dall’art. 1298). Tutto questo è verissimo e perfettamente esatto. Ma ciò non significa che ne debba rispondere il debitore, quando abbia fatto quanto stava in lui, nei limiti della diligenza cui era tenuto, per adempiere la prestazione; la regola anche qui è pur sempre quella di cui all’art. 1224. In conclusione il «*genera nunquam pereunt*» vale solo rispetto all’estinzione o

Barassi, viceversa, si dichiarò contrario a fondare una responsabilità oggettiva a carico degli imprenditori, sul tipo di quella per rischio industriale, elaborata oltralpe da Exner, Saleilles e altri⁸⁴). Questo, almeno, dal punto di vista dei principi generali, e malgrado l'aggancio con l'art. 1225 (suscettibile di essere inteso nel senso che il debitore avrebbe potuto liberarsi solo per una causa estranea sia alla sua persona, sia alla sua azienda). Di responsabilità oggettiva d'impresa si poteva parlare solo in relazione all'esecuzione di determinati contratti, come la locazione d'opera o appalto (in base agli artt. 1640 e 1644)⁸⁵ e, come già detto, la vendita commerciale (art. 61 c. comm.): norme di natura eccezionale e quindi non estendibili analogicamente.

La spinta verso l'aggiornamento delle categorie civilistiche approdava dunque, in buona sostanza e salvo eccezioni, alla difesa del criterio della diligenza nel campo della responsabilità contrattuale, che era anche difesa del paradigma del buon industriale: "il pubblico – egli scriveva – non può pretendere dall'industriale più di quanto ragionevolmente può esigersi dal buono, anzi dall'ottimo industriale. ... il pretendere a occhi chiusi dall'industriale di sottostare in qualunque caso alle domande degli operai scioperanti, sarebbe uno strano modo di intendere la neutralità del diritto di fronte al fenomeno economico ... dello sciopero⁸⁶".

no dell'obbligazione, non della responsabilità del debitore (cfr. invece art. 61 Cod. comm)". L'autore, a sostegno della sua opinione in merito, citava anche un passo di Carlo Fadda, *Teoria generale delle obbligazioni (Lezioni)*, Napoli 1902, p. 229: *ibidem*, p. 469, p. 561.

84 Il grosso problema della responsabilità oggettiva non è discusso direttamente e vi è solo un cenno ai nomi di due dei giuristi più implicati nel dibattito di quegli anni. Basti qui un mero rinvio a A. Exner, *Der Begriff der höheren Gewalt (Vis major) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, Wien 1883; trad. franc. *La notion de la force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, Ouvrage traduit, annoté et précédé d'une Préface par Edmond Seligman, Paris 1892; R. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle*, Paris 1897.

85 Art. 1644: "L'imprenditore è responsabile dell'opera delle persone che ha impiegato". *Ibidem*, nn. 39-41, pp. 538-540. Secondo A. Asquini, *Gli scioperi portuarî ed il corso delle stallie e controstallie*, in *Riv. dir. comm.*, XIX (1921), I, pp. 203-230, p. 226, Barassi avrebbe potuto interpretare l'articolo nel senso che l'imprenditore era responsabile oggettivamente per fatti e omissioni degli operai impiegati, ma non per "l'impossibilità di avere a disposizione della mano d'opera".

86 *Ibidem*, n. 70, p. 595. Cf. anche p. 599, dove ribadiva che, a fronte della neutralità nei rapporti tra industriali e operai, il diritto civile interveniva invece nei rapporti tra industriale venditore e conduttore con i terzi committenti, adottando, a seconda dei casi,

7. *La giurisprudenza e i suoi modelli: l'inadempimento di obbligazioni generiche*

Quale fu la fortuna del nuovo modello di responsabilità contrattuale imperniato sul dovere di diligenza ovvero sull'impossibilità economica e relativa?

Per rispondere compiutamente occorrerebbe una indagine globale e accurata su tutta la giurisprudenza compresa tra la fine dell'Ottocento e i primi venti anni del secolo. In questa sede sia solo consentito di individuare una serie di punti 'caldi', di problemi ricorrenti sottoposti all'attenzione dei giudici in materia di responsabilità contrattuale.

Molto frequenti erano le cause riguardanti l'inadempimento delle obbligazioni di dare cose generiche, dovute alla difficoltà di eseguire contratti di vendita di carbone, cotone, grano e altre tipologie di merci, a causa di impedimenti quali lo sciopero dei fornitori, la chiusura di porti e mercati, le requisizioni. Al turbamento dei mercati contribuirono anche, in determinati periodi, gli eventi bellici: la guerra italo-turca del 1912, connessa all'impresa coloniale della Libia, e in forma ancor più massiccia la prima guerra mondiale, onnipresente nelle riviste giuridiche, collegandosi anche all'interpretazione della legislazione speciale emanata nel periodo 1915-1918, che ebbe il suo epicentro nel diritto delle obbligazioni e dei contratti⁸⁷.

Per quanto concerne le controversie decise in base al diritto comune civile e al diritto commerciale, la tendenza, ancora nel 1914, era piuttosto rigo-

“un modello esigente di proba industriale” oppure addirittura una responsabilità oggettiva. V. anche n. 68, p. 593, dove parla di “un senso di reazione allo straripare, in questi ultimi anni, di scioperi inconsulti e dannosi a tutti”, come già nell'esordio del saggio: “Nell'occasione dell'ormai non più recente e malaugurato sciopero generale proclamato a Roma...” (p. 456). Sul contesto di quegli anni v. ora D. D'Alterio, *Roma 1903, sciopero generale. Azione diretta e crisi del riformismo nella capitale durante la prima età giolittiana*, Soveria Mannelli 2004. Per il profilo penale resta fondamentale il classico studio di G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura, 1870-1922*, prefazione di A. Galante Garrone, I, Roma-Bari 1979.

87 Ricordo che fu il decreto luogotenenziale 27 maggio 1915 n. 739 a prevedere espressamente la figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, tramite un provvedimento che fece molto discutere per la sua portata: art. 1 “A tutti gli effetti dell'art. 1226 cod. civ. la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale”.

rosa ed era rappresentata da corti che ribadivano in maniera intransigente che il venditore di cose generiche non poteva liberarsi dalla responsabilità contrattuale se non dimostrava l'impossibilità oggettiva (non imputabile) di procurarsi il bene pattuito: quindi la disponibilità sul mercato di un *genus*, anche *limitatum* (ad esempio un certo tipo di grano, di vino, di olio), anche a prezzo molto elevato, comportava la responsabilità in caso di inadempimento, non rilevando la c.d. impossibilità relativa o la sopravvenuta difficoltà di adempiere, anche se eccessivamente onerosa⁸⁸.

Nel dopoguerra, come esempio di questa linea rigorosa si può citare una sentenza della Cassazione di Firenze del 1918, che condannò un venditore di olio eccezionale al risarcimento del danno in base all'art. 61 cod. comm., benché l'olio in questione fosse stato oggetto di un provvedimento di requisizione, poiché il genere non era perito e il debitore poteva provvedersene altrove, seppure a prezzo più elevato del previsto⁸⁹.

88 Affermano che l'impossibilità liberatoria è solo quella assoluta (nella fattispecie: di imbarcare la merce in un porto e di farla viaggiare via mare fino al porto di arrivo convenuto) e perciò non liberano da responsabilità il venditore:

Trib. Milano, 27 aprile 1912, Mariani e Resta c. Ricci, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 524-532, con nota di A. Sraffa.

App. Genova, 16 luglio 1912, Ditta Fratelli Cavallotti c. Società di Macinazione, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 808-814, con nota di A. Sraffa e in *Il dir. comm.*, II s. V (1913), pp. 3-13, con nota di A. Ramella, *Influenza della guerra sull'esecuzione dei contratti*.

App. Torino, 29 luglio 1912, Fabbriche riunite gallettine c. Testa, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 58-75, con nota di A. Sraffa.

App. Bologna, 24 gennaio 1913, Scudelotti e Ravaioli c. Landini, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 142-151, con nota di A. Sraffa; A. Ascoli, *Note di giurisprudenza, Vendita di genere*, in *Riv. dir. civ.*, V (1913), pp. 353-355; Polacco, *Le obbligazioni cit.*, p. 369.

App. Genova, 7 febbraio 1913, Jonhosson Gordon e C. v. Bessler Waechter e C. e Roechling e App. Genova, 11 febbraio 1913, Roechling c. John Smith e Sohn, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 298-308, con nota di A. Sraffa.

App. Modena, 25 marzo 1913, Bonafini c. Malavasi, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 539-542, con nota di C. Pagani, *La guerra e il caso di forza maggiore*, che peraltro, in applicazione dei canoni vivantiani, riconosce la forza maggiore e libera il debitore.

Trib. Genova, 25 novembre 1911, Anglo Italian Coal Company c. Roechling, con nota di A. Sraffa, *La clausola tacita di guerra nei contratti di carbone*, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 254-260.

89 Cass. Firenze, 14 novembre 1918, Vedovello c. Barsotelli, in *Foro it.*, XLIV (1919), I, cc. 117-119.

Erano criteri applicati anche in caso di inadempimento di obbligazioni di fare, come nei contratti di appalto per la costruzione di un edificio: ad esempio, nel 1919 la Cassazione di Roma condannò un costruttore al risarcimento del danno, ritenendo che la prestazione non fosse divenuta impossibile, ma solo eccessivamente onerosa (nella fattispecie, il debitore lamentava la perdita economica gravosissima a cui sarebbe andato incontro acquistando un motore di cui si era resa necessaria la sostituzione), ribadendo la visione tradizionale in opposizione a “quello che una dottrina più recente, fondandosi sul § 275 del codice tedesco, vorrebbe introdurre, come una concezione più equitativa della *vis maior* e per cui si accorda efficacia liberatoria anche alla impossibilità subbiettiva o relativa, che più propriamente chiamasi impotenza; a quella, cioè, che avuto riguardo alle condizioni personali dell’obligato si verifica allorché per l’adempimento della obbligazione siano sorte difficoltà notevoli, più onerose di quanto esse erano nel momento in cui l’obligazione fu costituita, e che quindi richiederebbero uno sforzo che ecceda la misura della media e normale diligenza”, poiché “ammettendo di regola la pretesa forza maggiore subbiettiva, questa si convertirebbe nel diritto di eseguire i contratti sino a che siano lucrosi, disdirli quante volte possano riescire in perdita”. *In cauda venenum*: “ne deriva come la teoria propugnata da qualche scrittore, ed a cui accede il ricorrente ... manca di solida base ...⁹⁰”.

Nel tempo, a questo orientamento si sarebbe affiancato quello promosso da altre corti, disposte invece ad accordare la liberazione da responsabilità anche ai debitori che avessero provato di versare in una situazione di sopravvenuta impossibilità soggettiva di adempiere ovvero di difficoltà eccezionale ed estremamente gravosa⁹¹.

90 Cass. Roma, 25 novembre 1919, Baroncelli c. Alvisi, in *Riv. dir. comm.*, XIX (1921), II, pp. 1-8, con nota di G. Segré, *Sull'impossibilità e sull'eccessiva onerosità della prestazione*.

91 Affermano che l'impossibilità liberatoria può essere soggettiva o relativa, cioè una difficoltà eccezionale sopravvenuta di eseguire il contratto (es. rialzo dei noli; difficoltà di provvista):

App. Genova, 22 dicembre 1905, in Barassi, *Se e quando lo sciopero* cit., pp. 533, 556.

App. Roma, 1 aprile 1909, Finestauri c. Società Romana Tramways-Omnibus, in *Monitore dei tribunali*, L (1909), pp. 674-675; Barassi, *Se e quando lo sciopero* cit., pp. 556, 593.

Trib. Genova, 12 febbraio 1912, Società di Macinazione c. Fratelli Cavallotti, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 524-532, con nota di A. Sraffa (pur affermando la responsabilità del venditore, non ravvisandosi gli estremi della difficoltà gravosa).

In dottrina, non mancarono prese di posizioni autorevoli, a supporto del modello di decisione basato sul concetto di impossibilità soggettiva o relativa (secondo la denominazione più frequente): interventi quasi tutti occasionati dal dibattito giurisprudenziale, provenienti da personalità culturalmente diverse.

Il pensiero di Barassi, ad esempio, lasciò forte traccia in Angelo Sraffa, che già nel 1911 si spese a favore di una revisione dei criteri di accertamento della forza maggiore, in margine a sentenze relative agli effetti dello sciopero sull'esecuzione di contratti commerciali. Fu nel 1912 e nel 1913, che il giurista pisano ebbe occasione di occuparsi a più riprese specialmente di inadempimento di obbligazioni generiche, commentando alcuni casi giurisprudenziali relativi in particolare ai problemi di adempimento sollevati dalla guerra italo-turca: tra queste note, tutte ospitate nella *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, affidata alle sue cure direttive, è importante quella dedicata all'efficacia della consuetudine sulla sospensione dei contratti commerciali in caso di guerra, sciopero e altri fatti di forza maggiore, nella quale egli, affermata la distinzione tra impossibilità oggettiva, soggettiva e difficoltà, attribuì valore liberatorio ad entrambe le specie di impossibilità⁹², seguendo poi gli sviluppi della nuova impostazione nella giurisprudenza: la sua impressione era che la magistratura si fosse messa sulla strada di fare uso di “un sano criterio di *relatività*”, nel decidere le controversie originate dal “moltiplicarsi degli scioperi economici” e dallo “scoppio della guerra italo-turca⁹³”.

App. Roma, 23 settembre 1912, Guastalla c. Ministero della Guerra, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 58-75, con nota di A. Sraffa.

App. Roma, 10 febbraio 1913, Policlinico c. Ditta G. Silva e C., in Cogliolo, *La legislazione di guerra* (nt. 95), pp. 358-359.

App. Napoli, 3 giugno 1914, Giacchetti c. Narotta, *ibidem*, pp. 357-358.

App. Genova, 21 maggio 1915, Cotonificio Poss c. Descalzi, *ibidem*, pp. 359-361 e A. Ascoli, *Note di giurisprudenza, La guerra come causa di forza maggiore*, in *Riv. dir. civ.*, VIII (1916), pp. 240-248.

App. Parma, 12 agosto 1915, Azienda del Gaz del Comune di Parma c. Frat. Sorrentino, in *Riv. dir. comm.*, XIV (1916), II, pp. 46-53, con nota di U. Manara, *Sulla clausola «rebus sic stantibus» nei contratti continuativi di fornitura*, e Ascoli, *La guerra come causa di forza maggiore cit.*, p. 244.

92 Sraffa, *La clausola tacita di guerra nei contratti di carbone cit.*

93 Id., Nota a App. Torino, 29 luglio 1912 cit. (nt. 87), in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, p. 59.

Un impegno notevole nel supportare la nuova linea giurisprudenziale si registra poi nell'attività di Pietro Cogliolo, studioso eclettico, di formazione romanista, professore a Genova, condirettore della rivista *Il diritto commerciale*, nonché avvocato⁹⁴.

Cogliolo si occupò moltissimo delle questioni legate alla guerra e alla legislazione speciale bellica. Aveva una visione storicistica e continuista del diritto privato: in un articolo del 1914 dichiarò infatti la sua piena fiducia nella capacità delle regole della tradizione di adattarsi alla disciplina dei nuovi problemi aperti, e nella premessa del suo ponderoso e ordinato volume sulla legislazione di guerra non ebbe esitazioni nel ribadire che “il pensiero dominante di tutto il presente lavoro è di trovare nel diritto civile e commerciale, della tradizione e dei codici, le norme per regolare i rapporti giuridici in tempo di guerra, facendo l'uso che è appena necessario delle disposizioni speciali: coordinare cioè *la legislazione di guerra con il diritto preesistente*⁹⁵”.

L'approccio del giurista genovese al tema era molto pragmatico: lo stile del discorso era diretto e chiaro, evitava le disquisizioni dogmatiche, dava per conosciuto il dibattito che si era formato su questo tema, individuava con precisione i punti controversi. Gli interessava soprattutto mettere in evidenza quella che lui chiamava l'osmosi tra scienza e pratica, il mutamento di orientamento nell'ambito della giurisprudenza nella valutazione specialmente dell'inadempimento dei contratti di vendita un *genus*, come il carbone e il cotone.

Come una selva di altri giuristi, professori e avvocati, che fecero sentire la loro voce anche nei fascicoli della rivista *Il diritto commerciale*⁹⁶, egli viveva senza timori l'estensione dei poteri discrezionali del giudice e supportava il movimento legislativo volto a concedere maggiori poteri di controllo del contratto al magistrato.

94 G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano 1991, pp. 320-326; R. Braccia, *Cogliolo, Pietro*, in *Diz. biogr.* I cit., pp. 558-559.

95 P. Cogliolo, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale, con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore. Raccolta completa di tutti i Decreti-Legge in rapporto al Diritto privato*, Seconda ed. completamente riveduta e messa al corrente con l'ultima legislazione di guerra, Torino 1917.

P. Cogliolo, *La guerra ed i contratti commerciali con speciale riguardo alle vendite di carbone e di cotone*, in *Il dir. comm.*, VII, II s. (XXXIII), 1914, pp. 575-590 e in *Id.*, *Scritti varii di diritto privato*, II, Torino 1917², pp. 361-378.

96 Per una esaustiva bibliografia (1913-1917) v. *Id.*, *La legislazione di guerra cit.*, pp. 1-5.

È a questo modello di giudice interprete della realtà e maestro di equità che guardavano questi autori e con essi moltissimi magistrati.

Cogliolo non nutriva dubbi, quindi, nell'abbracciare con entusiasmo l'idea che la responsabilità contrattuale dovesse fondarsi, in buona sostanza, sulla colpa, valorizzando l'art. 1224 del codice civile. Come anche altri avevano argomentato (Cogliolo citava soprattutto la prolusione napoletana di Galizia), si trattava di andare oltre l'interpretazione vivantiana dell'art. 61 del codice di commercio e di dare rilevanza liberatoria anche alle difficoltà eccezionali: "sarebbe un errore dire che le difficoltà, sieno pure grandi, della prestazione esonerano dal compierla; ma sarebbe pure un errore il dire che per l'esonero ci vuole l'assoluta obiettiva impossibilità. Tocca al magistrato considerare caso per caso; rappresentarsi la guerra nei suoi effetti sopra quella data merce; formarsi in tali condizioni di fatto il tipo medio del venditore; e conseguentemente obbligarlo oppur no alla prestazione secondo che la media diligenza può o non può superare quelle difficoltà. Di più il diritto non può dire, né una formula più ricca di contenuto è possibile dare: il resto è lasciato all'*arbitrium iudicis*⁹⁷". Ne conseguiva che anche il rialzo del prezzo della merce (ad esempio del carbone), tipico esempio di difficoltà e non di impossibilità oggettiva della prestazione, avrebbe potuto farsi valere, a determinate condizioni, come una impossibilità soggettiva liberatoria.

Ho nominato prima Alberto Galizia e la sua prolusione napoletana: ecco un'altra voce singolare di quegli anni, la cui carriera scientifica fu stroncata a soli trentaquattro anni (era nato nel 1883) combattendo sul Piave nel 1917⁹⁸. Allievo di Emanuele Gianturco, si era interessato con l'energia del pioniere al contratto di lavoro e ai contratti di adesione. Volle coerentemente inaugurare il suo corso napoletano privato di diritto commerciale, il 4 dicembre 1913, con una prolusione tutta tesa a sostenere la nuova concezione del caso fortuito liberatorio, con uno sguardo privilegiato, anche in questo caso, sul laboratorio giurisprudenziale⁹⁹.

Pur consapevole che la giurisprudenza rimaneva in prevalenza fedele al principio che, soprattutto in materia commerciale dove imperava l'art. 61 del

97 Id., *La guerra e i contratti commerciali* cit., p. 582; Id., *La legislazione di guerra* cit., p. 356.

98 P. Marchetti, *Galizia, Alberto*, in *Diz. biogr.* I cit., p. 935.

99 A. Galizia, *Lo stato di guerra e i rapporti di diritto commerciale* [Prolusione R. Università di Napoli, 4 dicembre 1913], in *Il dir. comm.*, VI II s. (XXXII), 1914, pp. 108-123.

codice di commercio, per liberarsi dalla responsabilità contrattuale occorreva provare l'impossibilità assoluta di adempiere, non mancava tuttavia di dare il suo appoggio alle nuove correnti dottrinali che avevano portato in primo piano la colpa: "questo del dovere o sforzo di diligenza cui il debitore è tenuto per l'adempimento della sua obbligazione è il vero concetto limite che determina il campo entro cui la responsabilità del debitore si svolge e oltre il quale si ha l'oscuro dominio del caso fortuito¹⁰⁰". Era favorevole, perciò, ad attribuire rilevanza anche all'impossibilità soggettiva e relativa, accanto alla impossibilità oggettiva e assoluta: solo la semplice difficoltà, superabile con la normale diligenza, era destinata a rimanere fuori dal concetto di impossibilità. Gli sembrava che il superamento della concezione astratta e assoluta del caso fortuito fosse una necessità del mercato e che l'opposta visione fosse incompatibile "con la vita degli affari e con gli interessi del commercio¹⁰¹". Era convinto che compito del giurista fosse quello di osservare la realtà e di farsi mediatore tra i fatti e il diritto: "ora l'interprete del diritto, giurista o giudice che sia, può pur pensare di aver colto nel segno, quando la sua interpretazione appare reclamata dalle esigenze della vita e trova in questa il controllo e il conforto della sua utilità¹⁰²".

8. Sciopero e inadempimento contrattuale

Un'altra serie di casi giudiziari portò al centro del dibattito gli inadempimenti (o i ritardi nell'adempimento) causati da scioperi dei lavoratori delle imprese (di appalto, di fabbricazione e vendita di merci, di somministrazione di gas), volti alla rivendicazione di nuove condizioni contrattuali: un tipo di controversia che in Francia aveva generato una ricca giurisprudenza e che incominciava a produrne anche nelle corti italiane. I giudici, in questo campo, come già sappiamo, si trovavano a dover accertare i due estremi legati al modello tradizionale di forza maggiore, causa di esonero da responsabilità contrattuale: da un lato, la non imputabilità dello sciopero e dall'altro l'impossibilità sopravvenuta della prestazione¹⁰³.

100 *Ibidem*, p. 118.

101 *Ibidem*, p. 122.

102 *Ibidem*, p. 123.

103 Alcune importanti sentenze sono prese in esame da G. Visintini, *La responsabilità dell'imprenditore per lo sciopero dei dipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, XI (1965),

Sul primo versante, alcune corti, in un primo momento, come già nell'esperienza transalpina, affermarono la responsabilità del debitore ritenendo imputabile lo sciopero economico, in quanto in astratto sempre evitabile dall'imprenditore, accondiscendendo alle richieste dei lavoratori¹⁰⁴. Si trattava di una concezione criticabile (un sofisma, come lo definirono molti giuristi) anche alla luce del modello tradizionale di responsabilità: come abbiamo visto sopra, infatti, secondo una tesi accreditata, sostenuta in dottrina ad esempio da Coviello e Polacco, l'inevitabilità del fatto doveva sempre essere accertata in concreto, valutando le circostanze del caso.

Altre corti, tuttavia, sostennero che la colpa dell'imprenditore doveva essere valutata in concreto: che occorreva cioè accertare caso per caso se egli fosse ragionevolmente in grado di evitare lo sciopero, in base alle richieste dei lavoratori, soprattutto in merito alla durata del rapporto di lavoro e all'entità delle pretese economiche¹⁰⁵. Questa prospettiva fu seguita, ad esempio, dal-

pp. 335-366, in particolare pp. 342-351. Sommari, viceversa, i cenni di C. Smuraglia, *Gli effetti dello sciopero e della serrata sulle obbligazioni dell'imprenditore verso i terzi*, Milano 1970, pp. 7-9. Da leggere le acutissime notazioni di L. Mengoni, *La grève et le lock-out en droit italien*, in G. Boldt – P. Durand – P. Horion – A. Kayser – L. Mengoni – A. N. Molenaar, *Grève et lock-out*, Luxembourg 1961, pp. 251-320, in particolare pp. 305-308; Id., *Responsabilità contrattuale* cit., p. 1095.

104 Per un'argomentazione di questo tipo Barassi, *Se e quando lo sciopero* cit., p. 587, cita una sentenza della Corte d'appello di Genova del 13 luglio 1885.

Cf. anche Cass. Roma, 27 novembre 1909, *Finestauri c. Società romana tramways-omnibus*, in *Giur. ital.*, LXII (1910), I, cc. 51-58, 55: "... questa irresistibilità non esiste, come ammette oramai quasi tutta la giurisprudenza formatasi sul contratto di lavoro, perché ognuno intende come una delle parti possa sempre cedere sulle pretese dell'altra, e allora il concetto della «vis cui resisti non potest nec potest evitari nec provideri» esula totalmente sol che la vigilanza, la previdenza, la arrendevolezza di un contraente voglia scongiurare e impedire quell'evento. Lo sciopero è un elemento aleatorio di un'impresa, e come tale può essere considerato vincibile entrando esso nel regime della libera concorrenza dell'industria; e solo perché una pretesa sia onerosa per una parte non si può ammettere quella irresistibilità che si risolverebbe alla fin fine a riversare il danno sull'altra pel motivo che non lo si vuol subire"; App. Roma, 22 marzo 1910, *American Car and Foundery Company di New York c. Ferrovie dello Stato*, in *La Legge*, L (1910), cc. 1287-1294 (che nella motivazione si richiama alla precedente sentenza).

La tesi era considerata un "sofisma" da Amiot, *De la répercussion des grèves* cit., p. 69. Contrario anche A. Ramella, *Effetti degli scioperi sull'esecuzione dei contratti*, *Il dir. comm.*, XXX (1911), pp. 219-249, 229-230. Di "iniquo sofisma", a questo riguardo, parleranno anche altri giuscommercialisti come Sraffa, Vidari, Asquini.

105 Questo era anche il criterio suggerito da Barassi, *Se e quando lo sciopero sia*

la Cassazione di Torino e dalla Corte d'appello di Genova¹⁰⁶, prima di essere adottata il 17 gennaio 1911 dalla Cassazione di Roma, in un processo che vide tra gli avvocati Angelo Sraffa:

forza maggiore cit., p. 591: “Se gli operai scioperano per domandare un aumento di salario o una diminuzione di ore di lavoro, compatibili colle condizioni dell'esercizio industriale, il buon industriale, cui preme l'interesse dei propri creditori, dovrà accedervi. Ma vi potrebbe essere un'incompatibilità; o comunque il buono, zelante industriale (zelante oltre che pel proprio anche per l'interesse collettivo) può ritenere indispensabile – anche nell'interesse della stessa classe operaia, - una maggior fermezza e continuità nell'esercizio dell'azienda. In tal caso l'art. 1224 permetterà all'industriale di resistere, anche se gli aumenti di salario possano, con suo grandissimo sacrificio, essere accolti”.

106 Cass. Torino, 20 marzo 1886, Olivetti c. Picchetto, in *Annali della giurisprudenza italiana*, XX (1886), III, pp. 328-330: la corte ammette alcuni capitoli testimoniali che, se provati, porterebbero a esonerare da responsabilità un fabbricante di panni di lana di Coggiola, atteso che egli, rispetto allo sciopero, “usò ogni cura e diligenza per impedirlo, o quanto meno per diminuirne i dannosi effetti, surrogando gli operai della sua fabbrica con altri operai, che però, intimoriti dai primi, abbandonarono essi pure l'opificio”.

Cass. Torino, 3 marzo 1906, Boffa c. Comune di San Remo, in *La Legge*, XLVI (1906), cc. 2310-2322, con nota di C.L. Gasca: un appaltatore di lavori pubblici venne condannato al risarcimento del danno, poiché si ritenne che lo sciopero dei suoi lavoratori fosse a lui imputabile ovvero “trovasse un ragionevole fondamento nella soverchia esiguità delle retribuzioni, e nella troppo gravosa durata del lavoro, e così in un principio di colpa da parte dell'appaltatore”.

Barassi, *Se e quando lo sciopero* cit., p. 502, porta ad esempio anche una “notevolissima” sentenza del tribunale di Genova del seguente tenore: “Si ha davvero il diritto di affermare che l'industriale, il quale resiste ai suoi operai ha *sempre torto*, perché la sua resistenza provoca lo sciopero? Eppure si è arrivati a questo punto, e la difesa del Comune non si è peritata di trincerarsi in questo argomento. Ora, chi non sente tutta l'iniquità di una massima di tal fatta? Moralmente essa pone all'imprenditore un dilemma che ripugna ad ogni coscienza onesta: o passare sotto le forche caudine di pretese senza freno, o assoggettarsi alle conseguenze del proprio inadempimento verso i terzi. Giuridicamente essa non tiene conto del grado di diligenza che l'imprenditore deve portare nell'esecuzione dei suoi impegni e che ha pure dei limiti. Egli deve essere bensì diligente e deve quindi anti venire i giusti desideri della classe lavoratrice, ma nessuno può pretendere da lui che egli spinga il rispetto ai contratti che ha coi terzi fino a sacrificare i più vitali interessi delle sue intraprese, fino a piegare il capo alle più esorbitanti pretese, e ad abdicare alla sua dignità stessa, poiché così si finirebbe coll'imporgli di rinunciare ai diritti essenziali della propria personalità”.

Ercole Vidari, nella nota a sentenza menzionata *infra*, nt. 113, p. 482, cita una sentenza della Corte d'appello di Genova del 28 giugno 1909.

lo sciopero costituisce forza maggiore ed esonera l'industriale da ogni responsabilità per l'inadempimento alle proprie obbligazioni, quando sia collettivo, generale, continuo e tale che l'imprenditore non possa in breve termine sostituire altri lavoranti a quelli che scioperano, ed oltre a ciò non imputabile a colpa di esso industriale, tanto che non può avvisarsi quale rischio dell'impresa, ma quale evento inevitabile che non potrebbe addossarsi per dipendere da causa estranea, al buon industriale ai sensi degli art. 1225 e 1226 cod. civ. ...¹⁰⁷

Nel 1911, a rafforzare questo precedente, intervennero altre sentenze della Cassazione di Torino, di cui è utile leggere alcuni passaggi.

In una sentenza del 24 novembre 1911 il criterio venne affermato con queste parole:

Non si sa certamente comprendere come di fronte a simili fatti, dei quali la Società offre la prova, si possa sul serio opporre dal Comune, che la Compagnia debba sottostare alle conseguenze dello sciopero, perché avrebbe potuto evitarlo, arrendendosi alle pretese degli operai ... Non appare molto logico nei suoi considerandi il Comune quando, dopo avere scritto nel suo ricorso, che potessero pure essere state inaccettabili nuove domande degli operai e avesse la Società fatto anche benissimo a respingerle, si fa a soggiungere che i danni derivanti dalla adozione del partito più ragionevole e meno dannoso per lei avrebbero pur sempre dovuto andare a suo carico. Se la Compagnia aveva adottato un partito conforme a ragione, essa aveva fatto tutto quanto in quel frangente era da attendersi da lei¹⁰⁸.

Un'altra presa di posizione che andò nella stessa direzione si rinviene in una sentenza del 2 dicembre 1911:

... strano è poi il pretendere che possa soltanto costituire caso di forza maggiore lo sciopero politico e non mai quello economico, financo nell'ipotesi che quest'ultimo sia eventualmente accompagnato e seguito dalle circostanze e modalità che valgono a costituire gli estremi della forza maggiore. Vuolsi che all'imprenditore sia dato pur sempre l'evitare lo sciopero economico, venendo a patti coi suoi operai, o meglio, per esprimersi più chiaramente, cedendo magari al capriccioso volere di costoro. Ma l'evitare lo sciopero

107 Cass. Roma, 17 gennaio 1911, American Car and Foundry Company c. Ferrovie dello Stato, in *Riv. dir. comm.*, IX (1911), II, 102-109, con nota di A. Sraffa, *Lo sciopero economico e il concetto di forza maggiore*. Alla motivazione sopra riportata si richiamerà Trib. Cagliari, 7 ottobre 1921, Cao c. Fiat e c. Satas e Devoto, in *Riv. dir. comm.*, XX (1922), II, pp. 197-204, 200

108 Cass. Torino, 24 novembre 1911, Comune di Cornigliano ligure c. Union des Gaz, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 205-212, con nota di A. Sraffa, *Ancora dello sciopero e della forza maggiore*.

potrà non difficilmente avverarsi, ove le pretese degli operai si mantengano nei limiti del possibile, non già quando siano per avventura esorbitanti e tali da riuscire di notevole pregiudizio agli interessi dell'industriale e risolversi in una vera ed ingiusta imposizione a danno del medesimo¹⁰⁹.

Una terza sentenza della Cassazione di Torino, il 23 gennaio 1912, consolidò questo orientamento favorevole ad accertare l'inevitabilità in concreto dello sciopero:

... non è ragionevole né giuridico il dire che lo sciopero non si può mai equiparare a caso di forza maggiore perché l'imprenditore di lavori, assoggettandosi, sia pur con gravi sacrifici, al volere degli operai, potrebbe sempre prevenirlo od arrestarne il corso e porsi così in grado di soddisfare ai suoi impegni verso i terzi¹¹⁰.

Nella stessa causa, si era già espressa in tal senso la Corte d'appello genovese (estensore Agostino Ramella), il 24 aprile 1911, invocando tra l'altro anche la necessità di assicurare il rispetto del principio di libertà di impresa o, in altri termini, il diritto di resistenza dell'industriale¹¹¹:

Se si parte dal riflesso che l'interruzione del lavoro in caso di sciopero dipende esclusivamente dalla volontà del padrone, che può infatti evitarla arrendendosi ai reclami dei proprii salariati, non potrà mai ravvisarsi nello sciopero un evento di forza maggiore. Ma tale teoria porterebbe a negare ogni diritto di resistenza al padrone e ad assoggettarlo alle imposizioni degli operai di cui dovrebbe in ogni circostanza subire la legge, e sarebbe in opposizione allo spirito della nostra legislazione, la quale non riconosce la legittimità degli scioperi se non a condizione che padroni e operai abbiano la stessa libertà e indipendenza nella difesa dei loro interessi¹¹².

Possiamo considerare queste vicende giurisprudenziali del 1911-1912 come un momento di svolta nell'elaborazione di questo problema. Non a caso

109 Cass. Torino, 2 dicembre 1911, Comune di Sestri Ponente c. Union des Gaz, *ibidem*.

110 Cass. Torino, 23 gennaio 1912, Comune di Genova c. Union des Gaz, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 205-212, con nota di Sraffa cit.

111 Questa tesi era già emersa nel dibattito francese: cf. infatti Amiot, *Répercussion des grèves ouvrières* cit., p. 69; Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., n. 70 p. 594-595; Ramella, *Effetti degli scioperi* cit., pp. 229-230.

112 App. Genova, 24 aprile 1911, Municipio di Genova c. Compagnia Union des Gaz, in *Il dir. comm.*, XXX (1911), pp. 538-543. Cf. il commento puntuale di Ramella, *Effetti degli scioperi* cit..

la *Rivista di diritto commerciale*, il periodico di punta diretto da Sraffa e Vivante, diede ampio risalto alle pronunce, affidandosi all'opinione di due riconosciuti maestri del diritto commerciale, quali Angelo Sraffa ed Ercole Vidari, l'esponente più illustre della scuola di Pavia, allora senatore del Regno¹¹³. Entrambi condividevano l'assunto che, per considerare imputabile uno sciopero, occorresse esaminare in concreto come erano andati i fatti.

“Escludere *a priori* il carattere di forza maggiore allo sciopero, ad ogni e qualsiasi sciopero, sul riflesso che il padrone può sempre porre termine allo sciopero o prevenirlo col sottomettersi alle imposizioni dei suoi operai, senza prima indagare ed accertare se la resistenza del padrone sia giustificata, se la colpa del padrone abbia provocato ovvero accompagnato lo sciopero, è cadere, ripetesi, in un sofisma deplorabile”: scrisse Sraffa, nel commentare a caldo la sentenza della Cassazione di Roma del 17 gennaio 1911, relativa a un processo di cui egli era stato protagonista in veste di avvocato¹¹⁴. Sostanzialmente sulla medesima lunghezza d'onda fu Ercole Vidari, che dedicò all'argomento due limpide note, non prive di *vis polemica*¹¹⁵. Spetterà, dieci anni

113 Il giuscommercialista pavese richiamò le sentenze delle Cassazioni romana e torinese, analizzando una sentenza della Cassazione di Torino, del 24 aprile 1911, che nella fattispecie aveva escluso che l'imprenditore potesse invocare la forza maggiore per liberarsi dalle proprie obbligazioni, poiché mancava l'estremo della impossibilità della prestazione, intesa come oggettiva e assoluta. Nel caso di specie, infatti, lo sciopero aveva interessato solo uno degli stabilimenti di un cotonificio e l'impresa avrebbe potuto benissimo eseguire l'obbligazione provvedendosi della merce dagli altri opifici. Cass. Torino, 24 aprile 1911, Cotonificio Ligure c. Società G. Maggioni e C., in *Riv. dir. comm.*, IX (1911), II, 478-486, con nota di E. Vidari, *Sciopero e forza maggiore*. Per un ritratto di questo protagonista della scienza commercialistica postunitaria v. ora M. Libertini, *Vidari, Ercole*, in *Diz. biogr.* II cit., pp. 2044-2046.

114 Sraffa, *Lo sciopero economico e il concetto di forza maggiore* cit., p. 104. Sul personaggio v. ora la vasta e ben documentata ricerca di A. Monti, *Angelo Sraffa. Un 'antiteorico' del diritto*, Milano 2011, in particolare pp. 220-231 per il suo impegno nella direzione della *Rivista di diritto commerciale*; nonché Ead., *Sraffa, Angelo*, in *Diz. biogr.* II cit., pp. 1908-1911.

115 Nel commento sopra citato, *Sciopero e forza maggiore* (nt. 112), p. 482, egli proponeva la seguente distinzione: “O lo sciopero è determinato da ciò che l'imprenditore non mantenga i patti convenuti (di qualunque specie sieno) verso i propri lavoratori, e allora lo sciopero che questi dichiarassero, non potrebbe mai essere un caso di forza maggiore capace di dispensare l'imprenditore dagli obblighi contrattuali assunti verso i terzi, perché il rifiuto sarebbe stato provocato dalla sua condotta, e mancherebbe quindi uno degli elementi essenziali della forza maggiore. ... O lo sciopero è determinato da ciò che i

più tardi, al giovane Alberto Asquini, di chiudere il cerchio della discussione sviluppatasi in quegli anni, in una meticolosa nota apparsa sempre nella *Rivista di diritto commerciale*¹¹⁶.

Le sentenze sopra riportate risolvevano anche un secondo problema, attinente alla prova della forza maggiore. L'imprenditore, anche in caso di sciopero non imputabile in quanto inevitabile in concreto, non era liberato se la prestazione restava comunque oggettivamente possibile: ad esempio se gli operai (trattandosi di prestazione di fare fungibile) erano sostituibili. Nei casi indicati, tuttavia, la prestazione era divenuta impossibile perché la sostituzione era stata impedita dagli scioperanti stessi, che si erano opposti con la violenza al proseguimento dell'attività mediante l'impiego di altre maestranze: i giudici quindi, accertata anche in questo caso in concreto l'inevitabilità del fatto, decisero che gli imprenditori non dovevano rispondere della mancata sostituzione. La Cassazione di Torino, nella sentenza del 24 novembre 1911, fece ricorso anche al principio della libertà del lavoro¹¹⁷.

lavoratori vogliano imporre nuovi e maggiori obblighi contrattuali all'imprenditore; e allora, ove questi non consenta ad assoggettarvisi, può avere anche una legittima ragione per rifiutarli, e lo scioglimento, che in seguito a ciò i lavoratori deliberassero, costituirebbe un legittimo caso di forza maggiore per l'imprenditore, il quale potrebbe benissimo invocarlo a propria difesa contro i terzi per liberarsi dalle obbligazioni a cui essi lo volessero tenuto in conseguenza dei contratti precedentemente conchiusi”.

116 Asquini, *Gli scioperi portuari* cit. (Nota a Trib. Genova, 1 aprile 1920 e App. Genova, 30 dicembre 1920), nella quale, dopo avere anch'egli contestato l'iniquo “sofisma” della giurisprudenza più risalente, riteneva che il giudice non potesse ingerirsi nel conflitto economico, valutando le scelte di merito degli imprenditori. V. la distinzione proposta a p. 218: “Dovendo dare una formula breve, io direi che lo sciopero deve qualificarsi come un *fatto non imputabile* nei rapporti tra i datori di lavoro e i terzi, quando esso risulti determinato da un *serio interesse* di classe. Tolto così al giudice qualsiasi diritto di sindacato sull'opportunità o meno che i datori di lavoro vadano incontro allo sciopero delle maestranze per tutelare un tale interesse, essi dovranno rispondere di fronte ai terzi, di quei soli scioperi che essi abbiano *dolosamente* creati per liberarsi dalle obbligazioni contratte coi terzi stessi o *colposamente* trascurati aggravando il danno risentito dai terzi”.

117 Cass. Torino, 24 novembre 1911 cit., Comune di Cornigliano ligure c. Union des Gaz: “Se poi ... essa aveva anche provveduto ad ovviare ai temuti effetti dello sciopero in ordine al non accendimento dei fanali, ingaggiando appositamente un personale di riserva, ma questo non aveva potuto lavorare per causa delle violenze e delle minacce degli operai scioperanti, è ben chiaro che la Compagnia era ricorsa in tal modo a tutti gli espedienti migliori per far sì che lo sciopero non ricadesse a danno degli utenti del gaz ... Se questi erano gli intendimenti della Società e se idonei si presentavano i mezzi messi in

Un ultimo punto, infine, merita di essere sottolineato. Le argomentazioni usate nelle sentenze indicate non mostrano l'accoglimento della teoria dell'impossibilità economica, relativa o soggettiva, così come formulata ad esempio da Barassi: altro è valutare in concreto l'inevitabilità dello sciopero (o della violenza messa in atto dagli scioperanti), nel quadro di una concezione tradizionale della forza maggiore, in cui però l'estremo della inevitabilità sia inteso in senso relativo e soggettivo; altro è sostenere, che il debitore si libera anche quando la prestazione sia divenuta relativamente o soggettivamente impossibile. Nel commentare quelle sentenze, invece, sia Sraffa sia Vidari mossero dei passi inequivocabili in quella direzione, che aveva implicazioni ben più vaste rispetto ai casi risolti.

Il professore e avvocato pisano, ad esempio, analizzando la sentenza della Cassazione di Roma del 17 gennaio 1911, la approvò e la reputò fondata, tanto alla luce della teoria barassiana della impossibilità economica o relativa quanto alla luce dei principi tradizionali opportunamente rivisti¹¹⁸. Con ancor maggior risolutezza, nel suo commento in particolare alle sentenze della Cassazione torinese del dicembre 1911 e gennaio 1912, Sraffa ritenne che i giudi-

opera per raggiungerli, non è certamente serio far carico alla Compagnia che lo scopo non sia stato raggiunto, perché alla massa scioperante non è piaciuto che la Compagnia stessa continuasse a lavorare, altrimenti che passando sotto il giogo delle sue imposizioni. Se può ammettersi da una parte la libertà dello sciopero, è pure sacrosanta per altra la libertà del lavoro e se dall'esercizio di tale diritto l'industriale è violentemente impedito non a lui può risalire la responsabilità di non aver potuto adempiere alle obbligazioni assunte verso i suoi clienti".

Cass. Torino, 2 dicembre 1911 cit., Comune di Sestri Ponente c. Union des Gaz: "è fuor di luogo l'asserire astrattamente che non si possa qualificare forza maggiore un fatto liberamente voluto dal debitore, quando questo in concreto sarebbe stato impedito dalle minacce e violenze materiali alle persone da lui opportunamente adibite, e dai danni alle cose proprie, di tradurre in atto quanto egli aveva a tempo opportuno preordinato per ottemperare agli obblighi da lui contratti".

Cass. Torino, 23 gennaio 1912 cit., Comune di Genova c. Union des Gaz: "Quindi in quanto l'imprenditore ... sia riuscito a procurarsi con altri lavoranti l'occorrente per poter soddisfare anche durante lo sciopero ai suoi obblighi verso i terzi, se poi venga, come in concreto si vuol provare, impossibilitato ad adempiere agli obblighi stessi da gravi violenze degli scioperanti, da mancata protezione da parte dell'autorità o dall'avergli questa impedito di adempierli, tale inadempienza, come dovuta, anziché a sua trascuranza o ad illegittimo suo procedere, a fatto altrui ragionevolmente imprevedibile e per esso insormontabile, non può andar che riferita fra i casi di vera e propria forza maggiore".

118 Sraffa, *Lo sciopero economico* cit., pp. 102-109.

ci avessero accolto la teoria dell'impossibilità relativa, oltre ad aver respinto la teoria della responsabilità oggettiva per rischio industriale, verso la quale mostrava anch'egli, come i giudici, la sua avversione¹¹⁹.

Vidari, invece, espresse la sua predilezione per una concezione più flessibile di impossibilità, prendendo spunto da una sentenza della Cassazione di Torino del 1911 che, nel ritenere imputabile il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione da parte di un cotonificio, per lo sciopero scoppiato in uno dei suoi stabilimenti, sia per la breve durata della sospensione del lavoro, sia perché il cotone oggetto del contratto poteva essere procurato dagli altri opifici regolarmente funzionanti, aveva applicato la teoria tradizionale secondo la quale "la forza maggiore non può essere costituita, che da quei fatti, che indipendentemente da qualsiasi colpa dell'obbligato, rendono a questi impossibile, e non solo difficile, di eseguire l'assunta obbligazione". Per Vidari, viceversa, l'impossibilità non doveva essere valutata con un metro rigorosamente oggettivo: "nessuno può essere costretto ad assumere un obbligo maggiore e diverso da quello convenuto, né a fare uno sforzo economico molto più forte di quello che si poteva ragionevolmente presumere al tempo del concluso contratto¹²⁰".

9. *La replica di Vittorio Polacco*

Se la teoria soggettiva della responsabilità otteneva, grazie a questi auto-

119 Id., *Ancora dello sciopero e della forza maggiore* cit., pp. 205-212. La teoria oggettiva del rischio industriale non gli sembrava applicabile nella sua integralità: egli era favorevole quando si trattasse di obbligazioni di dare cose genericamente dedotte in contratto, ma riteneva che essa dovesse restare sempre esclusa nel campo delle obbligazioni di fare. Gli sembrava in particolare del tutto persuasiva la tesi di Amiot (v. *supra*, nt. 51), secondo la quale lo sciopero non poteva essere considerato un rischio interno all'impresa, poiché gli operai, scioperando, diventavano elementi estranei ad essa.

120 Prescindo, in questa sede, dai contributi di Vidari e Sraffa alla soluzione della controversa questione degli effetti dello sciopero sui contratti di lavoro con gli operai. Mi riferisco in particolare a E. Vidari, *Sciopero e forza maggiore*, in *Riv. dir. comm.*, IX (1911), II, pp. 935-941 (nota a App. Perugia, 9 febbraio 1911, Finestauri c. Società Romana Tramways-Omnibus) e A. Sraffa, *Contratto collettivo di lavoro e licenziamento*, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 666-670 (nota a Cass. Roma, 11 maggio 1912, Società Romana Tramways-Omnibus c. Finestauri). La vicenda è inquadrata da ultimo nel libro di A. Monti, *Angelo Sraffa* cit., pp. 156-160.

revoli interventi dottrinali e giurisprudenziali, un importante sostegno, non meno autorevole era l'apporto che alla teoria oggettiva vennero recando autori come Polacco e soprattutto, come è noto, Osti.

Il primo confutò Barassi (che pure lo aveva additato come modello di giurista dinamico e critico verso le “cabale del diritto”) nel libro sulle obbligazioni, apparso in seconda edizione nel 1915. Un attacco che prendeva spunto da alcuni casi, che il giurista milanese aveva addotto come esempio dei risultati eccessivamente rigidi ai quali avrebbe potuto condurre un'applicazione letterale del concetto di impossibilità oggettiva e assoluta¹²¹. Polacco, come si è visto anche nelle pagine precedenti, riaffermava la validità dei postulati in materia di impossibilità oggettiva della prestazione, ritenendo che ciò non fosse d'ostacolo ad una soluzione ragionevole del problema dell'inadempimento dovuto a sciopero.

Si poteva in primo luogo sostenere, che lo sciopero rappresentasse comunque un evento estraneo alla sfera dell'imprenditore, sulle orme di Fernand Amiot che aveva appunto ritenuto che gli operai con lo scioperare diventavano elementi estranei all'azienda.

Quanto all'elemento soggettivo del caso fortuito, la non imputabilità dell'evento e quindi la non evitabilità dello sciopero, Polacco era convinto che una sua corretta applicazione potesse condurre alle stesse “miti e umane conseguenze vantate dalle teoriche avversarie alla nostra”. Il concetto di inevitabilità, infatti, come già detto, era da intendersi in senso non assoluto ma relativo. Ciò posto, lo sciopero scoppiato fra gli operai della propria officina avrebbe potuto eventualmente qualificarsi un fatto inevitabile “se inconsulte e addirittura rovinose per l'azienda siano le loro pretese e se vani ... siano riusciti i tentativi dell'industriale onde reclutare altri operai da sostituire agli scioperanti¹²²”.

Occorreva tuttavia provare anche l'estremo dell'impossibilità oggettiva della prestazione: ad esempio, perché si trattava di prodotti speciali di esclusiva fabbricazione in quella fabbrica; tenendo presente inoltre che l'industriale non andava esente da responsabilità se avesse potuto, ad esempio, ricomprare la partita già venduta ad altri grossisti.

121 Vedili riprodotti in Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., p. 493, e discussi in Polacco, *Obbligazioni*, n. 91^{bis}, pp. 366-372.

122 *Ibidem*, p. 370.

10. *La restaurazione di Giuseppe Osti*

Con Polacco rimaniamo sul piano della replica di poche pagine; con Giuseppe Osti, allievo di Giacomo Venezian¹²³, siamo di fronte a uno sforzo di ripensamento complessivo del problema, con l'obiettivo di ribadire, direi quasi di "blindare", la "teorica tradizionale" della responsabilità, traducendola, per usare parole dello stesso Osti, "in formule precise e scevre d'ogni ambiguità"¹²⁴.

L'elaborata e serrata riflessione venne consegnata dapprima a un denso saggio pubblicato nel 1918 sulla *Rivista di diritto civile*, e in seguito riproposta in altri interventi, fino all'approdo, come si ripete comunemente, nelle norme del nuovo codice civile del 1942, che peraltro non impedirono che sul tema, anche con un certo disappunto di Osti, si riformassero contrasti dottrinali e giurisprudenziali¹²⁵.

Non è questo il luogo per una considerazione specifica dei vari argomenti adoperati dal giurista bolognese per supportare l'opinione tradizionale¹²⁶. È utile, tuttavia, a conclusione di questo percorso, segnalare alcune idee espresse in quel primo saggio del 1918 (già apparso in edizione provvisoria a Imola nel 1914), anche perché il pensiero di Osti assume, come generalmente si riconosce, il valore di uno spartiacque tra un prima e un dopo.

123 P. Rescigno, *Gli scritti di Giuseppe Osti*, in Osti, *Scritti giuridici I* cit., pp. V-XVIII. Da ultimo v. il profilo di A. Trombetta, *Osti, Giuseppe*, in *Diz. biogr. II* cit., pp. 1471-1472.

124 Osti, *Revisione critica* cit., p. 20.

125 V. i saggi cit., *supra*, nt. 4. Segnalo che la *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione* fu oggetto di una meticolosa recensione di G. Segrè, *Sulla teoria della impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, XVII (1919), I, pp. 760-776. La tesi centrale espressa in questo lungo articolo del 1918, già apparso in forma provvisoria nel 1914, e in quanto tale citato favorevolmente nel 1916 da Ascoli, *La guerra come causa di forza maggiore* cit., p. 242, era stata anticipata nel lavoro del 1916 sull'art. 61 c. comm., pp. 356-357.

126 Oltre agli spunti contenuti nelle opere citate *supra*, nt. 7, v. soprattutto G. Vissintini, *Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti (L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza nel rapporto obbligatorio)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XXV (1971), pp. 213-229; Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., in particolare pp. 1087-1092; G. Santoro, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, in *Contratto e impresa*, V (1989), 1, pp. 1-31, specialmente pp. 1-10; C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento* cit.

Osti dichiarava il suo intento fin dall'inizio del suo lavoro: opporsi ai tentativi “di capovolgere le costruzioni tradizionali e di rivoluzionare i concetti consacrati dalla dottrina secolare come fondamentali del diritto delle obbligazioni¹²⁷” e come tali trasmessi e accolti anche dal codice civile italiano vigente.

L'opzione era esplicitamente storicistica: si trattava di attuare un recupero, di tornare a volgere lo sguardo al passato e di ricostruire il filo rosso che lo legava al presente. E si trattava, allo stesso tempo, di “mettere in luce ed eliminare, almeno in parte, le incoerenze dogmatiche¹²⁸”: di ribadire il fondamento oggettivo della responsabilità contrattuale, basandola su una nozione di impossibilità liberatoria intesa sia come oggettiva sia come assoluta (estremi entrambi necessari), superando quelle che l'autore etichettava come incertezze terminologiche (in particolare, la delimitazione del concetto di impossibilità oggettiva in quanto distinta da quella soggettiva) e lamentava come contraddizioni della dottrina italiana del suo tempo, oscillante tanto nel linguaggio, quanto nell'enunciazione dei principi, pur essendo nella sostanza tutta favorevole a individuare nell'impossibilità sopravvenuta della prestazione il limite della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni.

Quanto alla pandettistica, Osti riconosceva diversi meriti a Mommsen, al quale però rimproverava sul piano dogmatico la carenza di una “costruzione sintetica, generale, del concetto d'impossibilità sopravveniente¹²⁹”, e l'uso del concetto di impossibilità soggettiva per riferirsi all'ipotesi di smarrimento della cosa dovuta; mentre reputava del tutto priva di base testuale nel diritto romano comune l'interpretazione di Windscheid (il quale, come si ricorderà, aveva attribuito in termini generali efficacia liberatoria tanto all'impossibilità oggettiva quanto all'impossibilità soggettiva sopravvenuta non imputabile della prestazione¹³⁰).

Lo sguardo storicistico che contraddistingue questo e altri contributi di Osti (la mente corre agli studi sulla clausola *rebus sic stantibus*) è indubbiamente uno degli assi portanti del suo metodo. Basti pensare allo spazio fondamentale che occupano, nel suo saggio, le pagine volte a dimostrare l'esistenza di una “tradizione ininterrotta, dalla scuola italiana alla Scuola Culta giù giù fino al Pothier, dalla quale ci viene trasmesso il concetto di fortuito, concepito e definito in un modo che è assolutamente inconciliabile col principio della

127 Osti, *Revisione critica* cit., p. 4.

128 *Ibidem*, p. 4.

129 *Ibidem*, pp. 30-32, in particolare p. 33.

130 *Ibidem*, pp. 33-36. *Supra*, nt. 28.

responsabilità fondata sulla colpa, e che anzi corrisponde al ben diverso principio secondo cui la responsabilità del debitore inadempiente è limitata solo dal sopravvenire (non imputabile al debitore) di un'impossibilità obiettiva e assoluta della prestazione¹³¹. Una tradizione che, a suo dire, avrebbe avuto origine nella dottrina italiana (Sebastiano Medici) e che sarebbe poi giunta fino a Pothier, passando attraverso Cujas e Doneau, Vinnius ed Heineccius.

Ma a cosa serviva questa analisi storica, nell'economia del lavoro di Osti? A respingere ogni tentativo di impostazione del problema della responsabilità che prescindesse dal concetto di impossibilità, inteso in senso oggettivo e assoluto, che come tale si sarebbe posto in contrasto con il diritto positivo: "se è vero che una delle vie più sicure per determinare il pensiero del legislatore è l'accertarne con esattezza la derivazione storica, già a questo punto non dovrebbe esser temerario affermare, che al nostro diritto positivo è del tutto estraneo il concetto di obbligazione come dovere di mera diligenza¹³²".

Su basi storiche era basata anche la critica dell'interpretazione barassiana dell'art. 1224, respinta fermamente perché in antinomia con il significato originario di quell'articolo, nell'ambito del codice francese e italiano: "in base all'art. 1224 si deciderà se il debitore abbia *male* adempiuto e sia *perciò* responsabile (o meglio, se *possa farsi questione* di una sua responsabilità per aver *male adempiuto*); in base agli art. 1225 e 1226 se il debitore sia responsabile per non *aver* adempiuto¹³³". Una norma, quindi, concernente esclusivamente l'adempimento dell'obbligazione e non il mancato adempimento.

Sul piano dei concetti, a livello dogmatico – volendo esplorare l'altro volto congeniale al civilista Osti – egli distingueva tra impossibilità oggettiva e soggettiva e impossibilità assoluta e relativa, allo scopo di fondare la prova liberatoria esclusivamente sull'impossibilità oggettiva e assoluta di adempiere. La prima distinzione riguardava la direzione dell'impedimento; la seconda, l'intensità¹³⁴.

L'impossibilità oggettiva era quella dipendente da un impedimento che incideva sulla prestazione in sé e per sé considerata; l'impossibilità soggettiva era quella derivante da impedimenti riguardanti la persona o la sfera economica del debitore. Per Osti, peraltro, era impossibilità oggettiva di adempiere anche quella derivante dallo smarrimento fortuito della cosa ed era tale anche

131 *Ibidem*, p. 108.

132 *Ibidem*, p. 109.

133 *Ibidem*, p. 93.

134 *Ibidem*, § 3, pp. 10-15.

quella derivante da impedimenti riguardanti la persona o la sfera economica del debitore, nelle prestazioni di fare infungibile, come le prestazioni intellettuali¹³⁵. Mediante questi equilibrismi concettuali, egli riusciva dunque ad attrarre nell'orbita dell'impossibilità oggettiva due ipotesi che, in dottrina, erano state definite di impossibilità soggettiva (ad es. da Mommsen e da altri¹³⁶).

L'impossibilità assoluta era quella determinata da un impedimento insuperabile; l'impossibilità relativa era quella dovuta a un impedimento superabile, anche se "con una intensità di sforzo, di sacrificio, di diligenza, superiore a un certo grado considerato come tipico, come normale, come medio", con uno "sforzo superiore al normale o addirittura eccezionale¹³⁷". Osti, tuttavia, considerava equiparabile ad un impedimento assoluto anche "quello che non sia suscettibile di essere vinto se non con un'attività illecita, o se non col sacrificio dell'integrità personale o di un altro attributo della personalità dell'agente¹³⁸" (ad esempio, l'esecuzione di un trasporto di persone o cose per una strada occupata da bande armate). In questi casi, egli otteneva di escludere la responsabilità del debitore senza dover fare ricorso ad altri principi (stato di necessità; inesigibilità della prestazione; e soprattutto: buona fede¹³⁹), presentando come un "limite logico necessario" del concetto di impossibilità assoluta quello che ne costituiva in realtà una "attenuazione", giustificabile sulla base di altri argomenti. È anche su queste chiusure che si sarebbe innescata in seguito la critica della civilistica. Comunque sia di questo profilo, munito di questi strumenti Osti si accinse all'attacco frontale delle diverse impostazioni di Hartmann¹⁴⁰ e Barassi.

È opportuno, peraltro, mettere in evidenza un ultimo aspetto della dottrina di Osti, senza considerare il quale il suo contributo rischierebbe di essere frainteso. Come più volte sottolineato anche dallo stesso autore, egli si trovò ad operare su due fronti: da un lato si accreditò come intransigente sostenitore dell'impossibilità oggettiva e assoluta sopravvenuta come unica

135 *Ibidem*, pp. 12-13.

136 *Supra*, nt. 25.

137 *Ibidem*, p. 15.

138 *Ibidem*, pp. 16-19, specialmente p. 17.

139 Nel 1913, nel suo lavoro sulla sopravvenienza (*infra*, nt. 141), p. 293, Osti scriverà della buona fede in questi termini: "non saremo noi ad acquietarci la coscienza con la parola magica: «buona fede»; e prima di rinviare a questo centone delle nozioni giuridiche scientificamente inesprese, ci proveremo di arrivare a qualche cosa di più rispondente all'indirizzo sistematico della scienza odierna".

140 *Ibidem*, pp. 36-43.

causa di liberazione da responsabilità per inadempimento delle obbligazioni; dall'altro si affermò come fautore della risoluzione del contratto per sopravvenienza o eccessiva onerosità, adoperandosi anche per la sua introduzione nel quarto libro del nuovo codice civile del 1942¹⁴¹. Si trattava, a suo modo di vedere, di due problemi differenti, da impostare su basi distinte: da un lato, l'impossibilità, dall'altro la sopravvenienza; da una parte l'impostazione era oggettiva, dall'altra volontarista. Erano questi gli argomenti con i quali egli si confrontò lungo la sua intera vita scientifica. Leggiamo le sue parole nel 1918: “ammettere il concetto di sopravvenienza è tutt'altra cosa che tentare, come fa parte della dottrina, di allargare il concetto di impossibilità per giustificare sulla base di una larghissima applicazione del medesimo le soluzioni intuitivamente suggerite dal buon senso giuridico, a tutela del contraente la cui posizione contrattuale è inopinatamente aggravata¹⁴²”.

Si chiudeva in quell'anno un periodo straordinariamente attivo e dinamico per la responsabilità contrattuale: ma non risolutivo. L'itinerario che ho inteso tracciare in questo intervento aveva lo scopo di sottolineare l'importanza della svolta di inizio secolo. La rilevanza del momento risiede nella tensione che si era venuta a creare tra il polo soggettivo e il polo soggettivo nella

141 G. Osti, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, IV (1912), pp. 1-58; Id., *Appunti per una teoria della “sopravvenienza” (La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno)*, in *Riv. dir. civ.*, V (1913), pp. 471-498; 647-697, ora anche in Id., *Scritti giuridici I cit.*, pp. 171-237; pp. 239-328; Id., *L'art. 61 cod. comm. cit.*, pp. 363-373. Per un inquadramento di questi saggi, *ex multis*: G. Furguele, *La «Rivista di diritto civile» dal 1909 al 1931. «Un organo speciale del movimento scientifico, legislativo e pratico del più importante ramo del diritto positivo» e di «indirizzo» dello stesso nell'Italia giolittiana e del terzo decennio del nuovo secolo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16 (1987), *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, pp. 519-630, in particolare pp. 554-558 (sopravvenienza) e pp. 584-588 (impossibilità: e qui anche riferimenti sulle note di Ascoli); G.B. Ferri, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità* (1988), in Id., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova 1994, pp. 493-519. Sul problema mi permetto di rinviare a Chiodi, *Giustizia contrattuale*, cit.

142 Osti, *Revisione critica cit.*, p. 7. Del medesimo tenore erano le ultime battute del suo scritto: “la soluzione data al problema, che ha formato oggetto del presente studio, non pregiudica affatto la risoluzione dell'altro problema ben diverso, se cioè gli impedimenti relativi in genere che si oppongono all'adempimento delle obbligazioni contrattuali, pur non determinando una impossibilità dell'oggetto delle medesime che abbia per sé stessa efficacia liberatoria, possano giustificare la risoluzione del contratto, e per questa via, togliendo di mezzo la causa dell'obbligazione, liberare il debitore” (pp. 168-169).

soluzione del problema dell'inadempimento. Una polarità doppia, risultato di un conflitto interno al sistema, che si manifesta anche all'interprete di oggi, al cospetto del codice civile del 1942. Due anime, che abbiamo visto affiorare, scontrarsi o tentare di comporsi, nel dibattito preso in considerazione in queste pagine. Come è stato ben scritto, con riguardo al dibattito odierno: "il contrasto è risalente ed è giustificato, oltre che dalla perdurante influenza di oscillazioni interpretative manifestatesi già nel vigore del codice previgente, dal fatto che nello stesso codice attuale coesistono due anime, l'una ispirata al principio di diligenza, l'altra orientata a pretendere giustificazioni oggettive affinché il debitore possa evitare conseguenze a suo carico¹⁴³".

143 G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Vincenzo Roppo, V, *Rimedi* – 2, a cura di V. Roppo, Milano 2006, p. 762.