

Antonio Jannarelli

*La «responsabilità contrattuale»
nell'elaborazione del codice civile del 1942*

«Non esistono soluzioni che siano imposte da una «logica» che domini, dall'esterno, tutto il diritto; esse conseguono – mutevolmente – dai valori che volta a volta si pongono a base e dai quali si muove, cioè da scelte che vengono compiute dalla scienza del diritto. Anche se questa “deferisce” il compito di tali scelte al legislatore e si sottomette o è costretta a sottomettersi ad esse... questo atteggiamento è a sua volta espressione di un determinato condizionamento ideologico. Sia infatti che la scienza del diritto compia essa direttamente le sue scelte, sia che le dimandi alla legge o che la legge glielo imponga, esse hanno pur sempre, direttamente o mediamente, una portata ideologica, nel senso che sono legate a determinati interessi (o, come – in una loro sublimazione – si suol dire, valori) che si vogliono considerare prevalenti e quindi meritevoli di particolare tutela o supremazia, nell'ambito di una determinata società.

La consapevolezza di ciò può dare alla scienza del diritto la misura della sua grandezza e della sua miseria. Miseria, perché in larga misura – man mano che si va verso ordinamenti chiusi – la libertà operativa della scienza del diritto è condizionata da scelte che non sono state sue e alle quali essa deve sottomettersi, se vuole restare scienza nei suoi limiti; grandezza, perché non vi è ordinamento che, pur nel massimo della sua chiusura, non lasci adito alla scienza del diritto di compiere ulteriori scelte in cui esplicitare in qualche misura la sua libertà e per ciò stesso impegnare la sua responsabilità*.

* R. ORESTANO, *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo*, in *L'educazione giuridica, I: Modelli di Università e Progetti di riforma*, Libreria Universitaria, Perugia 1975, pp. 144-145.

SOMMARIO: 1. Una considerazione preliminare – 2. Diligenza e responsabilità contrattuale nel codice del 1865 e la loro interpretazione sino alle soglie del Novecento – 3. I conflitti interpretativi nella crisi economico-sociale del primo dopoguerra – 4. Il progetto italo-francese del 1927 ripreso da d'Amelio nel 1936: l'apoteosi della configurazione oggettiva della responsabilità contrattuale – 5. Il progetto del 1936 e la progressiva oggettivizzazione del rapporto obbligatorio – 6. Un intermezzo: l'asse italo-tedesco e la politicizzazione del processo codificatorio – 7. La ripresa del lavoro codificatorio da Solmi a Grandi: la ricerca della via italiana nella competizione tra romanità e germanesimo – 8. Il progetto del 1940 del libro IV delle obbligazioni. Considerazioni introduttive – 9. Diligenza e responsabilità contrattuale per inadempimento nel primo progetto del libro IV – 10. Diligenza e responsabilità contrattuale nelle seconde bozze del libro IV – 11. Le Bozze III del libro IV e l'intervento del Comitato del libro dell'impresa: una svolta decisiva nel segno dell'ambiguità – 12. Dalle Bozze IV a quelle finali: tensioni senza esclusioni di colpi – 13. La lotta continua: la turbolenta stesura della relazione sulla diligenza e sulla responsabilità contrattuale tra Osti e Asquini – 14. Conclusioni. La costante «doppiezza» della responsabilità contrattuale: dal primato premoderno delle prestazioni di servizi a quello moderno e posmoderno delle prestazioni di massa di beni e di servizi

1. *Una considerazione preliminare*

La presente indagine intende analizzare il travagliato percorso che nel processo codificatorio, conclusosi con la pubblicazione del codice civile del 1942, ha portato all'introduzione nello stesso degli artt. 1176 e 1218, ossia dei due articoli, presenti nel libro IV delle obbligazioni e dei contratti, che, a distanza di molti decenni da quella data, continuano tuttora a suscitare riflessioni e contrasti, sia in dottrina, sia in giurisprudenza¹.

Il primo, collocato tra gli articoli di apertura del libro quarto delle obbligazioni a proposito del loro esatto adempimento, fa perno sulla diligenza dovuta dal debitore che deve in generale modellarsi su quella che ci si attende dal «buon padre di famiglia» o su quella che, nell'esercizio di una attività professionale, ci si attende normalmente con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

Il secondo, a proposito dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento, «sanziona» il debitore, con la condanna al risarcimento, ove questi non provi che l'inadempimento o il ritardo siano stati determinati da una

¹ Sul tema si è accumulata una vastissima letteratura. Si rinvia per tutti al recentissimo contributo di G. D'AMICO, *Il problema della responsabilità per inadempimento. Le dottrine*, in S. Mazzamuto (diretto da), *Trattato del diritto privato, Le Obbligazioni*, vol. IV, t. II, Giappichelli, Torino 2024, p. 16 ss.

sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

La persistente diversità di letture delle due disposizioni e, dunque anche, del contrasto o della compatibilità tra le stesse, sembra legittimare, come ipotesi di lavoro, che, pur con tutte le peculiarità strutturali e funzionali che sono proprie di ogni processo codificatorio e, in particolare, al di là delle specifiche circostanze dovute al clima politico sociale presente nel ventennio fascista che ha inciso sulle scelte dei *conditores*, la tuttora irrisolta tensione tra le due norme sopra richiamate segnali, nel profondo, il faticoso e non lineare processo dinamico alla base del superamento della società e dell'economia premoderna e degli indirizzi culturali che in questa si erano sedimentati in maniera egemonica in termini anche inconsapevoli. Processo culminato, in particolare, con l'affermarsi tra la fine dell'Ottocento e ampia parte del Novecento, sia pure tra tante contraddizioni, della società industriale di massa; processo cui è seguito, negli ultimi decenni, il progressivo espandersi dell'economia post-industriale: di qui, in estrema sintesi, il passaggio da un sistema economico prevalentemente fondato sulla produzione industriale di massa di beni, come tale alternativa a quella dei «mestieri» o delle semplici persistenti professioni c.d. liberali, ad un altro in cui il primato spetta sempre di più alla produzione, pur sempre di massa, di servizi.

Al tempo stesso, però, il controverso rapporto tra le due norme sopra richiamate è oltremodo singolare. Esso, infatti, coinvolge disposizioni presenti all'interno di un codice, ossia all'interno di un prodotto legislativo la cui apparizione, nell'esperienza giuridica moderna, si segnala da un lato per la sua eccezionalità, in quanto vorrebbe fissare un radicale mutamento nei paradigmi regolativi della società, dall'altro, per la sua intrinseca vocazione alla stabilità, in quanto vorrebbe prospettare una visione coerente del suo corpo normativo, come tale destinata a durare nel tempo e, dunque, a guidare le dinamiche sociali all'insegna della prevedibilità dei suoi esiti applicativi.

In realtà, il codice civile italiano del 1942, non solo segnò, quale svolta storica, il superamento della presenza di due codici, quello civile e quello commerciale, ma anche l'avvio di una possibile tendenziale perdita di centralità della stessa codificazione civile, a partire dalla disciplina delle obbligazioni e dei contratti. Quest'ultimo processo avrebbe potuto portare, quale sbocco finale, alla residualità della disciplina generale a fronte di contenuti normativi provenienti da altre fonti del diritto: fonti che, nel progetto originario, coevo all'adozione del codice civile del 1942, si riferivano al sistema corporativo, ossia alla produzione di norme attraverso la contratta-

zione corporativa e gli accordi economici collettivi²; fonti che dopo l'avvento della Costituzione repubblicana si sarebbero identificate nella legislazione speciale, finalizzata ad introdurre discipline differenziate in linea con i paradigmi valoriali e gli obiettivi socio-politici fissati nella carta costituzionale.

Quanto basta, ai nostri fini, sia per rilevare la peculiarità della vicenda, considerata l'indubbia rilevanza degli artt. 1176 e 1218 nella disciplina delle obbligazioni, sia per comprendere, innanzitutto, che, nell'analisi del tema prescelto, è necessario tenere presenti, in quanto si intrecciano in maniera evidente, almeno tre principali fattori: quello economico-sociale, relativo al concreto momento storico in cui si è collocato il processo codificatorio; quello culturale relativo alle dinamiche interne alla dottrina giuridica nella prospettazione teorica e applicativa delle questioni da affrontare sulla base di una lunga tradizione giuridica; quello politico, legato all'ideologia allora dominante e agli obiettivi che si intendevano perseguire con la codificazione.

Fattori, questi, compresenti ed interagenti anche a quel tempo e, però, riflettenti, al loro interno, ritmi storici diversi tra loro e, dunque, non necessariamente sincronici. Infatti, i processi economici si prospettano con una tempistica di ampio e lungo respiro, per cui al loro interno vecchio e nuovo persistono a lungo; nella riflessione culturale, frutto dell'educazione e della formazione dei ceti intellettuali, si registra pur sempre in generale uno scarto, nel loro rispettivo svolgersi, tra le dinamiche sociali ed economiche e la loro percezione culturale da parte degli intellettuali: le imposta-

² Conclusione, questa, non sfuggita ad uno dei più tenaci sostenitori del corporativismo: S. PANUNZIO, *La forza del Corporativismo*, in *Contributi all'elaborazione delle scienze corporative*, Edizioni Italiane, Roma 1943, p. 39 ss. in part. 51, il quale, all'indomani della emanazione del codice civile, così si esprimeva: «Si consideri che il nuovo codice civile, quanto mai elastico snodato nella sua struttura tecnica e formale, per quanto solidamente costruito sui suoi muri maestri, ha scritto appena, per ripetere la frase celebre di Pellegrino Rossi, *les têtes des chapitres* degli istituti, e che spetta proprio alla dottrina, alla giurisprudenza, oltre che alla legislazione *speciale* e alla normazione corporativa, e particolarmente alla prassi corporativa e a quella sindacale, di riempire e di scrivere i capitoli, determinando e completando la disciplina dei nuovi istituti civilistici». Programma, quest'ultimo, è il caso di ricordarlo, fallito non solo, ovviamente, per la caduta del regime, ma anche per l'intrinseca non funzionalità del sistema corporativo, come del resto, non mancarono di segnalare lo stesso S. PANUNZIO, *Sviluppi corporativi necessari*, in «Il diritto del lavoro», 1941, I, p. 113 ss., nel riprendere e chiosare il saggio di BENAGLIA, *Quel che fanno e che non fanno le Corporazioni*, in «Politica sociale», 1941, p. 71 ss. e W. CESARINI SFORZA, *Diritto corporativo vecchio e nuovo*, in «Archivio di diritto corporativo», 1942, p. 5 ss., il quale confidava sul rilancio del corporativismo grazie proprio alle linee che intravedeva nel nuovo libro V del codice civile.

zioni ricevute anche in sede di formazione e di educazione giuridica producono frutti a distanza di decenni, ossia per il tramite di modelli che il più delle volte possono rivelarsi già in ritardo rispetto alla realtà socio-economica in cui sono utilizzati³; la dinamica politica, a sua volta, ha ritmi ancora diversi, posto che il contingente condiziona e curva l'attuazione ed il contenuto di programmi di più ampio respiro.

Peraltro, al fine di comprendere le vicende relative alle scelte adottate nella codificazione del 1942 a proposito della responsabilità contrattuale, è bene precisare, in premessa, che le difficoltà di analisi discendono fondamentalmente dai limitati materiali di indagine a disposizione⁴. Nel caso della codificazione del 1942, ciò ha riguardato essenzialmente proprio l'elaborazione tardiva ed affrettata del libro IV sulle obbligazioni nonché del libro V sull'impresa, in ragione del loro stretto legame in ordine alle decisioni di politica del diritto volte ad adottare una disciplina unificata delle obbligazioni e dei contratti, nonché a porre fine, nel contempo, anche alla presenza di due codici, quello civile e quello commerciale⁵.

³ Questa osservazione, rimarcata da Keynes a proposito degli economisti, può essere ripresa anche a proposito della ricerca dei giuristi. In particolare, si può così comprendere, ad es. che in Italia la diffusione della cultura pandettistica abbia prodotti frutti nella formazione del ceto giuridico con molto ritardo, sino agli anni cinquanta del Novecento, laddove in Germania, sin dall'entrata in vigore del BGB, già si era registrato un progressivo quanto rapido superamento di tale modello culturale, avviatosi durante la repubblica di Weimar e pervertitosi durante il nazismo (sul punto si v. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918. Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, PUF, Paris 2005; A. HAVERKAMP, *On the German History of Method in Civil Law in Five Systems*, in «German Law Journal», 2016, p. 543 ss.; sul periodo nazista in particolare si v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne, XIX^e-XX^e siècles*, Classiques Garnier, Paris 2015, p. 237 ss.; O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, PUF, Paris 2017).

⁴ La presente indagine, per quanto pur sempre incompleta, è stata resa possibile grazie sia preziosissimo lavoro svolto da N. RONDINONE che, con una straordinaria ricerca archivistica, riversata nei suoi contributi monografici, *Storia inedita della codificazione civile*, Giuffrè, Milano 2003, e ID., *Impresa e commercialità attraverso il «lato oscuro» dell'unificazione dei codici*, Giappichelli, Torino 2020, ha saputo mettere a disposizione di tutta la collettività dei giuristi, materiali in larga parte sconosciuti che hanno rilanciato la riflessione sulla codificazione civile del 1942, sia alla sua amabilità e pazienza nel venire incontro alle mie richieste di accesso ai materiali da lui reperiti. Di questo gli sono pubblicamente grato.

⁵ A ben vedere, i due temi finirono con l'intrecciarsi, inevitabilmente, nella definitiva soluzione accolta nel 1942. In origine, ossia nei primi decenni del Novecento, essi erano

Infatti, la complessa operazione, maturata compiutamente alla fine del 1940 e completata nella tarda primavera del 1941, è stata frutto di un'elaborazione che da un lato registrò il coinvolgimento di un assai limitato gruppo di studiosi e magistrati, dall'altro implicò la concreta sospensione del *modus procedendi* osservato in precedenza nella preparazione e valutazione degli altri libri del codice⁶.

stati assunti come obiettivi non convergenti tra loro. Infatti, nell'ambito del più risalente dibattito sulla unificazione del diritto delle obbligazioni, a fronte della isolata posizione coerentemente ribadita da Rotondi, sino alle soglie del 1940, la soluzione preferita dalla dottrina e dagli indirizzi di politica del diritto riguardava soltanto l'unificazione del diritto delle obbligazioni, lasciandosi inalterata la distinzione storica tra codice civile e codice di commercio. Soluzione, quest'ultima, che, al di là delle concrete difficoltà tecniche di realizzazione, finì con il rilevarsi irrealistica, se non proprio del tutto incompatibile, con l'ideologia corporativa e gli obiettivi politici del regime, non fosse altro perché, nel nuovo contesto relativo alla produzione normativa dettagliata affidata alle fonti corporative e destinata, in definitiva, a tutte le relazioni economico-sociali, era la stessa codificazione, in quanto tale, a vedere tendenzialmente ridimensionata la sua centralità nella disciplina delle relazioni tra i privati, tutte peraltro tenute a conformarsi, in funzione del primato degli interessi generali, all'ideologia corporativa.

⁶ Infatti, *ab origine*, alla predisposizione di un primo testo seguiva una valutazione di una Commissione legislativa cui si aggiungevano anche quelle provenienti da istituzioni accademiche, corti di appello e grandi organizzazioni portatrici di interessi. Viceversa, con particolare riguardo proprio all'affrettata elaborazione del libro IV e del libro V, la cerchia dei soggetti coinvolti fu molto ristretta e selezionata attentamente, con l'ulteriore inconveniente che i risultati degli interventi così acquisiti sfuggirono in buona parte ad una pubblicazione adeguata, per cui, per molteplici ragioni, sono andati in buona parte perduti. Né, d'altra parte, vi sono molte testimonianze sul concreto andamento dei lavori soprattutto nelle fasi concitate relative alla elaborazione di tali libri. E si vedano, però, le considerazioni critiche avanzate, a fine maggio del 1941, da Betti il quale incontrò non poche ostilità nel partecipare a tale lavoro. E. BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, Ulrico Hoepli, Milano 1941, p. 41: «Le questioni proposte dai membri del comitato di studio nelle varie fasi di elaborazione della riforma non furono, in generale, oggetto di un esame ponderato e pacato da parte dell'intero comitato; né, forse, la ristrettezza del tempo disponibile lo avrebbe consentito. Le poche adunanze del comitato plenario, che ebbero luogo, non condussero a risultati apprezzabili, perché la discussione procedeva senza ordine e senza l'osservanza di una rigorosa disciplina, frantumandosi in una tumultuaria molteplicità di colloqui individuali. Un attento esame delle questioni e un proficuo scambio di idee – a prescindere dalle civetterie oratorie, di cui pare che il temperamento dei partecipanti non potesse fare a meno – ebbe luogo invece quando, ai primi del dicembre 1940, si discusse, sotto la

Il tema su cui si intende qui concentrarsi riguarda fundamentalmente sia la soluzione tecnica adottata a proposito della responsabilità per l'inadempimento di cui all'art. 1218, sia il legame-conflitto che si è tradizionalmente individuato tra lo stesso e l'art. 1176 sull'obbligo di diligenza a carico del debitore: sullo sfondo, peraltro, dell'interpretazione circa il contenuto (unitario o articolato) da dare alle nozioni di «caso fortuito» e di «forza maggiore» e del loro rapporto con quella relativa alla «impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore» (art. 1218 e 1256)⁷, nonché del rapporto, nella medesima codificazione del 1942, tra la disciplina della responsabilità contrattuale e quella della responsabilità extracontrattuale, anche alla luce di una tradizione che, sulla base del richiamo generale alla colpa, era portata a prospettare in maniera unitaria la responsabilità civile.

A tale scopo, l'indagine si è articolata, sia pure in termini schematici, tenendo conto innanzitutto del clima socio politico ed economico in cui maturò l'elaborazione del libro IV con riferimento al tema principale sopra indicato, alla luce del dibattito dottrinale emerso nella vigenza del codice civile del 1865, della prassi giurisprudenziale intervenuta al riguardo tra la fine dell'Ottocento ed il nuovo secolo, e degli orientamenti della stessa dottrina più vicini alla fase matura della codificazione, con riferimento tanto al progetto italo francese delle obbligazioni del 1927, quanto alla sua trasfusione nel primo progetto destinato al nuovo codice civile presentato nel 1936.

presidenza dello stesso ministro Guardasigilli della disciplina delle materie commerciali nel codice civile. Più proficue riuscivano le adunanze in comitato ristretto, senza tuttavia dar luogo (stante la preoccupazione di far presto) a una discussione approfondita delle questioni meritevoli di più serio esame». Non meraviglia, su queste premesse, che Betti auspicasse, quanto meno, che le osservazioni, svolte anche da lui, potessero essere raccolte per meglio portare a termine l'elaborazione del codice: «[...] un utile contributo all'ulteriore elaborazione del testo approvato potrà essere ancora portato da noi giuristi attraverso un esame delle osservazioni che da varie parti vennero fatte sulle successive redazioni dei progetti ministeriali: osservazioni che, data la fretta con cui si dovette procedere al lavoro di redazione, non potevano formare oggetto di attento esame se non in minima parte. È da augurarsi che tali osservazioni – le quali rappresentano una parte cospicua degli sforzi fatti sinora nella elaborazione della riforma del codice civile – vengano ordinate sistematicamente con una opportuna cernita e pubblicate al più presto».

⁷ Impossibilità, a sua volta, diversamente considerata ora oggettiva ora soggettiva, ora dal punto di vista esclusivamente naturalistico ora anche da quello «giuridico», con le ulteriori distinzioni, sia pure sulla base di un linguaggio ambiguo, tra assoluta o relativa, sino a coincidere con le semplici difficoltà soggettive del debitore.

Il secondo momento riguarderà, più da vicino, i lavori frenetici, concentratisi essenzialmente tra gli ultimi mesi del 1940 sino a quelli della primavera del 1941, destinati alla predisposizione del testo finale del libro IV e all'elaborazione della relazione di accompagnamento, alla luce degli interventi delle figure più significative della dottrina che, quali «dramatis personae», avevano partecipato già al dibattito precodificazione, anche con posizioni modificate nel corso del tempo⁸.

⁸ Una conferma, del resto, del travaglio che ha accompagnato la lettura del rapporto tra l'art. 1218 e l'art. 1176, per cui restano tuttora molteplici le chiavi di interpretazione accolte, e assai di recente, ulteriormente evidenziatesi nelle alterne fortune giurisprudenziali emerse a proposito della distinzione disciplinare tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, si rinviene esemplarmente nell'evoluzione stessa del pensiero di Mengoni, ossia di uno dei più autorevoli civilisti e maestri in materia di obbligazioni. Infatti nel 1954 nel suo famoso saggio su *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in «Rivista del diritto commerciale», 1954, I, p. 290, Mengoni sostenne, a conferma della natura oggettiva della responsabilità contrattuale, che «l'equazione secondo la quale *casus=non culpa* continua ad essere corretta, ma soltanto se si considera anche il suo sottinteso costituito dal dato oggettivo rappresentato dalla sopravvenuta impossibilità di adempiere. Solo su questo presupposto si potrebbero cogliere tanto la coincidenza tra il 'caso fortuito' e la 'causa non imputabile' di cui parla l'art. 1218 c.c. quanto l'inconsistenza della posizione dottrinale che rinviene nell'art. 1218 una responsabilità fondata in definitiva sulla colpa e, dunque, prospetta una rispondenza tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale in termini di illecito subiettivo». Nel medesimo saggio, Mengoni esclude che vi fosse «una differenziazione concettuale del caso fortuito dall'impossibilità della prestazione sopravvenuta per fatto non imputabile al debitore», sulla base, in definitiva, sia della assunzione di una nozione oggettiva del caso fortuito, quale evento estraneo alla sfera del debitore ed inevitabile, sia dell'implicito riconoscimento all'impossibilità della prestazione *ex* art. 1218 dei caratteri rispettivi dell'oggettività: a tal fine non mancò di sostenere che «la formula generale dell'art. 1218 coincide con la nozione di caso fortuito o forza maggiore a cui si riferiva l'art.1226 del cod. 1865». Ebbene successivamente, pur ribadendo, in realtà mitigandola, la natura oggettiva della responsabilità contrattuale, Mengoni si allontanò dalla radicale soluzione accolta da Osti il quale appunto equiparava caso fortuito e impossibilità oggettiva assunta come assoluta ed inevitabile da chiunque. In questa diversa lettura, Mengoni ritenne, viceversa, che l'art. 1218 accoglie anche l'ipotesi di una impossibilità relativa (ossia evitabile) per quanto sempre oggettiva e non riferita al singolo debitore alla luce della valutazione compiuta dell'intero rapporto e dello specifico contratto, si da parlare di una integrazione tra l'art. 1176 e l'art. 1218, e una rispondenza tra siffatta rivisitata impossibilità e l'inesigibilità della stessa prestazione da parte del creditore, secondo il parametro di buona fede.

In particolare, nel suo successivo approfondimento, Mengoni ha tenuto a distinguere tra

2. *Diligenza e responsabilità contrattuale nel codice del 1865 e la loro interpretazione sino alle soglie del Novecento*

Nell'affrontare il tema relativo alla responsabilità contrattuale nella codificazione del 1942 è indispensabile prospettare una sintetica illustrazione del clima culturale economico e sociale in cui maturò l'avvio del processo che sarebbe culminato all'inizio degli anni 40 nell'elaborazione del libro quarto del nuovo codice.

A tale riguardo, è utile partire dalla sistemazione che alla tematica della responsabilità contrattuale era stata adottata nel codice civile del 1865 in larga parte caratterizzato dal richiamo fedele al *Code Napoléon* del 1804.

In particolare, proprio a proposito della responsabilità contrattuale e più in generale della disciplina delle obbligazioni, il codice civile del 1865 presentava soluzioni testuali non sempre rispondenti a quelle adottate nel testo del codice francese. Più precisamente, gli artt. 1225 e 1226 del codice civile del 1865 riprendevano in misura quasi identica il contenuto degli articoli 1147 e 1148 del *code Napoléon* e puntualizzavano quanto preannunciato nell'art. 1218 del medesimo codice civile, secondo il quale:

Chi ha contratto una obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni.

La principale novità e difformità del codice italiano rispetto al modello napoleonico si rinviene nella diversa collocazione sistematica e nel diverso contenuto disciplinare che si riscontra tra l'art. 1137 del *Code Napoléon*, compreso nel capo terzo, sezione seconda, a proposito dell'obbligazione di dare,

la causa non imputabile legata all'impossibilità della prestazione (art. 1218) ed il caso fortuito, in quanto la prima, pur dovendo essere pur sempre oggettiva, non richiederebbe più necessariamente il carattere dell'assoluta inevitabilità che, viceversa, continua a contraddistinguere il caso fortuito. Sicché, mentre nell'originaria impostazione le ipotesi in cui il codice civile a proposito della responsabilità contrattuale ha invocato il caso fortuito erano considerate in linea con l'art. 1218, in quanto integranti soltanto «un aggravamento dell'onere della prova» (*Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 291, nt. 33), nella soluzione accolta successivamente la loro configurazione muta radicalmente: a suo dire «le norme che descrivono la fattispecie di responsabilità con la categoria del caso fortuito impediscono che nel loro ambito di applicazione la regola dell'art. 1218 sia integrata dal criterio dell'art. 1176, cioè stabiliscono un altro criterio di imputazione corrispondente a una nozione oggettiva di caso fortuito» (così ID., *Responsabilità contrattuale*, in «Jus», 1986, p. 124).

e l'art.1224 del codice civile del 1865, ossia l'articolo immediatamente precedente gli articoli sopra richiamati.

Gli artt. 1225 e 1226 riguardanti la disciplina della responsabilità contrattuale erano così formulati: a) l'articolo 1225 stabiliva che:

il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto per il ritardo dell'esecuzione ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile ancorché non vi sia stata per sua parte intervenuta malafede.

A sua volta, l'art. 1226 stabiliva che:

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 o ha fatto ciò che gli era vietato.

A fronte di questi due disposizioni, l'art. 1224, che li precedeva, disponeva quanto segue:

la diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o di due è sempre quella del buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'articolo 1843. Questa regola peraltro si deve applicare con maggiore o minor rigore secondo le norme contenute per certi casi in questo codice.

Orbene, il testo dell'art. 1224 cod. civ. italiano del 1865 era palesemente difforme da quello contenuto nell'art. 1137 del *Code Napoléon*, fatto salvo il solo richiamo alla diligenza del buon padre di famiglia. Infatti, l'art. 1137 del *code civil* da un lato era dettato esclusivamente con riferimento alle obbligazioni di dare e, dunque, formalmente non aveva portata generale; dall'altro, specificava espressamente che: «l'obbligo di vegliare alla conservazione della cosa tanto se la convenzione abbia per oggetto solamente l'utilità di una delle parti, quanto se abbia per oggetto la loro utilità comune sottopone colui che ne ha il carico ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia».

In realtà, nell'attribuire rilevanza generale alla diligenza del buon padre di famiglia in termini di «criterio regolatore dell'adempimento» di qualsiasi

obbligazione⁹, il legislatore italiano aveva formalizzato l'interpretazione estensiva dello stesso art. 1137 *code civil* che nella esperienza d'oltralpe si era affermata ed era stata sostenuta da parte della dottrina¹⁰.

L'illustrazione sintetica di questi articoli e la contrapposizione tra la soluzione adottata nel nostro codice del 1865 rispetto al modello offerto dal *Code Napoléon* sono oltremodo preziose per comprendere la principale e fondamentale dialettica interpretativa intervenuta già alla fine dell'Ottocento nella dottrina italiana in materia di responsabilità contrattuale, alla luce dei dati normativi codificati nella parte generale della disciplina delle obbligazioni: dialettica che, come si cercherà di evidenziare, inciderà profondamente, anche in maniera inconsapevole e sotterranea, su tutto il percorso destinato all'elaborazione del libro quarto del codice civile del 1942 sulla scorta di una radicata tradizione culturale.

⁹ In questi termini, V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Atheneum, Roma 1915, p. 329.

¹⁰ In tal senso si v. per tutti, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, vol. VI, Arthur Rousseau, Paris 1932, p. 12, il quale, a sua volta, richiama in nota G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. II, F.lli Cammelli, Firenze 1879, p. 31. Sul punto, con estrema chiarezza, si v. altresì A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in «Nuova rivista di diritto commerciale», 1948, p. 126, in part. 137. Sulla problematicità, in chiave storica, della generalizzazione del richiamo alla diligenza anche alla luce della persistenza di questo ultimo, sia pure con diverse modulazioni, in singoli rapporti si v. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale art. 1173-1176*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Zanichelli-II Foro it.*, Bologna-Roma 1988, pp. 413-415, il quale opportunamente rammenta che anche in Francia si è prospettato il conflitto tra il richiamato art. 1137 *code civil* e l'art. 1147 cod. civil relativo alla responsabilità contrattuale. A quest'ultimo riguardo, si v. l'ampia analisi offerta da J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moies et des obligations de résultat*, L.G.D.J., Paris 2001, p. 144 ss.; per altri riferimenti bibliografici relativi alla esperienza d'oltralpe si v. D. ALESSI, *The Distinction between Obligations de Résultat and Obligations de Moyens and the Enforceability of Promises*, in «European Review of Private Law», 2005, p. 657 ss. in part. 664, nt. 35. È significativo, peraltro, notare, ove si considerino gli stessi saggi sopra richiamati, che è proprio in stretta connessione con la questione dogmatica relativa alla soluzione del conflitto tra tali articoli che nell'esperienza francese è maturata progressivamente la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, distinzione che dal piano esclusivamente legato alla ripartizione dell'onere probatorio tra debitore e creditore in occasione dell'inadempimento ha acquisito rilevanza sistematica: si v. al riguardo, con riferimento a tutto il periodo che ha preceduto la riforma francese del 2016, PH. LE TOURNEAU e M. POUMARÈDE, *Classification des obligations. Principe de la distinction des obligations de moies et des obligations de résultat*, in *Juris Classeur Civil Code*, art. 1136 à 1145, § 8.

In termini molto sintetici¹¹ è necessario rammentare che, tra la fine dell'Ottocento ed i primi decenni del Novecento, nella dottrina italiana si contrapposero due diverse letture della normativa sulla responsabilità contrattuale contenuta nel codice italiano del 1865, sulla base anche delle crescenti suggestioni dovute all'influenza del modello tedesco che andava profilandosi alla fine dell'Ottocento, alla luce della riflessione pandettistica che avrebbe portato alla codificazione del *BGB* apparso nel 1900, più precisamente alla luce delle suggestioni offerte dall'elaborazione del giurista tedesco Hartmann a proposito del diritto delle obbligazioni, sebbene filtrata in Italia da una lettura semplicistica e riduttiva.

Infatti, una crescente parte della dottrina italiana sosteneva che nell'interpretazione della disciplina sulla responsabilità contrattuale si dovesse partire fondamentalmente da una lettura unitaria e sistematica degli artt. 1225 e 1226 proprio alla luce dell'indicazione basata sulla diligenza del debitore presente nella norma di cui all'art. 1224, diretta, a sua volta, a specificare e limitare il *dictum* generale contenuto nell'art. 1218 sopra richiamato.

In particolare, una volta riconosciuto il primato da assegnare alla diligenza del debitore nella configurazione della responsabilità contrattuale, questa dottrina si contrappose al diverso indirizzo, su cui torneremo tra poco, in ordine all'interpretazione delle formule contenute negli artt. 1224 e 1225 secondo i quali, rispettivamente, la responsabilità contrattuale da inadempimento o da ritardo era da escludersi ove il debitore avesse provato che questi fossero derivati da una causa estranea¹² a lui non imputabile, in

¹¹ Per una raffinata analisi dell'esperienza maturata nei primi decenni del Novecento nel nostro paese in materia di responsabilità da inadempimento contrattuale si rinvia a G. CHIODI, *La responsabilità contrattuale nel primo Novecento italiano*, in M.A. BERMEJO CASTRILLO (a cura di), *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, Editorial Dykinson, Madrid 2015, p. 215 ss., e con il titolo *Inadempimento, responsabilità contrattuale e rischio d'impresa nel primo Novecento*, in «Contratto e impresa», 4-5/2015, pp. 885-927.

¹² La formula presente nel codice del 1865 fu al centro di un ampio dibattito e fonte di incertezze interpretative in ordine alla precisa individuazione della sua concreta applicazione. Ai nostri fini interessa qui rimarcare che secondo una diffusa interpretazione, essa delineava una distinzione tra la causalità esterna alla sfera di soggetto e quella interna: nella ricorrenza di questa ultima, la responsabilità da inadempimento per il debitore operava a prescindere dalla verifica circa la sua imputabilità e dunque era irrilevante la mancanza di colpa dello stesso debitore: esempi classici, a tale riguardo era, ad es. la distruzione del bene oggetto dell'obbligazione intervenuto nell'azienda del debitore o per

termini, in definitiva, di forza maggiore o caso fortuito.

In sostanza, tale indirizzo intese sostenere che la causa estranea suscettibile di escludere la responsabilità del debitore ricorresse sol che il debitore avesse dimostrato di aver osservato la diligenza richiesta, ossia quella del buon padre di famiglia, e, in ogni caso, che il caso fortuito e la forza maggiore non fossero derivati da sua colpa. In definitiva, secondo questa impostazione, era sempre e soltanto la colpa del debitore il fondamento della responsabilità contrattuale, in linea, al riguardo, con quanto previsto altresì per quella extracontrattuale. Al cuore di questa impostazione radicale vi era la tesi sostenuta da Barassi¹³ secondo la quale la prestazione dovuta dal debitore, al centro dell'obbligazione, andasse identificata nello svolgimento di una attività, di un semplice sforzo: di qui il rilievo sostanziale da riconoscersi alla diligenza quale misura dello sforzo posto a carico del soggetto passivo del rapporto. Sicché, secondo la configurazione in termini soggettivi della responsabilità del debitore per inadempimento, questa era da escludersi ove il debitore avesse operato nel rispetto della diligenza del padre di famiglia, anche in presenza di un' impossibilità della prestazione non oggettiva e tanto meno assoluta; più precisamente, anche evitabile, ma in ogni caso oltremodo difficile da superare e tale, in definitiva, da implicare l'imposizione a carico del debitore di costi esorbitanti ovvero, in concreto, l'osservanza di una diligenza superiore a quella del buon padre di famiglia.

Su questa lettura della responsabilità contrattuale, incentrata in definitiva sempre sulla colpa, finiva altresì con il convergere, per altro verso, la riflessione teorica emersa a proposito del caso fortuito rilevante anche in ordine all'estinzione delle obbligazioni. In particolare, in quel medesimo lasso di tempo, la monografia elaborata al riguardo da Coviello¹⁴ prospettava una nozione giuridica di caso fortuito coincidente in definitiva con

mano dei suoi ausiliari o in ragione dei mezzi da lui operati a tal fine. Sul punto, quanto all'eliminazione del richiamo alla «causa estranea» presente nell'art. 1225 e alla sua sostituzione, a proposito della sopravvenuta impossibilità della prestazione, con l'espressione «causa non imputabile» al debitore, si v. *infra* § 11.

¹³ L. BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in «Archivio giuridico "Filippo Serafini"», 1899, vol. III, pp. 75-110, 333-363, 419-498 e *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore ai sensi dell'art. 1226 Cod. civ.*, Appendice a G. BAUDRY-LACANTINERIE e A. WAHL, *Del contratto di locazione*, Vallardi, Milano s.d. (intorno agli anni Venti del Novecento), vol. II, p. II, pp. 455-605.

¹⁴ N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Rocco Carabba, Lanciano 1895, pp. 12 ss.

quella della «non colpa». Secondo Coviello, il caso fortuito «comincia dove la colpa finisce [...] caso è ciò che indipendentemente dalla colpa dell'obbligato impedisce l'esatto adempimento dell'obbligazione [...] Se dunque elastico e non racchiuso in limiti rigidi e impreteribili è il concetto di colpa, tale per necessaria conseguenza dovrà esser quello del "caso fortuito" [...] Poiché la colpa di cui ordinariamente si risponde, è la *levis*, si potrebbe dire che ordinariamente caso fortuito è ciò che accade nonostante la prestazione della diligenza ordinaria [...] Dalle cose dette si scorge come il concetto da noi dato del caso fortuito è diametralmente opposto a quello comune: questo è assoluto, obbiettivo, *a priori*, il nostro negativo e relativo, subbiettivo *a posteriori*»¹⁵.

In realtà, le incertezze interpretative sin qui richiamate aventi ad oggetto, in particolare, la configurazione della disciplina generale in materia di responsabilità contrattuale sulla base degli artt. 1225, 1225 e 1226 cod. civ. del codice del 1865 si collocavano all'interno di un più ampio dibattito teorico a proposito in generale delle obbligazioni che toccavano, con diverse soluzioni, la nozione stessa di prestazione, nonché la distinzione tra l'oggetto ed il contenuto del rapporto obbligatorio. Peraltro, nell'ambito di tale quadro, le stesse dottrine diversamente collocate in ordine alla lettura della responsabilità contrattuale, sebbene divergessero tra loro circa la soluzione pur sempre unitaria di tale questione secondo la principale contrapposizione sopra richiamata, riconoscevano comunque la presenza di una differenza esistente tra le obbligazioni. In particolare, sebbene senza particolari approfondimenti teorici, nell'illustrare la disciplina delle obbligazioni, si limitavano a richiamare quella differenza che, più compiutamente, la dottrina francese dei primi del Novecento, avrebbe prospettato mediante la distinzione tra le obbligazioni c.d. di mezzi e quelle c.d. di risultato.

¹⁵ A ben vedere, questa impostazione si poneva solo in parte in contrasto con la prospettazione della dottrina che, viceversa, configurava la responsabilità contrattuale in termini di responsabilità oggettiva, fondata sulla sopravvenuta impossibilità oggettiva della prestazione, in termini assoluti ed inevitabili. Infatti Coviello considerava il fortuito sempre con riferimento alla presenza di un effettivo impedimento alla prestazione e non già alla semplice emersione di una sopravvenuta gravosità anche economica per il debitore in ordine all'esecuzione della prestazione. In ogni caso, le incertezze ricostruttive sulla nozione di caso fortuito e forza maggiore pesarono nell'elaborazione del nuovo codice per cui nella disciplina della responsabilità contrattuale si eliminò il riferimento presente nell'art. 1226 del codice civile del 1865 legando la sopravvenuta impossibilità della prestazione alla presenza di una «causa non imputabile al debitore».

Infatti, se si ripercorre la dottrina italiana sopra richiamata a proposito della responsabilità contrattuale, è agevole rinvenire, ben prima che in Francia fosse prospettata in termini compiuti da Demogue la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, successivamente diffusasi nella letteratura giuridica europea, non solo un riferimento ad una analoga distinzione, sebbene si facesse ricorso ad espressioni descrittive diverse¹⁶, ma anche la consapevolezza che siffatta distinzione creava non pochi problemi con specifico riferimento alla problematica relativa alla responsabilità contrattuale da inadempimento¹⁷.

¹⁶ A titolo soltanto esemplificativo, e a prescindere qui dalla valutazione circa il fondamento della distinzione prospettata tra le obbligazioni, assunta come decisiva nella lettura degli artt. 1224, 1225 e 1226 del codice civile del 1865, A. GIOVENE, *Sulla impossibilità della prestazione*, in «Rivista del diritto commerciale», 1918, pp. 675- 681, e ivi, 1919, pp. 302-314, 402-413, 579-602, in part. 600, distingueva la categoria delle obbligazioni in cui «eccezionalmente il contenuto del *debere* si esaurisce in un mero comportamento, nella prestazione di una determinata misura di diligenza» e quelle in cui «sul debitore gravi anche un onere di garanzia circa un risultamento concreto». Di qui l'ulteriore distinzione tra *imperfetto adempimento* ed *inadempimento*, tra *realizzazione imperfetta* e *realizzazione mancata* del vincolo obbligatorio. Secondo Giovene, solo nel primo caso, in presenza di un imperfetto adempimento, entrava in campo l'art. 1224 per cui la responsabilità dell'obligato andava esclusa in mancanza di colpa dell'obligato; viceversa, nel caso di totale inesecuzione anche di siffatta prestazione, la responsabilità del debitore andava riconosciuta, ai sensi dell'art. 1225, con la esclusiva liberatoria assicurata dal fortuito incolpevole, ossia dal sopravvenire incolpevole dell'impossibilità obbiettiva ed assoluta di prestare». In ordine, poi, all'altra categoria di obbligazioni nelle quali al comportamento del debitore si accompagnava anche la garanzia del risultato, andava applicato sempre e solo l'art. 1225 tanto in caso di totale inadempimento, quanto in caso di imperfetto o inesatto adempimento. Soluzione, questa già prospettata in maniera compiuta da Osti, su cui v. *infra*, e condivisa da F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, in «Rivista diritto commerciale», 1918, I, p. 681 ss., in part. 696, il quale già in precedenza si era espresso a favore della natura oggettiva della responsabilità per inadempimento contrattuale: e si v. ID., *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, in «Archivio giuridico "Filippo Serafini"», LIX (1903), p. 400 ss., in part. 493 ss.

¹⁷ Esempio, al riguardo la considerazione svolta da G. SEGRÉ, *Sull'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione*, Nota a Cass. Roma 25 novembre 1919, in «Rivista del diritto commerciale», 1921, II, 3, secondo il quale non si poteva «disconoscere che la stessa applicazione ai singoli casi concreti dei concetti di impossibilità assoluta e relativa, oggettiva e subbiettiva, e della distinzione in sé giusta, fra obbligazioni il cui contenuto si riduce semplicemente a dovere un determinato comportamento in relazione a un certo scopo, e quelle il cui contenuto è invece la responsabilità *de effectu*, inerente, cioè al raggiungimento di un determinato risultato, o in genere al verificarsi di un determinato

3. *I conflitti interpretativi nella crisi economico-sociale del primo dopoguerra*

È importante sottolineare che, al di là del solo livello dottrinario del dibattito, il terreno concreto di scontro tra le due impostazioni e che vide progressivamente l'affermarsi nella prassi giurisprudenziale dell'indirizzo più aperto alle esigenze della tutela del debitore non riguardò tanto i tradizionali conflitti tra soggetti privati appartenenti alla società civile, bensì i conflitti relativi in larga parte a rapporti negoziali, coinvolgenti operatori industriali e commerciali e sui quali incidevano nuovi fenomeni sociali legati alle crescenti turbolenze dovute alla fase economica apertasi tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento.

In particolare, il progressivo orientarsi della giurisprudenza a favore dell'indirizzo dottrinale tendente a respingere la configurazione oggettiva della responsabilità contrattuale¹⁸ emerse tra la fine dell'Ottocento e nel primo decennio del Novecento nei conflitti in cui al centro della questione relativa alla responsabilità dell'inadempimento contrattuale, oltre al tema delle sopravvenienze legate all'intervenuta eccessiva onerosità delle prestazioni, in ragione di crisi economiche e di guerre, vi era quello degli scioperi, in particolare di quelli economici accanto a quelli c.d. politici¹⁹. In questi ultimi casi, la giurisprudenza, con l'avallo di parte della dottrina, cominciò ad escludere che soltanto l'impossibilità assoluta ed oggettiva potesse assolvere il debitore dalla propria responsabilità per inadempimento e sostenne, viceversa, che lo sciopero economico integrasse un caso di forza maggiore, una volta che, ad es., l'industriale, venuto meno ai suoi impegni contrattuali nei confronti dei suoi clienti, avesse provato di aver operato con diligenza nell'impedire lo sciopero e nell'eliminarne gli effetti pregiudizievoli per i destinatari delle sue prestazioni: eloquenti, ad esempio, le diffuse questioni connesse all'incidenza degli scioperi nell'erogazione del

evento, anche dopo la recente e profonda revisione della teoria dell'impossibilità sopravvenuta, non si sottrae a difficoltà talora gravi».

¹⁸ Per l'orientamento favorevole a considerare liberatoria della responsabilità contrattuale da inadempimento solo una impossibilità assoluta e obbiettiva della prestazione intervenuta per caso fortuito e forza maggiore, si v. *ex multis* Cass. Roma 25 novembre 1919, in «Rivista del diritto commerciale», 1921, II, con nota di SEGRÉ, *Sull'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione*, cit.

¹⁹ Si v. in particolare BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forma maggiore ai sensi dell'art. 1226 Cod. civ.*, cit. nt. 13, e ASQUINI, *Gli scioperi portuari e il corso delle stallie e controstallie*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1921, II, p. 203 ss. Per una compiuta ricognizione si v. CHIODI, *La responsabilità contrattuale nel primo Novecento giuridico italiano*, cit. nt. 11, in part. p. 244 ss.

gas per l'illuminazione delle città ovvero nei ritardi in occasione degli scioperi dei portuali.

A fronte dell'indirizzo qui richiamato, altra parte della dottrina dell'epoca, con significativi contributi emersi all'inizio del '900, prese a sostenere, con vigore di argomenti, la tesi circa la natura oggettiva della responsabilità contrattuale di cui agli articoli 1225 e 1226 del codice civile. A tale riguardo, si negava, innanzitutto, rilevanza sistematica all'art. 1224 che del resto appariva a taluni un fuor d'opera rispetto al tema dell'inadempimento, anche in quanto, nella sua portata generale, risultava, secondo alcuni studiosi, erroneamente collocato nel codice civile italiano rispetto al corrispondente articolo presente nel codice napoleonico, per cui bisognava negarne la portata generale.

In particolare, senza qui entrare nel merito della ricca analisi avanzata da questa dottrina che vide in Giuseppe Osti²⁰ uno dei principali protagonisti, basta qui segnalare che, a proposito della responsabilità contrattuale, la riflessione si concentrò esclusivamente sull'analisi degli artt. 1225 e 1226. Pertanto, si sostenne che, ai fini dell'esclusione della responsabilità, gravasse sul debitore non solo la prova autonoma in ordine alla presenza di una causa a lui estranea che avesse portato all'impossibilità della prestazione, ma anche quella relativa alla non imputabilità di tale causa. Come dire, in sostanza, che la colpa del debitore non era certo il fondamento della responsabilità, posto che la prova della diligenza era insufficiente, in mancanza di quella pregiudiziale relativa alla presenza di una causa estranea che avesse portato all'impossibilità oggettiva ed assoluta della prestazione, intervenuta a sua volta senza la colpa dell'oblato.

²⁰ La prima ampia riflessione sul tema avanzata da Osti si rinviene nel suo ampio contributo *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in «Rivista di diritto civile», 1918, pp. 209-259, 313-360, 417-471, ed ora anche in G. OSTI, *Scritti giuridici*, I, Milano 1973, p. 3 ss., cui seguirono, in particolare, lo scritto inedito *La risoluzione del contratto per inadempimento Fondamento e principi generali* che oggi si legge in ID., *Scritti giuridici* cit., p. 403 ss. ed il saggio elaborato dopo la codificazione del 1942, *Devianze dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1955, p. 261 ss. ora anche in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 453 ss. La riflessione di Osti in materia di responsabilità contrattuale ha rappresentato sino ai giorni nostri un punto di riferimento nel dibattito della dottrina anche in ragione delle diverse interpretazioni del suo pensiero: e si v. significativamente il saggio di G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in «Rivista di diritto civile», 2019, p. 1 ss., in risposta a quello di C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in «Europa e diritto privato», 2008, p. 1 ss.

Questo orientamento ermeneutico affrontò il tema, incentrando l'attenzione sulla impossibilità della prestazione, anche al fine di superare le ambiguità e le incertezze legate alla formula «causa estranea» presente nella lettera dell'art. 1225: incertezze che sarebbero state sinteticamente illustrate nella Relazione al codice civile del 1942, § 571 nel quale si legge appunto che: «una corrente dottrinale particolarmente rigorosa intendeva per causa estranea la causa che provenisse da una sfera esterna alla persona e all'economia del debitore; ma questa interpretazione lasciava perplessi, in specie di fronte ai casi in cui, trattandosi di obbligazioni infungibili di fare, l'adempimento risultasse impossibile per la morte del debitore o per il venir meno di quelle sue attitudini fisiche o intellettuali che costituivano un necessario presupposto dell'attività posta in obbligazione. Parve in sostanza, ai più, che il legislatore avesse voluto riferirsi all'*id quod plerumque accidit*, essendo certo più frequente, se non addirittura normale, la fungibilità del fare necessario per l'esecuzione della prestazione; ma che con ciò non dovesse ritenersi esclusa la rilevanza anche degli impedimenti personali del debitore, ogni qualvolta, per la natura della prestazione, tali impedimenti reagissero direttamente sulla possibilità di quest'ultima».

Invero, la dottrina orientata a favore della responsabilità soggettiva, fondata sulla colpa del debitore per violazione della diligenza, si pensi in particolare alle tesi sostenute da Barassi²¹, prospettò, come argomento critico verso l'opposta soluzione, anche e proprio il fatto che il legislatore, in sede di codificazione, avesse preferito la formula «causa estranea» e non avesse adottata direttamente l'altra, relativa alla impossibilità della prestazione in quanto tale. Questo argomento, a ben vedere, colpì particolarmente Osti il quale, in sede di elaborazione del suo contributo nel 1918, richiamò espressamente l'argomento prospettato da Barassi per criticarlo a sua volta. Sotto questo profilo, non è privo di rilievo che nel 1942, a proposito della responsabilità, sia stata successivamente adottata nell'art. 1218 c.c. proprio la formula che ruota intorno all'«impossibilità della prestazione», in sostituzione della «causa estranea», al fine di eliminare, anche sul piano formale, ogni dubbio sulla precisa scelta adottata.

Va peraltro ricordato che alla metà degli anni Venti, ossia nello stesso periodo in cui appariva il progetto italo-francese sulle obbligazioni, Asquini, destinato ad avere, come si vedrà in prosieguo, un ruolo di primo piano nella codificazione del 1942, in chiaro disaccordo con l'impostazione di un altro autorevole commercialista, quale Angelo Sraffa²², aveva accolto la

²¹ Il riferimento, in particolare, è ai saggi di BARASSI citati *supra* alla nt. 9.

²² Si v. le note giurisprudenziali di A. SRAFFA, in «Rivista del diritto commerciale», 1911,

configurazione oggettiva della responsabilità contrattuale e dello stesso caso fortuito propugnata tra gli altri da Osti. Nella sua fondamentale monografia sul contratto di trasporto²³, Asquini così si esprimeva: «restiamo fedeli alla teoria che interpreta l'art. 1225 cod. civ. nel senso che la causa liberatrice di responsabilità debba costituire un impedimento obiettivo ed assoluto all'adempimento dell'obbligazione (impossibilità oggettiva) e debba avere il duplice requisito di essere *estranea* al debitore e a lui *non imputabile* cioè da lui *non evitabile* con la prestazione della media diligenza; con la conseguenza di ritenere responsabile il debitore per inadempimento derivante da causa a lui non estranea, anche se a lui non imputabile». In particolare, dopo aver richiamato la letteratura italiana favorevole alla natura oggettiva della responsabilità contrattuale (Polacco, Ferrara, Osti, Giovene e Segrè) Asquini così proseguiva: «Rinviamo a questi autori per la critica dell'opposta teoria, di importazione germanica, che, considerando l'obbligazione del debitore come un semplice dovere di sforzo entro un dato grado di diligenza, ritengono liberato il debitore anche di fronte a semplici difficoltà dell'obbligazione che la rendano eccessivamente onerosa, quando egli provi di aver prestata la diligenza prescritta dall'art. 1224 codice civile». L'adesione di Asquini alla tesi secondo la quale la responsabilità da inadempimento era da escludersi solo in presenza di una impossibilità oggettiva ed inevitabile e non imputabile al debitore è in quella medesima nota evidenziata chiaramente dalla sua esplicita presa di distanze dalla soluzione accolta da una sentenza della Cass. del 1924 la quale, aveva viceversa ritenuto sussistente la forza maggiore in presenza anche di una circostanza considerata evitabile, ma richiedente uno sforzo eccessivo per il debitore²⁴.

A ben vedere, però, sin da quel suo contributo monografico, Asquini differenziava pur sempre la sua posizione da quella di Osti in quanto, ignorando, per la verità, il richiamo esplicito al caso fortuito e alla forza maggiore pur presenti nell'art. 1226 cod. civ., sosteneva che sul piano probatorio, ferma restando, ai fini della esclusione della responsabilità da inadempimento, la necessaria presenza di una impossibilità oggettiva ed inevitabile della prestazione, si dovesse ammettere da parte del debitore, in presenza di una causa ignota, la prova anche sola presuntiva (in termini

II, 102 e 1912, II, 205.

²³ A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, in *Il Codice di commercio commentato* coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, Torino 1925, p. 279 nt. 1.

²⁴ Sull'impostazione accolta da Asquini sin da quel suo contributo si v. lucidamente G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e di «risultato»*, E.S.I., Napoli 1999, p. 25 ss.

negativi) circa la ricorrenza della causa estranea. In altre parole, secondo Asquini, il debitore civile, in luogo di fornire la «determinazione *positiva* del fatto allegato come causa estranea e non imputabile dell'inadempimento», ben poteva limitarsi a fornire «la prova *negativa* che la causa dell'inadempimento è a lui estranea e non imputabile; che cioè l'obbligazione è divenuta impossibile per cause indipendenti dalle persone e dai mezzi materiali da lui impiegati e malgrado la prestazione da parte sua del grado medio di diligenza fissato dalla legge».

Non sfuggiva all'acutissimo giurista che la «facilitazione» sul piano probatorio, da lui sostenuta, era «in realtà sostanziale, perché con tale facilitazione la legge pone[va] a carico del creditore, invece che del debitore, tutti quei casi di inadempimento per cui non si possa provare la connessione causale con un dato caso fortuito, ma che d'altronde non rivelano per sé stessi una negligenza del debitore, né una inidoneità dei mezzi da lui impiegati».

La significativa variante interpretativa suggerita da Asquini rifletteva, a ben vedere, un orientamento assai diffuso tra i commercialisti, finalizzato a rimarcare la «specialità» della disciplina presente nei contratti commerciali in senso stretto rispetto al trattamento di maggior favore per il debitore previsto per quelli civili, a partire dalle norme, quali ad es. gli artt. 400 e 403 cod. comm. che, nel caso della responsabilità del vettore nel contratto di trasporto di cose, ponevano espressamente a carico del debitore la prova positiva dell'intervento del caso fortuito. In questa medesima prospettiva, del resto, si collocava anche l'interpretazione condivisa dalla dottrina commercialistica relativa all'art. 61 cod. comm. e formulata da Cesare Vivante, in quanto significativa presunta devianza dalla disciplina da applicare alla vendita civile²⁵.

²⁵ Non a caso, Osti, ossia l'esponente principale della tesi relativa alla natura oggettiva della responsabilità da inadempimento, contestò efficacemente la lettura dell'art. 61 cod. comm. prospettata dai commercialisti, a partire da C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Torino 1926, p. 138, e che era stata accolta tra i civilisti solo dal Barassi, ossia proprio dallo studioso che aveva introdotto in Italia la tesi relativa alla natura c.d. soggettiva della responsabilità contrattuale da inadempimento: si v. G. OSTI, *L'art. 61 Cod. Comm. e il concetto di sopravvenienza*, in «Rivista del diritto commerciale», 1916, I, p. 341 ss. ed ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano 1973, p. 331 ss.; nei medesimi termini critici verso l'interpretazione vivantiana dell'art. 61 cod. comm. si era espresso anche POLACCO, *Le obbligazioni*, cit. nt. 9, p. 364. La questione, a ben vedere, andava oltre il solo ambito delle prestazioni di dare cose di genere, in quanto la contrapposizione tra *genus illimitatum* e *genus limitatum* coinvolgeva, nella distinzione tra prestazione fungibili e quelle infungibili, anche le obbligazioni

Nel caso di Asquini, la difesa della differenziazione sostanziale circa l'applicazione pur sempre della natura oggettiva della responsabilità contrattuale rifletteva, a ben vedere, il suo coerente e tenace orientamento cauto, se non seriamente critico, nei confronti della c.d. commercializzazione del diritto privato²⁶. A differenza di altri commercialisti, vedeva in tale eventuale sbocco il verosimile rischio di un tramonto della specialità e dell'autonomia del diritto commerciale alla cui difesa ispirò tutto il suo magistero di studioso. In altre parole, il maggior rigore nel trattamento del debitore nei rapporti giuridici commerciali assumeva per lui un ruolo determinante e tranquillizzante per mantenere inalterata la devianza della disciplina in materia di obbligazioni propria del diritto commerciale da quella del diritto civile: maggior rigore che, già presente nella stagione in cui esistevano due codici, quello civile e quello commerciale, tanto più avrebbe dovuto persistere per lui in occasione della successiva unificazione della disciplina delle obbligazioni e nell'unificazione dei due codici²⁷.

di fare, con conseguenti diverse ricadute sul tema della responsabilità contrattuale da inadempimento: questione che, a proposito delle obbligazioni di fare, esigevo, come acutamente osservò ASQUINI, *Gli scioperi portuali*, cit. nt. 19, p. 213, la necessità, ai fini della qualificazione in concreto di queste ultime, di tener conto anche del punto di vista del debitore, a partire dai mezzi tecnici e dalle stesse maestranze tecniche di cui si avvale normalmente il prestatore professionale di servizi.

²⁶ Su questa impostazione di fondo di Asquini, volta alla difesa strenua della «commercialità» fuori da una percezione della storicità dell'esperienza giuridica, presente, viceversa nel pensiero di altri grandi commercialisti come Arcangeli e, in particolare, Ascarelli, si rinvia al nostro *Asquini, Ascarelli e l'ordinamento corporativo*, Cacucci, Bari 2021.

²⁷ Sull'astiosità del clima politico fascista proprio nei confronti di Asquini che, in prima persona, come professore di diritto commerciale, aveva strenuamente difeso nel corso dei lavori della codificazione, la conservazione del codice di commercio, si rinvia al nostro saggio *Asquini, Ascarelli e l'ordinamento corporativo*, cit. nt. 26. Può qui aggiungersi, a ulteriore conferma della conflittualità nei confronti del diritto commerciale, assunto come espressione del capitalismo e del liberismo da combattere, quanto si rinviene nel corsivo anonimo pubblicato in «Critica fascista» del 1° agosto 1941. Dopo aver dato notizia dell'avvenuta pubblicazione del libro V del codice civile, diretto a regolare «tutta la materia economica», l'articolo così prosegue: «Inserita tale materia nel codice civile, posta a fianco a fianco la disciplina dell'impresa agricola e commerciale, del lavoro professionale autonomo e di quello subordinato della società civile e di quella d'affari, avvicinata la disciplina del fallimento al diritto processuale, può ben dirsi che il diritto commerciale fu. È una rivoluzione giuridica che si compie, e che non potrà non avere ripercussioni profonde nella futura elaborazione dei principi, come nella stessa distribuzione accademica delle cattedre giuridiche».

Non a caso, anticipando qui una osservazione su cui si tornerà in prosieguo, Asquini, rimasto pur sempre contrario nel tempo all'unificazione tra codice civile e codice di commercio e sempre tiepido anche nei confronti della stessa unificazione del diritto delle obbligazioni, in coerenza con la sua tenace ed abile difesa della specialità del diritto commerciale, successivamente, nel corso dei lavori relativi all'elaborazione del libro IV delle obbligazioni avrebbe operato con grande determinazione proprio al fine di conservare nell'unificata disciplina generale relativa alla responsabilità per inadempimento quei margini di elasticità in grado di confermare il maggior rigore a carico del debitore chiamato pur se sempre a connotare la specialità dei contratti commerciali (di impresa), ancorché collocati all'interno dell'unificato libro IV delle obbligazioni.

4. *Il progetto italo-francese del 1927 ripreso da d'Amelio nel 1936: l'apoteosi della configurazione oggettiva della responsabilità contrattuale*

In definitiva, a voler stabilire cronologicamente l'evolversi del dibattito dottrinale, preme rimarcare che sino al 1936, ossia quando apparve la prima versione del progetto sul libro delle obbligazioni presentato da d'Amelio e che riprendeva il progetto italo-francese del 1927, la dottrina era combattuta tra due opposte analisi della codificazione del 1865 in merito alla responsabilità contrattuale.

La prima, volta a sostenere la tesi della natura soggettiva della responsabilità contrattuale, analizzava in maniera unitaria e sistematica gli artt. 1224, 1225 e 1226 e, dunque, per coerenza, era portata anche a sostenere la ricorrenza del caso fortuito e della forza maggiore sulla base della semplice mancanza di colpa del debitore, per cui la prova incombente su quest'ultimo di avere rispettato la diligenza del buon padre di famiglia era da ritenersi sufficiente ad escluderne la responsabilità per inadempimento.

Viceversa, l'opposta interpretazione, partiva innanzitutto dal separare l'indagine sulla responsabilità contrattuale contenuta negli artt. 1225 e 1226 da quella relativa alla funzione dell'art. 1224 che richiamava la diligenza. Secondo questa dottrina, l'art. 1224 del codice del 1865 era stato da un lato addirittura mal collocato nel codice civile rispetto al modello del *code civil*, dall'altro, a dispetto della sua lettera, non si riferiva in concreto, con la medesima funzione, a tutte le obbligazioni, bensì in particolare a quelle aventi ad oggetto una pura attività, ossia alle obbligazioni che la letteratura francese aveva iniziato a qualificare come obbligazioni di mezzi. Nella impostazione prospettata da Osti, si negava il nesso sistematico tra quelle

disposizioni: il richiamo generale alla diligenza presente nell'art. 1224 del codice civile del 1865 ben poteva coesistere, a suo giudizio, con le norme sulla responsabilità per inadempimento e sulla natura oggettiva della stessa, in quanto la diligenza si riferiva esclusivamente alla fase dinamica relativa all'adempimento e, dunque, all'accertamento della sua esattezza, laddove le altre due disposizioni si riferivano agli effetti del fenomeno «statico» relativo all'intervenuto inadempimento²⁸.

In ogni caso, ai nostri fini interessa rimarcare che nel 1927, in occasione dell'elaborazione del progetto Italo francese sulle obbligazioni, di cui furono protagonisti Scialoja, d'Amelio e De Ruggiero, le scelte disciplinari ivi introdotte portarono proprio:

- da un lato, nell'art. 97 del progetto, alla correzione dell'art. 1224 del codice civile del 1865, che tornava così in linea con la soluzione testuale presente in origine nel *code Napoléon*²⁹;
- dall'altro, nell'art. 96, alla fusione tra gli artt. 1225 e 1226, con la fondamentale eliminazione del richiamo espresso al caso fortuito e alla forza maggiore, in quanto ritenuti già implicitamente presenti nell'espressione «causa estranea non imputabile al debitore» contenuta nel testo dell'art. 1225³⁰.

²⁸ Quest'ultima conclusione di G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in «Rivista di diritto civile», p. 350 e in *Scritti giuridici*, cit. nt. 25, p. 98, venne condivisa anche da A. ASCOLI, Nota *La guerra come causa di forza maggiore*, in «Rivista di diritto civile», 1916, p. 241 ss., il quale, però, era pur sempre critico sulla generalizzazione del riferimento alla diligenza adottato dal codificatore italiano rispetto al modello del *code civil* del 1804. Sotto questo profilo, come già ebbe a rilevare successivamente L. BARASSI, *La teoria delle obbligazioni* vol. III, *L'attuazione*, Milano 1946, p. 1043 nt. 2, non può escludersi che il ripristino della soluzione aderente al testo originario dell'art. 1137 del *code civil* adottato dal progetto italo-francese del 1927 sia dovuto proprio allo stesso Ascoli che partecipò ai lavori preparatori di tale progetto, come ricordò lo stesso R. DE RUGGIERO, *Il progetto del codice civile delle obbligazioni e dei contratti dinanzi alla critica*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Principato, Messina 1931, p. 773 ss., nel replicare alle riserve avanzate tra gli altri da Scaduto e, come già ricordato, da Betti. Sul punto v. *infra* la nota seguente.

²⁹ Infatti, al di là della persistente sua collocazione a ridosso dell'art. 96 relativo alla responsabilità per inadempimento, l'esplicita negazione della portata generale della nuova disposizione, a fronte dell'originaria norma contenuta nell'art. 1224, rendeva difficile che una sua applicazione di ordine generale potesse essere invocata in sede interpretativa.

³⁰ Anche in questo caso, il venir meno del riferimento esplicito alla forza maggiore e al caso fortuito, presente all'origine nell'art. 1226 del codice civile del 1865, voleva essere, a ben vedere, una inequivocabile smentita della tesi sostenuta da Barassi il quale, nel prospettare la tesi c.d. soggettiva della responsabilità da inadempimento, fondata solo sul difetto

La soluzione adottata nel 1927 nel progetto italo-francese e peraltro ribadita nella riproposta versione di tale progetto avanzata da d'Amelio nel 1936, in vista proprio della riforma del libro IV del codice civile, voleva essere, a ben vedere, rigorosamente in linea con la dottrina che sosteneva la natura oggettiva della responsabilità contrattuale.

A tale fine, a prescindere dall'analisi dei contenuti degli artt. 96 e 97, la disposizione che richiamava la diligenza (art. 97) e che aveva sostituito l'art. 1224, era, tra l'altro, significativamente collocata in coda e non più in testa alla regola generale sulla responsabilità contrattuale. Ciò, al fine, sia di emendare la devianza contenuta nell'art. 1224 del codice civile del 1865 rispetto al modello francese del 1804 e che aveva portato a generalizzare il richiamo alla diligenza, sia di delimitare, in maniera inequivocabile, il richiamo alla diligenza, in sede di adempimento, soltanto a specifiche ipotesi e, in definitiva, a mortificare *ex ante* ogni possibilità di una sua utilizzazione in chiave sistematica³¹, come era accaduto in precedenza.

Sul punto, merita di essere ripresa innanzitutto la motivazione della proposta soluzione già presente nel progetto del 1927 e ripresa, fedelmente, con la sola esclusione dei richiami al codice francese, nella relazione di accompagnamento al progetto d'Amelio del 1936 relativo al libro delle obbligazioni.

Tale motivazione mirava chiaramente a sopire per sempre la discussione intervenuta tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento.

Nella relazione del 1936 così si legge³²:

di diligenza, aveva ritenuto la norma di cui all'art. 1226, del tutto compatibile con la sua interpretazione in quanto destinata semplicemente a completare il rilievo assegnato alla violazione della diligenza del buon padre di famiglia quale fonte primaria della responsabilità contrattuale.

³¹ Nella medesima direzione, a ben vedere, si collocò anche l'eliminazione nel progetto italo-francese dell'art. 1298 del codice civile del 1865 il quale faceva riferimento alla colpa del debitore in caso di perimento, smarrimento e posizione fuori commercio di una cosa oggetto della prestazione. Infatti, anche tale norma era richiamata dalla dottrina favorevole alla collocazione della colpa quale fondamento della responsabilità contrattuale in quanto in linea, a suo dire, con l'art. 1224 integrandolo: così BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forma maggiore ai sensi dell'art. 1226 Cod. civ.*, cit. nt. 19, p. 3; in senso critico su questa lettura dell'art. 1298 si era espresso GIOVENE, *Sulla impossibilità della prestazione*, in «Rivista del diritto commerciale», 1918, p. 675 ss.; in part. pp. 681, e 1919, 302-314 e 402-413 e 579-602, favorevole, sia pure con altri ulteriori argomenti rispetto a quelli avanzati da Osti, a sostenere la natura oggettiva della responsabilità da inadempimento.

³² Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice civile. Obbligazioni e contratti. Progetto e relazione*,

Si è corretta altresì con l'art. 97 la formulazione dell'articolo 1224, riportando la disposizione al suo caso originario di applicazione, cioè all'obbligazione della custodia, con l'aggiunta dell'obbligo di custodire, dell'obbligo di amministrare e con la eliminazione del superfluo accenno alle utilità dell'una delle parti o di entrambe [...].

Si è voluto così evitare che, sulla base di una formula troppo generica, quale è l'attuale art. 1224, si potessero costruire teorie, che non sembrano esatte, sulla misura del vincolo obbligatorio, che non deve di norma salvo gli altri casi menzionati dalla legge (ad es. nel mandato art. 561) essere dato dalla diligenza del buon padre di famiglia; ma dalla regola enunciata nell'art. 96 secondo il quale il debitore non è esente da responsabilità se non quando egli provi che l'inadempimento o il ritardo provengono da una causa estranea a lui non imputabile.

Il significato della soluzione accolta già nel progetto del 1927, finalizzata a chiudere definitivamente la partita in ordine alla disputa sulla natura della responsabilità contrattuale a favore della tesi che ne sosteneva la natura oggettiva e restringeva significativamente il rilievo da riconoscere alla diligenza, a partire da quella del buon padre di famiglia, ben si coglie nell'interpretazione del progetto del 1927 fornita da Fulvio Maroi³³.

Nel motivare positivamente la proposta innovazione presente nel progetto, Maroi tenne a precisare, a proposito del nuovo testo dell'art. 97 che sostituiva l'art. 1224, che

«in entrambi i casi [ossia *conservare o amministrare una cosa*] non si chiede il *raggiungimento* di uno scopo in se, ma si mira alla prestazione di una *certa attività diretta a quello scopo*, in entrambi i casi cioè, si tratta di obbligazioni aventi per oggetto presta-

Poligrafico dello Stato, Roma 1936, p. 28.

³³ Il riferimento è a F. MAROI, *Il progetto italo-francese sulle obbligazioni*, I, *Parte generale*, presso l'Università degli Studi, Modena 1928, pp. 39 ss. Su Fulvio Maroi, in particolare anche sul ruolo da lui svolto in occasione della elaborazione del progetto italo-francese delle obbligazioni e della successiva codificazione civile del 1942, si v. G. ALPA, *Fulvio Maroi, avvocato e docente umanista*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2012, p. 85 ss. Come ha osservato P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli Studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Giuffrè, Milano 1986, p. 188, nt. 167, a proposito delle posizioni assunte nel 1935, «Fulvio Maroi, pur essendo ben inserito nell'ideologia fascista e corporativista, ne rappresentava quell'anima liberal-proprietaria che aveva pur contribuito quindici anni prima al successo dell'ideologia per il favore determinante dei potentati economici».

zioni consistenti in un puro semplice agire diligentemente verso uno scopo» [i corsivi sono nostri].

Inoltre, nella nota che seguiva il testo (p. 40 del saggio), dopo aver citato Crome e Brugi, Maroi così continuava:

«Del resto, già la dottrina civilistica prevalente (Ascoli, Ferrara, Osti, Giovene) [ossia i principali più autorevoli sostenitori della natura oggettiva della responsabilità contrattuale] è nel senso di interpretare l'art. 1224 in modo da riferire il criterio della diligenza del buon padre di famiglia a rapporti di obbligazioni che *si esauriscono in doveri di diligenza*, ad ipotesi, insomma, non di mancata esecuzione o di mancato adempimento, ma *sibbene di imperfetto o inesatto adempimento*» [anche qui il corsivo è nostro]³⁴.

A prescindere dall'implicito richiamo in questa osservazione al tema relativo alla distinzione tra le obbligazioni secondo un modello analogo a quello prospettato in Francia da Demogue, ossia ad una distinzione implicante un'articolazione nella nozione di «attività del debitore», al centro della prestazione dovuta, è interessante altresì sottolineare che, in nota, Maroi tenne a ribadire gli effetti devianti dovuti alla presenza nel codice civile del 1865 di una norma come quella presente nell'art. 1224. A suo dire, infatti, «Il Barassi e il Cogliolo, ad es., interpretando l'art. 1224 in relazione agli artt. 1225 e 1226, credono sostenibile che la responsabilità contrattuale nel nostro diritto abbia per base esclusiva la violazione di un dovere di diligenza e che pertanto, quando l'inadempimento è senza colpa, ci sia il territorio del fortuito»³⁵.

³⁴ A ben vedere a fronte dell'apprezzamento di Maroi nei confronti dell'art. 97 che aveva formalmente ristretto l'ambito operativo della diligenza, ben diverso fu il giudizio di E. BETTI, *Ancora sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1930, I, p. 249 ss., il quale non esitò a considerare tale disposizione come un «regresso» dal punto di vista della dogmatica giuridica, perché, a suo dire, «bandisce dal codice un criterio generale (cfr. art. 63) alla cui stregua sia possibile valutare quando si abbia esatto adempimento dell'obbligazione». In termini critici su tale norma si espresse anche G. BALBI, *L'obbligazione di custodire (il comportamento dovuto)*, in «Rivista di diritto civile», 1940, pp. 97 ss., 246 ss., e 356 ss., in part. 371 nt. 2, il quale, dopo aver rammentato che Osti aveva a suo tempo dato giusto rilievo alla innovazione adottata nel 1865 dal codice civile italiano, considerò non giustificato il ritorno alla formulazione dell'art. 1137 del *Code Napoléon* contenuta nell'art. 97 del progetto italo-francese.

³⁵ Ed aggiungeva, a conferma del diverso avviso diffuso in quel medesimo periodo a livello

Su queste considerazioni, una volta eliminato l'equivoco dovuto al testo originario dell'art. 1224 del codice del 1865, nell'interpretare il progetto italo francese del 1927 contenente siffatta correzione, Maroi poteva così concludere «È reso, così, evidente il principio legislativo che in tutti gli altri casi la responsabilità è collegata al momento obiettivo dell'inadempimento, senza bisogno che vi concorra la colpa; riprende, cioè, il suo pieno impero la regola contenuta nell'art. 96 [del progetto italo-francese] (che sostituisce gli artt. 1225 e 1226 cod. civ. it., 1146-1147 cod. fr.), per cui il debitore è esente da responsabilità solo quando provi che l'inadempimento o il ritardo dipendono da una causa estranea a lui non imputabile».

La medesima lettura della soluzione accolta nel progetto italo-francese venne altresì ribadita dal Segré, il quale a suo tempo si era espresso a favore della natura oggettiva della responsabilità contrattuale da inadempimento³⁶. In particolare, in occasione della riproduzione di quel contributo nella raccolta dei suoi *Scritti giuridici*, Segré³⁷ tenne ad intervenire sugli artt. 96 e 97 del progetto italo-francese, aggiungendovi una Postilla. In particolare, a proposito dell'abbandono della formula ampia relativa alla diligenza di cui all'art. 1224 del codice civile del 1865 a favore di quella ben più ridimensionata contenuta nell'art. 97 del progetto, Segré rilevò che «Una restrizione della portata generale dell'articolo [art. 1224] era necessaria, però colla formulazione ad esso data nel Progetto i limiti della sua applicazione vengono ad essere eccessivamente ridotti. Come ho detto nel testo, la disposizione si applica ad ogni obbligazione avente per oggetto *un comportamento del debitore diretto ad uno scopo* e non soltanto a quello diretto alla custodia o all'amministrazione»³⁸ [il corsivo è nostro]. La riserva critica di Segré così proseguiva: «Comunque, l'attuale dizione dell'articolo non permetterà certo più la costruzione di teorie sul tipo di quella dell'Hartmann e non potrà più sorgere dubbio che il sistema del nostro diritto non sia quello obbiettivo»³⁹.

giurisprudenziale, «ciò che è più grave è che di recente questa dottrina sia stata accolta anche dalla nostra Suprema Corte 21 dicembre 1926 in «Temi emiliana», 1927, 219 ss. con nostra nota critica».

³⁶ Si v. G. SEGRÉ, *Recensione* al saggio di Osti, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione* cit., pubblicata in «Rivista del diritto commerciale», 1919, I, p. 768 ss.

³⁷ Si v. G. SEGRÉ, *Scritti giuridici*, Stab. Tipografico-Commerciale, Cortona 1930, p. 386 ss., in part. 414-415.

³⁸ Ivi, p. 415.

³⁹ E così concludeva: «E che sia così, è confermato ulteriormente dal fatto che mentre fu riprodotto nell'art. 179 [del progetto] l'art. 1247, fu invece soppresso l'art. 1298 primo

Diverso, a sua volta, il giudizio che nel 1933 manifestò Santoro Passarelli sulle scelte presenti nel progetto del 1927, A suo dire, in «strano contrasto» con la «elasticità» del progetto si poneva «la soppressione, nell'adempimento dell'obbligazione, come diligenza normale, della diligenza del buon padre di famiglia [...]: il progetto esige, invece, rigidamente che il debitore, per sottrarsi all'obbligo del risarcimento, provi che l'inadempimento o il ritardo dipendono da una causa estranea a lui non imputabile (art. 96)»⁴⁰.

5. *Il progetto del 1936 e la progressiva oggettivizzazione del rapporto obbligatorio*

L'attenzione sin qui dedicata alle soluzioni dottrinali transitate nel progetto italo-francese del 1927 e riprese nel progetto di libro IV del 1936 di d'Amelio si giustifica in quanto, a ben vedere, è da quel momento che la partita sulla responsabilità contrattuale si riapre, del tutto, per collocarsi al cuore dei lavori della codificazione.

Infatti, le critiche da più parti avanzate in ordine al progetto d'Amelio secondo le quali esso appariva rispecchiare la realtà ottocentesca, in quanto riprendeva, in definitiva, il modello individualistico del *Code Napoléon* – critiche ribadite più volte da Betti il quale le aveva a suo tempo già indirizzate verso l'originario progetto italo-francese⁴¹ – si saldarono con circostanze che segnalavano un significativo mutamento del clima politico sociale e culturale intervenuto progressivamente in quel decennio di consolidamento del regime, il cui compimento coincise, non a caso, con gli anni che la successiva storiografia ha qualificato come quelli del «consenso» al fascismo.

Non può negarsi, a ben vedere, che il progetto del 1927 se si iscriveva pur sempre nell'ambito della ideologia liberale ed individualistica dell'Ottocento, non era insensibile ai mutamenti intervenuti nella realtà del primo Novecento, nel senso di proporre «un aggiornamento in chiave moderata-

comma., che è quello che, dopo il 1224, dà il maggior appiglio ai sostenitori della teoria soggettiva».

⁴⁰ Così F. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, in Id., *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli 1961, p. 37 ss., in part. 59, già in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1933, p. 54 ss.

⁴¹ Al riguardo, si v. la puntuale ricostruzione offerta da BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, p. 85 ss.; nonché G. CHIODI, *La costruzione della legalità fascista negli anni Trenta*, in I. BIROCCHI, G. CHIODI, M. GRONDONA (a cura di), *La costruzione della «legalità» fascista negli anni Trenta*, RomaTrE-Press, Roma 2020, p. 201 ss.

mente sociale della disciplina codicistica delle obbligazioni e dei contratti»⁴², anche con qualche innovazione ardata: si pensi all'art. 22 che prevedeva una azione generale di lesione con il conseguente annullamento del contratto e all'art. 74 in ordine al risarcimento di tutti i danni provocati «eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti alla buona fede e allo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto».

A proposito delle soluzioni giuridiche riguardanti il tema oggetto della nostra riflessione, il mutamento che andava profilandosi muoveva in controtendenza rispetto all'indirizzo della dottrina che, sul piano teorico, consolidava, in linea generale, la configurazione oggettiva della responsabilità contrattuale affermatasi agli inizi del secolo, alla luce, come si chiarirà in prosieguo, dello sviluppo preminente dell'economia industriale. In particolare, si intende qui far riferimento all'indirizzo dottrinario, già emerso in Germania agli inizi del Novecento e sviluppato magistralmente da Rosario Nicolò nella sua celebre monografia del 1935⁴³. In questa, in particolare, la complessiva lettura del rapporto obbligatorio registrava e segnava, in definitiva, lo spostamento dell'attenzione, tradizionalmente incentrata sulla posizione del debitore quale soggetto tenuto a porre in essere una attività, in termini di prestazione, a favore del creditore, alla posizione di quest'ultimo, quale soggetto interessato a conseguire un risultato per il tramite, in linea di principio, del comportamento dovuto dal debitore. Senza qui approfondire nel dettaglio il contributo scientifico di Nicolò, è sufficiente, ai nostri fini, sottolineare che l'impostazione avanzata dall'allora giovane valente studioso prendeva le mosse dalla distinzione tra

⁴² Così, G. MARINI, *L'Italian style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in «Riv. it. scienze giuridiche», 2016, p. 127. Sul progetto si v. CHIODI, «*Innovare senza distruggere*»: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927), in G. ALPA, G. CHIODI (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Giuffrè, Milano 2007, p. 43 ss.; ID., *Un esperimento di diritto privato sociale. Il progetto italo-francese e la sua parabola dall'età liberale al fascismo*, in *Bürgerliches Recht im nachbürgerlichen Zeitalter*, Band I, *Vom Liberalen zum Sozialen Privatrecht? Der französisch-italienische Obligationenrechts-Entwurf von 1927*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2022, p. 3 ss.

⁴³ Il riferimento è a R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano 1935. Sul punto per una felice sintesi della tradizionale riflessione giuridica tra Ottocento e Novecento incentrata sul debitore si v. A. D'ANGELO, *Note storiche sulla dottrina generale delle obbligazioni*, in *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, a cura di A. Somma, A. Fusaro, G. Conte, V. Zeno-Zencovich, RomaTrE-Press, Roma 2018, pp. 11 ss.

la visione soggettiva della prestazione, considerata dal lato del debitore, e quella oggettiva vista dal lato del creditore, quest'ultima assunta in termini di risultato strumentalmente conseguito, di norma, per il tramite dell'attività posta in essere dal debitore. Su questa base, la preferenza riconosciuta alla valenza oggettiva della prestazione nell'interesse del creditore portava, secondo Nicolò, come conseguenza, alla distinzione stessa dei piani su cui collocare rispettivamente il rapporto obbligatorio, incentrato sull'attività del debitore e la realizzazione del risultato atteso da creditore. Di qui, la conclusione, rafforzata dalla rilevanza sistematica riconosciuta ai rimedi processuali, secondo la quale, rispetto al soddisfacimento dell'interesse di questo ultimo soggetto, l'attività diligente del debitore rilevarebbe solo come una via, ma non certo esclusiva, perché il creditore consegua il risultato atteso: risultato che ben potrebbe ottenersi, con pieno soddisfacimento di tale soggetto, ad es., in via di esecuzione forzata o di adempimento da parte di un terzo.

In definitiva, la «relativizzazione» dell'attività del debitore rispetto alla tutela del creditore nel conseguire il risultato sostanziale atteso, per cui l'oggetto della prestazione per il creditore non coinciderebbe con l'attività erogata dal debitore, bensì consisterebbe nel risultato che solo normalmente e non esclusivamente discende come conseguenza da tale attività, rifletteva, sul piano teorico, il processo di prevalente e progressiva oggettivizzazione del rapporto obbligatorio, «quale schema astratto e perfino indifferente alla persona del debitore, in quanto proteso piuttosto, alla soddisfazione veloce ed efficace dell'interesse del creditore»⁴⁴.

Questa impostazione, in ogni caso, contribuiva indubbiamente a rafforzare, sul piano teorico, la configurazione oggettiva della responsabilità contrattuale già prospettata da una parte della dottrina civilistica italiana dell'epoca e, come si è visto, consapevolmente adottata nel progetto italo francese del 1927, mediante le suggerite correzioni dirette a fare definitiva chiarezza a fronte delle disposizioni contenute nel codice civile del 1865⁴⁵.

⁴⁴ Sono queste le lucide parole utilizzate da C. CAMARDI, *Art. 1180*, in V. CUFFARO (a cura di), *Le obbligazioni*, Artt. 1173-1217, in *Commentario al codice civile* diretto da Gabrielli, Utet Giuridica, Milanofiori Assago (MI) 2012, nella lettura del punto di arrivo adottato nel codice del 1942 a proposito della disciplina di cui all'art. 1180 in materia di adempimento da parte del terzo, alla luce dell'impostazione teorica sostenuta nel 1936 da Nicolò.

⁴⁵ Ed infatti, NICOLÒ, *L'adempimento*, cit. nt. 43, p. 62 nt. 79, nel configurare la realizzazione coattiva del risultato da parte del creditore con l'attivazione dei rimedi processuali, parlava appunto di una «sanzione prevista per l'inadempimento non dovuto a caso fortuito, in linea con la configurazione oggettiva della responsabilità contrattuale.

In realtà, il primato che in tale configurazione della disciplina delle obbligazioni veniva assegnato al «risultato» atteso dal creditore, in quanto distinguibile dalla attività posta in essere dal debitore, se da una parte permetteva di prospettare una nuova diversa lettura del rapporto obbligatorio, dall'altra non negava, al tempo stesso, che continuasse a persistere pur sempre una ristretta area di rapporti obbligatori in cui il «legame» tra la prestazione soggettiva del debitore ed il risultato utile per il creditore restava problematico, al di là dei casi di infungibilità dell'attività dovuta dal soggetto passivo del rapporto. La riformulazione teorica del rapporto obbligatorio prospettata da Nicolò certamente ben poteva legittimamente aspirare a divenire indubbiamente «egemonica» nella configurazione dommatica dell'istituto, anche in vista di una possibile riformulazione della disciplina codicistica, ma restava pur sempre non in grado di coprire la totalità delle esperienze relazionali, atteso che, inevitabilmente, nella realtà effettuale, avrebbero continuato pur sempre a persistere rapporti obbligatori in cui non si presentava la «sequenza» suggerita da questa dottrina. In altre parole, l'elaborazione teorica avanzata da Nicolò se da un lato respingeva apertamente sul piano dogmatico la contrapposizione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, quale proposta da Demogue⁴⁶ e ormai entrata sin da allora a pieno titolo nella riflessione della dottrina italiana sulle obbligazioni pur con l'adozione di diversa terminologia, dall'altro si limitava sul punto a spostare soltanto il livello della distinzione: non era in grado di eliminarne la presenza e, in particolare, non era in grado di fornire una soluzione disciplinare circa il particolare rilievo che, a proposito della responsabilità da inadempimento, era da assegnarsi alla diligenza del debitore con riferimento a talune obbligazioni rispetto ad altre⁴⁷. In

⁴⁶ A ben vedere, nella medesima nota, la critica di Nicolò si estese anche alla dottrina tedesca che aveva parlato di un obbligo di garanzia – per la verità prospettato in Italia anche da Giovene (si v. *supra*, nt. 9) giusto a proposito delle obbligazioni che Demogue aveva definito come di risultato –. In questo caso, Nicolò si limitò ad osservare che, in definitiva, quella garanzia non era altro per lui che la realizzazione finale del diritto del creditore.

⁴⁷ Salvo a tornare successivamente sul tema, mette conto osservare che NICOLÒ, *L'adempimento*, cit. nt. 43, p. 62, nt. 79, alla luce della distinzione tra lui prospettata tra la visione soggettiva della prestazione, dal lato del debitore, e quella oggettiva, dal lato del creditore, considerava frutto di un equivoco la distinzione suggerita da Demogue «tra la obbligazione avente per oggetto il risultato dovuto al creditore e l'obbligazione avente per oggetto i mezzi che il debitore deve impiegare». A suo dire, «l'equivoco consiste nel non aver considerato che il raggiungimento del risultato non è che la realizzazione del diritto del

definitiva, il «dualismo» tra le obbligazioni, per quanto diversamente individuato sul piano dogmatico, continuava a persistere, sì da esigere risposte adeguate anche sul piano operativo.

6. *Un intermezzo: l'asse italo-tedesco e la politicizzazione del processo codificatorio*

In realtà, come si è già detto, a prescindere dall'emersione di questa diversa lettura sistematica del rapporto obbligatorio che, spostando l'attenzione sulle attese del creditore, rafforzava, sul piano dogmatico, la configurazione oggettiva della responsabilità contrattuale, la metà degli anni Trenta segnò un effettivo spartiacque nella vicenda della codificazione allora *in itinere*.

Invero, a partire da quel periodo, si accese progressivamente un'esplicita

creditore, e che esso si pone non come contenuto dell'obbligo, ma come *conseguenza normale* dell'attuazione del contenuto dell'obbligo cioè della esplicazione dell'attività dovuta dal debitore».

Orbene, pur condividendo, con ampia parte della dottrina anche dell'epoca, l'artificiosità della distinzione in quanto basata sull'assunzione come contenuto dell'obbligazione, ora il risultato, ora la semplice attività del debitore in termini di mezzi (e v. in proposito le lucidissime pagine di P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1959, p. 1273 ss.), non può negarsi che, nel configurare la prestazione oggettiva in termini di *normale* realizzazione del diritto del creditore, come tale assunta pur senza alcun riferimento ad un eventuale specifico intento empirico del creditore, in realtà, la soluzione prospettata da Nicolò solo apparentemente elideva la configurabilità di una distinzione. Infatti, nel momento stesso in cui il risultato, ossia la realizzazione del diritto del creditore, viene assunto da Nicolò quale *conseguenza normale dell'attuazione del contenuto dell'obbligo*, emerge inevitabilmente la questione relativa alla ipotesi in cui tale realizzazione, pur sempre quale conseguenza esterna, rispetto al comportamento del debitore, si presenti solo come «eventuale» (o non predeterminabile): ad es. vincere la causa per l'avvocato o conseguire la guarigione del paziente per il medico. In altre parole, si potrebbe osservare, a voler utilizzare la terminologia di Demogue, che l'elaborazione di Nicolò, in definitiva, si è concentrata sull'obbligazione di risultato, ma non è riuscita a negare, pur disinteressandosene, la persistenza di obbligazioni che non sono di risultato! Per certi versi, questa individuazione in negativo che è dato trarne, si rivela preziosa atteso che, nello spazio residuale in cui, rispetto alla normalità circa l'attuazione del contenuto dell'obbligo, si collocano le obbligazioni c.d. di mezzi, queste finiscono con il delineare una categoria, non solo pur sempre rilevante sul piano operativo, ma anche «aperta» a fronte della semplice ricognizione tradizionalmente tramandata.

attenzione della politica militante su tale tematica in un contesto culturale, peraltro, in cui da un lato andava svilendosi il legame culturale italo-francese, ereditato dal clima politico sociale proprio del primo dopoguerra, dall'altro si sarebbe sempre di più irrobustiti il legame e l'attenzione per la cultura tedesca, ben al di là della già indubbia, per quanto tardiva, influenza della pandettistica⁴⁸. Essi furono favoriti dall'ascesa al potere in Germania del nazionalsocialismo⁴⁹ e dal progressivo strutturarsi dell'asse politico italo-tedesco.

Di qui, in definitiva, da un lato la crescente attenzione politica per la codificazione, al fine di orientarla in consonanza con l'ideologia corpora-

⁴⁸ In realtà, l'affermazione avanzata nel testo esige una precisazione. Infatti, è necessario, a nostro avviso osservare che tra gli anni trenta e quaranta, la civilistica italiana, pur prendendo progressivamente le distanze dalla cultura giuridica francese, continuò, per ragioni legate alla formazione dei giuristi presenti nell'accademia, a privilegiare, talora anche in forma di scimmiettatura (così R. VOLANTE, *Negare il medioevo: romanesimo e germanesimo tra Otto e Novecento*, in G. CAZZETTA (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, il Mulino, Bologna 2013, p. 385 ss., in part. 415), la dogmatica di tradizione pandettistica (al riguardo si v. F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento*, Giappichelli, Torino 2016), più che orientarsi verso la letteratura privatistica tedesca a lei contemporanea che andava orientandosi nella direzione segnata dalla ideologia nazionalsocialista (su quest'ultimo punto, per una sintesi, si v. M. STOLLEIS, *Reluctance to Glance in the Mirror: the Changing Face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945*, in C. JOERGES e N.S. GALEIGH (a cura di), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Bloomsbury, Oxford 2003, p. 1 ss. Quanto alla persistenza della tradizione pandettistica nella cultura giuridica privatistica italiana sino al tutto il primo decennio del secondo dopoguerra, è sufficiente qui richiamare le considerazioni critiche più volte ribadite da Ascarelli e da Orestano. Viceversa, ben più incisiva e rapida fu l'influenza sui giuristi italiani della letteratura giuridica tedesca pubblicistica e costituzionalistica che già si era dovuta confrontare con l'esperienza di Weimar. Invero, negli anni Trenta, la riflessione pubblicistica italiana era in una fase di transizione tra «gli epigoni del liberalismo giuridico» e i seguaci degli eretici giuristi weimariani» (così P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 218-219. Sul punto, a proposito in particolare di Costantino Mortati, si v. i saggi di LA TORRE e DELLA CANANEA, in *Darker Legacies of Law in Europe*, cit., nonché G. ZAGREBELSKI, *Premessa* a C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1998, p. VII ss.

⁴⁹ Sui paradigmi fondativi della ideologia nazionalsocialista basata sul primato della comunità razziale sullo stesso Stato considerato semplice strumento al servizio della prima e sul capo carismatico di tale comunità nella persona del Führer, si v. per tutti N. MERKER, *Il nazionalsocialismo. Storia di un'ideologia*, Carocci, Roma 2013.

tiva⁵⁰; dall'altro, l'attenzione ed attrazione per l'esperienza giuridica tedesca, a seguito dell'ascesa al potere del nazismo: entrambe queste ultime non scesero da una latente competizione dell'iniziativa italiana con quella germanica, dovuta all'esigenza, al tempo stesso, di prospettare differenziati modelli giuridici che potessero aspirare ad un'egemonia a livello europeo.

Nell'economia della presente ricerca, non è possibile analizzare compiutamente la indubbia, quanto, al tempo stesso, ambigua torsione dell'attenzione che la cultura giuridica italiana registrò a proposito dei significativi mutamenti dell'ordinamento istituzionale e giuridico che andavano manifestandosi in Germania a seguito dell'ascesa al potere di Hitler e che, tra l'altro, favorirono, nel consolidarsi dei rapporti politici tra Italia e Germania, anche la svolta rappresentata dalle leggi razziale adottate nel 1938.

A prescindere dall'attenzione specifica emersa a proposito tanto della legislazione tedesca in materia di diritto del lavoro, che aveva radicalmente vietato la presenza dei sindacati e limitato le rappresentanze solo a livello della singola azienda in un «consiglio di fiducia presieduto dall'imprenditore», con una soluzione diversa da quella alla base del sistema corporativo⁵¹, quanto dell'impatto del nazismo sull'assetto istituzionale della Ger-

⁵⁰ Su questa conclusione, maturata negli ultimi anni Trenta, ebbe ad insistere Grandi nell'accelerare il processo codificatorio, a partire dal suo insediamento come Ministro della Giustizia: al riguardo, si v., dopo il discorso tenuto il 16 ottobre del 1939 dinanzi alle commissioni legislative (*La riforma fascista dei codici*, in «Foro it.», 1939, IV, 241 ss.), quello pronunciato a Palazzo Venezia il 31 gennaio 1940, *Tradizione e rivoluzione nei codici mussoliniani*, in «Stato e diritto», 1940, p. 8 ss. In senso adesivo a questa svolta, mirante a valorizzare in pieno la natura politica della riforma dei codici, significativo l'editoriale *Fascismo e codici*, in «Lo Stato» (diretta da Costamagna), 1940, p. 50, che rimarcava, tra l'altro il «coordinamento» e il «compennamento del sistema della codificazione generale con l'ordinamento corporativo della produzione, caposaldo della trasformazione fascista dello Stato».

⁵¹ Sulla legge tedesca del 20 gennaio 1934 relativa all'ordinamento del lavoro resta sempre prezioso il saggio elaborato nel medesimo anno da F. NEUMANN, *Sindacalismo, democrazia, dittatura*, in ID., *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, il Mulino, Bologna 1983, p. 287 ss. il quale mise a confronto, nel quadro delle gravi restrizioni al diritto sindacale, le soluzioni emerse in quel medesimo periodo di tempo a livello europeo. Il testo della legge tedesca, preceduto da un commento di U. SPIRITO, *Il corporativismo nazional-socialista*, venne pubblicato in «Archivio di studi corporativi», 1935, p. 101 ss.; per una prima lettura critica di tale legge a fronte del modello corporativo si v. L.A. MIGLIORANZI, *La nuova legge tedesca sui rapporti di lavoro*, in «Diritto del lavoro», 1934, p. 73 ss.; W. CESARINI SFORZA, *I rapporti di lavoro nella concezione nazionalsocialista*, in «Commercio», 1938, p. 20 ss. Sullo sfondo, a ben vedere, vi era la più netta distinzione tra l'approccio del sistema corporativo che prendeva atto del conflitto sociale tra singoli, a partire da quello interno ai rapporti di

mania, il nuovo corso istituzionale apertosi in Germania nonché le impostazioni di politica del diritto che andavano emergendo in quel paese costituirono oggetto di attenzione per il mondo giuridico e politico italiano, a partire dai primi anni trenta. A titolo puramente esemplificativo è sufficiente qui innanzitutto segnalare, da un lato la pubblicazione a cura di Delio Cantimori di una raccolta scelta di saggi di Carl Schmitt, *Principii politici del nazionalsocialismo*, con prefazione di Volpicelli⁵²; dall'altro, l'apparizione nel 1939 in lingua italiana, con l'introduzione di Arrigo Solmi⁵³, del libro di Hans Frank, Ministro del Reich nonché Presidente dell'accademia giuridica nazista, dal titolo *Fondamento giuridico dello Stato Nazionalsocialista*⁵⁴.

A tacer d'altro, entrambi gli autori, concordavano sul definitivo superamento della autonomia della scienza giuridica, a favore viceversa di una vera e propria militanza in funzione degli obiettivi della politica che, nella lettura di Frank, si spingeva sino al punto da prospettare ed auspicare la fondamentale presenza di veri e propri «mistici del diritto». Militanza, che, soprattutto secondo Schmitt⁵⁵, avrebbe dovuto coinvolgere tutti gli opera-

fabbrica, per sottoporlo al sistema autoritario dell'ordinamento corporativo e quello tedesco portato, viceversa, a negare del tutto tale conflitto, sul presupposto della presenza di «una totale comunione fra consociati»: distinzione, così lucidamente presentata da E. BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale*, cit. nt. 6, p. 34.

⁵² Nel libro, edito a Firenze nel 1935 con ampio saggio introduttivo di D. CANTIMORI, *Note sul nazionalsocialismo*, si rinviene il contributo più significativo del costituzionalista tedesco all'edificazione del regime nazista dal titolo *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica*: sul punto, si v. per tutti, A. PREDIERI, *Carl Schmitt un nazista senza coraggio*, La Nuova Italia, Scandicci 1998, t. I, p. 339 ss.

⁵³ Su Arrigo Solmi, che fu Ministro di Grazia e Giustizia dal 24.01.1935 al 11.07.1939, si v. I. BIROCCHI, voce *Arrigo Solmi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 93 (2018); M. LUCCHESI, «Fedele seguace del PNF almeno dal novembre del 1920». *A proposito dell'iscrizione di Arrigo Solmi al PNF*, in *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, RomaTrE-Press, Roma 2015; E. DEZZA, *La Facoltà giuridica pavese dal fascismo alla repubblica*, in *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana* (a cura di Cavina), Clueb, Bologna 2014, p. 58 ss., in part. 62 ss.

⁵⁴ A ben vedere, in avvio del volume si rinviene una nota del traduttore, il quale tenne a precisare che il titolo originario del libro era diverso (*Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates*) e che però, «accogliendo l'autorevole suggerimento di S.E. Solmi», aveva preferito togliere dalla intestazione italiana l'appellativo «del Führen», che avrebbe potuto indurre in errore circa l'effettivo significato di tale qualifica, che risulta di poi chiarito nel testo».

⁵⁵ Si v. in particolare C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica*, in Id., *Principi politici del nazionalsocialismo. Scritti e tradotti da Delio Cantimori*, Sansoni, Firenze

tori del diritto, a partire innanzitutto dai funzionari pubblici e dagli stessi giudici, chiamati non più alla mera «concretizzazione delle norme astratte» secondo il modello normativistico⁵⁶, ovvero avvalersi di clausole generali, quali norme indeterminate⁵⁷, bensì a farsi creatori di volta in volta della

1935, p. 211.

⁵⁶ Di qui il forte richiamo, in contrasto con il positivismo giuridico, ad un diritto non formalizzato diretto alla tutela del popolo, assunto come comunità razziale (al riguardo si v. J. CHAPOUTOT, *Il «popolo» principio e fine del diritto*, in ID., *La rivoluzione culturale nazista*, Laterza, Roma-Bari 2019, p. 109 ss.; ID., *La legge del sangue. Pensare ed agire dei nazisti*, Einaudi, Torino 2014, p. 123 ss.) cui faceva da corollario la crociata avviata dallo stesso Schmitt di mettere a bando i giuristi di origine ebraica: e si v. tra l'altro il suo saggio del 1936, *La scienza giuridica tedesca in lotta contro lo spirito ebraico*, in C. ANGELINO (a cura di), *Carl Schmitt sommo giurista del Führer. Testi antisemiti*, Il Melangolo, Genova 2006, p. 31 ss.

⁵⁷ La riattenzione in Germania per le clausole generali, ambigualmente affrontata da Schmitt, (sul tema, con specifico riferimento alla esperienza tedesca, nella quale maturò l'attenzione sulla tematica, si v. F. PEDRINI, *Le 'clausole generali'. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna University Press, Bologna 2013), si legava, in ogni caso, alla diversa lettura in ordine al ruolo «politico» dei giudici alla luce della crisi sociale emersa nella repubblica di Weimar. Il tema non mancò di suscitare anche in quel paese critiche e riserve da parte della letteratura giuridica legata al positivismo legislativo. In tale contesto, si collocò il contributo del 1933 di J.W. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, Pacini Giuridica, Pisa 2022, in quale, peraltro, come tanti altri giuristi tedeschi, non si sottrasse alle sirene del nazionalsocialismo e al forte richiamo alle concezioni comunitaristiche fondate sulla razza, sebbene nel 1938, in occasione del secondo convegno giuridico italo tedesco del 1938, continuasse ad esprimere riserve sull'ampliamento dei poteri dei giudici mediante il ricorso a tali clausole (sul punto si v. il resoconto di G. VASSALLI, *Per un diritto unico delle obbligazioni*, in «Lo Stato», 1939, p. 206). Ed infatti, in veste di direttore della Commissione dell'accademia dei giuristi tedeschi, Hedemann provvide, insieme a Siebert e a Lehmann, all'elaborazione di un *Volksgesetzbuch* (che avrebbe dovuto sostituire il vituperato BGB) i cui principi, con riferimento alla prima parte, vennero illustrati nel rapporto *Das Volksgesetzbuch der Deutschen. Ein Bericht*, Monaco 1941: per un commento italiano, intervenuto subito dopo la pubblicazione del progetto del *Codice del popolo tedesco*, si v. B. ROSSI RAGAZZI, *Aspetti del nazionalsocialismo. Nasce il nuovo codice nazionale germanico*, in «Commercio», 1943, n.1-2, p. 7 ss. e n. 3-4, p. 10 ss., nonché l'osservazione compiaciuta di M. D'AMELIO, *Il diritto*, in J. DE BLASI (a cura di), *Romanità e germanesimo*, Sansoni, Firenze 1941, p. 65 ss., in part. 76 in ordine, a suo dire, all'«identità sostanziale tra il programma tedesco che i giuristi dell'Accademia ora si propongono di svolgere e quello italiano già in parte compiuto»). Sempre di Hedemann, in linea con gli indirizzi della politica nazista, si v. anche il saggio su *Il problema dei 'grandi spazi' nel diritto dell'economia*, in «Lo Stato», 1941, 421ss. Sulla figura di Hedemann e sul suo contributo, anche come

norma in quanto *Volksgeossen* che «possono egregiamente interpretare in ogni istante così il diritto della collettività, cui appartengono, come i fatti materiali su cui devono decidere», senza pericoli di risultati anarchici, in quanto pur sempre partecipi di «una collettività razzialmente omogenea, costituita sulle basi del principio del Führer ed in cui ogni singola personalità sia [...] non astrattamente, ma concretamente valutata»⁵⁸.

In realtà, il concreto più organico riavvicinamento nelle relazioni culturali e politiche tra Italia e Germania, che avrebbero portato alla proclamazione dell'asse Roma-Berlino⁵⁹, intervenne a partire dalla metà degli anni trenta, allorché, come si è osservato, in ragione dell'autoisolamento politico culturale del terzo Reich e dell'isolamento dell'Italia dovuto alla guerra di Abissinia e al boicottaggio da parte della Società delle Nazioni, emerse da entrambe le parti «una esigenza quasi fisica di contatti esterni e di autoaffermazioni in campo internazionale» favorita altresì dalle indubbie forti somiglianze strutturali dei due sistemi e delle relative vicende politiche⁶⁰. Tra le numerose iniziative che fiorirono in tale prospettiva, si

storico, all'edificazione del diritto nazista, si rinvia a H. MOHNHAUPT, *Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler*, in M. STOLLEIS e D. SIMON (a cura di), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Mohr, Tübingen 1989, pp. 107-159.

In quel contesto storico, il tema delle clausole generali non sfuggì alla lucida attenzione di un fine giurista italiano, JEMOLO, il quale, nel suo saggio, *Il nostro tempo e il diritto*, in «Archivio giuridico», 1932, I, p. 129 ss. e 169 ss., avendo elevato lo sguardo «dagli angusti confini della tecnica giuridica», e scorrendo «la gravità e talvolta la tragicità della lotta tra fatto e diritto» alla luce dell'«ampio panorama della convulsa vita politica del dopoguerra nel mondo», denunciava, avvalendosi dialetticamente del modello offerto dal diritto canonico, il pericolo intrinseco nel ricorso nel diritto civile alle clausole generali, in quanto veicolo per assecondare finalità metagiuridiche affidate al governo dei giudici. Su Jemolo si v., *ex multis*, i saggi curati da B. SERRA, *Libertà, dubbio, coscienza morale. L'eredità di un Maestro: Arturo Carlo Jemolo (1891-1981)*, Atti del Convegno di Studio Roma, 22 aprile 2021, Mucchi, Modena 2022; e C. FANTAPPIÉ, *Il conflitto delle fedeltà. Arturo Carlo Jemolo e il fascismo*, in *I giuristi e il fascino del regime*, cit. nt. 53, p. 159 ss.

⁵⁸ Le ultime espressioni, riflettenti il pensiero di Schmitt, sono di C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano 1938, p. 95.

⁵⁹ Sul punto restano fondamentali le ricerche di A. SOMMA, *L'Asse culturale Roma-Berlino nell'Europa fascista e nazionalsocialista*, in ID., *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2005, p. 311 ss.

⁶⁰ In questi termini J. PETERSEN, *L'accordo culturale tra l'Italia e la Germania del 23 novembre 1938*, in K.D. BRACKER e L. VALIANI, *Fascismo e nazionalsocialismo*, il Mulino, Bologna 1984,

collocò la fondazione promossa dal già richiamato Hans Frank di un «Comitato per le relazioni giuridiche italo-germaniche» indirizzato in particolare «ad approfondire le relazioni in campo giuridico, soprattutto l'evoluzione del diritto e il diritto comparato».

Orbene, in questa apertura di dialogo culturale e politico si collocarono significative iniziative di collaborazione giuridica italo-tedesca⁶¹ costituite dall'organizzazione a breve distanza di tempo di due convegni giuridici, quello tenutosi a Roma tra il 21 ed il 25 giugno 1938 ed il secondo svoltosi a Vienna tra il 6 e 11 marzo dell'anno successivo⁶².

Ai nostri fini, non è necessario ripercorrere analiticamente i lavori di tali convegni. È sufficiente, però, rimarcare che tali iniziative culturali in cui, da parte italiana, vennero coinvolti giuristi e politici, costituiscono, nel confronto dialettico con i giuristi tedeschi, una significativa manifestazione dell'avviato processo di esplicita politicizzazione della riforma legislativa legata alla codificazione per cui, in definitiva, il dibattito meramente dottrinario sino ad allora emerso iniziava a cedere il passo a valutazioni ispirate a cogliere i profili identitari delle istanze ideali ed ideologiche dei rispettivi regimi politici, quello fascista e quello nazista⁶³: ciò avvenne sia

p. 331 ss., in cui si rinviene un'indagine sull'evoluzione delle relazioni italo-tedesche avviate alla metà degli anni Trenta, a partire dalle questioni legate al trattamento dei lettori di madre lingua e dei tedeschi rifugiatisi in Italia dopo l'avvento al potere di Hitler, sino alla stipula dell'accordo intervenuto dopo l'*Anschluss* dell'Austria e l'adozione in Italia della legislazione razziale: accordo con cui vennero formalizzati con effetti anche nel nostro paese i principi razzisti e totalitari alla base della politica culturale nazionalsocialista. Su tale accordo, si v. altresì SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, cit. nt. 59, p. 320 ss.

⁶¹ A questo avvicinamento alla nuova cultura tedesca legata all'esperienza nazista si affiancò nelle riviste del regime l'avvio della polemica nei confronti della cultura giuridica italiana attardata «nella difesa dei dogmi del passato»: così la nota *Scienza del diritto italiana e germanica*, in «Lo Stato», 1938, p. 185 ss.: polemica che accompagnò i lavori stessi della codificazione, da allora oggetto di attenzione da parte della stampa di regime.

⁶² Su queste iniziative si rinvia per tutti a S. GENTILE, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico giuridica (1938-1945)*, Giappichelli, Torino 2013, p. 90 ss.; nonché a SOMMA, *L'Asse culturale*, cit. nt. 59.

⁶³ Sul tema era fortemente impegnato Costamagna con la sua rivista *Lo Stato*. Tra i suoi contributi emersi in quel periodo, si v. le considerazioni poste a margine del saggio di R. HÖHN, *Führer-Staat e repubblica parlamentare*, in «Lo Stato», 1938, pp. 7-8, nonché le altre richiamate nella successiva nota *Scienza del diritto italiana e germanica*, ivi, pp. 185 ss. Come si ricava da tali note, secondo Costamagna, la più significativa distinzione tra l'impostazione

pure con differenziazioni che nelle conclusioni dei due convegni furono affidate a formule ambigue e di compromesso, alla luce delle posizioni più estremistiche e, al tempo stesso, più coese prospettate dai giuristi tedeschi, a proposito ad es. del ruolo del giudice e delle clausole generali nella disciplina delle obbligazioni, per non parlare del tema della razza. Come dire, dunque, che il confronto emerso nel corso di quel primo incontro non mancò di approfondire, nell'ambito della polemica politica nazionale, la crescente critica sull'arretratezza della cultura giuridica italiana rispetto alle attese del regime.

In particolare, per ciò che qui interessa rimarcare, è oltremodo significativo che già a livello apicale, in particolare tra i protagonisti del processo codificatorio, la relazione svolta da Asquini nel convegno italo-tedesco tenutosi a Roma nel giugno del 1938, a proposito della disciplina delle obbligazioni, era già in grado di segnalare, sia pure implicitamente, il superamento in Italia del progetto italo-francese ripreso nel 1936, nonché di esplicitare apertamente l'ormai maturata convinzione circa la necessità di un'unificazione della disciplina delle obbligazioni civili e commerciali, fondamentale per il governo delle relazioni sociali, sì da porla in linea con le istanze ideali e ideologiche del regime fascista.

Il tema stesso dell'unificazione, a ben vedere, era stato proposto dalla delegazione italiana e, come si legge nel resoconto del dibattito elaborato dallo stesso Asquini⁶⁴, era stato risolto in senso positivo dall'incontro delle due delegazioni, «avuto riguardo anche al fatto dell'inquadramento professionale di tutti i cittadini». Nel medesimo resoconto, Asquini non mancò di insistere sul fatto che la convergenza con i giuristi tedeschi riguardava anche la soluzione del problema della relazione tra il diritto delle obbligazioni e il nuovo diritto commerciale. Al riguardo, dalla discussione era emersa certamente l'opportunità di una codificazione unitaria del diritto delle obbligazioni, ferma restando pur sempre la conservazione del diritto commerciale che in quel contesto equivaleva alla conservazione in ogni

nazional-socialista e quella fascista riguardava la diversa concezione dello Stato rispetto alla comunità. A suo dire, nell'impostazione nazional-socialista, lo Stato è semplicemente un servitore della comunità nazionale, ponendosi in una posizione subordinata, per cui il Führer più che organo dello Stato, è Capo della comunità nazionale. Viceversa, nella dottrina fascista, la comunità si identifica con lo Stato. Ai nostri fini, interessa segnalare che, prendendo spunto dal saggio di Höhn, Costamagna constatava criticamente il ritardo della cultura giuridica italiana ancora permeata dalla mentalità giuridica dell'Ottocento, a fronte di quella tedesca che si era sintonizzata con i paradigmi politici del nazional-socialismo.

⁶⁴ Lo si legge in «Lo Stato», 1938, *Unificazione del diritto delle obbligazioni*, p. 411 ss.

caso del codice di commercio⁶⁵.

Nel merito della disciplina delle obbligazioni, il resoconto di Asquini non mancò di rimarcare che, nel quadro della correlazione tra «libertà (autonomia contrattuale) e responsabilità», i giuristi tedeschi avevano attribuito un significato di ampio contenuto politico al concetto di responsabilità, nel senso di responsabilità del singolo verso la comunità nazionale, non dissimile, sempre a suo dire, dai «principi della nostra carta del Lavoro». Quanto ai rapporti tra debitore e creditore, Asquini segnalò che i giuristi tedeschi avevano «ampiamente sviluppato il principio sociale della fedeltà al contratto», in termini di «un obbligo di cooperazione tra il debitore ed il creditore per mantenere in vita il contratto, adattandolo anche alle circostanze sopravvenienti». Di qui, sempre a suo dire, «un nuovo sviluppo dei principi della clausola *rebus sic stantibus*», con «attribuzione al giudice di poteri discrezionali amplissimi per modificare il contratto in caso in cui, secondo i principi tradizionali della impossibilità, il contratto sarebbe invece dichiarato risolto».

I risultati dell'incontro sullo specifico tema della unificazione del diritto delle obbligazioni si rinvengono, altresì, nelle mozioni approvate all'unanimità in quel primo consesso. In particolare, una volta constatato che in entrambi i paesi era in corso di studio la riforma del diritto delle obbligazioni «per armonizzare anche questo ramo del diritto con i fondamentali principi politici comuni alle due nazioni» (tra cui quello dell'iniziativa privata, dell'autonomia contrattuale, della concorrenza «in correlazione col principio di responsabilità corporativa dell'individuo verso la nazione»), le mozioni approvate constatarono, tra l'altro, che nel distribuire meglio la materia tra codice civile e codice commerciale, si intendeva unificare in una legge generale delle obbligazioni le norme sulle obbligazioni e sui contratti

⁶⁵ A ben vedere, in quel lasso di tempo, il tema dell'unificazione della disciplina delle obbligazioni si intrecciò sempre di più, e su basi nuove argomentative, a quello relativo al superamento della distinzione tra codificazione civile e codificazione commerciale (sul punto ci permettiamo di rinviare al nostro *Asquini, Ascarelli e l'ordinamento corporativo*, cit. nt. 27, p. 185 ss.), per cui è verosimile che la favorevole conversione sul primo obiettivo da parte di Asquini, nel nuovo clima politico emerso sul tema della codificazione, fosse tatticamente finalizzato a non pregiudicare la conservazione della doppia codificazione cui si legava, secondo il suo pensiero, la salvaguardia dell'autonomia accademica del diritto commerciale. Sotto questo profilo, il convegno di Roma e quello successivo di Vienna tra giuristi italiani e tedeschi furono per il giurista friulano un successo, posto che in entrambi Asquini riuscì a rinsaldare l'idea che l'unificazione della disciplina delle obbligazioni, lasciasse impregiudicata la conservazione delle due codificazioni.

in generale e riservare al codice di commercio e alla legislazione speciale di categoria la disciplina delle imprese, lo statuto professionale del commerciante, etc.

A proposito della disciplina delle obbligazioni, nella parte conclusiva della sua relazione sul tema, Asquini, in vista di una possibile convergenza tra la disciplina italiana e quella tedesca, aveva sintetizzato alcuni dei problemi generali al centro della auspicata codificazione del nuovo diritto delle obbligazioni. Al riguardo, aveva richiamato, tra l'altro, e per primo, proprio il tema relativo all'alternativa «tra responsabilità oggettiva o soggettiva» (risoluzione o adattamento del contratto in caso di impossibilità o eccessiva onerosità dell'obbligazione)⁶⁶. Come dire, dunque, che, già in quel frangente, Asquini si era collocato in una posizione decisamente più «aperta» rispetto alla stessa prevalente interpretazione del diritto allora vigente in Italia, lasciando così schiuse le porte a favore di una soluzione diversa da quella presente nella codificazione del 1865 o per lo meno rispetto alla soluzione cui egli stesso aveva aderito, ossia quella della responsabilità oggettiva assoluta avanzata e difesa in dottrina rigorosamente e costantemente da Giuseppe Osti e al centro, come si è visto, nel progetto di d'Amelio sulle obbligazioni risalente al 1936.

Al tempo stesso, nel prospettare l'avvenuta maturazione del tema relativo all'unificazione della disciplina delle obbligazioni civili e commerciali, ferma restando, pur sempre la conservazione dei due codici, quello civile e quello commerciale, Asquini aveva, significativamente, lasciato alle spalle la sua originaria opposizione a tale unificazione, proprio in quanto aveva preso atto, in definitiva, dell'inevitabile carattere unitario dell'impatto che le istanze corporative avrebbero avuto sulla disciplina dei rapporti obbligatori alla base di tutte le relazioni sociali. Al tempo stesso, però, continuò a ribadire e difendere pur sempre la conservazione del codice di commercio accanto a quello civile. Dal suo punto di vista, il «sacrificio» dei contratti commerciali dovuto all'unificazione della disciplina delle obbligazioni restava pur sempre bilanciato, in vista della tutela dell'autonomia del diritto commerciale, dalla conservazione del codice di commercio accanto a quello civile.

Il tema, oggetto del primo convegno romano, venne ripreso l'anno seguente nell'incontro tenutosi a Vienna nel marzo del 1939 dal medesimo Comitato italo tedesco: incontro, nel corso del quale venne altresì affrontato

⁶⁶ Si v. la relazione di A. ASQUINI, in *Atti del primo convegno italo tedesco* (Roma 21-25 giugno 1938), Istituto Poligrafico dello Stato-Libreria, Roma 1939, p. 138.

anche il tema del rapporto tra il diritto e la razza⁶⁷, nonché quello del rapporto tra la legge ed il giudice.

In ordine ai lavori finalizzati alla possibile costruzione di un diritto unico delle obbligazioni al centro del tema sui «Principi fondamentali comuni nel vigente diritto delle obbligazioni in Italia e in Germania», l'articolata sintesi elaborata da Giuliano Vassalli⁶⁸ non mancò di segnalare le significative differenze di approccio dei giuristi tedeschi ed italiani alla soluzione dei problemi inerenti alle obbligazioni contrattuali, su cui si con-

⁶⁷ Le relazioni di Costamagna, per la parte italiana, e quella di Ruttke, per la parte tedesca, furono pubblicate nel numero di marzo della rivista «Lo Stato», 1939, p. 135 ss., nella direzione di un progressivo allineamento della politica italiana a quella tedesca nella discriminazione razziale a danno degli ebrei sul presupposto, richiamato nella conclusioni dell'incontro, secondo il quale «il popolo italiano e tedesco oppongono alle ideologie universalistiche e cosmopolite dell'ebraismo internazionale i principi categorici che risultano dalle legge di Norimberga del 15 settembre 1935 e dalle risoluzioni del Gran Consiglio del fascismo del 6 ottobre 1938-XVI» (su quest'ultima si v. ora G. FABRE, *Il Gran Consiglio contro gli ebrei. 6-7 ottobre 1938: Mussolini Balbo e il regime*, il Mulino, Bologna 2023).

⁶⁸ La sintesi predisposta da Giuliano Vassalli (dal titolo *Per un diritto unico delle obbligazioni*), che era stato coinvolto nel convegno viennese in qualità di semplice segretario ai lavori di diritto privato, si legge in «Lo Stato», 1939, p. 203 ss., e segue, in quello stesso fascicolo di aprile della rivista, la sintesi elaborata, a sua volta, da Costamagna a proposito del tema relativo ai rapporti tra la legge ed i giudici. Come si è ricordato nel testo e nella nota precedente, in quel secondo convegno, venne discusso anche il tema relativo ai rapporti tra il diritto e la razza. Di qui una accesa polemica, emersa nel secondo dopoguerra, in ordine al presunto coinvolgimento nelle determinazioni conclusive su tale argomento sia di Leopoldo Piccardi, facente parte della delegazione italiana, come consigliere di Stato, sia dello stesso Giuliano Vassalli.

Sulla estraneità di quest'ultimo alla delegazione ufficiale italiana e sulla inconsistenza delle accuse rivolte nei suoi confronti in sede parlamentare a molti decenni di distanza da quegli eventi, si v. la Relazione della Commissione d'indagine richiesta dallo stesso Vassalli, allora deputato, contenuta negli *Atti parlamentari della Camera dei deputati*, V legislatura, seduta del 20 novembre 1971, p. 32856 ss. Quanto, viceversa, al presunto coinvolgimento di Leopoldo Piccardi nelle determinazioni sulla razza adottate nel convegno viennese del 1939, è sufficiente qui segnalare che la vicenda, anch'essa riemersa agli inizi degli anni settanta del Novecento, portò ad una accesa diaspora nel partito radicale e nel mondo degli intellettuali della sinistra laica legati alla rivista «Il Mondo», diretta da Panunzio: sul punto, per una prima informazione si v. G. FOCARDI, *Leopoldo Piccardi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 83 (2015), <[606](https://www.treccani.it/enciclopedia/leopoldo-piccardi_(Dizionario-Biografico)/>.</p>
</div>
<div data-bbox=)

centrò l'attenzione del convegno⁶⁹.

Ma, in ogni caso, al di là di quanto riportato nella sintesi prospettata da Vassalli, le risoluzioni approvate dal Comitato a conclusione della seconda sessione plenaria segnavano, pur sempre con un margine di ambiguità, un'indubbia preminenza e prevalenza delle tesi più «radicali» prospettate dai giuristi tedeschi, nel confronto con le determinazioni assunte nel corso del primo incontro dell'anno precedente. Ai nostri fini, è sufficiente rammentare il ribadito rilievo sia delle clausole generali, sia del più ampio ruolo spettante ai giudici. Quanto alle prime, si precisò che «L'applicazione delle leggi, e in modo particolare la valutazione dei concetti generali, quali quelli di buon costume, di equità, di ordine pubblico, di interesse generale ecc., deve aver luogo tenendo presente i principi ai quali si ispira il nuovo ordinamento nazionale, anziché le tramontate concezioni individualistiche del secolo passato». Quanto al ruolo preminente assegnato ai giudici, si evidenziò che essi sono forniti di un potere direttamente derivante dalla suprema autorità dello Stato e che «nell'esercizio del loro ministero, pur restando indipendenti da qualsiasi autorità particolare dello Stato, devono ispirarsi agli ideali della rivoluzione fascista e nazionalsocialista». Di qui, «una più ampia attribuzione di potere discrezionale al giudice, mediante particolari disposizioni da emanarsi a questo fine per singole materie».

Nel caso specifico dei rapporti contrattuali, la risoluzione approvata precisò che, in caso di modifica profonda dell'equilibrio originario del rapporto, doveva spettare al magistrato adoperarsi «perché le parti addiventano ad una opportuna modificazione della clausole contrattuali», ovvero, in caso di impossibilità, di pronunciare la risoluzione del contratto con l'aggiunta di provvedimenti finalizzati ad evitare pregiudizi o arricchimenti ingiustificati per una parte, nonché di modificare le clausole del contratto, sempre che a tale fine vi fosse una disposizione di legge. In ogni caso, si prevedeva la nullità del contratto in presenza di un abuso dell'autonomia contrattuale, da ritenersi sussistente «non solamente nei casi di violazione di espressi divieti legislativi e dei buoni costumi, ma anche nei casi di violazione dei principi dell'ordine politico-nazionale e delle regole fondamentali dell'economia poste dallo Stato»⁷⁰.

⁶⁹ Nel corso della discussione, come emerge dal resoconto di Vassalli, Asquini avanzò esplicite riserve a proposito della espansione dei poteri dei giudici quanto ad interferire nelle relazioni contrattuali, in particolare con la possibilità di introdurvi modifiche: riserve che, a ben vedere, furono alla base dei distinguo accolti nelle conclusioni finali adottate nel convegno viennese.

⁷⁰ I brani richiamati nel testo sono parte integrante delle risoluzioni approvate a Vienna

7. *La ripresa del lavoro codificatorio da Solmi a Grandi: la ricerca della via italiana nella competizione tra romanità e germanesimo*

Nella prospettiva ora richiamata, il triennio 1936-1939 costituì, in definitiva, un autentico spartiacque a proposito delle riforme legislative, in particolare, nella direzione della ripresa dei lavori relativi alla codificazione a seguito dell'insediamento di Dino Grandi al Ministero della Giustizia in sostituzione di Arrigo Solmi. In particolare, un primo punto di arrivo nel percorso della codificazione ben si rinviene nel discorso sulla *Riforma fascista dei Codici* pronunciato dal Ministro Grandi alla Commissione delle camere legislative per la riforma dei Codici del 16 ottobre 1939⁷¹.

Ai nostri fini, è interessante soffermarci su due fondamentali temi toccati dal Ministro. In particolare, con specifico riguardo al progetto del libro IV sulle obbligazioni e sui contratti, presentato il 15 agosto 1936 da d'Amelio all'allora ministro Solmi, Grandi ne comunicò il ritiro, peraltro già intervenuto il 23 agosto 1939⁷². A tale proposito, Grandi si limitò a rammentare che quel progetto ricalcava fedelmente il progetto italo-francese emerso dopo la fine della Prima guerra mondiale e dunque ben «prima che la Rivoluzione fascista avesse emanato la carta del lavoro la quale contiene i principi del nuovo Diritto, e fosse giunta a fissare gli Ordinamenti corporativi, ossia gli Istituti fondamentali, che sono la premessa e la base della nostra Riforma costituzionale».

Senza entrare nel merito di quel progetto quasi integralmente recepito da d'Amelio nel 1936, Grandi, nell'evocare «altri ovvi motivi di politica generale», si limitò a considerare ormai *superato* il progetto italo francese,

che furono pubblicate in «Dottrina fascista», 1939, p. 212 ss.

⁷¹ Lo si legge in «Foro italiano», 1939, IV, p. 241 ss.

⁷² In realtà, già nel dicembre del 1937, Solmi, in un *Appunto* sui lavori della codificazione aveva rilevato, a proposito del libro IV sulle obbligazioni che «[...] l'attuale progetto preliminare, elaborato – come si è premesso – in epoca ormai lontana, con altri criteri e più ristrette finalità, nell'intento immediato di giungere ad una unificazione legislativa tra Italia e Francia, risulta in massima parte inadeguato alle reali esigenze della nuova codificazione fascista, ed anzi quasi anacronistico per il diverso orientamento dei principi che lo ispirarono e che conducevano perfino all'assurdo di tacere completamente dei contratti di lavoro e dei contratti collettivi. Si reputa perciò necessario ritirarlo anzitutto dalla Commissione parlamentare e procedere quindi, ad opera del Ministro, ad un completo rifacimento di esso, che tenga precipuo conto del mutato clima politico, sociale ed economico», in Archivio Centrale dello Stato, *Segreteria particolare del Duce, Carteggio ordinario 1922-43*, b. 817, fasc. 500012/II.

rilevando, alla luce dell'influenza della Carta del Lavoro dell'Ordinamento corporativo sugli stessi rapporti di diritto privato, quanto fosse indispensabile che «la nuova Legge delle Obbligazioni e dei Contratti, basandosi sulle più pure fonti romane ed italiane del Diritto, tenesse conto della grandiosa evoluzione subita dalle attività produttrici della Nazione, e delle nuove forme associative delle Corporazioni e dello Stato fascista», pur sempre, «in un saggio equilibrio che esclude ogni eccesso e garantisce diritti degli individui, delle categorie e quelli intangibili dello Stato».

Al tempo stesso, però, nel ritenere cosa ovvia «la palese ed unanime soddisfazione» legata alla decisione del Governo di ritirare il Progetto italo-francese, il ministro Grandi non mancò di esprimere la sua «franca opinione su di un altro aspetto del problema, che è tuttavia sostanzialmente il medesimo».

In particolare, a fianco del rigetto del progetto italo-francese, ormai non più rispecchiante il pensiero giuridico italiano anche alla luce degli indirizzi di politica legislativa del regime, Grandi intese collocare la sua esplicita presa di distanza dagli indirizzi culturali «emersi negli ultimi tempi tra studiosi italiani del diritto» contraddistinti, a suo dire, da «troppe arrendevoli simpatie verso esperienze ed istituti giuridici di altri Paesi, che amano dichiararsi estranei alla tradizione del Diritto romano o per i quali la gloria del Diritto romano non ha certamente lo stesso significato che ha per noi figli ed eredi di Roma». In tal modo, senza riferirsi esplicitamente all'esperienza giuridica nazista⁷³, e però, riservandosi espressamente di tornare «in altra sede», su questo argomento Grandi prendeva le distanze dall'impostazione seguita dal suo predecessore Solmi che aveva portato ai due convegni giuridici italo-germanici. In tal modo, volle rimarcare, come ben si coglie anche in suoi successivi interventi, la singolarità del modello giuridico italiano alla luce della contrapposizione, in un primo tempo, tra romanità e latinità e, successivamente, in maniera più esplicita, tra romanità e germanesimo, in considerazione della sempre più manifesta avversione del nazismo nei confronti del diritto romano⁷⁴.

⁷³ Sulla visione critica del diritto romano da parte del nazismo in quanto colpevole di individualismo a fronte del comunitarismo razziale germanico, esiste una ampia letteratura: per una sintesi efficace, si v. J. CHAPOUTOT, *Lo snaturamento del diritto nordico. Diritto germanico e recezione del «diritto romano»*, in ID., *La rivoluzione culturale nazista*, cit., p. 33 ss. Sul mutato orientamento di Carl Schmitt dopo la caduta del nazismo si v. L. GAROFALO, *Carl Schmitt: da nemico ad amico del diritto romano*, in «Tesserac iuris», I.2, 2020, p. 7 ss.

⁷⁴ Tra i diversi interventi di Grandi su tale argomento, si v. in particolare il discorso *Diritto romano-fascista e germanico-nazista di fronte alla rivoluzione del secolo XX*, pronunciato nell'Aula

In quel medesimo discorso, peraltro, il Ministro Grandi toccò anche il tema relativo alla codificazione commerciale da conservare accanto a quella civile: tema cui si legava, peraltro, la questione relativa all'unificazione della disciplina delle obbligazioni e dei contratti. Al riguardo, Grandi, facendo proprie le posizioni di Asquini, non mancò di riprendere le ragioni alla base di «una giustificata e comprensibile perplessità in ordine alla riforma del Codice commerciale». Tali ragioni, a suo dire, riguardavano da un lato la stessa opportunità di fissare norme generali in materia commerciale in un «periodo di trasformazione profonda della vita economica nazionale, ed

Magna dell'Università di Monaco al Convegno dei giuristi germanici il 22 novembre 1940, pubblicato in «L'ordine corporativo», dic. 1940, p. 56 ss. In tale discorso, sul presupposto della condivisa prospettiva sulla tematica razziale da parte dell'Italia e della Germania, il diritto romano veniva prospettato da Grandi, quale «diritto della razza italiana», diverso da quello nazionalsocialista, espressione, a sua volta, della «pura tradizione del germanesimo e della razza tedesca». Il che, a suo dire, non gli impediva di riscontrare l'affinità sostanziale nei principi ideali delle rispettive rivoluzioni dei due paesi e di concludere che «Cooperare insieme nello studio degli ordinamenti giuridici, mentre i nostri eserciti combattono insieme sui campi di battaglia, è cooperare alla vittoria comune, al trionfo della giustizia, all'avvenire glorioso dei nostri due Imperi». In questa chiave «collaborativa», si v. le conferenze di studiosi e politici italiani tenutesi a Firenze tra il 4 dicembre 1940 e il 28 maggio 1941 edite da DE BLASI (a cura di), *Romanità e Germanesimo*, Sansoni, Firenze, 1941. Sul tema si v. S. VINCI, *L'abominevole babele del diritto. Nazismo e fascismo fra diritto germanico e diritto romano-italico*, in A. DE MARTINO (a cura di), *Saggi e ricerche sul Novecento giuridico*, Giappichelli, Torino 2014, p. 59 ss. Quanto all'articolato atteggiamento del nazismo e dello stesso Hitler sul mondo antico e su quello romano nonché alla prospettata «parentela germanico-greca» si v. per tutti J. CHAPOUTOT, *Il nazismo e l'Antichità*, Einaudi, Torino 2012.

È il caso qui di aggiungere, che l'emergente avversione degli esponenti più qualificati del regime nazista per il diritto romano contribuì senza dubbio ad incidere negativamente sull'approccio anche di molti giuristi italiani, per quanto non ostili al fascismo e ad una visione autoritaria dello Stato. Il riferimento è qui, in particolare, alla figura di Betti, sulla quale si è assai di recente accumulata una ampia letteratura di indagine. Ai nostri fini, e con riferimento al tema che qui interessa, sono significative le esplicite riserve che Betti avanzò sulle posizioni razziste e totalitarie del nazismo contenute nel suo contributo *Il quarto libro nel quadro del progetto del codice civile*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* vol. IV, Cedam, Padova 1940, p. 29 ss., in part. 54 ss., apparso anche in versione ridotta in «Rivista del diritto commerciale», 1938, I, p. 537 ss. e con titolo *Sul codice delle obbligazioni. L'influenza francese e l'esempio tedesco nel progetto (quarto libro) di riforma del Codice civile* in «Monitore dei tribunali», 1939, p. 417 ss.

anche di *impazienza* e di eccessiva *inquietudine* legislativa», dall'altro, le incertezze nella scienza del Diritto a proposito del problema dell'unificazione della legge commerciale con la legge civile.

Al di là di questa premessa che, indubbiamente, rispecchiava il dibattito di politica del diritto che in quegli anni si andava sviluppando ben oltre l'ambito delle riviste giuridiche in senso stretto, le direttive del Governo, annunciate dal Ministro nell'ottobre del 1939, prevedevano, sia pure con distinte cautele, da un lato la fusione di alcune parti del codice di commercio con quelle del codice civile, ferma restando «la fisionomia autonoma del Codice di commercio», dall'altro, a proposito dell'opportunità della codificazione sia del diritto commerciale, sia del diritto marittimo, la decisione di nominare due ristretti comitati incaricati di esaminare il problema. In definitiva, nell'autunno del 1939, l'elaborazione del nuovo libro delle obbligazioni e dei contratti, da collocare all'interno del codice civile, avrebbe dovuto implicare anche l'unificazione della disciplina civile e commerciale in materia, ferma restando sullo sfondo la distinzione tra la codificazione civile e quella commerciale.

8. *Il progetto del 1940 del libro IV delle obbligazioni. Considerazioni introduttive*

Il nuovo progetto del libro delle obbligazioni venne presentato da Grandi alla Commissione parlamentare il 25 maggio 1940⁷⁵ con un discorso in cui sono anticipati alcuni stralci della relazione che accompagnerà l'intero progetto destinato successivamente alla fine di giugno del medesimo anno, nella sua totale integrità, a costituire la prima completa bozza del libro delle obbligazioni che dopo diverse stesure venne ufficialmente alla luce, a distanza di un anno, nel giugno del 1941 (pur se formalmente risultata pubblicata, in appendice, sulla Gazzetta Ufficiale n. 5 del febbraio 1941)⁷⁶.

Indubbiamente, il discorso di Grandi del maggio del 1940 e la relazione di accompagnamento della prima completa bozza del libro IV sulle obbligazioni meriterebbero un'analisi ben più accurata.

Ai nostri fini, interessa qui sottolineare che in entrambe le occasioni,

⁷⁵ In realtà la parte generale era stata già presentata da Ferrara al Ministro Grandi nell'aprile del medesimo anno e da questo trasmessa alla Commissione dell'assemblea legislativa per la riforma dei codici il 30 aprile.

⁷⁶ La relazione finale del libro IV, formalmente pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 5 febbraio 1941 appendice *octies*, ossia l'ultima, dopo quella contenente la relazione al libro V, in realtà venne completata tra la fine del dicembre 1941 e i primi mesi del 1942.

in avvio della riflessione l'attenzione si concentrò sul tema relativo ai rapporti tra il libro delle obbligazioni e il codice di commercio, in ragione della constatata inadeguatezza della risposta tradizionale in materia di unificazione della disciplina delle obbligazioni fondata sulla c.d. commercializzazione del diritto privato, alla luce della presenza del sistema corporativo. Sul punto, condividendo, in definitiva, le posizioni allora fortemente sostenute da Asquini e nella consapevolezza che il tema fosse «divisivo» nel fronte politico più radicale, contrario alla conservazione del codice di commercio, Grandi intese confermare, per la verità con impacciate argomentazioni, la necessità di mantenere distinti il codice di commercio e la legge civile delle obbligazioni⁷⁷. In particolare, nella relazione del 26 maggio

⁷⁷ Invero, il progetto del nuovo codice di commercio elaborato da Asquini venne inviato allo stesso Grandi, il 15 giugno del medesimo anno, ossia tre settimane dopo il discorso del 25 maggio. È significativo, a conferma delle preesistenti turbolenze circa la conservazione del codice di commercio, che, nel trasmettere al Grandi il nuovo progetto del codice di commercio, Asquini facesse cenno «agli spiriti inquieti che ancora discutono» circa la conservazione del codice di commercio, utilizzando un'espressione che sembrava riecheggiare «l'eccessiva *inquietudine* legislativa» di cui aveva parlato lo stesso Grandi nell'ottobre del 1939 nel prospettare l'autonoma riforma del codice di commercio all'indomani del suo insediamento al Ministero della Giustizia.

Per altro verso, nella relazione di accompagnamento del progetto del nuovo codice di commercio, la relazione del ministro confermava innanzitutto che «Le ragioni che mi hanno indotto a mantenere l'autonomia del codice di commercio sono in parte già accennate nella relazione al libro del codice civile sulle obbligazioni. Tengo qui a confermare il contenuto politico di tali ragioni». Nel prosieguo della relazione al progetto del codice di commercio si rinvencono ulteriori argomentazioni a sostegno dell'autonomia del codice di commercio in quanto destinato a disciplinare «i settori fondamentali della moderna economia organizzata a base mobiliare: quelli che nel linguaggio corrente si dicono i settori della produzione industriale e dello scambio». E si aggiungeva: «Si tratta di settori che si distaccano da quelli dell'economia agraria, per i quali metodi di organizzazione economica, per lo sviluppo dei cicli di produzione, per i tipi di contrattazione, per il diverso funzionamento del credito». A prescindere dalle falsificazioni prospettate dallo stesso Grandi quanto al tempo in cui si giunse alla conclusione di rinunciare al codice di commercio ed a introdurre un nuovo libro nel codice civile (ossia il libro del lavoro), non è chi non veda – come puntigliosamente già ebbe a segnalare, in una sua postilla, M. ROTONDI, *La riforma della legislazione commerciale parere sul progetto preliminare del nuovo codice di commercio*, in ID., *Scritti giuridici. Studi di diritto commerciale e di diritto generale delle obbligazioni*, Cedam, Padova 1961, pp. 185-186) la distanza, intervenuta dopo pochi mesi, tra tali conclusioni e quelle poste successivamente da ministro nella relazione alla base del libro V del lavoro. In queste si legge che «oggi il principio corporativo non è solo l'asse di orientamento del limitato

1940, il Ministro rimarcò che «il sistema delle norme corporative indubbiamente vivifica tutta la materia delle obbligazioni civili, ma solo in date zone, e specialmente per quel che riguarda i contratti agrari e il contratto di lavoro, esso esercita una influenza diretta e precisa. Nell'organizzazione della produzione invece la influenza del principio corporativo si esplica in modo necessario e costante, sì che tutta la materia commerciale ne è intimamente compenetrata. Questa situazione rende manifesti i motivi che mi hanno convinto a mantenere distinti il codice di commercio dal libro del codice civile delle obbligazioni e dà ragione dei criteri seguiti nella distribuzione della materia».

Inoltre, tanto nel discorso del 26 maggio del 1940 quanto nelle relazioni di accompagnamento del primo progetto completo del libro IV, si registra una presa di distanze, per quanto ondivaga, rispetto al progetto del 1936⁷⁸.

Infatti, la relazione del Ministro da una parte tenne a criticare il modello individualistico che, anche a suo dire, sarebbe stato al centro del progetto italo-francese del 1927 e ripreso nel 1936 dal progetto d'Amelio, in contrapposizione, per la prima volta in maniera esplicita, a valori ed ai principi del corporativismo e del fascismo; dall'altra, prospettò, con estrema cautela e circospezione, le aperture ai principi della solidarietà e dell'intervento del giudice nei contratti, anch'essi ripresi nel progetto di d'Amelio.

Invero, al n. 10 della relazione del ministro Grandi al progetto del libro IV del 1940⁷⁹ così si legge:

settore dell'economia commerciale, ma domina totalitariamente l'intero campo dell'attività economica nazionale, compreso quel settore agricolo, che sembrava il più refrattario ai principi organizzativi e che invece con rapide tappe si è posto all'avanguardia del nuovo ordine corporativo [...]. Da questo punto di vista il presente libro integra quel processo di unificazione tra diritto civile e commerciale, che ha orientato la riforma del diritto delle obbligazioni».

⁷⁸ È oltremodo significativa la distanza tra la «narrazione» relativa al progetto italo francese presente nella relazione di Grandi del maggio 1940, sia da quella contenuta nel suo precedente discorso dell'ottobre 1939, sia da quella presente nel primo progetto del libro IV del 1940. La diversità delle considerazioni poste a fondamento delle critiche di Grandi al progetto italo-francese se da una parte evidenzia l'indubbio tatticismo alla base della condotta del Ministro, dall'altro segnala il radicalizzarsi del clima politico in ordine alla linea da seguire nei lavori della codificazione intervenuto dopo la fine del 1939 e che si accentuò nel corso dell'anno successivo.

⁷⁹ *Relazione al progetto del libro delle obbligazioni*, in Ministero di Grazia e Giustizia, *Progetti Preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. I, Istituto Poligrafico dello Stato-Libreria, Roma 1942, p. 9.

«a) Si è rilevata nel progetto del 1936 la diffusa applicazione di un *principio di solidarietà e di socialità*: esso è stato da me inteso entro limiti precisi, secondo la regola fascista del prudente coordinamento di ogni interesse individuale e di una giusta preminenza dell'interesse generale. Dal principio di socialità – frequentemente applicato, ho tratto una configurazione del rapporto obbligatorio più decisamente etica: infatti, ho posto un dovere di lealtà, di onestà e di correttezza anche per tutta la durata delle trattative; b) altro concetto fondamentale del progetto del 1936 è l'ingerenza discrezionale del giudice nell'ambito del rapporto obbligatorio. Questa ingerenza non può esser assunta come principio generale; si distruggerebbero le basi stesse della libertà di deliberazione che il fascismo nega solo quando contrasta con l'interesse collettivo e quando si attua con abuso dell'iniziativa, donde la eccezionalità dell'intervento del giudice nei rapporti privati, ed anzi la specificazione legislativa dei casi in cui tale intervento può essere attuato»⁸⁰.

Sotto questo profilo, il semplice confronto tra le soluzioni adottate in quella prima nuova stesura del libro delle obbligazioni e le altre che sarebbero state elaborate nei mesi successivi, anche alla luce del definitivo tramonto della distinzione tra i due codici e la determinazione di anteporre al codice la Carta del lavoro, è sufficiente per comprendere in pieno l'indubbia pressione che, in pochi mesi, nella parte finale dei lavori della codificazione, venne esercitata dai più significativi protagonisti politici del regime nel tentativo di indirizzare la disciplina delle obbligazioni in maggiore sintonia con l'ideologia corporativa: pressione, intervenuta, contestualmente anche a proposito dell'elaborazione del libro V sull'impresa ossia a partire dall'abbandono del progetto originario del nuovo codice di commercio e, successivamente, di rinunciare definitivamente ad un autonomo diverso codice da affiancare a quello civile⁸¹.

⁸⁰ In tale frangente, a ben vedere, le riserve che Grandi avanzava al progetto del 1936, a proposito degli ampi poteri di intervento assegnati ai giudici in materia di obbligazioni e contratti – progetto che riprendeva quello italo francese del 1927 – coincidevano con le critiche che la dottrina giuridica liberale aveva in precedenza avanzato a proposito di quest'ultimo: *ex multis*, si v. SANTORO PASSARELLI, cit. nt. 40, p. 61, il quale richiamò in proposito anche le riserve, per la verità politicamente più avvertite finemente avanzate da JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, cit. nt. 57, il quale, senza menzionare esplicitamente l'ordinamento corporativo, aveva utilizzato, in termini dialettici, il modello elastico del diritto canonico, nel quale il perseguimento dell'obiettivo salvifico dell'anima ben poteva giustificare la devianza dal diritto scritto.

⁸¹ Sul tema, si v. ora con amplissima documentazione N. RONDINONE, *Impresa e commercialità*

Senza qui entrare nei dettagli e rinviando alla analisi più mirata contenuta nel prossimo paragrafo sullo specifico tema oggetto della presente indagine, è sufficiente, a titolo esemplificativo, confrontare, in via generale, il primo testo completo del progetto risalente al giugno del 1940 e preso in considerazione da Lorenzo Mossa in un suo contributo pubblicato nella *Rivista di diritto commerciale* dello medesimo anno, con la successiva posteriore stesura, a sua volta intermedia, adottata qualche mese dopo e al centro delle osservazioni di Bracco pubblicate nel medesimo anno⁸².

Ebbene, il contributo di Mossa conteneva, fondamentalmente, una sua personale riscrittura, in forma di revisione, del progetto ministeriale secondo la prima stesura presentata nella primavera del 1940. In quella stesura, elaborata a ridosso del progetto del 1936, la disciplina delle fonti dell'obbligazione, prevista nell'art. 5, richiamava soltanto «il contratto, l'atto illecito e ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in virtù della legge». Viceversa, quella presa in esame da Bracco, in linea con la spinta crescente emersa in sede politica volta ad orientare, anche con forzature, il libro delle obbligazioni in chiave corporativa, si apriva, nell'art. 1, con una norma secondo la quale le obbligazioni sono regolate «dai principi generali della carta del lavoro, dalla legge dai regolamenti dalle norme corporative, dagli accordi economici collettivi, dai contratti collettivi di lavoro, dalle norme equiparate e dagli usi in quanto siano richiamati».

Tra la primavera del 1940 e quella del 1941, la sistemazione della disciplina delle obbligazioni, a partire anche dalla collocazione topografica delle norme oltre che dai contenuti introdotti, registrò vari mutamenti, subendo, e, al tempo stesso, metabolizzandole in parte, le pressioni provenienti dal mondo politico. In altri termini, le esigenze di introdurre nel codice civile richiami sistematici alle istanze corporative finì con il trovare

attraverso il «lato oscuro» dell'unificazione dei codici, Giappichelli, Torino 2020, nonché il nostro *La commercialità dell'impresa nell'elaborazione del Libro V del codice civile*, in «Rivista del diritto commerciale», 2004, I, p. 257 ss.

⁸² Ci si riferisce rispettivamente al contributo di L. MOSSA, *Sul codice delle obbligazioni (parte generale)*, in «Rivista del diritto commerciale», 1940, I, p. 313 ss., e a quello di R. BRACCO, *Brevi note sul progetto ministeriale del libro delle obbligazioni*, in «Studi senesi», 1940, p. 427 ss. Essi rientrano tra i pochissimi contributi sul libro delle obbligazioni editi nel corso dei lavori della codificazione. Sebbene entrambi siano richiamati senza alcuna distinzione nell'ampia indagine di RONDINONE, *Impresa e commercialità attraverso il «lato oscuro» dell'unificazione dei codici*, cit. nt. 81, in realtà, essi hanno preso in considerazione due stesure diverse del progetto: più precisamente, come osservato *supra* nel testo, la stesura del progetto analizzata da Bracco è di epoca successiva rispetto a quella alla base del contributo di Mossa.

concreto spazio nel corso dell'elaborazione, solo in parte coordinata, sia del libro quarto sulle obbligazioni, sia del libro quinto sull'impresa, salvo, poi, in sede di definitivo coordinamento, a spostare talune norme in altre parti del codice⁸³.

Ben diversa, mette conto osservarlo per completezza, può ritenersi la vicenda relativa alle disposizioni in materia di responsabilità extracontrattuale. Infatti, a ben vedere, il quadro normativo presente a tale riguardo nel primo progetto del libro delle obbligazioni del 1940 risulta, con riferimento alle diverse fattispecie di responsabilità da illecito⁸⁴, in larga parte coincidente con il testo definitivo adottato nel codice civile del 1942. In altre parole, la relativa elaborazione non risentì in maniera vistosa delle turbolenze che, viceversa, hanno caratterizzato l'elaborazione delle altre fonti dell'obbligazione e la loro disciplina generale. Sintomatica, al riguardo, la sintetica valutazione «politica» che, a caldo nel 1941 avanzò Pacchioni in un suo breve articolo⁸⁵ a proposito dell'intervenuta codificazione in ordine alla responsabilità extracontrattuale. In particolare, in premessa Pacchioni tenne ad osservare che «il movimento inteso a riconoscere largamente responsabilità senza colpa non fu, e non è, in sostanza che un particolare aspetto di un più vasto movimento politico sociale, inteso a spostare le basi

⁸³ A titolo esemplificativo, si pensi alla disciplina delle fonti dell'obbligazione contenuta nell'art. 1 e 2 del testo del libro delle obbligazioni, pubblicato nel 1941 e la loro successiva collocazione finale nelle disposizioni preliminari al testo finale del codice civile del 1942, ovvero all'inserimento esplicito dell'ordine corporativo, quale parte integrante dell'ordine pubblico, originariamente presente nell'art. 172 del testo del libro IV edito nel 1941, e successivamente spostato nell'art. 24 delle preleggi: sul punto si v. i significativi rilievi «a caldo» avanzati da S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, in «Stato e diritto», 1942, p. 26 ss., in part. p. 40 ss. Ma già in precedenza, a proposito della Carta del lavoro, F. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, cit. nt. 40.

⁸⁴ Il testo del 1940, in particolare, non comprendeva la disposizione sullo stato di necessità e, soprattutto, l'ipotesi di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose.

⁸⁵ Si v. G. PACCHIONI, *La responsabilità senza colpa nel nuovo codice civile italiano (artt. 882 e sgg. libro delle obbligazioni)*, in «Rassegna giuridica della circolazione stradale», 1941, p. 641 ss. È il caso di aggiungere, peraltro, che il quadro della disciplina sulla responsabilità extracontrattuale contenuta nel progetto del 1940 da un lato non si discosta dalla versione poi codificata ad eccezione dell'inserimento della ipotesi di responsabilità per attività pericolose, dall'altro ribadisce in larga parte le soluzioni accolte nel progetto del 1936 fatta salva la previsione in quest'ultimo del risarcimento dei danni morali. Si rinvia al contributo di Astone, in questo volume.

della vita giuridica economica, dai principii individualistici della rivoluzione francese, verso principii proclamati in gradazioni diverse dalla rivoluzione fascista, nazista, e comunista, che contrappongono e sovrappongono i diritti della nazione e della società e dello Stato, a quelli degli individui». A conclusione della sua analisi in ordine al richiamo alla semplice presunzione di colpa alla base di alcune disposizioni introdotte nel nuovo codice a proposito della responsabilità civile extracontrattuale, Pacchioni non esitò a rimarcare, criticamente, che «lo spirito sociale della nuova legislazione fascista non è adeguatamente penetrato in questa parte della nuova legislazione civile».

9. *Diligenza e responsabilità contrattuale per inadempimento nel primo progetto del libro IV*

Tornando alla tematica specifica della responsabilità contrattuale, è bene qui evidenziare che la nuova elaborazione del libro delle obbligazioni sin dalla prima stesura del 1940 segnò un primo evidente mutamento di prospettiva rispetto alle soluzioni presenti nel progetto del 1936, pur riprendendone la struttura di fondo. Quest'ultimo, come si è già osservato, aveva ribadito chiaramente l'opzione a favore della natura oggettiva della responsabilità da inadempimento e, a tale fine, aveva consapevolmente voluto ridimensionare la portata generale del richiamo alla diligenza contenuto nel codice civile italiano del 1865 all'art. 1224.

Orbene, il testo del primo completo progetto del nuovo libro delle obbligazioni elaborato nella primavera del 1940, in apertura del capo V a proposito dell'adempimento delle obbligazioni, disponeva negli artt. 73 e 74 rispettivamente da un lato che «il debitore, nell'eseguire la prestazione, deve comportarsi secondo le regole della buona fede», dall'altro che «Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve impiegare la diligenza di un buon padre di famiglia. Questa regola si deve applicare con maggiore o minore rigore secondo le norme contenute per certi casi in questo codice»⁸⁶.

Al tempo stesso, però, a fronte del riferimento generale alla diligenza, il progetto prendeva pure sempre una significativa distanza dalla soluzione dottrinarina che, legando il criterio della diligenza alla disciplina della respon-

⁸⁶ In quel progetto, il richiamo ad un minor rigore nell'applicazione della regola ricorreva nell'art. 595 a proposito della «responsabilità per colpa» rispettivamente del mandatario, in presenza di un mandato gratuito, e del depositario (art. 636), nel caso di deposito gratuito.

sabilità da inadempimento, aveva sostenuto la natura c.d. soggettiva della responsabilità contrattuale, sì da ritenere sussistente il caso fortuito sol che il debitore avesse provato l'avvenuta osservanza da parte sua della diligenza del buon padre di famiglia.

In questa versione, in definitiva, il progetto del 1940 da una parte si allontanò da quello del 1936 che, a sua volta aveva ripreso quello italo-francese del 1927, dall'altra si attenne alla soluzione già presente nel codice civile del 1865, sia pure in una prospettiva volta a rafforzare, in linea di principio, la tesi favorevole alla natura oggettiva della responsabilità da inadempimento contrattuale, sulla base, peraltro, della motivazione contenuta nella relazione di accompagnamento, rigorosamente in linea con l'impostazione dottrinale di Giuseppe Osti direttamente coinvolto nei lavori preparatori del libro IV delle *Obbligazioni*⁸⁷.

Infatti, a proposito della responsabilità contrattuale, il progetto del 1940, all'interno del capo VI «Dell'inadempimento delle obbligazioni» (art. 113-124), poneva, in primo luogo, una regola generale. L'art. 117 così disponeva:

Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto a risarcire i danni al creditore.

Il risarcimento è dovuto così per l'inadempimento come per il ritardo, se il debitore non prova che l'inadempimento o il ritardo siano dipesi da un fatto di cui egli non debba rispondere, in virtù delle norme contenute nella sezione V del capo X di questo titolo.

⁸⁷ Sul ruolo importante svolto da Osti nei lavori preparatori del libro IV vi sono molte testimonianze e riconoscimenti, al di là della documentazione relativa ai suoi costanti rapporti con Mandrioli, capo di gabinetto del ministro Grandi che gli aveva affidato il compito di tenere le fila del processo codificatorio. A titolo esemplificativo, si v. l'affermazione di W. BIGIAMI, *Necrologio* di Giuseppe Osti, in «Rivista di diritto civile», 1965, p. 76 ss., 80 a proposito dell'«opera acutissima e sagace da lui data all'allestimento del libro IV (Obbligazioni) del nuovo codice civile»; in termini non diversi P. RESCIGNO, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1964. È il caso di ricordare che il coinvolgimento di Osti nei lavori della codificazione venne disposto, grazie anche all'intervento di Mandrioli, dal ministro Grandi con il quale nel lontano 4 febbraio 1922 Osti si era battuto in duello come parte offesa alle porte di Bologna: su questo episodio, si v. A. FASSÒ, *Cavalleria borghese. Il duello fra Dino Grandi e Giuseppe Osti*, in «Quaderni di Filologia Romanza», 26-27 (2018-2019), p. 237 ss. Lo stesso Osti, all'indomani della fine dei lavori della codificazione, in una lettera di congedo da Mandrioli (riportata da RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit. nt. 4, p. 538) non mancò di ringraziare l'amico anche della possibilità che aveva così favorito «di una rinnovazione degli antichi cordiali rapporti» che aveva intrattenuto con Grandi.

A sua volta, la sezione ora indicata, significativamente intitolata «Della impossibilità della prestazione», costituita da quattro articoli, si apriva con l'art.175 il quale così disponeva:

L'obbligazione si estingue quando, per causa estranea incidente sulla prestazione, e non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile in modo definitivo.

Quando l'impossibilità derivante da una tale causa è solamente temporanea, il debitore finché essa perdura, è esente da responsabilità per il ritardo nell'adempimento [...].

A prescindere dalla scelta adottata in tale progetto sia di ribadire il richiamo generale alla diligenza, sia di collocare la disciplina relativa all'impossibilità della prestazione in una autonoma sezione all'interno del capo destinato a riunificare tutti i «modi di estinzione delle obbligazioni senza adempimento» (tra cui la novazione, la remissione, la compensazione, la confusione), la soluzione adottata intendeva apertamente essere in linea con la tesi dottrinarie che, già sulla scorta del codice del 1865, nel configurare la natura della responsabilità da inadempimento non solo negava a tale fine rilevanza sistematica alla diligenza del debitore, ma, al tempo stesso, si era espressa a favore della natura oggettiva di tale responsabilità.

Sul punto, il testo della relazione di accompagnamento del progetto risulta particolarmente puntuale tanto nel fare chiarezza sul tema che aveva conosciuto sino ad allora un acceso dibattito ermeneutico, quanto nell'illustrare, al tempo stesso, la devianza dal progetto del 1936.

Al riguardo, la relazione è di rilevante interesse soprattutto se la si pone a confronto, con quella finale dettata per la stesura definitiva del libro IV delle obbligazioni del codice del 1942, in riferimento sia al ruolo da assegnare al richiamo generale alla diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, sia alla natura della responsabilità da inadempimento contrattuale.

Infatti, in avvio della analisi dell'art. 73 del progetto del 1940 sopra riportato, il n. 63 della relazione che accompagnava tale progetto del 1940 tenne innanzitutto a precisare che il capoverso dell'art. 73 mirava a riprodurre «in termini più generali il principio dell'art. 1224 del codice civile del 1865, in base al quale i contratti debbono essere eseguiti in buona fede».

La relazione così proseguiva:

L'affermazione di questo dovere si completa, allo scopo di determinare il grado e la misura del contegno attivo che il debitore deve tenere, con il principio che il debitore deve, nell'adempimento della obbligazione, usare

la diligenza di un buon padre di famiglia.

Detta regola non era stata assunta dal progetto del 1936 in termini così generali perché si era osservato che, se si escludono i casi menzionati dalla legge (custodia e mandato), la intensità del dovere del debitore deve essere determinata alla stregua della regola secondo cui egli è esente da responsabilità se non quando provi che l'inadempimento o il ritardo provengono da causa estranea a lui non imputabile.

Questi concetti, ispirati al codice Napoleone (art. 1137), erano stati superati dal codice del 1865 e dalla stessa giurisprudenza francese, che estendeva già il ristretto principio dell'art. 1137 ad ogni genere di obbligazione. Vero è solo che, mentre in certe obbligazioni (come, ad esempio, quella di custodia), il richiamo alla diligenza importa addirittura la determinazione concreta del contenuto dell'obbligo, invece in altre obbligazioni, in cui il contenuto specifico è già predeterminato, la diligenza richiesta è solo un criterio per valutare il contegno del debitore. Ma questo diverso rilievo che può avere il richiamo della diligenza nell'adempimento, non esclude affatto la possibilità di una formulazione generale.

Né, mi pare, poi che tale affermazione contrasti con il fatto che il debitore è esente dalle sole conseguenze del fortuito. La regola generale suddetta integra, anzi, la norma che esenta il debitore solo dal fortuito. Infatti, di vero casum non si potrà più parlare quando risulti che non fu osservata la dovuta misura di diligenza; allora l'evento che impedì o ritardò l'esecuzione dell'obbligazione deve imputarsi al debitore.

Per altro verso, il successivo n. 64 della relazione volle soffermarsi in particolare sul richiamo alla formula del «buon padre di famiglia». Al di là dei riferimenti alla tradizione romanistica e alla «resurrezione del romanesimo», la relazione tenne a sottolineare che tale formulazione «è in condizione di servire l'idea etico-sociale del fascismo, e di rappresentare la sintesi della civiltà fascista sulle cui basi deve modellarsi la figura dell'uomo medio»⁸⁸.

In definitiva, già nella prospettazione relativa alla conservazione del riferimento generale alla diligenza, la relazione al progetto del 1940 si indirizzò apertamente verso la soluzione, a suo tempo prospettata in dottri-

⁸⁸ La relazione così proseguiva precisando che tale figura «si sostanzia della materia della nostra Rivoluzione: non più il soggetto sollecito solo della sua libertà giuridica, ma il soggetto che compone il proprio interesse in una gerarchia superiore plasmantesi sulle esigenze di tutti, il soggetto che dà ai propri bisogni il significato di uno stimolo per la realizzazione dei bisogni generali [...]».

na da Osti, che considerava la presenza di tale richiamo nell'art. 1124 cod. civ. del 1865 del tutto compatibile con la natura oggettiva della responsabilità contrattuale, come tale destinata ad escludersi solo in presenza di un caso fortuito, a sua volta non imputabile al debitore.

Al tempo stesso, riconosceva pur sempre che la diligenza del debitore assumesse significato pregnante per talune obbligazioni (quelle di mezzi, per intenderci) in cui essa contribuisce alla stessa determinazione del contenuto concreto dell'obbligo.

Questa impostazione della relazione, favorevole a sostenere la natura oggettiva della responsabilità contrattuale da inadempimento, era ulteriormente ribadita in sede di illustrazione, sia della disposizione di rinvio di cui all'art. 117 del progetto, sia dell'art. 175 dedicato appunto all'ipotesi di impossibilità della prestazione.

A proposito della norma di rinvio di cui all'art. 117, nel n. 98, la relazione precisò innanzitutto che, in ordine al risarcimento del danno da inadempimento, la disposizione generale ivi contenuta aveva posto «soltanto il limite che il debitore provi la incidenza di un fatto di cui non debba rispondere».

Ben più articolata e precisa si presenta la parte della relazione dedicata all'impossibilità della prestazione intervenuta per una causa estranea non imputabile al debitore: formula accolta in pieno dal linguaggio normativo ed assunta proprio come ipotesi escludente la responsabilità del debitore e implicante l'estinzione dell'obbligazione.

La stessa apertura del § 150 della relazione è significativa. Nel riferirsi alla sezione riguardante l'estinzione della obbligazione per l'impossibilità della prestazione, si parla espressamente di una *impossibilità oggettiva di adempimento*.

La relazione così prosegue:

I presupposti di tale impossibilità risultavano nel codice dal coordinamento degli articoli 1225, 1226 e 1298 (art. 89 e 96 del progetto del 1936); ma il codice considerava la ipotesi generale di impossibilità solo a proposito dell'inadempimento e regolava esplicitamente come caso di estinzione solo il perimento della cosa. [...] si è coordinata la materia facendo operare un'unica formula legislativa circa l'impossibilità, così sul terreno dell'inadempimento come sul terreno della estinzione. È perciò che, in tema di inadempimento per effetto di impossibilità (art. 117), si è fatto un puro e semplice rinvio alle norme sulla estinzione, ove si è ritenuto che fosse la sede in cui più propriamente avrebbe potuto precisarsi il concetto di impossibilità.

Ancor più rilevante, ai nostri fini, è il successivo § 151 della relazione. Dopo aver significativamente individuato nella prestazione e sulla sua *oggettiva impossibilità* sopravvenuta, sempre che proveniente da una *causa estranea* non imputabile al debitore, una delle vicende estintive dell'obbligazione, la relazione si intrattenne, analiticamente, sulla nozione di impossibilità della prestazione.

A suo dire, con questa formula si era voluto significare:

- a) che l'impedimento non deve avere causa dalle condizioni e dalle vicende soggettive, personali e patrimoniali del debitore, bensì da eventi estranei alla sua persona e alla sua sfera aziendale;
- b) che esso non deve incidere sulle condizioni soggettive, personali e patrimoniali del debitore, ma deve cadere direttamente sulla prestazione, così da rendere questa ineseguibile in sé e per sé, prescindendo in modo pieno dalle condizioni soggettive del debitore;
- c) che l'impedimento non solo non deve essere rimosibile attualmente, ma deve essere insuperabile anche per tutto il tempo in cui il creditore può avere interesse alla prestazione e il debitore possa ritenersi tenuto ad eseguirla [...].

La configurazione della responsabilità contrattuale accolta nel progetto del 1940 appariva chiaramente in linea con la dottrina che, in maniera più autorevole e convincente, aveva sostenuto la tesi della sua natura oggettiva fondata sull'impossibilità assoluta della prestazione: la stessa nuova collocazione della regola esaltava il legame tra la ricorrenza di siffatta impossibilità oggettiva assoluta e la conseguente estinzione dell'obbligazione, per cui era venuta meno la ragione di conservare nella disposizione anche l'esplicito riferimento al caso fortuito e alla forza maggiore presente nell'art. 1226 del codice civile del 1865.

In definitiva, nel progetto del 1940, in linea con il codice del 1865, veniva confermato il richiamo generalizzato alla diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento esatto dell'obbligazione, che, viceversa, era stato formalmente ridimensionato nel progetto d'Amelio del 1936, ma al tempo stesso: a) si precisava espressamente che esso era pienamente compatibile con il fondamento oggettivo della responsabilità da inadempimento, da escludersi solo in presenza di un'impossibilità della prestazione dovuta ad una causa oggettiva esterna; b) si riconosceva, significativamente, che la diligenza assumeva rilevanza in via principale nelle sole obbligazioni di contegno, ma, in ogni caso, il richiamo alla diligenza veniva prospettato, addirittura, come destinato ad integrare la regola oggettiva della responsa-

bilità contrattuale in quanto la ricorrenza in concreto della negligenza del debitore avrebbe reso superflua la prova circa la sussistenza del caso fortuito.

In realtà, nonostante la motivazione presente nella relazione circa la compatibilità tra la disposizione generale sulla diligenza presente nel testo dell'art. 74 e la natura oggettiva della responsabilità da inadempimento sulla base della intervenuta impossibilità oggettiva e assoluta della prestazione per una causa estranea non imputabile al debitore, in sede di analisi critica di questo progetto non mancarono autorevoli rilievi circa la persistente ambiguità della formulazione dell'art. 74.

In particolare, Gorla, nel suo intervento⁸⁹ ritenne che, come formulato, l'art. 74 del progetto restava ancora in netto contrasto con i successivi art. 117 e 175 sì da prevedere, con lungimiranza, che tale articolo avrebbe continuato «ad essere croce e delizia degli interpreti».

A suo dire, tale contrasto concerneva, in definitiva, «due opposti principi sulla responsabilità delle obbligazioni», restando dubbio che alla luce della adottata formulazione della norma, si potesse escludere il caso fortuito ove in concreto il debitore avesse osservato la «dovuta misura della diligenza». Peraltro, proprio in quanto aderiva in sostanza al principio circa la natura oggettiva della responsabilità da inadempimento e attribuiva rilievo alla diligenza del debitore non già come criterio generale di *valutazione* del suo comportamento, bensì soltanto come *misura* del contegno del debitore, ossia con riferimento esclusivo alle sole obbligazioni (di mezzi) in cui la diligenza interviene per determinare il contenuto stesso della prestazione, Gorla propose innanzitutto due possibili versioni alternative per correggere la stesura dell'art. 74: a) «Quando la prestazione deve misurarsi secondo un grado di diligenza, questo è determinato dalla diligenza di un buon padre di famiglia»; b) «Quando contenuto dell'obbligazione è la prestazione di diligenza, questa si *misura* secondo la diligenza di un buon padre di famiglia»⁹⁰.

A sua volta, in una sintetica osservazione, a proposito della formula utilizzata nella norma circa la responsabilità del debitore, Betti rimarcava la necessità di uniformità nel linguaggio, posto che in altra norma si richiamava esplicitamente il «caso fortuito», evidenziando, in tal modo, una

⁸⁹ Le osservazioni di Gorla si rinvengono nel volume che raccoglie tutte le osservazioni a tale progetto e che ho potuto consultare grazie alla collaborazione di Rondinone.

⁹⁰ La valutazione critica della norma sulla diligenza venne ribadita da Gorla anche in occasione dell'analisi della disposizione contenuta nella bozza II: sul punto v. *infra* nel testo.

disarmonia che successivamente si sarebbe ripresentata allorquando si iniziò ad utilizzare la formula «causa non imputabile al debitore», che poi sarebbe transitata nel codice del 1942.

10. *Diligenza e responsabilità contrattuale nelle seconde bozze del libro IV*

L'elaborazione del libro IV, analogamente a quanto avvenuto anche per quella del libro quinto, è intervenuta in maniera convulsa tra i mesi finali del 1940 e la primavera del 1941. In tale fase l'elaborazione finale del testo coincise in larga parte con le vicende che da un lato portarono all'abbandono del progetto originario fondato sulla conservazione anche del codice di commercio, dall'altro sulla consistente massima pressione sui lavori codificatori da parte del mondo politico al fine di orientare i contenuti almeno dei libri allora in fase di ultimazione – ossia il libro IV ed il libro V – alle istanze del fascismo e del corporativismo. In tale prospettiva, d'altro canto, sulla stessa organizzazione dei materiali, in particolare dei contenuti della disciplina da inserire nel libro IV, incise anche la determinazione di collocare la Carta del Lavoro in testa alla codificazione.

È questo il periodo, come evidenzia la preziosissima documentazione raccolta da Rondinone, in cui si accentuarono peraltro i conflitti e le frizioni tra i soggetti coinvolti nei lavori della codificazione, in particolare magistrati e professori provenienti dall'accademia ed esponenti del regime, in ragione delle spinte a favore di soluzioni politicamente orientate, anche a costo di sacrificare il rigore tecnico nel tessuto normativo da ordire.

Se si fa eccezione del testo del progetto del 1940, edito solo nel 1942 dal Poligrafico dello Stato, le tappe intermedie intervenute in quel lasso di tempo mediante la predisposizione di diverse bozze, in connessione con l'andamento dei lavori preparatori, furono sottratte, anche in ragione della necessità di abbreviare quanto possibile i lavori preparatori del nuovo codice, al procedimento che era stato osservato nel corso dell'elaborazione degli altri libri già editi. In quella fase, la parallela elaborazione sia del libro IV sia del libro V vide il coinvolgimento soltanto di un numero ristretto e selezionato di giuristi, di funzionari del ministero e di rappresentanti degli interessi, con la predisposizione, in connessione con l'avanzamento dei lavori, di materiale riservato che, solo di recente, è stato, sebbene tuttora in parte, lodevolmente reperito e analizzato da Rondinone: materiale che si auspica possa essere reso disponibile nella sua interezza agli studiosi nel prossimo futuro.

Sotto questo profilo, mette conto chiarirlo in premessa, le riflessioni

che seguono relative alle diverse stesure delle norme adottate a proposito della responsabilità da inadempimento intervenute tra la predisposizione del progetto originario del 1940 ed il testo finale del libro quarto licenziato nella tarda primavera del 1941, salvo il successivo coordinamento in sede di pubblicazione dell'intero codice civile nel 1942, vanno considerate provvisorie e suscettibili di precisazioni ulteriori.

Ciò vale, innanzitutto, anche a proposito della stessa individuazione del numero delle bozze emerse tra i mesi finali del 1940 e la primavera del 1941, per la quale ci si avvale, in questa sede, dell'impostazione suggerita da Rondinone⁹¹. In particolare, a prescindere dalle piccole correzioni apportate alla originaria bozza I, rispondente al progetto del maggio 1940, la seconda bozza relativa all'intero libro IV, risale al 31 ottobre, data in cui il nuovo progetto venne dato alle stampe, sia pure con una diffusione soltanto interna agli addetti ai lavori codificatori.

A fronte di quello originario del maggio, tra le novità principali presenti nel secondo progetto si segnalano, ai nostri fini, le prime assai superficiali e tecnicamente inadeguate manifestazioni volta a dare rilievo alle norme corporative e all'ordinamento corporativo nell'ambito dei libri del codice in fase, allora, di elaborazione.

In particolare, la diversa articolazione della normativa rispetto a quella della prima stesura si rinviene già nel titolo primo del libro delle obbligazioni. È bene ricordare che in quella originaria del maggio 1940, era solo l'art. 5 a disciplinare le fonti delle obbligazioni con una formula che, abbandonando il riferimento al quasi contratto e al quasi delitto presente nell'art. 1097 del codice civile del 1865, stabiliva che «le obbligazioni derivano da contratto o da atto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in virtù della legge». A fronte di questa formulazione, che a ben vedere sarebbe poi transitata nella versione definitiva del codice del 1942 con poche correzioni [«fatto illecito» al posto di «atto illecito» e «in conformità all'ordinamento giuridico» in luogo di «in virtù della legge»], a partire peraltro proprio dalla bozza II del libro delle obbligazioni che qui si esamina, la disposizione relativa alle fonti venne collocata in testa al libro, ma solo come art. 2.

Infatti, l'art. 1, formalmente dedicato alle «norme regolatrici delle obbligazioni», in realtà rifletteva, piuttosto, l'ordine nuovo delle fonti generali del diritto alla luce dell'ordinamento corporativo, fissandone al tempo stesso una singolare gerarchia. Si partiva dai «principi generali della

⁹¹ In particolare, l'ampio lavoro di RONDINONE, *Impresa e commercialità attraverso il «lato oscuro» dell'unificazione dei codici*, cit. nt. 81.

carta del lavoro», cui seguivano nell'ordine la legge ed i regolamenti, per giungere poi alle norme corporative, agli accordi economici collettivi, ai contratti collettivi e alle norme equiparate, per chiudere infine con gli usi «in quanto siano richiamati». Infine, in ordine alle norme collettive e agli usi si precisava, rispettivamente, che le prime non potevano «derogare a disposizioni imperative dell'ordinamento giuridico», mentre gli usi sempre che richiamati dalla legge e dai regolamenti non potevano «derogare alle norme collettive».

È il caso di osservare che la stessa distinzione tra l'art. 1 e l'art. 2 e, in particolare, la singolare collocazione del contenuto dell'art.1 proprio nel libro delle obbligazioni e non tra le disposizioni preliminari all'intero codice, nonché il riferimento ai principi generali della carta del lavoro, accanto a norme giuridiche in senso stretto, suscitavano ampie riserve e critiche da parte di alcuni giuristi chiamati ad avanzare osservazioni e proposta su tale bozza, ossia sulla seconda edizione del progetto del libro quarto, sulle quali non mette conto qui intrattenersi analiticamente⁹².

È sufficiente rimarcare che le prime «iniezioni corporative» nel codice civile, a partire dal libro delle obbligazioni allora in preparazione, si rivelarono oltremodo goffe e tecnicamente inadeguate.

Analoga valutazione, del resto, può avanzarsi a proposito delle disposizioni relative alla responsabilità per inadempimento, oggetto della nostra indagine.

Infatti, nel primo progetto l'adempimento delle obbligazioni era inserito nel capo V Sez. I, a partire dall'art. 73 sopra richiamato. Viceversa, nella seconda bozza, l'adempimento delle obbligazioni risultava collocato ben prima, al capo III, preceduto, nell'ordine, da quello relativo alle fonti delle obbligazioni, cui seguiva l'altro relativo alle diverse specie di prestazioni, articolato, al suo interno in quattro sezioni.

Sul piano dei contenuti, il nuovo art. 63 relativo all'adempimento del debitore (sostitutivo del precedente art. 73 del primo progetto) si limitava ad un solo comma per cui veniva meno il riferimento al rispetto da parte

⁹² Il riferimento nel testo è alle osservazioni di accademici e di magistrati raccolte in una pubblicazione destinata agli addetti ai lavori edita nel 1941 a cura del Ministero di Grazia e Giustizia, Lavori preparatori per la riforma del codice civile, *Osservazioni e proposte sulla seconda edizione del progetto del Libro Quarto, Delle Obbligazioni*. Sugli artt. 1 e 2 richiamati nel testo, come già segnalato da RONDINONE, *Impresa e commercialità*, cit. nt. 81, lucide e pertinenti furono le riserve avanzate tra gli altri da Santi Romano, De Maio, Cosentino, Pugliese, Ferrara, Sermonti, Migliucci, Jemolo, Cicu, Costamagna, Cariota Ferrara, Salandra.

del debitore delle regole della buona fede.

Il successivo art. 64 sulla diligenza nell'adempimento (sostitutivo del precedente art. 74 del primo progetto) presentava, a sua volta, una novità nel secondo comma.

Nella nuova versione, quest'ultimo non solo ampliava la portata dell'articolata valutazione della diligenza rispetto al parametro generale relativo alla «diligenza di un buon padre di famiglia», ma introduceva un esplicito riferimento alle norme aventi finalità corporative, nella direzione di un indubbio rilievo da riconoscersi all'ordinamento corporativo nell'ambito della disciplina delle obbligazioni. Infatti, la prima versione legava la valutazione della diligenza «con maggiore o minore rigore» in riferimento alle «norme contenute per certi casi in questo codice». Viceversa, nella stesura dell'art. 64 comma 2, presente nella bozza II, si poneva la diversa distinzione tra la valutazione della diligenza da effettuarsi con minor rigore nei casi particolari previsti dalla legge e quella da attuarsi con maggior rigore «nelle obbligazioni poste da una norma avente finalità corporative».

Anche su queste «novità» non mancarono riserve e critiche nelle valutazioni di giuristi e magistrati chiamati a prospettare osservazioni e proposte sulla bozza II⁹³.

In particolare, a proposito dell'art. 63, secondo il quale «l'obbligazione si estingue per adempimento quando il debitore esegue la prestazione dovuta», sia Domenico Barbero sia Gino Gorla ritennero superflua la disposizione suggerendone, come poi avvenuto, la soppressione.

Quanto, viceversa al nuovo testo dell'art. 64 relativo alla diligenza nell'adempimento, le riserve critiche si concentrarono, in particolare, sul comma 2, con riferimento, al maggior rigore richiesto in ordine alla valutazione della diligenza per le obbligazioni «poste da una norma avente finalità corporative».

Senza qui analizzare partitamente le varie osservazioni critiche avanzate da molti professori e magistrati chiamati a prospettare osservazioni e proposte su tale comma, è sufficiente rilevare che le prevalenti critiche non investirono la scelta relativa al «maggior rigore» come previsto, bensì riguardarono la vaghezza della formula utilizzata nella parte in cui invocava il richiamo ad indeterminate «finalità corporative», suggerendo correzioni al riguardo⁹⁴.

Quanto, più in generale, al richiamo stesso alla «diligenza nell'adempimento»

⁹³ Anche queste presenti nella pubblicazione segnalata nella nota precedente.

⁹⁴ Tra le numerose osservazioni sull'art. 64 comma 2 delle Bozze II del libro delle obbligazioni, si v. in particolare quella di De Maio, Pugliese, Cicu, Jemolo, Santi Romano, Gorla.

mento», una attenzione particolare meritano le osservazioni di Migliucci, allora procuratore generale presso la corte di appello di Catanzaro, e quelle, oltremodo sintetiche, avanzate da Gorla⁹⁵.

Quanto alle prime, a dispetto della relazione al progetto originario del 1940 sopra richiamata, ispirata se non elaborata dallo stesso Giuseppe Osti, e che riteneva compatibile la presenza della norma generale sulla diligenza nell'adempimento con la natura oggettiva della responsabilità da inadempimento da escludersi solo in presenza di una impossibilità dovuta ad una «causa estranea non imputabile al debitore», Migliucci rilevò che l'art. 64 del progetto presente nelle Bozze II, nel riprodurre l'articolo 1224 del codice civile del 1865, allora vigente, non aveva eliminato «i dubbi sorti sotto l'impero del Codice che è per tramontare».

A suo dire «se il debitore nell'adempire l'obbligazione deve impiegare la diligenza di un buon padre di famiglia, se ne dovrebbe dedurre che, osservata questa diligenza, dovrebbe essere liberato per l'inadempimento perché risulterebbe così incolpevole». Dopo aver richiamato l'art. 158 del progetto a proposito della estinzione dell'obbligazione per impossibilità della prestazione dovuta appunto ad una causa estranea e non imputabile al debitore, Migliucci non mancò di sottolineare che in altri articoli del progetto si richiamava «il caso fortuito» senza che si specificasse, a suo dire, «se tale espressione significhi semplicemente mancanza di colpa, ovvero un avvenimento straordinario, liberatorio in senso oggettivo, indipendentemente dalla osservanza della diligenza del buon padre di famiglia». Di qui, secondo Migliucci il profilarsi nel testo del progetto delle «stesse dubbiezze generate dall'interpretazione degli artt. 1224, 1225, 1226 del Codice vigente, qualunque alle norme che concernono tale materia sia stata data una sistemazione in parte diversa».

Senza, peraltro, prendere posizione sulla scelta da adottarsi, Migliucci concludeva la sua osservazione nel senso che «sarebbe, pertanto, preferibile che il legislatore usasse una dizione esplicativa del valore da attribuirsi alla espressione «caso fortuito»; come ad esempio uguagliandola all'assenza di colpa, ovvero, differenziandola in maniera esplicita».

A sua volta Gorla si limitò a richiamare «ancora l'attenzione sulla opportunità di risolvere o almeno di chiarire il contrasto fra il primo comma dell'articolo [si intende l'art. 64 del progetto] e l'articolo 105⁹⁶ [sostitutivo

⁹⁵ Esse si rinvencono rispettivamente a p. 121 e 122 delle *Osservazioni e proposte sulla seconda edizione del progetto del Libro Quarto, Delle Obbligazioni*, cit. nt. 92.

⁹⁶ Su questo articolo del medesimo progetto intervenne anche BRACCO, *Brevi note sul progetto ministeriale del libro delle obbligazioni*, cit., nt. 82, p. 444, il quale, a proposito dell'«esatta

del precedente art. 117], così ribadendo l'osservazione già avanzata sul primo Progetto del libro⁹⁷ sopra illustrata.

In ordine, poi, alla responsabilità del debitore per inadempimento, la bozza II ribadiva la soluzione originariamente introdotta nel primo progetto, da un lato rinviandone la disciplina (così l'art. 105) alla sezione V del capo VII, dall'altro ospitando in questa l'art. 158 che riprendeva, pur con alcune correzioni, il testo dell'art. 175 della prima bozza.

A questo riguardo, in particolare, la nuova stesura della disposizione relativa alla «impossibilità definitiva e impossibilità temporanea della prestazione», presentava due novità: da una parte risultava espunta dal testo precedente la frase «incidente sulla prestazione» in quanto ridondante in modo evidente, trattando la norma proprio dell'impossibilità della prestazione; dall'altra, si rafforzava il rilievo circa la natura oggettiva della responsabilità da inadempimento: infatti, la formula relativa alla prestazione divenuta impossibile, «in modo definitivo» veniva sostituita da quella ancor più rigorosa ed esplicita «in modo assoluto e definitivo». Peraltro, quest'ultima formula, accolta nella seconda bozza, coincideva con la correzione suggerita da Vassalli nell'annotazione da lui posta a margine dell'art. 175 del primo progetto; sempre a margine di quella norma Vassalli tenne a sottolineare che, ai fini dell'estinzione dell'obbligazione, «l'impossibilità della prestazione sempre assoluta dev'essere»⁹⁸.

11. *Le Bozze III del libro IV e l'intervento del Comitato del libro dell'impresa: una svolta decisiva nel segno dell'ambiguità*

Le soluzioni accolte nella seconda bozza relativamente alla disciplina qui esaminata rimasero, a loro volta, immutate anche nelle Bozze III

esecuzione della prestazione», suggeriva di correggere il riferimento presente nel testo solo all'inadempimento (ossia in termini di inesecuzione assoluta) e al ritardo, proponendo di aggiungere anche un richiamo alla «inesattezza in genere dell'adempimento» nonché di rivedere, conseguenzialmente, anche le intitolazioni degli art. 105 e 110. Analoga proposta, a ben vedere, aveva accolto, a proposito del primo progetto, MOSSA, *Sul codice delle obbligazioni*, cit. nt. 82, p. 327, il quale suggeriva che la norma sulla responsabilità per inadempimento dovesse richiamare non solo l'inadempimento ma anche «l'adempimento imperfetto».

⁹⁷ Si v. *supra*.

⁹⁸ L'annotazione di Vassalli si rinviene nel volume di G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Cedam, Padova 1990, p. 91.

del libro IV licenziate intorno alla metà del dicembre del 1940.

Fino a quel momento, a ben vedere, l'elaborazione rispettiva del libro relativo alle obbligazioni e quella relativo al libro riguardante l'impresa ed il lavoro mediante il quale si sarebbe attuata l'unificazione dei codici, con la scomparsa di un autonomo codice «commerciale» da affiancare a quello civile, erano state affidate a Comitati che avevano operato in maniera autonoma l'una dall'altra: la prima presieduta da Ferrara, con la partecipazione tra gli altri di Betti e di Vassalli, ed in cui Osti aveva contribuito in misura significativa a proposito proprio dell'elaborazione della disciplina generale relativa alle obbligazioni, l'altra, affidata ad Asquini che già in precedenza aveva guidato i lavori preparatori del progetto del codice di commercio poi abbandonato.

Un'indubbia svolta nella elaborazione della disciplina in materia di responsabilità contrattuale da inadempimento si avviò a partire dal momento in cui si ritenne opportuno assicurare un raccordo tra i lavori del Comitato che stava operando sul libro IV e quella che stava elaborando il libro V. In particolare, come puntualmente segnalato da Rondinone, alla fine di dicembre del 1940, i membri del Comitato del Libro dell'Impresa e del Lavoro furono chiamati ad esaminare il progetto del libro delle obbligazioni (l'allora presente bozza III) in considerazione delle «norme già appartenenti al progetto del codice di commercio che erano state trasferite *ex abrupto* nel detto progetto del libro IV»⁹⁹. Questo lavoro, in gran parte svolto dal Comitato in più riunioni tenutesi tra il gennaio ed il febbraio del 1941, portò all'elaborazione di un testo comprensivo delle *Osservazioni e proposte del Comitato per la riforma del codice civile (libro dell'Impresa e del Lavoro) sul progetto del Libro delle Obbligazioni*: testo messo a disposizione dei componenti dei rispettivi Comitati, e successivamente pubblicato a cura del Poligrafico dello Stato, ed in cui venivano messe a confronto, in una prima colonna, le norme contenute nel progetto relativo al libro IV e, nella seconda, le proposte di modifica avanzate dal Comitato del Libro dell'Impresa, comprensive anche di quelle suggerite da singoli componenti lo stesso.

Ebbene, ai nostri fini, le modifiche proposte dal Comitato e che, in ragione dei successivi sviluppi della vicenda, sicuramente hanno risentito dell'apporto tecnico di Asquini, incidevano in misura significativa sull'impianto della responsabilità da inadempimento presente nel progetto del libro delle obbligazioni, con riferimento, a ben vedere, alle stesse scelte di

⁹⁹ Così RONDINONE, *Impresa e commercialità attraverso il «lato oscuro» dell'unificazione dei codici*, cit. nt. 81, p. 294.

fondo presenti nella bozza originaria¹⁰⁰.

Per quanto riguarda, in particolare, la disposizione relativa alla diligenza nell'adempimento (art. 64), la versione corretta del comma 2° proposta dal Comitato dell'Impresa e del lavoro stabiliva che «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'organizzazione e all'esercizio di una attività professionale il debitore deve impiegare la normale diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata».

La formula proposta si discostava sensibilmente da quella precedente per due principali ragioni. Da una parte, veniva meno il riferimento al maggior o minor rigore presente nella stesura originaria e, al tempo stesso, erano rimossi i generici richiami alle norme corporative, dall'altra, nelle prospettive specifiche adottate in sede di elaborazione del libro V, destinato ad ereditare le tematiche in precedenza al centro del codice di commercio e ad aggiungervi anche quelle delle professioni in generale, l'articolazione della diligenza, secondo il criterio della normalità, assegnava rilevanza all'attività professionale esercitata dal debitore, con riferimento a tutte le obbligazioni inerenti all'organizzazione e all'esercizio delle medesime.

In realtà, accanto a questa prima modifica, certamente influenzata da Asquini e con la quale, a ben vedere, alla diligenza del singolo *atto* sul modello del buon padre di famiglia, si aggiungeva una nuova relativa alle *attività* con riferimento a quelle organizzate ed esercitate professionalmente, si collocarono altre ben più significative innovazioni incidenti rispettivamente sugli artt. 105 e 158 del progetto contenuto nella bozza III.

Infatti, nell'impostazione originaria, già presente a partire dalla prima bozza del progetto, la novità principale della disciplina in materia di responsabilità per inadempimento, al fine di confortare in maniera definitiva la soluzione già presente nel codice civile del 1865 in ordine alla natura oggettiva della stessa, era stata quella di attribuire un rilievo fondamentale all'impossibilità sopravvenuta della prestazione che non era richiamata testualmente nel codice civile del 1865. Ciò era chiaramente in linea con l'indirizzo dottrinario sostenuto da Osti, ossia dal giurista fortemente coinvolto nei lavori preparatori del libro IV. Ed infatti, come si è già osservato, in coerenza con questa impostazione, l'art. 105 in materia di responsabilità del debitore per inadempimento o per ritardo faceva rinvio, ai fini della esclusione della stessa, alle norme contenute nella successiva sezione V del capo VII dedicata proprio alla impossibilità della prestazione,

¹⁰⁰ Diversa, sul punto, l'interpretazione di tali proposte suggerita da Rondinone, secondo il quale, le modifiche avanzate dal Comitato dell'Impresa e del lavoro, avrebbero inciso poco sui primi titoli del progetto III del libro IV.

quale causa di estinzione della obbligazione.

A fronte di questa soluzione, le correzioni suggerite dal Comitato guidato da Asquini, responsabile della contemporanea elaborazione del libro V sull'impresa e assai sensibile alla conservazione delle devianze di alcune regole «commercialistiche» rispetto al generale impianto civilistico del codice civile del 1865, investirono profondamente le due disposizioni.

Invero, a proposito della responsabilità del debitore per inadempimento, il comma 2 dell'art. 105 veniva così riformulato: «Il risarcimento è dovuto così per l'inadempimento come per il ritardo nell'adempimento se il debitore non prova che l'inadempimento o il ritardo siano dipesi da una causa a lui non imputabile».

La formulazione suggerita dal Comitato sul libro V da una parte rompeva il cordone ombelicale tra l'art. 105 e il successivo art. 158, sì da elidere, in definitiva, il rilievo centrale assegnato dal testo del progetto III del libro all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, dall'altra introitava nello stesso testo dell'art. 105 una formula liberatoria del debitore dalla responsabilità per l'inadempimento che risultava fondata sulla prova di «una causa a lui imputabile», senza più alcun riferimento esplicito alla prestazione in quanto tale dedotta in obbligazione.

A sua volta, di sicuro rilievo furono anche le modifiche proposte dal Comitato relative all'art. 158 con cui si apriva la sezione V sulla impossibilità della prestazione. Infatti, nella versione suggerita dal Comitato, il testo dell'art. 158 comma 1° era così riformulato: «L'obbligazione si estingue quando per una causa non imputabile al debitore la prestazione diventa impossibile».

Rispetto alla stesura originaria, questo testo presentava due novità: veniva eliminato il riferimento tanto alla «causa estranea», ereditata dal codice del 1865, quanto alla formula «in modo assoluto e definitivo» riferita alla prestazione divenuta impossibile. In ogni caso, nella versione licenziata dal Comitato, la suggerita nuova formulazione dell'art. 158 comma 1° non era ritenuta completa ed esaustiva della disciplina. Infatti, in una nota al testo della norma si precisava che «Resta sospesa la questione della responsabilità dei mezzi usati». Al riguardo, giova ricordare che sotto la vigenza del codice civile del 1865, la formula «causa estranea non imputabile» al debitore aveva portato a ritenere che il debitore dovesse comunque rispondere nel caso in cui l'inadempimento fosse stato causato da eventi «interni» alla sua sfera di azione, tra cui rientrava anche quella di essersi avvalso dell'opera di terzi ovvero di mezzi propri. Sotto questo profilo, l'eliminazione nel suggerito testo dell'art. 158 del progetto III del richiamo alla «causa estranea», sostituita dalla sola formula «causa a lui non imputabile», lasciava

«un vuoto» da colmare con una nuova disposizione a proposito, però, dei soli mezzi impiegati dal debitore, posto che l'ipotesi del ricorso a suoi ausiliari era stata già esplicitamente presa in considerazione, sin dal progetto del 1940, in una autonoma norma¹⁰¹. Vuoto, è bene qui segnalarlo, che, di fatto, non venne più colmato, sebbene la soluzione prospettata da quel Comitato sia confluita senza ulteriori modifiche nel definitivo art. 1256 c.c.¹⁰².

Si può, dunque, dire che a partire dal momento in cui pervennero le proposte modificative del Comitato guidato da Asquini nei lavori preparatori è emersa una evidente tensione tra l'impianto originario presente nella bozza III e riflettente l'impostazione di fondo sostenuta da Giuseppe Osti, pur con le riserve di Gorla e di Migliucci, ed un'altra alla base delle soluzioni proposte dai commercialisti, a partire da Asquini.

12. *Dalle Bozze IV a quelle finali: tensioni senza esclusioni di colpi*

È in questa prospettiva che può ben cogliersi il primo tentativo di sintesi emerso in sede di elaborazione di quella che, seguendo sempre la minuziosa ricostruzione prospettata da Rondinone, avrebbe costituito la bozza IV, ossia la bozza che nell'aprile del 1941 venne annotata da Vassalli.

¹⁰¹ Infatti, l'art. 123 del primo progetto del libro IV del 1940 aveva già introdotto la responsabilità del debitore per inadempimento per il fatto degli ausiliari, destinata successivamente ad essere codificata nell'art. 1228 del codice civile. Nel giustificare la generalizzazione di tale responsabilità, a fronte delle scelte contenute nel codice civile del 1865, il § 123 della relazione al progetto del 1940 rimarcava che «sta di vero che, nel fatto degli ausiliari, la causa estranea al debitore è solo apparente, perché non è un evento esteriore al campo di attività del debitore o al suo ambiente economico. Anche se il fatto dell'ausiliario sia doloso, non resta esclusa la relazione tra quest'ultimo e il debitore».

¹⁰² A questo riguardo, è interessante sottolineare che Asquini, certamente protagonista nell'elaborazione della norma proposta dal Comitato e del significato della riserva di cui si parlava nella nota a proposito dei mezzi, non mancò di riprendere l'argomento dopo la codificazione. Infatti, nella voce *Trasporto di cose*, cit. nt. 110, sempre a proposito della responsabilità del vettore, dopo aver rammentato che il nuovo codice non riproduceva l'art. 398 cod. comm. in quanto il suo contenuto era stato assorbito dall'art. 1228 c.c., osservò che nel nuovo codice mancava una disposizione circa la responsabilità del vettore per i mezzi materiali impiegati, «intendendosi richiamato in proposito il criterio generale della «imputabilità» dell'art. 1218, considerando assorbito quello della «non estraneità» dell'art. 1225 c.c. del 1865.

Prima però di analizzare il testo della bozza IV, giova rammentare che, oltre a procedersi da parte del comitato di redazione alla semplice revisione linguistica della bozza III, tra la fine di febbraio ed il 20 marzo 1941, la predisposizione del nuovo progetto, che avrebbe tenuto conto delle modifiche proposte dal Comitato del libro V, venne curata (secondo Rondinone), da Ferrara, Osti, Grassetto e Nicolò insieme a Mandrioli per concludersi « intorno al 20 marzo»; il successivo il 25 marzo, tale progetto venne sottoposto all'attenzione del Comitato del libro IV, per poi essere trasmesso a Vassalli perché lo annotasse.

Orbene, ai nostri fini, va rilevato che rispetto alla bozza III, la successiva qui in esame, ossia la bozza IV, si apriva, innanzitutto, con una diversa sistemazione della materia: l'adempimento delle obbligazioni risultava spostato dal capo III al capo II, subito dopo le norme relative alle fonti delle obbligazioni; di conseguenza anche le norme sull'inadempimento erano anticipate al capo III rispetto all'originario capo IV.

Nei contenuti, l'art. 8 del nuovo testo relativo alla diligenza nell'adempimento aveva ripreso in pieno il testo suggerito dal Comitato del libro V, sopra indicato, con la sola correzione in entrambi i due comma della sostituzione del verbo «impiegare» con quello «usare». Più significativa, ai nostri fini, la modifica introdotta nell'art. 50 relativo alla responsabilità del debitore. A fronte del testo suggerito dal Comitato del libro V, a proposito dell'originario art. 105, il testo dell'art. 50, oltre all'eliminazione del richiamo nel comma 1° «al creditore» a proposito del risarcimento dei danni da inadempimento (in quanto ridondante), presentava una significativa «correzione» nel comma 2°. Infatti, nel nuovo testo compariva «significativamente» un esplicito riferimento all'«impossibilità della prestazione». Questa formula, in definitiva, si ripresentava sulla scena, secondo l'impostazione di Osti, proprio nella norma sulla responsabilità da inadempimento, a conforto della natura oggettiva della responsabilità contrattuale, che, viceversa, era stata quanto meno compromessa nella proposta di modifica dell'originario 105 proveniente dal Comitato dei commercialisti.

Non meno significativo, nella bozza IV, il testo del nuovo art. 91, che prendeva il posto dell'art. 158 della bozza III a proposito della estinzione della obbligazione in presenza della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore. Infatti, nel comma primo dell'art. 91, a differenza della versione suggerita dal Comitato del libro V, nella quale veniva eliminato ogni riferimento al carattere assoluto o definitivo della impossibilità, risultava conservata la sola formula «in modo definitivo».

In ordine alla successiva bozza V del progetto relativo al libro IV delle obbligazioni è opportuno soffermarsi preliminarmente su alcune annota-

zioni apportate alla bozza IV da Vassalli. Annotazioni che in parte furono recepite nelle successive stesure dell'articolato e che, per quanto riguarda l'oggetto della nostra indagine, evidenziano, a nostro avviso, da un lato le oscillazioni ricostruttive che sul punto manifestò il grande civilista, dall'altro la vigilanza che, viceversa, venne esercitata da parte dei sostenitori della tesi relativa alla natura oggettiva della responsabilità da inadempimento, a partire, ovviamente, da Osti.

Invero, come si è già segnalato, il testo dell'art. 8 della bozza IV relativo alla diligenza nell'adempimento aveva recepito il testo suggerito dal Comitato dei commercialisti. Entrambi i commi, quello generale relativo alla diligenza del buon padre di famiglia e il successivo riguardante l'organizzazione e l'esercizio di un'attività professionale erano stilisticamente omogenei: se da una parte la correzione stilistica intervenuta aveva portato a sostituire il verbo «impiegare» con quello «usare», dall'altra in entrambi i commi comune era il richiamo al soggetto debitore.

Nelle correzioni all'art. 8 che si rinvergono nelle annotazioni di Vassalli, tale omogeneità stilistica viene meno: nel primo comma dell'art. 8, protagonista resta pur sempre il debitore; il secondo comma veniva viceversa formulato diversamente da Vassalli: «se si tratta di obbligazioni inerenti all'organizzazione e all'esercizio di una attività professionale la misura della diligenza è determinata dalla natura dell'attività esercitata». Ebbene, accanto all'eliminazione del riferimento alla «normalità», è interessante rilevare che in tale correzione Vassalli sembra fare tesoro dell'osservazione a suo tempo avanzata da Gorla che aveva puntato sulla «misura» della diligenza, proprio al fine di legare il richiamo alla diligenza alle sole obbligazioni aventi per oggetto il semplice svolgimento di attività e, dunque, eliminare contraddizioni tra la norma sulla diligenza del debitore nell'adempimento e la natura oggettiva della responsabilità da inadempimento.

Questa ipotesi interpretativa è, però, contrastata a sua volta dalla diversa annotazione che lo stesso Vassalli apportò all'art. 7 comma 2 presente nella successiva bozza V del libro IV relativo sempre alla diligenza nell'adempimento. Infatti, in questa bozza V, la stesura del medesimo comma 2 del nuovo art. 7 aveva accolto, sia pure in parte, il suggerimento di Vassalli che stilisticamente diversificava l'impianto del comma 2° da quello del primo: il testo adottato prevedeva che «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'organizzazione o all'esercizio di una attività professionale, la diligenza deve adeguarsi alla natura dell'attività esercitata».

A correzione di questa ultima formulazione presente nella bozza V, Vassalli suggerì, a sua volta, di sostituire il verbo «adeguarsi» con la formula «valutarsi con riguardo»: formula, poi accolta nel testo finale dell'art. 1176.

Ebbene, il richiamo alla «valutazione» riprendeva proprio il termine che in precedenza era stato criticato da Gorla in quanto, a suo dire, appariva creare incertezze e dubbi sulla coerenza tra la norma sulla diligenza e quella sulla natura oggettiva della responsabilità per inadempimento.

In effetti, un'ulteriore spia circa la non adesione di Vassalli alla tesi sostenuta da Osti, ossia alla natura oggettiva della responsabilità contrattuale, si rinviene altresì in un ben più significativo suggerimento da lui avanzato a proposito dell'art. 48 della bozza V, relativo alla responsabilità del debitore che, nella nuova numerazione, aveva accolto il testo contenuto nel precedente art. 50 sopra analizzato.

Mentre in quel testo, come si è visto, era stato reinserito, a fronte della proposta correttiva del Comitato sull'Impresa, il preciso richiamo alla «impossibilità della prestazione», Vassalli proponeva di correggere tale formulazione con l'espressione «impossibilità di eseguire la prestazione».

Come è agevole comprendere, la modifica proposta da Vassalli integrava un deciso allontanamento, se non proprio un capovolgimento della soluzione in precedenza accolta. Infatti dall'«impossibilità della prestazione» come tale, nella sua oggettività, si passava ad una «impossibilità nell'esecuzione» della stessa: formula questa che, inevitabilmente, sembrava evocare il ruolo del debitore e, dunque, rimettere in discussione la natura oggettiva della responsabilità da inadempimento.

In definitiva, in questi ultimi passaggi nella elaborazione del libro IV, la prospettazione contenuta *ab origine* in ordine alla pretesa piena compatibilità tra la presenza di una norma generale sulla diligenza nell'adempimento e la natura oggettiva della responsabilità contrattuale, fortemente difesa ed argomentata da Osti sin dalla relazione al progetto del 1940, risultava certamente indebolita. Considerazione questa, ulteriormente avvalorata dal fatto che nella successiva bozza VI, adottata nell'imminenza della conclusione dei lavori, il testo dell'art. 48 sull'inadempimento aveva recepito il suggerimento di Vassalli ed ivi inserito la formula «impossibilità di eseguire la prestazione». Formula, quest'ultima, poi definitivamente sacrificata a favore della precedente che si limitava semplicemente a parlare di «impossibilità della prestazione», a conferma del fatto che fino agli ultimi giorni che precedettero la pubblicazione del libro avvenuta il 7 giugno del 1941, grande è stata l'attenzione sull'assetto finale di queste disposizioni, in particolare quella volta a ribadire la linea suggerita da Osti, in materia di responsabilità da inadempimento, che più volte era stata indebolita nel corso dei lavori.

13. *La lotta continua: la turbolenta stesura della relazione sulla diligenza e sulla responsabilità contrattuale tra Osti e Asquini*

In conclusione, ove si faccia un confronto tra il testo definitivo pubblicato nel giugno del 1941 con quello del primo progetto del 1940 in ordine sia alla disposizione che richiamava, in generale, la diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento dell'obbligazione, sia a quelle dettate per la responsabilità contrattuale è agevole cogliere il significativo mutamento intervenuto nel corso dei lavori. Pur lasciando sostanzialmente inalterata l'idea di una presunta non conflittualità tra quelle disposizioni, in concreto si registrò un indubbio attenuarsi quanto meno della chiarezza in ordine alla natura oggettiva della responsabilità contrattuale e, in particolare, della piena e totale coincidenza tra la nozione di impossibilità della prestazione e la nozione del caso fortuito e della forza maggiore, intesi questi come implicanti l'emersione di un'impossibilità assoluta ed inevitabile della prestazione.

In particolare, a proposito della disciplina della diligenza, il richiamo esplicito nell'art. 1176 alla diligenza nelle professioni era certamente il frutto dell'attenzione del codice civile per tutti gli operatori professionali, dovuta sia all'intervenuta decisione di sacrificare il codice di commercio sia al maturato superamento della prospettiva originaria del codice di commercio a favore di quella propria del sistema corporativo. Infatti, nel richiamare accanto alla diligenza del buon padre di famiglia anche quella che ci si attende nell'esercizio delle diverse attività professionali, la norma confermeva l'attenzione per i rapporti obbligatori in cui è più frequente la presenza di prestazioni, in termini di mera attività, di contegno, come era del resto ben chiaro già dai primi decenni del secolo dalla dottrina conosciuta se non condivisa dai giuristi coinvolti nel processo codificatorio.

In altre parole, quella disposizione appare essere stata elaborata e collocata nella struttura del codice, al di fuori di un preciso raccordo teorico e dogmatico con l'art. 1218, in quanto si presentava, come del resto emerge dalla relazione finale, da un lato quale espressione generica del principio di responsabilità corporativa, in termini di dovere gravante su tutti gli operatori, dall'altro manifestazione in concreto dell'unificazione della disciplina delle obbligazioni e del richiamo al sistema corporativo coinvolgente tutte le professioni maturato a seguito della decisione di unificare anche i codici.

Per altro verso, modificando la soluzione adottata nel 1940 che aveva collocato anche la disposizione relativa al mancato adempimento per impossibilità sopravvenuta della prestazione nella sezione relativa ai casi di estinzione dell'obbligazione, la disciplina della responsabilità contrattuale

prevedeva nel nuovo testo del codice: a) una regola generale, quella contenuta oggi nell'art. 1218, presente nel capo III, avente ad oggetto l'inadempimento delle obbligazioni; b) altre regole, contenute nel capo iv relativo ai modi di estinzione diversi dall'adempimento, e, in particolare, nella sezione v, il caso della l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore.

In concreto, rispetto al contenuto dell'art. 175 del progetto del 1940, l'art. 1218 segnava innanzitutto la fusione tra il principio generale già presente nell'art. 117 co.1° del progetto del 1940, con l'aggiunta però dell'inciso finale «salvo che [il debitore] non provi che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

Rispetto alla formula contenuta nell'art. 175 del progetto del 1940, le novità principali erano l'eliminazione da una parte del richiamo alla *estraneità* della causa che, da sempre, era stata fonte di equivoci e contrasti, dall'altra del carattere *definitivo* dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore.

Come dire, dunque, che rispetto ai *caveat* da più parti avanzate nel corso dei lavori in ordine alle scelte adottate relative sia al richiamo generale alla diligenza, sia alla individuazione della responsabilità da inadempimento contrattuale, il testo finale licenziato nel giugno del 1941 non aveva fatto chiarezza: se la posizione dottrina sostenitrice della natura soggettiva della responsabilità da inadempimento fondata sulla colpa usciva, sicuramente indebolita, laddove appariva confermata la natura oggettiva della responsabilità da inadempimento avanzata in dottrina da Osti, incertezze ricostruttive pur sempre restavano in ordine: a) alla precisa specificazione dell'«impossibilità della prestazione», in particolare, circa la sua natura – radicalmente assoluta o relativa, con il conseguente problema del suo rapporto con le nozioni di caso fortuito e di forza maggiore richiamate espressamente in diverse norme in materia pur sempre di contratti b) alla soluzione concreta da fornire a proposito della responsabilità da adempimento inesatto, in presenza di obbligazioni di «contegno», ossia delle c.d. obbligazioni di mezzi secondo la fortunata terminologia coniata da Demogue, ovvero, a voler riprendere qui l'impostazione prospettata da Nicolò nel 1936, quelle obbligazioni in cui la realizzazione del diritto del creditore presenta un margine di aleatorietà e di eventualità, rispetto a quelle in cui essa si profila come la conseguenza che *normalmente* discende dal comportamento del debitore.

Nella fase successiva alla pubblicazione del libro IV, che cristallizzava, in definitiva, il compromesso allora raggiunto anche in ragione della

necessità urgente di licenziare il testo di quel libro del codice, le prevedibili tensioni tra i protagonisti del processo codificatorio si spostarono ovviamente sulla successiva fase, oltremodo significativa e delicata relativa all'elaborazione della relazione di accompagnamento anche di questo libro. Al riguardo, non può non osservarsi preliminarmente che il lavoro, pur coordinato da un ristretto numero di esperti, vide il coinvolgimento di molti giuristi chiamati ad elaborare singole parti in connessione con gli stessi argomenti sui quali anche in precedenza era stati chiamati a fornire il loro contributo in ordine alla stesura dell'ordito testuale delle norme. Indubbiamente, una ricognizione compiuta relativa a tutto il libro IV sarebbe un risultato di enorme interesse, ma le fonti a disposizione permettono, allo stato, di fornire risposte oltremodo parziali.

Ai nostri fini, la documentazione sino ad ora rinvenuta fornisce innanzitutto una prova significativa del conflitto dottrinale intervenuto al fine di orientare diversamente la lettura della disciplina, in particolare del rapporto tra l'art. 1176 e l'art. 1218 nonché del significato dell'impossibilità della prestazione e del caso fortuito e della forza maggiore.

Al riguardo, nel materiale raccolto da Rondinone, emerge con chiarezza che le tematiche qui esaminate furono tra le più tormentate nel corso della predisposizione della relazione finale. In particolare, alla luce del ruolo importante ed autorevole svolto da Osti nel corso dei lavori, sono di grande utilità alcuni scambi epistolari intercorsi tra lo stesso Osti e Mandrioli dovuti al fatto che il primo costituiva un interlocutore privilegiato, probabilmente alla stessa stregua di Vassalli, nell'effettuare osservazioni sui materiali che il secondo gli inviava e che, in particolare, nella fase successiva alla pubblicazione del testo, riguardano la stesura della relazione.

Di particolare rilevanza, ai nostri fini, è innanzitutto la lettera del 29 settembre 1941 inviata da Mandrioli ad Osti. Dalla risposta ad alcune osservazioni che quest'ultimo aveva inviato al primo, si ricava, innanzitutto che i paragrafi concernenti appunto la diligenza nell'adempimento avevano suscitato qualche perplessità in Osti: perplessità condivise dallo stesso Mandrioli, il quale nella sua risposta così si esprimeva:

Sui paragrafi che concernono la diligenza nell'adempimento, possibilità della prestazione ecc., io stesso avevo osservato che non si era in chiave e che certamente tu non avresti approvato, Fragali mi disse che Ferrara e Nicolò erano sicuri che il testo era stato fedelmente interpretato. Non mi stupisce perché molte soluzioni non erano affatto prese sotto il segno della concordia.

Da questa missiva, ben si comprende che nell'elaborazione della relazione riemergevano le persistenti incertezze su tali argomenti su cui nel corso dei lavori si erano registrate diversità di vedute.

Ancor più significativo è che il giorno successivo Osti inviò a Mandrioli non solo alcune osservazioni marginali relative alle bozze ricevute, ma specifici appunti che riguardavano tra gli altri proprio i paragrafi relativi alla diligenza del debitore, alla responsabilità per inadempimento e alla estinzione della obbligazione per impossibilità sopravvenuta, con l'obiettivo fra gli altri di ottenere la modifica sia del paragrafo della relazione sul libro delle obbligazioni n. 25 [rispondente al n. 559 del testo finale della relazione all'intero codice civile] sia del n. 37 [rispondente al n. 571 del testo finale della relazione all'intero codice civile] relativo appunto alla responsabilità per inadempimento in modo da evidenziare in maniera più precisa, la soluzione che Osti riteneva esser stata condivisa dopo ampie discussioni in ordine alla configurazione oggettiva della responsabilità da inadempimento.

Ciò che qui è bene mettere in evidenza, prima di esaminare l'appunto di Osti inviato a Mandrioli, è il contenuto centrale della missiva di Osti: esso si rivela prezioso in quanto da un lato fornisce la prova dei contrasti emersi tra i protagonisti del lavoro codificatorio tali da indurre lo stesso Osti, alla luce della stretta collaborazione e fraterna amicizia con Mandrioli¹⁰³, a richiamare l'attenzione del suo interlocutore con specifico riguardo alla relazione riguardante in particolare il tema della responsabilità contrattuale contenuta nel n. 37 della relazione al libro IV. Infatti, nella sua missiva, Osti così scriveva:

«non so chi abbia redatto quelle parole della relazione, e mi sembrerebbe strano che fosse uno dei *nostri*, perché l'argomento fu trattato così a fondo e così ripetutamente, che equivoci non avrebbero potuto rimanere. Ricordi quanto avevi insistito tu per conservare il requisito della *estraneità* della causa di impedimento, e come si finì per eliminarla, pure riaffermando in altra forma il criterio della impossibilità obiettiva?».

Al di là della sorpresa di Osti nel rilevare una contraddizione tra quanto concordato dopo un'ampia discussione che aveva portato alla stesura finale della disciplina, il riferimento *ai nostri*, con l'utilizzo di un'espressione del

¹⁰³ È lo stesso Osti ad affermarlo in una lettera inviata a Mandrioli (GAB/30/49-9) l'8 febbraio del 1942 e riportata da RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit. nt. 4, p. 538.

tutto comprensibile per il suo interlocutore e peraltro sottolineata nel testo della missiva, conferma che tra i giuristi coinvolti nel lavoro codificatorio erano di fatto emerse significative contrapposizioni e rafforza il sospetto che, con l'espressione «i nostri», Osti intendesse distinguere tra i soggetti coinvolti nel Comitato sul libro IV da quelli presenti nel Comitato sul libro V, ossia sui commercialisti, tra cui, *in primis*, Asquini, che in precedenza erano intervenuti per coordinare l'elaborazione della parte generale delle obbligazioni con le problematiche legate alla elaborazione del libro V. Non a caso, come si è visto, l'eliminazione del richiamo alla «causa estranea» era stato suggerito, in sede di coordinamento, proprio da quel secondo Comitato, per essere poi accolto, da quello che si occupava del libro IV, nonostante le resistenze dello stesso Mandrioli.

L'appunto, inviato da Osti¹⁰⁴, particolarmente puntiglioso, si articolava in due parti. La prima, al fine di richiamare le conclusioni cui si era giunti nella scrittura delle norme relative sia alla diligenza nell'esatto adempimento sia alla responsabilità per inadempimento, sia all'estinzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, era volta a fissare riassuntivamente i principi ispiratori di tali norme in rigorosa coerenza con l'impostazione teorica prospettata dallo stesso Osti e che egli riteneva, dopo ampie discussioni, ormai condivisa in sede di stesura finale del libro IV. Al riguardo, a conclusione di questa disamina, Osti non mancò di segnalare la stessa contraddittorietà degli argomenti sostenuti nel testo della relazione sottoposto alla sua attenzione, in particolare tra quelli avanzati nella illustrazione della diligenza e della responsabilità e quelli riguardanti la estinzione dell'obbligazione per impossibilità della prestazione.

La seconda parte dell'appunto di Osti, quella *construens*, intervenne per suggerire direttamente modificazioni nel testo della relazione con riferimento, in particolare a quello destinato all'art. 1176 ed a quello relativo all'art. 1218. Per quanto riguarda la relazione relativa all'art. 6 del progetto (ossia il futuro art. 1176), il brano elaborato da Osti, finì con l'essere del tutto accolto, pur con qualche piccola correzione, e oggi si rinviene nel terzo capoverso del n. 559 della relazione finale al codice civile.

Quanto, viceversa, alla relazione relativa all'art. 48 del progetto (ossia il futuro art. 1218), Osti provvide, in definitiva, a rielaborare totalmente il testo inviatogli, lasciando inalterati esclusivamente il primo e l'ultimo. In particolare, il testo della relazione finale, ossia il n. 571, dal capoverso 2 sino al penultimo capoverso, corrispondono tuttora alla proposta che Osti inviò a Mandrioli nel settembre del 1941.

¹⁰⁴ Lo si legge qui, in appendice, al presente saggio.

Sicché, è certamente provato che la relazione sul punto, nella sua stesura originaria, sia stata elaborata da Giuseppe Osti, ossia dal giurista che con maggiore coerenza aveva sostenuto la natura oggettiva della responsabilità contrattuale da inadempimento da escludersi solo in presenza di una impossibilità oggettiva, assoluta ed inevitabile.

Successivamente, però, sul testo del § 37 del progetto (corrispondente al § 571 della relazione finale al codice) sono intervenute correzioni finalizzate a ridimensionare la radicalità della soluzione prospettata da Osti.

Ciò si ricava testualmente da una lettera inviata il 15 dicembre del 1941, ossia nell'imminenza della pubblicazione della relazione, allo stesso Osti da parte di Dino Mandrioli¹⁰⁵.

In tale lettera si legge tra l'altro che:

le insistenze di Asquini hanno condotto ad alcune modificazioni nella relazione al libro delle obbligazioni. Su di un punto in particolare la sua insistenza è stata vivissima, cioè sulla prova ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. Ora poiché il brano era di tua fattura io sono stato *riluttantissimo* ad ogni modifica e più di tutto mi sono opposto a che si dicesse che fuori dai casi che si riconducono al *receptum* può essere sufficiente per l'esame la prova di aver usato la diligenza richiesta. In questa condizione di cose non rimane che: a) omettere ogni spiegazione (e non è bello dato che nel libro qua e là è rimasto l'accento al fortuito); b) dire quello che si è scritto nell'accluso appunto. A me sembra che questa sia la migliore soluzione che non accontenterà del tutto Asquini, ma gli concede qualche cosa e salva ciò che è essenziale» [le sottolineature sono nostre].

L'appunto accluso a tale missiva (in realtà non più spedita da Mandrioli ad Osti)¹⁰⁶ e destinato al testo della relazione era così formulato:

La prova della causa non imputabile non dovrà sempre condurre all'identificazione dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità; potrà alle volte ricavarsi da elementi presuntivi fra i quali notevole rilevanza può avere la dimostrazione della condotta diligente del debitore: quando ricorra l'uno o l'altro caso si dovrà vedere tenendo conto delle circostanze in relazione alla natura del rapporto e della prestazione che ne forma oggetto.

¹⁰⁵ La missiva si trova presso l'Archivio centrale dello Stato, *Ministero di Grazia e Giustizia, Gabinetto Inv. 19, Riforma dei codici*, busta 28.

¹⁰⁶ Sulla vicenda si v. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit. nt. 4, p. 528.

Molto probabilmente, Asquini non si accontentò della stringata formulazione di «compromesso» elaborata da Mandrioli, ma ne pretese una più ampia e, per certi versi, indubbiamente più sfumata. È sufficiente, al riguardo, porre a confronto l'appunto elaborato da Mandrioli con il testo che si rinviene al n. 571 della stesura definitiva della relazione al libro delle Obbligazioni¹⁰⁷.

Infatti, in questa stesura finale, l'appunto di Mandrioli risulta riconoscibile nell'*incipit* della frase, ma, al tempo stesso è significativamente rielaborato:

La prova della causa non imputabile non dovrà sempre condurre alla diretta e positiva identificazione dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità. Potrà alle volte ricavarsi da elementi presuntivi, tra i quali notevole rilevanza può avere la dimostrazione della condotta diligente del debitore; dimostrazione che talora potrà anche essere di per sé sufficiente. Quando non è necessaria la prova diretta e positiva dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità, si dovrà stabilire tenendo conto delle circostanze, in relazione alla natura del rapporto o alla prestazione che ne forma l'oggetto. Così, in generale, nei rapporti la cui disciplina si è riconnessa al *receptum*, il debitore sarà tenuto a dare la prova specifica dell'evento produttivo del danno (art. 1693, 1784, 3° comma, e 1787), per converso in altri casi risulta esclusa la necessità di tale prova ed è sufficiente quella della diligenza del debitore nel custodire la cosa (articoli 1768, 1805, con particolari modalità, 1807). Nell'art. 1681, 1° comma, si richiede infine che il debitore dimostri soltanto di avere adottato le misure atte ad evitare il danno.

Ebbene, dalla missiva ora richiamata e dal confronto tra l'appunto elaborato da Mandrioli ed il testo finale della relazione al codice civile, può ricavarsi che, anche a prescindere dalla tesi secondo la quale la formula presente nell'art. 1218 nella parte in cui parla di un'impossibilità della prestazione per una «causa non imputabile al debitore», sarebbe di per sé «neutra» rispetto ai criteri di imputazione¹⁰⁸, la Relazione da parte sua indubbiamente limitò la radicalità dell'impostazione originaria prospettata

¹⁰⁷ Essa non è presente nelle Bozze IV della relazione (così RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit. nt. 4).

¹⁰⁸ In questi termini C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotto*, Giuffrè, Milano 1979, p. 506 ss.; e L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, p. 1072 ss.

da Osti, a dispetto dell'innegabile influenza da lui esercitata¹⁰⁹ nell'elaborazione dell'art. 1218.

Inoltre, l'insistenza dimostrata da Asquini a che nella relazione di accompagnamento del testo si esplicitasse in maniera nitida un'interpretazione indirizzata a sfumare il carattere sempre oggettivo della responsabilità contrattuale e, in definitiva, a riconoscere la sussistenza della causa non imputabile dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, sol che il debitore avesse fornito la prova della sua mancanza di colpa (fatta eccezione delle ipotesi di *receptum*), rafforza la conclusione che Asquini avesse ulteriormente modificata la sua lettura della responsabilità da inadempimento. Infatti, l'originaria adesione di Asquini alla tesi di Osti in ordine alla natura oggettiva della responsabilità da inadempimento era per la verità, come si è già visto in precedenza, già, *ab origine*, indebolita fortemente sul piano del contenuto della prova liberatoria a carico del debitore: a questo risultato il giurista friulano era fortemente motivato sempre al fine di evidenziare la significativa distanza della regola generale civilistica in materia, da quelle contenute nei contratti commerciali. Questa impostazione, già accolta quando ancora esistevano i due diversi codici, quello civile e quello commerciale, probabilmente si è ulteriormente radicalizzata nel corso dei lavori della codificazione, in coincidenza prima con la decisione relativa all'unificazione della disciplina delle obbligazioni e, poi, con la definitiva scomparsa del codice di commercio, al punto da indurre Asquini ad abbandonare, in definitiva, la stessa configurazione della responsabilità contrattuale in termini oggettivi cui aveva aderito negli anni venti: abbandono cui si accompagnò anche una sorta di *damnatio memoriae* per Osti con il quale si era confrontato durante i lavori della codificazione.

Senza qui richiamare tutte le articolate interpretazioni che, non a caso, la letteratura civilistica ha fornito proprio a proposito del passo della relazione sopra richiamato, è sufficiente qui illustrare le diverse letture avanzate al riguardo dagli stessi due protagonisti della stesura travagliata di quel passo della relazione.

Infatti, nella voce *Trasporto di cose*¹¹⁰, edita nel 1973, Asquini, nel

¹⁰⁹ E si v. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, nel *Commentario al Codice civile* Schlesinger, artt. 1218-1221, Giuffrè, Milano 1987, p. 103 ss.; e P. RESCIGNO, *Gli scritti di Giuseppe Osti, Presentazione*, in OSTI, *Scritti giuridici* vol. I, cit. nt. 25, p. XI.

¹¹⁰ In *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, UTET, Torino 1973, p. 576 ss., in part. 592. A sua volta, nell'altra voce *Trasporto di persone (contratto di)*, ivi, p. 615, Asquini sottolineò che la responsabilità del vettore nel trasporto di persone ha carattere soggettivo e ribadì, viceversa, la natura oggettiva della responsabilità nel caso di trasporto di cose, in ragione

rimarcare la continuità storica della specifica disciplina in ordine alla responsabilità del vettore *ex recepto*, contrapponeva siffatta soluzione a quella riconducibile alla base, a suo dire, dell'art. 1218 e così si esprimeva: «secondo le regole generali, il debitore si libera dando la prova negativa della sua *non colpa*, anche se non identifica positivamente la causa del danno», laddove «in materia di trasporto il vettore non si libera della responsabilità se non dando la prova di un fatto non colposo, *positivamente identificato come causa del danno* [...] anche se egli provi che da parte sua vi è stata la prestazione di ogni dovuta diligenza. Solo in questo senso si può parlare di «*responsabilità oggettiva*».

Come è agevole osservare, a dispetto della lettera della Relazione, secondo la quale graverebbe sul debitore l'onere di provare innanzitutto l'impossibilità della prestazione a lui non imputabile, pur con la possibilità di ricorrere al riguardo a presunzioni tra cui anche quella relativa al rispetto della diligenza richiesta, Asquini configurava come *regola generale ex art. 1218* che l'onere del debitore sarebbe quello di provare in negativo la sua non colpa, ossia la sua diligenza, a dispetto del «talora» presente nel testo della relazione.

Inoltre, in quel medesimo contributo, subito dopo tale affermazione, Asquini tenne a segnalare, senza ulteriori commenti, che «secondo una recente dottrina, il regime del *receptum* non rivestirebbe nel nostro sistema, carattere di eccezionalità, atteso che anche sul piano dell'esonero della responsabilità di diritto comune, *ex art. 1218 c.c.*, il debitore dovrebbe non soltanto dimostrare la sua non colpa (di avere, cioè, agito con diligenza in modo che il fatto determinante l'impossibilità sopravvenuta, è a lui non imputabile), ma anche provare positivamente il fatto non imputabile da cui è derivata l'impossibilità della prestazione, con la conseguenza che vengono ad incidere sul debitore anche le cause equivoche e ignote».

Singolare, a ben vedere, è che nel menzionare questa diversa interpretazione dell'art. 1218, Asquini non solo parlasse di una «recente dottrina», laddove quella soluzione rispondeva proprio alla tesi dottrinale tenacemente sostenuta da Osti e da quest'ultimo ribadita anche dopo la codificazione del 1942¹¹¹, ma menzionasse, nella nota di richiamo, la monografia di Cot-

dell'onere probatorio gravante sullo stesso vettore circa l'evento fortuito causativo del danno, con il conseguente rischio a totale suo carico della causa ignota.

¹¹¹ E si v. G. OSTI, *Devianze dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1955, p. 593 ss., in part. 614 ed ora anche in ID., *Scritti giuridici*, cit. nt. 25, p. 452 ss.

tino edita nel 1955¹¹² il quale, giusto in riferimento a quella stessa conclusione, aveva, a sua volta, nel suo contributo segnalato proprio il pensiero di Osti!¹¹³

Quest'ultimo, d'altro canto, nel suo ultimo saggio in materia¹¹⁴, volle precisare l'interpretazione da assegnare al passo della Relazione al codice civile (n. 571) sopra riportato. In particolare, dopo aver sottolineato che «i principi esposti in questo brano sono, in complesso da approvare», tenne però a sottolineare che il richiamo in quel punto della Relazione «alle circostanze» non equivaleva certo ad ammettere una scelta, secondo i casi, tra due soluzioni alternative. A suo dire, le scelte era state disposte dalla legge nelle specifiche disposizioni normative richiamate in quel medesimo passo della relazione. Quanto poi alle scelte, Osti continuava pur sempre a fare riferimento all'impossibilità della prestazione, quale presupposto della esclusione della responsabilità da inadempimento, contrapponendo la «sufficienza della prova del comportamento diligente del debitore diretta ad evitare l'impossibilità e la necessità della prova della causa specifica dell'impossibilità. Su questa base poteva così concludere che «deve ammettersi, sempre in linea di principio, che il debitore possa limitarsi a provare il proprio comportamento diligente, per quanto sul terreno pratico, come dicevamo, gli sarà in generale molto più facile provare l'evento specifico, a lui non imputabile, che ha data causa all'impossibilità».

14. *Conclusioni. La costante «doppiezza» della responsabilità contrattuale: dal primato premoderno delle prestazioni di servizi a quello moderno e posmoderno delle prestazioni di massa di beni e di servizi*

La sistemazione finale della disciplina, come aveva del resto già previsto Gorla nel corso dei lavori codificatori, non riuscì a superare in maniera soddisfacente le contrapposizioni tra le diverse impostazioni che agli inizi del secolo avevano vista divisa la dottrina nell'interpretazione degli artt. 1224, 1225 e 1226 del codice civile del 1865. In particolare, a voler riassumere i nodi irrisolti, a proposito della «diligenza» di cui all'art. 1176 restava aperta non già tanto la questione relativa alla sua portata generale, se non

¹¹² G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Giuffrè, Milano 1955, pp. 211 ss.

¹¹³ E si v. infatti ivi, p. 207, nt. 11-bis.

¹¹⁴ Il riferimento è alla voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Novissimo Digesto Italiano* vol. VIII, Utet, Torino 1962, pp. 287 ss. ed ora anche in OSTI, *Scritti giuridici*, cit. nt. 25, pp. 489 ss.

generica, in materia di rapporti obbligatori, bensì quella riguardante il suo specifico peso e funzione a proposito delle obbligazioni c.d. di contegno, e, in ogni caso, il suo rapporto con l'art. 1218, questa volta in relazione peraltro alla stessa precisa individuazione della nozione di impossibilità sopravvenuta della prestazione: se questa dovesse essere oggettiva o addirittura soggettiva e, nel primo caso, se dovesse essere assoluta o relativa. Quanto, poi, all'art. 1218, le incertezze ulteriori, al di là di quelle relative alla nozione di impossibilità, emergevano a proposito della corretta individuazione della c.d. «causa non imputabile al debitore» che aveva preso il posto della «causa estranea», in relazione alla presenza, in altre disposizioni, anche in materia contrattuale, del riferimento esplicito al «caso fortuito» e alla «forza maggiore», a fronte dell'abrogazione del richiamo che era presente in origine nell'art. 1226 del codice del 1865.

Il dibattito, a ben vedere, è proseguito anche nel secondo dopoguerra e resta tuttora al centro di un acceso articolato confronto tra chi ha costruito la responsabilità contrattuale, dando rilievo soprattutto all'art. 1176 e chi ha viceversa fornito diverse soluzioni, pur configurando la responsabilità contrattuale come oggettiva, per taluni assoluta, per altri relativa, cercando un possibile coordinamento tra gli artt. 1176 e 1218, anche sulla scorta della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato: distinzione, questa ultima, che tuttora divide la dottrina e che continua a riproporsi nella stessa concreta prassi giurisprudenziale¹¹⁵, a dispetto anche di veri e propri anatemi lanciati fuori luogo¹¹⁶.

Sotto questo profilo, a voler prospettare un bilancio sull'impatto che

¹¹⁵ Per una lettura precisa dello stato dell'arte al riguardo con riferimento sia alla dottrina sia alla giurisprudenza si v. assai di recente G. GRISI, *Morfologia dell'obbligazione*, in S. MAZZAMUTO (diretto da), *Trattato del diritto privato*, vol. IV, t. I, *Le obbligazioni*, Giappichelli, Torino 2024, p. 134 ss. e R. FRANCO, *La disputa intorno alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultati si rinnova: dalla dogmatica al nesso di causalità. L' 'esatto' adempimento e gli obblighi di protezione*, in «Rassegna di diritto civile», 2022, p. 92 ss.

¹¹⁶ E si v. in particolare C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in «Europa dir. priv.», 2011, p. 846 ss., in part. 858 secondo il quale la distinzione sarebbe «sciagurata» e «mai a sufficienza vituperata per l'inconsistenza che la caratterizza». Viceversa, per una lucida, quanto precisa messa a punto in ordine alla sua persistente rilevanza sistemica si v. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit. nt. 24, p. 70 ss., il quale evidenzia anche la persistenza, nel diritto vivente, di tale distinzione, ormai accolta anche nella giurisprudenza della corte di Giustizia oltre che in testi legislativi e progetti codificatori di respiro europeo provenienti dalla cultura accademica.

nel processo codificatorio relativo a questa complessiva tematica ha registrato il particolare clima politico in cui tale processo si è svolto, si può ritenere che, al di là di pronunciamenti retorici, la prospettiva propria dell'ideologia corporativa, in quanto tale, non ha inciso sulle soluzioni, sia pure non lineari, accolte, a tale specifico riguardo, nel libro IV del codice.

In realtà, la vicenda sin qui analizzata in ordine all'emersione nel codice del 1942 degli articoli 1176 e 1218, destinati rispettivamente da un lato a richiamare il paradigma della diligenza a proposito dell'esatto adempimento dell'obbligazione da parte del debitore, dall'altro a disciplinare la responsabilità del debitore in caso di inadempimento o di suo ritardo, si rivela di indubbia suggestione se la si prende in considerazione in una prospettiva analitica di più lungo periodo e di più ampia valenza socio-economica rispetto alla sola stagione relativa alla codificazione.

Prospettiva di più lungo periodo che ha preso l'avvio ben prima della specifica congiuntura in cui maturò il processo codificatorio conclusosi nel 1942 e collocatosi nel corso del ventennio fascista che nel nostro paese ha segnato, con una dittatura antidemocratica, il traumatico passaggio ad una società di massa in via di industrializzazione avviatosi alla fine dell'Ottocento. Prospettiva che, a ben vedere, si spinge ben oltre in quanto in grado di abbracciare anche l'attuale stagione che vede il primato dell'economia c.d. post-industriale.

Al di là delle relative curvature che l'elaborazione della disciplina e la maturazione delle scelte di fondo emerse hanno subito in ragione del clima politico sociale intervenuto negli anni in cui si collocò l'adozione della nuova codificazione, la questione giuridica di fondo analizzata nelle pagine precedenti e risultata al centro di un dibattito iniziato prima dell'avvento del fascismo e proseguito fino ai giorni nostri, proprio sulla scorta delle soluzioni tecniche adottate nel codice del 1942, riflette, a ben vedere, un processo di trasformazione e di mutamento della realtà socio-economica che non si esita a definire epocale e la cui messa a fuoco può risultare non priva di rilievo al fine di meglio comprendere, oltre che il recente passato, anche la stagione nuova in cui si è oggi immersi.

A questo specifico riguardo, è opportuno richiamare in estrema sintesi le alternative radicali emerse nell'approccio alla disciplina del rapporto obbligatorio e della responsabilità per inadempimento che si sono fronteggiate nel passaggio dalla normativa contenuta nel codice civile del 1865 e quella adottata nel codice del 1942.

Un indirizzo ermeneutico, emerso in sede applicativa del *code civil* napoleonico e poi ripreso nell'elaborazione del codice civile italiano del 1865, aveva configurato il rapporto obbligatorio sulla base di una perfetta

corrispondenza tra la prestazione dovuta dal debitore, in termini di attuazione di una specifica attività personale da porre in essere a vantaggio del creditore, e la pretesa nonché il soddisfacimento del creditore. Il primato sostanziale assegnato alla attività del debitore da eseguirsi nel rispetto di uno specifico parametro di diligenza, tale per cui l'oggetto della prestazione a carico del soggetto passivo del rapporto corrispondeva all'oggetto del credito spettante alla parte attiva del medesimo, induceva a configurare come soggettiva la responsabilità del debitore in caso di inadempimento con la conseguente sua liberazione da ogni responsabilità una volta fornita la prova del rispetto da parte del debitore della diligenza nella misura richiesta dal legislatore.

Un opposto indirizzo ermeneutico, progressivamente strutturatosi a livello dottrinario alla fine dell'Ottocento, si orientò diversamente sulla scia di un sempre più marcato processo di oggettivizzazione del rapporto obbligatorio e della più incisiva tutela assicurata al creditore, rispetto alla tradizionale distinzione tra debito e responsabilità, ossia tra la sola possibilità per questo soggetto di ottenere la prestazione per il tramite dell'attività del debitore ovvero, in mancanza, l'esecuzione forzata sul patrimonio dello stesso per il danno sofferto.

In corrispondenza di questa emancipazione del credito dal solo riferimento al rapporto obbligatorio, ossia alla condotta del debitore, e, dunque, in linea con il maggior *favor* riconosciuto alla posizione del creditore, tale indirizzo, a sua volta, sosteneva la natura oggettiva alla responsabilità del debitore in caso di inadempimento per cui la liberatoria esigeva la prova positiva dell'intervento di una causa esterna, peraltro a lui non imputabile, in termini di caso fortuito o di forza maggiore, ossia di un evento assolutamente inevitabile più che solo imprevedibile.

A ben guardare, nella società e nell'economia premoderna e sino agli ultimi decenni dell'Ottocento, fatta esclusione del primato spettante alla produzione agricola di base, peraltro destinata in larga parte alla diretta alimentazione degli stessi agricoltori in termini di autoconsumo, il sistema economico era fondamentalmente basato sulla fornitura di servizi, attuata in grande prevalenza in forma artigianale e nella quale assumeva rilievo peculiare la qualità professionale degli operatori.

Più in particolare, in assenza di strutture per la produzione di massa di beni, ossia delle moderne organizzazioni in forma di impresa, la maggior parte delle utilità al centro delle relazioni contrattuali si presentava sotto forma di servizi, ossia di prestazioni di attività calibrate sulla base delle specifiche esigenze del richiedente e destinate alla realizzazione di beni personalizzati ovvero alla prestazione di servizi in senso stretto (si pensi

ad es. al confezionamento di abiti, di scarpe, di utensili, alla loro riparazione *etc.*): prestazioni in cui acquistavano rilievo da un lato le specifiche esigenze anche idiosincratiche del creditore, committente, dall'altro le peculiari qualità professionali di soggetti tenuto ad erogare prestazioni di attività considerate, di conseguenza, in molti casi infungibili.

In coerenza con il primato spettante in siffatta struttura socio-economica ai rapporti obbligatori basati sulle prestazioni di servizi, significativamente personalizzati dal lato passivo e dal lato attivo, si può ben comprendere l'orientamento prevalso nella esperienza giuridica a proposito della regolamentazione dei rapporti obbligatori. In armonia con il modello culturale elaborato dalla dottrina, la disciplina generale delle obbligazioni accolta nelle codificazioni dell'Ottocento, nonché la successiva prassi applicativa favorirono la configurazione del rapporto in quanto contraddistinto in larga prevalenza sempre e soltanto da una perfetta simmetria tra le contrapposte situazioni giuridiche del debitore e quella del creditore, considerata la centralità assegnata alla attività dovuta dal debitore assunta quale esclusivo oggetto del diritto del creditore. Corollari finali di questo modello, alla luce peraltro della ricorrente infungibilità delle prestazioni in quanto legate alla qualità personale del debitore, erano da un lato la previsione della sola tutela risarcitoria del danno a favore del creditore in caso di inadempienza¹¹⁷ e dall'altro, quale norma di chiusura, la sanzione penale dell'arresto per debiti¹¹⁸.

Il primato del modello incentrato sull'attività del debitore, ossia sul carattere soggettivo della prestazione, era destinato, come tale, a pesare a proposito della disciplina in materia di responsabilità per inadempimento. Si riteneva sussistente il caso fortuito una volta che il debitore avesse provata l'osservanza della diligenza. Per altro verso, la prevalente attenzione nei confronti della prestazione di servizi non impediva, al tempo stesso, che all'interno del modello giuridico adottato fosse pur sempre percepita la più rigorosa diversità delle semplici prestazioni di contegno, si pensi ad es. all'attività dell'avvocato o del medico, per le quali successivamente si parlò di obbligazioni di mezzi, in contrapposizione alle altre, quelle c.d. di

¹¹⁷ Di qui anche lo sviluppo dei rimedi alternativi al solo risarcimento per conseguire coattivamente il soddisfacimento del creditore: sul punto per una bibliografia si rinvia a D'ANGELO, *Note storiche*, cit. nt. 43.

¹¹⁸ A ben vedere, nel nostro paese, esso è stato abrogato solo in parte con la legge 6 dicembre 1877, n. 4166 e rimosso definitivamente per le ipotesi residue solo con l'emanazione del codice civile del 1942: sul tema si v. G. PACE GRAVINA, *Contrainte par corps. L'arresto personale per debiti nell'Italia liberale*, Giappichelli, Torino 2004.

risultato, in cui lo svolgimento dell'attività da parte del debitore si traduceva, a differenza delle prime, pur sempre in un precipitato oggettivo, in una utilità materialmente acquisita da parte del creditore.

In tale ottica, più precisamente alla luce della corrispondenza del modello giuridico riguardante il rapporto obbligatorio al primato che in quella stagione pur sempre spettava ad un sistema economico fondato sulla prestazione di servizi, ben si comprende l'ampio spettro operativo riconosciuto nelle codificazioni ottocentesche all'indifferenziate figure negoziali della *locatio operis* ed *operarum*. Esse, infatti, abbracciavano tutta l'area delle prestazioni contrattuali riferite ad una vasta e variegata gamma di attività al centro di rapporti obbligatori: da quelle del tutto isolate ed episodiche sino a quelle più strutturate e svolte in termini professionali ed artigianali, ma pur sempre contrapposte a quelle degli imprenditori¹¹⁹.

Ebbene, non è senza rilievo la tempistica con la quale alla fine dell'Ottocento nella riflessione giuridica in materia di obbligazioni si siano registrati la progressiva emersione della configurazione oggettiva della responsabilità contrattuale rispetto a quella soggettiva ben più risalente, nonché lo spostamento dell'attenzione sulla posizione del creditore. L'acceso dibattito che ne scaturì, tutto incentrato, in quella specifica stagione, sulla interpretazione da dare ai testi codificati nel corso di quel secolo, a partire dal *Code Napoléon*, coincideva infatti con il progressivo affermarsi in Europa del processo di industrializzazione e di modernizzazione dell'economia rispetto all'assetto socio-economico premoderno che dai secoli precedenti si era protratto anche per buona parte dell'Ottocento.

In altri termini, con l'avvio della industrializzazione e della produzione di massa da parte di strutture organizzate a tal fine, secondo il modello delle imprese moderne, il mutamento epocale intervenuto nell'economia europea ha visto progressivamente il passaggio dell'egemonia da un sistema economico fondato sulla produzione di servizi, peraltro in prevalenza svolta su piccola scala e, di volta in volta, forgiata secondo le specifiche esigenze dei singoli interlocutori, ad un sistema basato sulla produzione su larga scala di beni, ossia di merci per il mercato¹²⁰.

In tale nuovo modello economico, i rapporti obbligatori, quali stru-

¹¹⁹ E si v. per tutti, P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Utet, Torino 1939, p. 24 ss.

¹²⁰ Significativa, peraltro, in quel contesto, la singolare disciplina per i contratti di trasporti, da quelli ferroviari a quelli marittimi, che, non a caso, in quella stagione, rappresentarono la prima rilevante presenza di un'attività di prestazione di servizi, fondata su una organizzazione imprenditoriale.

menti destinati in crescente espansione alla uniforme gestione di siffatte relazioni di scambio, registrarono da un lato una contrazione sensibile circa il ruolo dell'attività personale svolta dal debitore, nell'ambito della singola relazione obbligatoria, secondo i *desiderata* del singolo creditore, in presenza ormai di processi di produzioni di massa di beni da destinare al mercato, dall'altro, e per conseguenza, anche una diversa attenzione per le concrete attese del creditore.

L'oggettivizzazione del rapporto obbligatorio, in definitiva, nel segnare lo spostamento del primato dall'attività del debitore, in quanto tale, al prodotto della stessa, ossia del risultato finale atteso dal creditore, ha altresì favorito l'accresciuta attenzione per la tutela del creditore. In altre parole, è nel rispondere a questa sollecitazione, legata alla nuova complessiva prevalente funzione del rapporto obbligatorio sulla base del definitivo sorpasso del sistema di produzione di beni su quello artigianale e personalistico avente ad oggetto servizi, che la rilettura giuridica dei rapporti obbligatori ha portato al progressivo affermarsi della tesi favorevole a riconoscere natura oggettiva alla responsabilità contrattuale nel quadro di una maggiore attenzione per il creditore.

Nella prospettiva della indagine svolta nelle pagine precedenti, è possibile evidenziare che nella vigenza del codice civile del 1865 l'emersa dialettica tra le due letture del rapporto obbligatorio e della responsabilità per inadempimento rifletteva, in misura anche inconsapevole, il mutamento epocale del sistema economico-sociale che andava attuandosi nella parte finale dell'Ottocento. In quel contesto, il terreno di scontro tra le due concezioni è stata l'interpretazione della disciplina contenuta in un codice civile che era stato costruito sul modello e sulla prassi applicativa del *Code Napoléon*, ossia di un codice adottato nei primi di quello stesso secolo in rispondenza ad un sistema economico ancora fondato sulla prevalente prestazione di servizi. Sotto questo profilo, la disciplina contenuta nella parte generale delle obbligazioni, come tale costruita sulla scorta del modello egemone e più rispondente al sistema economico del tempo, anche fatta la debita tara all'inadeguatezza del linguaggio giuridico presente nel testo, è apparsa orientata a favore della natura soggettiva della responsabilità per inadempimento, ossia in linea con il rilievo riconosciuto all'attività del debitore nella complessiva lettura dei rapporti obbligatori.

La singolarità della vicenda intervenuta nei primi decenni del Novecento è costituita dal fatto che il confronto tra le due contrapposte configurazioni del rapporto obbligatorio sopra richiamate, in particolare circa la natura soggettiva od oggettiva della responsabilità da inadempimento in funzione di un *favor debitoris* contrapposto al *favor creditoris*, acuitosi alla fine del secolo

precedente, ha finito con il collocarsi, a ben vedere, su un piano diverso da quello del solo contrasto ermeneutico che aveva caratterizzato i decenni precedenti a proposito della normativa codicistica allora vigente.

Infatti, l'apertura del nuovo processo codificatorio non poteva che spostare la questione sul piano più generale della politica del diritto, ossia di una scelta da introdurre nel nuovo codice nel quadro del mutato sistema economico in cui era sempre più evidente il sopravanzare dell'economia fondata sulla produzione di beni, attuata da strutture organizzate in forma di impresa, rispetto al sistema tradizionale fondato sulla prevalente prestazione di servizi assicurata in forma artigianale da una miriade di piccoli operatori o di semplici lavoratori autonomi.

In definitiva, a partire dagli anni Trenta del Novecento, il piano di scontro tra i due modelli, l'uno riflettente il sistema economico in declino, ossia quello fondato in larga prevalenza dalla prestazione di servizi forniti da piccoli artigiani e «professionisti», l'altro, quello in ascesa, basato sulla produzione industriale di beni da parte delle imprese, si collocò all'interno del processo codificatorio. Quest'ultimo, a ben vedere, finì con il registrare il confronto, allora in corso sul piano storico, tra quei modelli, in rispondenza, del resto, alla delicata fase di trasformazione dell'economia nazionale nella direzione dello sviluppo capitalistico.

Sviluppo verso la modernizzazione che nel nostro paese presentava caratteri oltremodo originali e complessi rispetto agli altri paesi europei in ragione dei profondi squilibri socio-economici presenti all'interno del territorio nazionale tra Nord e Sud, del persistente primato del tradizionale settore agricolo sugli altri settori economici, della limitata ampiezza delle aree industriali in fase di strutturazione, a fronte di una persistente e diffusa presenza, per ragioni storiche dovute anche all'ancor giovane unificazione economica del paese ed incompiuta attuazione di un mercato nazionale, di piccole e medie strutture produttive per lo più a carattere artigianale.

Tale scelta non si rivelava certamente facile a fronte del processo in quei decenni ancora in corso, più precisamente a fronte di una transizione largamente incompiuta verso la modernizzazione dell'economia nella direzione dello sviluppo industriale moderno. Infatti, l'esigenza di non rinunciare ad una parte generale dell'obbligazione, anzi di procedere al riguardo all'unificazione del diritto delle obbligazioni, rispetto alla distinzione tra quello contenuto nel codice civile e quello presente nel codice di commercio, ha portato, in definitiva, all'adozione di soluzioni tecniche non limpide, se mai «di compromesso», ossia in grado di supportare letture ermeneutiche diverse favorevoli ad entrambe le contrapposte opzioni di politica del diritto dianzi evidenziate.

La linea di compromesso, già chiaramente evidente dall'abbandono della soluzione accolta nel progetto del 1936 sulla linea del precedente progetto italo-francese, ben si coglie ove si consideri che: a) l'art. 1176 co. 1, con il richiamo alla diligenza del debitore per tutte le obbligazioni finiva con il ribadire, in definitiva, il paradigma tradizionale su cui era stata costruita la tesi circa la natura soggettiva della responsabilità per inadempimento; b) a sua volta, l'art. 1218 prospettava la regola relativa alla responsabilità da inadempimento con una espressione che, sul piano formale, rispecchiava la soluzione dottrinale favorevole alla natura oggettiva della responsabilità.

In definitiva, il dato testuale delle disposizioni adottate nel nuovo codice civile del 1942, per quanto frutto di una tecnicità molto più sofisticata ed anche più attrezzata sul piano dogmatico rispetto a quelle alla base del codice del 1865, risultava nella sua ambivalenza, in realtà, in linea con il concreto contesto socio-economico della società italiana dell'epoca: in questa, infatti, moderno e premoderno coesistevano in aderenza anche agli squilibri oggettivi di sviluppo presenti nel territorio nazionale.

L'eventuale prevalenza generalizzata sul piano ermeneutico della tesi circa la natura soggettiva della responsabilità contrattuale avrebbe rappresentato, al tempo stesso, una garanzia per il ceto debitorio, fornitore di servizi secondo il sistema tradizionale, e, viceversa, un vero e proprio privilegio per il mondo produttivo delle imprese dedite alla produzione di massa, allora in ascesa. Viceversa, l'eventuale prevalenza generalizzata della tesi circa la natura oggettiva della responsabilità da inadempimento contrattuale, avrebbe certamente penalizzato gli operatori che si fossero attardati nel processo di modernizzazione, ossia nel passaggio dall'economia dei mestieri a quella basata su strutture imprenditoriali moderne.

In questa prospettiva, possono in definitiva, al di là dei contrasti dottrinali, cogliersi in concreto sia le scelte valoriali che erano in gioco nel processo di progressiva «commercializzazione del diritto privato» alla base della unificazione dei codici, sia le irrisolte tensioni che quel medesimo processo implicava. Tensioni che, oggi, si sono indubbiamente attenuate ma non totalmente risolte, in ragione della presenza di aree, per quanto sempre più residuali, non riducibili ai processi tecnici e meccanici delle imprese¹²¹.

¹²¹ Tensioni che, viceversa, continuano a persistere ove, paradossalmente, proprio nell'area delle prestazioni sanitarie, tradizionalmente considerate luogo di elezione quanto alla presenza di «obbligazioni di mezzi», il regime di «favore» per i professionisti, finisce con l'operare, a dispetto della ripartizione normale dei rischi che ci si dovrebbe attendere in presenza di «cause incognite», anche a favore in definitiva delle strutture imprenditoriali

A ben vedere, il pendolo della storia nell'età postmoderna segna certo il ritorno al primato di una economia produttiva di servizi e non più tanto di beni, ma questo avviene oggi pur sempre nella prospettiva di attività economiche organizzate in forma di impresa, ancorché in grado, sempre di più, di fornire in massa servizi personalizzati.

Appendice

Il testo della missiva di Osti inviata a Mandrioli il 30 settembre 1941
Archivio centrale dello Stato, *Ministero di grazia e giustizia, Gabinetto, Archivio generale, Riforma dei codici e affari diversi*, b. 21, fasc. 24 I parte.

AVV. PROF. GIUSEPPE OSTI
BOLOGNA
VIA GARIBALDI N. 5 – Telef. 21-207

Bologna, 30 settembre 1941 XIX

Carissimo,

Ti mando altri sei fascicoli di bozze della relazione colle mie osservazioni, e un appunto a parte sui nn. 24, 25, 37 e 44.

Richiamo la tua attenzione su detto appunto (oltre che su altre osservazioni particolari di sostanza fatte in margine alle bozze): non so chi abbia redatto quella parte della relazione, e mi sembrerebbe strano che fosse uno dei *nostri*, perché l'argomento fu trattato così a fondo e così ripetutamente, che equivoci non avrebbero potuto rimanere. Ricordi quanto avevi insistito tu per conservare il requisito della *estraneità* della causa di impedimento, e come si finì per eliminarla, pure riaffermando in altra forma il criterio della impossibilità obiettiva?

Spero di farti seguire con grande rapidità il resto delle bozze. Ma se per avventura l'urgenza della stampa rendesse inutile il mio lavoro, ti prego di farmelo sapere... con un mezzo celere, per evitarmi una inutile perdita di tempo.

Ti sarò grato se mi darai notizia dei lavori in corso. Ricordami con viva cordialità ai tuoi. A te un saluto affettuoso.

Alla Eccellenza il Cav. Di Gr.Cr.Dott. DINO MANDRIOLI
Capo di Gabinetto del Ministro di Grazia e Giustizia
R O M A

sanitarie: e si v. , a titolo esemplificativo, il discusso filone ermeneutico aperto da Cass. 26 luglio 2017, n. 18392.

APPUNTI

sui nn. 24, 25, 37 e 44 della relazione sul Libro delle obbligazioni (Diligenza nell'adempimento, esonero da responsabilità per inadempimento, estinzione della obbligazione per impossibilità della prestazione).

La intonazione dottrinale che caratterizza questa relazione ne costituisce indubbiamente un alto pregio nel suo complesso: ma produce necessariamente anche un difetto, in quanto, come ogni trattazione dottrinale, essa risente troppo spesso dei punti di vista specificamente personali dell'estensore, anziché essere una illustrazione obiettiva del testo della legge, limitata (come altresì dovrebbe essere) alle modificazioni sostanziali e alle più importanti modificazioni formali apportate alla legge anteriore.

Nella parte relativa al Titolo I («Delle obbligazioni in generale»), quel difetto si rileva [rivela] particolarmente grave nei §§ 11 («La diligenza del buon padre di famiglia»), 14 («La causa di esonero della responsabilità del debitore»), e 16 («L'estinzione delle obbligazioni»: limitatamente, per questo ultimo, al n. 44 relativo alla impossibilità della prestazione).

Le norme cui si riferiscono i paragrafi citati sono quelle degli articoli 6 («Diligenza nell'adempimento»), 48 («Responsabilità del debitore») e 86 («Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea»).

Gli argomenti di cui si tratta furono ampiamente discussi nelle riunioni del Comitato di redazione, furono di nuovo presi in esame con l'intervento di altri giuristi: ma, salvo qualche divergenza sulla formulazione di singole norme, vi fu pieno accordo sui principi che si volevano accogliere. Tali principi furono i seguenti:

1° – La diligenza del buon padre di famiglia costituisce il criterio per determinare *come* deve essere adempiuta l'obbligazione, e cioè per determinare *quale deve essere* l'attività che il debitore deve impiegare nell'adempimento: e, infatti, la rubrica dell'art. 6 è precisamente così formulata: «Diligenza nell'adempimento». Presupposto dell'applicazione di questo articolo è che la prestazione possa essere eseguita, e che sia effettivamente eseguita: si tratta solo di vedere se è seguita *bene* o se è eseguita *male*, essendo ben inteso che, se la prestazione è eseguita male, l'obbligazione non può dirsi *ESATTAMENTE adempiuta* (v. art. 48).

2° – La causa che esonera il debitore da responsabilità per l'adempimento o per il ritardo nell'adempimento non può essere di natura diversa da quella che è idonea a estinguere l'obbligazione per impossibilità della prestazione.

3° – Causa idonea a liberare il debitore da responsabilità per inadempimento o per ritardo nell'adempimento, causa idonea ad estinguere l'obbligazione, non può essere se non la *impossibilità assoluta e obiettiva: assoluta* nel senso che il debitore non possa superarla, con uno sforzo maggiore o minore; *obiettiva* nel senso che deve incidere sulla prestazione, vale a dire nel senso che deve risultare impossibile la prestazione in sé e per sé considerata, non semplicemente impossibile al debitore di eseguirla per cause *estrinseche alla prestazione medesima*, e inerenti alla persona o alla economia di lui.

4° – In conseguenza del principio formulato *sub* 3 si ritiene opportuno sopprimere l'aggettivo «estranea» che l'art. 1225 cod. '65 apponeva a «causa ... non imputabile», per il riflesso che possono esservi situazioni, inerenti alla persona o alla economia del debitore, che costituiscono presupposti *obiettivi* della prestazione (ad es.: la vita del debitore, e la sua idoneità fisica o intellettuale ad una determinata attività, quando si tratti di prestazioni di fare infungibili): ma in pari tempo si ritenne necessario parlare di «*impossibilità DELLA PRESTAZIONE*» (tanto nell'art. 48, quanto nell'art. 86) appunto per esprimere che la impossibilità liberatoria deve dipendere da una causa *che incida sulla prestazione in sé e per sé considerata*, non sopra situazioni della persona o della economia del debitore che siano estrinseche rispetto alla prestazione; in altri termini si volle usare quella espressione per determinare in modo non equivocabile la *impossibilità obiettiva*.

5° – La non imputabilità dell'evento da cui derivi la impossibilità non fu quindi sancita per affermare che la responsabilità per inadempimento sia fondata sulla colpa (onde la reciproca, che cioè *senza colpa non via sia responsabilità*, come il testo della relazione fa apparire nel 3° e nel 4° comma del n. 24 -pag. 24- e nel 1° comma del n. 25 -pag. 25-, e come lo stesso testo afferma esplicitamente nel 2° e nel 3° comma del n. 37 -pag. 34-): il principio accolto è ben diverso, e cioè si è voluto riaffermare che *la mancanza di colpa del debitore*, nell'evento determinante la impossibilità, costituisce un *elemento subiettivo* che *deve concorrere con l'elemento obiettivo della impossibilità (OBIETTIVA) della prestazione*, perché il debitore sia liberato dalla responsabilità per inadempimento o per ritardo, o perché l'obbligazione possa considerarsi estinta per sopravvenuta impossibilità.

Tutto questo non risulta solamente dal ricordo delle discussioni che portarono a formulare la norma di cui si tratta, bensì risulta dalla

formulazione stessa di tali norme, che assume, anche, un particolare significato quando si tenga presente che sin quasi alla edizione definitiva del progetto la norma corrispondente all'art. 48 del testo legislativo si limitava a richiamare, per ciò che riguarda la natura della impossibilità liberatoria, la norma corrispondente all'art. 86. E il più curioso è che, mentre tutto ciò è stato dimenticato nella redazione dei nn. 24, 25 e 37 della relazione, a commento degli art. 6 e 48, per converso i principi da me ricordati sono incisivamente espressi nel n. 44, a commento dell'art. 86: sicché, oltre a tutto, sopra un punto di capitale importanza quale è quello in esame la relazione si contraddice a breve distanza!

Come dovrebbe dunque essere modificato il testo della relazione?

A) Per quanto riguarda «la diligenza del buon padre di famiglia» (§ 11, nn. 24 e 25, pag. 24 e segg.), poiché non si tratta della introduzione di un nuovo concetto, e tutto ciò che vi è di nuovo nell'art. 6 del Lib. obbl. rispetto all'art. 1224 cod. '65 (oltre alla soppressione dell'inutile capoverso di quest'ultimo) è l'abolizione della diligenza *quam in suis* nel caso del deposito, io riterrei superflua una trattazione... *ad pompam* su quel concetto tradizionale; abolirei quindi il § 11 come paragrafo autonomo, dedicando al tema pochi periodi in testa al § 12 («La disciplina dell'adempimento delle obbligazioni»). Lascierei [*sic*] intatto il primo comma del n. 24, sopprimerei tutti gli altri commi dello stesso numero e il primo comma del n. 25, che nella bozza ho interlineati in rosso, sostituendoli con questi brevi cenni:

«Il criterio della diligenza, richiamato in via generale nell'art. 6 come misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta, riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore fedele ai propri impegni e cosciente delle relative responsabilità deve normalmente impiegare NEL soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo.

Si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo e individuale: sicché non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di aver fatto quanto stava in lui per cercare di adempierla esattamente. Ma, d'altra parte, è un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto; per questo, nel secondo comma dell'art. 6, è chiarito che trattandosi di obbligazioni inerenti alla organizzazione o all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata: questa disposizione costituisce soltanto una

esemplificazione legislativa destinata ad illuminare l'interprete nella applicazione della regola generale. Per questa stessa ragione, inoltre, pur essendosi ritenuto superfluo riprodurre il secondo comma dell'art. 1224 cod. civ., è certo che sussistono anche nel nuovo sistema dei casi in cui la diligenza deve apprezzarsi con minore o invece con maggiore riguardo».

(Seguono i due ultimi capoversi nel n. 25, pag. 25).

B) Anche il n. 37 relativo alla «causa di esonero della responsabilità del debitore», a mio avviso, ... è tutto da rifare.

Dopo il primo comma, che riproduce la sostanza della norma dell'art. 48, io sopprimerei tutta la parte che nella bozza ho interlineata in rosso, e la sostituirei nel modo che segue:

«La formulazione adottata vuol precisare il principio, che nel cod. '65 era espresso negli art. 1225 e 1226: nel primo di questi era considerata causa esoneratrice della responsabilità per inadempimento o per ritardo la *causa estranea non imputabile al debitore*; nel secondo si identificata tale causa col *caso fortuito* o colla *forza maggiore*.

È noto che le norme ora citate diedero luogo, nella loro applicazione, a gravi dissensi dottrinali, non ancora del tutto sopiti, per quanto nella più recente dottrina e soprattutto nella giurisprudenza abbia finito per prevalere la tendenza che trova la sua consacrazione nell'art. 48 di questo libro.

Ad un primo ordine di difficoltà dava luogo l'interpretazione dell'art. 1225 in quanto appunto subordinava la efficacia liberatoria da responsabilità alla *estraneità* della causa da cui fosse dipeso l'inadempimento o il ritardo: una corrente dottrinale particolarmente rigorosa intendeva per «causa estranea» la causa che provenisse da una sfera esterna alla persona e alla economia del debitore; ma questa interpretazione lasciava perplessi in specie di fronte ai casi in cui, trattandosi di obbligazioni infungibili di fare, l'adempimento risultasse impossibile per la morte del debitore o per il venir meno di quelle sue attitudini fisiche o intellettuali che costituissero un necessario presupposto dell'attività posta in obbligazione. Parve in sostanza, ai più, che il legislatore avesse voluto riferirsi all'*id quod plerumque accidit*, essendo certo più frequente, se non addirittura normale, la fungibilità del *facere* necessario per l'esecuzione della prestazione; ma che con ciò non dovesse ritenersi esclusa la rilevanza anche degli impedimenti personali del debitore, tutte le volte che, per la natura della prestazione, tali impedimenti reagissero direttamente sulla possibilità di quest'ultima. In ogni caso l'art. 48, logicamente connesso all'art. 36 che disciplina l'estinguersi della obbligazione per impossibilità sopravveniente della prestazione, subordinando l'esonero

da responsabilità alla condizione che l'inadempimento o il ritardo siano stati determinati da *impossibilità della prestazione*, ha voluto mettere in evidenza che deve trattarsi di impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata: di guisa che non può, a quegli effetti liberatorii, essere presa in considerazione l'impossibilità, in cui il debitore venga a trovarsi, di adempiere l'obbligazione per cause inerenti alla propria persona o alla propria economia ma che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta, mentre, d'altra parte, anche gli impedimenti che si verificano nella persona o nella economia del debitore dovranno invece avere rilievo quando incidano sulla prestazione considerata in sé e per sé, nella sua sostanza o nei suoi obiettivi presupposti.

D'altra parte è pure noto che a gravissime discussioni diedero luogo i concetti di caso fortuito e di forza maggiore, cui faceva riferimento l'art. 1226; e che la più recente tendenza della dottrina era nel senso di identificare quel concetto colla assenza di colpa, da parte del debitore, nella determinazione dell'evento da cui dipendesse l'inadempimento o il ritardo. Per questo, nell'art. 48, a dirimere ogni questione si parla puramente e semplicemente di *causa non imputabile al debitore*: la non imputabilità dell'evento, ossia l'assenza di colpa riguardo al verificarsi del medesimo e al conseguente impedimento ad adempiere, costituisce il requisito subiettivo che deve concorrere con quello obiettivo della impossibilità della prestazione, perché il debitore inadempiente sia esente da responsabilità».

C) Il n. 4 non abbisogna di modificazioni sostanziali, anzi in complesso è chiaro e preciso.

Bologna, 30 settembre 1941. XIX [scritto a mano, segue firma autografa]