RACCOLTA DI STUDI DI DIRITTO COMPARATO
Diretta da GINO GORLA
Promossa dal C.I. Di.C. - CENTRO ITALIANO DI DIRITTO COMPARATO
e dall'ISTITUTO DI DIRITTO COMPARATO dell'UNIVERSITÀ DI ROMA

1

MAURIZIO LUPO

IL DOLO DEL DEBITORE
NEL DIRITTO ITALIANO E FRANCESE
RACCOLTA DI STUDI DI DIRITTO COMPARATO
Diretta da GINO CORLA
Promossa dal C. L. DI. C. - CENTRO ITALIANO DI DIRITTO COMPARATO e dall'ISTITUTO DI DIRITTO COMPARATO dell'UNIVERSITÀ DI ROMA

MAURIZIO LUPOI

IL DOLO DEL DEBITORE
NEL DIRITTO ITALIANO E FRANCESE

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1969
A FRANCESCA ROMANA
L'articolo 1225 del codice civile, come i corrispondenti articoli 1228 e 1229 del codice civile del 1865, non ha formato l'oggetto di alcuna monografia né ad esso è stato dedicato dagli scrittori un rilievo maggiore di quel che sembrerebbe spettare ad una norma la quale, riferendosi ad un concetto apparentemente notissimo, quello di dolo, si limita a prescrivere l'estensione della responsabilità del debitore.

Non mi sarei accinto allo studio dell'inadempienza dolosa se non avessi creduto (e, più tardi, accertato) che l'una o l'altra interpretazione della norma avrebbe potuto produrre notevoli ripercussioni nella vita commerciale, al tempo stesso contribuendo all'intelligenza di alcuni fondamentali concetti del diritto delle obbligazioni: inadempiimento, fatto illecito, fonte dell'obbligazione, azione contrattuale e delittuale, colpa, dolo.

Molti problemi mi sono nati dalla comparazione la quale, come bene è stato detto, conduce sovente a riguardare da angolazioni inusuali la morfologia del "proprò" diritto. L'esperienza della comparazione somiglia a quella del viaggiatore aereo il quale, osservando nel partire o nel tornare i luoghi a lui ben noti, stenta quasi a ritenere per quel che sono e si meraviglia nello scorgere un ordine prima mai intuito o, per contrasto, una diversità di composizione ed una stranezza di accostamenti che gli fanno apparire quei luoghi come per la prima volta e, d'improvviso, intravvede finalità e cause cui, sino allora, non avrebbe saputo riconoscere.

Non diversa è l'esperienza dello storico il quale ricerca la genesi del concetto, così da chiarirne la primitiva finalità
Prefazione

e l'odierna adeguatezza al suo raggirgimento; ed, al di fuori di un impossibile giudizio di causalità, rinde al vecchio ed al nuovo il loro senso antico e mostra in quante forme ignorate il passato regga il presente.

Dopo che il giudizio si è apparentemente immobilizzato nella norma, l'ordinamento acquista coscienza di sè e si propone dei fini originali; il giudice, il docente, l'avvocato, ciascuno con mezzi e per scopi particolari, contribuiscono al generale divenire del diritto che, servendosi della norma di ieri, vuol soddisfare la necessità dell'oggi.

In queste poche righe è il programma del mio lavoro. Sia per verificare il metodo che per accertare, mediante esso, il significato della norma, occorrerebbe forte tempra di giurista; sì che non è necessario aggiungere che mi riterrò pago qualora riuscissi ad individuare i principali problemi, attinenti sia il metodo che la norma, ed a presentarli al lettore nella maniera più accogente.

***

Molte persone mi hanno aiutato in questo lavoro e le ho ringraziate in privato. Non posso, tuttavia, fare a meno di manifestare il debito di gratitudine che ho contratto con il professore Gino Gorla; egli mi ha sempre affettuosamente incoraggiato nella ricerca, non lesinando né la critica né il consiglio, e sollevando i suoi interrogativi ogni volta che credevo di essere giunto al termine del mio lavoro.

In ben diversa maniera sono costituito debitore di chi, ignorante dell'alfabeto non che del diritto, mi è stata vicina in ogni momento di questi ultimi anni. E a lei che, memore delle sue impazienze, questo libro è gioiosamente dedicato.

M. L.
APPENDICE: Documentazione

I. C. 7.47 .......................... 101
II. Molino, 5, 60, 154-156 .......... 102
III. Pothier, 165-168 ............... 106
IV. Relazione agli articoli 1149-1151 del code civil .......... 110
V. Testo degli articoli 1149-1153 del code civil .......... 111

CAPITOLO SECONDO
PREMESSE E PROBLEMI DI INDOLE GENERALE

Sezione prima: Introduzione allo studio del diritto francese

13. Interessi ed ambito della ricerca nel diritto francese .......... 115
14. La giurisprudenza francese ed il metodo della ricerca .......... 120

Sezione seconda: Il dolo del debitore ed il rapporto tra le azioni contrattuale ed aquiliana di danni

15. Le fonti dell’obbligazione ed il concorso tra le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale .......... 129
16-bis. Segue .......... 142
17. Le convenzioni di irresponsabilità ed il concorso di azioni .......... 148
18. Estero da responsabilità per dolo .......... 163
19. L'equiparazione della fanta borde al dolo .......... 169
20. Natura (e contrattuale o extracontrattuale) dell’azione di inadempiimento doloso .......... 178

CAPITOLO TERZO
NOZIONE DI DOLO DEL DEBITORE E PROBLEMI CONNESSI

Sezione prima: «Mauvaise foi» o del debitore di somma di danno

21. La resistenza in giudizio come mezzo per ritardare l’inadempiimento .......... 195
22. Responsabilità delittuosa del litigante temerario .......... 205
23. La mala fede ed il ritardo nell’adempimento di obbligazioni pecuniarie .......... 206
24. Segue: nozione di mala fede .......... 216

Indice

Sezione seconda: Nozione di dolo del debitore e problemi connessi

25. Dolo e mala fede del debitore: opinioni della dottrina e esistenza giurisprudenziale .......... 221
27. Fondamento della nullità da responsabilità per dolo .......... 236
28. La posizione della fanta borde .......... 240

Sezione terza: Conclusioni

29. Nozioni di dolo e di mala fede del debitore .......... 247
30. Carattere «delittuoso» dell’azione di inadempiimento doloso .......... 253
31. Cumulo di azioni in caso di dolo o mala fede del debitore .......... 260

APPENDICE: Indice bibliografico .......... 269

Parte Seconda
DIRITTO ITALIANO

CAPITOLO QUARTO
PREMESSE E PROBLEMI DI INDOLE GENERALE

Sezione prima: Introduzione allo studio del diritto italiano

32. La giurisprudenza italiana ed il metodo della ricerca .......... 233
33. Segue .......... 233
34. Conclusioni .......... 238

Sezione seconda: Il dolo del debitore ed il rapporto tra le azioni contrattuale ed aquiliana di danni

35. Caratteri delle azioni contrattuale ed aquiliana .......... 295
36. Inquadramento del problema del concorso di azioni .......... 302
37. Il problema del concorso di azioni: quasi-delitto del commerciante; contratto di trasporto .......... 307
38. Segue: altri casi .......... 318
39. In particolare: rapporto tra le responsabilità per inadempiimento, per fatto illecito e per lite temporaria .......... 324
40. Natura dell’azione di inadempiimento doloso: rapporti con il reato .......... 328
Indice

41. Segue: collusione tra il debitore ed un terzo o tra due debitori a diverso titolo.................. 339
42. Segue: altri casi. Significanza tra l'azione di inadempimento doloso e l'azione aquiliana........... 346
43. Esame da responsabilità per dolo o colpa grave. Il fatto dei preposti.............................. 354
44. Clausola penale ed inadempienza dolosa.................. 366
45. L'equivalenza della colpa grave al dolo.............................. 376

CAPITOLO QUINTO

NOZIONE DI DOLO DEL DEBITORE E PROBLEMI CONNESSI

Sezione prima: La dottrina
46. Stato della dottrina sulla nozione di inadempimento doloso.............................. 383
47. Segue: problemi che richiedono approfondimento.............................. 388

Sezione seconda: La giurisprudenza
48. Introduzione. Problemi di sistemazione.............................. 393
49. Ritardo nell'adempimento di obbligazione pecuniaria.............................. 396
50. Segue: due recenti decisioni.............................. 404
51. Ritardo nel rilascio di un immobile. Ritardo nella stipula del contratto definitivo........ 409
52. Inadempimento non definitivo (omissivo) dell'obbligazione di dare un bene fungibile........ 417
53. Inadempimento definitivo consistente in una omissione, dell'obbligazione di facere. In particolare: facere infangibile.............................. 423
54. Segue: rilevanza dell'attività commissiva susseguente all'omissione.............................. 430
55. Inadempimento definitivo dell'obbligazione di non facere.............................. 433
56. Inadempimento definitivo, consistente in una commissione, dell'obbligazione di dare o di facere.............................. 441
57. Dichiarazione anticipata di non voler adempiere.............................. 446
58. Assunzione di un'obbligazione con l'intento di non adempiere.............................. 449

APPENDICE: Testi di sentenze inedite
I. D'Albertis c. Fall. Clavigato (Cass. Roma, 10 giugno 1905, n. 372).............................. 453
II. Barone c. Lusvarghi (Cass., 12 novembre 1924, n. 2474).............................. 458
III. Leone c. Bianchi (Cass., 28 luglio 1925, n. 2376).............................. 461

Indice

IV. Palego c. Camera Agraria di Messina (Cass., 21 dicembre 1926, n. 3571).............................. 463
V. Rassini c. Vernizzi (Cass., 27 marzo 1946, n. 963).............................. 466

CAPITOLO SESTO

CONCLUSIONI

Sezione prima: Nozione di dolo del debitore e problemi connessi
59. Carattere omissivo o commissivo della condotta imputata al debitore.............................. 475
60. Segue. In particolare: carattere commissivo.............................. 486
61. Definitività dell'inadempimento.............................. 491
62. Scientia ed animus: la prova del dolo.............................. 495
63. Rifiuto di adeguare prima del termine. Clausola penale e dolo.............................. 501
64. Dolo e colpa grave. La convenzione di irresponsabilità.............................. 507

Sezione seconda: Natura giuridica dell'azione di inadempimento doloso
65. Dolo del debitore ed inadempimento: in generale.............................. 511
66. Segue: natura dell'azione.............................. 517
67. Dolo del debitore e fatto illecito extracontrattuale.............................. 521
68. Dolo del debitore e reato.............................. 529
69. Osservazioni finali.............................. 533

APPENDICE: Indice della giurisprudenza italiana.............................. 537

Parte Terza

COMPARAZIONE

CAPITOLO SETTIMO

COMPARAZIONE FRA I DIRITTI ITALIANO E FRANCESE

Sezione prima: Dolo e mala fede del debitore. Rimedio giuridico
70. Mauvaise foi e mala fede.............................. 556
71. Inadempienza omissiva e lite temeraria.............................. 562
72. Inadempienza commissiva: «un dolo o a «tenti doli»?.............................. 564
73. Segue: la prova del dolo.............................. 570
74. Stato d'animo e riprovevolezza della condotta.............................. 574
| 75. | Dolo negoziale, dolo del debitore e dolo aquiliano | 589 |
| 76. | L'azione di inadempimento doloso: natura giuridica | 586 |
| 77. | Spunti critici sul diritto italiano | 591 |

**Sezione seconda: Osservazioni conclusive generali e di metodo**

| 78. | Autocritica del metodo | 599 |
| 79. | Lo studio storico ed il concetto giuridico | 604 |
| 80. | Il modo di cognizione e l'importanza attribuita alla dottrina ed alla giurisprudenza | 609 |

***
La comparazione giuridica si esercita sui dati — normativi, giurisprudenziali, dottrinali, storici, consuetudinari, socioeconomici, etici, e così via — che i non comparatisti hanno ordinato all'interno di ciascuno dei sistemi oggetto della comparazione. È, questa, la situazione ideale dalla quale, d'altronde, discenderebbe l'inutilità della comparazione come opera di un «tipo» speciale di studioso.

Nella maggioranza dei casi, quell'ordine non esiste od è soltanto parziale. Tranne quando un problema, vivo in un ordinamento, non ha avuto ragione di porsi in un ordinamento diverso, non potrà mai parlarci di assenza del «dato» ma soltanto in assenza di un «dato» ordinato. Spetta, allora, al comparatista supplire il silenzio degli studiosi ed accingersi sia al reperimento che alla classificazione dei dati. Molto sovente accade che la comparazione suggerisca od imponga una particolare e nuova prospettazione dei problemi: si che non si può imputare agli scrittori, operanti nei singoli sistemi oggetto di comparazione, di non aver fatto ricorso ad un ordine la cui necessità od opportunità appare soltanto ponendosi al di fuori di ciascun ordinamento.

Introduzione

Operando, quindi, all’interno di ciascun ordinamento, il comparatista si veste — o dovrebbe vestirsi — da giurista di quel sistema: il suo scopo è di compiere il lavoro non eseguito dai giuristi nazionali. Ciò gli sarà naturalmente più facile quando egli opererà nel « proprio » diritto, e cioè nel-l’ambito dell’ordinamento nel quale ha sostenuto la sua prevalente esperienza giuridica. Ma, se egli ha sufficiente conoscenza del funzionamento dell’ordinamento straniero — e non soltanto del suo codice e della sua dottrina — se, cioè, egli ritiene di conoscerne l’interno più che la facciata, allora gli sarà lecito agire, per quell’ordinamento, come per il « proprio ». Una maggiore cautela sarà, comunque, obbligatoria.

***

Il tema del dolo del debitore richiede lo svolgimento di quell’opera di reperimento ed ordinamento dei dati sia per il diritto italiano che — sebbene in misura minore — per quello francese. Lo stesso lettore vedrà, nel corso del lavoro, come l’esigenza di riconsiderare ab initio i vari problemi oggetto del nostro studio è meno avvertita per quel che attiene il diritto francese, ove una pregevole produzione dottrinaria ed un certo modo di svolgere la funzione giurisprudenziale della magistratura contribuiscono a rendere meno oscuro il diritto.

Il presente lavoro è, pertanto, diviso in tre parti:

1) una prima parte, di diritto francese (capitoli 1-3);
2) una seconda parte, di diritto italiano (capitoli 4-6);
3) una terza parte, di comparazione (capitolo 7).

La prima e la seconda parte sono pressoché autonome, si da costituire quasi due separate monografie. Quel che le avvicina è la loro particolare finalità, e cioè la comparazione. Il che appare fin dal primo capitolo — dedicato al diritto co-

Premesse di metodo

mune francese — la cui ampiezza è giustificata dall’essere lo studio storico, ivi tentato, utile anche ai fini della conoscenza del diritto italiano (1).

Il lettore vedrà se, specialmente per la parte concernente il diritto italiano, lo stato delle fonti rendesse necessario il tipo di trattazione cui abbiamo fatto ricorso e, pertanto, se l’averla compiuta costituisca o meno un merito del presente lavoro.

***

Sia nella prima che nella seconda parte dello studio abbiamo voluto accostarci a quel « quid » obiettivo che è il diritto vigente in uno Stato. I problemi di interpretazione dei dati offerti dalle fonti sostanziali del diritto (2) sono stati molteplici e, tra di essi, principale è apparso il problema delle lacune e, per altro verso, quello delle contraddizioni. Nell’uno e nell’altro, è possibile sia l’atteggiamento passivo di chi si limita a rilevare la lacuna o la contraddizione, sia l’atteggiamento di chi cerca di superarle l’una o l’altra, servendosi di tecniche che appaiano convenienti.

La nostra linea generale di condotta è stata più del primo che del secondo tipo. Segnalata la lacuna o la contraddizione,

(1) Lo studio del diritto italiano è stato postposto allo studio del diritto francese perché quest’ultimo è più direttamente collegato all’indagine storica e perché la dottrina e la giurisprudenza italiana sono state influenzate — per un certo periodo — dall’evoluzione del diritto francese.

tuttavia, ci è parso legittimo l’indagare se — al di sotto del-
apparenza — non esistessero norme o direttive, pur ines-
spresse, le quali formassero il substrato dei singoli dati emersi
— così da possedere una propria vigenza che giustificasse le
apparentemente discordanti o sconnesse applicazioni.

Quando abbiamo voluto sconfinare dal metodo prefe-
soci, sia per colmare le lacune o risolvere le contraddizioni,
sia per suggerire critiche o prospettive nuove di classifica-
zione e di comprensione, siamo stati attenti ad avvertirne il
lettore; il quale saprà, allora, che si è entrati in una diversa
fase, ove — sempre operando all’interno di un sistema giuri-
dico e come un giurista di esso — il restatement ha fatto luogo
ad una più complessa attività valutativa.

Abbiamo, in sostanza, cercato di tenerci in bilico tra la
realtà informe del dato disordinato ed il dover essere della
sistemazione — nostra od altrui — la quale non concordasse
con i dati scaturenti dall’indagine svolta tra le fonti sostan-
ziali del diritto.

Pur con queste direttive e limitazioni, risulta un’ampia
libertà compositiva di cui è arbitro — ma, al tempo stesso,
responsabile — lo studioso. Di essa non si può fare a meno,
se si vuole evitare che il giudizio comparativo prenda come
termini di riferimento dei materiali sconnessi e non coordi-
nati od, al contrario, le fantasticerie o la proiezione dei
desideri di uno studioso.

***

Non è che, in tal modo, si sia voluto sperimentare o sug-
gerire il metodo della comparazione giuridica.

Le osservazioni poste all’inizio di questa breve introdu-
zione — ed ancor più l’esperienza sintetizzata nell’ultima
parte del lavoro — mostrano quanto il metodo risenta delle

variabili caratteristiche degli ordinamenti — e, nel loro in-
terno, degli specifici temi — presi in considerazione. Al con-
trario, pur nel rispetto di taluni fondamentali principi, occor-
rerebbe affermare l’inesistenza di un metodo generale
della comparazione giuridica.
Parte Prima

DIRITTO FRANCESE

CAPITOLO PRIMO

Studio storico degli articoli 1150 e 1151 del codice civile francese 11

CAPITOLO SECONDO

Premesse e problemi di indole generale 118

CAPITOLO TERZO

Nozione di dolo del debitore e problemi connessi 193
CAPITOLO PRIMO

STUDIO STORICO DEGLI ARTICOLI 1150 E 1151
DEL CODICE CIVILE FRANCESE

1. Ragione di questo capitolo.

SEZIONE I. - La genesi degli articoli 1150 e 1151 del Code Napoleon.

SEZIONE II. - Prevedibilità del danno, inadempiimento, dolo del debitore: conclusione dell'indagine storica e determinazione dei problemi da indagare nel diritto successivo al Code civil.

APPENDICE: Documentazione.
Opere citate in maniera abbreviata

In questo capitolo, le sottolineate opere saranno citate mediante il nome dell’Autore:

ALCIATO, Commentarius eius quaod interest, in Opera, Basileae, vol. III, 1571, 524 ss.

AZZONE, Ad singulas leges XII librorum codicis Iustinianei, commentarius, ed. da FONTANON, A., Parissis 1577.

BARTOLO, De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur, in Commentaria, t. VIII, Venetis 1615, fol. 70 ss.

BOUIN, A., Paraphrasis in Constitutiones Regias Anno 1539, altera aedition, Parissis 1571.

BRILLON, P.-J., Dictionnaire des arrêts ou Jurisprudence Universelle des Parlement de France, Paris 1711 (3 vols.).

BRISSAUD, J., Manuel d’histoire du droit privé, Paris 1908.

CHARONDAS (Le Caron, L.), Pandectes ou Digestes du droit français, nouv. éd., Paris 1637.

DENISART, J.B., Collectio de décisiones novelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, Paris 1771 (4 vols.).

DOMAT, J., Les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris 1689-1691.


FERRY, P.A., Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Paris 1827 (15 vols.).

MOLINEO (DUMOULIN, Ch.), Estriceto Labyrinthis de eo quod interest, Lugduni 1555.


PAOWN, J., Notaires, 1575-1576 (3 vols.).


BARTOLOMEO DA SALICE, In VII, VIII, IX Codicis Libros Commentaria, Venetis 1506, fol. 50 ss.

1. RAGIONE DI QUESTO CAPITOLO.

Chiunque, intendendo studiare l’odierno diritto francese delle obbligazioni, volesse limitarsi all’esegesi del code civil ed alla discussione della sua elaborazione dottrinale e giurisperduenziale, non potrebbe non accorgersi dell’insufficienza di siffatto metodo e della necessità di premetttere all’indagine del diritto positivo una ricerca storica sull’ancien droit.

L’ordinamento delle Facoltà di giurisprudenza di Francia accoglie questa esigenza ponendo lungo i corsi di licenza e di dottorato più esami di diritto romano e di antico diritto francese, il secondo dei quali usualmente esteso fino alla codificazione. Una simile impostazione, qualunque ne sia il valore in astratto, è indubbiamente valida per ciò che riguarda il tema che qui interessa ed è fruttuosa per la comprensione tanto del diritto francese che del diritto italiano. Non deve, invero, dimenticarsi che l’articolo 1225 del codice civile sostanzialmente riproduce gli articoli 1228 e 1229 del codice 1865 e che questi ultimi erano una traduzione degli articoli 1150 e 1151 del code Napoléon ove, per la prima volta nell’esperienza giuridica contemporanea, si affermò legislativamente che la responsabilità del debitore inadempiente è limitata al risarcimento del danno prevedibile e che tale limitazione non è applicabile qualora l’inadempimento derivi da dolo.

Questa dottrina, sconosciuta al diritto romano ed al diritto intermedio, non era nata nella mente dei compilatori del codice bensi trovavasi svolta nelle opere di alcuni autori dei secoli precedenti, primo tra tutti MOLINEO (DUMOULIN),...
i quali ne avevano esposto la *ratio* con riferimento alle fonti ed ai testi di legge allora vigenti.

Si intuisce, allora, l’opportunità di cogliere la norma nel momento primo della sua elaborazione (dottrinale), duecentocinquanta anni avanti il *code*: sarà dall’opinione dei dottori, dalla prassi giudiziaria, da eventuali disposizioni legislative, dal diritto consuetudinario allora vigente che l’interprete potrà trarre gli argomenti necessari ad una compiuta discussione e, forse, comprensione, degli articoli 1150 e 1151 del *code Napoléon* e della loro giustificazione nel sistema. Sarà da codeste fonti che si trarranno gli argomenti per discutere il rapporto, innovativo o derivativo, tra il codice ed il diritto anteriormente vigente.

La frammentarietà dell’antico diritto francese, la coesistenza di non integrati sistemi organizzativi delle fonti di produzione, la divisione tra *droit coutumier* e *droit écrit*, la pluralità delle giurisdizioni di ultima istanza ed altrettanti elementi costituiscono fattori non agevolmente trascurabili per chi desideri inquadrate la nascita di una dottrina, ed il suo sviluppo, nel contesto dell’esperienza giuridica ad essa coeva e successiva.

È per queste ragioni che, pur rifuggendo dall’indugiare in argomenti non direttamente connessi al tema principale di questa indagine, non potrà imprendersi l’esegesi degli articoli 1150 e 1151 del codice civile francese senza aver prima compiuto un esame del diritto precedente la codificazione.

Tale studio storico, oggetto del presente capitolo, consentirà di delineare i temi da indagare nel diritto francese post-rivoluzionario e rischiarerà l’analisi delle dottrine oggi prevalenti tra gli scrittori francesi; ad esso si dovrà, ancora, far riferimento nell’interpretazione del *code civil* e della giurisprudenza.
SEZIONE I

La genesi degli articoli 1150 e 1151 del Code Napoléon

2. Il dolo del debitore nell’antico diritto.
3. I secoli XV e XVI.
3-bis. Segue.
4. L’interpretazione di C. 7, 47 ed il dolo del debitore nella dottrina anteriore e contemporanea a Molino.
5. Molino.
7. L’opinione di Molino nei secoli XVII e XVIII.
8. La codificazione. L’inadempimento doloso e le fonti dell’obbligazione nei lavori preparatori.

2. IL DOLÒ DEL DEBITORE NELL’ANTICO DIRITTO.

Le fonti romanistiche sì erano integrate, durante i secoli barbarici, con usanze di formazione spontanea o di importazione germanica così che il droit écrit costituiva un diritto misto, altrettanto consuetudinario di quello vigente nelle province che erano e tradizionalmente sono chiamate di droit coutumier (1).

Il ricorso al diritto romano in materia di obbligazioni, laddove le coutumes tacessero (2), era, pertanto, il ricorso al droit écrit formatosi su quei testi durante i secoli della cosiddetta età buia e risochiarato dai giuristi seguaci della scuola di Bologna nei secoli XII-XIV. È per questa ragione che, volendo accennare alla disciplina del dolo del debitore nell’età di Molino, per far da sfondo alla sua opera e per meglio

(1) Luvot, M., Cenni storici introduttivi allo studio delle fonti del diritto francese, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1968, I, 1253 ss.
(2) Ibidem, nota 149 e testo relativo.
L'antico diritto: il risarcimento

dalla non restituzione del bene mutuato o ricevuto in deposito nase la faida. Non esistono, oltre alle sopravvivenze del taglione, criteri per determinare l'ammontare della condanna del debitore, il quale, anche quando in materia contrattuale si abolisce la composizione e «de tous marchés on en veulx par inuert » (7), rimane sottoposto alla prigione privata (8), alla secomunica ed alle pene infamanti ed afflitte che nascono dalla garanzia fisica del corpo del debitore, naturalmente derivante dall'assunzione dell'obbligazione.

In un tale quadro di sfavore verso il debitore e di indistinzione tra contratto e delitto, per quanto concerne la responsabilità, non c'è posto per una autonoma considerazione del dolo del debitore. Né bisogna dimenticare che, nella società rurale e feudale che caratterizzò la Francia fino a tutto il secolo XIV, i contratti non formali erano una rara occorrenza e che, tra di essi, erano sconosciuti il contratto consensuale, il solo che potesse contribuire all'individuazione di una responsabilità diversa da quella delittuale. L'inadempimento del contratto reale, invero, era considerato delitto e, come già in diritto romano classico (9), assimilato al furto.


comprendeva, sarà relativamente inutile sorrere le glose ed i commentari e bisognerebbe, al contrario, ricercare nella letteratura, nelle raccolte di giurisprudenza, nelle ordinanze reali (5).

Quel che a noi interessa non è il confronto tra l'inadempìenza dolosa nel diritto delle compilazioni e nell'antico diritto francese, quasi che si volesse compiere un giudizio sul l'ortodossia delle interpretazioni consuetudinarie dei testi romani e romanisti, bensì lo studio della legislazione, dottrina e giurisprudenza precedenti il code civil al fine di cogliere il sorgere della nozione di inadempimento doloso e la giustificazione della relativa responsabilità.

***

Durante le invasioni, nei secoli immediatamente precedenti e successivi alla caduta dell'Impero d'occidente, avviene un generale regresso della civiltà giuridica. Ogni obbligazione è delittuale ed, in luogo del risarcimento del danno, vige il taglione o la composizione (5). Dal contratto, formale o reale (6), sorge una responsabilità che non è esclusa dal caso fortuito o dalla forza maggiore; preclusa ogni indagine sull'intenzionalità dell'atto («le fait juge l'homme »), solo nell'epoca francia si ammette che il delitto non volontario sia luogo ad una composizione meno elevata (6), ma

(5) Cenni sulle raccoglila di giurisprudenza, sulla letteratura giuridica e sulle ordinanze reali nella Francia dell'ancien régime sono nello scritto citato supra nota 1, ai §§ 4-6.
(6) V. Briassaud, 397 e; Demogue, op. loc. cit., infra, nota 6.
(8) Briassaud, 405; cf. Demogue, R., De la réparation civil des délits - étude de droit et de législation, Paris, 1898, 8-12.
to. L’inadempimento del contratto formale, quale la fides facta regolata dalla legge salica (10), dava luogo ad ammonende. Ed oltre a questi due tipi si riscontrava soltanto la permuta o la vendita per contanti.

La cosiddetta rinascita del diritto romano portò con sé l’incentivo a render giuridicamente rilevanti dei fenomeni che, nell’epoca precedente, non potevano essere apprezzati a causa della primitività della cultura giuridica e che, per questa ragione, non erano contemplati dalle coutumes (11).

La nozione di dolo, quale appare dalla compilazione, è la causa di un vistoso fenomeno di nominalismo giuridico.

Tra i vari casi di dolus si possono ricordare: la volontaria inflazione di lesione corporale (lex Aquilia, D. 9. 2.); l’inganno perpetrato mediante la macchinazione (D. 4. 3. 1); l’ingiustificato rifiuto di adempiere (D. 19. 5. 5. 3; D. 17. 1. 8. 9) o di eseguire il mandato (D. 17. 1. 44); la scienze vendita di cosa altrui (D. 19. 1. 11. 15); la scienza consegna di bestiame infetto (D. 19. 1. 13. 1); la promessa o la consegna di una cosa di cui si è tacita una caratteristica essenziale (D. 19. 1. 1. 1; D. 19. 1. 4, pr.; D. 19. 5. 5. 2); la commissione di atti volontari incompatibili con la diligentia o la custodia (D. 16. 3. 1. 25) (12) ed altri ancora (13). Non può contestarsi che il diritto della compilazione presentasse ai giuristi medievali un concetto di dolo privo di qualsiasi utilità scientifica a causa delle molteplici difformi situazioni di fatto che in esso si volevano comprendere.

Sarebbe perciò inopportuno accostarsi agli autori francesi con l’intento di vedere come essi definissero il dolus. Una simile impostazione, che non avrebbe pregio neppure per lo studio della dottrina successiva, potrebbe al l’accostamento di un certo numero di proposizioni definitorie unificando, mediante il ricorso al medesimo vocabolo, oltre venti secoli di riflessione giuridica.

Mi propongo, quindi, di cominciare dal processo e dal rimedio giuridico. Desidererei che, in ciò, non si volessero scorgere né le suggestioni di una recente autorevole dottrina italiana, che vede nell’azione il momento culminante dell’esperienza giuridica, né l’imitazione acritica di modelli stranieri, lontani dalle nostre tradizioni; né, infine, l’accoglimento di quella posizione metodologica secondo la quale la comparazione deve nascere dall’osservazione dei rimedi giuridici che, nelle medesime situazioni di fatto, sono attribuite ai soggetti dai diversi ordinamenti (14).

La ragione del metodo prescelto è che la nozione di dolo è sorta e si è sviluppata per giustificare la concessione di un rimedio giuridico, quando non ve ne sarebbe stato alcuno, ovvero di un rimedio più efficace o più vantaggiose, quando ve ne erano altri, meno efficaci o vantaggiosi. Come è spesso avvenuto nella storia giuridica, il diritto sostanziale è nato dal processo e le caratteristiche concettuali si sono modellate equitative. In questo senso, non solo si rafforza la sua origine prettamente processuale, ma appare la ragione della sfruttatura delle sue componenti, adattate dalla giurisprudenza onora alla mutuale situazione di fatti.

(10) BRISSAUD, 427 ss.
(13) Il dolo veniva sovente ad essere un mezzo tecnico per soddisfare esigenze
sul rimedio ivi fatto valere. Ciò spiega la suaccennata stratificazione, nel Corpus Juris, di diversi «tipi» di dolo ed, al tempo stesso, rende evidente l’errore di una indagine con certa l’antico diritto francese, ove, similmente a ciò che era accaduto nel diritto romano repubblicano e classico, si andava «costruendo» il dolo (19) man mano che la civiltà giuridica si evolveva verso forme più alte. Questa «costruzione» giungerà oltre l’elaborazione romana perché perverrà, negli articoli 1150 e 1151 del code Napoléon, all’istituzione di un rimedio generale e specifico contro l’inadempimento doloso.

***

3. **Segue: i secoli XV e XVI.**

L’art. 60 dell’Ordinanza di Orléans (Carlo IX-1560) stabilisce che, per l’inadempimento di un’obbligazione pecuniaria, il debitore sia condannato al pagamento degli interessi, che la medesima ordinanza ha cura di precisare (15).

È questa l’unica disposizione legislativa che enunci un criterio per la determinazione del risarcimento del danno derivato dall’inadempienza. Nei secoli XV e XVI, quando si andava affermando il contratto consensuale, né la giurisprudenza né la dottrina hanno ancora elaborato dei principi che servano da guida alla liquidazione del danno.

Tra i testi del Corpus Juris ve ne era uno solo che avesse ad oggetto i criteri generali del risarcimento: mi riferisco alla costituzione di GIUSTINIANO del 531 De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur (C. 7. 47). È noto che l’interpretazione della costituzione ha provocato innumerevoli dispute tra i dottori (16), così come l’argomento aveva prodotto tra i giurisconsulti romani, lo ricorda GIUSTINIANO nel proemio

---


(16) Infra, § 4. CULACIO, nel commento a C. 7. 47, nota: «Memini me in his disputationibus audieris multum consumpisti temporis, nec quicquam pers profectus» (Opera, Prato 1639, 1629).
della costituzione, «dubitationes antiquae in infinitum». Giustiniano aveva distinto due ipotesi: da un lato i casi certi (e cioè «qui certam habent quantitatem vel naturam») e, dall’altro, i casi «qui incerti esse videntur». Trattandosi di casi certi, il giudice non poteva condannare oltre il doppio del valore della cosa oggetto dell’obbligazione: un tale limite, però, non concerneva i casi incerti, per i quali il giudice doveva stimare il danno con moderazione ed ispirandosi, in via analogica, a quanto altre leggi disponevano in simili situazioni.

Vi sono sufficienti indizi per ritenere che la giurisprudenza dei parlamenti francesi del XVI secolo (17) applicasse sovente la costituzione di Giustiniano (18), anche se non di rado si verificavano incertezze nell’interpretazione della distinzione tra i casi certi ed i casi incerti (19). Su questa di-

(17) La Costituzione cadde in desuetudine nel secolo seguente: infra, par. 7.
(18) CHARONDAS, IV, 1, 35, p. 639.
(19) Le ipotesi più frequenti sembrano essere state quelle dell’avversione di manda censura della cosa dovuta. CHARONDAS, loc. cit., nota prec., opina che sia risalibile il maggior valore raggiunto dalla cosa sul mercato ma non gli svantaggi subiti dall’acquirente per non averla riscattata; in ogni caso, occorreva non superare il limite del duplum. Il medesimo Autore riferisce, in altra opera (Responses et decisions du droit francais, 2ème éd., Paris 1637, X, 10)), due decisioni conflittanti (una è del 1557, l’altra è del 1587) della suprema corte in tema di risarcimento del danno subito per l’indebito di un’obbligazione di facere; una sentenza ritiene essere in tema di causas certas, mentre l’altra applica la disciplina dei causas certas. Sull’inclusione dell’obbligazione di facere nell’uno o nell’altra categoria v. infra, § 4.

Nelle Revolution de plusieurs notables, celebres et illustres questions de droit, tant romain, que francais, Lyon 1625, V, 7, CHARONDAS riporta una sentenza del parlamento di Parigi che riforma la decisione di primo grado per la ragione che è illegale la condanna del venditore ad una somma maggiore del doppio del prezzo riscosso per la vendita dell’immobile poi esitato, anche se tale sia l’attuale valore dell’immobile.

D’altra parte, l’arrêt PARL. GRENOBLE 24 gen. 1624 (in BRILLON, vooe Dommages et interests, 14), statuisce che «en cas d’éviction des fonds vendus, les dommages & intérêts de l’acheteur contre le vendeur, peuvent exceder le double du prix, & aller à la valeur presente du fond».

Per ulteriori fonti giurisprudenziali v. infra, nota 24.

stinzione, e sulla sua rilevanza ai fini dell’introduzione di un rimedio specifico contro l’indebito doloso, tornerà più ampiamente nel paragrafo seguente, ove dirò del suo sviluppo nella dottrina del secolo XVI ed, in particolare, nell’opera di Molino.

La liquidazione del danno in materia contrattuale seguiva, sia nel droit contumier che nel droit écrit, criteri simili a quelli che vigevano per le azioni tipicamente delituali. Non si deve, invero, dimenticare che, fino al secolo XIV, non era emersa la necessità di predisporre specifici rimedi per l’indebito e che anche la rinascita del diritto romano non poté influire molto sul diritto preesistente, perché i giureconsulti romani non erano giunti alla elaborazione di principi che diversamente regolassero il risarcimento nelle due ipotesi; né si deve dimenticare che la citata costituzione di Giustiniano era estranea alla tradizione romanistica dalla quale derivava il droit écrit, in quanto promulgata dopo la caduta dell’impero d’occidente ed in un momento in cui, come s’è accennato, la civiltà giuridica francese era in fase di rapido declino.

Nella prassi giudiziaria, dunque, l’azione di danni, che progressivamente andava soppiantando dal secolo X in poi la faida e la composizione, era profondamente unitaria. Salvi alcuni casi di delitti, in cui la misura del risarcimento derivava da antiche consuetudini o si era tipificata nella prassi (20), al giudice era attribuita un’ampia discrezionalità nella determinazione pecuniaria della condanna (21).

(20) Nel XVII secolo, come testimonia SERRES, Les institutions du droit francais, suivant l’ordre de celles de Justinien, s.d., 556, il danno liquidato alla vittima di lesioni constava di due voci: spese mediche ed indennizzo per il mancato guadagno.
(21) Ancora nel 1771, il DE NISAMT scriveva: «Dans tous les cas où il s’agit de souverain il est dû des dommages & intérêts, & en quoi ils consistent, il faut considérer la qualité du fait qui a causé la dom-
Sebbene nella dottrina si discutessero dei contratti consensuali, della distinzione tra la responsabilità *ex contractu* e quella *ex delicto* (*infra*, § 5), dell'interpretazione di C. 7. 47 (*infra*, § 4) ed anche, come si vedrà, della particolare responsabilità del debitore doloso, la giurisprudenza era tuttora legata all'antica forma delittuale; la graduazione della pena secondo l'intenzione, sebbene in qualche misura dovuta alla influenza canonica e romanistica, costituiva un'acquisizione dell'epoca precedente (22). Queste influenze, invero, avevano soltanto fornito degli strumenti più evoluti per indagare l'intenzionalità e la volontarietà: soltanto nel secolo XVII la nozione di *faute* acquisì una rilevanza autonoma e si distingueva comunemente tra il danno commesso con o senza *malice* (23).

---

I secoli XV e XVI: il risarcimento

I criteri seguiti nella liquidazione del danno sono molto sovente empirici ed equitativi; il medesimo parlamento decide diversamente cause che sembrerebbero fondate sui medesimi fatti e, specialmente nei territori di droit coutumier, talvolta applica e talvolta trascura le leggi romane (23). Nell secolo XVI è comunemente ammesso che il risarcimento *dejand de l'arbitrage du juge* perché si tratta di una questione di fatto (23). Perfino quando un'ordinanza reale, come quella del 1539 di cui dirò tra poco, stabilisce un preciso criterio di determinazione del danno, la dottrina afferma che *liquet enim ex dispositionibus damna ipsa ex qualitate & circumstantia rerum esse moderanda* (23).

---

Sentence: **preciso computo di essa. Si apre, così, un procedimento non giudiziale tra gli avversi i quali, mediante una serie di offerte e contro-offerte, che saranno poi disciplinate del titolo 32 dell'ordinanza del 1657 per la procedura civile, giungono normalmente ad un accordo. In difetto di ciò, la lite viene rimessa al giudice.**

(23) Occorre, tuttavia, esser cauti in questi giudizi perche l'assenza di motivazione può sovente dissimulare la diversità dei fatti. Nella raccolta di Dufail N., Mémoires des plus nobles et solennels arrêts du parlement de Bretagne, neuv. éd., Paris 1658, ad esempio, sono riferite due sentenze del parlement di Bretagne che concorrono l'inadempimento all'obbligazione di consegnare la terra venduta: nell'un caso (Parl. Bretagne, ottobre 1554, ibr. III, 174) il venditore è condannato alla corresponsione dell'affitto che l'acquirente avrebbe potuto ricevere; e nelle due (Parl. Bretagne, 15 marzo 1556, ibr. III, 165), il venditore è condannato a restituire il prezzo, a versare un'ammenda al re ed un'altra al l'acquirente, a compiere una penitenza onorvole ed a soggiornare in prigione fino a che non avrà eseguito la sentenza.

È lo stesso *arresto* che ci mette in grado di conoscere la differenza tra i fatti delle due cause: nella seconda, il convenuto aveva venduto due volte lo stesso bene per cui non gli era possibile consegnare il fondo al secondo acquirente (attore). La Corte, tuttavia, non avrebbe pronunciato una condanna così gravosa per il solo inadempimento della vendita se non fosse stato per la mala fede del convenuto che era reo di stellionato e, perciò, di un delitto.

Non è raro trovare una sorta di *distinguishing* dovuto all'autores di una raccolta di giurisprudenza; v., ad esempio, Brillou, voce Dommages et intérêts, 16 e 21.

(23) Charondas, IV, I, 35, 639.

(23) Bourdin, loc. 48. Questa tendenza è ancora presente in Poithier, 168 e
Sebbene sia molto probabile che la presenza del dolo influisse sul tribunale nel senso di fargli pronunciare una condanna più gravosa nell’ambito di quella discrezionalità che, attribuitagli dai testi romani, veniva ad essergli ormai riconosciuta anche dalle coutumes, non vi è alcuna traccia della vigenza di principi giuridici che necessariamente comportassero un più gravoso risarcimento in caso di dolo (cfr. infra, nota 139). Eccezioni fatta per un accenno di PAPON, che richiama un brano di ULPANO (23), il tema è svolto soltanto da alcuni commenti a C. 7. 47, che saranno riferiti nel paragrafo seguente, ma di cui è dubbia l’influenza sulla pratica.

Nessuno dei tre possibili metodi di liquidazione del danno (supra, nota 23) era tale da condurre all’enunciazione di criteri generali: non quello per arbitri che concerneva per lo più questioni di stima; né quello giudiziale perché la pronuncia non era motivata (25); né, certamente, quello rimesso alla trattativa delle parti secondo le norme dell’ordinanza del 1667.

 ***


tore di mala fede che avesse preso in prestito sapendo di non restituirne (23).

c) Azione contro gli eredi. Non sono esercitabili contro gli eredi le azioni nascenti dal delitto. Papon ci informa che questa norma è estesa anche alle azioni «qui procedent du contrat ou quasi contrat... pourvo que le dol du defunct ne soit parvenu à l’héritier»; la ratio di questa estensione è che «la peine du dol est personelle» (22).

Il passo di Papon si riferisce probabilmente al dolo mediante il quale il defunto ha indotto altri a contrarre e cioè a quelle nozioni di barat, mauvais engin o male tricherie (31) che, per prime, si erano affermate nel diritto francese in relazione al titolo del Digesto de dolo malo ed alla più antica azione pretoria. Vi è, tuttavia, una non remota possibilità che Papon pensasse anche al dolo nell’inadempimento: egli è il primo autore che, ragionando delle varie specie di dolo, accenna al creditore che ingiustamente rifiuta la prestazione dovuta (24). La novità di questa impostazione, che è probabilmente collegabile ad una di quelle stratificazioni del concetto di dolo presenti nel Digesto (25), sta non nel riguardare l’inadempimento ingiustificato come un delitto (perché, anzi, tale era la tradizione più antica), ma nell’estendere una norma, destinata normalmente a regolare i delitti, ad un comportamento semplicemente omissivo, privo sia di circon-

I secoli XV e XVI: le conseguenze del dolo

venzioni e di macchinazioni che di intenzione malvagia, al quale i giuristi contemporanei difficilmente sarebbero riferiti come ad un delitto (26).

d) Azione temeraria. È interessante riferire un ordina
da di Francesco I la quale mostra, tra l’altro, l’assenza di precisi criteri in tema di risarcimento. L’art. 88 dell’ordinanza del 1539 dispone (27):

En toutes matières reelles, personelles & possessives, civilles & criminelles y aura: adiudication de dommages et interests, procedans de l’instance & de la colonnie ou temerité de celuy qui succombera en icelles.

L’art. 89 (28) rimette la determinazione del risarcimento alla discrezionalità del Giudice («les uges arbitreront une certaine somme»).

(23) Come si è accennato, e come si dirà in seguito, il diritto comune francese aveva identificato le varie figure di dolo esistenti nel Digesto nell’unica sezione di comportamento malvagio tenendo ad ingannare ad annegare l’altro contrarre. Una siffatta caratterizzazione naturalmente portava ad escludere il conteggio meramente omissivo.

Alcuni frammenti del Digesto, tuttavia, parlavano di dolus malus in relazione all’actio de dolo mali e, in tal caso, riscontravano dolo anche in comportamenti omissivi (cf. supra nota 13); inoltre, il dolo riceveva un particolare significato nella più antica actio depositis. Come si dirà nell’ultimo paragrafo di questo capitolo, vi sono dei fatti di inadempimento che sfuggono al dilemma: dolo-colpa; uno di essi si riscontra nel caso del depositario che vende il bene affidatogli senza intento di arrecare danno al creditore e senza porre in essere raggiro. Il diritto romano scelgeva il dilemma in favore del dolo perché del dolo aveva mantenuto una nozione articolata. Il diritto italiano moderno sembrerebbe invece, optare per la colpa: v. la sentenza Filletti c. Di Della, infra, § 55.

E in relazione a questa ipotesi, ed a quella del mandatario che omette di eseguire l’incauto, ovvero ad altre mutate delle fonti romane, che anche la dottrina francese del secolo XVI razzia dolo nello scienze comportamento omissivo, senza accorgersi del contrasto tra questa accezione e quella comunemente accettata: v. CHARONDAS, II, 23, fol. 294.


(25) Ivi, 642.
Questa norma è stata commentata dal Bourdin (39), la cui opinione fu poi condivisa dal Chardonas (40).

II Bourdin individua i «damna... quae quidem ex natura litis & instantiae, ut aiunt, nascentur: veluti cum calumnia procuratoris, tergiversatione colligantis est deterior res facta neque quidnunc ui velit licuit, quidnunc sumptus profundendi fuerunt, qui quidem cum sumptibus litis nuncum aestimatur». A fianco di questi anni, cui si applica l'ordinanza del 1539, vi sono quelli che derivano naturalmente dall'aver dovuto soppore un giudizio e che erano strettamente posti a carico del soccombente da un'ordinanza del 1324 (41). La distinzione esposta da Bourdin, probabilmente già nata nella prassi del foro, mira dunque a colpire il danno cagionato «ex litis ipsius longo ordine & contextu, & calumnia ac temeritate perperam litigantis confleta» (42).

Papon intende diversamente la distinzione e critica la formulazione della norma; ma, anche lui, vede la necessità di limitare la sua portata ai soli casi di «calomnie & temerité de celuy qui succombera», escludendone espressamente l'applicazione qualora il convenuto non possa non contrastare la domanda senza violare un'altra obbligazione (tuteur, curateur, oeconome, negociateur), richiamando la necessità che «clairement il se voye & trouve... par le proces» (43). Papon osserva anche che «ladite ordonnance se prattique...

(39) Fol. 47 s.
(40) IV, I, 35, 637 s.
(41) In precedenza, elusiva litigante supportava le proprie spese. L'ordinanza del 1324 fu ispirata dalla prassi dei Tribunali ecclesiastici. L'ordinanza sulla procedura civile del 1667 stabilirebbe (tit. XXXI, art. 1) un divieto generale «de prononcer par hors de Cour sans depens» o l'obbligo di condannare alle spese il soccombente «en vertu de notre presente Ordonnance», e cioè, senza necessità di domanda della parte.
(42) Bourdin, fol. 47.
(43) Papon, II, 10, 742 V. anche II, 9, 620 s.
stizione tra dolus incidens e dolus causam dans (29). Il concetto di dolo, scomparso durante le invasioni, riappare attorno al secolo XII nei formulari notarili che prevedono che le parti contraenti rinuncino all’azione di dolo (31); tale azione era assicurata dalle lettres de rescission (23). La scienza giuridica francese in contatto con la prassi forense, e che su questa poteva influire, si era pressoché arrestata all’opera dei glossatori e di essi aveva mantenuto la duttilità e la problematica, rifuggendo dalle generalizzazioni e teorizzazioni della scienza successiva. Mentre, nei secoli XVII e XVIII, non sarà infrequente trovare Autori che ritengono di poter accogliere una visione unitaria del dolo, generalmente mutandola dalla nota di definizione di Labeone (35), nel secolo XVI accede più sovente di riscontrare una più frazionata trattazione della materia.

Papon definisce il dolo dell’azione aquiliana come «une deliberation injurieuse & propos pour mal faire» (25), edtrova afferma che «le dol se commet sciemment & par malice expresse» per cui «tout dol consiste en inure delibere» (26). Ma, in altri luoghi, ritiene essere doloso il rifiuto del cre-


(31) Sulle quali v. Lupoi, Cenno storici, cit. supra nota 1, § 4.

(26) Papon, II, 6, 376.

(35) Papon, I, 1, 40. Il dolo «est le guidon & le reglement des peines, que lon doit & peut bailler à ce qui aura est commis. Le dol sera cognu estre lors, que consultement et de propos delibere a esté failli, & portant demure la faute sans excuse» (Papon, II, 6, 376, in tema di azione aquiliana).

I secoli XV e XVI: il dolo del debitore

ditore di ricevere la prestazione dovutagli (26) e l’ingiustificato inadempimento del contratto innominato faciam ut des in cui «apres que je t’aurai de toutes parts satisfait... tu refuses de me satisfaire» (27).

Papon, come il contemporaneo Molino, ritiene fondamentalmente uno scrittore coutumier (28) che, nel tentativo di arricchire il diritto comune delle obbligazioni con l’esperienza romana, non prescinde dal droit écrit vigente, al quale cerca di dare una formulazione sistematica ma non inutilmente innovatrice.

Gli altri Autori di questo periodo caratterizzano spesso il dolo mediante la semplice «malitia» (29) che, secondo il Campano (30), distingue il dolo dalla colpa grave. Il Gail man-
tiene la visione delittuale affermando che «censeitur esse in manifesto dolo» ogni volta che «quis actum per se illicitum explicat» (6); egli, tuttavia, non richiede quelle caratteristiche ingannatorie od ingiuriose del comportamento che, dopo qualche decennio, sembrano fondamentali al Charondas. Questo scrittore, che appartiene alla medesima tendenza di Papon, mostra di già il segno di quelle generalizzazioni che saranno caratteristiche dei giuristi successivi (infra, § 7). Secondo il Charondas «quand nous parlons du dol, nous entendons le mauvais dol pour lequel a été fait l’Edict du Preteur»; «le dol ne se peut faire sans simulation & pour tromper & frauder autrui» (62). Più oltre è detto che «le dol se commet par conseil et deliberation de nuire» (63).

Charondas pone così in evidenza due dei principali significati che il dolus assumeva nel diritto romano: dell’uno è caratteristico l’animus decipendi, dell’altro l’animus nocendi. La ben più vasta problematica di Papon, tuttavia, è già svanita e non tornerà neppure in Molino il quale, per costruire la sua teoria, deve forzatamente scegliere il «tipo» di dolo che più facilmente le si adatti.

***

Da quando si è detto sinora emergono le seguenti constatazioni fondamentali:

1) il dolo è un délit (e si ricordi che il délit, come contrapposto a crime, indica generalmente l’illecito civile);

2) non esistono criteri relativi alla liquidazione del danno, se non un generale precetto di moderazione e di pro-

porzione alle modalità del fatto dannoso ed all’intenzione del suo autore;

3) conseguentemente, l’azione ex contractu e l’azione ex delicto non si differenziano per il tipo o l’estensione del danno risarcibile;

4) esistono, tuttavia, alcune particolarità concernenti l’azione delittuale e qualcuna di esse sembra ricevere particolare ed esclusiva applicazione in caso di mala fede, frode, temerarietà che possono essere collegate ad un inadempimento;

5) l’influenza del diritto romano, salvo quanto si dirà in relazione alla costituzione De sententis quae pro eo quod interest proferuntur, sembra essersi esplicata soltanto in rapporto al dolo nella conclusione del contratto ovve, del resto, pur combinandosi con dottrine canoniste, non riusci a penetrare nella pratica se non mediante le sovrane lettres de rescission.

6) Cercando una definizione comprensiva, gli Autori di questo periodo superano la frammentarità e la duttilità del Corpus Juris ed individuano il dolo come una nozione generale incentrata sulla malizia o malvagità.

***

(62) Charondas, II, 28, fo. 293.
(63) Charondas, II, 28, fo. 295.
mento dal dubbio sulla estensione del suo oggetto nonché sulla distinzione tra casi certi ed incerti. L’opinione più diffusa tra i Glossatori, e successivamente accolta da Alciato, riteneva che in C. 7. 47 si disponeva principalmente per i contratti, sebbene i delitti potessero cadere tra i _casus certi_ « _ratione doli mali_ » (69). Alcuni, però, opinavano che contratti e delitti potessero ugualmente essere condotti all’una ed all’altra classe di casi e che i contratti fossero dei _casus incerti_ qualora consistessero « _in facto_ » (70).

Indagando la _ratio_ della Costituzione, Accursio pensa che essa derivi dalla impossibilità di limitare la condanna al _duplum_ tutte le volte che si controverta su di un bene non determinato in specie od anche in genere (68); di conseguenza, egli pone tra i _casus certi_ le obbligazioni da _dare_ e pone quelle di _facere_ tra i _casus incerti_ (69).

(68) Alciato, X, 2 che cita a suo favore Jacobus, Paulus, Perus, Cenus, Ambrosius Rosatensis, Martinus e Bulgarus: « _Ligitur constat constitutionem in contractibus sola legui. Possit tamen dici, delicta ratione doli mali incerta esse_. » Alciato, che si diffonde sulla nostra Costituzione, espongo le varie teorie proposte dai dottori (III, 1 ss.).

Una ottime elencazione di queste teorie è in Bolongnet, _Rubrica Codicis de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur_, in _In secundum Codicis partem_, Venetiis 1582, fo. 145 ss., ed in _Summarius, ivi_, fo. 158 ss., num. 47 ss.

(69) Azo, glossa a _Qui incerti_.

(70) Accursio, _Opera_, ed. Godofrey, 1604, t. IV, de _sententiis quae pro eo quod interest proferuntur_, glossa a _dandum_. Una simile giustificazione sarà esposta da Cujacio.

(70) _Ivi_, glossa a _codicem non in altis autem casibus_. L’opinione di Accursio trovò seguito nella prassi giudiziaria francese la quale, come si è detto in precedenza, non era molto ricettiva né alle sottigliezze scolastiche né alle generalizzazioni dei giureconsulti basiliani e dei commentatori successivi (cosiddetta « _scuola storica_ »). L’interpretazione di Jacques de Revigny, ad esempio, secondo la quale le obbligazioni di _facere_ rientravano sovente nei _casus certi_ (v. Dumas, 102 e.) non ebbe eco nella giurisprudenza: oltre due secoli dopo, il Charondas (IV, I, 36, 639) ribadirà la dottrina di Accursio come se si trattasse di nozione acquisita.

L’articolo di Dumas, sopra citato, è l’unico studio sull’origine dell’articolo 1150 del _code civil_ nella dottrina dell’ _ancien droit_. Sebbene non sia del tutto completo per la parte riguardante l’ _indemnamento dolos_ e trascuri qualche dato sulla
La teoria di Bartolo era certamente più brillante: si ha *casus certus* non solo quando l'obbligazione consiste in un *dare* ma anche quando essa consista in un *facere*: in quest'ultima evenienza, però, deve trattarsi di un contratto *nallagmatico*: il prezzo promesso o corrisposto all'altra parte per il *facere* provoca la quantificazione, e dunque la certezza, dell'oggetto dell'obbligazione (\(^7\)).

Questa discussioni sui *casus certi ed incerti* mostrano una generale uniformità su un punto. L'opinione pressoché unanime dei dottori è che i delitti comportano il *risarcimento integrale* del danno (\(^7\)); sebbene Accursio (\(^2\)) e Bartolo (\(^7\)) contendano che alcuni delitti, come il furtum, rientrino tra i *casus certi* in ragione della determinatezza della cosa oggetto dell'obbligazione, la maggioranza dei dottori con-

discussione della dottrina della limitazione della responsabilità contrattuale al danno prevedibile, questo saggio ha il merito di aver spiegato la nascita della teoria di Molino con osservazioni sparse acute e sempre molto chiare.

\(^7\) Bartolo, num. 3 s.

Se l'altra parte si è impegnata anch'essa ad un *facere*, si rientra nei *casus incerti*: Bartolomeo da Saliceto, num. 13.

È questa la teoria dell'obbligatio mutua ab utrique parte che si integra con il criterio del *communius aequitatis*, postaciato dal Saliceto (num. 12 s.) e dal Bolognetto (Summaria, cit. supra nota 65, num. 49) sulle opere di Bartolo. (\(^7\))


Gli Autori, Summa, Venetii 1586, col. 761 ss. num. 8 sembrava applicabile il criterio che egli credeva di riscontrare in D. 13.19.1.; infatti, dopo aver trattato del caso del *sigillum vitiosum*, promuove: "Etiam in actione, quam ex maleficio ost, habetur ratio eius interesse, quod est extra rem, ut in lego Aquila."

Mentre molti dottori raccomandavano moderazione anche nei *casus incerti*, Baldo si limita ad affermare che, nei *casus incerti*, *et Teton interesse petitur* (\(Ad librum VII Codicis, Venetis 1599, fo. 57 ss., num. 2)).

Accursio, loc. cit., supra nota 68, *glossa in omnibus causibus.*

\(^2\) Bartolo, num. 26.

---

L'interpretazione di C. 7. 47: il dolo

corda con Alciato (\(^9\)): il dolo, che è l'essenza del delitto, genera una obbligazione risarcitoria classificabile tra i *casus incerti*. Riferendosi ad un'ipotesi di delitto connesso all'indemnizzazione di un'obbligazione, Donelius scriverà:

« Quod si res non restituetur, iam id aestimabitur solum quanti res est, si quidem culpa non restituetur. Quod si dolo non restituetur, aestimabitur etiam quanti actor sua interesse in litem iuravit » (\(^7\)).

Anche quest'Autore pone i *maleficia* tra i *casus incerti* (\(^4\)) ed applica la disciplina di questi ultimi alla scienza vendita del *tignum vitiosum* o del *pecus morbosum*. La *ratio* della integrale responsabilità del venditore scienze è che:

« Duo autem inter se diversa, quae venditor praestare debet, rem tradere et dolum a se absesse » (\(^7\)). La scienza ven-

\(^9\) Alciato, IX, 19 s. Quest'Autore riadotta spesso l'idea corrente che il dolo, se anche inerisce all'esecuzione di un contratto, costituisce sempre un delitto: *De verborum obligatorium*, in Opera, t. 6, 797 s., fis CXXI. Una espressa previsione di dolo connesso all'indemnizzazione di una obbligazione è nel passo citato supra nota 31.

\(^7\) Donelius (Donetto, H.), *Ad legem Justiniani de sententiis, qua pro eo quod intentat, proferuntur: sive de eo quod intentat*, Liber, Latinius Parisiorum 1561, 22.

\(^7\) Id., 47.

\(^7\) Id., 51 ss. Non è chiaro se, nel pensiero dell'Autore, il *risarcimento integrale* in caso di dolo derivi dall'essere il dolo un *maleficus* ovvero dalla *stipulazione implecta dolum a se absesse*, che costituirrebbe un *casus incertus*. Sulla stipulazione dolo obesse, tra gli antichi Autori francesi: Brisson, B., *De solutionibus et liberationibus libri tres*, in Opera Minora, ed. Treckel, Ludwini Batavorum, 1749, 111 ss. a p. 149.

Cf. Dumont, *Cours*, cit., supra nota 51, 198, il quale afferma che l'azione per indennizzazione dolosa aveva le caratteristiche dell'azione *ex contractu* in quanto si era diffusa l'idea che in ogni contratto fosse una implicita promessa di astenersi dal dolo. Questa opinione, non documentata in alcuna maniera, mi sembra difficilmente fondata almeno per tutto il tempo in cui non si era accolta l'opinione che, nel diritto francese, tutti i contratti fossero *bonae fidei* (infra, nota 159).

dita di cosa viziata (e la immissione di essa nel patrimonio del compratore), sulla quale torneremo nei prossimi paragrafi, è, pertanto, un casus incertus (77).

Siamo così giunti sulla soglia di una questione che la dottrina francese precedente al code civil non riuscirà mai a risolvere soddisfacentemente e che, ancora oggi, mina alla radice ogni concezione del dolo. Si ponga mente ai due seguenti notissimi frammenti del Digesto:

« qui pecus morbosum, aut lignum vitiosum vendidit, siquidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturn, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scisset; si vero sciens reticuit et emptorem decipit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei » (ULP. D. 19. 1.13. 1);

« si sciens quis alienum vendidit, omnimodo teneri debet » (ULP. D. 19. 1. 45. 1) (78).

Riferendosi a questi due brani, Bartolo afferma che l’Autore del malefazciurn dovrà rispondere dell’interesse extrinsecum anche oltre il limite del duplum: « si scietor, venit interesse extrinsecum » (79).

Se, però, il debitore si è reso inadempiente mediante un semplice contegno omisso torna ad applicarsi il beneficio della condanna non superiore al duplum (81).

Salvo il dissenso sull’inclusione della vendita di cosa altrui tra i casi che danno luogo al risarcimento dell’interesse extrinsecum (82). Alciato è d’accordo con Bartolo che la

(77) Bartolo, num. 19, sostiene che, pur dando comunque luogo al risarcimento dell’interesse extrinseco, l’ignoranza del venditore consente la limitazione al duplum.

(78) V. anche D. 10.1.1.1.; 19.1.11.15.

(79) Op. loc. cit. supra, nota 78.

(81) Bartolo, num. 18. V. Dumas, 106.

(82) Alciato, IX, 19 s. rilevava che la vendita di cosa altrui è lecita in diritto romano. Sul damnnum extrinsecum v. infra, nota 103.

L’interpretazione di C. 7. 47: il dolo

mala fede rilevi soltanto nei comportamenti commissivi e non già in quelli di mera omissione (83).

Su quest’ultimo punto le opinioni sono discordi. Weisbeek, ad esempio, nota che «culpa enim in omittendo (quamquam et illi dolus inesse possit), dolus in committendo» (84).

Papon, già lo si è osservato, sostiene che vi sia dolo nel rifiuto ingiustificato di adempiere (contegno eminentemente omisso) (85).

Gli aspetti del problema sono due: in primo luogo, è in dolo colui che «sciens reticuit et emptorem decipit»; in secondo luogo, si tratta di un casus certus o di un casus incertus?

L’armonizzazione tra la Costituzione del 531 ed i suffrergini paesi del Digesto non era facile né, forse, possibile; anche a voler spiegare il risarcimento integrale in D. 19. 1. 13. come un’ipotesi di delitto o, comunque, di casus incertus, la medesima ratio non poteva valere per la vendita di cosa altrui la quale, come è stato rilevato (85), era perfettamente lecita nel diritto romano ed, in ogni caso, non poteva mai essere classificata tra i casus incerti.

 Questa fondamentale antinomia tra i testi della compilazione non è superata dai giuristi del diritto comune ed è anzi particolarmente evidente nel commento di Cujacio a C. 7. 47, laddove egli rileva che la disciplina dei casus certi soffre due eccezioni.

« Excipitur etiam ab hac generalis definitione causa doli mali, ut si quis scientis dolo malo vendat rem alienam, vel si quis scientis vendat servum, qui est in causa libertatis, it est,

(83) Ibidem.

(84) Weisbeek, In Pandectas, cit. supra nota 57, commento a C. 2.20(21)

(85) Supra, nota 57 e testo corrispondente.

(86) Alciato, loc. cit., supra nota 82.
Statuliberum pro servo, hic ratione doli omnimodo praestabit id quod interest, nec in eo servabimus ratione dupli (86).

Cuiacio, dunque, prende atto della contraddizione tra le fonti: il dolus malus può inerire ad un’obbligazione appartenente ai casus certi, ma, allora, si applica una regola speciale.

A meno di ritenere, come il Bologneto (87), che C. 7. 47 ponga un principio di diritto innovativo, il contrasto tra le fonti si ripercuote sul nuovo diritto ed i giuristi che, come Molino, vorranno tenere presente la cultura e le esigenze del loro tempo, si troveranno a dover, più o meno scopertamente, far violenza ai testi al fine di giustificare, sul piano teorico, una unità di presupposti che valga a collegare l’eguaglianza delle sanzioni giuridiche connesse, anche dalla prassi giudiziaria francese (88), a situazioni apparentemente eterogenee.

***

(86) Cuiacio, In Librum VII Codicis, Ad titulum XLVII. De sententia, quae pro eo, quod interest praeferuntur, in Opera Omnia, t. IX, Prato 1839, col. 1625 ss., alla col. 1633.

(87) Bologneto, Summaria, cit. supra nota 66, num. 25.

(88) V. ad esempio: P. DION, 9 dic. 1588, in BRILLON, voce Vente, 12: «L’un peut agir par action de dol, lors que le vendeur a célé quelque charge»; PARL. PARIS, 27 nov. 1549, ivi, 103 (vendita sciocca di cosa altrui); PARL. PARIS, 24 febbr. 1542, in BRILLON, voce Garantie, 158 (vendita di fondo sul quale gravava una rendita, ma che il venditore aveva garantito essere libero da pez).
tus (\(^3\)). L’analisi di Molinéo, però, diviene molto più sottile quando egli fonda la distinzione sullo « specificum objectum » dell’obbligazione. È così che la non consegnar dei « tigna » venduti (\(^5\)) e l’evizione (\(^6\)) sono casi certi, mentre la falsità della garanzia costituisce un casus incertus (\(^7\)).

Credo che sia in questi passi, sui quali il Dumas svolga (\(^9\)), la chiave della concesione di Molinéo.

Molinéo si pone l’ipotesi di un « faber materiarus » il quale, vendendo tigna, affermò in buona fede che essi sono idoneae ad fulciendam vel constituintam domum meam; a questa ipotesi egli ne equipara un’altra, in cui la garanzia è tacita e cioè « resultans ex professione » del venditore (\(^7\)). Il venditore, qualora sappia a quale uso i tigna verranno destinati, sarà responsabile di tutto il danno arrecato; si tratta di un casus incertus perché la causa della obbligazione risarctoria:

« non respicit tigna ipsa tantum, imò directè & specificè respicit praesens praevium, & expressè, vel tacite susceptum periculum domus meae, rerumque mearum, & sic est incertus ». Il venditore risponde, così, di omne iustum, verum, proprio, non remotum detrimentum (\(^8\)).

\(^3\) Molinéo, 42-67; 74, 89; non è sufficiente la communi estimatione e neppure, come sosteneva Bartolo, la contropartecipazione consistente in un dera (Molinéo, 73, 75, 89).

\(^4\) L’A. parlò di un « integrum duplicale » (ivi, 43): si osserverà che il latino di Molinéo è talvolta incomprensibile sia per la costruzione che per gli idiomi di cui abbonda. (Molinéo, 4).

\(^5\) Molinéo, 5. Questo brano è pubblicato nell’appendice a questo Capitolio assieme ad altri estratti dal Tuctatus de eo quod interest.

\(^6\) V. meglio infra, questo paragrafo.

\(^7\) Dumas non si interessa particolarmente alla problematica del dolo e non avverte le antinomie sopra segnalate.


Molinéo: l’inadempimento

Nella non consegna di cosa venduta (casus certus) può avvenire che il venditore si sia astenuto dall’esecuzione della propria obbligazione per dolo: sapendo che, se non mi consegni i tigna che mi hai venduto, la mia casa sarà in pericolo di crollare, tu, venditore, non me li hai consegnati. Il dolo, quindi, è una « [noscitutio] studiosa ad mihi nocedum, & dannificandum in hac peristasi, cum scires istud periculum domus meae mihi imminere » (\(^9\)).

L’obbligazione risarctoria concerne, allora, un casus incertus:

« dolus ille, siue causa, ex qua oritur haec obligatio ad interesse, non respicit tigna, sed respicit, & pro obiecto habet specificum istud detrimentum domus meae rerumque mearum & sic casus est incertus, cum eius objectum non versetur in re habente certam quantitatem vel naturam limitatam » (\(^10\)).

Molinéo sconvolge la dottrina tradizionale sia per quanto concerne la distinzione tra i casi certi ed incerti, raffinata mediante l’analisi dell’oggetto dell’obbligazione (\(^10\)), sia per quanto riguarda la nozione di dolo, che egli chiaramente identifica dall’animus nocendi (\(^12\)).

***

Risalendo alla ratio della Costituzione di Giustiniano (C. 7, 47), Molinéo suggerisce che il damnun ex nos sectum, e cioè l’indennità relativa al pregiudizio subito dal debitore oltre la perdita o la menomazione dell’oggetto della

\(^9\) Molinéo, 5 in principio.

\(^10\) Ibidem.

\(^12\) Molinéo, 47. Cf. Dumas, 111: Casus incerti si hanno anche in materia contrattuale, come nell’actio depositi contraria.

\(^12\) V. però, infra, per il contempemplamento tra le due nozioni dell’animus nocendi e della mera scienza dell’illicità.
Il limite del duplum nei casus certi obbedisce alla medesima necessità equitativa: *ne plus danni nobis extrinsecus accidat propter certam rem, puta venditam aut bona fide promissam, quam quanti ipsa res sit* (109). Se il danno estrinseco non può superare il valore della cosa, la condanna non potrà essere maggiore del duplum di quel valore. Il debitore, obbligandosi, generalmente non sospetta che lo si potrà tenere responsabile per danni che superino il valore dell’oggetto della sua obbligazione: *nec cogitatione de suscipienti majori danno nec periculo utra rem principalem* (109); mediante questa seconda presunzione, fondata sulla giustizia distributiva (*incommoda, quae comminuat esse debent, et invicem congrue supportari*) (110), Molineo unifica la disciplina dei casus certi e dei casus incerti sotto l’unica ratio della previsione del danno:

«non debet quod extrinsecus interest excedere fines objecti, qui verisimiliter apparebant tempore contractus, sue limites periculorum vel casus praevisti et tacite suscepit non debent excedi» (111).

Sebbene qualche fonte romana contenesse allusione in questo senso (112), non è dubbio che Molineo, avvocato e relativa all’oggetto della prevedibilità: è esso la causa del danno ovvero il danno nel suo presidio assicurare? Su questo punto, dibattuto anche nel diritto inglese, mi intratterrò in seguito.

(109) Molineo, 59.

(109) Molineo, 60.

(110) Ibidem.

(111) Ibidem. Nei paragrafi successivi, l’Autore discute molti passi del Digesto per dimostrare la congruità delle sue idee con il diritto romano. L’interpretazione che Molineo fa delle fonti, spesso molto ardità se non anche arbitraria, ci interessa ben poco perché le tesi che egli vuol dimostrare non necessitano di quel l’opposto in quanto, specialmente nei secoli successivi, il diritto comune francese sarà sempre più un droit coutumier con caratteri propri, che vogliono le soluzioni dottrinali dal punto di vista della loro conformità non ai testi del Corpus Juris benesi alle necessità commerciali e della prassi contrattuale.

(111) Probabilmente è nel giusto il Dumas, 115, affermando che Molineo
giureconsulto prima che dottore, sia stato il primo Autore il quale, ispirandosi alle necessità della vita commerciale, abbia svolto quella teoria del danno prevedibile che, trasfusa in numerosi codici, ci sembra oggi nascere dalla ragione, e cioè essere razionale per sé.

***

La parificazione dei casi certi agli incerti sotto il criterio della prevedibilità lasciava insolusi due problemi: quale fosse il risarcimento dovuto dall'autore di un delitto e, particolarmente, come si inquadrassero nella teoria proposta i testi relativi alla scienza vendita di cosa altrui o di cosa visiata.

La questione è espressamente sfrontata da Molinio:


Riferite le varie opinioni, l'Autore accede a quella di Aciato « qui primus clare tenuit, hanc l[egem] in contractibus solis loquii, delicta vero ratione doli incerta esse, & ad secundum huius l[egem] casus spectare » (116). Ma, secondo Molinio, ciò non basta, perché ne conseguirebbe che si è tenuti al risarcimento integrale per fatti dovuti a semplice colpa. Soluzione, questa (è opportuno notarlo sin d'ora), che sarà accolta sia dall'art. 1382 del codice civile francese (115) che si ispirò ad alcuni testi della compilazione, ma già Azzone, 2, aveva scritto, a proposito del brano di Giuliano (D. 19.1.15.1) « magis enim est dicendum totum interesse praestari quod est circa rem, quasi de eo cogitaretur contrahentes, quam illud quod est extra rem: guida de eo non videtur sensisse ».

(113) Molinio, 154.
(114) Ibid. L'opinione di Aciato era stata seguita da Giovanni Fabri.
(115) Domat, II, VIII, II, VI, sostenne che l'imprudenza rende responsabili di « toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver ». A questo brano, che riproduceva l'opinione comune, sembra si siano ispirati i redattori del code civile.

Molinio: inadempimento doloso

dall'art. 2043 del nostro codice civile: il tener presente la posizione che, in un momento di cultura giuridica non certo evoluta in materia di risarcimento del danno, assume Molinio, sarà estremamente utile quando, nella parte conclusiva del nostro lavoro, occorrerà riflettere sul fondamento della responsabilità extracontrattuale e sulla partizione, ritenuta da molti essenziale e, vorrei dire, ontologica, tra contratto e delitto come fonti di obbligazione.

Molinio, dunque, ritiene che l'autore del dolo, « siue in faciendo, siue in omittendo ».

« indignus redditur, & privatur omni legum auxilio, & beneficio » (116).

Poiché la moderazione suggerita da Giustiniano ai giudici per i casus incerti non deve servire « ad fuvandum delicta » (117), il debitore doloso è tenuto

« praeter debitum ad omnia damna, & detrimenta per creditorum incursa ex defectu solutionis tempore & loco debitis, etiam si in duplo, triplo, vel quadruplo excedant quantitatem debiti » (118).

Il dolo, invero,

« semper in iure est delictum, siue nominatif siue inominatif »

e da esso

« oritur nova, & separata obligatio od omne interesse resarciendum quae est una separata & principalis obligatio incerta » (119).

(116) Molinio, 155.
(117) Molinio, 156.
(118) Ibidem.
Molino: inadempimento commissivo

Quanto ai testi romani relativi al comportamento sciente del venditore che tace i vizi, Molino osserva che essi hanno ad oggetto una attitudine e non una omissione. Su questa constatazione egli edifica una teoria che, per discutibile che possa sembrare, risolve il problema dell’animus del doloso (129).

Il dolo, in principio, è una machinatoria studiosa—

«ad alium circumveniendum, fallendum, vel damnificandum adhibita quomodo definitur in L. 1 § 1 de dol. mal. » [D. 4. 3. 1. 1.] (125).

Tuttavia, quando il contegno che si allega essere doloso si riferisce ad una commissione, sarà sufficiente provare la scientia del debitore (126); se, al contrario, il debitore si limita a non pagare od a non consegnare, pur sapendo di essere a ciò tenuto, la sua responsabilità non sarà estesa sino al danno imprevedibile nisi ex aliis perspicuis indicibus (ut in L. dolum. C. de dolo) [C. 2. 20. (21)] de malitioso studio nocendi probaretur » (127). La vendita di mala fede del pecus morbosum, ad esempio, appartiene (secondo quest’Autore) alle attività commissive; pertanto, non occorre provare, per dimostrare il dolo, l’animus nocendi: basterà provare la scientia che il venditore aveva del vizio afferente il bene venduto.

L’attività commissiva, dunque, permette una semplificazione della prova. Sebbene il dolo richieda sempre e comunque l’animus damnificandi, quest’animo è presunto dalla mera scienza dell’agente di realizzare un atto proibito dalla legge o

(129) La configurazione della vendita di mala fede come fatto commissivo è propria di Molino. Quanto alla prova dell’animus, i dottori si limitavano a riprodurre le fonti romane. Cf. anche in tra, nota 128.
(125) Molino, 156.
(126) Ibidem: « probatio scientiae satis arguit dolum ». 
(127) Ibidem.
dal patto (129), Molineo trae questa affermazione dall’osservazione della disciplina della vendita di mala fede: occorrerà tenere sempre presente questo limite essenziale della sua teoria che deriva dalla stessa finalità perseguita dall’Autore e che deve porre in guardia chiunque volesse attribuirle un senso più generale.

***

Prima di poter concludere su questa importantissima opera di Molineo, è necessario rendere conto brevemente degli esempi addotti dall’Autore come comportamenti dolosi non contemplati né dalla Lex Aquilia né dalle tipiche figure di delitti romani.

1) È in dolo, come si è già veduto, il venditore di legname che non lo consegna pur sapendo che l’acquirente ne ha urgente bisogno, ed anzi desiderando che l’acquirente sia danneggiato (129);

2) è in dolo il debitore di somma di danaro che, richiesto del pagamento del credito bisognoso, se ne astiene al fine di nuoceglieri (180);

3) è in dolo chi vende come propria una cosa altrui (131);

4) è in dolo chi garantisce l’idoneità del bene venduto ad un certo fine, mentre egli sa che non lo è (15);

5) è in dolo il conduttore che intenzionalmente da fuoco all’immobile locato (117).

Tra questi cinque esempi, ve ne sono due (nn. 3 e 4) che attengono al momento della formazione del contratto (ed è da osservare che non è rilevante, ai nostri fini, l’assenza del raggiro mediante il quale si induce l’altra parte a contrarre; per l’azione di danni sarebbe sufficiente, secondo Molineo, la prova della sciienza, trattandosi di contegno commissivo: infra par. seg.); due esempi (nn. 1 e 2) concernono tipici inadempimenti omissivi; uno (n. 5) concerne un reato per il quale, come nota Molineo, l’autore sarà punito criminaliter.

***

(129) Gai, De pace publica, cit. supra nota 61, dopo aver premesso che il dolo non si presume, così prosegue: et Hoc tamen non procedit, quia quis actu per se illicium explicat: non rei prohibita operum navans ipsa facto consecutius esse in manifesto dolo.

Cf. la sentenza del Senato Sabaudo, 13 Calend. Mart. 1594, in Codex Fabrinius, Lugduni 1649, IV, XIV, LII: e in ille quo por se delicta sunt non potest dolus non praessum, ove si riferisce ad attività commissive.

(129) Molineo, 5.
(130) Molineo, 156.
(131) Molineo, 156.
(15) Molineo, 156.
6. Riflessioni sull'opinione di Molinismo.

Avendo così riassunto la dottrina di Molinismo (124), vengono opportune alcune riflessioni.

Il criterio della prevedibilità del danno risarcibile, fondato su una correlativa obbligazione tacitamente assunta dal debitore, rispondeva egregiamente ai bisogni della prassi commerciale. Eliminate le incertezze derivanti dall’ambiguo confine tra *casus certi* e *casus incerti*, si proponeva un metodo di valutazione del danno idoneo a restringere in giusti limiti l’arbitrio del giudice ed a conferire sicurezza ai traffici ed ai rapporti contrattuali. Il debitore, obbligandosi, è in grado di conoscere, nelle grandi linee, quale sarà l’oggetto della sua responsabilità in caso di inadempimento: questo collatario della teoria di Molinismo deve essere attentamente valutato in relazione alla individuazione dell’inadempienza dolosa; esso sembra presupporre che il debitore, appunto perché la legge gli consente di ponderare in anticipo le conseguenze dell’inadempimento, non sia in dolo qualora *scelta* di sopportare quelle conseguenze in vece dell’onere (eventualmente più gravoso) derivantegli dall’esecuzione dell’obbligazione. Ciò è in armonia con la visione delittuale del dolo accolta da Mo-

(124) Oltretutto alla discussione delle fonti romane che ho riassunto soltanto ove ciò appare indispensabile ho trascurato di riferirne la ampia casistica esposta da Molinismo per verificare la teoria del danno prevedibile applicandola ad ipotesi particolari. Ho anche omesso le poche questioni trattate in tema di causalità, che l'Autore risolve col principio del *nouus causam interiungere*, e che d'altronde, egli pone quasi esclusivamente per mostrare come, anche in caso di dolo, non siano risarcibili le conseguenze mediate del fatto dannoso. I brani più interessanti del Tractatus di Molinismo sono posti in appendice a questo capitolo (p. 102 ss.).

---

Riflessioni su Molinismo: la nozione di dolo

LINEO ma non si accorda con quelle teorie moderne che vedono nel dolo la semplice inesecuzione sciente di una obbligazione contrattuale.

È ancora da osservare che il canone della prevedibilità non è escluso dal fatto illecito colposo. Nulla sarebbe più ingiusto della attribuzione della responsabilità integrale a carico di colui che ha cagionato un danno per semplice colpa. La *ratio legis*, in questa evenienza, non può naturalmente consistere nella tacita obbligazione risarcitoria assunta dall’autore dell’illecito extracontrattuale, bensi in necessità equitativa che richiedono la proporzionalità della pena alla colpa.

Così parificate, sotto l’aspetto quantitativo, la responsabilità contrattuale e quella delittuale, viene a mancare la prima ragione di distinzione tra di esse: il debitore di buona fede e colui che ha commesso l’illecito colposo risponderanno soltanto del danno prevedibile.

Siffatta limitazione non vige per il *dolus malus*, il quale integra sempre e comunque un delitto. Il dolo è un delitto di per sé; il *dolusus* va punito anche se la sua condotta non riesce in alcuno schema delittuale tipico. Non esiste, secondo Molinismo, che un’unica nozione di dolo, caratterizzata dall’*animus nocendi* o dall’*animus circumveniendi*: essendo il secondo tipo di *animus* l’elemento individuatore del cosiddetto dolo-vizio, è l’*animus nocendi* che rileva generalmente. Infatti, gli esempi proposti nel Tractatus de eo quod interest non mostrano mai l’attività ingannatrice, cui pure accennavano altri Autori nelle trattazioni dell’inadempienza dolosa (125).

(125) Nel diritto comune era frequente l’esempio dell’escrittore il quale si era obbligato a scrivere un libro e che, alla richiesta del creditore, faceva finta di essere impegnato nella stesura; v., ad esempio, ALCIATO, Verborum obligations, in Opera, VI, 329 ss., lex LIII. Il caso riproduceva un noto frammento di GIULIANO.
Mediante il ricorso a diverse regole probatorie, Molineo riesce ad inserire nel suo sistema quei testi romani che prescrivevano il risarcimento integrale in caso di scienze, ma non malavagia, violazione di un’obbligazione. Si ricordi, però, che si trattava di obbligazioni di dare e che la scientia si riferiva al momento della conclusione del contratto. Secondo Molineo, si ha un contegno commissivo quando si tace il difetto o l’alienità della cosa venduta. Questo punto della costruzione non convince. Giuliano aveva ben caratterizzato la circostanza: «si vero sciens reticuit et emptorem decipit»; «si sciens alienum vendiderit». L’attività commissiva non concerne il fatto doloso: il venditore consegnerà poi il bestiame ammalato, ma il dolo si è realizzato quando ne ha taciuto il vizio; il tacere, invero, è il tipico contegno omissivo (156).

Benché la scienza del venditore, e dunque la sua mala fede, attengano palesemente alla formazione del contratto, Molineo non poteva spiegare l’omnino teneri debet delle fonti mediante il ricorso alla disciplina del dolo-vizio nella configurazione di Lapone. Il venditore scienze non pone in essere nè inganni nè raggiiri nè è animato dal desiderio di nuocere all’altro contraente: egli si limita a tacere. Il risarcimento integrale del danno, pertanto, non è giustificato dalla presenza del dolo, secondo l’accezione ricevuta da Molineo: la teoria della prova ristretta alla scienza del vizio o dell’alienità si ri-

(156) Molineo non ha veduto la differenza tra il conduttore che fa fuoco all’edificio locato ed il venditore di mala fede: il primo è certamente un comportamento attivo che viola, tra le altre, un’obbligazione ex contractu; il secondo è un comportamento che non riguarda l’esecuzione ma, almeno cronologicamente, la formazione del contratto. Queste categorie non sono per nulla troppo moderne per essere impiegate nell’analisi dell’opera di Molineo: il dolo-vizio era ben conosciuto ed elaborato nel secolo XVI, così come era chiaro all’Autore che la violazione di una obbligazione contrattuale si accompagnava ad un crimine nell’ipotesi del’incendio posto all’immobile locato.

vela, pertanto, un expediente per comproprire un’antinomia che, per essere tale, non è componibile (159).

Non è per fortuita evienza che il code Napoléon ed il codice civile italiano mantengano specifiche previsioni per i casi di consegna di cose difettose da parte del venditore; depositante, comodante, etc. ed, ulteriormente, per i casi in cui sussiste la scienza del vizio. Questa argomentazione a posteriori mostra l’irriducibilità di tali ipotesi a quella del dolo contrattuale.

L’unico comportamento doloso commissivo esemplificato da Molineo resta, pertanto, quello dell’incendio (intenzionale) all’edificio locato; il dolo commissivo è qui un crimen.

Gli esempi di dolo omissivo, al contrario, non integrano figure criminose anche perché sono estremamente rari (e lo erano ancor di più nel XVI secolo) i delitti dolosi di omissione (159). L’astensione dall’esecuzione dell’obbligazione darà luogo al risarcimento del danno imprevedibile qualora sia provata la malvagità del debitore; quella malvagità che, secondo l’assunto fondamentale del Tractatus, realizza sempre e comunque un delictum il quale priva il suo autore di qualsiasi moderazione nella determinazione del risarcimento, salvo il limite della causalità.

La ratio della sanzione è dunque chiaramente ispirata da intenti repressivi e punitivi che ben si accordano con la natura

(159) B, infatti, notò attraverso quali difficoltà elaborazioni, che hanno compromesso l’unità concettuale del dolo nella formazione del contratto, la dottrina moderna ha ricercato tra le cause di annimento anche talune ipotesi di silenzio di un contraente durante la fase formativa del contratto.

prava e delinquente del soggetto autore del dolo e che, nel-
ambito dei testi romani, si giustificano non mediante il ri-
corso alle fonti concernenti il venditore di mala fede, sebbene
mediante l’esperimento di quell’interpretazione analogica che
(conme si è ricordato) GIUSTINIANO suggeriva al giudice il
quale dovesse valutare il risarcimento dovuto nei «casus in-
certi» (138). È, infine, da osservare che l’equazione dolo-de-
litto civile — ed il corollario secondo il quale l’inadempimento
dolo du diverso, al rimedio extracontrattuale — sono
inscindibilmente collegati alla morfologia del congedo doloso
accolta da MOLINEO, così che non lì si può riferire, nel diritto
moderno, a diverse concesioni del dolo ed, in particolare, a
quelle teorie che prescindono dall’animus malvagio e ripro-
vevole.

***

7. L’opinione di MOLINEO NEI SECOLI XVII E XVIII.

Dal 1555, anno in cui fu pubblicato il Tractatus de eo
quod interest, fino al Traité des obligations di POTHIER il si-
lenzio avvolge l’opera di MOLINEO. Sembene alcuni Autori
concordino con la teoria del risarcimento integrale in caso di
dolo (139), la grande maggioranza dei giuristi del diritto comune
francese delle obbligazioni tacciono sul punto (140). Questo

(138) Si è già riferita l’opinione dei glossatori e dei commentatori (supra,
§ 4). Alcuni decenni dopo MOLINEO, CHARONDAS affermava, richiamando un passo
dei Basilica, che nei casus incerti è opportuno limitarsi al danno «quod circa rem
consistit, non extra rem venit».

Ma il medesimo Autore sosteneva, nel medesimo brano, che «s’il y a dol
& mauvaise foi du débiteur (...) il sera rentu de tout l’interès...» (CHARONDAS,
IV, I, 35, p. 639) ed esemplificava riferendosi ad un commerciante che aveva
venduto dei contenitori «vicesus & gestes» ai quali l’acquirente avesse posto
del vino eccellente. (Questo caso è trattato anche da MOLINEO, 49, 51, 54 s.).

V. anche, per un testo della pratica, De Ferriere, C.J., Dictionnaire de
Droit et de Pratiques, Paris, 1775, voce Dommages et intérêts, p. 720: «On adjuge
les dommages et intérêts dans toute leur étendue, quand ils ont leur source dans
le dol & la mauvaise foi de ceux qui les causent».

(139) DUMAS, 120, cita un Gabriel VALLIUS, che, al principio del XVII
secolo, rilevò la moderazione «quam in causis etiam incertis nisi est adiutum

In verità, il VALLIUS non si limita a richiamare una sola volta MOLINEO
ma, nella lezione su C. 7.47, lo cita continuamente e si riferisce al «celeberrimo
suo tracitum». La lezione è del 1669.

Vi è poi da ricordare Pietro GRANGIANO, Paradoxa juris civilis, Caroleti
1530 (in OTTON, t. V, col. 615 ss.), non esaminato da DUMAS né, che io sappia,
da alcun altro storico, il quale non cita mai MOLINEO, le cui opinioni, però, espone
come proprie. Che si tratti di un plagiatore appare per lì dalle stesse e da alcune
locuzioni tipiche di MOLINEO. V. ad esempio, alle colonne 646 ss., dove, trattando
della non consegna della cosa venduta, afferma che la causa da cui sorge l’obbliga-
tione risarcitoria a non habet aliud specialem objectum, quam cadae tigna».
Oppure: «Si (...) dolo cessaveris, ut mili milies (...)» (ibidem); e così via.
silenzio non è spiegabile soltanto con la desuetudine in cui era caduta la Costituzione di Giustiniano (140) o con le difficoltà linguistiche e stilistiche del Tractatus di Molino. A ciò è forse da aggiungere l’ostilità nei confronti di questo Autore per ragioni politiche e religiose (145) e, non da ultimo, la no-

(140) "Infine, nota 144. Cf. Dumas, 120 ss.

(145) Molino fu uomo e pensatore indipendente. Amico di Calvino e sospettato di aver abbracciato la religione riformata, si insinuò i nobili tedeschi presso i quali aveva affascinato, ed i nobili francesi che non vedevano di buon occhio i suoi viaggi in Germania, per cui fu imprigionato a Montauban, in occasione di uno dei suoi viaggi, e ne evase in circostanze fortunate.

Insieme ai molte celebri Università francesi e straniere e si pronunciò sugli affari ecclesiastici in maniera da contrastare le posizioni assunte dall’uomo. Non esercitò quasi mai davanti il parlamento di Parigi, sebbene desideroso di eloquenza; godette, tuttavia, della stima del_foro come è dimostrato dall’atteggiamento assunto dagli avvocati nei confronti del primo presidente De Thou, il quale aveva avversariamente interrotto Molino durante uno dei debiti, ingiungendogli di tacere; il deono degli avvocati, Francesco Porta, si recò all’incontro dal presidente ed in pubblico, l’apostrofò duramente dicendo, tra l’altro: «qui ad te justum putas? Loesasti hominem doctorem quam unquam eris! ». Il giorno seguente, il primo presidente prese la parola all’inizio dell’udienza e fece pubblica ammenda.

Molino redasse molti pareri sui più avariati argomenti e fu salutato come la più alta autorità sulla coutume di Parigi.


Specialmente nell’ultimo periodo della sua vita, l’ammissione religiosa di venne particolarmente viva e su di lei furono espressi giudizi molto favorevoli,

vità della precettitrice visione della responsabilità contrattuale come fondata su una obbligazione risarcitoria implicitamente assunta. Gli Autori dei secoli XVII e XVIII, preoccupati di conciliare il _droit écrit_ con le _coutumes_ ovvero di esporre il diritto naturale, non erano il più accoglienti per le tesi di Molino, alcune delle quali, tuttavia, sembrano imporsi naturalmente, sia pure sotto diverso angolo visuale, ad un giurista profondo quale sarà Domat (149).

DOMAT ignora il Tractatus de eo quod interest (150); la Costituzione di Giustiniano C. 7. 47, ormai desuetà (146), gli sembra ingiusta ed incompleta ed egli lo dimostra con degli esempi ai quali le teorie interpretative ed innovative di Molino avrebbero dato risposta (145).


(145) Nel suo trattato sulle _lois civiles_, Domat trascina di considerare tutti i dottori di diritto francese: Gorla, _Atti Atti di Domat verso la giurisprudenza e la dottrina_, in Foro ital., Quaderni, 616 ss. (1968).

(146) _Domat_, I, III, 5 premio (p. 308). Further, 164.

(147) _Domat_, 1, 3, 5 premio (p. 308). Further, 164.

(148) Domat, per dimostrare l’illusione delle regole sanzite da C. 7.47, pone il caso del conduce che, pagando certi scudi di pigione, trascena di eseguire le riparazioni cui è obbligato, così ragionando un danno di mille scudi: «il ne serait pas just qu’il ne fât quitter pour son loyer, & encore autant, ny même pour les triple » (I, III, 5, premio, p. 308).

DOMAT evidentemente presuppone che si tratti di un _casus certus_; secondo la dottrina di Molino, invece, si trattarebbe di un _casus incertus_.

dovuti in parte alla alterigia del suo comportamento (supra, nota 98). Il suo biografo (Brodat, Caroli Malinesi Vita Latina, cit. supra, nota 99), attesta che egli morì in pace con la Chiesa e con gli uomini.


Domat affermava la necessità di discriminare tra il creditore di buona e di mala fede. Già nel preambolo al titolo «Des intérêts, dommages et intérêts, et restitution des fruits» (146), egli osserva che i debitori di somma di danaro talvolta «pouvoir payer, ne le veulent point... & laissent souffrir & perir de pauvres-familles». È questa una iniquità che richiede «plus fortes peines»; il diritto francese non prevede, in questi casi, alcuna differenza nel risarcimento (147) ma «cette impunité n’est pas de l’esprit des loix». Si noti che Domat non riesce a proporre una regola per questi casi di inadempimento omissivo in cui vi è certamente mala fede, ma non l’intenzione di nuire.

Nello stesso titolo de «Les loix civiles» è trattato il tema dell’inadempimento di mala fede. La dipendenza dai testi romani è ancora grande: le ipotesi su cui si riafferra sono la scienza vendita di cose altrui, per cui l’acquirente è esitito dopo che il valore del fondo è più che dopplicato, e la vendita di bestiame infetto, che contagia altro bestiame dell’acquirente.

In entrambi i casi, il debitore di mala fede risarca l’intero danno. Se, al contrario, il debitore è in buona fede, il danno dovrà essere moderato: egli sarà responsabile, rispettivamente, per le spese che avrebbe dovuto prevedere che l’acquirente avrebbe compiuto sul fondo e per la perdita del bestiame venduto, non di quello contagiato (148) (149).

(146) Domat, I, III, 5.
(147) Domat fa salva l’Ordinanza di Orleans che, all’art. 60, prescrive che la condanna contro chi non ha pagato un debito contratto verso «laboureurs» e «mercenaires» sia del doppio della somma dovuta (supra, § 3). Ma l’Ordinanza, come osserva l’Autore, non è applicata dai Tribunali; cf. Ranjard, La responsabilità, cit. supra, nota 143, 105.
(149) Una puntualissima applicazione di questi criteri si ha quando il venditore di buona fede consegne la merce in ritardo ovvero non la consegna per nulla.

Domat: dolo e mala fede

Si noti che Domat usa raramente il termine «dol», preferendogli quello, più comprensivo, di «mauvaise foy». Questa differenza terminologica è particolarmente interessante perché mostra, da un lato, l’assunzione sul piano della rilevanza giuridica di comportamenti privi sia del caratteristico animus del dolo come dei comnotati della colpa e, inoltre, perché testimonia l’inadeguatezza del concetto tralatizio del dolo, e, direi, la sua eterogeneità, di fronte a tali inadempimenti tipici quali, ad esempio, il ritardo nell’esecuzione delle obbligazioni pecuniarie (infra, § 23).

La prevedibilità del danno è, per Domat, un criterio che si intreccia con quello della causalità. È direttamente causato quel danno che normalmente deriva dall’inadempimento: in questo senso, causalità e prevedibilità vengono a significare la medesima cosa. La conseguenza imprevedibile è dovuta ad un fatto non normale e dunque non rientrante nella causalità naturale come la intende quest’Autore (150).

La ratio della maggior responsabilità del venditore di mala fede è che questi «ne peut ignorer que sa mauvaise foy renferme la volonté de tout le mal qui pourra suivre de la vente qu’il fait» (150). Chi vende in buona fede la cosa

(150) Ci si potrebbe chiedere se non sia proprio questo il campo d’azione della prevedibilità nel diritto dei contratti: limitare il criterio della causalità diretta, che è il criterio fondamentale per la determinazione del risarcimento, mediante una esigenza di causalità naturale e cioè di una sequenza di fatti prevedibili del debitore al momento di obbligarsi.


altri non può prevederne l’evizione, ma diversa è la posizione di chi, conoscendo l’alienità della cosa, può immaginare che il vero proprietario la rivendicherà dall’acquirente.

Sebbene, in un altro luogo, Domat sembri ammettere una distinzione tra dessein de nuire e mauvaise foy (125), il problema del dolo del debitore non è da lui affrontato. Quel che è interessante, ai nostri fini, è che, a differenza dei suoi predecessori, Domat giudica di mala fede e non doloso il venditore scienzio, assoggettato, dalle fonti romane, alla responsabilità integrale. L’elemento delittuale del dolo viene così a mancare, sostituito dall’animus di chi sa di poter arrecare danno ad altri, ma non per questo desidera il verificarsi di quel danno e ne gioisce. Si delinea così una differenza tra la violazione della buona fede e la commissione di un delitto nell’esecuzione di un contratto.

L’artificio probatorio di Molineo è qui disatteso ed appare di nuovo chiara l’antinomia tra il dolo-delitto e la mala fede del venditore, mentre, tra di essi, si insinua il debitore iniquo — e definito di mala fede — il quale, potendo pagare, se ne astiene. La complessità dei significati del dolo torna, dalla strafaccinazione del Digesto, ad animare le pagine di uno scrittore sollecito più dell’equità naturale che delle teorie onnicomprensive.

* * *

La prassi giudiziaria del secolo XVII prendeva coscienza, nel campo dell’illecito, della faute e dei suoi gradi. Molte sentenze alludono al fondamento della condanna al risarcimento. Ad esempio:

(125) L’ipotesi riposa non soltanto su Domat, I, III, 5, 9, ove si distingue il fatto colpito dai casi in cui “il n’y a ny dessein de nuire, ny mauvaise foy”, ma soprattutto dal passo in cui, discutendo del dolo nella formazione del contratto, lo definisce alla maniera di Labeone (infra, nota 156).

XVIII secolo: caratteri del dolo

«sur le fondement qu’il y avoit de l’imprudence de sa part, & qu’il avoit dû prévoir le danger» (129),

ovvero in base alla

«faute & mauvaise conduite» (130).

Il dolo, dal canto suo, mantiene ed accentua le proprie caratteristiche delittuali: i giuristi del droit commun [che sviluppano una tendenza già palesatasi nei secoli precedenti (154)] ritengono che la sedes materiae sia il titolo del Digesto «de dolo malo» (D. 4. 3). La definizione da tutti accettata è quella di Labeone (155) ed anche Domat la accoglie laddove tratta «des vices des conventions» (156), così implicitamente differenziando il dolo dalla mauvaise foy di cui parlava nei brani surriferiti.

Quando i giuristi del XVIII secolo vogliono esporre la nozione generale di dolo, si limitano, abitualmente (157), a tradurre la definizione di Labeone (158).

(155) CULACIO, Opera, Lugduni 1506, t. II, 266, ritiene che il dolo sia «omnium malitiae seu criminalium ». Gli Autori variamente collegano il dolo alla frode, ma finiscono con ricomprendere il primo nella seconda: v. ad esempio, ALCHI, De preceptumbonibus, III, 18; PARERGA, IX, 21 (quest’ultimo in Opera, II, 433).
(130) CHARONDA, II, 22, fol. 293.
(156) I, 1, 18, 3: « es s’appelle dol, toute surprise, fraudo, finesse, feintesse, & toute autre mauvaise voye pour tromper quelqu’un ». V. anche DOMAT, J., Legum delectus, I, Senis 1776, I, XIV, 10. La definizione di Domat sarà copiata dal DENISART (infra, nota 159).
(157) PROUSTEAU, G., Recitationes ad legem XXII contractus ff. de reg. iur., Aurelianis 1684, II, 2, espressamente rileva che il dolo non richiede necessariamente la machination, potendo constare da una aperta iniuria.
Mentre viene comunemente accetto il principio che, in diritto francese, tutti i contratti sono bona fide (19), così che il dolo nell’inesecuzione ha sempre una sua particolare rilevanza, la dottrina del diritto comune mostra l’assenza di reazione alle teorie sia di Molino che di Domat ed affermare che la determinazione del risarcimento «dépend toujours des circonstances du fait, il n’y a rien de plus arbitraire», confermando le inequità ed ingiustizie che avvenivano nella liquidazione giudiziale del danno (160) (161).


Briension, B., *De verborum quae ad ius civile pertinent significatio*, Parisis 1596, include, sotto la voce Dol, sia la definizione di Lacon que l’esempio di Tulliano.


L’affermazione è, oggi, comunemente accolta: Dumas, 96.

(160) PREVOST DE LA JEANNES, *Les princes*, cit., supra nota 105, II, VIII, 6, CCCXXIX; il brano con prosieguo:

«un abus assez ordinaire dans nos Tribunaux est de fixer [les dommages] à une somme si modique, qu’elle ne dédommage presque jamais la Partie à laquelle ils sont adjugés».

(161) Con riferimento ai causi incerti, il Charondas, L., Πεθεκέτον σει

Dimenticato per due secoli, il *Tractatus* di Molino viene riscoperto da Pothier e viene posto ad unico fondamento della teoria del risarcimento esposta nel *Traité des obligations*. Pothier ignora del tutto la speculazione di Domat ed il suo solo merito consiste, come in molte altre occasioni, nell’enunciare in buon francese le idee espresse, in un latino difficilmente accessibile, dal grande giureconsulto del XVI secolo (162).

* * *

Nella versione di Pothier, sulla quale si fonderanno i redattori del *code civil*, si perde la passione, la problematicità, lo spirito di ricerca di Molino e si dimenticano le ragioni ispiratrici della sua opera. Una serie di generalizzazioni vengono affidate alla posterizia e, con esse, sono tramandate le antinomie derivate dalle fonti romane e solo apparentemente risolte da Molino.

Pothier non aggiunge nulla di originale alla teoria del danno prevedibile, che egli fonda su una obbligazione implicitamente assunta al momento di contrarre (163) e giustificata mediante il canone che le obbligazioni contrattuali possono sorgere soltanto per volontà delle parti (164).

Nel desiderio di rendere più semplice l’applicazione di quella teoria, l’Autore si serve dell’antica distinzione tra il danno *circa rem* od intrinseco ed il danno *extra rem* od estrinseco (165). In particolare, Pothier afferma quanto segue:

versitationibus libri tres, Paris 1553 (in Otto, I, 574 ss. a p. 675. De eo quod interesse, caput VIII) osserva che ci si deve rimettere alla modulazione del giudice.


(164) Pothier, 164.

(165) Supra, nota 103.
a) Il debitore si assoggetta normalmente al danno intrinseco, il quale, nelle obbligazioni di dare, consiste nello svantaggio propter rem ipsam non habitam (166).

b) D'altra parte, il debitore può essersi implicitamente assoggettato al risarcimento del danno estrinseco tutte le volte che egli era a conoscenza del particolare uso al quale il creditore avrebbe destinato l'oggetto dell'obbligazione (169).

c) Chi mi vende in buona fede del legname di qualità inferiore a quella pattuita, per cui la mia casa crolla, sarà soggetto all'actio quanti minoris ma non sarà responsabile del danno occorso alla mia casa, perché egli non conosceva l'uso che sarebbe stato fatto del legname (169).

d) Al contrario, se il venditore è un commerciante, da lui si dovrà pretendere una maggior diligenza nella scelta del legname e, se questo è difettoso, il venditore risponderà del danno derivatone alla mia abitazione, pur in assenza di garanzia esplicita (169).

e) Il danno estrinseco, quando è tacitamente assunto, può superare il doppio del valore della prestazione del debitore. Il fabbricante di botti è responsabile della perdita del vino posto in esse, anche se il valore del vino supera largamente il valore delle botti: il giudice, però, dovrà usare moderazione nel liquidare il danno e tener conto di tutte le circostanze di fatto (170).

(166) Pothier, 161.
(167) Così, se lo dò in locazione un'immobile ad un albergatore, e costui ne è evitato, dovrà risarcireglio non soltanto le spese di trasferimento e la differenza tra il canone che egli mi corrispondeva e quello, più elevato, che egli corrisponderà ad altri ma anche, in una certa misura, la perdita di clientela (Pothier, 162).
(168) Pothier, 163. Quest'opinione era spesso accolta anche dei giuristi del diritto comune. V., ad esempio, Fumero, De eo quod interest, cit. supra note 65, num. 29.
(169) Ibidem.
(170) Pothier, 165.

f) Il dolo del debitore esclude l'applicazione dei suddetti principi ed origina l'obbligazione di risarcire tutto il danno risentito dal creditore. Il doloso si obbliga, «velit, nolit.», alla riparazione del danno provocato dall'illecito da lui commesso (171).

g) L'unico esempio fornito da Pothier di inadempienza dolosa è quello di colui che scientemente vende il «pecus morbosum » (172).

h) La condanna al risarcimento integrale incontra un limite nella conseguenza remota ed indiretta e può essere pronunciata sia che il dolo consista in delinquendo sia che esso operi in contrahendo (173).

i) I delitti ed i quasi delitti obbligano il loro autore al risarcimento (integrale?) (174).

** * **

(171) Pothier, 166.
(172) Ibidem.
8. La codificazione. Le fonti dell’obbligazione e l’indemnimento doloso nei lavori preparatori.

Omettendo tutte le nozioni generali relative alla elaborazione del code civil, che si trovano in molti manuali di diritto francese (175), basterà dire che i lavori preparatori del codice, promessi dalla Costituente fin dal 1791 (176), si iniziarono, per impulso del Cambacérès, nel 1793 e che fu Napoleone a nominare i quattro commissari che curarono la redazione del progetto finalmente approvato. Non è irilevante osservare che, a differenza di ciò che accadrà in Germania per il B.C.B., i quattro commissari erano tutti di formazione forense piutosto che accademica e che, sebbene alcuni di essi divennero poi magistrati, la loro attività giuridica era cominciata nelle file dell’avvocatura (177). Tronchet (178), Ma-


(177) Mi riferisco al decreto 2 settembre 1791 che disponeva l’emanazione di un codice civile.

(178) È anche da osservare che, tra i quattro commissari, tre provenivano da territori di diritto scritto. Il solo Tronchet era di formazione contumubre. (179) Nato nel 1726 e morto nel 1806, Tronchet esercitò l’avvocatura crescendo nell’istituzione parlamentare e nella sua indipendenza rispetto al sovrano. Dopo la riforma di Mauro (sulla quale v., il mio scritto cit. supra nota 1, § 2 in fine) seguiti i parlamenti nell’estebò; spirito originale, non fu mai partigiano e non rifiutò l’incarico di difendere Luigi XVI davanti alla Convenzione assegnato a MALHERBES. A differenza di quest’ultimo, evitò la ghigliottina fuggendo al-

l’estero.

Dopo il colpo di Stato del 18 brumario, Napoleone lo nominò Presidente dell’Assemblea Legislativa e poi giudice del nuovo Tribunale della Senna venne prescelto da Napoleone, nel 1800, come procuratore generale della Cassazione.

Nella commissione per i codici tratterà particolarmente le obbligazioni, le donazioni, la paternità, la filiazione, la prescrizione e la transazione. Presidente della sezione legislativa del Consiglio d’État, *Bogot de Préameneu* riceverà molte attestazioni onorifiche dall’Imperatore, di cui era fedelissimo, tra cui il Grand’Uf-

ficialato della Legion d’onore, raramente concesso a chi non fosse militare (tra i 49.000 legionari di Napoleone soltanto 1.400 erano civili: GAUCHELOT, J., *Les institutions de la France sous la Révolution et l’Empire*, Paris 1951, 699, e pres-


leville (179), Bigot de Préameneu (180) e Portalis (181) ebbero a loro disposizione i progetti redatti nel 1793-1799 ma molto spesso se ne distaccarono recisamente.

Il primo progetto Cambacérès (1793) lasciava la determinazione del danno alla prudenza del giudice ed alla stima degli esperti. Le poche norme sul tema non distinguevano tra contratti e delitti, ma dalla loro formulazione appariva chiaro che i redattori si erano ispirati alla disciplina dell’indemnimento. Non esisteva una speciale previsione dell’ina-
demiienza dolosa. Si accennava, ma senza trarne conseguenze, ai «faits qui obligent sans convention, et par la seule équité (...) Ainsi tout homme qui a causé un dommage à un autre, dans sa personne ou dans ses biens, est obligé à le reparer» (C. III, tit. 1, pt. 1, art. 2).

Senza apprezzabili modifiche rispetto al precedente era il progetto del 1794, ove, però, si affacciava una bipartizione: nell’art. 144 (l. III, tit. I) si distinguevano le obbligazioni derivanti dal contratto da tutte le altre obbligazioni.

Questa partizione diviene più chiara nel terzo progetto Cambacérès (1796), ove l’art. 707 affermava:

«Les obligations ont deux causes: les conventions et la loi». Il primo titolo del libro terzo veniva allora ad essere composto da due paragrafi, uno per le obbligazioni convenzionali e l’altro per le obbligazioni legali. La classificazione era riportata nei criteri di liquidazione del danno. L’art. 731 poneva il principio generale del risarcimento a carico di «qui est en demeure de remplir ses engagements», e l’art. 732 stabiliva che il danno era regolato dal valore della cosa al momento in cui avrebbe dovuto avvenire la consegna. Il sistema, come è evidente, modellava l’intera disciplina dell’indennamento su quella dei contratti aventi ad oggetto un dare. Nelle obbligazioni non convenzionali era ancora arbi- tro il giudice, coadiuvato dagli esperti, di liquidare il danno «selon les circonstances». Come nei progetti precedenti, mancava una disposizione specifica sul dolo del debitore.

Il progetto Jacqueminot del 1799, infine, non concerneva le obbligazioni (182).

182) Sia questo che gli altri progetti del code civil sono nel primo volume di Fenet.

Lavori preparatori: progetto definitivo

**

Il progetto definitivo innova radicalmente sulle precedenti elaborazioni. Mantenuto il dualismo tra le obbligazioni convenzionali e le obbligazioni legali [tra queste ultime sono incluse quelle derivanti dalla percezione dell’indebito e dalla gestione di negozii, così seguendo in buona parte la classificazione di Domat (183)], l’inadempienza delle sole obbligazioni convenzionali è disciplinata in dettaglio. Per le obbligazioni da delitto e quasi delitto, quello che sarà l’art. 1382 del code civil si limita a prescrivere una, non meglio circoscritta, responsabilità di riparazione del danno causato, così che non pochi autori francesi riterranno che esista una sola disciplina del risarcimento del danno, applicabile al contratto quanto al delitto. Opinione, d’altronde, rispondente allo stato dell’antico diritto ove, come si è detto, le specifiche norme esistenti in tema di dolo non distinguevano tra dolo nell’indennamento e dolo nel fatto illecito extraccontrattuale. Si che questa unitarietà della sanzione giuridica rispecchiava, al tempo stesso, la indifferenziata disciplina del risarcimento del danno e l’eguale fondamento delle azioni risarcitorie.

I progetti anteriori, infatti, non previdevano norme di- stinte per la riparazione del danno, a seconda che essa deri- vasse dall’inadempienza o dall’illecito aquiliano; il progetto


Tra le obbligazioni non convenzionali (libro II della prima parte dell’Esprit des lois) Domat poneva le obbligazioni dei tutori, dei curatori, dei Sindaci ed Amministratori di società, dei gestori d’affari e così via oltre l’obbligazione nascente «par des fautes qui ne vont pas à une crime, ni à un delit» (Cf. von Brakel, M.S., Domat ou Poithier?, in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitan, 665.)
La storia degli artt. 1150-1151 del codice civile

definitivo non solo distingue i due tipi di obbligazione risarcitoria ma, per la prima volta, propone una norma specifica sull’indennizzo doloso. Gli articoli 46-48 del progetto (articoli 1149-1151 del codice) sanciscono che, in assenza di dolo, il debitore è tenuto unicamente ai danni prevedibili e, in ogni caso, soltanto ai danni direttamente causati.

In questi tre articoli, come scriveva MALEVILIE, sono da vedersi riprodotti i principi di equità patrocinati da Pothier nel suo trattato delle obbligazioni (18).

Il titolo terzo del terzo libro del codice è presentato da Bigot de Préameneu al Consiglio di Stato l’11 brumaio anno XII (3 novembre 1803) con l’avvertenza che esso è ispirato quasi interamente al diritto romano (19). Gli articoli 46-48 (1149-1151 del codice) sono approvati senza la minima discussione (18)

Nessuna osservazione su quegli articoli del progetto è presentata dal Tribunato, che li esamina dopo qualche settimana (197), ed anche il Corpo Legislativo, cui vengono sottoposti il 7 pluvi oso anno XII (23 Gennaio 1804), li approva senza alcuna opposizione.

Per ragioni che non sono riuscito a scoprire, una normativa che modificava profondamente il diritto preesistente, introducendo nuove regole sulla responsabilità del debitore, non suscitava né commenti né opposizioni. La mancanza di discussione ci costringe, per indagare l’intenzione del legislatore, a fondatare esclusivamente sul discorso di presentazione

(193) FENET, XIII, 46. Collaboratori di Bigot de Préameneu erano Réal e Miot, entrambi consiglieri d’État.
(197) FENET, XIII, 493 ss.
SEZIONE II

Conclusion dell’indagine storica.
Problemi.

9. La relazione al progetto definitivo del code civil.
11. Inadempimento.

***

9. LA RELAZIONE AL PROGETTO DEFINITIVO DEL «CODE CIVIL».

Presentando il titolo terzo del terzo libro del code civil al Corpo Legislativo, BIGOT DE PRÉAMENEU giustificò in una relazione gli articoli 46-48 del progetto (che costituiranno gli articoli 1149-1151 del testo approvato), e si diffuse particolarmente sulla sanzione dell’inadempimento doloso (186).

Il danno risarcibile non deve superare la perdita subita dal creditore e il guadagno di cui è stato privato (186), né andare oltre ciò che era stato od avrebbe potuto essere previsto al momento della conclusione del contratto (186). Di questa limitazione il relatore non dà alcuna spiegazione ma, come vedremo, la dottrina francese la giustificherà riconducendola generalmente alla teoria della tacita assunzione della

(186) Il brano che ci interessa è riportato in appendice a questo capitolo. Ad esso ho aggiunto un numerazione che sarà utile ai fini delle seguenti citazioni.
(186) RELAZIONE, num. 1.
(186) RELAZIONE, num. 2.
responsabilità di cui si è lumeegiato il fondamento nel Tractatus di Moliné (19).

Le conseguenze imprevvedibili, però, sono risarcibili se il debitore è in dolo (192), perché, in tal caso, sorge una nuova obbligazione la quale non è soddisfatta se non risarcendo tutto il danno cagionato (193). Anche in questa evenienza, però, il risarcimento è collegato alla convenzione e, pertanto, esclude ciò che non sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempienza (194). Bisogna aver riguardo al danno subito in relazione all'oggetto del contratto e non alle sue ripercessioni sugli altri beni o rapporti giuridici facenti capo al creditore (195).

***

Ogni formulazione astratta deve avere una base casistica. Nell'ambito dello pseudo-concetto (descrittivo), Croce distingueva lo pseudo-concetto astratto dallo pseudo-concetto empirico (196), così ponendo in evidenza due diversi tipi di sintesi tra il generale ed il particolare.

Le proposizioni normative partecipano di questo fenomeno in due diverse maniere. Primo, perché esse sono composte di vocaboli che sovente hanno funzione descrittiva; secondo, perché esse sono elaborate in relazione ad una serie di ipotesi tipiche e, pertanto, sono implicitamente condizionate dal loro verificarsi (197).

(191) Supra, § 5.
(192) Relazione, num. 3.
(193) Relazione, num. 4.
(194) Relazione, num. 5.
(195) Relazione, num. 6.

Conclusione dello studio storico 81

Gli articoli 1150 e 1151 del code civil mostrano entrambi questi aspetti. Il nomen dolo vi è accolto senza specificazione: qui non discuto se il compito di elaborare le definizioni appartenga al legislatore od al dottore (198); la questione, come si sa, è stata sovente esaminata rispetto alle codificazioni di molti Stati ed, in generale, alla legge scritta. Qui basta osservare che una proposizione normativa la quale, come è naturale, faccia uso di termini descrittivi, viene a mutare la sua portata precettiva in dipendenza del contenuto che si attribuisce alla sua parte descrittiva.

Tutto ciò è abbastanza ovvio, ma assume una particolare rilevanza qualora, come nel nostro caso, il termine descrittivo non sia univoco ed, anzi, mostri il segno di successive stratificazioni rappresentanti lo stato del diritto in diverse epoche giuridiche.

In secondo luogo, come si è detto, la prescrizione legale si basa su alcune ipotesi tipiche e l'individuazione di queste può servire, sia pure mediante un procedimento logicamente viziato, a rischiare il contenuto precettivo della proposizione medesima.

***

(198) La questione, posta di durante la redazione del code civil, fu generalmente risolta conformemente all'opinione del Cambacérès, in Proces-verbal della seduta della sezione di legislazione del Consil d'État, 4 Thermidor an IX (in Fenet, I, lax x).

Molineo e Pothier applicano la teoria della prevedibilità alle obbligazioni di dare. Il venditore, che non consegna al compratore — un canonico — il cavallo vendutogli, risponderà del maggior prezzo raggiunto dall’animale il giorno dell’inadempimento, ma non del fatto che il canonico, non potendo disporre del cavallo, ha dovuto rinunciare al viaggio nel suo beneficio, così perdendo il denaro che avrebbe potuto ricuotervi (199).

Chi vende in buona fede dei signi vitiosi sarà soggetto all’actio quanti minoris, ma non dovrà risarcire il danno sopportato dall’acquirente per il crollo della casa costruita o riparata con quel legname (200). Se, però, il legname era stato venduto per essere impiegato in quella costruzione, il venditore sarà responsabile del crollo, sebbene non della perdita della mobilia, perché è usuale che la mobilia sia portata via durante l’esecuzione dei lavori (201). Tuttavia, se il crollo si verifica molto tempo dopo il completamento dell’opera, il venditore risponderà della perdita della mobilia, ma non anche dei gioielli di inestimabile valore detenuti dal proprietario della casa (202).

Chi vende botti per sidro non risponderà della perdita del vino postovi dall’acquirente (203).

(199) Supra, § 5, in fine, num. 3 e 4.
(200) Ibidem, num. 5.
(201) Ibidem, num. 1 e 3.
(202) Molineo, 64; Pothier, 163.
(203) Supra, § 7 in fine, lett. e); Molineo, 60.

Chi dà in locazione un immobile altrui, senza conoscere l’alienità, dovrà, in caso di evizione, corrispondere al conduttore le spese di trasferimento ed il maggior canone che questi dovrà pagare per usufruire di un altro immobile di simili caratteristiche (204).

Evitato da un fondo acquistato per 4.000, l’acquirente non sarà legittimato a pretendere dal venditore di buona fede l’intero valore attuale del fondo, e cioè 16.000, se l’aumento di valore si è verificato per cause imprevissibili al momento del contratto (205).

Oltre a questi esempi, vi è quello del commerciante di legname. Sia Molineo (206) che Pothier (207) ritengono che egli sia responsabile del crollo, anche se non poteva conoscere l’impiego cui sarebbe stata destinata la merce venduta (208).

La teoria della prevedibilità del danno, poi edificata su questi esempi, reca con sé il segno di una generalizzazione che ha cancellato le ragioni del suo insorgere. Credo sia essenziale, ai fini della comprensione del diritto moderno, una dimostrazione di questo assunto.

* * *

(204) Pothier, 161.
(205) Pothier, 164.
(206) Molineo, 51 ed anche 52 ss.
(207) Supra, § 7 in fine, lett. d).
(208) E, questo, un sintomo ben palpare della sopravvivenza, nelle generalizzazioni di Molineo e di Pothier, delle regole antiche e consuetudinarie del risarcimento del danno. Ciò vale anche rispetto al brano sussurrato concernente l’actio quanti minoris contro il venditore di buona fede; l’actio quanti minoris, invero, non ha nulla da spartire con la prevedibilità: delle due, pertanto, l’una: o l’actio quanti minoris non è legata all’inadempimento della convenzione, o essa costituisce una eccezione al normale regime di responsabilità. Come vedremo, la prima soluzione è la più esatta.
La distinzione tra danno intrinseco e danno estrinseco era, come si è già veduto, comunemente accettata (209). Il danno intrinseco, nelle obbligazioni di dare, corrisponde all'aumento di prezzo della cosa non conseguita (210) od al valore della cosa perita. La prevedibilità del danno, in questo caso, serve solamente come criterio di moderazione del risarcimento e deriva dalla limitazione al duplex prescritta da Giustiniano per i casus certi. Pothier, nell’esempio del fondo che quadruplicava il proprio valore per ragioni imprevvedibili (211), opinava che la condivisione non dovrebbe superare il doppio del prezzo della vendita (212), perché a tanto si può supporre che il venditore di buona fede (che, come tale, non poteva prevedere l’evizione) si sia obbligato.

Nell’obbligazione di dare, pertanto, il criterio principale è quello relativo al danno intrinseco, propter rem ipsum non habitam; la prevedibilità costituisce un mezzo offerto al giudice per non opprimere il debitore di buona fede; ma, normalmente, ad essa non sarà necessario fare ricorso perché è estremamente raro che, tra il momento della vendita ed il termine della consegna, una merce abbia più che radoppiato il proprio valore (212a).

Qualora l’inadempimento riguardi un dare, la misura del risarcimento è, dunque, quella del danno intrinseco.

La prevedibilità, al contrario, è di assorbente importanza per ciò che attiene al danno estrinseco. La relazione di Bigot De Préameneu esclude la responsabilità del debitore per i danni che


Pothier, come già Molino, ritiene che il danno estrinseco sia risarcibile se ed in quanto prevedibile. La relazione agli articoli 1150 e 1151 probabilmente plus dixit quam voluit. Il venditore che sa che il cavallo servirà al canonec per andare a riscuotere il proprio beneficio risponderà della perdita di esso (214). Colui che, pur non essendo commerciante, vendendo il legname per una certa costruzione, sarà tenuto responsabile del crollo (215).

Il limite del doppio, apparentemente assorbito da quello della prevedibilità, non è osservato quando si è in tema di danno estrinseco; Pothier segue così la distinzione di Molino tra casi certi ed incerti e mostra che, conformemente a quanto si è sopra sostenuto, la prevedibilità del danno funge: a) nei casi certi (ove si verifica un danno intrinseco), quale criterio moderatore della responsabilità; b) in presenza di un danno estrinseco, a fondare una responsabilità che, altrimenti, non sussisterebbe. La prevedibilità di un certo danno estrinseco lo rende risarcibile, mentre la risarcibilità di un danno intrinseco non superiore al doppio dell’oggetto dell’obbligazione non dipende dalla prevedibilità.

(209) Supra nota 103 e testo relativo.
(211) Pothier suppone che si tratti di un vigneto posto in una lontana provincia, privo di comunicazioni con i mercati del vino, e che il re faccia costruire delle strade per mezzo delle quali il prodotto del fondo potesse essere agevolmente trasportato nei centri di vendita.
(212) Pothier, 164.
(213) RELAZIONE, num. 6.
(214) Pothier, 152.
(215) Pothier, 163.
Tutto ciò è modellato sulle obbligazioni di \textit{dare} e, se si presta attenzione alle esemplificazioni di Molineo e di Pothier, è modellato sulla \textit{garanzia per i vizi della cosa} o \textit{per l’evizione}, rstandone fuori soltanto l’esemplificazione, proposta da Pothier, della vendita di un cavallo al canonico: quest’ultimo caso, tuttavia, non interessa in quanto prevede il risarcimento del solo danno intrinseco (aumento del valore del cavallo) a meno che il venditore conoscesse l’uso al quale l’acquirente avrebbe destinato il cavallo \((215)\).

La dottrina della prevedibilità, nata, come si è detto, per il danno estrinseco e per le obbligazioni di \textit{dare}, non può essere agevolmente estesa né al danno intrinseco (di cui già si è detto) né alle obbligazioni di \textit{facere}.

È lo stesso Molineo a dimostrare quest’ultima affermazione: tu acquisti ciò che io pescherò domani. Se io non getto la rete, come si risarcirà il danno da te subito? E, preliminarmente, come dimostrare che vi è un danno, poiché è possibile che gettando la rete, io potrei non raccogliere nulla?

«\textit{Unde contrahentes consieri nequeunt certum quoddam simplum praeuidisse, aut certum periculum suscepisse} \((215)\).»

Si pensi allo scrittore che si è impegnato a scrivervi un libro e se ne astiene; al pitore che deve raffigurarvi in un

\((215)\) Il caso del venditore di botti per contenere sidro, in cui l’acquirente pone invece del vino, non è una eccezione. Se le botti erano idonee ad essere riempite di sidro, il venditore non risponderà per nulla; se le botti non erano a ciò idonee la responsabilità nascerà ancora dal vincolo della cosa.

È evidente che si tratta delle ipotesi più semplici: dell’inadempimento di un’obbligazione di \textit{dare}, specialmente se esso si risolve in un vincolo dell’oggetto del contratto o nella attualità di esso, surgerebbe normalmente un danno intrinseco.

\((214)\) Molineo, 82.

---

\textit{Prevedibilità del danno}

quadro: si tratta di \textit{facere} infangibile e ad esso non è vincolabile alcun criterio generale di prevedibilità del danno. Lo stesso Molineo, pertanto, ammette che vi sono dei casi in cui il risarcimento dovuto dall’inadempiente non è commisurato al canone della prevedibilità del danno.

Una ulteriore particolarità della teoria del danno prevedibile è data dal non avere, né Molineo né Pothier, posto mente al \textit{ritardo} nell’esecuzione \((217)\).

In conclusione, dunque:

1) la teoria della prevedibilità del danno è nata per risolvere le difficoltà relative al risarcimento del danno estrinseco;

2) essa funge da semplice criterio limitativo (equitativo) nel danno intrinseco;

3) è modellata sulle obbligazioni di \textit{dare} e, tra queste, sulla garanzia per i vizi e per l’evizione (che veniva costruita come un’obbligazione di \textit{dare});

4) è modellata sulla non esecuzione o sulla esecuzione difettosa, ma non sul ritardo.

I redattori del \textit{code civil} hanno ripetuto, quasi parola per parola, le regole suggerite da Pothier. Pur essendosi superata, nella formulazione delle norme, una tale derivazione — che era ancora più marcata nel progetto del 1796 (\textit{supra}, § 8) — sono trasfusi nel \textit{code} i vecchi problemi, irrisolti da Pothier, senza che il legislatore abbia tentato di cogliere le cause per cui quell’Autore era pervenuto a costruire in un certo modo le sue proposizioni sulla prevedibilità del danno.

La posizione della prevedibilità nel \textit{code civil}, come criterio \textit{generale} di determinazione del danno risarcibile \((218)\), è, pertanto, il frutto di una \textit{astrazione}, che non è foun-

\((217)\) V. la breve trattazione di Pothier, 169.

\((218)\) RELAZIONE, num. 2.
data su una casistica sufficientemente vasta e che cancella le ragioni storiche del sorgere di quel criterio nella dottrina di Molino e Pothier. Inoltre, essa presuppone un certo tipo o modello di inadempimento che, come si dirà nel paragrafo seguente, non si presta agevolmente alla generalizzazione.

* * *

11. **Inadempimento.**

Il *code civil* tratta della garanzia per i vizi e per l’evizione in una sede particolare (v., ad es., art. 1645 s.). La base casistica dell’articolo 1150 *code civil* (quale era adombrata da Molino e Pothier) viene così a ridursi ad un’unica ipotesi: la non consegna del cavallo venduto rende responsabili del solo danno intrinseco (aumento del prezzo del cavallo) e non del danno estrinseco che ne derivi al creditore (impossibilità di recarsi a riscuotere il beneficio), a meno che il debitore non fosse stato a conoscenza delle particolari circostanze in cui l’acquirente si sarebbe trovato a causa della mancata consegna dell’animale. Si oserà facilmente come da quest’unica ipotesi appaia chiara la spettanza del limite della prevedibilità al risarcimento del danno estrinseco: nonostante la dizione generalizzante dell’art. 1150, sussiste un forte dubbio sulla sua adeguatezza a disciplinare i casi di danno intrinseco.

Pothier parificava il caso del vizio della merce, che dava luogo all’*actio quanti minoris*, a quello della non consegna, perché egli trattava dell’inexécution de l’obligation in generale. Inesecuzione di un’obbligazione è, secondo Pothier, la vendita in buona fede di *tigma vitiosa*, così come lo è la mancata consegna del cavallo promesso.

La nozione di inadempimento diviene, allora, estremamente confusa. Il *code* opera una distinzione che Pothier non conosceva o non giudicava rilevante: l’art. 1150, parlando di inesecuzione delle obbligazioni, si riferisce principalmente alle obbligazioni convenzionali e cioè ai contratti (219), ma

(219) Relazione, num. 2.
non a quelle obbligazioni che trovano una particolare disciplina in altri titoli del code. Inoltre, il Traité des obligations non fa cenno di quei casi di inadempimento in cui l’attività del debitore consista in un far male; altro è il non consegnare od il consegnare una cosa viziata, altro è il costruire con negligenza od il distruggere il bene presso in custodia. L’inadempimento di Pothier, infine, conosce un ulteriore limite mutuo dall’autico diritto francese: l’obbligazione è violata, salvo il caso del fortuito, quando non si realizza il risultato promesso (ivi incluso il difetto di qualità od l’alienità del bene venduto). Neppure il code civil si discosta da una tale impostazione ma, nell’art. 1147, si pone chiaramente il problema di un quid intermedio tra la «cause étrangère» e la «mauvaise foi». In cosa consista quel quid è stato spesso chiesto dalla dottrina francese che, però, ha preferito trasferire il problema sul piano probatorio mediante la nota distinzione tra obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi o di diligenza. La sola individuazione di tale categoria, comunque, mostra il limite della costruzione di Pothier, fondata su una riflessione avente ad oggetto esclusivamente le obbligazioni di risultato.

Tutto ciò ha immediata rilevanza per il nostro tema per la ragione che l’inadempienza dolosa e l’inadempienza colposa possono venire identificate solo mediante una reciproca opera di regolamento di confini che vede il dolo svolgere il ruolo secondario di chi è ristretto in quell’area nella quale non si estende quel quid che il code civil ha posto tra il fortuito e la «mauvaise foi».

La nozione di inadempimento che poteva ricavarsi dall’opera di Pothier è così inutilizzabile. L’evizione dell’immobile ceduto in locazione corrisponde all’incescuzione di un’obbligazione di garanzia ma non all’inadempimento del contratto ed, infatti, non cade sotto l’art. 1150. La generalizzazione degli artt. 1149 e 1150 è priva di un qualsiasi fondamento casistico, se si esclude l’ipotesi di incescuzione dell’obbligazione di dare.

Pothier definiva inadempienza sia il non consegnare ciò che era dovuto sia il consegnare una cosa viziata ed altri. La distinzione tra le due ipotesi è evidente: nel primo caso, il debitore di buona fede sa, al momento in cui dovrebbe eseguire, di essere inadempiente; nel secondo caso, egli ritiene di essere adeguamente. La teoria della prevedibilità funziona ottimamente per il primo caso; si rivela un espediente empirico per il secondo.

Si può presumere che, al momento della conclusione del contratto, il venditore si sia assoggettato al risarcimento del danno che l’acquirente probabilmente risentirebbe qualora egli, senza dolo, non potesse consegnare la merce promessa o ne consegnasse solo una parte. Ma, nelle medesime circostanze, non può presumersi che il venditore di buona fede si sia chiesto quale danno riceverebbe l’acquirente dai vizi della cosa o dalla evizione della medesima: il venditore, invero, ignora sia i vizi che l’alienità.

Che il voler giustificare la limitazione del risarcimento al solo danno prevedibile mediante una presunta obbligazione, assunta dal debitore al momento di contrarre, provochi queste conseguenze è chiaro dalla relazione di Bicotte de Prélevemue, laddove essa esplicitamente afferma che il danno prevedibile è quello «qu’on eut prévu ou pu prévoir en contractant» (229), ovvero «ce qui a été prévu, ou... ce qu’on a pu prévoir lors du contract» (221).

Si capisce allora perché la responsabilità nei casi di garanzia per i vizi e di evizione sia stata espressamente disci-

(229) RELAZIONI, num. 3.
(221) RELAZIONI, num. 2.
plinata in altri luoghi del code civil: la mancanza del quid garantito (sanità o idoneità o proprietà della cosa), che, per Pothier, caratterizzava l’inadempienza, non coincideva più con la nozione di insesecuzione accolta negli articoli 1149-1150.

L’unità della concezione di Pothier veniva perciò spezzata. La teoria della prevedibilità era riferita ad un genere di inadempimento in relazione al quale cosa non era stata teorizzata. L’obbligazione di dare costituisce il fulcro della disciplina dell’inadempiimento, come già era evidente nei primi progetti Cambacérès (supra, § 8); per giustificare il risarcimento del danno intrinseco propter rem non habitam si introduce il criterio della causa, la quale, per essere preminentemente fondata sulla normale occorrenza causale, sembra ben integrarsi con il canone della prevedibilità (cf. la posizione di Domat, supra, § 7). Di qui una serie di equivoci e, soprattutto, una grave minaccia alla nozione di inadempimento, che il legislatore parzialmente mutuava da Pothier ma che la dottrina successiva andava costruendo su articoli del code civil di cui non si ricordava, o non si voleva ricordare, l’origine storica.

* * *

12. DOLO DEL DEBITORE. CONCORSO DI AZIONI.

Il dolo, come si è detto in precedenza, era un delitto nella tradizione romanistica; sebbene il Corpus Juris consentisse una diversa visione, i giuristi del diritto comune vedero nel dolo un contegno pravo. Molino opera su questa nozione delittuale, ma, mediante i due espedienti che si sono già riferiti (supra, § 5), riesce a comprendere i contegni omissivi nell’area del dolo: in primo luogo, egli ritiene commissivo il comportamento del venditore di mala fede (il quale, cioè, conosce i vizi o vende come propria una cosa altrui); in secondo luogo, egli sostiene che, nei comportamenti commissivi, è richiesta la prova non dell’animus nocendi, ma soltanto quella della scientia.

Pothier, come si è rilevato, trascura di considerare il dolo omissivo, consistente cioè nella non esecuzione della prestazione. Molino e Domat al contrario, si erano posti il caso del mutuatario che, potendo restituire, non restituisce per danneggiare il creditore. Molino vi ravvisa dolo (222); Domat, che però non richiedeva l’animus nocendi, vi ravvisava mala fede (223).

Pothier, riscontra dolo nel caso del venditore sciente che tace la malattia del gregge: è, come si ricorderà, l’esempio classico di Giuliano riferito da Ulpiano in D. 19. 1. 13. 1. (Cf. anche D. 19. 1. 11. 15). Pothier non discute se il dolo nell’inadempiemento possa consistere in una astensione; egli

(222) Supra, § 5.
(223) Supra, § 7.
riproduce superficialmente le teorie di Molineo secondo le quali la vendita di mala fede del pecus morbosum si risolve nell’inadempimento doloso di un’obbligazione: il dolo del venditore consiste nell’aver tacito l’esistenza del vizio (22). Si avrebbe, pertanto, una nozione di dolo del debitore priva di un animus tipico, caratterizzato dalla scientia e consistente in una omissione (silenzio sui vizi della cosa).

Pothier, però, ha dimenticato la ragione per cui Molineo riteneva doloso il comportamento omissivo del venditore ed ha dimenticato che, secondo quell’Autore, il dolo non riesiedeva nel tacere il vizio. La prova del silenzio, e della correlativa scienza del vizio, faceva presumere l’intento pravo. Il dolo era caratterizzato da questo intento e non dalla scientia. Pothier, che non comprende le ragioni storiche e la motivazione delle teorie di Molineo, non pensa a differenziare i due casi del silenzio di mala fede e dell’esecuzione intenzionalmente difettosa (o dell’omissione della prestazione motivata dalla malvagità); eppure, non sussistevano più le cause contingentili che potevano spiegare l’assimilazione di Molineo.

Ancora una volta, l’ipotesi considerata da Pothier non rientra negli articoli 1150 e 1151, perché essa è prevista nel capo del code civil sulla vendita. La tradizione giuridica francese, come si è detto, era nel senso di identificare il dolo con l’intento pravo e, in questo senso, concordava con la posizione assunta da Molineo: ne conseguiva che il contegno del venditore di mala fede, una volta superata l’antinomia tra le fonti romane e l’obbedienza alla Costituzione di Giustiniano (C. 7. 47), appariva eterogenea rispetto alla figura di dolo ereditata dal diritto preesistente.

La relazione al code civil non definisce il dolo nell’inadempimento ed è da ritenersi che essa abbia accolto l’opinione di Molineo.

Sorge allora una questione di grande importanza, che ancora oggi è irrisolta nel diritto francese: l’azione del creditore ha i caratteri dell’azione contrattuale o quelli dell’azione delittuale?

Nel corso dell’indagine riferirò le tendenze della dottrina e della giurisprudenza francesi. Esse partono sovente dall’esame della relazione di Bigot De Préameneu: è ciò che, adesso, farò anch’io. Aggiungerò, tuttavia, certe considerazioni storiche, trascurate dagli scrittori francesi, le quali sembrano fondare l’opinione che l’azione per inadempimento doloso rivestisse, al momento di entrata in vigore del code civil, i caratteri dell’azione delittuale.

La relazione agli articoli 1149-1151 giustifica il risarcimento integrato in caso di dolo con l’affermazione che il dolo fa sorgere «une nouvelle obbligazione diferente de celle qui résulte du contract» (23); anche così, prosegue la relazione, «les dommages ed intérêts n’en ont pas moins leur cause dans l’exécution de la convention».

Il dolo fa sorgere un’obbligazione diversa da quella sorta per effetto del contratto: se si pone alla teoria che giustifica la limitazione del risarcimento al danno prevedibile, si comprenderà come la relazione al code voglia dire che la responsabilità nasce non da una tacita assunzione, presunta al momento della conclusione del contratto, ma da una prescrizione legale.

Il debitore di buona fede è responsabile del danno previsto, perché questa responsabilità egli si è assunta convenzionalmente; l’obbligazione risarcitoria, è, allora, «contrattuale» non meno dell’obbligazione di eseguire il contratto. Il

(22) Pothier, 166.

(23) Relazione, num. 4.
debitore doloso, al contrario, è soggetto ad un'obbligazione diversa « de celle qui résulte du contrat »: su di lui incombe un'obbligazione legale.

Obbligazione legale è quella non convenzionale. DOMAT poneva la bipartizione tra fonte convenzionale e fonte non convenzionale dell'obbligazione. MOLINEO fondava la responsabilità integrale del debitore doloso sul fatto che il suo comportamento dava luogo ad un casus incertus e che si trattava di un casus incertus perché i delitti erano casus incerti. POTHIER contrapponneva la convenzione (da un lato) al quasi contratto, al delitto (e quasi delitto) ed alla legge, [ma quest’ultima era intesa come legge naturale (22)]. I primi progetti del code civil conoscevano due sole fonti di obbligazione: la convenzione e la legge (227). Da tutto ciò deriva che, se il dolo fa nascere una nuova obbligazione che non è legata al contratto, questa nuova obbligazione è legale e, particolarmente, decrittuale.

Vi è anche un argomento testuale a favore di questa opinione. Gli articoli 1150 e 1151 — sembrerebbe — non dispongono direttamente per il caso di dolo del debitore. Essi determinano la misura del risarcimento (danno prevedibile), ne sanciscono l'inapplicabilità qualora si riscontri dolo e fissano il criterio generale della causalità. In realtà, queste norme sembrano concettare un rinvio ad altre norme per ciò che attiene l'inaudienza dolosa. Il loro senso è il seguente: «salvo il caso di dolo, è risarcibile soltanto il danno prevedibile». Il dolo è escluso dall'ambito degli articoli 1150 e 1151: per esso provvederanno gli articoli del code relativi ai delitti (art. 1382).

Che anche in questo caso il risarcimento abbia causa nel l'inesecuzione dell'obbligazione, come osservava BIGOT DE

Préameneu, non è affermazione che contraddica questa opinione. La relazione, infatti, chiarisce il perché di una tale precisazione: «il ne serait donc pas juste de... étendre [les dommages et intérêts] à des pertes ou à des gains qui ne seraient pas une suite immédiate et directe de cette inexécution » (228).

Mentre MOLINEO patrocinvava, in caso di dolo, la limitazione del risarcimento alle conseguenze dirette, ciò giustificando con la semplice affermazione che non era mai risarcibile il danno remoto (227), la relazione al codice cerca un fondamento diverso. Poiché il dolo si è esplicato nell'inaudimento del contratto, la responsabilità del doloso è comunque circoscritta al danno risentito dal debitore in relazione a quell'inaudimento e non al danno subito in rapporto a beni od affari che con l'inaudimento non erano collegati: si vuol porre, cioè, un limite empirico al risarcimento ed, in sostanza, lo si fa coincidere con una certa concezione del nesso di causalità da cui non esulano esigenze equitative.

L'obbligazione risarcitoria, pertanto, nasce da un delitto. Il suo contenuto è l'intero danno sopportato dal creditore, sebbene non anche le conseguenze mediate ed indirette dell'inaudimento.

***

Che cosa sia il « dolo » del debitore di cui agli articoli 1150 e 1151 del code civil non possiamo sapere con certezza, a questo punto dell'indagine. È possibile che la nozione di dolo abbia subito un processo di evoluzione dal 1804 ad oggi. Si può, tuttavia, dire qualcosa sul significato dell'espressione «dolo», probabilmente adottato dal legislatore napoleonico.

(227) Supra, § 8.
(228) RELAZIONE, D. n. 3.
(229) Supra, § 5; MOLINEO, 179.
Vanno escluse le ipotesi del pecus morbosum, del tignum vitiosum e dalla sciente vendita di cosa altrui. La ragione per cui Molinéo le aveva incluse nel dolo sono sparse dal code civil. Riconosciuta la loro eterogeneità, sia rispetto al cosiddetto dolo-vizio che rispetto al dolo nell'inseguimento, il code ne tratta in altra sede. Né in Molinéo né in Domat né in Potthier troviamo alcun altro esempio di dolo consistente nella mera scientia dell'illecuità del proprio comportamento.

Si è allora ricondotti ai casi di omissione della prestazione, motivata dalla malavagità del debitore, il quale conosce il danno che ciò provocherà nel patrimonio del creditore.

Domat sembra accogliere una nozione leggermente più ampiata: è in mala fede e il mutuataro che, potendolo fare, non restituisce il dovuto e getta sul lastrico il povero creditore. Vi è, allora, una differenza tra mala fede e dolo? Domat osserva che quel mutuataro non sarà punito dalla legge positiva, ma lamenta che una tale impunità non corrisponda all'equità (223). Molinéo, in una simile ipotesi, richiede che il dolo sia provato dal «malitioso studio nocendi» (224).

L'opinione di Molinéo è più aderente allo spirito del code e cioè alla concezione del dolo del debitore come delitto. D'altra parte, Domat non sarebbe inserito contro l'ingiustificato rifiuto del mutuataro, qualora il creditore fosse stato un ricco mercante. Domat, come è chiaro dal contesto in cui è posto il surrichiamato brano, vuole colpire la protività e la prevaricazione e non pensa minimamente ad edificare una teoria sulla mala fede del debitore di un'obbligazione di dare il quale ingiustificatamente onetta l'adempimento.

La tradizione romanistica di C. 2. 20 (21). è abbandonata da Molinéo; ciò, tuttavia, avviene in relazione non al
delibera di rendersi inadempiente, non per danneggiare il creditore, ma perché soltanto così egli sarà in grado di intraprendere un diverso e più lucroso affare, il conteggio scienziato ma non malvagio richiede, per il suo inquadramento nella suddetta tripartizione, un sommovimento o del concetto di colpa o di quello di dolo o forse della nozione stessa di inadempimento e della sua imputabilità al debitore.

***

Problemi irrisolti, dunque. Generalizzazioni affrettate ed oblio della storia giuridica da parte dei redattori del code; teorie nuove mescolate alle antiche. Il code civil poneva ai suoi commentatori ardue questioni concettuali che essi, dimentichi del passato non meno dei legislatori, trasmettevano sino a noi nel rischio di nuove concettuologie e costruzioni edificate su un tanto instabile terreno.

***

Costituzione emanata da Giustiniano nel 531: C. 7. 47.

Cum pro eo, quod interest, dissolutiones antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarere. 1. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In alii autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum sciamus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competente moderamine proferantur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. 2. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra ampletitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis hujus constitutionis recitatio.
Appendice: documentazione

60. Et licet praesulae quinque priores decidendi rationes magis respicient primum quam secundum leg. responsam, tamen etiam secundo resp. quaedam analogia conveniunt. Ut n. quando casus interesse significat habet objectum certae quantitatis vel naturae, non debet illud excedere, ita quando habet objectum incertae naturae (non dico nullum vel dubium) sed cuius inio initio non est determinata, nec perceptibilis certa quantitas, vel natura, adhuc etiam in his casibus incertis non debet quod extrinsecus interest excedere fines objecti, qui verisimiliter apparet habent tempore contractus, siue limites periculi, vel casus praevi, & tacite suscepi non debent excedi. Ut enim ratio decidendi totius l. est odium immensitatis, & perplexi circuitus quaestionum & tricarum infinitarum eius, quod interest, ita particularis ratio limitationis in casib. certis est, quia verisimiliter non fuit praeventum, nec cogitatum de suspicando majori damno, vel periculo ultra rem principalem, quam sit res ipsa principalis. Hae autem ratio quandoque etiam in casib. incertis quandam effusit. Unde tunc eatenus in illis eadem moderatio servanda est ex aequitate, & mente huius l. Unde si faber non deter-
minavit, nec venditioni exposuit quaedam dolia ad vimnum suspiciendum, sed pometiam, vel zithum, & emptor vinum infundit, quod dolia non sat firma rupta sunt, nec tenetur faber de damno vini, quia non ad hoc opus destinavit, & vendidit, & sic periculum tacitum non suscipit, sed liquoris destinati, & praevisi tantum.

Octauo principaliter quaero. An taxatio huius l. habeat locum in delict? Accur. hic ver. in omissus, & in ver. in contractibus, tenet quod sic, & expressim comprobat Bar. hic. col. 7 nu. 26. Saly. opp. 4 col. 4 & op. 7 col. 6 in fi. & est crebrior sententia. Idem Ignatius in l. quatenus, col. 13 de reg. in. & nuper Bereng hic ver. quod interest. q. 5 & nuperimine Baro tract. diui. & indicii. lib. 4 e. 5 in duob. locis, facit f. fl. de calumnum, expressius, l. dominus C. eo. sed hac sententia nihil absurdius. sequetur n. quod si in contractibus, siue in delictibus dolosus non tenetur in id, quod vere interest, siue ad verum damnum dolo datum ultra duplum, & sic quod l. Iulianus in ver. si vero scien. de act. emp. cum simil. esset correcta, vel taxata per hanc l. quod Bar. & Sal. hic expresse tradunt, & eadem via l. in interdicto, de vi & vi arm. iouquem in violento expulsore pariter l. ait lex in fin. cum l. seq. l. inde Neratius, & per to. d. Aquil. quae etiam si servus ille institutus dolo sit occisus pariter l. 1 de cond. fur. l. inficiendo § 1. l. si quis uxorii § pen. (qui de eadem condicione loquitur secundum verum intellectum) de fur. & omnia iura similia. Quare laudo Alecia hie col. penu. qui primus clare tennit, hanc l. in contractibus solis loqui, delicta verò ratione doli incerta esse, & ad secundum l. causam spectant & sequitur Loriot in l. quatenus, de reg. iar. ita etiam subobscuri sensis Io. Fab. hic col. 4. Sed hae sententiae manca est: quamquam enim aliqua teneant totum interesse etiam extrinsecum deberi in delictis, etiam culpa vel levissima commissis, tamen in contractibus committere tenet locum esse taxationi dupli huius l. etiam si de dolo malo constet. Et ita tenent omnes ubique in non facto, per dolum, sed in malè facto per dolum, ut eum quis scienter tradit rem vitiatus, vel alienam, tenet committere omnes post Bar. totum interesse deberei. Sed Alecia. hic e. 9 incip. tertia q. col. tertia, tenet non deberi ultra duplum per hanc l. in quo pessimè loquium, & peius dum etiam contra sensum communem, sententiam

communem evertens, censet non malè facere scienter etiam ignoranti rem alienam vendens.

Breviter longiore disputatione omissa concludo, quod ubicunque dolus malus probatur, siue in faciendo, siue in omittendo, etiam in contractibus, vel quasi cessat beneficium primi resp. huius l. Tum qua non est facta ad movendum delicta, nec ad indulgendum malitia, sed potius ad obviamundo eis. lege in fundo de rei vend. Tum quia per dolum quin indignus redditur, & privatur omni legum auxilio, & beneficio. l. auxilia ibi, neque in delictis, nec calumniatoribus suaeerrere oportet, de min. l. verum. §, haec quoque, pro soc. l. sed hoc ita, in fin. de re iud. leg. pen. in fin. de iur. dot. cum vulg. Tum quia aliqouin hace l. inuitaret ad delinquendum spe minoris poenae, quod est contra bonus moras l. convivaire, de pact. dot. & sic non debet hoc casu intelligi, nec debet minus quam ante hanc l. punir qui lupe sue audaciae factus est, lege l. § hac autem. & ibi Bar. Ang. si quis testa. lib. es. ins. fue.

Ex his non accipio dolum largè, ex eo solo, quod quis negligit suo loco & tempore id impulre ad quod seint se obligatum, & cessante quocunque impedimento, aut alia leui, aut perfucitoria causatione, quae aliqouin à dolo excusare posset, in. not. in l. igitur § potest de lib. cau. in l. plagij. C. ad l. Flau. de plag. quomodo in genere acceipitur in l. dolus est, manda. sed pro dolo in specie, vel destinata malitia, s. pro machinatione studioa ad alium circumveniendum, fallendum, vel damnificantum adhibita, quomodo definitur in l. I. §. l. de dol. mal. Si igitur etiam debitior quantitatis sciens creditorum valide indigere debito, ideo provocatus fuerit ad fallendum, ut eum damnificaret, vel alter ex malitia, & de industria id egerit, ne solucere posset, vel ne debitum perveniret ad creditorum graui & inopina forti peristiis circumventum, & de hoc constet: puto quod ob malitia illam effectatem tenatur præter debitum ad omnia damma, & detrimenta per creditorum incursa ex defectu solutionis tempore & loco debitis, etiam si in duplo, triplo, vel quadruplo excedant quantitatem debiti. Et mouer, tum quia huiusmodi non tam videtur dare causam, vel occasionem efficace damni propter malitia ad hoc intentatam & ordinatam cum effectu
Il est évident que la réduction des dommages et intérêts au double du prix de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive, n'a d'application qu'à ceux qui sont dus par rapport à la chose seulement, et qu'elle n'en peut recevoir à l'égard de ceux que le créancier a soufferts extrinsèques dans les autres biens, lorsque le débiteur s'y est expressément ou tacitement soumis: car ces dommages et intérêts n'étant par dus pour raison de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive, ne peuvent se régler sur la valeur de cette chose; et ils montent quelquefois au décuple et plus de cette chose. Par exemple, les dommages et intérêts, dont est tenu envers moi un tonnelier qui m'a vendu de mauvais tonneaux, résultats de la perte qui j'ai faite du vin que j'avais mis, peuvent monter à plus que le décuple de la valeur des tonneaux: car en me vendant en sa qualité de tonnelier les tonneaux, il s'est rendu responsable de leur boute, et il s'est tacitement chargé du risque de la perte du vin, qui peut monter à dix ou vingt fois plus que le prix des tonneaux. Cette espèce de dommage ne concerne pas les tonneaux, mais le vin qu'en mettra dedans, ne doit pas se régler sur le prix des tonneaux. Molin., ibid. n. 49.

Néanmoins, même à l'égard de ces dommages extrinsèques, on doit user de modération, lorsqu'ils se trouvent excessifs, et l'on ne doit pas condamner le débiteur au-delà de la somme à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient monter au plus haut. Par exemple, si j'ai mis dans un tonneau un vin étranger, ou une autre liqueur d'un prix immense, qui est perdue par le vice du tonneau, le tonnelier, qui me l'a vendu, ne doit pas être condamné à m'indemniser de cette perte en entier, mais seulement jusqu'à concurrence du prix d'un tonneau du meilleur vin du pays; car, en me vendant le tonneau, il n'a pas entendu se charger d'autre risque, n'ayant pu prévoir que j'y mettrais une liqueur d'un prix plus considérable. Molin., ibid., n. 60.

Par la même raison, l'entrepreneur de ma maison, qui s'est écorulée par le vice de la construction, est bien tenu envers moi, comme nous l'avons dit ci-dessus, de la perte des meubles qui se sont perdus ou brisés sous les ruines; mais s'il s'était paru des pierrières ou des murs au prix immense, il ne devrait pas être chargé en entier de cette perte; il est tenu seulement jusqu'à concurrence du prix auquel peuvent ordinairement monter les meubles d'une personne de mon état.

166. Les principes, que nous avons établis jusqu'à présent, n'ont pas lieu, lorsque c'est le dol de mon débiteur qui a donné lieu à mes dommages et intérêts. En ce cas, le débiteur est tenu indistinctement de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts, auxquels son dol a donné lieu, non seulement de ceux que j'ai soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet du contrat, prop- ter rem ipsam, mais de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts par rapport à mes autres biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer et de discuter, en ce cas, si le débiteur doit être censé s'y être
soumis: car celui, qui commet un dol, s’oblige, velit, nolit, à la réparation de tout le tort que ce dol causera. Molin, ibid., n. 155.

Par exemple, si un marchand m’a vendu une vache qu’il savait être infectée d’une maladie contagieuse, et qu’il m’ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j’ai souffert, non seulement dans la vache même qu’il m’a vendue, et qui a fait l’objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j’ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion; l. 13, f. de actum empt: car c’est le dol de ce marchand qui m’a causé tout ce dommage.

167. A l’égard des autres dommages que j’ai souffert, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu? Par exemple, si en retenant la même supposition, la contagion, qui a été communiquée à mes bœufs par la vache qui m’a été vendue, m’a empêché de cultiver mes terres: le dommage, que je souffre de ce que mes terres sont demeurées incultes, paraît aussi une suite du dol de ce marchand, qui m’a vendu une vache pestiférée; mais c’est une suite plus éloignée que ne l’est la perte que j’ai souffert de mes bestiaux par la contagion: ce marchand sera-t-il tenu de ce dommage? Quid si la perte, que j’ai faite de mes bestiaux, et le dommage, que j’ai souffert du défaut de culture de mes terres, m’ayant empêché de payer mes dettes, mes créanciers ont fait saisir récemment et décreter mes biens à vil prix; le marchand sera-t-il tenu aussi de ce dommage? La règle, qui me paraît devoir être suivie en ce cas, est qu’on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts, dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n’en sont qu’une suite éloignée, mais qui n’en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d’autres causes. Par exemple, dans l’espèce ci-dessus proposée, ce marchand ne sera pas tenu des dommages que j’ai soufferts par la saisie réelle de mes biens: ce dommage n’est qu’une suite très éloignée et très indirecte de son dol, et il n’y a pas une relation nécessaire: car quoique la perte de mes bestiaux, que son dol m’a causée, ait influé dans le déran-
en cas d’inexécution de son obligation. Or ce principe ne peut
avoir d’application aux dommages et intérêts qui résultent du dol,
parce que quiconque commet un dol, s’oblige indistinctement, velit,
nolit, à la réparation du tort que son dol causera.

Il doit, néanmoins, être laissé à la prudence du juge, même
en cas de dol, d’user de quelque indulgence sur la taxation des
dommages et intérêts.

Ces décision ont lieu, soit que le dol ait été commis delin-
quendo, soit qu’il ait été commis contrahendo. Molin., ibid. n. 155.

* * *

IV

Relazione di Bigot de Préamenu al Corpo Legislativo sugli arti-
coli 46-48 del progetto di code civil.

Règlement des dommages et intérêts.

1. On entend par ces expressions dommages et intérêts, la
perte que le créancier a faite, et le gain dont il a été privé par
l’inexécution de l’obligation; ils ne doivent pas en exéder les
bornes.

De-là plusieurs conséquences.

2. Les dommages et intérêts ne doivent pas s’étendre au-delà
de ce qui a été prévu, ou de ce qu’on a pu prévoir lors du contrat.

3. Si néanmoins le débiteur s’était rendu coupable de dol en
manquant à son obligation, il devrait indemniser, non seulement
à raison de ce qu’on eût prévu ou pu prévoir en contractant, mais
encore à raison des conséquences particulières que le dol peut
avoir entraînées.

4. Le dol établit contre celui qui le commet, une nouvelle
obligation différente de celle qui résulte du contrat; cette nouvelle
obligation n’est remplie qu’en réparant tout le tort que le dol
a causé.

5. Mais dans ce cas-là même, les dommages et intérêts n’en
ont pas moins leur cause dans l’inexécution de la convention; il
ne serait donc pas juste de les étendre à des pertes ou à des gains
qui ne seraient pas une suite immédiate et directe de cette inexéc-
ution.

6. Ainsi on ne doit avoir égard qu’au dommage souffert par
rapport à la chose ou au fait qui était l’objet de l’obligation, et
non à ceux que l’inexécution de cette obligation aurait d’ailleurs
occasionnés au créancier dans ses autres affaires ou dans ses au-
tres biens.

7. Ces règles suffisent pour guider le juge: il y eût eu de
l’inconvénient à dire que les dommages et intérêts doivent, lorsqu’il
n’y a point de dol, être taxés avec modération. La modération
est un des caractères de l’équité; mais lorsqu’il est réellement dû
des dommages et intérêts au créancier, il ne fallait pas que, contre
l’équité, on pût induire de la loi, que sa cause est défavorable.

* * *

V

Codice civile francese: articoli 1149-1153.

Art. 1149. Les dommages et intérêts dus au créancier sont,
en général, de la perte qu’il a faite et du gain dont il a été privé,
sauf les exceptions et modifications ci-après.

Art. 1150. Le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts
qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat,
lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est point
exécutée.

Art. 1151. Dans le cas même où l’inexécution de la convention
résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent
comprendre à l’égard de la perte éprouvée par le créancier et du
gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et
directe de l’inexécution de la convention.
Art. 1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Art. 1153. Dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi; sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance.

[Precedente testo dell'art. 1153.

Dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi; sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit.]

* * *
Introduzione allo studio del diritto francese

13. Interessi ed ambito della ricerca nel diritto francese.
14. La giurisprudenza francese ed il metodo della ricerca.

* * *

13. INTERESSI ED AMBITO DELLA RICERCA NEL DIRITTO FRANCESE.

Prima di iniziare l’esposizione del diritto francese (legislazione, giurisprudenza, dottrina), credo sia giusto dar conto al lettore dell’impostazione di questa parte dell’indagine e degli scopi, mediati ed immediati, che mi sono prefisso.

Già dalla divisione delle materie adottata in questo capitolo appare la varietà dei problemi che si agitano attorno alla nozione ed alla disciplina del dolo del debitore, nonché il «taglio» analitico della ricerca e la sua conclusione in termini di casistica oltre che di sistemazione concettuale. Occorre, però, aggiungere che lo studio del diritto francese mira, in questo lavoro, ad un triplice scopo conoscitivo: l’apprendimento della storia (legislativa, giurisprudenziale e dottrinale) dal 1804 ad oggi; la discussione, all’interno del diritto francese, dei problemi del dolo del debitore; la predisposizione, infine, del materiale della comparazione con il diritto italiano.

Una precisazione è necessaria sul significato della locuzione, ora impiegata, di «discussione, all’interno del diritto francese, dei problemi del dolo del debitore». Già nell’introduzione abbiamo menzionato il significato del lavoro cosiddetto di reperimento ed ordinamento dei dati del diritto
straniero ed abbiamo altresì illustrato quando, ed in che misura, lo studioso è chiamato ad integrare il silenzio e la contraddizione delle fonti.

È facile — e, forse, inevitabile — che quel limite sia talora superato; alcuni giudizi estranei alla esposizione e traduzione possono seivolarvi di soppiatto, quasi seguendo un abito mentale cui è impervio il sottrarsi. Sebbene si sia posta attenzione nell’evitare questo errore, è probable che, in qualche occasione, il lettore osserverà come la stretta aderenza alle fonti abbia ceduto il passo ad un certo lavoro ricostruttivo.

Siffatta eterogeneità — talvolta voluta per ragioni esplicative, così come, per le medesime ragioni, alcuni giudizi comparativi sono stati almeno volte anticipati: v. ad es., infra § 14 — dovrebbe, di norma, essere evitata. È per tale motivo che il capitolo finale di questa seconda parte è stato diviso in tre sezioni, l’ultima delle quali — sotto il titolo « conclusioni » — racchiude il lavoro valutativo e ricostruttivo.

Affermando, poco sopra, che si dovrà operare all’interno del diritto francese, intendevo manifestare la disassociazione tra l’esposizione del diritto straniero e la comparazione, così credendo di poter evitare il principale scoglio di ogni indagine comparatistica: l’equivoco terminologico-concettuale. Le locuzioni giuridiche e i concetti impiegati in questo capitolo, quando anche richiamassero locuzioni o concetti noti al diritto italiano, devono essere intesi al di fuori di quest’ultimo contesto e riportati esclusivamente al diritto francese.

La mia ultima mira, d’altronde, è la comparazione; perciò ho dedicato molta attenzione al tema dei rapporti tra azione o responsabilità delittuale ed azione o responsabilità contrattuale (seconda sezione di questo capitolo). Chiunque intuisce l’interesse teorico di questo tema e quante gravi conseguenze discendono, nel campo pratico delle relazioni fra soggetti di diversi ordinamenti, oltre che fra soggetti del medesimo ordinamento, dell’operare di quella distinzione.

La giurisprudenza e la dottrina francese si sono poste il problema degli attributi (contrattuali o delituali) dell’azione di danni per inadempienza dolosa, anche se non hanno ben individuato il nesso tra la soluzione di quel problema e la elaborazione dei concetti di dolo del debitore e dell’altro, al primo collegato in maniera non chiara, di mala fede. È anche per palesare questo nesso che ho creduto di dovermi soffermare sull’argomento del cosiddetto « concorso di azioni ». Un’ultima ragione dell’interesse, infine, è data dalla posizione della colpa grave che, nella misura in cui, pur mancando espresse disposizioni legislative, venga equiparata al dolo, partecipa delle caratteristiche dell’azione concessa al creditore danneggiato dall’inadempienza dolosa e, dunque, dello stesso regime giuridico del dolo.

In nessun campo l’equiparazione della colpa grave al dolo ha ricevuto maggiore applicazione che nelle clausole di esonero o di limitazione della responsabilità (seconda sezione, §§ 17 e 18): pur in assenza di una norma equivalente al nostro articolo 1229 cod. civ., la giurisprudenza francese ha generalmente instaurato il regime di nullità dell’esonero per dolo o per colpa grave.

Le originali costruzioni dottrinali e giurisprudenziali sulle clausole di esonero hanno diretta attinenza con il nostro tema, perché costituiscono il punto di partenza della teoria del concorso di azioni. Sebbene il concorso di azioni, come il concorso formale di reati, non sia presentato come problema nuovo per il diritto francese, è stato solo per sop-
perire alle lacune legislative della disciplina dell’esonero da responsabilità che la scienza giuridica francese, precorrendo quella italiana, ha investigato in profondità le relazioni tra contratto e fatto illecito sotto il duplice profilo del loro essere fonti di obbligazione e fonti di responsabilità ed, in particolare, ha investigato il collegamento della responsabilità extraterritoriale con l’ordine pubblico.

Diretta connessione con la inadempienza dolosa hanno, evidentemente, anche le discussioni relative all’esonero da responsabilità per dolo e le giustificazioni adottate per associare la colpa grave alla proibizione di esonero accolta per il dolo.

Tali discussioni, d’altra parte, presuppongono, espressamente o meno, un certo tipo o concetto di dolo cd, in tal maniera, sono utili per evitare le generalizzazioni ed il larvato nominalismo che insidia ogni discussione di temi giurisdici.

Giunti, così, alle soglie della interpretazione del termine «dol» degli articoli 1150 e 1151, sarà necessario soffermarsi su una forma tipica di dolo del debitore, esplicandosi nell’inadempimento di obbligazioni pecuniarie (capitolo seguente, sezione prima); sarà, altresì, necessario, in relazione al quarto comma dell’art. 1153 code civil (che non trova corrispondenti nel nostro codice), iniziare a rimediare i rapporti tra dol e mauvaise foi nel diritto francese.

Si sarà, allora, pronti ad esaminare (capitolo seguente, sezione seconda) la dottrina e la giurisprudenza francese sul concetto di dolo del debitore ed a tentare di analizzare, ed eventualmente, tipizzare, l’inadempienza dolosa in relazione ai diversi tipi di obbligazione ed ai diversi fatti di inadempimento; si potrà, infine, discutere se l’azione contro il debitore doloso abbia i caratteri dell’azione contrattuale o dell’azione delittuale. Tale indagine comporterà anche un approfondimento della nozione di mauvaise foi e mostrerà, nelle sue conclusioni (capitolo seguente, sezione terza) la rilevanza della indagine storica svolta nel capitolo precedente. Sul quale ultimo argomento, d’altronde, dovrà tornarsi in sede di comparazione.

***
14. LA GIURISPRUDENZA FRANCESE ED IL METODO DELLA RICERCA.

Sottoposto a proficua analisi sotto molteplici profili anche dalla più recente dottrina, il tema della creatività della giurisprudenza è antico quanto i metodi di componimento delle liti ed i tentativi di codificazione del diritto. Anche nei tempi di idolatria della legge scritta si è ammesso che la consuetudine di giudicare, ricondotto o meno alla consuetudine in senso stretto, costituisce una delle fonti sostanziali, od addirittura formali (1), del diritto (2).

Non credo che, nella presente occasione, sia opportunò porre tale problema in termini generali: ciò, in vero, richiederebbe l’approfondimento di fondamentali questioni di diritto pubblico, di storia giuridica comparata e di filosofia del diritto (3). L’interesse che ora ci muove è di indole prevalentemente pratica: poiché è certo che, rispetto al caso concreto,

---

(1) Le Costituzioni Piemontesi del 1729 (confermate nel 1770) ponevano le decisioni dei Senatori (Tribunali Supremi) al terzo posto tra le fonti del diritto. V. Corba, I grandi tribunali e italiani fra i secoli XVI e XIX, un capitolo incompleto della storia politico-giuridica d’Italia, in Foro It., Quad., 529 ss. (1959), § II.

(2) È significativo che le raccolte di giurisprudenza francese abbiano riscosso nuovo impulso dopo la pubblicazione del code civil: cf. Meyniel, E., Les recueils d’arrêtés et les arrêtistes, in Libre du centenaire du code civil, i, Paris, 1864, 174 ss.


---

La giurisprudenza si pone come un fattore creativo del diritto (o, come anche si dice, realizza l’ordinamento nel concreto) e che, d’altra parte, la giurisprudenza non assurge, nel diritto francese, al rango di fonte formale di produzione, occorre vedere se le caratteristiche che lo svolgimento della funzione giurisprudenziale assumono in un particolare ordinamento condizionano, ed in che maniera, il metodo di lavoro del giurista positivo.

Da questo punto di vista — che sarà riproposto all’inizio della trattazione del diritto italiano (infra, § 33) — uno tra i profili più interessanti è quello del precedente giudiziale, il quale congloba in sé quello della struttura della sentenza. Per assiomatico che ciò possa apparire a certuni, si può affermare che tanto più il giurista positivo deve conoscere la giurisprudenza (implicitamente ponendola tra le fonti sostanziali del diritto) quanto più, in un certo ordinamento, ha vigore il precedente giudiziale.

Trascuendo l’ovvio riferimento ai Paesi di common law (sul quale, proprio perché per taluni è divenuto ovvio, ci sarebbe molto da dire (4), sarà necessario accennare a taluni caratteri della giurisprudenza francese che hanno imposto un metodo di indagine parzialmente diverso da quello che verrà seguito per il diritto italiano.

È abbastanza noto che il precedente giudiziale acquista maggiore forza laddove la legge scritta faccia difetto; di ciò abbiamo cospicui esempi anche in Italia. Il difetto della legge scritta, tuttavia, non è condizione sufficiente per il sorgere di un rigoroso sistema di precedenti giudiziali: si pensi, ad
esempio, al procedimento innanzi il Consiglio di Stato, si ponga mente ai frequenti dissidi tra le varie Sezioni e si vedrà che, anche quando la legge scritta è lacunosa od imprecisa, è possibile che la giurisprudenza non percepisca il compito essenziale di cui è investita.

Il code civil è stato spesso modificato da leggi speciali: aggiungendo una parola od un capoverso o, come nella recente disciplina dei rapporti patrimoniali tra cugiuni, abolendo diecine di articoli il legislatore francese ha compiuto una costante ed accurata opera di aggiornamento del codice. Metodo, se è lecito dirlo, estremamente commendevole e tale da imporsi ad esempio a coloro i quali continuamente propongono l’abrogazione dei nostri codici al fine di promuoverne degli altri, da distruggere subito dopo.

Quando il legislatore francese ha lasciato sussistere le lacune legislative, come nel caso della responsabilità derivante dallo scontro di autoveicoli, ciò è avvenuto perché la giurisprudenza aveva creato delle norme migliori di quelle che il legislatore avrebbe potuto dettare; gran parte degli interventi legislativi, d’altronde, hanno avuto lo scopo di «formalizzare» una costante giurisprudenza od, al contrario, di frenarne ulteriori sviluppi.

Questo misuratamente, ma costante, intervento legislativo ha fatto sì che il code civil ed il code de commerce, sebbene alterati in alcune loro parti (società per azioni, trasporto, etc.) ed integrati da altri testi (code du travail, code de la securité sociale), mantengano, ancora oggi, intatte la maggior parte delle loro strutture e delle loro idee direttive.

Per quel che concerne in particolare il nostro campo di interessi, non si sono avuti mutamenti legislativi di rilievo; ciò è importante osservare perché il metodo di ogni ricerca deve (come si è avvertito) adeguarsi allo specifico oggetto di essa.

Volgersi, per queste sole ragioni, alla giurisprudenza, ed attribuire alla medesima un ruolo preminente tra le fonti sostanziali del diritto, costituirebbe decisione affrettata. Tuttavia, è un dato di fatto che, sebbene l’articolo 1225 del nostro codice civile non innovi agli articoli 1128 e 1129 del codice del 1865, vi è una cennante disproporzione tra le citazioni di sentenze francesi e quelle di sentenze italiane contenute nelle opere della dottrina francese ed italiana sullo specifico punto della nozione di dolo e della natura dell’azione concessa al creditore.

Per comprendere le ragioni di questa diversità di trattamento, che è ancor più evidente nelle opere di recenti Autori, non basterà invocare l’intervento del codice del 1942, in quanto, come si è detto, da ciò non è derivato il minimo mutamento della disciplina dell’inadempienza dolosa. Più esatto è il riferimento alla brevi temporis praelectionio, recentemente suggerito da un nostro scrittore (5); a differenza da ciò che avviene in Francia, la dottrina e la giurisprudenza italiana non risalgono quasi mai alle sentenze che vadano oltre qualche decennio, anche se si tratti di questioni la cui soluzione non sia stata alterata da innovazioni legislative.

Le sentenze della Cour de Cassation, per parte loro, non usano citare precedenti giurisprudenziali; tuttavia, è perfettamente noto che esse tengono nel massimo conto i precedenti anche più antichi. I rapporti dei consiglieri relatori e le conclusions dei procuratori generali, talora pubblicati dalle raccolte, mostrano a sufficienza la validità di quest’affermazione. Anche le note redazionali o di commento indagano la giurisprudenza senza i limiti temporali di qualche decennio e si spingono sovente a citare decisioni del secolo scorso. Lo

stesso dicasi per i trattati dottrinali, le monografie e per le note a sentenza; queste ultime, poi, sono sempre dedicate non ad una discussion dottrinale della «massima» ma ad un inquadramento della pronuncia nei precedenti, dando spesso luogo a pregevoli esempi di distinguishing (\(^4\)) e di restatement. 


Tutto ciò non può spiegarsi con l’immutabilità del code civil, anche perché, come si è detto, quell’immutabilità è, in buona parte, un mito insostenibile per chi esami i numerosi aggiornamenti e rifacimenti cui il legislatore francese ha sottoposto il code.

Le ragioni di questa primaria importanza assegnata alla giurisprudenza tra le fonti sostanziali del diritto sono indubbiamente numerose e complesse, almeno quanto le ragioni del «declasamento» che la giurisprudenza ha subito in Italia. Gli studi sinora compiuti non hanno fornito alcun elemento determinante, ma credo di potere individuare tre ragioni fra le tante.

La prima è che la sentenza francese di merito, servendosi, sino al 1958, delle qualités, espone in breve i fatti di causa e le questioni di diritto e di fatto insorte tra le parti. La sentenza della Cassazione, superata l’originaria assenza

---


(\(^5\)) Non si deve, tuttavia, tacere che le esenzialità dello stile rende, talora, incomprensibile la motivazione. Più di una volta, nel corso del nostro studio, ci siamo arrestati perplessi di fronte ad una sentenza incomprensibile; né, per ovvie ragioni, abbiamo potuto svolgere quelle ulteriori ricerche sulle quali — al contrario — è stato impostato il lavoro sulla giurisprudenza italiana: v. infra, § 33.
tementemente seguito il nuovo indirizzo. Tanto questa tendenza è vigorosa che talora si incontra, tra i mezzi di ricorso, la «violation de la règle jurisprudentielle»: un principio di diritto, costantemente applicato, viene, così, ad essere equiparato, ai fini della proposizione del ricorso, ad una norma di legge (5).

Una terza ragione, consiste nella brevità essenziale della sentenza francese di Cassazione: respina ogni suggestione nata dalla pluralità di difese delle parti, la Corte enuncia solitamente un solo principio di diritto a sostegno della propria decisione; il che — salve le riserve sopra enunciate (6) — rende più limpida la sentenza e le conferisce un maggiore potere persuasivo (7).

La preoccupazione che ispirò l’art. 5 del code civil, con cui si prohibiva ai giudici «de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises», è ormai sorpassata. Lungi dal condannare gli arrêts de règlement, la dottrina francese ha compreso l’importanza di una giurisprudenza solida e la magistratura concorda con questa valutazione.

Ciò non significa che il precedente giudiziale assuma in Francia quel valore vincolante che gli è proprio nei Paesi di common law inglese (esclusi, quindi, gli U.S.A.): come si illustrerà in seguito, la Cassazione francese ha avuto ed ha i suoi revirements tutte le volte che ad essa è sembrato che le mutate condizioni economiche e sociali imponessero un di-

verso indirizzo. Talora anticipata o ritardata dalle Corti inferiori, che hanno il potere di rifiutare l’applicazione del principio di diritto stabilito dalla sentenza di rinvio (8), la Cassazione ha adempito (per ciò che riguarda i temi oggetto di questo studio) la sua missione regolatrice con encomiabile senso di misura e di equilibrio tra le opposte tendenze.

Un approfondito esame della giurisprudenza francese è, pertanto, necessario. Le considerazioni sopra esposte dovrebbero illustrare che questa necessità non deriva, semplicemente, dalla caratteristica funzione creativa della giurisprudenza, ma dal particolare modo con cui quella funzione è stata ed è realizzata nel diritto francese.

***


(6) Supra, nota 7.

(7) Vi è stato, talvolta, chi si è lamentato perché la Cassazione non ha trattato, ritenendolo assorbito, importanti questioni di massima sollevate dalle parti: v. Ronkau, R. Nate., in D., 1960, J., 98. Sul fenomeno della pluralità di motivazioni e della loro relazione con il potere persuasivo della sentenza v. il mio saggio Pluralité de «rationes decidendi» e precedente giudiziale, in Foro it., 1967, Quaderni, 201 ss.

(8) Cenni nel mio saggio cit. supra nota 6, nota 18.
Il dolo del debitore ed il rapporto tra le azioni contrattuale ed aquiliana di danni

15. Le fonti dell’obbligazione ed il concorso tra le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.


16-bis. Segue.

17. Le convenzioni d’irresponsabilità ed il concorso di azioni.

18. Esonero da responsabilità per dolo.

19. L’equiparazione della faute lourde al dolo.


***

15. **LE FONTI DELL’OBBLIGAZIONE ED IL CONCORSO TRA LE RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE ED EXTRA CONTRATTUALE.**

I problemi sollevati, specialmente nella seconda metà del secolo scorso, dallo sviluppo del trasporto terrestre e marittimo, dalla funzione sociale delle assicurazioni e dalla esigenza di garantire un risarcimento adeguato alle vittime di incidenti avvenuti durante l’esecuzione di contratti di trasporto ed ai loro congiunti, premevano sulla dottrina francese affinché essa approfondisse delle questioni che, sino ad allora, erano state discusse pressoché esclusivamente a livello accademico. Pochi temi del diritto delle obbligazioni appassionarono gli scrittori di quel periodo quanto quello del cosiddetto *cumulo* od *opzione* tra l’azione contrattuale e l’azione delittuale e gli altri, con esso collegati, relativi alle fonti dell’obbligazione e della responsabilità.
Dinnanzi al quesito concernente le rispettive sfere di applicazione dell’azione contrattuale e dell’azione extracontrattuale, la dottrina francese ha portato spesso il discorso sui rapporti tra contratto e delitto civile quali fonti di obbligazione e di responsabilità ed ha assunto svariati e atti atteggiamenti che creano possano essere ricondotto alle seguenti proposte.

**Prima posizione.** La fonte della responsabilità è unica; una è l’azione di responsabilità, sebbene essa possa subire variazioni nelle sue caratteristiche processuali.

**Seconda posizione.** Le fonti dell’obbligazione sono due e due sono i mezzi di tutela contro l’inadempimento di un obbligazione; si deve, però, escludere che un medesimo fatto possa violare obbligazioni nate da fonte diversa. Da questo principio dualista derivano tre diverse teorie (terza, quarta e quinta posizione).

**Tersa posizione.** Il contratto è l’unica fonte regolatrice dei diritti e dei doveri tra i contraenti; è inammissibile l’azione aquiliana per fatti costituenti inadempimento di un’obbligazione contrattuale.

**Quarta posizione.** Sebbene sia vero quanto affermato dai sostenitori della precedente posizione, occorre introdurre una deroga per i casi di dolo o di colpa grave del debitore; in tali ipotesi, si ha una responsabilità extracriatetuale che si fa valere esclusivamente mediante l’azione aquiliana.

**Quinta posizione.** Le pattuizioni private non possono innovare la fonte delle obbligazioni legali; i casi in cui il creditore deve agire mediante l’azione aquiliana sono, pertanto, molto più numerosi di quel che ammetta la posizione precedente.

**Sesta posizione.** Essa accoglie il fondamento dualista delle precedenti posizioni, ma nega che sia impossibile una coesi-

**Sesta posizione.** Essa accoglie il fondamento dualista delle precedenti posizioni, ma nega che sia impossibile una coesi-

stenza di responsabilità; al contrario, si ha questa coesistenza tutte le volte che il contratto pretendia di regolare le conseguenze dell’inadempimento di una obbligazione legale; in tale ipotesi, all’azione contrattuale si affianca quella extracontrattuale, ma il creditore dovrà scegliere quale delle due esprimere.

**Sesta posizione.** Concorde con la precedente sulla coesistenza di due responsabilità, ma respinge il divieto del cumulo dei relativi mezzi di tutela. Il creditore può esprimere entrambe le azioni. Non potendo ottenere due volte la medesima prestazione ma per ottenere con la seconda azione qualcosa di più o di diverso da ciò che ha ottenuto mediante la prima ovvero da ciò che, mediante essa, ha chiesto inutilmente.

***

Questa sette posizioni si possono ricondurre a tre postulati fondamentali: quello della unicità della fonte dell’obbligazione; quello della dualità e della mutua esclusione delle fonti dell’obbligazione; quello, infine, della dualità e del possibile concorso delle medesime.

Prima di tentare una discussione di queste teorie (infra, § 30 s.), occorrerà esporle in maggiore dettaglio e riferire l’atteggiamento della giurisprudenza francese.

La tesi dell’unicità della responsabilità dominò l’ultimo quindicennio del secolo XIX, quando poté sembrare che la diversità dei presupposti, da cui partivano i suoi sostenitori, costituisse, implicitamente, la prova della bontà della teoria. Vi era, infatti, chi giungeva alla sua enunciazione mediante l’analisi del concetto di faute: riscontrandosi la sua omogeneità nel campo contrattuale ed in quello delittuale (1), si asseriva

---

(1) **LEFEVRE, A.F., De la responsabilité, délictuelle contractuelle. Responsabilité des locataires envers le propriétaire en cas d’incendie (art. 1734, c. civ.)...**, in Rev. civ., 1896, 485 ss.

Per la definizione unitaria della faute v. **PLANNO, M., Études sur la respon-**
che la responsabilità, derivando dalla *faute*, non poteva essere che una sola ed, in particolare, non poteva essere che ricondotta alla violazione di un precetto legale. Altri, partendo dal medesimo presupposto, concludevano che la *faute* contrattuale era un *délit* i cui lineamenti erano stati previsti e disciplinati distintamente (12); ovvero, al contrario, che la *faute* contractuelle comportava una responsabilità minore di quella nascente dalla *faute* délictuelle in quanto il legislatore mostrava benignità verso il debitore di buona fede (13). Restava, anche così, immutata la fonte della responsabilità, in quanto non si ammetteva che vi fosse responsabilità senza un *délit* o quasi-*délit* e, dunque, senza una immediata violazione della legge (14). Questa teoria dell’origine legale della responsabilità trovava molti sostenitori (15); non mancava, tuttavia, chi cercava un diverso elemento unificatore e lo riscontrava nella identità del precetto fondamentale violato, ed, in particolare, nella *confiance legitime trompée*, ulteriormente distinguendo a seconda che la *confiance* nascesse da una situazione o da una promessa (16).

---


(14) GRANDMOUNIN, Unité, cit. supra nota 13, 4 ss.

(15) Aubin, J., *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, thèse, Bordeaux, 1897, 100 ss.


---

**Fonti dell’obbligazione**

Fu presto osservato che il debole della teoria unitaria stava nel non spiegare le molteplici differenze tra l’azione *ex-contractu* e quella *ex delicto*: pur manifestando una esigenza, probabilmente esatta, di porre un sistema monistico alla base di ogni teoria delle fonti dell’obbligazione, essa trascurava, più di ogni altra, il dato storico e normativo. Non è, perciò, da stupirsi se, dimenticata per oltre mezzo secolo (17), questa teoria è stata recentemente riproposta, come una assunzione di indole prevalentemente teorica, da parte di chi, al tempo stesso, riconosce l’interesse pratico della distinzione tra l’azione contrattuale e quella delittuale e non rinuncia a indagare i criteri che ne debbono guidare le rispettive applicazioni (18). La dottrina francese più recente, invero, presta ossequio al postulato fondamentale della teoria unitaria; ma le divisioni e i dubbi, di cui quella stessa dottrina è pronta, possono far dedurre la inidoneità di un coerente sistema monista a fondare una costruzione organica dei rapporti tra contratto e delitto e, quindi, la sua inutilità per la conoscenza del diritto positivo (19).


(19) MAZEAUD, H., *Essai de classification des obligations contractuelles et extra-contractuelles*, *obligations déterminées* e *obligation générale de prudence e diligence*, in Rev. trim. dr. cit., 1966, 1 ss., § 17, osserva giustamente che la teoria unitaria, così come quella dualistica, può facilmente soffermare nella filosofia del diritto e che è fallace impugnare come base per lo studio delle fonti dell’obbligazione delle teorie elaborate per chiarire la manifestazione e l’operare di quelle fonti (*ibidem*, § 19 ss.).
Le tesi dualiste — che raccolgono la massima parte dei consensi e che attirano a sé anche coloro che riconoscono, in *apicibus*, la esattezza di alcune affermazioni dei sostenitori dell'unità della responsabilità delittuale — non hanno difficoltà a dimostrare che, nel *code civil*, si è voluto delineare un sistema nel quale la responsabilità delittuale è distinta da quella derivante dall'inadempimento delle obbligazioni nascenti da contratto. Inoltre, la contrapposizione sistematica tra i titoli terzo e quarto del terzo libro del *code civil* (19) ha condotto la maggioranza degli Autori ad opporre che i redattori del codice avessero inteso instaurare un regime bipartito della responsabilità, fondato su una dualità di fonti dell'obbligazione: il contratto, ove l'assunzione dell'obbligazione è volontaria, e la legge, ove l'assunzione dell'obbligazione deriva da un fatto o da una situazione. Questa opinione semplifica, similmente a quel che avverrà in Italia nell'interpretazione del codice civile del 1865 (20), la ben più complessa particolare delle fonti dell'obbligazione accolta dal *code civil*: il suo fine ultimo consiste nel dimostrare che il dualismo tra azione contrattuale ed azione delittuale nasce dal dualismo delle fonti dell'obbligazione.

Vi è stato chi, non pago di questi argomenti, ha voluto ricercare differenze strutturali tra le obbligazioni contrattuali e quelle legali: si è, pertanto, contrapposta la *garanzia* (sorgente solo dalle prime) alla *responsabilità* (tipica delle seconde) (21); si è riportata la bipartizione a distinti doveri giuridici.

(19) *Titre III: Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, *Titre IV: Des engagements qui se forment sans convention*.

(20) *Infra*, §§ 36 ss.

renze tra l’azione contrattuale e l’azione delittuale soprattutto come differenze tecniche, per cui non è azzardato affermare che si sta tornando, sebbene solo nella ispirazione di fondo, alla tesi della sostanziale unità delle responsabilità (26).

Come si è avvertito all’inizio di questo paragrafo (posizione da terza a settima), il riconoscimento della esistenza di due fonti di obbligazione ha comportato il nascere di almeno cinque differenti teorie sui rapporti intercorrenti tra le azioni rispettivamente poste a tutela dell’obbligazione contrattuale e di quella delittuale. E qui che sorgono le divergenze più interessanti per quel che riguarda lo specifico tema della nostra ricerca.

***


Il contratto è legge tra le parti. Esse hanno il potere di escludere il sorgere della responsabilità per inadempimento ovvero di condizionarlo ad un particolare grado di negligenza. Il giudice non può condannare l’inadempiente al pagamento di una somma diversa da quella convenuta a titolo di predeterminazione del danno (art. 1152 code civil). Le parti possono stabilire un limite massimo all’ammontare del risarcimento per inadempimento o ritardo e possono finanche impegnarsi ad un grado di diligenza maggiore di quello previsto dalla legge ed a risarcire danni che la legge ritiene irrisarcibili od, infine, a rispondere del fortuito (27).

Ispirandosi a questi presupposti, il Labrèe, polemizzando con la direzione degli Annales de droit commercial, sostenne che la norma in base alla quale «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fuites» (articolo 1134, I co., code civil) rendeva inammissibile che un contraente fosse chiamato a rispondere, in sede extracontrattuale, di fatti che, essendo oggetto di obbligazioni disciplinate dal contratto, dovevano essere regolati, nelle loro conseguen-
ze giuridiche, dalle pattuizioni contrattuali e soltanto da esse (29).

La causa occasionale della controversia risiedeva nella necessità, avvertita da molti cultori del diritto commerciale del tempo, di reagire all'orientamento giurisprudenziale che negava efficacia alle clausole di esonero o di limitazione di responsabilità (infra, § 17).

Il Labbé partiva dal presupposto, da lui già espresso in precedenza (29), che il contratto obblighi a prestazioni le quali, nel loro oggetto, sono diverse da quelle nascenti dal diritto comune delle obbligazioni extracostituzionali: di qui, il procedere parallelo delle due fonti di obbligazione e la loro mutua esclusione. Un tale ragionamento, è evidente, non provava nulla perché era facile opporre che le obbligazioni extracostituzionali, se non erano regolate dal contratto, non potevano da questo venire estinte e, dunque, persistevano a fianco delle obbligazioni contrattuali. La teoria della incompatibilità tra l'esistenza del contratto ed il persistere delle obbligazioni non contrattuali poteva svilupparsi soltanto qualora si fosse giustificata la prevalenza del regolamento pattizio sulle prescrizioni legali e si fosse posto con chiarezza in discussione il postulato della natura inderogabile delle norme sulla responsabilità extracostituzionale; era, infatti, da quel postulato che treva vigore la giurisprudenza.

Alcuni grandi nomi della scienza giuridica francese si sono dedicati al compito di smantellare l'idea dell'inderogabilità delle norme sulla responsabilità extracostituzionale: De-

Concorso o cumulo di azioni: l'ordine pubblico

MOUGÈ (29), JOSSE RANG (29), LALOU (29), COLIN e CAPITAN (29) hanno affrontato il problema da punti di vista diversi senza, tuttavia, riuscire a fare mutare indirizzo alla giurisprudenza. Essa, invero, proclama, ancora oggi, l'ingiustizia della responsabilità extracostituzionale (29) e respinge anche quelle teorie intermedie che escludono dalla disponibilità dei privati le sole obbligazioni aventi ad oggetto la sicurezza della persona fisica, ammettendo, pertanto, che si possano sopprimere o limitare convenzionalmente quelle relative ai beni del creditore (29).

Il punto comune di partenza di questi Autori è quello, su accennato, della libertà di contrarre. Non si vede, essi dicono, per quale ragione due soggetti capaci di agire non abbiano il potere di regolare pattiziamamente le conseguenze di un adempimento anche qualora esso si risolva in un fatto che sarebbe stato fonte di responsabilità pur in assenza di un vincolo contrattuale.

Le norme sulla responsabilità extracostituzionale, non concerneendo l'ordine pubblico, vengono, così, ad assumere una

(29) De la reparation civile des delits-eteude de droit et de legislation, Paris 1896; De l'obligation du vendeur à raison des incohérences de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants (À propos d'un arrêt de la Cour suprême du Canada), in Rev. trin. dr. civ., 1923, 645; Note sous civ., 11 avr. 1922, in S. 1924, 1, 165.


(29) Infra, § 17.
funzione suppletiva (39); esse, cioè, riguardano i casi in cui il fatto produttivo di responsabilità abbia luogo tra soggetti non legati da un contratto ovvero, pur verificandosi tra contraenti, non concerna l'esecuzione del contratto. La responsabilità delittuale viene assorbita dal contratto e quest’ultimo esclude la prima (40): l’azione delittuale è preclusa dalla semplice esistenza del regolamento pattizio della responsabilità.

D’altronde, anche ponendosi sul piano della faute, questi Autori rilevano che l’art. 1382 code civil contempla, quale fonte di responsabilità, la negligenza più lieve (conformemente al presunto principio tradizionale del diritto romano), mentre la responsabilità contrattuale è normalmente collegata alla mancanza di diligenza del buon padre di famiglia (arg. ex art. 1137 code civil) ovvero alla sussistenza della culpa in concreto (art. 1927: deposito) o, talora, di una generale faute (art. 1789: locatio operis) ed, infine, di fautes da apprezzare non severamente (art. 1992: mandato) (41).

Alla stessa conseguenza dell’incomunicabilità tra le due responsabilità si può giungere, come osserva l’ESMEIN (42), anche sostenendo l’opposta tesi della unicità della fonte di obbligazione: tutte le obbligazioni, allora, sono legali e, pertanto, le responsabilità contrattuale e delittuale corrono parallele;


(41) Cf. FERRON, P., Note sous Bordeaux, 8 juillet 1909 (2 sent.), in S. 1911, 2, 233; BONNET, Responsabilité, cit. supra nota 23, 431 ss.; cf. VAN RYN, 83 ss.

(42) ESMEIN, Trois problèmes, cit. supra nota 23, 339-351.

la seconda non attiene all’ordine pubblico più della prima e tra di esse non è data mai coesistenza. Questa tesi, coerente e comprensiva, servirà da fondamento ad una teoria che oggi risunote molti consensi (40).

***

(40) MAZEAUD e TUNG, op. loc. cit. supra.
16-bis. Segue.

Giunti a questo punto, e nell'intento di proporre dei canoni esaustivi che valgano a delimitare le sfere di azione del rimedio contrattuale e di quello aquiliano, alcuni ritengono di dover proporre criteri più precisi per quelle ipotesi in cui può dubitarsi della connessione tra l'illecito e l'esecuzione del contratto; si suggerisce, ad esempio, che siamo considerati fonte di responsabilità contrattuale tutti i fatti commessi in occasione della esecuzione del contratto (47). Il tema più scottante, peraltro, è quello del dolo del debitore: il creditore, anche in caso di dolo, dispone della sola azione contrattuale?

Alcuni ritengono di sì, e sono coloro che esasperano la preminenza del contratto sulle altre fonti di obbligazione. Riprendendo la suddetta distinzione tra fatti relativi o meno all'esecuzione del contratto, vi è chi sostiene che l'abuso del diritto nato dal contratto genera la sola responsabilità contrattuale, così come accade per tutti gli atti comunque connessi alla esecuzione del contratto (47). Altri illustri scrittori, movernisi nel medesimo ordine di idee, hanno asserito che anche il dolo del debitore non vale a far sorgere una responsabilità extracivistale; sebbene l'obbligazione risarcitoria comprenda, in base all'art. 1150, il danno imprevedibile e dia luogo, pertanto, ad una tutela identica a quella apprestata in via aquiliana, da ciò non può inferirsi che il rimedio spettante al creditore contro l'inaudito doloso abbia natura e caratteri extracivistali (47). È, questa, l'opinione oggi dominante in dottrina e si scorge facilmente nel suo legame con i principi dualisti più rigorosi. Il rigore logicà cui essa è informata, tuttavia, non la rende — per ciò solo — aderente alla reale situazione del diritto francese odierno. Su questo punto, comunque, torneremo più diffusemente nella parte conclusiva del capitolo seguente, quando diremo per quali ragioni essa appaia non rispondente alle soluzioni giurisprudenziali (infra, § 30).

Contro questa posizione insorgono altri Autori che, pur essendo generalmente fautori della preminenza della responsabilità contrattuale, affermano che il dolo integra sempre e soltanto un fatto illecito extracivistale (47). Gli argumenti offerti a sostegno di questa opinione, spesso fondati sulla relazione di Bigot de Prémeneau (supra, § 9), sono:

- che il dolo è al di fuori dell'area contrattuale, perché le obbligazioni contrattuali presuppongono la buona fede dell'obbligato (45);
- che la responsabilità per inadempienza dolosa è

(47) Demogue, De l'obbligation, cit. supra nota 30, 657 ss., afferma che la distinzione tra le due responsabilità riposa su un criterio oggettivo: in base al quale genera soltanto responsabilità contrattuale ogni atto commesso in occasione dell'esecuzione di un contratto; v. anche, del medesimo Autor, Note sur les Civ. 11 Janv. 1922, in S. 1924, 1, 105, con ampia diafinazione giurisprudenziale. Contra: Bucquè, E., De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle-contribution à l'étude comparative des obligations, in Rev. trim. dr. civ., 1914, 251 ss. a p. 310.

(45) De la Massue, H. Responsabilité contractuelle et responsabilité delictuelle sous la notion de l'abus du droit, in Rev. trim. dr. civ., 1949, 27 ss.

(45) Mazeaud, H., Responsabilité delictuelle et responsabilité contractuelle, in Rev. trim. dr. civ., 1920, 551 ss., pag. 107 ss., il quale sostiene che l'esterno da responsabilità è nullo in caso di dolo perché la nullità discende da una norma imperativa nel rapporto contrattuale, scelto quale esempio sia ammissibile nei contratti stricti iuris (come la vendita c.a.f.) (ivi, pag. 110, nota 24). LALOU, §§ 650-654; Colin e Capitant, § 899; Mazeaud e Tung, § 205; Maury e Raynaud, § 368.

(47) V. ad esempio, Demogue, De l'obligation, cit. supra nota 30, 551 ss.; Jossebrand, Note, cit. supra, nota 36; Vincent, Des clauses, cit. infra nota seg. 17; Demogue, nel successivo Traité del 1932 (t. VI, § 274), sembra aver mutato opinione.

sottratta alla disponibilità delle parti, appunto perché si concretà nel risarcimento del danno imprevedibile (46); che, in caso di dolo, il danno sopravanza quello derivante dalla mera inesecuzione del contratto perché il debitore doloso è autore di un comportamento malvagio (47); che, infine, fraus omnium corruptum, sicché nessuno può trarre vantaggio dal proprio dolo, come avverrebbe se il dolo fosse assoggettato soltanto alle più benevole norme della responsabilità contrattuale (48). Secondo queste opinioni, dunque, il principio in base al quale tutto ciò che attiene all’esecuzione del contratto è incompatibile con la sussistenza delle norme concernenti l’illecito aquiliano viene derogato in caso di dolo del debitore; in questo caso, si dice, al danneggiato spetta la tutela delittuale e questa soltanto (49).

Tra i sostenitori della opposta tendenza, fondata sulla bipartenza delle fonti dell’obbligazione e sulla loro mutua esclusione, occorre menzionare anche coloro i quali ritengono che il contratto non possa sostituirsi alla legge nel disciplinare le obbligazioni legali. Queste ultime mantengono la loro natura anche se sono oggetto di clausole convenzionali e la loro


(48) JOSSENDY, Note sous Req. 14 déc. 1926, in D.P., 1927, 1, 105 a 108.

(49) Si, dunque, ancora al di fuori delle teorie coaddotte del cumulo e dell’opposizione. Al creditore è attribuita una sola azione di danni, quella ex delicto. Cf. JOSSENDY, 54, il quale, tuttavia, aveva assunto in precedenza una posizione originaria quando aveva affermato (Note, cit. supra nota 31, 106) che non tutti i caratteri dell’azione delittuale sono presenti nell’azione per inadempimento doloso. Ad esempio, la condanna non potrà essere eseguita sui beni dotali della debitrice. Questa limitazione si spiega con una certa giurisprudenza fatta nel secolo XIX di cui si dirà infra nel § 20.

violazione fa sorgere una responsabilità extracontrattuale nonostante che le parti abbiano convenuto un regime diverso od, addirittura, l’esclusione di qualsiasi obbligazione di risarcire (50). Nelle loro conclusioni, comunque, questi scrittori concordano con coloro i quali — pur muovendo da opposti principi — giungono, come si è appena illustrato, alla conclusione che l’inadempienza dolosa possa essere sanzionata soltanto mediante l’azione delittuale.

Di contro a tutte queste opinioni, accomunate dalla esclusione di qualsiasi sopposizione tra le due responsabilità, stanno coloro i quali ammettono che l’inesecuzione dell’obbligazione pattizia possa costituire, al tempo stesso, la fonte di una responsabilità extracontrattuale: in tal caso, il credito re ha la scelta tra l’esecuzione dell’azione contrattuale e l’esecuzione dell’azione extracontrattuale («teoria dell’azione»). Adombrata già da THALLER (51) e, per certi aspetti, da SAINTELETTA (52), questa teoria è stata sviluppata da PLANIOL (53) ed ha trovato favorevoli accoglienza nella giurisprudenza. Poiché la responsabilità extracontrattuale deriva immediatamente dalla legge e fa parte dell’ordine pubblico, si sostiene, è inammissibile che i privati possano validamente stipulare accordi che sostituiscono un regime pattizio di responsabilità al regime legale. Quando, nell’esecuzione di un contratto, si viola una obbligazione ex lege, sorge una duplice responsabilità ed il credito re può scegliere l’azione che gli appare più conveniente: tuttavia, se egli esercita l’azione contrattuale, deve accet-

(50) DEPRES, Domaine, cit. supra nota 10, § 46; cf. ESMEIN, P., Nota sous Req. 14 déc. 1926, in S. 1927, 1, 106.

(51) THALLER, E., Recensione a Saintelette, in Ann. Dr. Comm., 1866-1887, 125 ss.; Réponse à Labbé, ibid., 225 ss.

(52) De la responsabilité, cit. supra nota 20, 24. Per ammettere la teoria dell’azione, l’autore è costretto a recedere dalla sua posizione di intransigente separazione tra responsabilità e garanzia.

(53) PLANIOL, M., Nota sous Paris 17 Janv. 1905, in D.P., 1907, 2, 97.
tarne tutte le caratteristiche, compresa quella di limitare la responsabilità del debitore ai soli danni prevedibili; lo stesso dicesi se egli agisce in via extracontrattuale (58).

Vi è chi applica la teoria dell’opzione a tutti i casi nei quali il comportamento del debitore costituirrebbe illecito anche in assenza di una specifica obbligazione contrattuale (56); più accreditata è l’opinione mediana che, rinunciando a sostenerlo sino in fondo la tesi dell’inderogabilità della responsabilità extracontrattuale, limita le ipotesi di opzione ai casi di dolo e colpa grave del debitore e di delitto penale (57), cui tali luno aggiunge la faute professionnelle (58); non manca, infine, chi vorrebbe restringere l’opzione al solo caso di dolo (59).

Tra questi ultimi vi sono alcuni scrittori i quali, in linea di principio, aderiscono alla tesi della preminenza della responsabilità contrattuale; essi, tuttavia, ritengono che il dolo sia assolutamente eterogeneo ai comuni casi di inadempimento: la responsabilità del doloso è delittruale e le pattuizioni private sono inefficaci ad interferire con la disciplina prevista dalla legge per il delitti civili (60). Ripudiata la teoria dell’opzione, si torna, così, all’idea del parallelismo tra le due azioni.

La tesi del cumulo delle azioni, infine, è difesa soltanto dal Van Ryn. Ritenendo che la bipartizione tra obbligazioni

convenzionali ed obbligazioni «qui se forment sans convention » non costituisca una summa divisio delle fonti delle obbligazioni ma «un simple procédé d’exposition » (64), il Van Ryn afferma conseguentemente che non c’è ragione di ritenere che la responsabilità extracontrattuale sia di ordine pubblico (62). Riguardo alla loro natura, sia le obbligazioni legali che quelle contrattuali si dividono secondo lo schema delle obbligazioni di mezzi e di risultato (63); il dolo del debitore è costitutivo di un délit civil cui l’art. 1151 applica le regole della responsabilità delittruale (64). Mentre, normalmente, le parti possono derogare alle norme concernenti responsabilità quasi-delittruale (65), ciò non è ammissibile per la responsabilità delittruale in senso proprio, e cioè nascente dal dolo. Il creditore può agire contrattualmente per l’inadempimento, rinunciando a far valere il dolo, ma ciò non gli preclude di fondare sul dolo una azione successiva, onde ottenere maggiori o diversi benefici (66). Il dolo, pertanto, non fa sorgere la sola azione delittruale, ovvero due azioni tra le quali il creditore deve scegliere irrevocabilmente, come ritiene la maggioranza degli autori (67), ma è la causa di una responsabilità delittruale che coe- siste con quella nascente dall’inadempimento (teoria del cumulo).

***

(58) Meunier, Responsabilité et contrat, thèse, Lille, 1924; BRUN, Rapport; Rorino, P., Les conventions de responsabilité dans la jurisprudence contemporaine, in Rev. dr. cit., 1931, I ss.; Aubry et Razi, Cours de droit civil français, d’après la méthode de Zaccaria, IV, vol., 6ème éd. par BARTIN, E., Paris 1942 e relativa mise à jour, § 308 nota 25 e § 446.

(59) Meunier, Responsabilité, cit. supra nota prec., 297 s.

(60) Rorino, Les conventions, cit. supra nota 55, 7 ss. ed An. citi. infra, nota 60.

(61) Brun, 389; Martin e Raynaud, § 368.


(64) Van Ryn, § 6.

(65) Van Ryn, § 9 ss.


(67) Van Ryn, § 47 ss.

(68) Van Ryn, §§ 106-110; 225 ss.

(69) Van Ryn, § 135 ss.; v. anche 100 ss.

(70) An. citi. supra, note 44-47.
Convenzioni di irresponsabilità

derà esaminando brevemente alcune sentenze (sulle quali si dovrà tornare nelle sezioni seguenti) che discutono la natura della responsabilità del debitore doloso e della corrispondente azione di danni.

***

La giurisprudenza francese fu, per lungo tempo, così ostile nei confronti delle convenzioni d’irresponsabilità da non esitare a dichiararle invalide per la ragione che l’ordine pubblico ed il buon costume prescrivevano che « personne ne peut s’exonérer d’avance de ses propres fautes ». In questa sanzione erano accomunate le clausole d’esonero propriamente dette e quelle limitative, mediante le quali si prefigge l’indennità dovuta, oppure, come è più frequente, il limite massimo del risarcimento (\(^{48}\)).


Contra: Montpellier, 27 agosto 1830, in S., 1831, 2, 99, ove si trattava di una clausola limitativa che la Corte ritenne valida alla stregua di una clausola penale ed efficace al di fuori dei casi di dolo o colpa grave. L’assimilazione della limitazione di responsabilità alla clausola penale (art. 1132 code civ.) è sostenuta con una certa frequenza; v., ad esempio, Bonin H., Clauses limitatives et clauses...
Un primo cedimento, tuttavia, avvenne per le convenzioni che esoneravano l’armatore dalla responsabilità per i danni cagionati dal capitanò e dall’equipaggio; in questo caso, si disse, non si viola l’ordine pubblico ed il buon costume, perché l’armatore non ha alcun controllo sugli atti del capitanò e dell’equipaggio; si tratta, dunque, di una situazione ben diversa di quella in cui taluno esclude preventivamente la responsabilità per i propri atti colposi. Anche così, tuttavia, la giurisprudenza ebbe delle oscillazioni (9) e, comunque, ebbe cura di specificare, in numerose sentenze, che

d’exonération conventionnelle de la responsabilité des transporteurs terrestres de marchandises, Besançon, 1948, 48 ss.; ROGER, M., La limitation conventionnelle de responsabilité dans le contrat de transport - contribution à l’étude de la responsabilité du voiturier, thèse, Paris, 1929, 59 ss.; MAILOCHE, Responsabilité, cit., supra nota 56, 63. Sull’assolutoria della clausola d’irresponsabilità al contratto di assicurazione v. infra nota 79.

(9) Ad esempio: Civ., 14 marzo 1877, in S., 1879, 1, 423; 2 aprile 1878, in S., 1878, 1, 292; 31 luglio 1878, in S., 1879, 1, 423, 21 luglio 1885, in S., 1887, 1, 123; 1 marzo 1887, in S., 1887, 1, 121 (queste due ultime sentenze introducono delle menzioni alla applicazione delle clausole limitative, arrestando che esse valgono soltanto a vincere la presunzione di responsabilità risultante dall’art. 193 cod. de commerce; su questa diversa posizione, che attribuisce alle convenzioni di limitazione della responsabilità l’effetto di far gravare sul creditore l’onere di una prova altrimenti non spettantegli, v. infra nel testo e le note 75-77); 12 luglio 1893, in D.P., 1895, 1, 145 (la società di navigazione, se vuol profitter del’esonero, deve provare che l’inciocco a bordo è avvenuto per negligenza del capitanò); 5 dicembre 1918, in S., 1911, 1, 129 (con nota di LIONCAI che richiama diffusamente i precedenti giurisprudenziali); 6 marzo 1912, in S., 1913, 355 (ove si chiarisce che l’esonero per le colpe del commandante può essere esercitato unicamente per la colpa dell’armatore comporta che il creditore deve provare la forza); 22 gennaio 1923, in D.P., 1925, 1, 191.


Convenzioni di irresponsabilità: trasporto

si era introdotta una eccezione senza violare il principio generale di probibizione delle clausole d’irresponsabilità, e che tale principio vigeva anche per la responsabilità originata dal fatto dei dipendenti o dei preposti (70).

Una seconda concessione fu imposta, in quegli stessi anni, dall’entrata in vigore di tariffe ferroviarie a prezzi differenziati approvate con decreto ministeriale: il viaggiatore che avesse dichiarato il valore del proprio bagaglio avrebbe potuto ottenere il risarcimento integrale in caso di smarrimento; altrimenti, le ferrovie avrebbero risposto fino a concorrenza di una certa somma. Numerose sentenze cercarono di contenere questa nuova invasione di un terreno che si riteneva precluso alla disciplina convenzionale; alcune affermarono che la dichiarazione del valore era soltanto un onere e che la responsabilità del trasportatore restava integra anche se la dichiarazione fosse stata omessa (71); altre interpretarono molto restrittivamente le tariffe omologate (72). Prevalse, tuttavia, la tesi che attribuiva efficacia alla limitazione di responsabilità od all’esonero previsto dalle tariffe (73).

(90) Civ., 14 marzo 1877, in S., 1879, 1, 423; 31 dicembre 1900, in S., 1901, 1, 401 (con nota di PERREAUX che richiama semplicemente la dottrina anteriore); Req., 27 novembre 1911, in S., 1915, 1, 113 (esonero stipulato da una agenzia di informazioni); 19 giugno 1918 (sembra sia valido l’esonero per la colpa del commandante, « l’ordre public et le bons mœurs ne permettraient pas, en principe, de s’exonérer des fautes de ses préposés »). Tra i maggiori sostenitori di questa tendenza era SAREUT, il quale specificava che il capitano non è da considerarsi un preposto perché, altrimenti, l’esonero o la limitazione di responsabilità sarebbero da considerarsi nulli: Note sous Civ. 18 Juill. 1900 ed altre sentenze, in D.P., 1903, 1, 17.

(70) AMIENS, 18 marzo 1889, in D.P., 1900, 2, 59; Req., 25 marzo 1912, in D.P., 1913, 1, 341; Civ., 29 dicembre 1913, in D.P., 1916, 1, 117; Civ., 7 luglio 1924, in D.P., 1927, 1, 119.

(71) Civ., 24 luglio 1895, in D.P., 1896, 1, 217.

(72) V., ad esempio, Civ., 21 novembre 1871, in D.P., 1871, 1, 292; 30 marzo 1874, in D.P., 1874, 1, 303; 21 febbraio 1887, in D.P., 1887, 1, 468; Paris, 16 marzo 1899, in D.P., 1900, 2, 59.
Convenzioni di irrisponsabilità

della limitazione di responsabilità, perciò, si istituiva una presunzione, che il mittente ed il destinatario potevano vincere allegando la 
faute del vettore (79). Trasportata nel campo del diritto comune, una tale soluzione non aveva senso in tutti quei casi in cui la prova della
faute, anche come causa dell’inadempimento, spettava comunque al creditore (obbligazioni di mezzi: supra, nota 23). È stato così che, facendo leva sull’articolo 1134 code civile, la giurisprudenza, dopo aver per molto tempo mantenuto il principio che l’effetto dell’esonero e della limitazione convenzionale di responsabilità consisteva semplicemente nel porre a carico del creditore l’onere di provare la 
faute del debitore, ha finalmente ammesso la piena validità dell’esonero e della limitazione convenzionale, eccettuando però, il caso di colpa grave e di dolo (79). Inoltre per ovviare alla tendenza di molti


(79) V. supra, cit. 103, 110; l’ecz. de commerce costituiva il voiturier garante della perdita degli oggetti trasportati, salvo il solo caso della forza maggiore. Per effetto dell’esonero o
giudici di merito a riscontrare con facilità la faute lourde, la
Cassazione si è riservata il controllo del grado della faute (6).

La ragione per cui la giurisprudenza si rifiutò lungamente di riconoscere la validità delle clausole di esonero o limitative, stava nel fatto che quelle clausole erano abitualmente inserite nel contratto di trasporto. Quando si trattava di trasporto di persone, la giurisprudenza riteneva che la responsabilità del trasportatore avesse natura extracонтratuale e, come tale, attenesse all'ordine pubblico (4), così come an-


L'efficacia della clausola di esonero o limitativa anche in caso di colpa grave è affermato soltanto da Civ., 13 agosto 1884, in D., 1885, 1, 78 e 3 agosto 1892, in D.P., 1912, 1, 49 (con nota adesiva di JOSSE-RAND): di quest'ultima sentenza mi occuperei in dettaglio Infra, nota 94.

Per un caso particolare in cui vinse la resistenza della Corti di merito, la Cassazione ha dichiarato che solo il dolo rende inapplicabile la clausola limitativa, v. infra nota 113.

La sentenza BORDEAUX, 28 giugno 1926, in S., 1921, 2, 1 dichiara espressamente la non contrarietà della convenzione di esonero all'ordine pubblico e giustifica questa affermazione mediante l'assimilazione dell'esonerante all'assicuratore, argomentando che, se è iscritta l'assicurazione, è locata anche l'esonerante. L'assicurazione è fondata su un superficiale accostamento di concetti che elude le profonde diversità di due tipi di convenzione accomunate solamente dalla assunzione del rischio da parte di un soggetto differente da quello sul quale incombeva la responsabilità rischiatrice. Anche in recenti sentenze, tuttavia, rimpiazzare l'analisi di esonero ed assicurazione: e il n'est contraire ni à la loi, ni aux principes d'ordre public de stipuler, au moyen d'un pacte analogue au contrat d'assurance, la garantie de ses faits personnels ou de celles de ses passagers (Civ., 25 marzo 1962, in D., 1963, Somm., 10). Nel senso del testo v.: DURAND, Des conventions d'irresponsabilité, thèse, Paris, 1931, 313 ss.; BONNECACE, Traité, cit. supra nota 69, § 518. Contra: BECQ, De la responsabilité, cit. supra nota 41, 319 ss.


(8) Civ., 10 nov. 1884, in D.P., 1885, I, 433 (con nota critica di SARUT) affermò per la prima volta (v. SARUT, Conclusions sous Civ., 17 janv. 1913, in D.P.,

cora oggi si ritiene quando ad agire contro il trasportatore sono i congiunti del viaggiatore defunto (6).

1913, I, 254, confermando la sentenza AMIENS, 28 dic. 1881 (in D.P., 1882, 2, 163), la sussistenza della sola responsabilità extracонтratuale nel rapporto trasportatore-trasportatore, così contrastando una nutrita dottrina, espressa dal TROPELLE (De l'échange et du louage, t. III, art. 1784, par. 936), che aveva trovato qualche escludente nella giurisprudenza (Par., 27 nov. 1866, in D.P., 1865, I, 433, nota a). Conforme alla pronuncia della cassazione, v., ad esempio, Par., 26 dic. 1908, in D.P., 1913, 1, 249 nota 1.

Il recidivista avvenne con la sentenza Civ., 17 gennaio 1913, in D.P., 1913, 1, 249 ed in S., 1913, 1, 177 quando, accontentando le conclusioni del procuratore generale SABBUT (pubblicato idem), e confermando l'altrimenti isolata pronuncia 21 novembre 1911, in D.P., 1913, 1, 249 e in S., 1913, 1, 177, la Cassazione affermò che il trasportatore di persone o soggetto ad un'obbligazione contrattuale di risultato di trasportare non e salvo il viaggiatore a destinazione. Era questa, la tesi che il medesimo SABBUT, allora facente parte del parquet della Corte di Parigi, aveva sostenuto nella preceduta nota alla sentenza Civ., 10 novembre 1884 e che trovava diserminazione RIPERT (Note, in Rev. crit., 1914, 193) per ragioni di tutela del viaggiatore.

Tra le successive pronunce conformi: Civ., 21 aprile 1913, in S., 1914, 1, 5 (nota LION-CAHN) ed in D.P., 1913, 1, 249 (procuratore generale, come nella succitata Civ., 21 nov. 1911 che inaugurò la nuova giurisprudenza, era MÉRILLON); Civ., 28 marzo, 10 maggio, 20 giugno, 26 luglio 1923; Rea., 31 luglio; 13 dicembre 1922, tutte in D.P., 1923, 1, 209, Atx., 27 giugno, in S., 1949, 2, 167.

(6) La giurisprudenza francese ha escluso il caso di assoggettare il trasportatore di persona alla responsabilità contrattuale che a quella dellettuale quando ad agire sono alcuni congiunti del viaggiatore defunto.

In primo luogo in Cassazione si è immaginata una stipulazione a favore di terzo (art. 1121 code civil) inserita in ogni contratto di trasporto di persone: il trasportatore si obbliga, contrattualmente, a risarcire il viaggiatore che i suoi esodi (v., ad es. Civ., 15 febbraio 1955, in D., 1955, 5, 319). Se questi desideri di agire sul terreno contrattuale, fruendo della stipulazione pour autrui e del vantaggio probatorio consacrato nell'essere il trasportatore sottoposto ad un'obbligazione di risulta-}

(6) supra, nota 81) ed ad essi sarà evidentemente opponibile la clausola limitativa o di esonero incluso nel contratto.

Se, tuttavia, ad agire sono persone che avrebbero vantato diritti alimentari nei confronti del defunto, essi possono porli sul terreno extracонтratuale: pur assoggettandosi all'onere di provare la faute (che, d'altronde, negli incidenti mortali è spesso di facile accertamento), essi si liberano di qualsiasi clausola limitativa o di esonero stipulata dal viaggiatore defunto e perfino della traduzione da lui conferita dopo l'incidente: Civ., 21 aprile, 1913, in D.P., 1913, 1, 249 ed in S., 1914, 1, 3 (s. supra nota 81); Rea., 27 luglio 1925, in D.P., 1926, 1, 5 (nota critica di
Quando si trattava di merce, c’era da vincere la presunzione di responsabilità sancita dall’art. 1784 code civile e dal l’art. 103 code de commerce (45) e la giurisprudenza non rite-
neva che la pattuizione privata potesse realizzare un tale effetto.

D’altronde, più d’una voce si era levata, nel XIX secolo, a sostenere che la responsabilità legale sopravviveva al vincolo contrattuale; l’inadempimento, in quanto fatto colposo, si diceva, generava una responsabilità ex art. 1382 la quale, partecipando dell’ordine pubblico, non è suscettibile di formare oggetto di stipulazioni. La teoria dell’inversione dell’onere della prova veniva a significare, pertanto, che, contro l’inadempiente, il quale avesse pattuito un esonero da responsabilità, il creditore poteva agire con l’azione extracontrattuale e, pertanto, era sottoposto all’onere di provare la colpa (46).

Questa interferenza dei problemi della responsabilità delittuale con quella della validità e dell’efficacia delle convenzioni di irresponsabilità faceva sì che alcune sentenze si ispirassero alla teoria dell’assoluta preminenza della responsabilità legale su quella pattizzatamente regolata; sembrava, quindi, che l’autonomia privata potesse preventivamente regolare o sopprimere le condizioni di esistenza di quest’ultima, ma che ciò fosse precluso rispetto alla prima.

Questa teoria è stata recentemente abbandonata: numerose sentenze, infatti, negano la possibilità di esercitare l’azione delittuale per fatti costitutivi di inadempimento del contratto (48). Un tale mutamento è avvenuto in concomitanza con un movimento di espansione giurisprudenziale della sfera di azione della responsabilità contrattuale, la quale ha soppiantato il diritto degli engagements qui se forment

(46) V., ad esempio, Req., 26 marzo 1860, in D.P., 1869, I, 216 (con nota redazionale che avverte: « il n’est pas contestable que le commissaire des transports ne peut pas s’affranchir de la responsabilité des fautes commises par lui ou par ses préposés, dans l’opération de transport »).
sans convention in una serie di campi, tra cui la responsabilità del medico (48). Di quella teoria, e della originaria severità nei confronti di tutto ciò che potesse favorire il trasporto (49), restano le vestigia delle discussioni sulla possibilità di agire contro l’inadempiente sulla base degli articoli 1384-1386 code civil. Se ciò fosse ammesso, l’esonero e la limitazione di responsabilità (tranne quando quest’ultima è interpretata alla stregua di una clausola penale) (50) verrebbe a perdere qualsiasi efficacia nel contratto di trasporto, perché quelle norme sanciscono presunzioni (relative od assolute) di responsabilità che dispensano il danneggiato dalla prova della faute: la clausola di irresponsabilità, pertanto, non avrebbe neppure l’effetto di invertire l’onere della prova.

Non possiamo soffermarci su questo tema: ci limitiamo ad accennare che la giurisprudenza, anche in questi ultimi anni, sebbene abbia superato il primitivo rigore verso le convenzioni di irresponsabilità (51), persiste nel ritenere l’invalidezza (52).

(48) V., ad esempio, Req., 16 marzo 1859, in S., 1859, 1, 461, che ritiene inapplicabile l’art. 105 code de commerce (decadenza dell’azione contro il vettore se, entro tre giorni dalla ricezione della merce, e dal pagamento del prezzo, il destinatario non notifica a sua protestation motivata) qualora, durante il trasporto, la merce sia stata manomessa.

(49) Coai Civ., 3 luglio 1922, in D.P., 1925, 1, 191; 22 gennaio 1923, in D.P., 1925, 18, 191; Civ., 29 giugno 1923, in D.P., 1933, 1, 49; PARIS, 1 febbraio 1936, in D.H., 1936, 249; PARIS, 28 aprile 1965, in GAZ. PAL., Table 1965, voce Resp. civ., 83. Queste ultime sentenze, però, affermano che la limitazione di responsabilità, sebbene assimilata alla clausola penale, è inefficace nel caso di colpa grave.

D’altronde, è stato proprio con richiamo alla clausola penale, espressamente prevista dall’art. 1152 code civili, che molto spesso la giurisprudenza ha dato effetto alle convenzioni limitative della responsabilità. Oltre a MONTEVELLIER, 22 agosto 1830, cit. supra nota 66, v. ad esempio, Civ., 6 novembre 1922, in D.P., 1923, 1, 200.

dità delle convenzioni che pretendono di regolare la responsabilità sancita dagli artt. 1384-1386 code civil (49) od, in gen-


(49) È sinottico che i litiganti abbiano fatto ricorso all’articolo 1384 code civil (responsabilità per il fatto dei preposti o delle cose in custodia) dopo che le giurisprudenza aveva preso posizione a favore della natura contrattuale della responsabilità del trasportatore di persone (supra, nota 81). Dopo un orientamen-
to negativo (PARIS, 17 gennaio 1905, in D.P., 1907, 2, 87; CIV., 27 marzo 1928, in S., 1928, 1, 353, con nota favorevole di GENY, il quale afferma che il contratto è una fonte della giurisdizione), la Cassazione sembra approvare la teoria della sussistenza della responsabilità ex art. 1384 anche fra contraenti, sostenuta, tra gli altri, da PLANIO (Nota in D.P., 1967, 2, 97) ma negata dalla maggior parte della dottrina (v. ad es. LAURENT, § 644; DEMOLOGME, t. VIII, § 659); così CIV., 27 febbraio 1929, in S., 1929, 1, 297 (che riguarda il contratto di lavoro e la responsabilità del datore di lavoro per l’infelice subito dal dipendente mentre operava un manovratore giuridicamente considerato «sous la garde » del datore di lavoro: v. la presunta nota di HUGUENIN, ibidem). L’orientamento contrasta al conoscere — che era stato recepito soprattutto dalle Corti di nazionalità (LYON, 1 aprile 1922, in D.H., 1924, 52, con riferimento all’articolo 1385 code civil, et TEHR, Saison Inf., 27 giugno 1928, in D.H., 1928, 570, con riferimento all’articolo 1386 code civil) — prevale, però, nella giurisprudenza successiva e in quella attuale: REV., 11 novembre 1942, in Gaz. Pal., 1943, 1, 42; CIV., 20 maggio 1954, in Bull. Cass. Civ., 1954, 2, 123 (corruzione della motivazione della sentenza impugnata che aveva condannato il detritore in base all’art. 1384 code civil).

V. inoltre, supra note 86 e 82 (concernenti rispettivamente il responsabilità del medico verso il cliente e del trasportatore di persone verso i congiunti del pas-
sseggero defunto).

Nella recente sentenza CIV., 1 aprile 1968, in D. 1968, J., 653, è stata affermata — sul fondamento dell’art. 1384, I al. — l’azione dei genitori di un ragazzo defunto per lo spaccio di un apparecchio per l’anestesia.

Esonero dalla responsabilità aquiliana

mercato, la responsabilità extracostituzionale (50).

Si profila, così, un attenuato perpetuarsi della dottrina che afferma la preminenza della responsabilità legale su quella

(50) CIV., 3 gennaio 1933 e 4 gennaio 1938, in D.H., 1933, 113, 21 marzo 1933, ivi, 301; 18 luglio 1934, in D.P., 1935, 1, 38: 2 agosto 1950, in D., 1951, 5, 531; 17 febbraio 1955, in D., 1956, J., 17 (nota ESMEYER); 23 gennaio 1959 (ress. VIEUZ); in D., 1959, J., 101; in quest’ultimo sentenza era stata proposta la questione se il viaggiatore avesse potuto validamente promuovere al trasportatore che, in caso di morte, i suoi credi non avrebbero agito mancando dell’azione del-

Uomo: la Cassazione ha ritenuto nulla una simile stipulazione, detta de porte fort (premessa del fatto del terzo, art. 1120 code civil): cf. la nota di SAVATIER, ivi, a pag. 103. V. anche SAVATIER, § 604.

La non esonerabilità della responsabilità extracostituzionale è particolarmente gravosa nel caso del trasportatore gratuito, il quale non può validamente stipulare clauso-

le di esonero o limitative: v. CIV., 28 novembre 1962, in J. C.P., 1964, II, 37710 (che inovà su una tendenza maggiormente benevoli nei confronti del trasporta-

tore a titolo gratuito o di cortesia (la giurisprudenza francese non sembra distin-

Da ultimo, v. PARIS, 27 giugno 1967, in D., 1968, J., 130 (con nota di SAVATIER): «il ne résulte d’aucun texte que le passager, transporté dans une voitur-
e à titre gracieux, doive être écarté de bénéfice de l’art. 1384 al. 1° e. civ. »

Questa posizione della giurisprudenza si fonda solamente sulle natura indiscutibile delle norme sulla responsabilità extracostituzionale ed è tanto più incensimpegnamento alle luce dell’orientamento oramai consolidato che rifiuta l’applica-
duzione degli articoli 1302 e ss. alle contratti. Di esso si dice, tuttavia, nel paragrafo seguente. V. anche, supra, nota 82.

In generale, sull’exonero della responsabilità del conducente v. supra § 15; favo-

revoile alla validità dell’exonero è VAN RYN, 225 ss.; contrari, tra gli altri, BRUN, 92; DEMOLOGME, De la faute, cit. supra nota 27, 65 ss., Response de la direction à la lettre de M. Labbé, in Ann. dr. comm., 1886-1887, 189; THALER, Recensione a Saintoteller, cfr. supra, nota 23; RABUT, De la notion de faute, cit. supra nota 23, 190; MEBUE, Responsabilité cit. supra nota 55, 85 ss.; MAZEAUD o TUNC, § 638; SOURD, § 652; DEMOLOGME, XXIV, 406; LAURENT, XVI, 210.

Una parte della dottrina propugna una distinzione fondata sulla specie di danno arrecato: non sarebbe esonerabile la responsabilità per danni alla persona, sebbene siano efficace, anche in tal caso, la clausola limitativa: v. con varie sfumature, RODIER, R., Droit des transports, III, § 1266 s.; ESMEYER, La limitation, cit. supra nota 75, 271; ROGÉ, La limitation, cit. supra nota 58, § 190; PUEJ, J., Les causes d’irresponsabilité dans les contrats de transport, thèse, Alger, 1932, 45 s.; JOSSERAND, Les transports, cit. supra nota 84, § 626 ss.; MEUFF, Responsabilité,
contrattuale e del suo corollario che ammette l’esperimento, in talune ipotesi, dell’azione extracostituale tra contraenti. Una prima volta recepita quando la giurisprudenza si era attestata sulla posizione, oramai superata (21), che riteneva le clausole di irresponsabilità idonee solamente a sopprimere od a modificare le obbligazioni nascenti dal contratto o dall’indemnità (22), quella dottrina conserva vigore ancora oggi. Nonostante che la giurisprudenza francese abbia in buona parte respinto ogni suggestione della teoria dell’opzione tra le azioni, si consente il ricorso all’azione delittuale quando le obbligazioni contrattuali coincidono con quelle sanite dalle particolari previsioni degli articoli 1384-1386 (22a) o, ciò che a noi più interessa, con la commissione di un fatto doloso o grave colposo. È su quest’ultimo tema che sarà necessario soffermarsi.

***


(22) La dottrina francese distingue spesso fra le convenzioni che prevedono il sorgere della responsabilità, ad esempio esonere il debitore da un certo grado di diligenza, e le convenzioni che disciplinano la misura del risarcimento, anche sovrappendole. È evidente che i due tipi di convenzione non sono incompatibili: si può, ad esempio, stipulare un minor grado di diligenza ed una somma massima quale risarcimento per il caso che il debitore non si attenda neppure a quel minor grado. V., tra gli altri, GRANDMOULIN, De l’utilité, cit. supra nota 13, 49 ss.; MEIGNÉ, Responsabilité, cit. supra nota 55, 24 ss.; BOUTAUD, Des clauses, cit. supra nota 13, 208; DURAND, P. J., Des conventions d’irresponsabilité, thème, Paris 1951, 27 ss., 115 ss.; VAN RYN, 235 ss.; SAVATIER, § 659; RAMUT, De la notion de faute, cit. supra nota 23, 184 ss.

8. ESONERO DALLA RESPONSABILITÀ PER DOLO.

Le discussioni dottrinali sulla liceità e sull’efficacia delle clausole di esonero, svoltesi principalmente tra la fine del secolo scorso ed i primi decenni del nostro, vedono schierati a favore della soluzione affermativa molti cultori del diritto commerciale i quali, una volta risolta la questione pregiudiziale della liceità, cercano in ogni occasione di attribuire alle stipulazioni d’irresponsabilità la maggior possibile efficacia, sino a comprendervi l’esclusione della responsabilità per faute lourde (22b). È, oramai, comunemente ammesso che una riduzione dei costi e, pertanto, una maggiore competitività sui mercati esteri, consegue alla validità delle clausole di esonero o limitative: il vettore provvede all’assicurazione, senza dover pagare premi esorbitanti, perché la legge consente di valutare preventivamente la misura massima di risarcimento alla quale egli si espone. Quando la giurisprudenza negava la liceità delle convenzioni di irresponsabilità, e poi quando ammetteva che esse servissero semplicemente a porre sul creditore l’obbligo di provare la faute del trasportatore, il commercio francese era gravemente pregiudicato di fronte alla concorrenza straniera; le maggiori potenze commerciali del tempo, infatti, adottavano soluzioni più liberali (23).

(22b) Cf. gli Autori citati supra, note 74. V. anche Civ., 13 agosto 1884. in D.P., 1885, 1, 78, la quale ritiene efficace — anche in caso di faute lourde — la clausola limitativa inserita in tariife ferrovie differenziate.

(23) V. RAMUT, L., Note, in D.P., 1913, 1, 249; Bréon, De la responsabilité, cit. supra nota 41, 311 ss.; BOUTAUD, Des Clauses, cit. supra nota 13, 97 ss.
Esonero da responsabilità per dolo
gime di economia libera, questo timore non aveva ragione di essere ed, infatti, vi fu qualche pronuncia che restrinse la sanzione della nullità alle convenzioni stipulate da un monopolista (\textsuperscript{23}).

In terzo luogo, era viva la preoccupazione per la potenza che andavano acquistando le grandi società di trasporti per terra e per mare ed, in particolare, per le condizioni inglobatorie che esse avrebbero potuto imporre ai passeggeri. Fu proprio al fine di rispondere a questa preoccupazione che si instaurò il sistema delle tariffe differenziate per le ferrovie, subordinandole alla omologazione ministeriale (supra, § 17).

Infine, sul terreno più strettamente giuridico, operava la convinzione della natura inderogabile delle norme sulla responsabilità extracontrattuale, che non si riteneva divenissero inapplicabili per il solo fatto dell'esistenza del contratto (supra, § 17 e note 34, 32, 89 e 90).

Tutte queste ragioni, ma principalmente la prima e l'ultima, sono oggi valide per negare efficacia all'esonero da responsabilità per dolo o colpa grave, d'altronde conformando all'orientamento emerso in numerose convenzioni internazionali (\textsuperscript{26}). È, tuttavia, preminente l'irriducibile avver-

(\textsuperscript{24}) Supra, nota 79.
La isolata sentenza Civ., 3 agosto 1932, citata supra nota 79, in cui si è affermata l'efficacia della clausola limitativa della responsabilità anche in presenza della colpa grave del debitore, concerneva il trasporto per ferrovie di due cavalli da corza di cui non era stato dichiarato il valore. Uno dei cavalli morì durante il trasporto per la grave inerzia del vettore il quale, richiamandosi alle tariffe omologate, offrì il massimo da esse previsto per la perdita di bestiame di valore non dichiarato. La Corte d'Appello, ritenendo che l'esistenza della \textit{faute lourde} rendesse inefficace la limitazione di responsabilità prevista dalle tariffe, condannò il vettore al pagamento del valore del cavallo (20.000 franchi contro i 5.000 partiti dalla tariffa come risarcimento massimo). La Cassazione, convalidando la constata giurisprudenziale e la sua stessa sentenza del 26 giugno dello stesso anno, affermò che l'art. 1150 \textit{code civil} concerne il dolo e non la colpa grave; che, pertanto, il danno risarcibile — anche in caso di \textit{faute lourde} — è quello prevedibile e cioè quello contemplato dalla tariffa, la quale «a ... pour objet de déterminer d'avance les conséquences de la faute commise par le transporteur ».

È, però, da osservare che, nell'interpretazione dell'art. 5 della legge 2 aprile 1936, si è affermata l'opinione della efficacia dell'esonero anche per colpa grave: infra, nota 113.

(\textsuperscript{26}) V., ad esempio, le convenzioni di: Berna, 23 ottobre 1924, art. 36; Varsavia, 12 ottobre 1929, art. 25; Roma, 16 marzo 1934, art. 36; Bruxelles, 25 agosto 1934, artt. 4 o 9.

In Francia la \textit{Loi Robier} del 17 marzo 1905 proibiva la clausola di esonero nel trasporto di merci; l'art. 41 della L. 31 maggio 1924 e l'art. 5 della legge 2 aprile 1936 disponevano lo stesso, rispettivamente per il trasporto aereo e marittimo, ma consentivano la limitazione di responsabilità purché non superasse un certo plafond. Sull'interpretazione giurisprudenziale di questa disposizione e sulla nuova legge del 1966, v. infra note 117.

sione verso la faute intentionelle: l’ordine pubblico non consente che un soggetto vada esente da responsabilità qualora egli scientemente decida di non eseguire le proprie obbligazioni allo scopo di conseguire un vantaggio (faute lucrative) (98) o di danneggiare il creditore. La giurisprudenza non ha mai recepito la motivazione dottrinale (27) che l’esonero da responsabilità per dolo è nullo perché introdurrebbe nel contratto una condizione meramente potestativa (art. 1174 code civile). Invero, questo ragionamento (condiviso, come si dirà, anche da parte della dottrina italiana) ha un sapore posticcio (infra, § 27). La principale ragione per cui la clausola di esonero da responsabilità per dolo è ritenuta nulla dalla giurisprudenza francese, sembrerebbe essere quella anizidetta della intollerabilità di una pattuizione che liberi da responsabilità chi sceglie di non adempiere (97).

Le sentenze, tuttavia, mostrano che il dolo del debitore consiste molto spesso nel fatto dei preposti di cui egli risponde

voiturier, thèse, Paris, 1929, 77 ss.; BOMIN, H., Clauses limitatives et clauses d’exonération conventionnelles de la responsabilité des transporteurs terrestres de marchandises, Beaugy, 1940, 42 ss.

(96) V. ROUÈRE, Note sous Ch. Réunies, 11 mars 1960, in D. 1960, I, 277.


(98) Si tratta di un esempio chiaro di come la giurisprudenza francese, in particolare quella di Rouét, sia influenzata dalla pratica inglesi. E il caso del clienti che vendono le merci loro o no a generi per la loro capacità di rischiamo, in quanto è esclusa dalla giurisprudenza, la responsabilità del venditore per dolo. In questo caso, la clausola di esonero da responsabilità viene abolita dalla giurisprudenza francese, in virtue di una norma specifica (art. 1174 code civile).

verso il terzo (98): il furto o la manomissione della merce trasportata ne sono esempio. Oppure, si tratta di comportamenti scorretti che violano la buona fede. Appaiono, così, altre due facce del dolo: il delitto (penale e civile) e la malafede. Entrambi questi comportamenti sono riprovevoli e, secondo la giurisprudenza, debbono comportare la inderogabile responsabilità del loro autore: di qui, la nullità delle convenzioni che tendano a limitare o ad escludere quella responsabilità (98).

Si manifesta allora, l’altra fondamentale ragione che muove la giurisprudenza: è nullo, in quanto illecito, il patto che abbia per oggetto l’esclusione della responsabilità delittuale o la preventiva determinazione della corrispondente obbligazione di risarcimento.


I fattori più accessi della validità delle clausole di esonero (come ROUÈRE, Droit maritimes, cit. supra nota 74; H., § 1759 s.) sostengono che ci si può esonere anche per il dolo dell’equipaggio e del capitano.

(98) Il ROUÈRE, Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d’autrui? in D., 1952, Chron, 79 esamina ampiamente la giurisprudenza sull’argomento e per viene alla conclusione che non esiste un principio generale di responsabilità (o di garanzia) per il faite d’autrui. Cfr., più specificamente, SAVATIER, La responsabilité générale du fait des choses que l’on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?, in D.H., 1983, Chron, 91; BECQUÉ, De la responsabilité, cit. supra nota 41; MAZEAUD e TUNG, § 965 s.
Si prospettano, pertanto, tre temi di indagine: 1°) se la colpa grave, generalmente e nelle clausole di irresponsabilità, sia assimilata al dolo (infra, §§ 19 e 28); 2°) se il divieto di esonero per dolo consegue al generale divieto di esonero della responsabilità delittuale (infra, § 27); 3°) se, comunque, l’azione contro il debitore doloso sia, secondo la giurisprudenza francese (289), un’azione delittuale (infra, §§ 20 e 30).

***


Dal code civil sono assenti quelle distinzioni tra i gradi della culpa che avevano tanto occupato gli ingegni dei giuristi dei secoli precedenti, dai Glossatori in poi. La rilevanza della faute lourde è esclusa, per quel che concerne la responsabilità delittuale, dall’art. 1382, il quale — secondo l’interpretazione tradizionale — recepisce il preteso principio del diritto romano della sufficienza della culpa levissima per la concessione dell’actio legis Aquiliae (28c). Nel campo contrattuale, la culpa levissima non è fonte di responsabilità: il code gradua la diligenza non in base alla intensità della culpa, sebbene riferendosi alla diligentia quam in suis (articolo 1927: deposito), al buon padre di famiglia (art. 1880: commodato), o — genericamente — alla faute.

Nonostante che la culpa levissima renda responsabili ex art. 1382 code civil, la giurisprudenza francese ha avvertito, in taluni casi, la necessità di ricorrere alla faute lourde allo scopo di servirsene quale criterio di imputabilità rispetto a fatti che, altrimenti, non indurrebbero alcuna responsabilità nel loro autore. Ciò, ad esempio, è avvenuto per l’erreur grossière del litigante: non basta la semplice faute — poniamo, nel valutare la fondatezza della propria resistenza in giudizio — per generare responsabilità; occorre una faute ca-

(289) Le opinioni della dottrina sono già state riferite supra, § 16.

racterisée dall'erreur grossière e, cioè, una faute lourde (infra, §§ 21 e 22).

Questa naturale emersione della faute lourde si è riscontrata anche nell'area contrattuale; d'altronde, il silenzio legislativo è stato violato da numerose disposizioni in materia di accertamento della responsabilità civile, di infortuni sul lavoro e di trasporto terrestre, marittimo ed aereo le quali, oltre che di faute lourde, parlano anche di faute inexcusable.

La definizione della faute lourde coincide, tradizionalmente, con quella della culpa lata (D. 50. 16. 223; 50. 16. 213. 2). I giuristi del secolo XVI e XVII ne ammettevano comunemente l'equiparazione al dolo nelle materie civili (29), così seguendo il principio che — seppure in via di interpolazione — appariva dal Digesto.

Una delle poche voci contrarie era quella di Moliné, il quale riteneva che la liquidazione del danno cagionato dalla colpa grave «necesse est arbitrio iudicis relinquare» (29).

Già nelle discussioni dei giuristi dei secoli precedenti il code civil appaiono le due principali tendenze che, seppur variamente specificate, restano, ancor oggi, i poli di attrazione di ogni discussione sul tema dell'equiparazione della colpa grave al dolo. Da alcuni si pone l'accento sulla entropogeneità esistente tra dolo e colpa grave; da altri, si vuol superare questa osservazione concettuale o riconducendo le due nozioni alla violazione di un unico precetto od invocando ragioni di opportunità le quali impongano l'equiparazione.

A parte le pure e semplici professioni di ossequio al canone della equiparazione (30), che non contribuiscono all'ulteriore chiarificazione dei termini del problema, molti Autori hanno tentato di individuare un fondamento della equiparazione che non fosse radicato semplicemente su considerazioni di politica legislativa.

Pothier, ad esempio, ritiene che la riprovevolezza della faute lourde sia eguale a quella della faute intentionelle (30) e Toullier afferma che il non fare ciò che fanno le persone anche meno attente «est une sorte de dol» (30).

Sono, queste, posizioni estreme che, pur respinte come tali, sono raffinate dall'analisi dei giuristi successivi.

Il Sourdat, infatti, sostiene che la colpa grave è assimilata al dolo nonostante che — come egli stesso ammette — la prima sia irriducibile al secondo sotto il profilo concettuale. La colpa grave è frutto di una «insouciance extrême» e «porte atteinte à la bonne foi» (30). Pur rilevando che tra colpa grave e dolo susiste lo iato della intenzionalità, il Sourdat ritiene di poter superare tale distinzione mediante il ricorso al precetto della buona fede nell'esecuzione del contratto. Sia il dolo che la colpa grave sedano quel precetto

(29) Papon, J., Notaires, I, 41 « nos lois ... seulement pour l'intérêt civil condamment l'imprudent comme malicious... » ; Charondas le Caron, L., Pendreau ou Digestes du droit français, nouv. éd., Paris, 1837, II, 28, fo. 295. Cf. Campano, C., Ad utilisissim. i. contractus f. de reg. iur., Lusitanae Parisiorum, 1574 n. 4-91; 101-103.

V, successivamente, Denisart, J.B., Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, Paris, 1774, Voce Faute, n. 4 « La faute qui est très proche du dol, représente le de lui-même ».

(29) De eo qual. int. n. 179. Contr. tra gli altri, Laborde-Lacoste, De la responsabilité pénale, etc., thème, Bordeaux, 1918, 201 ss., il quale critica una sentenza della Corie d'Appello dell'Indocina (poi cassata da Civ., 23 maggio 1913, in D.P., 1915, 1, 71) che aveva proporzionato il risarcimento, in materia aquiliana, all'entità della faute.

(30) V. ad esempio: E.P., Note sous Reg. 26 ottobre 1932, in D.P., 1932, I, 176 (en vertu du principe traditionnel); Esménin, P., Les clauses, cit supra nota 75, 32.

(30) Traité des obligations, § 142.


(30) Sourdat, § 662-septies.
e, dunque, la sanzione deve essere la medesima: il trattamento giuridico della colpa grave è identico a quello riservato al dolo.

In una pregevole nota a sentenza (103), JOSSELAND accoglieva la tesi opposta e, dopo aver rilevato l’insuperabilità, salvo espressa disposizione di legge (104), dell’elemento dell’intenzionalità, negava che la faute lourde fosse riconducibile alla violazione della buona fede, a ciò ostando l’assenza della volontà di sedere l’altro diritto.

Una teoria di compromesso veniva, allora, proposta dal VOISENET, in una brillante tesi di dottorato (105), ove si concludeva che l’assimilazione della colpa grave al dolo «choque le bon sens» (106) e — respinta la tesi della colpa grave come presunzione assoluta di dolo, tuttora sostenuta da MAZEAUD (107) — si proponeva la teoria della presunzione relativa di dolo secondo le circostanze della causa. La faute lourde in conclusione, può condurre all’inversione dell’onere della prova del dolo qualora, dai fatti di causa, il giudice ritenga

(103) JOSSELAND, L., Note sous Cir. 29 juin et 3 août 1932, in D.P., 1933, I, 49 (la sentenza Cit. 3 agosto 1932 è stata ampiamente riferita supra nota 94). V. anche, dello stesso Autor, L’espert des droits, cit., § 281, II, § 281, II, § 612-quester e 624.

(104) Cf. RIPERT, G., La règle morale dans les obligations civiles, 3ème éd., Paris, 1925, § 162; cf. BOUTAUD, Des clauses, cit. supra nota 12, 12 s.


(108) MAZEAUD e TUNG, §§ 414 e 2523; MAZEAUD, L., L’assimilation de la faute lourde au dol, in D.H., 1933, 49 (nelle Lois de droit civil, cit. supra nota 23, gli stessi Autori affermano, però (§ 447), che la presunzione è relativa); cf. gia LEAL, De la négligence et de l’imprudence comme sources de responsabilité civile délictuelle, thèse, Paris, 1922, p. 50 s. Cf. PLANTOL e RIPERT, t. 6, § 405 (con riferimento alle stipulazioni di irreponsabilità).

di trarre una presunzione relativa che ponga nel convenuto l’onere di provare l’assenza del dolo (108).

Bene accolta dalla dottrina (109), questa teoria è tuttora contrastata dai numerosi Autori che — sul presupposto della irreducibilità concettuale della colpa grave del dolo — negano teneacemente la legittimità della equiparazione (110).

***

Il problema dei rapporti tra colpa grave e dolo è stato affrontato dalla giurisprudenza francese con particolare ri-

(108) VOISENET, De la faute lourde, cit. supra nota 105, 421 s. Cf. BOBLOT, La faute lourde en droit privé français, in Rev. trim. dr. civ., 1943, I ss.


Più decisiva è la posizione di ROUXEL, R., Une notion monâché, la faute ou dolo dans les contrats, in Rev. trim. dr. civ., 1954, 201 ss. e Note sous Cir. 11 marzo 1960, in D., 1960, I, 277. Cf. anche SAVATIER, § 34. La posizione della giurisprudenza è seguita da COLIN e CAPITAN, 379-464.


Sobene contrario all’equiparazione, lo JAMBU-MERIAN, H., Del et faute lourdes, in D., 1955, Chron. 89, propone una visione originale di cui si dirà infra, § 20. Della dottrina marittimistina si è già detto nel paragrafo precedente.

Per l’interpretazione della legge del 1956 sul trasporto marittimo v. infra nota 113.
Colpa grave o dolo

Tradizionalmente, però, la giurisprudenza francese mostra avversione per chi si comporta in maniera gravemente negligente. Ciò appare, tra l’altro, dall’orientamento giurisprudenziale che negava che l’assicuratore fosse tenuto a risarcire il sinistro causato dalla faute lourde dell’assicurato: è stata necessaria la legge 13 luglio 1930 (art. 17) per consentire che l’assicurazione della responsabilità civile comprendesse anche la colpa grave (114).

La medesima avversione appare anche dal recente sviluppo della nozione di faute inexcusable, mediante la quale si sottopongo allo stesso regime del dolo quei comportamenti


(114) L’art. 17 della legge 13 luglio 1930 ammise la validità dell’assicurazione per colpa grave dell’assicurato. Per la giurisprudenza precedente v., tra le altre: Douai, 5 agosto 1867, in D.P., 1868, 5, 26 n. 5; Paris, 16 gennaio 1851, in D.P., 1851, 2, 99; Civ., 15 marzo 1876, in D.P., 1876, 1, 449 ed in S., 1876, 1, 337 (che causa Carin, 18 agosto 1874, in D.P., 1876, 1, 449); Civ., 15 gennaio 1889, in Gaz. pal., 1929, 1, 492; Bordeaux, 28 giugno 1920, in S., 1921, 2, 1 che, della limitazione dell’assicurazione per colpa librissima (cf. supra, nota 79). In dottrina, prima della legge del 1930: Pin, L’assurance des fautes, thèse, Paris, 1923; Fromangot, De la faute, cit. supra, nota 110, 68 ss. (favorisce all’assicurazione). V., anche Trasbot, Commentaire à la loi du 13 juillet 1930, in D., 1930, 4, 1.
menti nei quali — più che la negligenza — si riscontra le temerarietà e la previsione dell’evento (115).

Sull’equiparazione della colpa grave al dolo, dal punto di vista del risarcimento del danno imprevedibile, sembrerebbe che, tranne un’antica sentenza contraria (116), la giurisprudenza sia orientata in senso favorevole (116). Muncau, però, pronunce successive al 1951 (117).

(115) La nozione di «faute inexcusable» ebbe la sua prima applicazione nella legislazione sugli infortuni del lavoro. Se l’infortunio avviene a causa della faute intentionnelle del lavoratore, questi non ha diritto ad alcun indennizzo; se a causa della sua faute inexcusable, l’indennizzo sarà ridotto (v. legge 9 aprile 1898, art. 20, § 3, modificata dalla L. 1 luglio 1938; L. 30 ottobre 1946, art. 63), esso sarà tuttavia aumentato se la faute inexcusable è imputabile al datore del lavoro.

Di faute inexcusable si parla anche nel Protocollo dell’Aja che, con effetto dell’1 agosto 1963, modificò la convenzione di Varsavia (art. 25) sul trasporto aereo internazionale: la faute inexcusable esclude l’efficacia della limitazione di responsabilità. Analoga limitazione vige per il trasporto aereo interno per effetto della L. 2 marzo 1957.


(117) Secondo E.P., Note sous Req. 24 ottobre 1932, in D.P., 1932, 1, 176 la dottrina francese prevalente ammette l’equiparazione della colpa grave al dolo anche ai fini della determinazione del danno risarcibile ex artt. 1150 e 1151 code civil.

«Faute inexcusable»

È difficile accertare la soluzione dell’ulteriore problema della natura (contrattuale e delittuale) dell’azione concessa al creditore per la faute lourde del debitore inadempiente: di questo tema tratterà più avanti, nel § 28 (117).

***

(117) V. comunque, Nancy, 18 gennaio 1951, in Gaz. Pal., 1951, 2, 80, che ritiene esservi concorso di azioni in caso di colpa grave o le sentenze citate infra, nota 135.
Azione di inadempimento doloso

sembra indiretto, per il caso di inadempimento doloso, verso la tesi della reciproca esclusione delle due azioni: il creditore non è posto dinanzi ad alcuna scelta, per la ragione che l'ordinamento gli offre un solo mezzo di tutela (123).


Tutte e tre le volte il danneggiato ha invocato l'art. 1384 code civili (caso in custodia).

È chiaro il fondamento dell'azione nel terzo caso in quanto non c'è nesso tra l'obbligazione contrattuale di riparare l'automobile ed il ferimento del proprietario della medesima. Meno facilmente si capisce, però, la divergenza tra le prime due sentenze (la seconda delle quali probabilmente era a conoscenza della prima dato che il medesimo avvocato rappresentava il ricorrente in entrambe le cause): l'una ammette l'azione extracivile ex art. 1384 e l'altra la respinge. Anzitutto, si ha da rilevare che anche la prima sentenza respinge la tesi del concorso di azioni, affermando che esiste, a carico del venditore, soltanto una responsabilità délictuelle: il principio della separazione tra le due responsabilità non è, pertanto, intaccauto. La tecnica che segue la Cassazione e di affermare che, secondo l'accertamento incausabile della Corte d'Appello, «lo danno subìo stàtis sans rapport avec l'obligation de livrer la chose vendue».

Quel che fa a noi interessare, per il momento, comunque, è che il principio della separazione delle due responsabilità non sia stato messo in dubbio da sentenze che non concordassero ipotesi di dolo e colpa grave. V., ulteriormente, infra, nota 144.


20. Natura («contrattuale» od «extracivile») dell'azione di inadempimento doloso.

Richiamando le più ampie considerazioni espresse in precedenza (§§ 16 e 16-bis) sulla natura dell'azione di inadempimento doloso, basterà ricordare che le posizioni sostenute dagli Autori francesi sono le seguenti: a) l'azione di inadempimento rimane «contrattuale» anche qualora l'inadempimento sia dovuto al dolo del debitore (119); b) l'azione è «delittuale» ed il creditore non ha altro rimedio (120); c) il creditore può scegliere — e la scelta sarà irrevocabile — tra esperire l'azione «contrattuale» per ottenere il risarcimento del danno prevedibile e l'azione «delittuale» per ottenere il risarcimento del danno imprevedibile: teoria dell'opzione (122; d) il creditore può intendere l'una e l'altra azione: teoria del cumulo (123).

Già si è accennato — in relazione a casi specifici — che la Cassazione francese appare generalmente contraria alla teoria dell'opzione. Nonostante alcune recenti pronunce — le quali, se mai, contribuiscono a spostare la linea di confine tra i rimedi contrattuali e delituali (122) — la giurisprudenza

(118) Supra, note 37, 42, 43 e testo relativo.
(119) Supra, note 44-49 e testo relativo.
(120) Supra, nota 57 e testo relativo.
(121) Supra, § 16-bis in fine.
L'oggetto principale di questo paragrafo è quello di conoscere quali siano — secondo la giurisprudenza francese — gli attributi dell'azione per inadempimento doloso. Lasciando, per ora, impregiudicata la teoria del cumulo di azioni (infra, § 31), questa ricerca sarà sufficiente per situare la giurisprudenza francese nell'ambito di una o più fra le quattro teorie suaccennate.

Sono, inamitutto, da prendere in esame alcune non recenti decisioni in tema di esecuzione di una sentenza di condanna su beni costituiti in dote. L'art. 1554 code civil (ora abrogato dalla legge n. 65-570 del 13 luglio 1965) sanciva l'indisponibilità dei beni dotali; si ammetteva, tuttavia, che su tali beni potessero venire eseguite sentenze di condanna pronunciate per délit (intendi: delitto civile) o per quasi-délit (125).

È palesato che questa norma può fungere, per la trattazione del nostro tema, da elemento reattivo: se la condanna contro il debitore colpevole di dolo può venire eseguita su beni dotali, vorrà dire che l'indennamento doloso è un délit e, fino a prova in contrario, che la relativa azione di danni è un'azione delittuale.

Le sentenze che ci interessano sono quattro e sono state emesse tra il 1885 ed il 1907: ancora oggi, la dottrina francese le richiama in ogni trattazione approfondita del tema.

---


Azione per « mauvaise fio »: natura

Nel 1885 la Chambre des Requêtes affermò che l'« inéxécution dolosive d'un engagement » non costituiva délit e che, pertanto, la relativa sentenza di condanna non poteva venire eseguita sui beni dotali della debitrice (125).

Nella sentenza dell'11 marzo 1904, la Corte d'Appello di Limoges sembrò accogliere la tesi contraria: anche la semplice faute nei rapporti contrattuali, costituendo un quasi-délit, esclude l'applicabilità dell'art. 1554 code civil (126).

In quello stesso anno, la Chambre des Requêtes ammise l'esecuzione sui beni dotali di una donna che, al fine di sottrarsi alla responsabilità personale derivante dall'esercizio di un'impresa, aveva costituito una società fittizia ed aveva acceso un'ipoteca sui propri beni dotali per garantire un finanziamento concesso da terzi alla società (127).

Da ultimo, la medesima Chambre dovette occuparsi (nella sentenza 7 gennaio 1907) del seguente caso: una donna, dopo aver concluso un contratto di compravendita, rifiutava di pagare il prezzo e, lamentando la lesione ultra dimidium, conveniva il venditore per ottenere l'annullamento del contratto. Nel contempo, la compratrice revocava l'ordine — dato ad un agente di borsa — di vendere alcuni titoli (dotali), il cui provento avrebbe dovuto essere versato al venditore in conto prezzo. Riconosciuta l'infondatezza delle pretese della donna, questa venne condannata al risarcimento del danno ma la Chambre des Requêtes confermò la sentenza impugnata che, respingendo l'istanza del venditore, aveva negato l'ipoteca giudiziale (128).

Non è difficile mettere ordine in queste decisioni — a parte che esse sono state male interpretate da molti Autori

(125) Req., 23 novembre 1885, in D.P., 1886, 1, 11.
(126) LIMOGES, 11 marzo 1904, in D.P., 1905, 2, 62.
(127) Req., 14 aprile 1904, in D.P., 1905, 1, 181.
(128) Req., 7 gennaio 1907, in D.P., 1908, 1, 400.
abbrigliati dalla locuzione «inexécution dolosive» che compare nella prima e nell’ultima di esse.

Occorre premettere che l’orientamento dei giudici di merito nell’interpretazione dell’art. 1554 code civil era nel senso di derogarvi qualora si fosse riscontrata la mauvaise foi della femme dotale (29); non, ogni faute costitue quasi-délit o délité ex art. 1382 code civil, pertanto, legittimava la esecuzione sui beni dotali, ma soltanto un faute di particolare gravità e, specificamente, una faute consistente in un comportamento di mauvaise foi.

A questo orientamento non si era sottratta la succitata sentenza della Corte d’Appello di Limoges: sebbene la motivazione parli di semplice faute, dai fatti di causa emerge che la convenuta aveva adottato un contegno scientemente lesivo dell’altrui diritto. Si trattava di una donna presso la quale era stato effettuato un pignoramento presso terzi, ai danni del marito, per conto di un creditore di quest’ultimo; la donna si era rifiutata di indicare quali fossero i suoi debiti nei confronti del marito. Come si vedrà più avanti (infra, §§ 25, 26 e 29), la giurisprudenza francese tende a riscontrare mauvaise foi in ogni caso di approfittamento di una situazione di vantaggio.

Evidente, invece, era la mala fede (volta a ledere i diritti dei creditori) nel surriferito caso della fittizia costituzione di società (130).

Veniamo, adesso, alla prima ed alla quarta delle succitate sentenze (entrambi della Chambre des Requêtes e, rispettivamente, del 1885 e del 1907). L’interesse di queste pronunce deriva dal fatto che la Cassazione ha ritenuto che il rifiuto di adempiere, sebbene definito (nella sola sentenza del 1885) «inexécution dolosive», non valga ad attribuire al credito l’azione delittuale. È, questa, la spiegazione del diniego dell’esecuzione sui beni dotali della debitrice.

Qui bisogna stare molto attenti al nominalismo ed occorre considerare attentamente i fatti delle due cause.

Nella prima di esse (131), la debitrice rifiutava pervicacemente di consegnare il bestiame che aveva promesso di consegnare al credito in luogo di una somma precedentemente presa a mutuo.

Nella seconda (132), la compratrice rifiutava strenuamente di pagare il prezzo convenuto ed avanzava una serie di eccezioni che poi si dimostreran infondate. La sua buona fede, tuttavia, non era posta in dubbio.

Nel primo caso, e non nel secondo, la sentenza parla di inexécution dolosive; in entrambi, rifiuta l’esecuzione sugli immobili dotali che, come si è detto, veniva abitualmente concessa dalla giurisprudenza per délité, quasi-délit e mauvaise foi.

Non è questo il luogo per suggerire il criterio che, nel diritto francese, distingue il dolo dalla mala fede: tuttavia, sembra evidente che, nelle due cause surriferite, l’esecuzione sui beni dotali avrebbe potuto essere concessa soltanto qualora dai fatti di causa fosse emersa la mauvaise foi. Invero, è palese che non si sarebbe potuto riscontrare in essi né un délité né un quasi-délit.

La seconda sentenza, in sostanza, si riduce alla seguente affermazione: non è in malafede e, dunque, non è soggetta all’azione delittuale, la compratrice che, ritenendo di aver pagato un immobile oltre il doppio del suo valore effettivo,

(29) V. le sentenze citato nella nota redazionale a Limoges, 11 marzo 1904, cit. supra nota 126.

(130) Sentenza citata supra nota.

(131) Sentenza citata supra nota 125.

(132) Supra nota 128.
rifiuti di pagare il prezzo convenuto. Posta in questi termini, la sentenza non solleva alcun dubbio sulla sua congruità con i precedenti.

Più delicato è l’esame che richiede la prima sentenza. Essa, è vero, rileva l’inexécution dolosive d’un engagement e nega l’esecuzione sugli immobili dotali. L’inexécution dolosive appariva dal rifiuto «opinâtre» di adempiere; la sentenza, però, non parla di mauvaise foi sebbene la precedente giurisprudenza della Cassazione avesse sovente fatto ricorso a questa nozione al fine di superare l’art. 1554 code civil.

Che la semplice inesecuzione del contratto, sia pure ingiustificata e voluta, costituiscia il debitore in dolo, sarebbe stata proposizione nuova nella giurisprudenza francese e non si può pensare che la Cassazione abbia voluto introdurla senza alcun avvertimento o riserva. Tanto più che, se la Corte avesse davvero inteso riferirsi al dolo del debitore, difficilmente avrebbe potuto sfuggire ai precedenti che, in caso di mauvaise foi, concedevano l’esecuzione su beni dotali.

«Inexécution dolosive», pertanto, è un termine che la Corte impiega come sinonimo di «inesecuzione volontaria» (133) dalla quale esula la mala fede. Seguendo i suggerimenti di parte della dottrina (infra, § 25), la Cassazione ha equiparato i due termini «inadempimento doloso» ed «inadempimento volontario». Ma, in questo significato affermato innovatore, la sentenza rifiuta di annettere all’insecuzione volontaria le conseguenze che comunemente erano riferite al dolo ed alla mala fede del debitore (azione delittuale).

In questo senso, la sentenza del 1885 mostra, una volta superato lo scoglio terminologico, che inesecuzione volontaria ed inesecuzione dolosa sono due fatti del tutto eterogenei, così che dalla prima nasce soltanto l’azione «contrattuale» di danni.

Non vi è, dunque, ragione di accogliere la tesi di chi interpreta questa sentenza come un segno della benevolenza giurisprudenziale nei confronti della dote: al di là del l’impiego di un certo nomen, la Cassazione ci ha fornito un interessante spunto per cogliere la soluzione di uno dei più difficili problemi relativi alle nozioni di dolo e di mala fede, al tempo stesso confermando — mediante il raffronto con le altre sentenze — che il dolo e la mala fede appartengono all’area delittuale (134).

***

Due pronunce della Corte di Bordeaux dell’8 luglio 1909, variamente commentate dalla dottrina (135), affermano che l’azione contro il debitore colpevole di faute lourde nasce dal quasi-delitto e non dal contratto (136). La questione era sorta per determinare il giudice competente: se si fosse trattato di un’azione derivante dall’insecuzione del contratto, sarebbe stato competente, ai sensi della legge 12 luglio 1905, il giudice di pace in luogo del tribunale di commercio (foro generale).

(134) È chiaro che nulla rileva, ai nostri fini, il fatto che l’istituto dotale sia stato successivamente trasformato a causa del riconoscimento della capacità di agire della donna maritata.

(135) CHERON, Note, in D.P., 1912, 2, 49; FERON, Note, in S., 1911, 2, 233; BONNET, Responsabilité delituelle et contrat, in Rev. cr., 1912, 418.

(136) La legge 12 luglio 1905 disponeva che tutte le controversie relative al trasporto di pacchi postali fossero devolute ai giudici di pace e non ai Tribunali di commercio. Le due sentenze BORDEAUX, 8 luglio 1909, decidono che la competenza dei giudizi di pace presuppone che l’azione sia fondata sull’inadempimento di una obbligazione contrattuale e che, in caso contrario, riprende vigore l’ordinaria competenza del Tribunale di commercio.

\[\text{V., per una analoga terminologia, la sentenza Giliani c. La Veloce, infra, § 44.}\]
La prima di queste due sentenze riscontra faute lourde nelle manovre poste in essere da una società ferroviaria per impedire che si accertasse l’avvenuto smarrimento di un pacco; la seconda rileva faute lourde nella consegna della merce trasportata a persona diversa dal destinatario. Come è stato giustamente osservato dagli annotatori delle sentenze, nel l’un caso il fatto costitutivo del danno esulava dalla esecuzione del contratto, mentre, nell’altro, esso si risolveva in un tipico inadempimento.

Entrambe queste sentenze furono successivamente cassate, ma per ragioni diverse: la prima perché, come si esprime la Cassazione, «mêmes en admettant que les faits constatés ... présentent le caractère d’une faute se détachant de l’exécution du contrat de transport», competente era comunque il giudice di pace (137). La seconda sentenza, invece, venne cassata perché, secondo la Corte Suprema, la faute era intervenuta «au cours de l’exécution du contrat de transport» (138) e, pertanto, rientrava nell’ambito dell’azione contrattuale.

Si osservi il particolare significato assunto da faute lourde nel primo caso: la Corte non ha voluto dire che il debitore si era comportato in maniera gravemente negligente, ma che il suo comportamento era fautif — e, cioè, imputabile — in maniera riprovevole: probabilmente, la Corte intendeva richiamarsi alla nozione di mauvaise foi più che a quella di faute lourde. Inoltre, la sentenza accoglie l’azione delittuale perché la faute non era connessa all’esecuzione del contratto. Su questa interessante osservazione tornerò in seguito (infra, § 29). Quanto alla seconda sentenza, essa aderisce alla teoria secondo la quale ogni fatto dannoso intervenuto durante l’esecuzione del contratto, è deducibile in giudizio mediante la sola azione contrattuale (supra, § 15).

In due casi tipici di inadempienza dolosa, costituita da atti apparentemente intervenuti durante lo svolgimento del rapporto contrattuale (e solo da questi resi possibili), si ritenne che la responsabilità avesse fonte nel delitto o nel quasi delitto (139). Trattandosi di amministratori di società anonime (i quali, nel diritto francese, hanno tuttora veste di mandatari: art. 22 della L. 24 luglio 1867; cf. art. 32 code de commerce) perseguiti da alcuni soci, mediante l’azione individuale, per aver presentato bilanci artefatti che avevano ingannato gli azionisti sulla reale situazione della società. In entrambi i casi si discuteva dell’ammissibilità dell’azione individuale in luogo di quella sociale, ma l’azione individuale avrebbe potuto essere ammessa soltanto qualora si fosse dimostrato che il fatto degli amministratori esulava dall’esecuzione delle azioni sociale (contrattuale) (140).

Rilevato che, nella esecuzione del mandato, gli amministratori avevano fatto ricorso ad inganni ed a manœuvre lesive dei diritti dei mandanti (140), la giurisprudenza francese ammise, entrambi i casi, l’azione individuale (delittuale) in luogo dell’azione sociale (contrattuale).

Le decisioni sin qui riferite, pertanto, mostrano che, in

(137) Civ., 14 gennaio 1918, in S., 1920, 1, 75, 2ª espéce (primo pres. Sarrut).
(138) Civ., 14 gennaio 1918, in S., 1920, 1, 75, 1ª espéce (primo pres. Sarrut).
(139) Req., 26 gennaio 1910, in S., 1911, 1, 105 e Lyon, 14 febbraio 1913, in S., 1913, 2, 299, entrambi con note critiche di Perroud.
(140) La sentenza del Tribunale di Lyon, confermata in appello (cit. nota 139), si fonda esplicitamente sulla confiance che gli azionisti avevano riposto negli amministratori. La sentenza Req., 26 gennaio 1910 (cit. nota 139), specifica chiaramente «Attenant que l’action n’était point basée sur une faute contractuelle des administrateurs dans l’exécution de leur mandat qu’elle avait pour fondement un délit ou quasi-délit sortant du cadre de la gestion des administrateurs»...
presenza di taluni contegeni che — per ora — possiamo comprendere genericamente sotto i nomi di dolo e di mala fede, il creditore può esperire l’azione extracontrattuale. Ma il creditore potrebbe agire ex contractu qualora non intendesse valersi del rimedio delittuale?

Mentre vi sono alcune sentenze, prevalentemente delle Carti di merito, le quali lasciano intendere che la superposition della responsabilità delittuale o quasi delittuale a quella contrattuale, esclusa in via di principio, può essere ammessa quando sussista dolo o mala fede e, talvolta, colpa grave (14), non vi è alcuna pronuncia che effettivamente applichi quel principio in maniera chiara (15), sebbene non ve ne sia nessuna che lo escluda. La teoria dell’opinione, dunque, non è esplicitamente condannata dalla giurisprudenza francese. Tuttavia, mentre non conosciamo sentenze in cui una di queste due teorie sia stata accolta, vi sono molte pronunce che — come quelle riferite sopra — affermano la natura delittuale dell’azione concessa al creditore in caso di dolo, o mala fede e faute lourde.

Altre sentenze accolgono questo principio in maniera implicita, come è avvenuto in una pronuncia del 1921 della Chambre Civile in cui si è condannato l’acquirente, che rifiutava prontamente di ricevere la consegna della merce, al risarcimento del danno nonostante l’assenza di costituzione in mora (16). Ciò significa, evidentemente, che l’azione del venditore rivestiva i caratteri dell’azione extra-contrattuale;


(15) Savatkin, § 154 nota 1 si stupisce della scarità di sentenze su questo argomento.


sebbene sia pacificamente ammesso nel diritto francese che, anche per le obbligazioni convenzionali, la messa in mora non è richiesta quando l’esecuzione non è più possibile, non mi sembra che la Corte possa essersi ispirata a questo principio. Invero, è ben difficile far derivare, dal semplice rifiuto del debitore, l’impossibilità del pagamento del prezzo. La ragione del decidere, pertanto, è fondata sulla natura delittuale dell’azione concessa al creditore.

Sembra, pertanto, si possa concludere che la giurisprudenza francese riscontra una responsabilità extra-contrattuale per dolo, malafede o faute lourde. Ciò non riguarda i casi in cui il contengo del debitore si risolve in una negligenza od in una violazione scienze di obbligazione tipicamente contrattuale, sicché esso permane nel quadro delle obbligazioni convenzionali; ma riguarda taluni casi — che saranno meglio individuati nelle due prossime sezioni — dell’apparato od una particolare riprovavolezza della condotta del debitore od la sua esorbitanza dalle obbligazioni contrattuali. Rifiutando, pertanto, le tesi troppo astratte che vogliono localizzare il dolo o soltanto nell’area contrattuale o soltanto in quella delittuale od, infine, nell’una e nell’altra allo stesso tempo, la giurisprudenza accoglie una posizione più articolata ed elastica.

***

Qualsiasi « tipo » di dolo, tuttavia, è sottratto alla preventiva regolamentazione convenzionale, anche il dolo dei posti. Lo stesso dicasì per la colpa grave e per la malafede. In ciò è difficile non vedere uno strettissimo nesso con la nullità, affermata dalla giurisprudenza (supra, § 17), delle convenzioni di esonero della responsabilità extracontrattuale. Tale affermazione mi sembra corroborata da quelle recenti deci-
zioni (supra, nota 122) che scartano la responsabilità contrattuale in favore di quella delittuale o quasi delittuale appena riscossono a svincolare il fatto dannoso dall'immediato collegamento con le obbligazioni nate dal contratto (\textsuperscript{144}). La giurisprudenza francese, in sostanza, ha respinto le teorie le quali, in base al postulato del permanere di pretesi principi della responsabilità delittuale nei rapporti contrattuali, sostenevano la possibilità dell'\textit{opzione} tra le due responsabilità. Al tempo stesso, la giurisprudenza francese si è votata ad un accordo regolamento di confini tra contratto e fatto illecito: restringendo l'area delle pure obbligazioni contrattuali, essa ha individuato una serie di casi in cui il comportamento del debitore, pur non costituendo, \textit{al tempo stesso}, la violazione di obbligazioni sorte da fonte diversa da quella convenzionale, viene sanzionato mediante il rimedio extracontrattuale.

Da quanto si è sinora detto, appare evidente che la dottrina odierna — ancora schierata sulle rigide posizioni tradizionali — persiste nel nominalismo ereditato, attorno alla nozione di dolo, dall'antico diritto ed oggi trasfuso nei \textit{nomina «azione contrattuale» ed «azione extracontrattuale»} (\textsuperscript{145}).

\textsuperscript{144} La giurisprudenza, invero, sembra attribuire rilevanza al fatto dannoso come indice della violazione di una obbligazione extra-contrattuale. Questo criterio non è che una chiarificazione del più generale principio che legittima la esistenza della responsabilità extracontrattuale per fatti che, sobbene commessi durante l'esecuzione di un contratto, non sono direttamente collegati alla realizzazione dell'obbligazione contrattuale. Questa chiarificazione fa sì che si distingua l'obbligazione contrattuale, ad esempio di immettere qualcosa nel patrimonio altrui, dalla obbligazione extracontrattuale di immetterla senza danneggiare gli oggetti del creditore ad essa circostanti.

Questo più recente orientamento apre interessanti prospettive per l'indagine oggetto della prossima sezione.

\textsuperscript{145} La medesima impressione è riferita da SAVATIER, \textit{Note sous Civ. 13 mai 1955}, in D., 1956, \textit{J.}, 53ladove l'ama che il « verbalisme » è « la grande avventura que présentent avoir courue les protagonistes de la grande querelle du cumul... de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle ».
CAPITOLO TERZO

NOZIONE DI DOLO DEL DEBITORE
E PROBLEMI CONNESSI

SEZIONE I - «Mauvaise foi» del debitore di somma di denaro.

SEZIONE II - Nozione di dolo del debitore e problemi connessi.

SEZIONE III - Conclusioni.

APPENDICE - Indice bibliografico.
SEZIONE I

«Mauvaise foi» del debitore
di somma di danaro

21. La resistenza in giudizio come mezzo per ritardare l'adempimento.
22. Responsabilità delittuale del litigante temerario.
23. La mala fede ed il ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie.

* * *

21. LA RESISTENZA IN GIUDIZIO COME MEZZO PER RITARDARE L'ADEMPIMENTO.

Il tema del ritardo nell'adempimento è stato oggetto di minor attenzione — da parte della dottrina francese, a cominciare da Pothier (146) — che non l'adempimento o l'adempimento inesatto. Anche le trattazioni sul dolo e la mala fede del debitore non approfondiscono tale aspetto, si che sembrerebbe che il ritardo doloso non possa avere una propria specifica problematica e rilevanza sia pratica che teorica (147).

Di fronte a questa lacuna sta l'importanza sociale ed economica delle obbligazioni pecuniarie, rispetto alle quali l'adempimento definitivo è occorrenza molto rara che, d'altronde, spesso sconfina nel campo del diritto penale (frode ai creditori, bancarotta fraudolenta).

L'occorrenza più usuale, al contrario, è quella del semplice ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione pecuniaria. Che tale ritardo, quando sia dovuto a dolo, possegga una pro-

(146) Supra, § 10, in fine.
(147) Eguale rilievo varrà per il diritto italiano.
pria specifica problematica risulta dalla peculiare finalità cui, in tal caso, si ispira il debitore, nonché, come si vedrà, dai particolari mezzi cui egli fa ricorso.

Il diritto francese sottopone al debitore, che ritarda l'esecuzione dell'obbligazione pecuniaria per mauvaise foi, ad una responsabilità diversa da quella normale di corrispondere al creditore gli interessi di mora. Il quarto comma dell'art. 1153 code civil (aggiunto dalla legge di riforma 7 aprile 1900) prevede che, qualora si accerti la mauvaise foi, il creditore abbia diritto al risarcimento di tutto il danno subito a causa di essa.

La mauvaise foi del debitore offre, a causa della limitazione della norma al ritardo nell'eseguire l'obbligazione pecuniaria, un ottimo campo di osservazione, del quale dovremo giovare anche al fine di accertare che cosa accadono e che cosa separa il dol dalla mauvaise foi.

***

Già nel diritto comune si erano considerati dei casi di ritardo nell'adempimento: si trattava, tuttavia, di obbligazioni aventi ad oggetto una res infungibile che il debitore era impegnato a produrre (146). Quanto alle obbligazioni pecuniarie, invece, si è riferito il dissenso tra Molineo e Domat (supra, § 12) sulla determinazione dei caratteri, rispettivamente, del dolo e della mala fede.

La originaria redazione del code civil si limitava a sanire, a carico del debitore di somma di denaro, l'obbligo di corrispondere gli interessi moratori dal giorno della messa in mora (art. 1153), senza prevedere un trattamento più severo a carico del debitore di mala fede o colpevole di dolo.

(146) È il caso dello scrittore che ha inteso di scrivere il libro che gli è stato commissionato: supra, cap. I, nota 139-a. Si osservi il tipico comportamento ingannatorio messo in luce da Alciato (cit. ibidem).

Resistenza in giudizio

È osservazione comune che, molto sovente, il debitore di obbligazione pecuniaria ricorre, per procrastinare il pagamento, a contestazioni infondate, a cavilli, a pretesti, a false affermazioni sulla sua intenzione di adempiere dopo un brevissimo termine, e così via. Questi metodi dilatori, che possono o meno accompagnarsi manovre ingannatorie, si manifestano, talora nello svolgimento del rapporto processuale (159).

Sorge, allora, il problema della sussistenza di una responsabilità diversa da quella contrattuale ovvero di una responsabilità contrattuale aggravata mediante la condanna al risarcimento di un danno, altrimenti non risarcibile, che il ritardo nell'adempire ha cagionato al creditore.

L'indagine sul dolo o la mala fede del debitore di obbligazione pecuniaria (infra, §§ 23-24) dovrà necessariamente prendere le mosse dal tema più generale del «litigante temerario» (ed, in particolare, del debitore-convenuto temerario), sia esso o meno debitore di un'obbligazione pecuniaria; si tenga presente, in proposito, che il diritto francese non sancisce una responsabilità aggravata a carico del litigante temerario e — salvo ipotesi specifiche, come l'art. 213 del code de procédure civile — non conosce norme simili al nostro articolo 96 c.p.c.

***

La sentenza 26 gennaio 1819 della Cassazione Civile (159) condanna l'attore al risarcimento del danno derivato al conve-

(159) Ciò avviene sia quando convenuto è un debitore di somma di denaro, che si serve di espedienti procedurali o pose difficoltà, solo formalmente legittime, all'accertamento del diritto del creditore — così trasferendo in una nuova sede la tattica temporale e — sia quando il convenuto è debitore di obbligazione avente altro oggetto e fa impiego di quei meccanismi mezzi per ritardare l'esecuzione della prestazione.

nuto dal fatto che il primo aveva chiesto in giudizio il pagamento di un titolo di credito che se neva essere stato estorto mediante violenza. La condanna è « a titre de peine de sa mauvaise foi ».

In questa sentenza è da rilevare il persistere della nozione di « peine » (tipico indizio di una connessione dolituchia) ed il risiedere della mauvaise foi nella scienza dell’illecitività della propria pretesa. Benché la sentenza concernesse un caso di mala fede (o dolo) del creditore, essa è importante per mostrare che una « peine » era irrogata anche qualora non fosse dato riscontrare uno specifico animus nocendi.

Al « dol » si era richiamata la stessa Corte nella precedente pronuncia del 5 febbraio 1812 (152), ed aveva affermato la responsabilità della parte che « entretien à dessein » l’avversario in un errore di fatto, dal quale deriverà la prescrizione a danno di quest’ultimo.

A fianco di sentenze che non si prestano ad individuare l’esistenza di criteri di giudizio o di orientamenti che vadano al di là del caso deciso (152) (153), abbiamo, nel primo secolo di applicazione dei codici napoleonici, numerose pronunce che mostrano l’intrecciarìsi della mala fede e del dolo processuale con il tema del ritardo nell’adempimento; quest’ultimo è qualificato doloso o di mala fede quando il debitore è ricorso a manovre od artifici dilatori in sede sia giudiziale che stragiudiziale.


Questa distinzione tra i due criteri di imputabilità non era nuova: la si era posta, fin dal 1881, in una decisione della Chambre Civile con riferimento alla condotta del convenuto (158).

Pur senza chiarire in che cosa la malice (o dolo) si differenzi dalla mauvaise foi, queste pronunce lasciano intendere che quella distinzione esiste, sebbene essa non abbia alcuna

---

(152) CASS. REJ., 5 febbraio 1812, in D.A., 10, 452.
(154) CIV., 2 marzo 1831, in S., 1831, I, 178 concerne l’azione contro un tutore per errori nei conti presentati allo scadere della tutela. Dopo trenta anni di liti, il tutore viene condannato al versamento di una certa somma, con gli interessi di mora; la Corte di Appello (C. ANGERS, 5 luglio 1826 inedita) vi aggiunge dodicimila franchi a titolo di risarcimento del danno. La Cassazione annullo questo capo della sentenza, accogliendo la tesi del tutore che la condanna ai danni era inammissibile al di fuori dei casi di dolo o mala fede. Dal testo della sentenza, sembra potersi dedurre che il tutore credeva in buona fede di aver presentato dei conti esatti e che, pertanto, la sua resistenza in giudizio doveva essere ritenuta giustificata.
(155) C. Orléans, 9 agosto 1849, in D.P., 1849, II, 152, resa sotto la presidenza di BOUCHER D’ARGES.
(156) C. TOULOUSE, 7 febbraio 1859 (poi confermata in Cassazione), in D.P., 1861, I, 73. Si trattava di una specie di persecuzione contro il convenuto, costretto a recarsi in Tribunali lontani dal suo domicilio, ed i cui atti erano continuamente denigrati dall’attore negli scritti giudiziari.
(157) REJ., 14 dicembre 1903, in S., 1905, I, 223.
(158) CIV., 26 gennaio 1881, in D.P., 1881, I, 150.
Nozione di dolo del debitore

Il dolo del debitore ha rilevanza per determinare i casi in cui il litigante viene sottoposto all’obbligazione di risarcire all’altra parte il danno causato dalla propria condotta nel giudizio.


Su questi termini si innesta un dibattito giurisprudenziale, che vede divise la Chambre Civile e la Chambre des Requêtes della Cour de Cassation.

La Chambre Civile si irrigidisce nel principio di diritto, affermato nel 1881 e nel 1882 (169), che non vi è responsabilità per l’azione o resistenza in giudizio al di fuori della malizia (169) o della malafede (169). Sebbene numerose decisioni estendano questo principio all’erreur grossière (169), una pronuncia del 1924 cassa la sentenza d’appello che aveva condannato al risarcimento del danno — oltre gli interessi moratori — a un debitore di somma di denaro in base alla sola costituzione di una resistenza in giudizio era ingiustificata (169).


Il De la Mansue, H., Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l’abus de droit, in Rev. trim. dr. civ., 1948, 27 sostiene che l’abuso del diritto non fa sempre maschere una responsabilità delittuale. Contro: Van Ryn, 165 ss. Le opinioni di questi Autori saranno discusse più avanti. V., comunque, per applicazioni recenti della teoria dell’abuso del diritto, le sentenze citate infra, note 171, 171a e 172a.

Responsabilità per lite temeraria

(169) Supra, rispettivamente, note 158 e 157.


La Chambre des Requêtes — che, nel periodo 1903-1913, emanò in proposito quattro pronunce sotto la presidenza di Tanon (169) — ritenne, al contrario, che, oltre ai casi in cui l’attore si serve della procedura per « esprit de malice et de chicane » (166) la condanna al risarcimento del danno sia legittima anche qualora la parte ritardi la decisione della causa mediante artifici procedurali (166), agisca con intenti meramente dilatori (166), riproponga con nuove argomentazioni delle domande già respinte in base ad indiscutibili accertamenti tecnici (169), od anche avanzi una domanda a contenuto più ampio di quella che egli sa di poter fondatamente proporre, da ciò deducendosi un intento vessatorio (170).

Il dissidio è stato composto sostanzialmente sulle più classiche posizioni della Chambre des Requêtes. Tra le sentenze:

(169) E da osservare che le pronunce della Chambre civile del 1911 e del 1912 che riguardano il conflitto tra le Chambres (supra, nota 163), furono emesse entrambi sotto la presidenza di BAUDOUIN.

(166) Req., 23 novembre 1908, in S., 1919, I, 12. Si osservi che la condanna al risarcimento era stata giustificata dalla sentenza impugnata (e confermata) mediante il ricorso all’art. 1382 del code civil, concernente la responsabilità del detentore in generale. E anche da osservare che la Corte rilevò che l’attore aveva agito con una « obstination obsérvée » ed allo scopo di « troubler la repose des défendeurs ».

Un altro aspetto interessante della causa è dato dal fatto che la responsabilità risarcitoria è stata fatta derivare dalla sproporzione tra « l’intérêt initial » e « la chiffré de la demande en dommages et intérêts ».


(189) Req., 15 aprile 1898, in S., 1909, I, 206. La responsabilità nasce dal l’art. 1382 code civil.

(169) Req., 16 gennaio 1899 (2 sentenze), in S. Réfente, 1898-1900, I, 376.

(170) Req., 1 luglio 1889, in D.P., 1890, I, 375.

(171) Req., 21 ottobre 1913, in S., 1914, I, 182. L’attore aveva chiesto la risoluzione del contratto mentre siera in tema di inesecuzione parziale; contestò la condanna del convenuto al risarcimento del danno causato dall’inadempimento parziale, la Corte osservò che l’attore era stato condannato altre volte per abuso di citazione contro la medesima parte e che egli suppona di non poter ottenere la risoluzione del contratto. Di qui la condanna dell’attore ex art. 1382 code civil. V. anche Req., 23 aprile 1898, in S., 1901, I, 23 e, benchè sembrì decisione di specie, Req., 15 gennaio 1899, in B.P., 1891, I, 196.

Abuso del diritto di azione

La sentenza 9 maggio 1960 della Chambre Civile che, con riferimento al caso di una parte che invoca in giudizio una promessa di vendita che sa non essere mai stata emessa, si richiama alla teoria dell’abuso del diritto di agire in giudizio (172).

L’abusus del diritto è anche invocato dalla sentenza 11 luglio 1967 della Chambre Civile, con riferimento alla condotta del locatore il quale, avendo ricevuto dal conduttore un canone appena inferiore al dovuto, lo respinge e notifica immediatamente un « commandement de payer » (172). La condanna dell’assicuratore, che ingiustificatamente resiste alla domanda di risarcimento spiegata dal terzo danneggiato e propone appello contro la sentenza di primo grado, è stata giustificata, dalla Chambre Civile (sentenza 5 ottobre 1955), mediante il ricorso alla formulazione classica dei casi in cui il litigante è sottoposto ad una obbligazione risarcitoria per avere precipito di procrastinare l’accertamento del diritto vantato dalla controparte (172).

Le medesime ragioni sono alla base della sentenza 15 dic. 1967 della Chambre Civile: « commet une faute la partie qui multiplie les incidents de procédure » allo scopo di rinviare l’esecuzione di una sentenza di condanna; anche in questa decisione, è viva la riprovazione nei confronti di chi volge a fini egoistici gli strumenti giuridici preordinati all’accertamento del diritto (172).

Una non perspicua pronuncia della Chambre Civile del 17 giugno 1965 ha ritenuto sussistere « faute dolosive » a carico di chi, avendo ottenuto la condanna del vicino


al risarcimento del danno causato da una costruzione abusiva, ottiene l’autorizzazione a dar corso ad accessi, perizie ed altri espedienti al fine di scoprire se gli è possibile intentare una nuova azione con riguardo alla medesima costruzione (173).

La più recente decisione sul tema si richiama alla bonne foi e ritiene colpevole la parte che propone appello nonostante l’esauriente motivazione, con la quale le sue domande erano state respinte in primo grado (174). Questa sentenza, apparentemente innovativa, non fa che svolgere le linee direttrici, sulle quali procedeva l’anteriore giurisprudenza: la coscienza di essere nel torto, pertanto, appare non soltanto dalla preordinata proposizione di domande ed eccezioni che si sanno infondate, ma anche dall’insistere in quelle domande ed eccezioni, la cui infondatezza è stata dimostrata dal giudice di primo grado. La mauvaise foi, allora, si distacca visibilmente dal dol ed assume diversi caratteri e presupposti.

***

(173) La sentenza non è persevera perché non si capisce né la rilevanza dei fatti addebitati all’attore, né il procedimento mediante il quale si si è giunti a scorgervi una »faute dolusive«.

Interessante è il principio secondo il quale l’attore di mala fede deve rimborsare all’altra parte le tasse di registro da questa pagate per poter esibire dei documenti dei quali riuniva la falsità della pretesa attrice: v. Civ., 34 aprile 1913, in S., 1913, I, 495.


22. RESPONSABILITÀ DELITTLUALE DEL LITIGANTE TEMERARIO.

Gia l’art. 88 dell’Ordinanza emanata da Francesco I nel 1539 colpiva la »temerità« del litigante, ed i commentatori avevano ben chiarito che il danno da risarcire nasceva »ex litis ipsius longo ordine« (supra, § 3-bis). La giurisprudenza dell’ancien régime, come si è ricordato, aveva pressoché ignorato questa norma, così che si può ritenere che la temerità consistesse allora non nella scienza dell’infondatezza dell’azione o della resistenza in giudizio, o nella imprevisione delle conseguenze che l’azione o l’eccezione (che si sapeva essere infondata) avrebbe cagionato all’altra parte, ma nell’asservimento degli strumenti processuali ad una specifica finalità di danneggiamento. Siffatta posizione sarebbe stata in carattere con la dominante concezione del dolo e con la visione della libertà di esercizio del diritto al di fuori dei pochi casi in cui le leggi romane già ritenevano che esso fosse illecito (atti emulativi).

L'assenza, nel diritto prerivoluzionario, di una norma generale sulla responsabilità induceva a limitare la sfera del delitto alle ipotesi nominate; anche ad ammettere che il dol


V. anche, Moniga, I danni-interessi nel diritto civile italiano, Torino, 1913, 77 s. ove si illustrano dottrina e giurisprudenza francese e si pone in luce la natura delittuale della responsabilità del litigante temerario.
integrasse di per sé un delitto, la nozione di dolo non era ancora sufficientemente ampia per includere una condotta che fosse priva del connotato dell’*animus nocendi*.

È significativo che l’ordinanza del 1539 parlassi di « temerità ou calomnie » e che la giurisprudenza, come se è riferito, ne rifiutasse l’applicazione alla colpa.

L’articolo 1382 del *code civil* aprìva la strada ad una concezione più ampia; esso, invero, introduceva nell’ordinamento un criterio generale di responsabilità.

Sebbene la giurisprudenza avesse subito escluso che la semplice *faute* dell’attore o del convenuto potesse dar luogo a responsabilità, è significativo che l’*erreur grossière*, assimilato al dolo, sia stato affiancato alla *malice* ed alla *mauvaise foi* tra i fatti costitutivi di una obbligazione risarcitoria e che la *mauvaise foi* — come sì è segnalato nel paragrafo precedente — sia separata dal dolo in senso stretto per indicare non la malvagità e l’intento per aver ma il contegno egoistico od abusivo.

L’accostamento dell’*erreur grossière* al dolo implica, certamente, un affinarsi della sensibilità della giurisprudenza francese e, nel contempo, mostra l’emergere, tra le condotte riprovevoli sanzionate dall’azione delittuale, di fatti che l’antico diritto non comprendeva né tra i delitti nominati né tra i casi di dolo. In ragione di un siffatto estendersi dell’area del « dolo », si individuavano nuovi comportamenti tipici che a quello venivano assimilati nelle conseguenze giuridiche; uno di essi — certo il più interessante — è la *mauvaise foi*.

La *mauvaise foi*, così caratterizzata, merita una particolare attenzione: se è responsabile ex art. 1382 *code civil* il convenuto che si serve di eccezioni dilatorie e di espedienti procedurali per ritardare il momento della conclusione del processo — di cui prevede con certezza l’esito a sé sfavore-

vore — la medesima responsabilità potrebbe sorgere a carico di chi si avvalsesse di simili artifici in sede stragiudiziale.

Ocurre subito notare che il danno subito dal creditore, come conseguenza della pretestuosa resistenza del debitore, concerne beni non direttamente protetti dalle obbligazioni contrattuali e, soprattutto, deriva dalla violazione di obbligazioni che il contratto (se questa è l’origine del credito) non ha disciplinato (cfr. supra, § 17 in fine).

Salvo, quindi, ciò che si dirà nel prossimo paragrafo sui connotati della *mauvaise foi* del debitore di obbligazione pecuniaria, possiamo, sin d’ora, rilevare che l’ammissione di una sua responsabilità extracontrattuale per il ritardo di mala fede si fonderebbe non soltanto sulla estensione di quanto la giurisprudenza francese afferma in relazione al litigante temerario, ma anche sulla eterogeneità dell’obbligazione violata rispetto alle obbligazioni tipicamente contrattuali e sulla disassociazione tra il contegno costitutivo della *mauvaise foi* ed il ritardo dell’esecuzione dell’obbligazione pecuniaria, dal quale ultimo deriva l’obbligo di corrispondere gli interessi di mora. D’altronde, non si deve dimenticare che — come si porrà in rilievo nel paragrafo seguente — alcune delle sentenze surreferite concernevano il contegno del debitore di somma di danaro e la *mauvaise foi* consisteva nella temerità o pretestuosità della sua resistenza in giudizio.

***
23. LA MALA Fede ed il ritardo nell’adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

L’art. 1153 del code civil dispone che colui che ritarda l’esecuzione di una obbligazione pecuniaria è condannato al pagamento degli interessi dal giorno della messa in mora (cfr. art. 1224 cod. civ. italiano).

La legge 7 aprile 1900 (175) aggiunse un quarto comma: «Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance» (176).

Come si è già accennato, gli autori francesi solitamente non considerano il suddetto quarto comma quale tema connesso al dolo del debitore. A mio avviso, questa è una grave lacuna per quattro ragioni. Primo, perché il detto quarto comma dell’art. 1153 parla di malafede (mauvaise foi) e non di dolo e, dunque, pone il problema dei rapporti tra mauvaise foi e dol; secondo, perché esso non determina l’ampiazza della responsabilità del debitore (danno prevedibile o danno imprevedibile?); terzo, perché esso non riguarda soltanto le obbligazioni ex contractu, ma tutte le obbligazioni pecuniarie comun-

(175) Pubblicata in D.P., 1900, 4, 43. L’art. 1 della legge fissava il tasso degli interessi di mora al quattro per cento in materia civile ed al cinque per cento in materia commerciale.

Altra modifica introdotta dalla legge 7 aprile 1900 riguarda il momento di decorrenza degli interessi; mentre, anteriormente, essi coincidevano con il giorno della domanda giudiziale, ora corrono dalla messa in mora.

(176) L’art. 1153 è stato ancora modificato dall’ordinanza n. 59-148 del 7 gennaio 1959 la quale devolve al Consiglio di Stato il potere di fissare con decreto il tasso degli interessi moratori.

que sorte; quarto, perché la legge non dice se la responsabilità del debitore di mauvaise foi abbia natura contrattuale od extracontractuale.

Quanto al primo punto, l’esame della giurisprudenza e la riflessione sul dettato legislativo possono illuminare i rapporti tra mala fede e dolo nell’adempimento e nel ritardo e chiarire se si è in presenza di due distinte nozioni ed, invece, di una sola. Quanto al secondo ed al terzo punto, è interessante disenttere se la responsabilità aggravata concerne anche il danno imprevedibile, e qualora fosse così, se la conseguente azione di danni abbia gli attributi dell’azione contrattuale o dell’azione delittuale (quarto punto).

Dopo quanto si è detto nella precedente sezione, sono palesi le inference che, dalle risposte che si danno a questi quesiti, si possono trarre per l’interpretazione degli articoli 1150 e 1151 del code civil, specialmente per ciò che attiene alla fonte della responsabilità del debitore (contratto o fatto illecito?).

Ciò è tanto più importante se si hanno presenti i dati forniti nel paragrafo precedente sul fondamento delittuale della responsabilità nata dall’azione o dalla resistenza temeraria in giudizio e sulle ragioni che, a primo acchito, suggeriscono di accogliere eguale fondamento per la responsabilità del debitore di mauvaise foi il quale ritardi l’esecuzione della obbligazione pecuniaria. Si potrebbe obiettare che, nei primi casi, la responsabilità nasce dall’art. 1382 code civil per la ragione che l’interesse primario leso è quello della lealtà processuale ed è, dunque, un interesse che supera la sfera dell’autonomia pattizia; il ritardo nell’adempimento di obbligazione pecuniaria (avente, in ipotesi, fonte contrattuale), sia pure accompagnato da manovre dilatorie o finanche dall’intento di danneggiare il creditore, violerebbe, al contrario, soltanto interessi privati e norme contrattuali.
Non è il momento per rispondere a questo o ad altri analoghi argomenti: di essi si potrà discutere nell’ultima sezione di questo capitolo, quando saranno stati ulteriormente chiariti i termini del problema.

***

Mentre la dottrina francese, appassionatasi alla teoria Jherinigiana, teorizzava sull’ipotesi del debitore che si serve del diritto di resistere in giudizio allo scopo di danneggiare il creditore procrastinando l’adempimento (177), la giurisprudenza anticipava, in buona parte, gli effetti della legge modificata 7 aprile 1900, facendo intervenire la responsabilità delittuale degli articoli 1382 e 1383 code civil a carico del debitore di obbligazione pecuniaria.

Osservando i fatti delle cause decise nella seconda metà del XIX secolo, si vede che la condanna al risarcimento del danno ex art. 1382 aveva luogo (nonostante la proibizione dell’art. 1153 code civil che, nel testo originario, limitava la responsabilità per ritardo alla corresponsione dei soli interessi di mora) qualora la condotta del debitore valicasse il mero non eseguire per accompagnarsi a fatti che, secondo il giudice, dischiudessero una faute caractérisée ed, in particolare, una mauvaise foi. Posti fuori questione i casi di puro e netto rifiuto di pagare (178), la giurisprudenza individuava la fonte della responsabilità extraccontrattuale od in particolari conteggi che violano la fides specifica di alcuni contratti, come il mandato (179), ovvero in comportamenti tenuti dal debitore

(177) V., ad es., Bosc, J., Essai sur les element constitutifs du delict civil, thèse, Paris, 1901, 145 s.

(178) Req., 8 febbraio 1875, in D.P., 1875, 1, 276.

(179) Crim., 1 settembre 1862, in D., 1863, 5, 124. Ampie citazioni della giurisprudenza del secolo XIX si trovano in DEMOGUE, Traité cit. infra nota 185, § 403.
In tutte queste ipotesi, la giurisprudenza francese del secolo XIX riscontrava mauvaise foi e, superando il dettato dell’art. 1153 Code civil, concedeva al creditore il risarcimento del danno patito, al di là degli interessi di mora.

La riforma del 7 aprile 1900 — come è espressamente detto nel relativo discorso di presentazione al Senato (184) — codifica l’orientamento giurisprudenziale prevalente e, conformemente ad esso, usa la nozione di mauvaise foi (185) in luogo di quella di dol degli articoli 1150 e 1151.


Successivamente alla riforma non si riscontrano pronunce interessanti: le poche sentenze esistenti o concernono il difetto di motivazione della sentenza di condanna (186) o si limitano all’enunciazione dell’ormai codificato principio che, salvo il caso di malafede, il debitore dell’obbligazione pecuniaria risponde dei soli interessi moratori (187). Quel che è certo è che
de reprendre dans un bref délai les cours de sa fabrication, et de satisfaire ainsi aux exigences de sa clientèle, aujourd’hui en partie perdus; Par ces motifs, etc. V.

(184) V. anche sebbene troppo generico, Civ., 25 giugno 1877, in S., 1877, 1, 420 e 26 gennaio 1861, in D.P., 1861, I, 150.

(185) Scoopo della legge, come si dice in quella sede, è di « sanctionner les solutions réitéées de la Cour suprême » (Journ. off. Senat, 20 luglio 1899, annexe n. 156).

(186) È infondata l’opinione di Mesrén, Responsabilité et contrat, thèse, Lille, 1924, 190 che la legge 7 aprile 1900 abbia modificato la giurisprudenza anteriore, il quale ammetteva la responsabilità aggravata del debitore anche nel caso di semplice fauté. L’opinione di Mesrén non trova riscontro nella giurisprudenza dominante prima della legge del 1900. Una delle sentenze da lui citato (Rogq, 13 novembre 1889, in S., 1890, I, 24) usa la parola fauté ma ha poi cura di specificare che la fauté consisteva nell’impeccabile ed ingiustificata resistenza in giudizio che concretava un abuso del diritto di difesa. Ed, infatti, la nota redazionale del Sirry a quella sentenza avverte che la fauté sussiste solo se riscontra malafede, mala fede ed errore grossolano equivalente al dol: v. supra, § 21.


non vi sono sentenze che giustifichino la condanna ricorrendo alla fauté semplice (188) (189).

C’è, però, da chiedersi perché il legislatore del 1900 abbia scelto il termine mauvaise foi in luogo del termine dol che già appariva negli articoli 1150 e 1151 code civil. Oltre a spiegare questa scelta mediante il richiamo alla giurisprudenza anteriore, si può ritenere che un’altra ragione risieda, probabilmente, nel fatto che il dol degli articoli 1150 e 1151, come risulta dall’indagine storica compiuta nel capitolo precedente, era, per il legislatore napoleonico, un cogenno privo identificato dall’intenzione di arrecare danno (supra, § 12). Un simile concetto diventava troppo ristretto quando veniva impiegato per valutare la condotta del debitore di somma di danaro che ritardava l’adempimento. Se, mediante il tradizionale processo di equiparazione dei due termini (188), la sanzione del dolo poteva venire estesa alla colpa grave, la nozione tradizionale del dol non comprendeva i comportamenti intenzionali (eppure non negligenti) nei quali — pur escludendo la cattiveria specifica volta contro il creditore — era presente la predisposizione di mezzi idonei a ritardare l’adempimento.

La giurisprudenza, in sostanza, aveva presto scoperto l’inadequatazza del dolo-delitto nel campo dei rapporti contrattuali e aveva proposto la più ampia nozione di mauvaise foi

in D.P., 1928, 1, 214; Civ., 7 maggio 1924, in D.P., 1924, 1, 128 afferma che la semplice resistenza in giudizio non è sufficiente a giustificare la condanna del debitore al risarcimento del danno.


(188) Si osservi che, mentre la resistenza in giudizio è fonte di responsabilità anche se sia provocata da erreur grossière, la resistenza straguziale alle pretese del creditore obbliga al risarcimento soltanto qualora sia ispirata da mauvaise foi.

(189) Supra, § 19.
come fonte della responsabilità aggravata del debitore di somma di danaro.

Questa evoluzione è foriera di importanti conseguenze sia sulla nozione di ritardo, in malafede, nell’adempimento di obbligazioni pecuniarie sia sulla nozione stessa di inadempienza dolosa (infra, sezione terza di questo capitolo).

***

Tentando adesso di cogliere i frutti di questa breve antenna giurisprudenziale, possiamo porci, alla luce di quel che si è detto nei paragrafi precedenti, i seguenti tre quesiti: a) natura contrattuale o delittuale della responsabilità sancita dall’art. 1153, IV comma code civil; b) rapporto tra l’azione contro il debitore che ritarda, con la sua mauvaise foi, l’adempimento di obbligazione pecuniaria e la normale azione per gli interessi moratorii; c) nozione di tale mauvaise foi in relazione al dol dell’art. 1150 code civil.

Credo non ci possano essere dubbi sulla natura delittuale della responsabilità ex art. 1153, IV comma. Come si è rilevato in precedenza, la giurisprudenza del secolo XIX, prima della legge aggiuntiva del quarto comma dell’art. 1153, richiamava espressamente l’art. 1382 code civil; ciò è sufficiente per escludere ogni perplessità, dato che la legge 7 aprile 1900 non ha arrecato alcun elemento innovatore. D’altronde, alla stessa conclusione spingono due altre considerazioni: innanzitutto, l’insistenza delle sentenze sulla indipendenza del danno del ritardo ad adempiere e sul suo legame con quella ulteriore attività del debitore che concreta la mauvaise foi. Il danno risarcibile in forza del quarto comma dell’art. 1153, in sostanza, deriva non dal ritardo ma dalla malafede. Con ciò, evidentemente, si vuol indicare il risarcimento come fonte di responsabilità diversa da quella da cui deriva l’obbliga-

***(199)***


24. SEGUE: NOZIONE DI « MAUVAISE FOI ».

L'ultima questione da esaminare, come si è presunto, concerne l'individuazione della nozione di mauvaise foi nel ritardo dell'esecuzione di un'obbligazione pecuniaria, nonché il suo rapporto con il dolo negli articoli 1151 e 1153 code civil. Di ciò abbiamo, implicitamente, già detto qualcosa e sul tema si tornerà nei §§ 25, 26 e 29 (195).

Alcune osservazioni sull'orientamento della giurisprudenza, tuttavia, debbono essere esposte sin d'ora. Si ricorderà (supra, §§ 21 e 22) che i giudici francesi, prima di enucleare i casi di responsabilità aggravata per ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, avevano volto la loro attenzione al comportamento del litigante temerario ed avevano elaborato i seguenti tre criteri di imputabilità: erreur grossière, equivalente al dolo; mauvaise foi; malice.

Il primo criterio è, implicitamente, escluso dalla previsione dell'art. 1153, IV comma; il secondo vi è espressamente compreso; sul terzo si tace.

L'esclusione dell'erreur grossière dal quarto comma dell'art. 1153 deriva, probabilmente, dall'aver la legge di riforma respinto — conformemente all'avviso della dottrina — il canone della graduazione della responsabilità secondo l'intensità della faute, così seguendo l'impostazione del legisla-

tore napoleonico (193). È evidente, d'altronde, che l'erreur grossière, risolvendosi in una faute lourde nell'apprezzar la propria posizione giuridica di fronte alle pretese creditorie, può — per così dire — rientrare dalla finestra ed essere equiparata al dolo, venendo a partecipare del suo trattamento giuridico (responsabilità per il danno imprevedibile). Ciò presuppone che la giurisprudenza applichi anche alla culpa grave dell'adinempiente quel criterio di equiparazione che — come si è accennato: supra, § 19 — essa non sembra condividere pienamente.

Venendo, piuttosto, alla mauvaise foi, è da osservare che il principio direttivo della fungibilità della prestazione pecuniaria, ed il suo corollario della limitazione dell'obbligazione risarcitoria alla semplice corresponsione degli interessi di mora, vengono soppiantati da una obbligazione generica di risarcimento qualora il debitore — pur non mostrando una specifica malvagità od intento danneggiatorio — negli al creditore quella cooperazione che l'ordinamento pur gli impone (art. 1134, III comma code civil) e, come si è rilevato nei paragrafi precedenti, si serva di strumenti particolari per raggiungere quel fine.

È palese che la malice, l'animus nocendi, è contemplata dal quarto comma dell'art. 1153. Si tratta, in vero, di un maius rispetto alla mauvaise foi. Quest'ultima acquista una sua precisa autonomia nei confronti del dolo per la ragione che il ricorso ad eccezioni pretestuose, il temporeggiamento diretto a posporre l'adempimento e le altre condotte che il debitore pone in essere usufruendo, per fini egoistici incon-

(193) La ragione della frammentazione della materia è la seguente: nei §§ 21-28 (sezioni I e II di questo capitolo) mi limito alla costituzione ordinata dei dati offerti dalle fonti; nei §§ 29 ss. (sezione III) compio una ulteriore attività volutativa, e, su del caso, integrativa, all'interno del diritto francese.
fessati, di strumenti offerti agli dall’ordinamento per la realizzazione del proprio diritto sono diretti non a cagionare un danno al creditore ma soltanto a vantaggio al debitore. La diversità dell’elemento psicologico si risolve, tra l’altro, in una semplificazione dell’onere della prova; tanto è difficile dimostrare l’intenzione malvagia del debitore quanto è facile dimostrare che egli, ponendo in essere quel certo comportamento, sapeva di essere nel torto e, dunque, mirava al solo fine di procrastinare l’adempimento.

A fianco di questi casi, i più frequenti, sono quelli in cui la mauvaise foi del debitore di obbligazione pecuniaria è caratterizzata dalla violazione di un rapporto fiduciario quale il mandato. Esula da questi casi, sia ben chiaro, il semplice rifiuto di adempiere: esso, invero, non si realizza mediante uno sviamento, a favore del mandatario, che ha riscosso danaro del mandante (194), di una situazione fiduciaria inerente al rapporto. Ben diverso è il caso del mandatario che fugge con il danaro del mandante senza rispondere alla intimazione di rendere il conto. A parte l’indubbia sussistenza del reato, che qui non interessa, un tale mandatario approfitta della posizione (fiduciaria) di vantaggio in cui è stato posto dal contratto. Come si vedrà nei prossimi paragrafi, questo elemento dell’approfittamento della posizione di vantaggio è uno dei caratteri della mala fede nel diritto francese.

Da ultimo, per ulteriore esemplificazione, si può citare una interessante sentenza della Chambre Criminelle del 1° settembre 1862 (195): il mandatario aveva impiegato a proprio vantaggio le somme riscosse per conto del mandante e,

dinanzi alle richieste di consegna del danaro, cercava di prendere tempo fino al momento in cui avrebbe avuto termine l’impiego di quelle somme. Qui soccorrono due criteri individuali della mauvaise foi: il primo (costitutivo di delitto penale), dato dalla appropriazione delle somme; il secondo, rivelato dai tentativi dilatori (196).

È importante osservare, in conclusione, la rilevanza che acquista — nel giudizio sull’esistenza della mauvaise foi — la componente oggettiva, e cioè l’accertamento di una condotta la quale è riprovevole o in sé stessa o perché lascia inferire quale fosse la finalità perseguita dal debitore.

***

(194) CIV., 16 giugno 1903, cit. nota seg.
(196) Su questo argomento si tornerà meglio in sede conclusiva: infra, § 29.
Nozione di dolo del debitore e problemi connessi

25. Dolo e mala fede del debitore: opinioni della dottrina e casistica giurisprudenziale.
27. Fondamento della nullità dell’esonero da responsabilità per dolo.
28. La posizione della faute lourde.

***

25. DOLO E MALA FEDE DEL DEBITORE: OPINIONI DELLA DOTTRINA E CASISTICA GIURISPRUDENZIALE.

La disparità di opinioni della dottrina e le oscillazioni della giurisprudenza francese sui vari problemi trattati nelle pagine precedenti nascono, in grande misura, dall’assenza di approfondimento di quell’argomento da cui sembrerebbe che gli altri debbano prender luce: la nozione di dolo del debitore (187).

Sebbene gli scrittori francesi abbiano dedicato al dolo del debitore ed ai temi collegate una attenzione molto maggiore di quella che, come si vedrà, è stata ad essi elargita dalla dottrina italiana, è da lamentare l’assenza di uno studio il quale, sulla base della storia e della casistica (188), proponga

(187) Anche Martin, 152, rileva la connessione tra le definizioni del dolo fornite dai vari Autori e le posizioni assunte dai medesimi sul tema dell’opzione tra le azioni contrattuale e delittuale.

(188) Nondimeno, quasi tutte le rilevanti sentenze sono state annotate da eminenti scrittori, gli autori dei manuali e delle monografie non compiono mai un esame completo della giurisprudenza.
una costruzione comprensiva dei vari e complessi problemi che traggono origine dalla previsione legislativa del dolo (e della mala fede) del debitore.

La dottrina francese è rimasta, per lungo tempo, legata alla impostazione di Potthier; è impressionante vedere come degli Autori di indiscusso valore, che, per tutto il secolo XIX, hanno fatto testo, non siano riusciti a sollevarsi dalle equivoche esemplificazioni e dalle false generalizzazioni del Traité des obligations. Soltanto quando, senza timore di spezzare l'unità del concetto di dolo fondata sul paradigma del dolus di Labbéone e del dolo tipicamente delittuale, ci si è posti il problema dell'autonomia della figura dell'inadempienza dolosa alcuni scrittori hanno intravisto un primo elemento distintivo consistente nell'assenza del raggio. Mentre il dolo nella formazione del contratto, accompagnato da mezzi ingannatori, produce — nell'altro contraente — una determination che, altrimenti, non avrebbe avuto luogo, il dolo nell'inadempimento produce una déception, nel senso che inganna la giusta attesa del creditore. Sebbene innovatrice, questa opinione non riesce a staccarsi da quel requisito dell'inganno e, soprattutto, dell'intento primo che mostra

(198) BOUTAUD, Des clauses de non responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes, Paris, 1896, 10.

(200) V. TOUIILLER, Le droit civil français, nouv. éd., augmentée en Belgique, I, Bruxelles, 1885, § 234 ss.; BEDARD, J., Traité du dol et de la fraude, I, Bruxelles, 1856, § 310 ss.; COMET DE SANTERRE, E., Manuel élémentaire du droit civil, II, Paris, 1885, 212; DURANTON, Cours de droit français suivant le code civil, VI, 4ème éd., Bruxelles, 1841, 167; DEMOMOZIER, C., Cours de code civil, XII, Bruxelles, 1868, § 500 ss. (XXIV, § 500 ss. dell'edizione francese); TAGLIONI, O., Codice civile francese, Siena, 1929, 200.


(201) PLANQO, M., Dol civil et dol criminal, in Rev. civ., 1893, 545 ss. e 649 ss., § 8 ss.; cf. DEMOMOZIER, XXIV, § 169; LABOMOZIER, I, sub art. 1116, n. 4 e sub art. 1150, n. 13; DICTIONNAIRE, général raissé de droit civil moderne, par une société de juristes consultants, Bruxelles, 1838, voce Dol, n. 13.

Opinioni dottrinali

palese il residuo della definizione accolta nel diritto precedente la codificazione.

In tempi più recenti la dottrina è sembrata prendere verso una concezione tipicamente delittuale del dolo del debitore, caratterizzandolo mediante i tratti psicologici della malice, della méchantez, dell'intention de causer un dommage ou de nuire e così via, ma non sono mancati coloro che, rinverdendo un'antica dottrina, hanno indagato il rapporto tra il dolo e la mala fede del debitore.

A fianco dell'opinione che vede nel dolo la rivelazione di un état d'âme marqué du signe de la mauvaise foi sono sorte, così, le dottrine che identificano dolo e mala fede, dovute soprattutto a studiosi che non hanno mai mostrato uno specifico interesse per il dolo del debitore. La nozione di mauvaise foi — la quale, come si è rilevato nella sezione precedente, acquista una peculiare fisionomia del ristabilimento dell'estensione dell'obbligazione pecuniaria — non ha ricevuto molta attenzione dai giuristi francesi.

Infine, è da ricordare l'opinione che riscontra dolo in qualsiasi inadempienza intenzionale, anche qualora sussista
Nozione di dolo del debitore

non uno specifico intento malvagio, ma soltanto la consapevolezza dell'illicità della propria condotta (287).

Questa proposizione definitorie, che non riescono mai a giustificarsi pienamente, ci lasciano insoddisfatti. Crediamo, pertanto, necessario ricorrere all'esame della giurisprudenza per entrare in possesso di una casistica che ci illumini nella ricerca concettuale.

***

Le pronunce in materia, come si è già avvertito, non sono numerose e il loro reperimento è reso ancora più difficile dal tipo di indici adottato nelle raccolte francesi (288): tuttavia, esse sono sufficienti ad attribuire all'indagine una aderenza al diritto vigente ed una concreteness che, altrimenti, le farebbero difetto.

Pertanto, riferirò adesso tutte le sentenze francesi di mia conoscenza che possono far luce sulle nozioni di dolo e di mala fede del debitore; di esse riassumerò i fatti di causa ed indicherò la ragione per la quale, in ciascuna di esse, era ri-

(287) Corpche, E., Le principe de bonne foi, thèse, Paris, 1928, § 79; Savyattier, §§ 154, 177; Vossenay, F., La faute lourde en droit prive français, Dijon et Paris, 1934, 412 s.; cf. Fromangerot, H., De la faute comme source de responsabilitè en droit privé, Paris, 1891, 3 s.; Bouthan, Des clauses, cit., supra nota 199, 10; Demoger, Traité, cit., supra nota 185, § 278 (coesione del danno).


Casistica giurisprudenziale

levante il problema dell'esistenza del dolo o della mala fede (289).

a) Commette inadempienza dolosa la debitrice di somma di denaro che ottenne di essere liberata mediante consegna di bestiame fino a concorrenza del debito e che, eseguita la stima degli animali, ne nega la consegna opponendo carebbi rifiuti (290).

b) In assenza di manovre fraudolente, non vi è inadempienza dolosa nel comportamento dell'acquirente il quale, affermando la sproporzione tra il prezzo convenuto ed il valore del bene, rifiuta il pagamento, revoca gli incarichi conferiti ai suoi mandatari di realizzare dei titoli per devolvere il ricavato al venditore ed agisce contro costui con un'azione di lesione rivelatasi infondata (291).

c) Non commette quasi delitto, ma semplice ritardo nell'adempimento il mandatario che rifiuta di consegnare al mandante il denaro riscosso e resiste ingiustificatamente alle sue richieste (292).

d) Legittimano la condanna al risarcimento del danno, cagionato all'attore dal protrarsi del processo, le manovre

(289) Ponendo tra parentesi la parola «interpretazione» al termine del somma di una sentenza, intendo avvertire il lettore che si tratta di pronunciare le quali — o per essere decisioni di rigetto del ricorso per cassazione, o per l'oscurità dei fatti di causa — hanno richiesto un lavoro di interpretazione o di integrazione del quale darò ragione in nota.

(290) Rv., 23 novembre 1885, in D.P., 1886, 1, 11; come si ricorderà (supra, § 20) si trattava dell'omissibilità dell'esecuzione sui beni dettali di una sentenza di condanna.

(291) Rv., 7 gennaio 1907, in D.P., 1908, 1, 400, supra, § 20: stessa questione della sentenza precedente.

(292) C. civ., 16 giugno 1903, in D.P., 1903, 1, 407. Si controversa sulla decorrenza degli interessi di mora: la Corte afferma che, se si fosse trattato di un quasi-delitto, gli interessi avrebbero dovuto essere corrisposti dal giorno della commissione dell'illecito e non dalla data della messa in mora.
messe in opera dal convenuto per ritardare l’esito del giudizio al fine di sottrarsi all’esecuzione del contratto (213).

e) Non è inadempimento al mandato ricevuto dai soci, ma delitto o quasi delitto civile (art. 1382), la presentazione, da parte degli amministratori, di bilanci dolosamente alterati (211) o di prospetti inesatti sulla situazione patrimoniale della società (214).

f) È in dolo il mandatario che, incaricato di concludere una vendita, collude con l’acquirente convincendo il mandante a vendere a prezzo irrisorio ed a sottoscrivere impegni di cui non gli è noto l’effetto (215).

g) È fraudolenta la condotta dell’acquirente che, mediante ragioni pretestuose, rifiuta di accettare la consegna della merce (216).

h) È contro la buona fede il contegno del venditore il quale, approfittando di una clausola di tolleranza del dieci per cento, consegna intenzionalmente solo il novanta per cento della merce pattuita (217).

i) Si ha dolo quando l’assicurato non comunica all’assicuratore l’aggravamento del rischio, pur essendo a ciò tenuto (218).

(211) CIV., 29 dicembre 1892, in S., 1905, I, 454.
(212) Req., 26 gennaio 1916, supra, § 29, nota 139 e testo relativo (ove si illustra la ragione per cui era sorta la questione).
(213) LYON, 14 febbraio 1915, supra, § 20, nota 139-140 e testo relativo (ove si illustra la ragione per cui era sorta la questione).
(214) Req., 10 febbraio 1926, in S., 1926, I, 59. La sentenza, emessa in un’azione di annullamento del contratto per dolo, non parla espressamente dell’inadempimento doloso.
(216) Req., 20 febbraio 1929, in S., 1929, II, 151.
(217) LYON, 16 giugno e 21 luglio 1937, in Rev. gen. ass. terr., 1938, 450; contra, LYON, 19 gennaio 1935, ivi, 1937, 491 (le tre sentenze sono citate da SEGUER, LA NOTION, cit. supra, nota 283, 146 nota 37). È in malafede il contraente

Casistica giurisprudenziale

l) L’inflazione volontaria di un danno all’altro contraente comporta l’intervento della responsabilità delittuale (219).

m) È in dolo il locatore che, in assenza del locatario richiamato alle armi, vende l’immobile ad un terzo — che ignora la locazione ed a quale essa non è opposibile — senza che il locatario riceva né preavviso né notizia della vendita (interpretazione) (220).

n) Vi è dolo (o, più esattamente, frode) quando il debitore si rende apparentemente o realmente insolvente per sfuggire alla responsabilità per l’inesecuzione delle proprie obbligazioni (221).

o) Deve risalire l’intero danno cagionato all’assicurato, l’assicuratore che, per oltre venti anni, si giovà del l’irrevocabile mandato di direzione della lite allo scopo di ritardare il più possibile una sentenza di condanna i cui presupposti erano evidenti sin dai primi accertamenti (interpretazione) (222).


(219) TRIL. CIV. MARSEILLE, 15 luglio 1937, in Gaz. pol., 1937, 2, 656; si tratta di un obiter dictum e ciò ne spiega la formulazione astratta.

(220) NANCY, 16 luglio 1929, in D.P., 1921, I, 29. La motivazione non spiega quale sia la norma di legge posta a fondamento della decisione. Tuttavia, sembra palese che il locatore sia stato condannato al risarcimento integrale del danno avendo accertato che il conduttore aveva diritto a godere dell’immobile per altri cinque anni e che l’immobile da lui locato, per supporre all’indisponibilità dell’alloggio venduto a sua insaputa, gli costava 15 franchi di più al mese, la Corte ha condannato il locatore a 1.000 franchi di risarcimento. Si noti che il diritto del conduttore a godere dell’immobile per altri cinque anni derivava dalla legislazione speciale sui reduci di guerra, emanata dopo la vendita dell’immobile. Si trattava, quindi, di un danno imprevedibile.

(221) V. le sentenze citate dal VOLTA, Ensa, cit. supra, nota 206, 61 note 1 e 2.

(222) PARIS, 20 gennaio 1956, in D., 1957, I, 400 (nota BRIERE DE L’ISLE). Neanche in questo caso la motivazione spiega le ragioni del decidere, ma il danno
p) È in mala fede il debitore di somma di denaro che oppone al creditore eccezioni di cui conosce l’infondatezza (223).

q) È in mala fede il debitore di somma di denaro che, resistendo in giudizio alle richieste di pagamento del creditore, si serve di espedienti di procedura per ritardare la conclusione del processo (224).

***

era chiaramente imprevedibile. Si trattava di questo: prima della guerra un bambino muore a causa di un difetto dell’immobile di proprietà dell’assicurato, la cui polizza ha un massimale di 50.000 franchi. La richiesta di risarcimento è inferiore al massimale, ma l’assicuratore nega ogni responsabilità dell’assicurato, nonostante le chiare risultanze di una perizia subito effettuata, e chieda in causa il costruttore dell’immobile, il progettista, una ditta che eseguiva lavori sull’edificio il giorno dell’incidente, e così via.

Passano venti anni e i genitori del bambino portano la loro domanda, per effetto della svalutazione, ad un milione di franchi. Tale somma supera di venti volte il massimale: 950.000 franchi, pertanto dovrebbero essere a carico dell’assicurato. La Corte di Parigi, invece, condanna l’assicuratore, che ha volto male il suo mandato, a tenere completamente indebolite l’assicurato. Non mai sembra dubbio che si tratti di una condanna a risarcire il danno imprevedibile.

26. NOZIONE DI DOLO E DI MALA FEDE DEL DEBITORE.

Dalle sentenze riferite nel paragrafo precedente appare, innanzitutto, l’assenza di casi di animus nocendi (la proposizione sub l — che, forse, vi ha implicito riferimento — è un semplice obiter dictum in una causa nella quale non si disputava sul dolo). Benché non vi siano dubbi in dottrina che versi in dolo il debitore il quale non adempia al fine precipuo di danneggiare il creditore, bisognerà tener presente che, almeno a stare alla giurisprudenza francese, una simile evenienza è estremamente rara (ed, in ogni caso, di difficile prova).

L’animus del debitore, per quel che appare dalla giurisprudenza sopra considerata, è normalmente volto alla realizzazione di un lucro personale.

Questa notazione, tuttavia, non è sufficiente a caratterizzare il contegno doloso, perché sua conseguenza potrebbe essere l’assorbimento nell’area del dolo di qualsiasi inadempienza cosciente, e cioè di qualsiasi caso in cui il debitore esegua malamente, pur avendo od avendo avuto la possibilità di eseguire esattamente, ovvero non esegua pur nulla pur potendo eseguire.

Una simile conseguenza renderebbe dolosa la maggior parte degli inadempiimenti di obbligazioni pecuniarie o di obbligazioni di restituire o consegnare una cosa di genere.

I criteri dell’animus nocendi e della scientia della violazione non sono, da soli, sufficienti: il primo perché di portata troppo limitata; il secondo perché di portata troppo vasta. D’altra parte, la scientia della violazione della norma con-
trattuale è una condizione necessaria, sebbene non sufficiente, dell’inadempienza dolosa, in quanto non è dubbio che il dolo sia incompatibile con l’ignoranza del contrasto tra il proprio contegno ed il diritto.

Nella ricerca dei requisiti che, nel diritto francese, debbono accompagnare la scientia è inutile ricorrere all’animus lucrfaciendi perché è evidente che la scientia dell’illiceità si accompagna sempre a quell’animus: non si sarebbe concepito un debitore che, per mero diletto, si renda inadempiente. Se ciò avvenisse, d’altra parte, si avrebbe una forma di pravaricazione così evidente da consentire l’applicazione delle sanzioni previste per il dolo.

Si è, allora, costretti a volgersi a criteri oggettivi i quali, connessi al criterio soggettivo della scientia e dell’animus lucrfaciendi, completino, nel diritto francese, i requisiti costitutivi del dolo del debitore al di fuori dei casi in cui è presente l’animus nocendi.

Una prima traccia è fornita dal contrasto, già rilevato (supra, § 20), tra le sentenze riferite nel paragrafo precedente sub a, b e c: tutte concernono il rifiuto del pagamento, ma solo nella prima di esse la Chambre des Requêtes ricevuta una «inexécution dolosive». I fatti della causa sub a, sebbene la sentenza sia stata più volte esaminata dagli Autori francesi, non sono del tutto chiari; in particolare, non è chiaro se il rifiuto di adempiere fosse accompagnato o meno da manovre ingannatorie o da un animus malvagio o da altrettanti caratteri. Se così non fosse, il termine «inexécution dolosive» sarebbe ritenere — come si è osservato nel § 20, commentando quella pronunzia — che si tratta di una sentenza antica superata dalla più precisa terminologia adottata in seguito, o, come è più probabile, che la Corte ha fatto ricorso alla nozione di ineexecuzione dolosa in un senso affatto particolare.

Se, invece, i rifiuti opinâtres di consegnare il bestiame avessero avuto lo scopo di rinuovere il momento dell’adempimento, si sarebbe dinanzi ad un tipico ritardo (o inadempimento) di mala fede.

Parlare di mala fede invece che di dolo ha un significato ben preciso. La mauvaise foi è l’opposto di quella bonne foi che l’articolo 1134, in comma code civil indica quale canone fondamentale dell’esecuzione del contratto: essa ha trovato specifica applicazione nel caso di ritardo nell’adempimento di obbligazione pecuniaria e, come si è veduto (supra, §§ 21-24), la giurisprudenza l’ha caratterizzata dall’impiego di procedimenti, giudiziali o stragiudiziali, volti a procrastinare l’adempimento. La mauvaise foi, dunque, è cosa differente dal dolo è non vi è alcuna utilità di confondere i due termini.

Se i requisiti oggettivi che andiamo ricercando consistono precipuamente nella manovra e nell’inganno, ocorre, per individuarli compiutamente, cogliere le ragioni specifiche per cui l’ordinamento li giudica riprovevoli; occorre, cioè, determinare dei canoni di giudizio che consentano di discernere il lecito dall’illecito nel comportamento del debitore il quale, come la maggior parte dei debitori, abbia a cuore i propri interessi più di quelli del creditore.

Vi sono casi in cui il danno che si cagiona al creditore è non meramente eventuale, o finanche probabile, ma certo: è in quest’ambito che si situa il mandatorio il quale, colludendo con terzo, danneggia gli interessi del mandante (caso sub f del paragrafo precedente). La responsabilità per il danno imprevedibile, però, non deriva dalla semplice previsione del danno. Quanto, invece, si tratti di obbligazione pecuniaria, il mandatorio può prevedere che il creditore, in ragione del ritardo, non potrà impiegare il da-
natio nelle maniere usuali: l'obbligazione di corrispondere gli interessi moratori è sufficiente per riparare quel pregiudizio.

Si è, pertanto, indotti a ritenere che il diritto francese non imponga la responsabilità caratteristica dell'inadempienza dolosa soltanto perché il debitore ha previsto il danno che si verificherà nel patrimonio del creditore a causa della condotta o della omissione da lui debitore posta in essere. Nel caso in esame, invero, è presente l'inganno e la riprovevolezza è data dall'approfittare di una discrezionalità avente la sua origine da un rapporto fiduciario.

Medesimi elementi si riscontrano, in una situazione quasi-contrattuale, quando chi percepisce l'indebito sa di non essere creditore e, pertanto, profitta dell'errorea convinzione del solvente (225).

Questo approfittare, volgendola a proprio vantaggio, di una particolare situazione che esula dalla sfere di controllo del creditore è talora senza nesso con una manovra ingannatoria ma, non per questo, diviene meno riprovevole: si pensi ai casi dell'assicurato che tace il verificarsi di eventi che aggravano il rischio (sentenza sub i del paragrafo precedente) e del venditore che consegna intenzionalmente il novanta per cento della merce profittando di una clausola di tolleranza (sub h).

Quest'ultimo esempio ci introduce, proseguendo l'esame delle sentenze francesi sintetizzate nel paragrafo precedente, ad un'altra forma di mala fede, la cui riprovevolezza consiste nell'impiegare poteri o diritti per uno scopo diverso da quello cui sono preordinati: così, nel caso riferito da ultimo, l'abusare della clausola di tolleranza, che è destinata a salvaguardare il venditore da diminuzioni di peso provocate, ad esempio, dal calore e che, comunque, lo esime dal


controllare nei minimi dettagli una spedizione di merce di grandi dimensioni. Così, la proposizione in giudizio di eccezioni, che si siano essere infondate, e l'attenersi alle minime formalità processuali (sentenze sub d e q) debbono essere volte — affinché si riscontri mala fede — al solo fine di ritardare l'accertamento del diritto del creditore.

Mediante manovre ingannatorie si verifica un ulteriore caso di svigamento, a fini personali, di una situazione fiduciaria: sono i casi degli amministratori che presentano ai soci bilanci o progetti artefatti (supra, sub e).

Mala fede o dolo, nella particolare eccezione di juro, si ha nelle ipotesi surriferite (paragrafo precedente, sub n) in cui il debitore si spoglia dei propri beni: oltre all'inganno nei confronti dei creditori, è riprovevole la violazione più netta e palese dei doveri incombenti al debitore ed esiste la particolare circostanza della conoscenza del danno che si arreca ai creditori.

Infine, la giurisprudenza francese sembra ritenere che il venditore il quale rifiuti di consegnare o l'acquirente che rifiuti di ricevere non sono, per ciò solo, in dolo od in mala-fede (supra, sub b, c e p); occorre che, coscienti di essere nel torto, pretesuamente avanzino argomenti per far credere all'altra parte che il loro comportamento sia legittimo.

L'uso del mezzo ingannatorio, d'altronde, può essere celato, come quando il produttore consegna della merce che egli ha fabbricato impiegando materiali di qualità scadente.

Per affermare la responsabilità aggravata nelle due sentenze sub m ed o (del paragrafo precedente), bisogna far ricorso alla più esposta nozione di svigamento, a fini personali, di una situazione di vantaggio: nel primo caso, il locatore non sarebbe riuscito a nascondere la locazione (giuridicamente inoponibile all'acquirente per essere verbale), se il
conduttore avesse effettivamente abitato l’immobile; nel secondo caso, l’assicuratore non avrebbe potuto temporaneamente per oltre venti anni di fronte alle richieste del danneggiato se il mandato a dirigere la lite non fosse stato irrevocabile.

Nell’uno e nell’altro caso vi è stato un inadempimento, rispettivamente, all’obbligo del preavviso ed all’obbligo di tutelare l’interesse del mandante; e tale inadempimento (che, in entrambi i casi, provocò gravi danni al creditore) sembra trarre la sua riprovevolezza dall’approfittamento di una situazione, giuridica o di fatto, di vantaggio. Vi è, tuttavia, un’altra ragione che probabilmente ha mosso i giudici a pronunciare severe condanne in questi due casi: il comportamento del debitore è stato tale da rendersi impossibile (giuridicamente) l’esecuzione della prestazione. Ciò è particolarmente evidente nel primo caso: stipulata la vendita al terzo, il locatore rende impossibile al locatario di abitare nell’immobile e, cioè, rende impossibile l’esecuzione della propria obbligazione di garantire il godimento del bene locato.

Tornando alla nozione di dolo del debitore (distinto dalla mala fede) — e ponendo mente ad una ipotesi per la quale non sussistano precedenti specifici — sembra difficilmente discutibile che non vi sia dolo qualora il debitore compia atti di violenza sulle cose affidategli in custodia: qui non c’è l’inganno, la manovra più o meno celata, il tentativo di far credere alla legittimità dei propri atti ma, al contrario, si realizza un comportamento reso possibile da una particolare situazione di vantaggio — talora avente natura fiduciaria — dal quale deriva, immediatamente, l’impossibilità di eseguire la prestazione (restituire il bene).

Occorre, allora, precisare — in relazione alle sentenze prese in esame da ultimo — che vi è dolo non soltanto quando è presente l’animus nocendi ma anche quando, prescindendo da qualsiasi ricerca su tale elemento, il debitore scientemente rende impossibile la prestazione (caso tipico: lo stellionato) (229). Vi è, d’altronde, mauvaise foi quando la condotta del debitore appare riprovevole a causa delle sue particolari caratteristiche e finalità.

***

(229) Cf. Domat, I, XVIII, 3, p. 500 e 510 s.
Esonero da resp. per dolo

zione della responsabilità (infra, nota 230). Se anche i privati hanno il potere di agire le sanzioni legali, essi non possono preventivamente sottrarre alcunché alla disciplina prevista dal code (230). Il fondamento della nullità dell’eponero da responsabilità per dolo, in conclusione, discende dall’art. 6 code civil — quella medesima norma che, un tempo, era invocata per sostenere la nullità di qualsiasi clausola d’irresponsabilità. L’illiceità dell’eponero del dolo ha la medesima fonte dell’illiceità

(230) L’accontento regresso dell’area dell’ordine pubblico spiega come la giurisprudenza francese abbia potuto respingere la teoria dell’opzione tra i rimedi contrattuali e delittuali e mantenere, al tempo stesso, il principio dell’indrogenibilità della responsabilità extraccontrattuale. I partigiani dell’opzione, invero, muovono dal presupposto che la responsabilità extraccontrattuale essendo di diritto comune e partecipando all’ordine pubblico — possa essere invocata da un contraente contro l’indumipiante (cfr. supra, §§ 15 e 16. Questa tesi, come si è veduto, aveva soste- nuto nelle sue estreme formulazioni, che ogni faute contratuelle comportasse — per il solo fatto di essere una faute, l’entrata in gioco dei principi della responsabilità delittuale, con la conseguenza che il credito disponeva di due azioni da esercitare alternativamente.

Anche nella sua formulazione più moderata — e maggiormente seguita — la teoria dell’opzione postula che vi siano fatti i quali, al tempo stesso, violino una obbligazione legale ed un’obbligazione nota dal contratto: sebbene ristretti in angusti limiti, questi fatti producono una responsabilità extraccontrattuale soltanto se si ammette che i privati abbiano il potere di discriminare convenzionalmente il sorgere e l’estensione della responsabilità extraccontrattuale.

Sembrebbero che la via seguita dalla giurisprudenza, dichiarando l’insuscettibilità di tali fatti e di talune previsioni legali a formare oggetto di stipulazioni di irresponsabilità, sia idonea a risolvere la questione. Asserendo che la responsabilità da rischio (artt. 1384-1386 code civile) non può essere soppresa o limitata cen- vanzionalmente, la giurisprudenza ha dato via libera ai sostenitori della funzione novatrice del contratto — il quale avrebbe l’effetto di sostituirsi alla disciplina le- gale — ma, al tempo stesso, ha ammesso l’indisponibilità di talune previsioni e, dunque, le loro irriducibilità alla norma contrattuale. In tal modo, la giurisprudenza ha negato che la responsabilità aquiliana possa coesistere con la responsabilità contrat- tuale: le conseguenze di un fatto giuridico o possono essere regolate del contratto o appartenere all’ordine pubblico. Nel primo caso, la disciplina contrattuale è la sola applicabile; nel secondo, essa è invalida. Non è, dunque, possibile una sovrap- positione delle due regolamentazioni.
dell’esonero per le lesioni personali che potranno essere ca-
gionate al viaggiatore (219).

In questo contesto, non è pertinente il ricorso all’art. 1174
code civil (220). Dire che l’esonero per dolo è nullo perché
introduce nel contratto una condizione meramente potestativa,
significa presupporsi che esso sia valido sotto il profilo dell’or-
dine pubblico (221). L’accordo della dottrina francese sulla non
esonerabilità del dolo non sussiste qualora si passi a ricercare
la sua ragione. Quest’ultima, tuttavia, risiede nel fatto che
la responsabilità nasce dal dolo per inderogabile effetto legale:
trattasi, insomma, di materia indisponibile. Lo stesso dicasi,
in relazione al terzo comma dell’art. 1134 code civil, per la
mauvaise foi. D’altronde, non si vede come l’art. 1174 code
civil possa spiegare la nullità, affermata dalla giurisprudenza,
dell’esonero da responsabilità per faute lourde. Ciò conferma,
ancora una volta, l’inesattezza del ricorso a quella norma.

Alla luce della casistica esposta nei §§ 25-26, inoltre, ap-
pare inesatto giustificare la nullità dell’esonero del dolo me-
diante il ragionamento che una parte non può, al tempo
stesso, obbligarsi e pattuire di non subire alcuna conseguenza

(219) Così, sostanzialmente, la maggioranza della dottrina: THALLER, Re-
censione, cit. supra nota 52, 126; TOUILLIER, I, § 226; SOURDAN, § 662 septies,
MEIGNÉ, op. cit. supra nota 56, 825, VAN RYN, § 10; cf. PORTAIL, Relations al
primo libro del code civil, cit., 189 ss.; ROHIN G., De la responsabilité notamment au
point de vue de la clause de non garantie et du jarien de la preuve en droit ro-
main et en droit français, lib., Paris, 1887, 153 ss.

(220) Sottengono la nullità dell’esonero per dolo in forza dell’art. 1174 code
civil: MAZEAUD e TUNG, § 265; ROHIN, Les conventions d’irresponsabilité, cit.,
nota 110, 3; BOULAUD, Des clauses, cit. supra, nota 199, § 128; JOSSERAND,
Les transportis, cit. supra nota 84, § 624.

(221) Vi è chi accenna la tesi che l’esonero per dolo si risolve in una liberal-
ità verso il debitore. La tesi è inesatta, a parte la questione della forma della don-
nazione, anche e precisamente dal rilievo assunto che le parti non possono stipu-
lare sul dolo. Una liberalità di tal genere realizzerebbe una situazione simile all’uni-
lateral contract della common law: « tu sei libero di fare e meno la tal cosa; se la
farsì io sarò obbligato a fare la tal’altra ». V., comunque, infra nel testo.

(221) Cf. MARTINE, 141.
(225) Cf. supra, nota 233.
28. LA POSIZIONE DELLA «FAUTE LOURDE».

L'equiparazione della faute lourde al dolo — generalmente accolta dalla giurisprudenza — non è concordemente ammessa dalla dottrina francese. Avendo già trattato della questione sotto il profilo sia delle clausole di esonero o di limitazione della responsabilità che dell'applicabilità dell'equiparazione con riferimento all'art. 1150 code civil (supra, §§ 17 e 19), è rimasto un ultimo importissimo problema: in caso di faute lourde del debitore, nasce in capo al creditore una azione delittuale o la responsabilità del debitore, per il risarcimento del danno sia pure imprudibile, è, al contrario, sanzionata dalla sola azione contrattuale? Sappiamo, infatti, che la dottrina non è concorde sulla natura giuridica dell'azione di inadempiimento doloso: quanto alla giurisprudenza, essa non offre alcuna chiara soluzione e, pertanto, di ciò, dovremo occuparci in sede di conclusioni (infra, §§ 30-31).

Il problema, così posto, non si prestava ad essere trattato sul piano meramente concettuale. Situandosi su tale piano, invero, non si vedrebbe la ragione per la quale l'equiparazione della colpa grave al dolo, estesa a ciò che attiene al danno risarcibile ex art. 1150, non debba far conseguire l'identità del rimedio giuridico concesso al creditore (215c).

È stato accertamente rilevato dal Jambu-Merlin che l'ampliamento dell'area del dolo — resosi necessario per in-

(215c) Siffatta tesi sembra sostenuta da Nancy, 18 gennaio 1951, in Gaz. Pol., 1951, 2, 89; contra, Josserand, 52.

cludervi la mauvaise foi (216) — potrebbe consentire di inserire in quest'ultima nozione alcuni casi di faute lourde (217). Ciò avverrebbe non più mediante una assimilazione legale ma mediante l'inclusione di alcune ipotesi di colpa grave nella classe dei comportamenti di malafede. Questa soluzione, che dovrebbe trovar d'accordo quelli Autori i quali scorgono nella colpa grave un fenomeno antisociale contrario alla buona fede (218), non segue la linea di sviluppo della giurisprudenza e, soprattutto, non tiene conto delle soluzioni accolte in un campo assai specifico — ma, tuttavia, di grande interesse — quale quello della responsabilità dell’architecte per la rovina dell’edificio da lui costruito.

L’art. 1792 code civil commina una decadenza decennale per l’azione contro l’architecte che si sia reso responsabile di un vice de construction. Si ritiene comunemente che l’azione abbia natura contrattuale ma che il termine decennale sia inapplicabile qualora il vizio di costruzione dipenda dal dolo del l’architecte; in tal caso, l’azione è fondata sul délit (infra, § 30) e vige l’ordinaria prescrizione trentennale.

Ecco un caso specifico nel quale si pone il problema del trattamento della faute lourde: su di esso si è pronunciata, da ultimo, la Cassazione civile nella sentenza 28 novembre 1967 (219). L’attore, il quale agiva dopo che si era verificata la decadenza decennale, allegava una faute lourde del costruttore e, con ciò, intendeva porsi nell’area dell’azione extracontrattuale (l’unica ancora espe-

(216) Cf. quanto, su questo tema, si dirà, infra, § 29.
(218) Ad es. Soudart, § 662 septies.
La «faute lourde » e l’inadempimento

Non ha, invero, alcun pregio discutere della faute lourde in astratto, senza determinare il rapporto tra la condotta gravemente negligente e l’inadempimento delle obbligazioni contrattuali. La stessa conclusione era stata raggiunta, nel § 20, a proposito del dolo. Se il dolo consistesse nella «scelta di non adempire», esso rileverebbe soltanto sul piano contrattuale e verrebbe sanzionato dall’azione ex contractu; se, al contrario, il dolo consistesse in un délit — così come la mauvaise foi — l’azione avrebbe natura delittuale e si opererebbe una scissors tra dolo ed inadempimento e tra azione contrattuale e delittuale.

La faute lourde può attestarsi come una violazione di norme aventi fonte ora contrattuale ora legale. Il costruttore che viola le prime è sottoposto all’azione contrattuale; se viola le seconde («faute extérieure au contrat »), entra in gioco il rimedio delittuale.

Questa polivalenza della faute lourde conferma quanto si è detto nel § 20 (in principio): il diritto francese esclude taluni comportamenti del debitore dall’area contrattuale e — sebbene essi si accompagnino all’inseguimento di un’obbligazione contrattuale — ad essi collega una autonomia causa petendi ed un autonomo rimedio giuridico (azione delittuale).

Non ogni faute lourde, tuttavia, corrisponde ad un illecito aquiliano. Come è ben chiarito dalla suoritportata sentenza 28 novembre 1967, la faute lourde ingenera l’azione extracontrattuale (245) soltanto qualora essa consista in una «faute extérieure au contrat ».

Quando una tale faute sia riscontrabile non è agevole dire. Tuttavia, richiamandosi a ciò che si è detto nel § 27, sem-

(245) Quando, più avanti, tratteremo della natura dell’azione di inadempimento doloso (§ 30) vedremo la necessità di ricorrere ad analoga precisazione.
bra che si possa adottare quel medesimo criterio dell’ordine pubblico che si è veduto acquistare preminente rilievo nella disciplina giuridica del dolo del debitore.

In questo quadro, infatti, si inseriscono armonicamente le poche pronunce che — oltre a quelle sulla responsabilità dell’architetto e dell’ingegnere — in relazione all’art. 1792 code civil — esistono sul tema.

La sentenza 2 agosto 1950 della Cassazione Civile — brillantemente annotata dal Mimin (246) — accorda il rimedio delittuale alla domatrice, ferita dagli animali durante lo svolgimento del suo « numero », che accusava la Direzione del circo equestre di aver eccitato le belve prima della rappresentazione. L’annotatore accortamente rileva che la faute lourde da origine all’azione delittuale perché, tra le obbligazioni contrattuali assunte dal circo, non era compresa una obligation de sécurité, la quale, comunque, avrebbe avuto ad oggetto l’integrità fisica della domatrice, « principe d’ordre public ». Di qui, non solo l’invalidità della stipulazione di esonero ma anche la sussistenza del diritto al risarcimento ex art. 1382 code civil: la faute lourde — fosse o meno accompagnata da un inadempimento del datore di lavoro alle obbligazioni nascenti dal contratto — è distinta da quest’ultimo e rileva sul piano del quasi-delit.

Egualemente estranea alle obbligazioni contrattuali è la faute lourde della società ferroviaria la quale, pur sapendo che la merce da essa smarrita doveva essere pagata dal destinatario-acquirente in moneta straniera, nega per dicitto mesi l’avvenuto smarrimento ed è condannata a risarcire al destinatario anche il pregiudizio da questi subito per aver dovuto effettuare il pagamento del prezzo della vendita ad un cambio svantaggioso (247).

A simile criterio si era ancora fatto riferimento nelle due sentenze del 14 gennaio 1918, commentate nel § 19 (248), quando il nesso tra faute lourde ed azione contrattuale era stato riscontrato nell’essere o meno il contegno dannoso intervenuto « au cours » dell’esecuzione del contratto.

***

Sembre che, pertanto, che la tradizionale equiparazione della colpa grave al dolo — oltre a subire le limitazioni già indicate nel § 19 a proposito di talune stipulazioni di irresponsabilità — non si spinga sino alla egualianza del rimedio giuridico (azione delittuale) se non quando la faute lourde sia extérieure au contrat. Questa conclusione, d’altronde, appare estremamente coerente con il profilo delittuale che il dolo (o la mala fede) del debitore possiede nel diritto francese. La faute lourde, in sostanza, è equiparata al dolo — dal punto di vista dell’azione concessa al creditore — soltanto quando la faute lourde si configura alla stregua di un quasi-delit, così sfuggendo all’area del contratto per porsi tra i comportamenti preveduti dall’art. 1382 code civil.

***

(246) In D., 1951, I., 581.

(247) Civ., 11 maggio 1925, in Gen. Pal., 1925, 2, 239. Il danno di cui si chiedeva il risarcimento era certamente prevedibile; la ragione per la quale l’intero voleva porsi sul terreno delittuale era che egli voleva evitare la limitazione di responsabilità del vettore sancita da un decreto ministeriale.

(248) Note 137-138 e testo relativo.
Conclusioni

29. Dolo e mala fede del debitore.
30. Carattere “e delitueale” dell’azione.
31. Cumulo di azioni in caso di dolo o mala fede del debitore.

***

29. Dolo e malafede del debitore.

Alcune conclusioni finali sono già state raggiunte nel corso dell’indagine ed, in particolare, nelle due sezioni precedenti. Si trattava, però, di argomenti o collaterali al nostro tema principale (es.: la posizione della faute lourde) o risolti abbastanza univocamente dalla giurisprudenza e dalla dottrina francesi (es.: problemi generali in tema di concorso di azioni e di convenzioni d’irresponsabilità).

Abbiamo, quindi, lasciato da ultimo i due temi principali: le nozioni di dolo e di mauvaise foi, da un lato, e, dall’altro, la natura giuridica dell’azione di inadempimento doloso. I dati offerti dalle fonti su questi due temi sono già stati delineati nei luoghi opportuni (289). Occorre, adesso, esaminarli sotto il profilo della coerenza e della completezza, allo scopo di valutare lo stato del diritto francese sull’argomento e di predisporre il materiale per la comparazione con il diritto italiano.

A differenza di quel che è avvenuto quando, in precedenza, abbiamo trattato questi medesimi temi, ci occuperemo adesso di segnalare le lacune emerse dall’esame delle fonti.

ed altresì di segnalare se, ed in quali modi, quelle lacune possano essere colmate. Criterio fondamentale di siffatto lavoro è l’aderenza alle fonti sostanziali del diritto francese.

Si tratta, talvolta, di emettere quei giudizi di valore (o di prevedibilità) ai quali ci siamo implicitamente già riferiti (259) come alla parte-conclusiva dell’esposizione del diritto straniero. Ora, come allora, ridadiamo che essi mettono alla prova non tanto la fantasia dello studioso, o la sua immaginazione, quanto la sua capacità di procedere e sviluppare logicamente e coerentemente il materiale desunto dalle fonti.

Il lettore, avuto già la frammentaria esposizione della materia, giudicherà quanto, nelle considerazioni che seguono, sia frutto di arbitrio e quanto di responsabile valutazione.

***

Per quel che attiene la nozione di dolo e di mauvaise foi, abbiamo, forse, gli argomenti adatti a risolvere il dibattito dottrinale sulla sufficienza della mera scienza dell’illiceità per costituire dolo del debitore. Sembra, invero, che abbiano torto sia coloro che, in tale caso, affermano la sussistenza del dolo, sia coloro che la negano (259). Da un lato, la scienza dell’illiceità integra la mauvaise foi qualora sia accompagnata dai già descritti requisiti oggettivi e di riprovevolezza; dall’altro, la scienza dell’illiceità costituisce dolo qualora il debitore operi in modo da rendere impossibile la prestazione (259). Non a caso il legislatore del 1900, modificando l’art. 1153 code civile (supra, § 23) in tema di obbligazioni pecuniarie, ha parlato di mauvaise foi: esso voleva disporre, infatti, per il ri-

tardo e non per l’inadempienza definitiva; ed, inoltre, non si voleva punire la semplice omissione di chi sa di essere obbligato ad una prestazione fungibile per eccellenza. Le discussioni sulla rilevanza della scienza dell’illiceità, ai fini dell’individuazione della nozione di dolo, presupponevano, seppure non sempre espressamente, il problema dell’inadempienza dell’obbligazione pecuniaria e gli scrittori francesi non potevano non rendersi conto delle ripercussioni sociali che sarebbero derivate dal definire doloso qualsiasi ritardo intenzionale. Di qui a negare il carattere doloso di qualsiasi ritardo od inadempimento intenzionale corre, però, molta strada e, per evitare un’ingiustizia, se ne commetterebbe una maggiore.

Quando si provoca scientemente una situazione di inadempimento definitivo dell’obbligazione di consegnare o di restituire, sia mediante la violenza sia mediante atti o negozio che precludano l’esercizio del diritto del creditore (ad esempio, alienando la cosa mobile di specie), abbiamo visto come sia irrilevante la sussistenza dell’inganno, dell’amino nocenti, etc. Ciò che si dice per le obbligazioni substitutorie non può non valere per quelle fiduciarie nelle quali, oltre a profittevoli di una situazione di vantaggio, il debitore viola la fides dovuta. È difficile dubitare che non sia in dolo il mandatario che volontariamente lascia decorrere il termine per stipulare il contratto col terzo; non importa che vi sia o meno collusione o che egli abbia indotto il mandante a credere che il termine avrebbe avuto maggiore durata. L’approfittamento di una situazione di vantaggio creda sia la ragione per cui, anche nella sentenza riferita nel paragrafo 25 sub m, il locatore è stato sottoposto ad un gravissimo risarcimento.

La frode ai creditori, sia essa o meno un genus della mauvaise foi, è indubbiamente prossima al dolo — o ne è addirittura una specie — perché, mediante essa, il debitore

---

(259) Introduzione, p. 5 a.
(260) Supra, § 25.
(261) Supra, § 26.
L’evoluzione del diritto francese

Innanzitutto, quegli scrittori — incluso Molineo — cercavano delle definizioni; l’indagine ora compiuta non ci ha condotto a proporre alcuna definizione generale — né tale era il suo scopo; a ciò osta l’essenza stessa del metodo seguìto che, se anche richiede la composizione unitaria del materiale offerto dalle varie fonti, non tende a definizioni omnicomprensive.

In secondo luogo, le definizioni degli Autori anteriori al codice erano incentrate su criteri soggettivi e, principalmente, sull’animus decipiendi e sull’animus nocendi. L’indagine si sorna svolta ha mostrato che il diritto francese moderno non segue più tale orientamento: a fianco dei casi in cui si richiede l’animus lucificiendi, accompagnato da particolari caratteri della condotta del debitore (es. manovre dilatorie), vi sono casi nei quali il dolo e la mala fede sono individuati mediante vari criteri obiettivi, come l’approfittamento di una situazione di vantaggio.

In terzo luogo, il diritto francese odierno tende a mettere in risalto l’heterogeneità del dolo rispetto alle obbligazioni contrattuali e, cioè, che il dolo è un di più che si aggiunge all’inadempienza. Sembrebbe, pertanto, che il debitore doloso violi due norme diverse non col medesimo atto ma con due atti distinti. Se così fosse, si sarebbe superato l’antico orientamento che scorgeva nel dolo il motivo o la colorazione dell’inadempienza; operando su nozioni più precise, la giurisprudenza francese ha più volte manifestato (supra, § 25) l’indipendenza tra l’inesecuzione dell’obbligazione ed il dolo o la mala fede. Ciò è apparso di preciupa evidenza nella trattazione del ritardo ad adempiere l’obbligazione pecuniaria (supra, §§ 23-24).

(220) Sono, questi, i casi richiamati nel § 25 sub n. Per una diversa configurazione v. infra, p. 589 s.
(221) Supra, § 18.
Infine, elaborando gli ampi contorni della mauvaise foi, si sono sottratti all'area del dolo una serie di comportamenti che l'ordinamento giudicale riprovevoli e, dunque, assoggettabili alle sanzioni previste per il dolo pur essendo definiti non dolosi, ma di mala fede.

Per altre ragioni, sono rimasti al di fuori dell'area del dolo una serie di comportamenti intenzionali ma non riprovevoli: è un cospicuo esempio di reazione tra le definizioni astratte e la concreta realtà del diritto. Il rifiuto leale di adempiere non è qualificato doloso dalla giurisprudenza, sebbene molto spesso non siano dubbi gli elementi della intenzionalità e della scientia di recare danno. Il fatto è che il compagno doloso si è venuto precisando, nel diritto francese, in base ad una serie di specifici canoni e previsioni dai quali esula ogni intuito sistematico e generalizzante, ma che reagiscono coerentemente ad una varietà di fatti accomunati da un giudizio di riprovevolezza. È così che il lavoro iniziatosi durante l'ancien régime appresta utili strumenti ai giuristi contemporanei.

***

30. CARATTERE «DELITTALE» DELL'AZIONE.

La giurisprudenza francese, come si è già detto, ritiene che l'azione del creditore rivesta i caratteri dell'azione delittuale od extracontrattuale qualora l'inadempimento dipenda da dolo o da mauvaise foi (259). Si è anche accennato (256) che parte della dottrina è contraria a questo assunto, sostenendo la natura «contrattuale» dell'azione.

Gli argomenti sui quali si fonda quest'ultima opinione sono riassunti e fatti propri dall'autorevole Traité de la responsabilité civile di MAZEAUD (H. ed L.) e TUNC come segue (256): a) la relazione di Bigot del Préameneau (256) non prova che la «nouvelle obligation» che sorge dal dolo abbia natura delittuale, perché è ivi chiarito che «les dommages et intérêts ... ont ... leur cause dans l'inexécution de la convention»; b) se il legislatore od i contraenti non hanno distinto tra le varie ipotesi di inesecuzione dell'obbligazione, non vi è ragione di ritenere che abbiano voluto eccettuare l'inexécution volontaire; c) il principio del risarcimento integrale del danno costituisce il regime normale della responsabilità; il legislatore ha trattato con maggiore benevolenza il debitore di buona fede, ma ha lasciato sussistere il regime normale per l'inadempimento volontario e per il fatto illecito aquiliano; d) la nullità delle convenzioni di’irresponsabilità per il caso di dolo ri-

(259) Supra, § 20. V., in particolare, Bordeaux, 8 luglio 1969 (Chem. de fer d'Orléans or. Buretto), in D.P. 1912, 2, 49.

(256) Supra, § 16-bis.

(256) MAZEAUD e TUNC, § 203 ss.

(259) Pubblicata supra, Appendice al primo capitolo, p. 110.
sulta dall’art. 1174 code civil (condizione puramente potestativa) e non dall’essere il debitore doloso responsabile ex art. 1382 code civil.

Anche prescinendo dall’orientamento giurisprudenziale (257), che contraddice il risultato cui tendono queste argomentazioni, si deve osservare, col massimo rispetto per gli Autori che sostengono la tesi della natura « contrattuale » dell’azione di inadempimento doloso, che nessuna delle loro proposizioni è esente da critica e, soprattutto, che esse non tengono in alcun conto nè lo sviluppo storico del diritto francese nè alcuni dati che emergono dall’esame della giurisprudenza.

Nel capitolo primo si è lumeegiata l’inesistenza, nell’antico diritto francese, di precisi canoni di cui avvalersi per determinare l’« étendue des dommages et intérêts » (258) e si è osservato che il principio in base al quale il debitore doloso doveva essere tenuto ad omne interesse era nato e si era sviluppato, da Molineo a Potthier (259), esclusivamente a livello dottrinale. Si è anche osservato come la matrice del pensiero di Molineo risiedesse nelle controversie sorte nell’interpretazione di C. 7. 47 — la Costituzione di Giustiniano che fissava diversi criteri per liquidare il danno a seconda che si versasse in tema di casus certi o di casus incerti — e come la ragione per la quale il dolo era incluso tra i casus incerti — così inducendo la responsabilità di risarcire tutto il danno causato — fosse la sua indole delittuale e la sua estraneità alle obbligazioni contrattuali (260).

(257) Supra, § 20. La tesi della natura « contrattuale » dell’azione di inadempimento doloso si fonda soltanto su una sentenza della Cassazione in tema di competenza (Civ., 23 giugno 1936, in Gaz. pol., 1936, 2, 353) e su una interpretazione, differente da quella che abbiamo suggerito nel § 20, della antica sentenza Reo, 23 novembre 1865, in D.P., 1886, 1, 5. 258 Supra, §§ 2, 3, 3-bis e 7. 259 Supra, § 7. 260 Supra, §§ 4-6.

Nessuno scrittore francese ha tentato di mostrare uno iato tra il code civil e la precedente dottrina; un tale iato, in vero, è del tutto improbabile, essendo osservazione comune che gli articoli 1150 e 1151 sono estratti dal Traité des obligations di Potthier (261) ed avendo l’indagine storica illustrato l’immediata derivazione del pensiero di Potthier da quello di Molineo (262).

Richiamando, pertanto, i dati emersi dalla ricerca svolta nel primo capitolo, ed integrandoli con gli indizi forniti dall’esame giurisprudenziale, vorremmo intervenire ad adiuvandum, e cioè proponendo alcune osservazioni che valgano a mostrare la correttezza della tesi — dominante in giurisprudenza — della natura delittuale dell’azione di inadempimento doloso.

***

La relazione di Bigot de Préameneu — di già commentata nel § 12 — afferma chiaramente che dal dolo nasce « une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat » (263). Una simile proposizione non è riferita, generalmente, all’inadempimento, ma soltanto al caso di dolo. Ciò significa che la nouvelle obligation si distingue da quelle risultanti dal contratto non perché la prima, a differenza dalle seconde, abbia contenuto risarcitorio, ma perché essa nasce immediatamente dalla legge. L’obbligazione di risarcire il danno prevedibile era considerata obbligazione pattizia (264);

(263) Supra, Appendice al primo capitolo, p. 110.
(264) Si è mostrata, nei §§ 5 e 6, l’origine di questa teoria nel pensiero di Molineo. Gli Autori francesi, a differenza della più moderna dottrina italiana,
non così quella di risarcire il danno (imprevedibile) cagionato dal dolo.

Che dai fatto illecito extracontrattuale nasca una obbligazione risarcitoria, avente eguale oggetto di quella sorgente dal dolo del debitore, non è, pertanto, una coincidenza (26); nell’un caso e nell’altro è la legge che, immediatamente ed inderogabilmente, sancisce l’ampiezza della responsabilità dell’autore dell’illecito. In un regime di bipartizione tra azione «contrattuale» ed azione «delittuale», ciò sembrerebbe significare che il dolo è sanzionato mediante l’azione delittuale.

Non ha pregi o dire che il risarcimento integrale è il criterio normale e che ad esso il legislatore ha derogato, per benignità, soltanto verso il debitore di buona fede. Il risarcimento integrale era, nell’opinione di Potthier, di Molinéo e della maggioranza dei dottori del diritto romano-comune, il canone proprio dei «delicta» in quanto «casus incerti». Era il petitum comune delle azioni ex delito.

A ciò si aggiunga che, conformemente all’opinione di Molinéo e di Potthier, il code civil vede nel dolo un elemento non dobbiamo che la responsabilità del debitore per il danno prevedibile sia fondata su una tutela obbligazionaria assunta al momento di contrarre (cf. supra, § 5); le parti sono libere di mitigare ed aggravare la responsabilità per inadempimento e, se tacciono sul punto, significa che accettano il quantum dell’art. 1150 code civil. L’azione contrattuale, pertanto, è la sanzione di una obbligazione risarcitoria liberamente assunta. (Soudbat, § 692; Toullier, I, § 284; Launet, XVI, § 286; Vincent, Les clauses, cit., 15; Chardon, Trattato del dolo e della frode, trad. it. di Pontecelli, 46; Van Ryn, § 42; Bauby-Lecantournier, Précis de droit civil, II, 6° ed., Paris, 1879, § 115; Marcade, Explication, cit. supra nota 204, 521).

Questa testi, che mi sembra esattissima, trae maggior vigore da quando si è riconosciuto che la prevedibilità ha per oggetto non la quotità del danno (Ademy e Bari, Oeuvres, cit., § 308, 25; C iv., 7 luglio 1924, in D.P., 1927, I, 119) ma le cause del medesimo (Launet, XVI, § 289; Toullier, I, § 284 ss.; Demolombe, XXIV, §§ 590-598; Colnet de Saintebine, Manuel, cit. supra, nota 200, Reo, 23 novembre 1897, in D.P., 1899, I, 547; Besançon, 27 gennaio 1911, in D.P., 1912, 2, 114; C iv., 4 marzo 1965, in D., 1965, I, 948; C iv., 1° giugno 1959, in D., 1959, I, 454.

(26) Contra: Mazaud e Tunc, § 205.

Azione delittuale per l’inadempimento doloso

eterogeneo rispetto alle obbligazioni contrattuali. L’art. 1150 sembra operare un rinvio alla disciplina del fatto illecito extracontrattuale e, sebbene sotto diverso profilo, ciò è colto da quelli autori che fanno discendere dal dolo una frattura irreparabile con l’ordine patrizio (266).

Il momento cruciale dello sviluppo del diritto francese su questo specifico tema si è avuto quando, verso la fine del XIX secolo, la giurisprudenza ha individuato una situazione tipica di mauvais foi costituita dalle manovre, espedienti di procedura etc., cui faceva ricorso il debitore di somma di denaro allo scopo di ritardare l’esecuzione della sua prestazione (267).

Similmente a ciò che era avvenuto per la responsabilità del litigante temerario (268), la giurisprudenza si scorse un’obbligazione risarcitoria ex art. 1382 code civil. Trattavasi, certo, dell’inseguimento di un’obbligazione, ma il giudice francese colse immediatamente che la fonte della responsabilità andava situata al di fuori del contratto — invero, si trattava normalmente di obbligazioni pecuniarie aventi radice in un contratto — e doveva essere ricondotta alla norma dettata per il fatto illecito extracontrattuale. L’azione del credito, come si è osservato in rilievo nei §§ 23 e 24, fu, senza dubbi, individuata come un’azione delittuale.

Invero, non sarebbe per nulla agevole dimostrare che il rimedio per l’inadempimento doloso riveste i caratteri dell’azione contrattuale mentre quello per il ritardo di mauvais foi — poi disciplinato dal quarto comma dell’art. 1153 — possiede gli attributi dell’azione delittuale.

La giurisprudenza formata sul ritardo di mauvais foi


(268) Supra, §§ 21-22.
indica un ulteriore presupposto, sul quale si sono fondate numerose sentenze in tema di dolo (260): il dolo e la malafede del debitore si manifestano in comportamenti che sono estranei al contratto o più esattamente, che costituiscono un maius rispetto all’inadempimento. L’esame della più recente giurisprudenza ci ha mostrato come tale maius costituisca il principale criterio distintivo tra i casi di sola azione contrattuale ed i casi di concorso di azioni, avendo preso il posto — al di fuori delle specifiche ipotesi degli artt. 1384-1386 — del precedente criterio radicato sulla pressenza al contratto dell’obbligazione violata (270).

Non è pertinente l’osservazione dei Mazeaud e Tunc (271) che il legislatore non ha espressamente detto che l’azione nascente dal dolo e dalla malafede è sottratta al dominio dell’azione contrattuale: in primo luogo, il code civil non parla della classificazione delle azioni; in secondo luogo, la giurisprudenza si è espressa chiaramente; in terzo luogo, la storia del diritto francese tende univocamente alla individuazione del dolo del debitore come un quid estraneo alle obbligazioni contrattuali; infine, l’esorbitanza del dolo e della malafede dall’area della responsabilità contrattuale deriva immediatamente dall’affermazione giurisprudenziale del loro carattere di fatti ulteriori rispetto all’inadempimento. Su questa osserva
tazione torneremo, sviluppandola, nel paragrafo seguente; per ora basterà rilevare che anche essa si inquadra perfettamente nell’orientamento che afferma la natura delittuale dell’azione di inadempimento doloso (272).

(260) V. supra, §§ 20 e 25.
(261) Supra, § 20 e note 122 e 144.
(270) Mazeaud e Tunc, § 205.
(271) Una parte della dottrina, come si è osservato nel § 16-bis, concorda con questa conclusione, anche se segue un diverso iter logico ed adduce ragioni che, seppure esatte, non giungono al cuore del problema. È giusto ad esempio, dire che l’autore del dolo nega l’esistenza stessa del contratto e, pertanto, non può invo

(272) Supra, § 26.
(273) Supra, nota 272.
Dolo ed inadempimento

talmente diversi da quelli tradizionali ed, in primo luogo, un riepilogo della questione sotto il profilo — trascuratissimo — della nozione di dolo.

Dalla ricerca compiuta è risultato, invero, che il dolo del debitore si manifesta, nel diritto francese, mediante un comportamento ulteriore rispetto all’inadempimento della obbligazione. Lo stesso è apparso — forse più per spiccatamente — dalle indagini sulla mauvaise foi nel ritardo ad eseguire l’obbligazione pecuniaria (279) e sull’orientamento della giurisprudenza sul tema del concorso di azioni in caso di dolo (279).

Il délit di dolo o di mala fede inerisce solo apparentemente all’inseguimento dell’obbligazione (ed al ritardo nell’eseguire): in verità, esso — come si è posto in rilievo in precedenza — consiste in un comportamento diverso dall’inadempimento e che esorbita dall’area delle obbligazioni contrattuali. La società di trasporto per strada ferrata la quale, mediante la reticenza e l’inganno, cerca di convincere il cliente che il pacco affidatole non è andato smarrito (299), pone in essere una condotta estranea — e, finanche, cronologicamente successiva — all’inadempimento. Equale notazione vale per il caso del mandatario che collude con il terzo (300): l’inadempimento risiede nel non aver procurato al mandante il risultato sperato; il dolo nell’ulteriore fatto della collusione con l’acquirente. Lo stesso può dirsi per tutte le ipotesi di dolo o mala fede, esaminati nei §§23-24 e 25-26, che qui non sembra opportuno richiamare singolarmente (279).

(279) Sull’interferenza tra inadempienza dolosa e délit penale, che sembra priva di qualsiasi autonomia rilevanza ai nostri fini, v., principalmente, Planiol, Del civil, cit. supra nota 201, 652 ss.; Soudat, § 105; Goffin, Le principe, cit. supra nota 207, 70 ss. (fortemente ispirato a Planiol).


(279) Sainctellette, § 24, che pure ha molto contribuito alla soluzione di molti problemi del dolo del debitore, liquadifica la teoria del cumulo dicendo che «sans doute » essa è inammissibile. Meraviglia, invece, la posizione del recente libro del Martine. L’autore ignora del tutto il dibattito dottrinale e lo svolgimento giurisprudenziale quando crede di poter dire che è impossibile che la responsabilità del debitore doloso sia delittuale in quanto — se così fosse — si impedirebbe al creditore l’esercizio del rimedio contrattuale.


(299) Supra, § 29.

(299) Bourdax, 8 luglio 1908, in D.P., 1912, 2, 49, esaminata supra § 20.

(300) Sentenza citata supra, nota 215.

(31) Oltre alle ipotesi di ritardo — cospicuate da mauvaise foi — nell’esecuzione dell’obbligazione pecuniaria, si consideri, ad esempio, il caso degli ammi-
Diritto francese: conclusioni

Queste considerazioni, giustificate dalla casistica giurisprudenziale, possono essere inserite nel più vasto quadro della bipartizione delle fonti della responsabilità (282): preso che unanime è l’osservazione — dalla quale, tuttavia, si traggono le conseguenze più disparate — che il code civil ha contrapposto gli *engagements qui se forment sans convention* (art. 1370 ss.) alle *obligations conventionnelles* (art. 1101 ss.) e che, così facendo, ha inteso distinguere la responsabilità «contrattuale» da quella «extracontrattuale».

Una volta chiarito che l’inadempimento doloso non esiste e che, in sua vece, si giustappongono l’inesecuzione imputabile, da un lato, e il dolo del debitore, dall’altro, sembra palese che, muovendo dalla osservazione della bipartizione delle fonti della responsabilità, si debba concludere per la *coesistenza* delle due responsabilità, nascenti *non da un medesimo fatto* ma da due fatti *diversi*.

In certo senso, pertanto, hanno ragione anche coloro i quali affermano che, dall’inesecuzione del contratto, nasce soltanto la responsabilità (e l’azione) contrattuale (283); questa opinione, tuttavia, va integrata dalla considerazione che il dolo del debitore è situato al di fuori dell’inadempimento e, dunque, non partecipa del rimedio giuridico attribuito al creditore in relazione ad esso.

Infine, trattandosi di due fatti distinti che ledono altrettante norme e che, spesso, producono diverse conseguenze dannose (284), non ha senso parlare di opzione. La teoria dell’opzione è stata disattesa dalla giurisprudenza per quel che riguarda il dolo e la mala fede del debitore a causa del difetto del presupposto da cui essa muoveva: l’esistenza di un solo fatto dal quale discendesse una *duplice* responsabilità.

***

Il diritto francese accoglie la teoria — respinta dalla dottrina dominante — del *cumulo* delle azioni contrattuale e delittuale. Questa teoria, come si è già accennato (285), ha una duplice formulazione: a) il creditore può agire, separatamente, sia *ex contractu* che *ex delicto*, rispettando il limite di non poter chiedere la seconda volta quel che ha *ottenuto* mediante l’azione esperita per prima; b) il creditore può *cumulare* le due azioni in una sola.

Circa questa seconda formulazione, la dottrina francese rileva che il *cumulo* non può essere inteso come la possibilità di proporre un’azione, per così dire, eclettica la quale, a livello dell’attore, sia dotata di *alcuni* caratteri dell’azione contrattuale (ad es. la competenza) e di *altri* dell’azione delittuale (ad es. la prescrizione) (286). Ciò è sicuramente esatto, ma non è conclusivo.

Ammessi che il dolo del debitore si risolva in un fatto distinto dall’inadempimento imputabile, ne deriva necessa-

---

(282) Supra, § 15.
(283) Cf. supra, §§ 16, 16-bis e 30.
(284) Cf. supra, nota 122.
(285) Supra, § 16-bis.
(286) V., per tutt, Martine, 20.
riamente che il creditore può giovarsi di due *causa petendi* le quali, per avventura, richiedono l'esperimento di due azioni aventi presupposti sostanziali e connotati processuali diversi.

***

Consideriamo, in primo luogo, come questa conclusione si applichi alla *mauvaise foi*. Supponiamo che l'obbligazione pecuniaria nasca da un contratto: il ritardo nell'adempierla viola certamente una norma contrattuale, ma il ritardo di malafede viola anche il principio codificato nell'art. 1382 *code civil* e poi nella legge di riforma 7 aprile 1900. Questa duplice violazione, come appare dalla dizione stessa dell'ultimo comma dell'art. 1153 *code civil*, cagiona un duplice pregiudizio: da un lato sono dovuti gli interessi di mora; dall'altro è dovuta la compensazione del *préjudice indépendant de ce retard*. Il diritto francese opera, così, una scissione nel conteggio del debitore e del pregiudizio che gli arreca; da un lato: il non pagare alla scadenza e gli interessi di mora; dall'altro: la *mauvaise foi* ed il risarcimento del danno cagionato da essa. A fianco della responsabilità contrattuale, la giurisprudenza del secolo XIX ha posto la responsabilità aquiliana, seppure restringendo le condizioni del suo sorgere alla presenza di una *faute* caratteristica e specifica, e cioè di un particolare criterio di imputabilità detto *mauvaise foi*.

La duplice responsabilità, pertanto, ha, quali fatti produttivi e quale oggetto, dei conteggi e delle obbligazioni diverse, tra le quali non è data sovrapposizione; l'esistenza del contratto, come si vede, non esclude l'applicabilità nelle norme sulla responsabilità extracostituzionale.

Ecco, allora, che appare manifesto quel *cumulo* di azioni che la dottrina, unanime (237), rigetta come inammissibile; ecco che l'espressa dizione legislativa e la costante prassi giurisprudenziale fanno entrare in gioco un sistema di azioni che sembrava sconosciuto al diritto francese. Il creditore, invero, chiede gli interessi di mora ed il risarcimento del danno cagionato dalla *mauvaise foi* mediante una sola azione che, senza *confonderle*, unisce in sé i presupposti ed i caratteri delle c.d. azioni contrattuali ed extracostituzionali. Il pregiudizio occasionato dal ritardo si risolve necessariamente nella corresponsione degli interessi di mora e si fa valere mediante una azione che ha gli attributi dell'azione *ex contractu*; il diverso pregiudizio occasionato dalla *mauvaise foi* dà luogo al risarcimento secondo le norme della responsabilità delittuale (e, dunque, comprende anche il danno imprevedibile) e si fa valere in giudizio mediante una azione delittuale. Nulla si oppone a che le due azioni, teoricamente distinte, siano esercitate mediante un solo atto ed — in senso astratto — mediante una sola azione o postulazione in giudizio. È ciò che si è visto avvenire tutte le volte che i giudici francesi hanno concesso — invocando prima l'art. 1382 e poi il quarto comma dell'art. 1153 — il risarcimento del danno e, nel contempo, gli interessi moratori. Fermo restando che il creditore deve dimostrare i presupposti sostanziali delle due azioni — e, cioè, dimostrare la sussistenza di due *causa petendi* — possono sorgere problemi processuali di varia natura, dei quali diremo tra poco.

Del resto, quali siano i problemi di diritto processuale occasionati da siffatto *cumulo*, a noi interessa poco. Quel che, invece, sembra di fondamentale importanza è la serie di conseguenze pratiche che derivano dal carattere delittuale del rimedio concesso al creditore in dipendenza dal ritardo

(237) Con la sola eccezione del *Van Ryn: supra*, § 16-bis.
di mauvaise foi. Ad esempio, il debitore con pluralità di condebitori non solidali può ottenere la condanna solidale a risarcire il danno causato dalla loro mauvaise foi (posto che essa sia comune a tutti i debitori): ciò, infatti, è inerente all’azione delittuale, mentre, nello stesso caso, non esisterà la solidarietà per il pagamento degli interessi di mora.

L’indagine sul dolo del debitore esige l’estensione di queste affermazioni all’inadempimento ed all’adempimento inesatto, coerentemente all’orientamento giurisprudenziale. D’altronde, anche la dottrina situata in posizione diametralmente opposta a quella della giurisprudenza rileva che, se il dolo del debitore desse luogo ad un fatto diverso dall’inadempimento, i termini del problema verrebbero completamente rivoluzionati (288).

Qualora il creditore agisca prima in via extracontrattuale, invocando il dolo o la malafede e la responsabilità delittuale, e poi in via contrattuale, non sorgono problemi di sorta: le due azioni hanno diverse causae petendi e diversi petitum.

Difficoltà nascono qualora il creditore esperisca una sola azione: quale sarà il giudice competente, il termine di prescrizione, etc.?

Non essendoci autorità sul punto, preferisco astenermi dal rispondere. Tuttavia desidero chiarire che il creditore esercita, al tempo stesso, due azioni, ciascuna delle quali è fondata su fatti diversi. Se così non fosse, si giungerebbe all’assurda conclusione che, non riuscendo a provare il dolo, egli si troverebbe sprovvisto di tutela giuridica; la verità sembra, invece, essere che il debitore — non riuscendo a provare il dolo — si vedrà respinta l’azione ex delicto senza che ciò pregiudichi l’azione ex contractu di cui egli è pure titolare.


Il cumulo di azioni in caso di dolo o di mauvaise foi del debitore è, pertanto, fondato su due distinti fatti illeciti ed offre al creditore una duplex tutela — contrattuale e delittuale — che egli può pretendere mediante la proposizione, successiva o contemporanea, dei due rimedi.

***
APPENDICE AL CAPITOLO TERZO

Indice bibliografico

ALCIATO, A., Opera, Basilea, 1571 (6 vell.).

ANNONCI, L’ordonnance de 1667 mise en pratique conformément à la jurisprudence et à l’usage du Parlement de Toulouse, Toulouse, 1759.

AUIN, J., Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, thèse, Bordeaux, 1897.


AZARD, P., Supplément, etc., v. sub LALOU H.


BAUDRY-LÉCANTINIERE, G., Précis de droit civil, 6ªme ed., Paris, 1896-1898 (3 vell.).

BAZINET, G.L., De l’option entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité, 29 Thémis, 43 ss.

BECQUE, E., De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle - contribution à l’étude du droit comparé des obligations, in Rev. trim. dr. civil, 1914, 251 ss.


BECQUE, J., La protection de la victime d’un dommage conjoint et de ses proches dans le cadre contractuel, thèse, Paris, 1943.

BEDARD, Traité du dol et de la fraude, I, Bruxelles, 1854.


BOHN, H., Clauses limitatives et clauses d’exonération conventionnelles de la responsabilité des transporteurs terrestres de marchandises, Bancares, 1943.


DONNET, E., Responsabilité délictuelle et contracte, in Rev. crit., 1912, 418.

BOSC, Jean, Étui sur les éléments constitutifs du délit civil, thèse, Paris, 1901.


BOURJAN, F., Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduit en principes, Paris, 1747 (2 vell.).
Appenzedice al capitolo terzo

BOUTARIC, F. de, Les institutes de l'Emperateur Justinien, conferenci avec le droit françois, Toulouse, 1740.

BOUTAUD, E., Des clauses de non responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes, Paris, 1896.


BRESSAND, M., Manuel d'histoire du droit privé, Paris, 1908.

BRISSON, B., De Verborum quae ad juro pertinent significat., a cura di HINNEKAMP, I.G., Haage Magdebursiae, 1643.


BUTELE, R., La sanction de l'inexcusable du contrat, y compris l'anticipatory breach, in Rapports belges au VII Congrès international de droit comparé, Bruxelles, 1966, 72 ss.


CLOU CAMPS, ad utilisamiam I. contractus f. de Reg. juris, Lugdunae Parisiorum, 1751.


CAPPANIS, H., Les effets des obligations, in Rev. trim. dr. civil., 1932, 721.


CASSENS, E., Des clauses de non responsabilité, thèse, Paris, 1929.


CHEEHEM, Trattato del dolere della frode, primo volume italiano di C. PONTICELLI, Napoli, 1829 (3 voll.)

CHARON, [Le Canon, L.], Révolutions de plusieurs notables, célèbres, et illustres questions de droit, tant roman, que françois, Lyon, 1625.


CHAUVEAU, P., Responsabilité aérienne et arrêt Lamoricière, in Rev. trim. dr. comm., 1953, 801.


ID., Osservazioni sulla responsabilità del vettore marittimo nel diritto francese e nei progetti di riforma francese ed italiano, in 9 Ann. dir. comp. st. leg., I, 173 ss.

Indice bibliografico

CHENETIÈRE, A., Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, thèse, Nancy, 1899.

CHÉNON, E., Histoire générale du droit français public et privé, Paris, 1926-1929 (2 voll.).

CHÉNON, Jean, Cent notables et singulières questions de droit, décides par arrêts memorables, 2ème ed., Paris, 1863.

CHÉNON, A., Note, in D.P. 1912, 2, 49.

CLAUSE, J., De l'exception de dol en droit romain, thèse, Nancy, 1884.


COLMET DE SANBERRE, E., Manuel élémentaire du droit civil, Paris, 1884-1886 (3 voll.).


COUDET, Étude comparée de responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, Bruxelles, 1951.

CROZES, J., La responsabilité contractuelle, in Rev. générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1926, 11 ss., 65 ss.

ID., La distinction des deux responsabilités civiles, ibid., 233 ss.

DE FERRIÈRE, C.L., Dictionnaire de droit et de Pratique, t. 1, Paris, 1755.

DE HARVEN, Des conventions tendant à libérer de la responsabilité, in Rev. du dr. belge, 1926, 233 ss.

DE LA MASSE, H., Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus du droit, in Rev. trim. dr. civil., 1948, 27 ss.


ID., Note sous Civ. 11 juanv. 1923, in S. 1924, 1, 105.

ID., De l'obligation du vendeur à raison des inconvenients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants (A propos d'un arrêt de la Cour suprême du Canada), in Rev. trim. dr. civil., 1923, 645 ss.

ID., De la classifications des sources des obligations, in Scrifati per Chironi, I, Torino, 1915, 105 ss.

ID., De la réparation civile des délits - Étude de droit et de législation, Paris, 1898.

DEMOULDE, C., Cours de code civil, édition augmentée de la législation et de la jurisprudence belges, tome 12, Bruxelles, 1868; tome 13, Bruxelles, 1882.

DENISARD, P.B., Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, Paris, 1771.

DENISSE, L., Note sous Reg. 21 juillet 1919, in D.P., 1920, 1, 30.

JAMELE-MURILH, R., Dol et faute lourde, in D., 1935, Chron, 89.
 jds, Note sous CIV. 29 juillet et 3 août 1932, in D.P., 1933, 1, 49.
 jds, Note à Rec. 14 déc. 1926, in D.P., 1927, 1, 145.
 jds, La personne humaine dans le commerce juridique, in D.H., 1932, Chron., 1.
 jds, Cours de droit civil positif français, 3e éd., Paris, 1938.

JOUSSEREN, Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667, nouvelle édition, Paris, 1871 (2 vols.).
 jds, Cours de droit civil, Paris, 1906.
 jds, Droit maritime et droit aérien, in Rev. trim. dr. comm., 1966, 144 ss.
 jds, Note sous Lyon 1 avr. 1922, in D.H., 1924, 52.
 jds, Nouvelle communication sur les clauses de non-résponsabilité, particulièrement dans les conventions, in Ann. dr. comm., 1886-1887, 251 ss.
 jds, A propos des clauses de non-résponsabilité, in Ann. de dr. comm., 1885-18, 87, 185 ss.
LABORDE-LACOSTE, M., De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale, thèse, Bordeaux, 1918.
LABOU, H., La gamme des fautes, in D.H., 1940, Chron., 17.
LAURENT, P., Principes de droit civil français, t. 16, 3e éd., Bruxelles-Paris, 1878.
LEFEVRE, A.-F., De la responsabilité, délictuelle, contractuelle. Responsabilité des locataires envers le propriétaire en cas de incendie (art. 1734, c. civ.) ... in Rev. critique de législation et de jurisprudence, 1886, 485 ss.
LEYT, E., Responsabilité et contrat, in Rev. crit., 1889, 361 ss.
PLANHOI, M., Droit civil et dol criminel, in Rev. crit. de législ. et de jurisprudence, 1893, 346 ss.; 94 ss.


POQUET DE LIVONNERÉ, C., Regles du droit français, nouvelle ed. [6e], Paris, 1768.

PONTAVICE, E., du, Chronique, in Rev. trim. dr. comm., 1955, 422 ss.

PORTAIL, Relaion aux progrès du "Titre préliminaire du code civil", (I. 14 ventoam un XI), in Code civil, contenant la serie des lois qui le compose avec leurs motifs, Paris, an XI, 1803 [avec en Fenet, I, XCI ss.].

PUTHERS, Du, obligations, in Oeuvres, I, Brussels, 1829.


Proust, Recitations ad legum XXIII contractiis fr. de reg. jur., Aurelianis, 1684.

PURK, J., Les clauses d'irresponsabilité dans les contrats de transport, thèse, Alger 1922.

RABAT, A., De la notion de faute en droit privé, Paris 1949.

RANJARD, J., La responsabilité civile dans Domat, thèse dactylographiée, Paris, 1943.


RELATIONS al Conximo Legislativo sul libro terzo, titolo III del codice civil, in Code civil des français, avec les discours qui ont été prononcé par les Orateurs du Gouvernement, 2ème ed., conforme alla precedente, Paris, an XII.

RESPONSE à la lettre de M. Labbé, in Ann. dr. comm., 1866-1887, 188.

RIPIERT, G., Recensions a Sauvage, in Rev. crit., 1912, 14 ss.

Id., Esmein doctrinâl - jurisprudence civile - Responsabilité civile, in Rev. crit., 1914, 193 ss.

Id., Note sous Req. 27 juillet 1925, in D.P., 1926, 1, 5.


ROBIN, G., De la responsabilité notamment au point de vue de la clause de non-garantie et du fait de la preuve en droit romain et en droit français, thèse, Paris, 1887.

ROBINO, P., Les conventions de responsabilité dans la jurisprudence contemporaine, in Rev. trim. dr. civ., 1951, 1 ss.

ROBLOT, Le faute lourd en droit privé français, in Rev. trim. dr. civ., 1943, 1 ss.

INDICE BIBLIOGRÁFICO

RODERIC, R., Une notion menacée, la faute ordinaire dans les contrats, in Rev. trim. dr. civ., 1954, 201 ss.

Id., Note sous CIV. 15 juin 1959, in D. 1960, J. 98.


Id., Études sur la double des régimes de la responsabilité, in J.C.P., 1959, 1, 861 ss.

Id., Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'un tiers?, in D., 1952, Ch. 79.

ROGER, M., La limitation conventionnelle de responsabilité dans le contrat de transport - contribution à l'étude de la responsabilité du voiturier, thèse, Paris, 1929.


Id., Note sous Roy. 22 févr. 1922, in D.P., 1922, 1, 25.

SAINTCLEMENT, B., De la responsabilité et de la garantie, Bruxelles-Paris, 1884.

SARRUT, L., Note, in D.P., 1890, 1, 209.

Id., Note, in D.P., 1903, 1, 17.

Id., Conclusions sous CIV. 21 avr. 1913, in S. 1913, 1, 177.

Id., Note, in D.P., 1905, 1, 433.

Id., Note, in D.P., 1913, 1, 249.


Id., La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde ou telle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont ou doit répondre?, in D.H. 1933, Ch. 81.


SEGUR, L., La notion de faute contractuelle en droit civil français (Étude jurisprudentielle), thèse, Cape, 1957.

SERRUS, C., Les institutions du droit français, suivant l'ordre de celles de Justinien, Paris, s.d.


STARZ, Essai d'une thèorie générale de la responsabilité civil considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse, Paris, 1947.

Appendice al capitolo terzo

TAGLIONI, O., Codice civile francese, Siena 1829.

TEISSIERE, M., Essai d'une théorie générale sur le fondament de la responsabilité, thèse, Aix et Paris, 1901.

TILLIER, E., Du transport en droit international et d'un projet de convention diplomatique, in Ann. de droit commercial, 1886-1887, 30 ss., 141 ss., 244 ss., 304 ss.

Id., Recessione a Saintelette, ibid., 125.

Id., Réponse a Labbé, ibid., 255.


Trachot, Commentaire à la loi du 13 juillet 1930, in D. 1930, 4, 1.

Trattato dei contratti, secondo il codice civile, il Gius comune e la dottrina di Pothier, Torino, 1849.

Troplong, M., Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code - De la Vente, ed. augmentée en Belgique, Bruxelles, 1844.


Valon, D., Les clauses de non-responsabilité dans la navigation maritime et la navigation aérienne, Paris, 1940.


Vavassori, L., Contrat de transport - Responsabilité du véturier, thèse, Poitiers, 1890.


Vincent, A., Des clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport par terre et par mer, thèse, Paris, 1892.


***
CAPITOLO QUARTO
PREMESSE E PROBLEMI DI INDOLE GENERALE

SEZIONE I - Introduzione allo studio del diritto italiano.
SEZIONE II - Il dolo del debitore ed il rapporto tra le azioni contrattuale ed aquiliana di danni.
Introduzione allo studio del diritto italiano

32. La giurisprudenza italiana ed il metodo della ricerca.
33. Segue.
34. Conclusione.

***

32. LA GIURISPRUDENZA ITALIANA ED IL METODO DELLA RICERCA.

All'inizio dello studio del diritto francese contemporaneo (supra, § 14), si è affermato che la particolare attenzione dedicata alla giurisprudenza nasceva non da una scelta metodologica di fondo, ma dai contingenti caratteri propri della giurisprudenza nell'ordinamento francese.

Per il diritto italiano vale una diversa considerazione. La nostra dottrina — in un secolo di codici unitari — ha trascurato i problemi del dolo del debitore e, da un certo momento in poi (1), anche quelli delle fonti delle obbligazioni e del concorso di azioni. Le sentenze che si occupano della nozione di dolo sono state passate sotto silenzio e soltanto una, per quel che mi risulta, ha ricevuto l'onore di un commento specifico (2).

Laddove uno dei fattori sostanziali del diritto tace, è mestieri rivolgersi all'altro.

(1) Infra, § 80.
Ma quel che si avverti *in limine* all’indagine del diritto francese — essere la ricerca giurisprudenziale condizionata allo «stile» (1) della giurisprudenza — vale anche per questa parte del lavoro, relativa al diritto italiano.

Le fonti di cogizione della giurisprudenza e la loro organizzazione; la forza del precedente giudiziale; la tecnica ed il contenuto della motivazione delle sentenze; il modo e lo scopo della citazione, nelle sentenze, dei precedenti: ecco alcuni degli elementi che lo studioso deve considerare prima di impostare il metodo della ricerca giurisprudenziale.

In sede più specifica (2) si mostrerà la fallacia di una storia «concretuale» della giurisprudenza e, cioè, di una indagine condotta sulle «massime» aventi ad oggetto la definizione dell’inadempimento doloso. In tesi generale, questo principio ha già ricevuto dimostrazione convincente (3).

In una precedente occasione (4) ho sostenuto che le sentenze, la cui motivazione sia oscura, non debbano essere interpretate in base ad elementi estrinseci (difese delle parti, sentenze dei pregressi gradi di giudizio): conseguenza di tale orientamento sarebbe l’attribuzione — alle sentenze motivate oscuramente — di uno scarso valore di precedente giudiziale. Il problema si è riproposto tenacemente durante lo svolgersi di questo lavoro; che senso ha l’andarsi a leggere, nel testo integrale, una sentenza resa dalla Cassazione di Roma nel 1905 e pubblicata soltanto nella massima? Oppure, richiedere la copia del ricorso e degli atti di causa quando, dalla motivazione della sentenza, non se ne capisce il «fatto»? O, perfino, recarsi a conferire con gli avvocati per chiedere loro la ragione di una certa linea difensiva?

Io trovo che tutto ciò abbia un senso apprezzabile soltanto se si chiariscano alcuni aspetti della questione. Innanzitutto, quelle attività di ricerca forniscano allo studioso un *materiale sconosciuto* alla generalità ed, in particolare, al giudice il quale — nel decidere una controversia — si richiami al precedente giudiziale.

Il possesso di strumenti interpretativi peculiari ha notevoli *riflessi* sul *metodo* e comporta l’enunciazione di alcuni limiti ed avvertimenti non secondari.

Quelli strumenti sono utili per comprendere la singola decisione, ma possono viziare lo studio del precedente giudiziale.

Sono utili per comprendere la singola decisione, perché permettono di comprendere più efficacemente l’iter logico (ed alogico) del giudice alla luce dei fatti di causa e delle allegazioni delle parti; ma, al tempo stesso, vizio sono lo studio del precedente giudiziale, perché il giudice che ha seguito un certo precedente lo ha spesso interpretato con strumenti diversi.

Siamo, quindi, di fronte ad una tecnica di indagine da impiegarsi con molta attenzione, perché, senza tener conto delle limitazioni ora esposte, si giungerebbe a ricostruire una storia della giurisprudenza altrettanto falsa della storia «concretuale» (di cui si dirà *infra*, § 33).

Si deve, però, considerare l’importante compito assolto da chi, mediante questo tipo di ricerca, *rende note* delle sentenze o degli orientamenti sconosciuti: una delle principali ragioni dello stato cangiante della giurisprudenza italiana risiede nella *ignoranza* o falsa conoscenza dei precedenti.

---


(2) *Infra*, § 33.

(3) GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1964, V, 73.

(4) *Pluralità di razioni decidendi* e precedente giudiziale, in *Foro it.*, *Quaderni*, col. 201 ss., nota 51 bis (1967).
Lo studioso il quale porti alla luce una o più autorevoli pronunce della Cassazione può, forse, contribuire in maniera encomiabile al coerente sviluppo giurisprudenziale.

D'altra parte, lo studio accurato della singola decisione — anche in relazione ai precedenti giudiziali — serve a far comprendere l'effettiva questione risolta dal giudice e, sotto questo profilo, consente una valutazione delle enunciazioni astratte accolte dalla motivazione della sentenza. Nell'esporre il materiale giurisprudenziale relativo alla nozione di inadempimento doloso (?), infatti, avevo adottato la seguente classificazione: a) sentenze nelle quali l'accertamento del dolo aveva avuto rilevanza nel dispositivo; b) sentenze nelle quali l'accertamento del dolo avrebbe avuto rilevanza nel dispositivo; c) sentenze nelle quali l'accertamento del dolo non aveva avuto rilevanza nel dispositivo.

Avevo, infatti, constatato che le sentenze esaminate erano equamente divise fra i tre gruppi. Esaminando le sentenze del terzo gruppo (nelle quali l'accertamento del dolo non aveva avuto rilevanza nel dispositivo) mi accorsi che si trattava, quasi sempre, di casi relativi al ritardo nell'eseguire un'obbligazione pecuniaria; lo stesso poteva dirsi per le sentenze del secondo gruppo (nelle quali erasi accertato il difetto del dolo, quando una opposta decisione avrebbe avuto rilevanza sul dispositivo).

Nel primo gruppo, invece, il dolo era stato prevalentemente riconosciuto — in cause nelle quali ciò appariva rilevante per la decisione della controversia — nell'inadempimento di obbligazioni aventi ad oggetto un facere od un non facere.

C'era di più. Le sentenze del secondo gruppo avevano le motivazioni più contorte e complesse, a differenza di quelle del primo e del terzo gruppo — lineari e stringate. Anche qui, era da trarre un importante insegnamento per l'uso delle « massime ». Le sentenze che hanno escluso il dolo — quando si trattava di questione rilevante — si sono lanceate in definizioni generalizzate che, proprio per questo loro carattere, sono state recepite dalla giurisprudenza successiva.

È avvenuto, cioè, lo strano fenomeno che è stata attribuita prevalenza, anche nelle citazioni degli Autori, alle decisioni che avevano escluso il carattere doloso dell'inadempimento dedotto in giudizio. Si sono, per converso, ignorate le sentenze che avevano accertato casi di dolo del debitore.

Questi fenomeni si sono verificati perché si ignorava comunque la rilevanza della « massima » nel contesto della sentenza.

Anche se la surriferita tripartizione non è stata mantenuta nell'esposizione della materia del capitolo seguente, da essa si sono tratte importanti conseguenze, attinenti al metodo dell'indagine ed anche ai criteri di valutazione del precedente.

***

(?) Infra, capitolo seguente.
Una storia concettuale della giurisprudenza — fatta, cioè, sulle masse — è abbastanza agevole. Negli ultimi cento anni si riscontrano poche decine di masse attinenti alla nozione di inadempimento doloso e, grosso modo, esse si svolgono attorno a due teorie: da un lato, il dolo-malvagità; dall’altro il dolo-coscienza di rendersi volontariamente autore di un contegno dannoso per il creditore.

Una storia concettuale della giurisprudenza avrebbe condotto ad individuare il dolo del debitore mediante una proposta definitoria il cui ambito fosse esteso ad ogni caso di inadempimento. A siffatti traguardi, invero, sono già pervenuti gli Autori di una accreditata raccolta di giurisprudenza (1), come pure quegli scrittori i quali, esponendo le definizioni da loro sostenute, pongono in nota alcuni riferimenti giurisprudenziali.

La ragione per la quale tale metodo e tali conclusioni sono stati da noi rifiutati è che una proposizione definitoria di quel genere, integrando un pseudococontento astratto, ha un contenuto descrittivo minimo e, pertanto, appare indonea a fondare sia l’applicazione della norma che, ovviamente, l’interpretazione della medesima.

Durante l’esame, dottrinale e giurisprudenziale, che sta per prendere l’avvio, sarà agevole scorgere come — da una medesima definizione — siano derivate contrastanti decisioni giudiziali e si potrà vedere, altresì, come la sostanziale identità di vedute tra le varie sentenze sul piano concettuale nasconda una frastagliatissima morfologia, i cui contorni è difficile scoprire e descrivere compiutamente.

La particolare tecnica di ricerca impiegata, consistente nel reperire i testi integrali di tutte le sentenze relative alla nozione di dolo del debitore ed al problema del concorso di azioni in caso di dolo, mira, per l’appunto, a penetrare in quella frastagliata morfologia. In questa luce si spiega perché, contraddicendo le tesi precedentemente sostenute (2), mi sono spesso procurato le sentenze dei precedenti gradi di giudizio e, talora, ho consultato i fascicoli d’ufficio al fine di prendere conoscenza delle difese delle parti.

Al già rilevato silenzio dottrinale si aggiunge, come numerosi scrittori hanno già osservato, l’incognoscibilità della giurisprudenza quale essa appare dalle « raccolte ».

La ventina di sentenze, che prenderemo in esame nel capitolo quinto, sono quasi tutte inedite. Il che giustifica, da un lato, la storia concettuale, fatta da altri, ma, in definitiva, richiede l’adozione delle tecniche ora descritte per superare la barriera posta dall’imperfetto stato delle fonti di conoscenza della giurisprudenza (3).

Un importante riflesso di tali constatazioni si ha sulla partitione delle materie all’interno dei capitoli dedicati al diritto italiano. Dopo avere svolto — in maniera corrispondente a quel che si è fatto per il diritto francese — le premesse ed i problemi generali (capitolo quarto), è stato necessario impiegare un intero capitolo (il quinto) per dare conto della ricerca giurisprudenziale, svolta con l’osservanza

---

(1) Rassegna di giurisprudenza sul codice civile, a cura di Niccolò, IV, a cura di Torrente, Milano, 1954; Appendice di aggiornamento, a cura di Torrente, Stella-Ricther, Vitucci, Milano, 1965; sub, art. 1225.

(2) Supra, § prec. nota 6 e testo relativo.

(3) Diverse tecniche sono state usate per il diritto francese. Sulle ragioni e conseguenze di tali diversità diremo in sede di comparazione.
dei criteri sopra delineati anche in alcuni luoghi del capitolo quarto (§§ 40, 41 e 44) in ragione della stretta connessione tra gli argomenti ivi trattati ed i temi centrali della nostra indagine.

Il capitolo quinto — ed i surrichiamati paragrafi del capitolo quarto — sono eterogenei rispetto al tono generale del lavoro: le sentenze sono riferite con una certa cura del dettaglio e l’esposizione procede lentamente, senza lasciar intravedere la luce di proposizione definitorie che abbraccino l’intera materia. Tale eterogenità nasce, come è evidente, dalla peculiarità della tecnica e quest’ultima deriva dallo stato delle fonti sostanziali del nostro diritto.

La parte conclusiva, che a suo tempo venne svolta in poche pagine per il diritto francese, è posta nel capitolo seco- sto: ivi si tenterà di ordinare i dati emersi dalla ricerca giuri- risprudenziale e dottrinale e si procederà a quel lavoro di coordinamento e di valutazione delle fonti sostanziali del diritto italiano dal quale — nell’ultima parte del libro — prenderà avvio la comparazione.

***

34. Conclusioni.

Per rispondere agli interrogativi, posti nel paragrafo 32, sul valore e le finalità della tecnica di indagine ivi delineata, è necessario volgersi anche al tema del precedente giudizi- ziale. Si è, infatti, detto che il giudice esamina il precedente a mezzo di strumenti diversi da quelli qui impiegati ed, in particolare, arrestandosi — il più delle volte — alla «massima». Onde la possibile discrepanza tra le conclusioni che si potranno raggiungere nel presente studio, per quel che attiene lo svolgersi giurisprudenziale, e l’effettivo andamento storico del medesimo: discrepanza, la quale direttamente de- riverebbe dalla diversità tra gli strumenti conoscitivi posse- duti dai giudici e quelli adoperati nel presente lavoro. Di qui, come si è già segnalato, la possibilità di emettere dei giudizi di congruenza tra due decisioni i quali, pur oggettivamente esatti, sono viziati dal diverso grado di conoscenza che lo studioso ed i giudici hanno rispettivamente avuto della prima decisione.

Se tutto ciò è vero, è anche da considerare il compito, per così dire, epifanico dello studioso, il quale — dopo aver indagato quasi un secolo di attività giurisprudenziale — mostra agli stessi giudici il ruolo storico da essi svolto e presenta loro un quadro coerente dell’elaborazione giudiziaria di una norma. Il giudice viene, allora, a possedere gli strumenti di lavoro che a lui occorrono per decidere ponderatamente la lite in base ad un principio di diritto di cui, finalmente, cono- nesce la genesi e le concrete implicazioni.
Si può difficilmente negare l’utilità di siffatto compito, naturalmente commesso allo studioso, ed al tempo stesso si supera l’obiezione che è inutile l’indagine giurisprudenziale accurata in un ordinamento il quale non riconosca un rigido sistema di precedenti.

Mentre, nelle religioni primitive, non è ammesso derogare alle tradizioni in favore dell’efficienza (\textsuperscript{11a}), la giurisprudenza moderna vuol apprendere quel che si cela dietro la cortina delle definizioni traslazie. Il giurista deve adempiere la funzione di discernere, nelle proposizioni di diritto tradizionalmente ricevute, le verità antiche dagli antichi pregiudizi (\textsuperscript{11c}).

Non si tratta di lottare contro una moda concettualistica ormai in via di superamento, ma di favorire tale superamento, onde sia attuato nella maniera più idonea. Tra i vari strumenti, che la moderna sensibilità giuridica ci offre, è quello del precedente giudiziale: che i giudici comprendano la loro responsabilità di produttori del diritto e che, dimessa la veste consunta dell’uomo prigioniero della logica della legge, si sbarazzino anche delle suggestive intuizioni del diritto libero per affrontare il grandioso tema della loro inserzione in un ordinamento sociale che si evolve.

Una serena valutazione dei problemi del precedente giudiziale — al di fuori delle edipiche ribellioni contro la funzione nomofilattica della Cassazione (\textsuperscript{12a}) — potrebbe apportare gioevoli modificazioni al presente stato del diritto giurisprudenziale. È in tale prospettiva che il presente studio può acquistare un particolare significato, nella misura in cui riesca a lacerare le false costruzioni delle «massime» ed a proporre una diversa e più opportuna maniera di intendere il significato del precedente giudiziale.

Appare evidente come il verificare il concetto alla sua base — che sono i fatti umani — significhi trasformarlo nella coscienza del giurista ed offrire agli studiosi di cose legali i mezzi necessari per affrontare la sua critica e la costruzione di diverse, e più accurate, proposizioni definitorie (\textsuperscript{11c}).

***

\textsuperscript{(11a)} Cooke, Religion among primitives, New York, 1964 (rist.), 47.


\textsuperscript{(12a)} Di cui è testimonianza la recente ordinanza del Pretore di Milano, il quale ha ritenuto non manifestemente infondata la questione di costituzionalità dell’art. 65 della legge sull’ordinamento giudiziario.

SEZIONE II

Il dolo del debitore ed il rapporto tra le azioni contrattuale ed aquiliana di danni

35. Caratteri delle azioni contrattuale ed aquiliana.
36. Inquadramento del problema del concorso di azioni.
37. Il problema del concorso di azioni: quasi-ditto del commerciante; contratto di trasporto.
38. Segue: altri casi.
39. In particolare: rapporto tra le responsabilità per inadempimento, per fatto illecito e per lite temeraria.
40. Natura dell’azione di inadempimento doloso: rapporti con il resto.
41. Segue: collusione tra il debitore ed un terzo o tra due debitori a diverso titolo. Altri casi.
42. Segue: altri casi. Simiglianze tra l’azione di inadempimento doloso e l’azione aquiliana.
43. Esonero dalla responsabilità per dolo o colpa grave. Il fatto dei preposti.
44. Clausola penale ed inadempienza dolosa.
45. L’equiparazione della colpa grave al dolo.

***

35. CARATTERI DELLE AZIONI CONTRATTUALE ED AQUILIANA.

Le ragioni pratiche che spingono allo studio della teoria delle fonti dell’obbligazione in diritto italiano — e, in particolare, all’indagine sul rispettivo ambito delle azioni contrattuale ed extracontrattuale di danni — risiedono principalmente nel diverso regime processuale delle due azioni e nel diverso «rimedio giuridico sostanziale» che esse apprestano al creditore (\textsuperscript{11}).

(\textsuperscript{11}) Alcuni scrittori, tra i quali il CARNELUTTI (in Riv. dir. comm., 1912,
In questa prospettiva, sono da ricordare i seguenti punti differenziali:

a) **misura del risarcimento** è limitato al danno prevedibile in materia contrattuale (salvo il caso di dolo), ma è esteso a tutte le conseguenze direttamente ed immediatamente cagionate dal fatto illegittimo extraccontrattuale (14) e, secondo alcune pronunce oramai superate, anche alle conseguenze indirette e medicate di tale fatto (15);


(13) In questo senso: APP. FIRENZE, 7 febbraio 1911; APP. VENEZIA, 20 aprile 1911; TRIB. NAPOLI, 6 luglio 1934; CASS., 31 marzo 1956, n. 1118; 14 luglio 1936, n. 2475; APP. PALERMO, 31 luglio 1924; TR. TARANTO, 10 agosto 1927; APP. TORINO, 10 giugno 1935; APP. MILANO, 23 aprile 1937 (convenienza in Cassazione non condotta con questa specifica questione *infra*, § 53).

Contro: APP. VENEZIA, 28 aprile 1911; CASS., 16 luglio 1934; 9 agosto 1934; 17 gennaio 1933; 30 maggio 1927; 22 dicembre 1927; 9 marzo 1928; APP. GENOVA, 18 marzo 1929; 26 marzo 1929; CASS., 4 luglio 1928; APP. BARI, 17 febbraio 1928 (con interessante motivazione di carattere sistematico); CASS. sez. un., 22 dicembre 1925.


Secondo CASS., 9 settembre 1948 n. 1591 o 4 giugno 1948 n. 844 (篡court da LONGO, C., *Risarcimento di danni contrattuali e extraccontrattuali*, in *Giur. cass. cif.*, 1948, 3^ quad., 469), il giudice deve tener conto della valutazione monetaria nel liquidare il danno derivato o dall’indennizzazione di obbligazione contrattuale o avente ad oggetto una somma di danaro o del compimento di un fatto illecito extraccontrattuale.


Intervenuto in un momento di grande incertezza giurisprudenziale sono le due pronunce CASS. sez. un., 3 giugno 1927 e CASS. pen., 6 luglio 1927 che impostano definitivamente le soluzioni accolte dai giudici posteriores.

o del luogo ove è stato stipulato il contratto, salvo, comunque, il patto contrario (15);

d) competenza per territorio: il luogo ove sorge o deve eseguirsi l’obbligazione risarcitoria da fatto illecito può essere diverso dal luogo ove sorge o deve eseguirsi l’obbligazione contrattuale inadempituta (16);

c) onere della prova per quel che concerne la colpa del debitore: sebbene non sia esatto affermare che — in materia contrattuale — la colpa del debitore si presume, è certo che — in materia aquiliana — l’attore deve provare il dolo o la colpa, mentre tale onere manca sovente, qualora si agisca in via contrattuale (17);

f) decorrenza degli interessi: gli interessi sulle somme dovute a titolo di risarcimento del danno extraccontrattuale decorrono dal giorno del fatto illecito; altrimenti, decorrono dal giorno della domanda giudiziale (18);

g) inapplicabilità, in materia contrattuale, delle presunzioni di colpa sancite dall’art. 2054 cod. civ. (19), o della

(15) Art. 25 disp. pref. cod. civ.


Cf. Montez, In tema di decorrenza degli interessi sulle somme dovute per risarcimento di danno ex delicto, in Riv. crit., 1932, 189; Albertini, Della decorrenza degli interessi sulle somme liquidate per danno aquiliano, in Mon. Trib., 1910, 21; De Cupis, Il danno, cit., 222; Tedeschi, Il momento della determinazione del danno, in Riv. dir. comm., 1934, I, 239.

Il codice del 1942 ha supposto al silenzio del codice del 1865 mediante l’art. 1219 n. 1.

(19) La questione ha dato luogo ad interessanti pronunce ed a rilevanti con-

responsabilità sancita dall’art. 1154 cod. civ. 1865 (20) (21);

h) responsabilità solidale dei partecipì del fatto illegale (art. 1055 cod. civ. 1942, art. 1156 cod. civ. 1865) onde il debitore inadempiente — qualora sia ammesso l’esercizio contro di lui dell’azione extraccontrattuale — risponda in solido con il terzo che ha partecipato alla commissione ed ha agevolato l’omissione costitutiva dell’inadempimento (22);

i) in quest’ultima ipotesi, il creditore può convenire in giudizio, con unico atto di citazione, il debitore ed il terzo (23);

l) azione di regresso del condannato in solido contro il condebitore: mentre, nelle obbligazioni contrattuali, si presume la responsabilità in parti eguali (24), nelle obbligazioni extraccontrattuali la responsabilità si proporrà alla colpa di ciascuno degli autori del fatto (25);


Cf. Gentile, L’azione per danni nel trasporto automobile, in Foro it., 1926, 1, 671 e Renzo, in Foro it., 1926, 1, 620, che annotano le due sentenze citate da ultimo e gli Autori citati infra alla nota 44.

(20) Su questo argomento, il diritto francese non è ancora sicuro: supra, § 17.


(23) Cass., 27 maggio 1940, n. 965, della quale si dirà ampiamente infra, § 41.

(24) Cass., 10 gennaio 1966, n. 188.


(26) I tribunali di commercio vennero aboliti dalla legge 25 gennaio 1888, n. 5174.
l’azione di danni contro il commerciante (2);  

n) problemi di competenza derivanti dall’indole commerciale dell’obbligazione di risarcimento (2);  

o) espropriabilità della dote in esecuzione di sentenza di condanna per obbligazione da delitto o quasi delitto ma non per obbligazione contrattuale della donna maritata (2);  

p) risarcimento del danno morale: dovuto comunque quando il fatto illecito integri la figura del reato ma, da tempi, generalmente ammesso in materia extracontrattuale sebbene non in materia contrattuale (2);  

(2) Infra, § 37.  

(2) Infra, § 37.  

(2) Cf. CICERONI, I, 349 ss. con riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza francese (v. supra, § 20).  

(2) Cf. fra tante pronunce su questo tema, APP. VENEZIA, 13 aprile 1897; CASS. PALERMO, 8 aprile 1911; APP. CAZZIARI, 3 febbraio 1927; APP. BRESCIA, 13 aprile 1927; APP. BARI, 2 dicembre 1927; APP. VENEZIA, 20 dicembre 1927; CASS., 30 gennaio 1928, n. 452; APP. VENICE, 28 febbraio 1928; APP. BARI, 19 marzo 1928; APP. PERUGIA, 29 marzo 1928; CASS., 9 novembre 1929, n. 3326; CASS. SEZ. UN., 26 febbraio 1937, n. 590; CASS., 29 gennaio 1940, n. 345; TRIB. MILANO, 15 ottobre 1936 afferma che illecito integra la figura del reato ma, da tempi, generalmente ammesso in materia extracontrattuale sebbene non in materia contrattuale (2).  

In dottrina v. fra i moltissimi che hanno trattato l’argomento: BURCHIELLO, I limiti della responsabilità per danno nel nuovo sistema legislativo italiano, Napoli, 1942, 303 ss.; DE CAVANO, La risarcibilità del danno non patrimoniale, in Dire. e pratt. comm., 1933, 3; DE CUPIS, Sulla risarcibilità del danno patrimoniale e del danno morale, in Riv. crit., 1933, 189; GROSSETTI, In tema di risarcibilità del danno non patrimoniale, Torino, 1933; MONTEIL, Sulla risarcibilità dei danni morali, in Foro it., 1932, 1, 1622; VISCO, Riferimenti giuridici dell’art. 185 cod. pen., in Studi per D’Amelio, III, Bologna-Roma, 1933, 422; CAVOCCIO, L’articolo 185 cod. pen. e la risarcibilità dei danni morali in materia civile, in Riv. dir. civ., 1932, 313; GENTILE, Rassegna della giurisprudenza sul danno non patrimoniale, in Resp. civ., 1938, 193; CARBONUTI, Il danno e il reato, Padova, 1926, 39 ss.; JOVANE, Danni morali e riparazione pecuniaria, in Riv. crit. inf., 1922, 33; GAMBAROTTA, Ancora sul risarcimento dei danni morali, in Foro it., 1922, I, 319; FACCHINI, Della irrisarcibilità dei danni morali, in Riv. dir. comm., 1922, I, 173; MAGGIONI, Il risarcimento del danno morale nei suoi presupposti teorici, in Dire. e giur., 1914, 359; CASALI, La risarcibilità dei danni morali, in Logge, 1912, 305; EDEL, I danni morali nella dottrina e nella giurisprudenza, in Riv. Univ., 1912, 236;  

q) risarcimento in forma specifica (art. 2058 cod. civ.), che sarebbe ristretto all’area extracontrattuale (3).  

***  

ARCOLI, Risarcibilità del danno morale, in Riv. dir. civ., 1911, 570; CIBIANI, La colpa contrattuale e i danni morali, in Dire. e pratt. comm., XXVIII (1910), 352; BUCCELLANTE, Il risarcimento del danno morale in diritto privato e nella dottrina, Ortora a Mars, 1910; BOLAFFIO, Danni morali e colpa omissiva e contrattuale, in Temi, 1907, 288; MIOI, Studio sul danno non patrimoniale (danno morale), Milano, 1901 (2° ed., 1909); MARCIANO, E risarcibile il danno morale?, in Foro pen., 1899, VII, 156; PEDRETTI, Del danno morale, in Giur. It., 1892, 237; dal 1964: ALONSI, Danno non patrimoniale e sua valutazione, in Dir. e giur., 1965, 194; DE STROBEL, Il danno non patrimoniale, in Dire. e pratt. assic., 1965, 18; RUDINO, Risarcibilità del danno non patrimoniale, in Arch. dir. giur., 1965, 383; CERACI, Interrogazioni sull’istituto del risarcimento del danno morale, in Dire. e pratt. assic., 1966, 331; LAMBIELLO, Osservazioni in tema di liquidazione dei danni non patrimoniali, in Temi, 1966, 7.  

36. Inquadramento del problema del concorso di azioni.

Lo studio del diritto francese (supra, §§ 15, 16, 20, 22, 30 e 31) vale ad inquadrare i termini del problema del concorso di azioni anche nel diritto italiano. Tuttavia, considerando l'impostazione accolta dalla nostra dottrina, sarà opportuno premettere alcuni cenni chiarificatori prima di esaminare le opinioni degli scrittori e le decisioni giurisprudenziali.

Il fenomeno del concorso di azioni, in senso proprio, si verifica allorquando un soggetto è legittimato a far valere in giudizio un medesimo fatto sotto diversi profili giuridici; più particolarmente, quando un solo fatto attribuisce ad un soggetto una pluralità di mezzi di tutela volti ad un medesimo fine (214).

Così, non si ha concorso di azioni tra la nunciato novi operis e la manutenzione o tra l'azione di annullamento e quella di danni per dolo nella formazione del contratto, perché tali rimedi hanno oggetti dissimili; si ha, invece, concorso tra due azioni di danni o tra due azioni dichiarative della nullità di un contratto o tendenti al suo annullamento (215).

In primo luogo, pertanto, è da chiarire cosa si intende per unicità del fatto. L'indemnamento, si sa, può consistere in una commissione od omissione specifica od anche nel non verificarci di un risultato od in una serie di fatti colposi
ciascuno dei quali, di per sé, non indurrebbe violazione del contratto (216). Queste osservazioni, tuttavia, sono valide fino a tanto che si parli di indecimento non doloso; appena si introduce il dolo, è d'uopo ricercare un fatto specifico imputabile al debitore e caratterizzato da precisi requisiti che ne provino l'indole dolosa. Onde, in tema di dolo, l'indagine verte sull'esistenza di un illecito tipico, realizzato mediante uno o più specifici fatti od omissioni compiuti dal debitore con un particolare animus od intento.

Nell'indemnamento colposo, pertanto, solo in casi eccezionali grava sull'attore l'onerè di provare uno specifico fatto colposo: la responsabilità del debitore è accertata in conseguenza del verificarci o non di un risultato o della mancanza di un certo grado di diligenza nell'esecuzione del contratto.

Da ciò deriva la inidoneità della suesposta definizione del concorso di azioni tutte le volte che la responsabilità contrattuale nasce a prescindere dalla prova di uno specifico fatto colposo (217).

L'unicità del fatto, al contrario, sussiste qualora l'indemnamento sia qualificato doloso e ciascuna delle due azioni sia radicata nel dolo. Da un solo fatto nascerebbero, allora, due azioni.

La seconda precisazione da esporre concerne il regime processuale delle azioni concorrenti; posto che — in un certo caso — sia accertato il concorso di azioni, è possibile ritenere che l'una azione sia preclusa dall'esperimento dell'altra; che tale preclusione si verifichi soltanto qualora l'azione proposta abbia successo; che, accolta una azione, possa

ricorrersi all'altra per ottenere qualcosa di più o di diverso; che le due azioni possano proporsi in un unico processo purché l'una sia subordinata alla reiezione dell'altra; che ciò possa avvenire anche senza tale subordinazione; che i requisiti sostanziali e processuali delle due azioni possano essere unificati, così che l'attore si valga ad esempio, del termine prescrizionale dell'un rimedio e della competenza per territorio dell'altra (nel qual caso si parla più propriamente di cumulo di azioni); e così via.

***

Per sopprimere il fenomeno del concorso di azioni occorre sopprimere la possibilità del concorso di norme, perché è palese che la pluralità di rimedi per un medesimo fatto presuppone che quel fatto abbia leso interessi (diritti) tutelati — sotto diversi profili e con varia intensità — da una pluralità di norme (23).

Parte della dottrina italiana — seguendo l'ispirazione di alcuni scrittori francesi — ha tentato di attuare la su detta soppressione. Mentre alcuni giuristi, come il PACCHIONI ed il ROTONDI (24), sostenevano la preminenza della fonte le-

gale della responsabilità, ed altri attribuivano quella preminenza alla fonte contrattuale (23a), vi fu chi sosteneva l'impossibilità del concorso: l'obbligazione di risarcimento o è civile o è commerciale; o è aquiliana o è contrattuale. In tal maniera, è chiaro che il discorso si sposta su un piano superiore e pregiudiziale, quello della fonte della responsabilità e — per conseguenza — del rapporto tra contratto e fatto illecito (o tra contratto e legge o tra contratto ed ordinamento giuridico) quali fonti delle obbligazioni (23b).


(23b) V. gli Autori citati infra nei luoghi specifici. Si muove oggi, in questa prospettiva il GIORGIANI, Appunti sulle fonti dell'obbligazione, in Riv. dir. civ., 1965, I, 70 e, sostanzialmente, anche GIUSEPPECCHI, Concorso di trasporto, etc., in Foro It., 1928, IV, 238; Azzariti, In tema di responsabilità contrattuale (23a),
Attribuendo efficacia assorbente all'una od all'altra fonte si è voluto giungere ad una chiara esemplificazione, notevolmente elaborata su talune questioni — tra le quali la responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio dell'operaio, in base alla legge sugli infortuni ed alle norme del diritto comune — ma estremamente imprecisa ed astratta su altre.

Tenendo presente che il nostro tema specifico è ristretto alla natura dell’azione di inadempimento doloso ed alla possibilità del concorso delle azioni contrattuale — ed extracontrattuale in caso di dolo del debitore, sarà d’uopo premettere un succinto esame delle opinioni della dottrina e della giurisprudenza sul problema generale del concorso, onde poter più agevolmente impostare l’argomento proprio di questo studio.

***


La questione della natura, commerciale o civile, del’azione di danni per delitto o quasi-delitto del commerçiantede sollevò notevoli perplessità in giurisprudenza ed accese vivaci discussioni tra gli studiosi. Essa è tuttora interessante per cogliere i principi generali — validi anche in altri campi — sottostanti le varie soluzioni allora proposte.

Le tesi possibili erano tre: a) l’azione è civile; b) l’azione è commerciale; c) vi sono due azioni il cui concorso è varia-
mente regolato (34).

L’adesione ad una di queste tre tesi, però, era sovente accompagnata da complesse e non sempre chiare limitazioni: in particolare, si disputava circa gli atti del commerçiantede oggetto del problema e si voleva precisare la connes-
sione tra tali atti e la esecuzione di uno specifico atto di com-
mercio o, più restrittivamente, la necessità che il danno fosse risentito — pur nell’espletamento di un atto di commercio —
dal contraente e non da un terzo.

La tesi più estrema — che conduceva ad attribuire na-
tura commerciale all’azione di risarcimento avente ad oggetto

(34) SCHRUPPER, La responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro, Roma, 1895; TURREZZANI, Natura giuridica, civile o commerciale, dell’azione per indennizzo dei danni derivanti da quasi-delitto, in Ann. crit. giur. patria, 1895, II, 1; MARCHERESI, Note, in Foro it., 1890, I, 250 e 1886, I, 494; MANARA, Gli atti di commercio, n. 181; n. 185; VIANTIK, Trattato di diritto commerciale, n. 59; COGNIOLO, La responsabilità giuridica della società ferroviaria, § 19 (citt. da Marche-
resi).
Quasi-delitto del commissario

stato fluido della dottrina, tutt’ora legata all’influsso francese ma attenta e partecipe delle vicende giurisprudenziali. Nello svolgimento di queste diverse posizioni, emersero talune concordanze che passeranno nella giurisprudenza posteriore: così, il principio che l’invocazione della colpa del danneggiante induce — in sede di interpretazione della domanda sotto il profilo della causa petendi — la qualifica di azione civile per quasi delitto (**25) (**26).

Emersero, anche, soluzioni estremiste, come quella accolta dalla sopracitata sentenza della Cassazione di Torino, le quali facevano perno su una nozione di status del commerciante, al punto da affermare la natura commerciale dell’azione anche se nessun rapporto contrattuale avesse legato danneggiante e danneggiato (**27): era, questa, la prima posizione assunta dai nostri giudici, per lungo tempo mantenuta (**28) in accordo con un’autorevole dottrina (**29) e fondata sull’interpretazione dell’art. 4 del codice di commercio.

Intorno al secondo decennio di questo secolo, la tesi del concorso di azioni riscuoteva pochissimi consensi (**30). Fu


(**28) Cass. Torino, 23 settembre 1886 (azione della vedova di un macchinista deceduto durante una manovra); 6 marzo 1895 (fondato su un’interpretazione degli articoli 8 e 4 cod. comm., escludendo il fatto di illecito); Cass. Napoli, 13 luglio 1895 (che rileva il concorso tra responsabilità penale e civile per lesioni al passeggero ed afferma che la responsabilità penale è comunque fatta valere mediante l’azione aquiliana: tema questo nel quale torneremo più avanti), Cass. Torino, 13 novembre 1895; 27 ottobre 1899 (entrambe assenzi che il quasi delitto genera sempre un’azione civile e non commerciale); App. Genova, 4 novembre 1896 (infortunisti sul lavoro); App. Milano, 2 dicembre 1892 (ancora un caso di lesioni riportate dal passeggero: le due azioni possono essere proposte nel medesimo giudizio).
così che, quando presero a moltiplicarsi le controversie in tema di contratto di trasporto, la giurisprudenza della Cassazione accolse, in prevalenza, la soluzione favorevole all'attribuzione di un unico rimedio in capo al danneggiato. Quest'unico rimedio era l'azione contrattuale.

Tale indirizzo, che sovente risolveva questioni attinenti alla prescrizione, ebbe numerose adesioni (4) le quali con-

(4) V. tra le tante: CASS. ROMA. 13 marzo 1922; CASS. REGNO, 12 gennaio 1926 (causa del piazzato Salaforo, successivamente tornata in Cassazione e decisa delle Sezioni Unite in maniera opposta); CASS. REGNO, 16 gennaio 1926; CASS., 13 ottobre 1926 (inapplicabilità dell'art. 79 del D.L. 31 dicembre 1923); CASS., 31, gennaio 1929, n. 506 (inapplicabilità dell'art. 5 della legge del 1912 sui sinistri automobilistici); APP. MILANO, 13 marzo 1931; APP. MILANO, 5 febbraio 1933; APP. FIRENZE, 3 marzo 1932; CASS., 11 aprile 1932; APP. MILANO, 20 maggio 1932; CASS., 20 maggio 1933 (che conferma APP. MILANO, 5 febbraio 1932), quest'ultima in materia di onere della prova.

Sull'argomento, V. PARELLA, Il sistema della prova della responsabilità del vettore di trasporto in persone, in Giur. it., 1930, IV, 49; ASTRAINDI, L'art. 25 codice di procedura penale e il sistema della prova nel giudizio civile di responsabilità e ex contracto contro il vettore di persone, in Giur. it., 1936, I, 1, 962; DALMATI, La responsabilità del vettore nel trasporto di persone, in Riv. dir. civ., 1934, 409; CASS., 20 maggio 1933; CASS., 14 luglio 1933; CASS., 30 luglio 1936.

Cf. anche TALASSANO, La presunzione di colpa negli investimenti a lunga termine, in Dir. com. 1930, 78; PERETTI-CHIVI, La presunzione di colpa del conducente e il danno alle persone trasportate nel veicolo, in Resp. civ. e prev., 1930, 7.


Da ultimo ZAMPIERELLA, Profili della responsabilità del vettore nel trasporto di persone ordinario e foriero, in Giust. civ., 1966, IV, 305.

Per il caso particolare del trasporto nei vagoni letto, v. CASS., 6 marzo 1933; Di BLASI, Sulla natura giuridica del contratto tra la Compagnia delle vette-r-letto e i viaggiatori, in Giur. it., 1933, I, 1, 641 e, più in generale, D'AMELIO, (che presiedeva la sezione che emise la ora citato sentenza 4 marzo 1933), La responsabilità della compagnia dei wagon-letti per i fatti a danno dei viaggiatori, in Riv. dir. civ., 1910, 540; CARNELOTTO, Natura del contratto tra la Compagnia delle vette-r-letto e i viaggiatori, in Riv. dir. civ., 1911, 224.

Più direttamente connessi al problema del concorso di azioni, oltre agli scritti citati più avanti, v. BARBERI, Concorso di azione contrattuale e di azione aquiliana, in Corti Brescia e Venezia, 1959, 316, e sono citati giurisprudenziali: RUSSO, op. cit. supra, nota 31, con buona esposizione dell'evoluzione dottrinale; PERRI-GRIVA, In tema di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e di azione di riscossione per la morte di una persona, in Giur. Tor., 1931, 546; TALASSANO, Colpa contrattuale nel trasporto ed extracontrattuale nel trasporto di persone, ecc. in Riv. dir. turis., 1931, 177; COSTO, Colpa contrattuale e colpa aquiliana per i danni a viaggiatori durante il percorso in ferrovie, in La Pretura, 1925, 115; GENTILE, Coesistenza della colpa contrattuale ed aquiliana, in Riv. crit. inf. 1927, 253.

(4) CASS. REGNO, 12 gennaio 1926.

(49) CASS., (Gius. pen.); 6 luglio 1927, epliamente ispirato da CASS., Scol. Un., 8 giugno 1927; CASS., 10 agosto 1946; cf. COVENTO, op. cit., supra, nota 30; v. infra, § 1 per maggiori dettagli. V. anche le sentenze riferite infra, nota 72.
Nel contempo, la giurisprudenza si occupava del trasportatore di cortesia, tema oggetto di inesauste dispute dottrinarie (47), ed affermava la natura aquiliana della responsabilità del trasportatore (48), nel mentre altre pronunze decidevano sull'applicabilità della presunzione di colpa, sancita prima dalle leggi speciali e poi dall'art. 2054 cod. civ., rispondendo in senso negativo (49). Si diffuse orientamento conflitivo in una più antica tendenza dottrinale la quale, pur sostenendo in generale avere natura aquiliana la responsabilità del commerciante per quasi-delitto, applicava tale principio pressoché esclusivamente ai casi di lesioni sopportate dal passeggero o dal lavoratore (50) (49).

A questo punto, la giurisprudenza si trovava innanzi ad un bivio: da un lato, premevano esigenze sociali — divenute pressanti per l'incremento dei trasporti — di tutela del viaggiatore; dall'altro, permaneva una componente individualistica del sistema, in base alla quale la convenzione liberamente stipulata è la legge esclusiva delle parti. La via di uscita più semplice era quella che si richiamava all'ordine pubblico. Af-


(48) APP. TORINO, 30 dicembre 1927; CASS., 7 marzo 1928.

(49) Supra, note 39 e 44.

(50) Caratteristica costante del nostro tema è il reagire del problema processuale su quello sostanziale dell'attribuzione di diritti. Su tale argomento torneremo più ampiamente nella terza parte del lavoro. V., comunque, LIEBMAN, Azioni concorrenti, in Studi in memoria di A. Ratti, Milano, 1934, 668; quanto alla differenza tra le cause potendì dell'azione contrattuale e dell'azione extracontrattuale, v. VENEZIAN, Danno e risarcimento fuori dei contratti, in Studi sulle obbligazioni, I, Roma, 1919, 114.

fermandosi la contrarietà all'ordine pubblico di qualsiasi pat
tuizione (50a) che limitasse la tutela giuridica spettante al dan
neggiato in base all'art. 1151 cod. civ., si sarebbe giunto a rite
nere la persistenza di quella norma pur nei rapporti con
trattuali.

La questione, tuttavia, non era così lineare perché era
pure presente l'esigenza di non render vane le intese delle
parti ed — in particolare — le clausole di esonero o di limi
tazione della responsabilità.

Muovendosi in tal ambito, infatti, le Sezioni Unite della
Corte Suprema, seguite dalla Cassazione penale, avevano ri
stretto l'operare della responsabilità aquiliana tra contraenti
alle ipotesi di dolo e colpa grave del trasportatore o dei suoi
preposti (51). Doveva sembrare aberrante che qualsiasi fatto
colposo del debitore indusse una responsabilità che — nel
caso del trasporto — poteva assumere proporzioni gravisim
ese. Anche così, tuttavia, queste pronunce mostrano il tra
vaglio della scelta tra le due esigenze del rispetto dei patti e
della sanzione di un congetno riprovevole. Le Sezioni Unite
chiaramente mostrano di accedere ad una soluzione di compro
messino quando affermano che « l'obbligo di non ledger non
viene iteramente assorbito dal regolamento contrattuale ». Si
nota, però, che si trattava di decisioni emesse in controversie
aventi ad oggetto il danno causato alle cose del viaggiatore,
non alla sua persona (50b).

(50a) Parlando di « pattuizione », si fa generico riferimento al regolamento contrattuale e non alle clausole di irresponsabilità o di limitazione della respon
sabilità, sebbene in molte delle sentenze citate siano riscontrabili convenzioni di questo tipo.

(51) CASS., Seq. an., 8 giugno 1927; CASS., (Seq. pen.), 6 luglio 1927.

(50b) V. anche, in simile ipotesi, CASS., 12 febbraio 1932 e cf. RUSSO, op. cit., supra, nota 31, 613 s.
Il concorso di azioni

laedere; vi è azione extracontrattuale perché è stato commesso un reato — non è chiara nelle sentenze in tema di trasporto, a causa della frequente coincidenza delle situazioni di fatto.

***

Le più recenti pronunce si occupano del tema prevalentemente sotto il profilo della prescrizione (7) o della ultra petizione, nella quale sarebbe incorso il giudice di merito rilevando gli estremi dell'una azione quando era stata proposta l'altra o quando l'attore non aveva specificato il rimedio di cui intendeva avvalersi (8).

Recependo un noto movimento dottrinale (9) — il quale sorge nella responsabilità ex art. 2043 cod. civ. una sanzione per la violazione di diritti assoluti, tutelati erga omnes — la giurisprudenza ripete, ormai da anni (10), che il debitore è responsabile in via aquiliana qualora la sua inadempienza leda diritti spettanti al creditore indipendentemente dal contratto, purché si tratti di diritti reali o della personalità (11). Giustificazioni di tale dottrina si scorgono perfino nel campo etico, come fa fede una sentenza della Cassazione che afferma: «sarrebbe contrario ad ogni giustizia e ad ogni morale, nonché


(9) Infra, nota 63.


Sebbene più di una sentenza avesse ritenuto la sussistenza della sola azione contrattuale anche in caso di lesioni o morte del passeggero (23), la giurisprudenza successiva — svolgendo l'idea che il diritto all'integrità fisica non rientrasse tra i beni disponibili — ritenne, pur con qualche oscillazione, che sussistesse comunque la responsabilità extracontrattuale del trasportatore tutte le volte che il danno risentito dal viaggiatore si fosse risolto in lesioni o nella morte. Propendendo ora verso il solo rimedio aquiliano (24) ora verso il concorso dell'azione aquiliana con quella contrattuale (25), si affermò il principio — cui doveva arridere successo anche in dottrina — che la violazione del diritto all'integrità personale faceva nascere, in ogni caso, una responsabilità extracontrattuale. Tale responsabilità, tuttavia, era sovente richiesta alla sfera della legge penale (26) in base al principio — di ignota origine — che il soggetto leso dal reato è comunque titolare di una azione extracontrattuale di danni (infra, §§ 40 e 69).

La rispettiva rilevanza delle due proposizioni — vi è azione extracontrattuale perché è stato violato il neminem —


Il concorso di azioni

ha concluso che il concorso di azioni si ha qualora il debitore leda un diritto assoluto cui faccia riscontro il dovere generico del *neminem laedere* (**56**).

Da un punto di vista più generale, sembra potersi affermare che si è passati da un sistema, nel quale prevaleva la fonte di obbligazione legale od extracontrattuale (**61b**), ad uno nel quale prevale la fonte contrattuale (**63**).

---

**56** Cass., 16 ottobre 1957, n. 3856, cit. La Farina. I fatti di causa sono esposti infra, nota 111.


---


**58** Si osservi, in proposito, il mutamento di opinione del Brasilello, op. loc. cit., supra, nota 40; I limiti della responsabilità *per danni*, Napoli, 1923, 155 ss.; I limiti, cit., infra, nota 66, 297.
38. **Segue: altri casi.**

Questo cammino della giurisprudenza è palesato dalle pronunce su controversie sorte in circostanze diverse dal trasporto.

Quanto alla responsabilità del medico, ad esempio, dopo averla ritenuta soltanto contrattuale (46) o soltanto aquiliana (45), la giurisprudenza ha accolto la tesi del concorso di azioni, rilevando — in una sentenza delle Sezioni Unite — che la tutela contrattuale sussiste tutte le volte che l'af fidamento della persona è un presupposto necessario per l'esecuzione del contratto, onde l'obbligo di garantire l'incolumità del contraente «sussiste indipendentemente da ogni pattuzione al riguardo». L'orientamento favorevole al concorso di azioni non è, oggi, disputato (49).

***


**Altri casi di concorso di azioni**

Trascorso il problema del possibile concorso di responsabilità contrattuale ed extracartuttuale a carico del conduttore che tarda a rilasciare l'imobile locato — di cui si parlerà nel prossimo paragrafo — un panorama della giurisprudenza italiana mostra una evoluzione analoga a quella individuata in tema di trasporto e di cure mediche.

Vi sono, certamente, decisioni precorritrice ed altre retrograde. Tuttavia, pur nella varietà degli indirizzi al fine confluiti in quello oggi dominante, si avverte l'unanimità su certi temi di fondo, quali l'assoggettabilità all'azione extracartuttuale del contraente che abbia commesso un fatto riprovevole: si veda, ad esempio, la sentenza 14 sett. 1868 della Corte di Cassazione di Torino, la quale — così come la più recente pronuncia del 6 agosto 1964 n. 2252 del Supremo Collegio (97) — accoglie la tesi del concorso di azioni contro, rispettivamente, l'amministratore che si appropria titoli altrui ed il cassiere, il quale si appropria dannaro del datore di lavoro.

Un orientamento poi regredito è quello che consente il cumulo in seno stretto delle due azioni, e cioè la fusione dei loro caratteri processuali (98); tale orientamento è oggi nettamente respinto (99).

Generalmente, dunque, si ha un primo periodo nel quale — talvolta in base al principio dell'assorbtimento della responsabilità contrattuale in quella aquiliana (10) — prevalgono le idee contrarie al concorso di azioni (11); durante que-

(97) **Infra**, § 40.


(99) V. le sentenze citate infra, nota 72.

Il concorso di azioni: evoluzione

e, per converso, dichiarano la preclusione dell’azione extracontrattuale se è stata già proposta l’azione contrattuale (73).

Nel terzo periodo, l’esistenza del concorso di azioni è affermata in termini sempre più generici (74) fino a che si giunge alla massima, otamai tralatizia, di cui si è già illustrato l’iter formativo (75), ed alla ammissione della possibilità di


Cass., 30 luglio 1966, n. 2139 (nego il concorso tra le responsabilità ex artt. 1578 e 2051 cod. civ. nel caso di allagamento di un magazzino locato a causa di un difetto nelle tubature; afferma che, secondo le e « jus receptum » della Cassazione, il concorso è ipotizzabile solo quando sono lesi i diritti assoluti o primari ex erga omnes).


La prima di queste sentenze (Navimara c. Soc. Eolia di Navigazione e Min. Marina Mercantile) risolve una causa estremamente complessa che, ai nostri fini, può essere riassunta nelle seguenti proposizioni: la ricorrente subentrò alla resistente Soc. Eolia sulla gestione di una linea marittima e si impegnò ad acquistare due piroscafi — impiegati dalla resistente su quella linea — verificando cauzione per il prezzo presso il Ministero, al quale tale compito spettava per effetto sia delle clausole della nuova concessione che della legge n. 39 del 1953. Il Ministero si disinteressò dell’affare e non fissò l’ammontare della cauzione, subendo faccia ingiungere dalla Capitaneria di Porto alla resistente di consegnare i due piroscafi alla ricorrente. A seguito della consegna forzata delle navi, la resistente si vide di una clausola compromissoria ed il collegio arbitrale: a) determina il prezzo dei piroscafi; b) condanna il Ministero a garantire il pagamento degli interessi sul prezzo di acquisto, essendo decorso un anno e mezzo tra la consegna dei piroscafi ed il loro arbitrale.

Le Sezioni Unite (Pres. Verzel, Est. Price), rilevando che la condanna del Mi...
proporre le due azioni nel medesimo processo, purché siano rispettati i caratteri processuali e sostanziali di ciascuna di esse (\textsuperscript{78}).

***

La sentenza Correa e. Grimaldi (\textsuperscript{73}) è indicativa dell’orientamento oggi dominante ed — essendo in tema di inadempienza dolosa — ci introduce allo studio del nostro specifco tema. La causa verteva tra il conduttore di un immobile, destinato dal piano regolatore alla demolizione, ed il locatore; quest’ultimo inizia la demolizione del fabbricato e, per ciò stesso, rende impossibile al conduttore il godimento dei locali. Qualificata dolosa l’inadempienza da parte dei primi giudici — senza che il locatore impugnasse tale statuizione — la Corte Suprema si occupa della liquidazione del danno operata dalla sentenza impugnata. Il conduttore deduce che — essendosi in tema di responsabilità extracontrattuale — è irrelevante la considerazione della sua decadenza dalla proroga legale, dovendosi il risarcimento estendere fino all’epoca della cessazione del regime di proroga legale delle locazioni.

Altri casi di concorso di azioni

Parzialmente accogliendo questo motivo di ricorso, la Cassazione afferma che il diritto di godere dei locali ha fonte contrattuale e, pertanto, la violazione di quel diritto non può dar luogo alla responsabilità aquiliana. Al contrario, quella responsabilità sussiste per il danno subito dal conduttore nelle proprie attrezzature, essendo il relativo diritto «assoluto e primario».

Questa sentenza, dunque, ha modo di applicare la teoria dominante in entrambi i suoi aspetti: protezione, mediante l’azione aquiliana, dei diritti assoluti e primari, valenti \textit{erga omnes}, ma non dei diritti di obbligazione.

Si osservi che l’essere l’inadempiente in dolo non ha spiegato alcuna rilevanza sulla decisione della questione attinenti l’esperabilità dell’azione extracontrattuale. Nei prossimi paragrafi, tuttavia, avremo modo di prendere in esame alcune sentenze nelle quali proprio dal dolo del debitore scaturisce l’azione extracontrattuale; senza che si distingua tra diritti relativi e diritti assoluti.

***
39. **In particolare: rapporto tra le responsabilità per inadempiimento, per fatto illecito e per lite temeraria.**

L'art. 370 del codice di procedura civile del 1865 prevedeva che il litigante temerario fosse condannato al risarcimento dei danni; si introduceva, così, la nozione di lite temeraria che, nel regolamento giudiziario sardo del 1859, era definita «lite evidentemente ingiusta». L'art. 96 cod. proc. civ. vigente specifica che la responsabilità aggravata è a carico del soccombente il quale abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave; lo stesso articolo, nel secondo comma, prevede la condanna al risarcimento dei danni cagionati dall'attore o dal creditore procedente il quale, agendo senza la normale prudenza, abbia iniziato l'esecuzione forzata, eseguito un provvedimento cautelare, trascritto domanda giudiziale od iscritta ipoteca giudiziale, qualora si accerti l'inesistenza del suo diritto.

Di questa seconda disposizione — divenuta estremamente gravosa nell'interpretazione giudiziale (65) — non abbiamo ra-


In dottrina, anche con riferimento al primo comma dell'art. 96, v. Man- 


stenere tesi che — in precedenti gradi di giudizio — si sono dimostrate infondate (27) (28). È, questo, uno degli aspetti più interessanti ai nostri fini, in quanto si presta ad un avvicinamento al tema del debitore doloso.

Fermo restando che — in linea di principio — il convenuto che si difende onestamente non è mai litigante temerario (29), anche se le sue eccezioni ritardano il momento nel quale il credittore conseguirà la prestazione dovutagli (30), e che i danni di cui all’art. 96 cod. proc. civ. sono quelli occasionati dal processo (31), sono da esaminare i rapporti tra la responsabilità per lite temeraria e le responsabilità, rispettivamente, per fatto illecito, per inadempimento e per inadempimento doloso.

***

Quanto al primo tema, occorre rilevare che l’orientamento generale della giurisprudenza — approvato dalla dottrina — è stato quello di scorgerne negli articoli 370 e 96, rispettivamente dei cod. proc. civ. 1865 e vigente, altrettanto ipotesi particolari di illecito. Di qui, la tassatività della previsione (28)


V. anche App. Bologna, 11 agosto 1933; anche il convenuto può incorrere in lite temeraria quando consti che egli era consapevole della ingiustizia della sua resistenza e della sostanziale inconsistenza dei suoi asunti di fatto e di diritto».

(27) Si legga da questa constatazione il problema del rapporto tra la responsabilità per inadempimento e la responsabilità per lite temeraria.


L’te termeraria e fatto illecito

normativa e l’imammissibilità di una responsabilità per colpa lieve (ex art. 1151 o 2043) del litigante.

È stato muovendo da questo duplice rilievo che la giurisprudenza ha costantemente escluso la possibilità di applicare alla condotta del debitore le disposizioni generali sul fatto illecito extracontrattuale (27).

Più di recente, tuttavia, vi sono state delle pronunce che tendono a revocare in dubbio le conclusioni concordemente accolte dalla giurisprudenza anteriore (28): la rilevanza pratica della questione risiede nel fatto che i danni ex art. 96 cod. proc. civ., a differenza di quelli ex art. 2043 cod. civ., debbono essere chiesti al medesimo giudice dinanzi al quale si è svolta la causa ove si è manifestato il dolo o la colpa grave del litigante (28).

Questa nuova tendenza, comunque, sembra essersi esternata, finora, in affermazioni incidentalì e trova contraria la dottrina (28).

***

Più interessante ai nostri fini — e di più difficile soluzione — è il problema del rapporto tra responsabilità per lite temeraria e responsabilità per inadempimento. Si tratta, il più delle volte, della condotta del debitore convenuto con una azione di risoluzione o di rilascio (28).


Cfr. Grasso, Individuazione delle fattispecie di illecito processuale e sufficiente della disciplina dell’art. 96 cod. proc. civ., in Giur. it., 1961, 1, 1, 93; Satta, op. loc. cit. supra, nota 80.


(30) Cfr. Grasso, op. cit. supra nota 92; Satta, cit. ibidem.

(31) I casi di rilascio che qui interessano sono quelli per finita locuzione o, comunque, connessi alla violazione di un rapporto giuridico obbligatorio.
Tralasciando la giurisprudenza più antica (**), ci si deve occupare di alcune pronunce le quali concernono, tutte, la resistenza in giudizio del locatario di un immobile.

Premesso che il più recente orientamento giurisprudenziale sostiene la natura contrattuale dell’obbligo di risarcire il maggior danno ex art. 1591 cod. civ. (**²) e che tale danno non è pari al canone locativo dovuto dal conduttore — dovenendo essere liquidato alla stregua dell’art. 1225 cod. civ. (**²) — sorge il quesito se la fonte della responsabilità del conduttore possa risiedere nella resistenza opposta alle giüste pretese del locatario. In altri termini, se la colpevolezza dell’inadempimento e l’eventuale suo carattere doloso (mancato rilascio dell’immobile al termine della locazione) siano legittimamente riferibili ad un momento successivo (resistenza in giudizio) e, più propriamente, ad un fatto il quale provochi una dilatazione del ritardo nell’esecuzione della prestazione dovuta.


ritengono incolpevole l’inadempienza degli affittuari. La Corte Suprema, cassando — contro il parere del P.M. — la sentenza impugnata, statuisce che la colpa risiede nella ingiustificata resistenza in giudizio e che da ciò è derivato il danno risentito dal proprietario del fondo (**³). Afferma la Corte che «il fatto si configura... come tipicamente volontario, quale estrinsecazione della volontà di non adempiere».


In Cirillo cr. Cirillo e Giacalone, il resistente aveva chiesto in giudizio la risoluzione del contratto di locazione stipulato con il ricorrente, allegando che questi aveva sublocato l’immobile nonostante il divieto contenuto nel contratto.

Il conduttore si difende sostenendo l’acquiescenza del locatario alla sublocazione e deducendo che gli è stato impossibile restituire a causa della resistenza del subconduttore. La Corte Suprema, rilevata la falsità di questo assunto, osserva, in diritto, come l’obbligo di restituzione decorra dal momento della domanda giudiziale che costituisce il debito in mora. Il conduttore risponde per i danni in base all’art. 1591 cod. civ. indipendentemente dalla sua eventuale responsabilità per lite temeraria (responsabilità extracivile) quando, con il fatto proprio (abusiva sublocazione), ha posto in essere una situazione «da cui, regola in ordinaria serie causale, non poteva che derivare un impedimento alla realizzazione della

(\(^{3}\)) La Corte distingue dal caso in esame, i due precedenti Cass., 30 marzo 1949, n. 723 e Cass., 30 luglio 1953, n. 2434: entrambi questi sentenze richiedevano, per farsi luogo all’affermazione della responsabilità del locatore, il dolo o la colpa grave (costo confondendo la sfera dell’art. 1218 cod. civ. con quella dell’art. 96 cod. proc. civ.).
pur giusta pretesa del locatore alla restituzione anticipata della cosa» (100).

Esposizione più completa dei rapporti tra responsabilità per inadempimento e responsabilità per lite temeraria trovosi nella successiva sentenza Micali e Petrillo ove disputavasi se il conduttore — condannato a rilasciare l’immobile per essere proprietario di altra abitazione — dovesse risarcire al locatore i danni per il ritardo nella restituzione. Il ritardo aveva due cause: in primo luogo, la durata del giudizio di risoluzione; in secondo luogo, la non immediata ottemperanza al precetto di rilascio e la necessità del procedimento di graduazione di sfratto. Il Tribunale, in sede di appello, aveva riconosciuto quest’ultima voce di danno (di entità minima) ma aveva negato la risarcibilità del danno cagionato al locatore dal ritardo dovuto alla durata del giudizio di risoluzione del contratto.

La Cassazione, invece, afferma essere risarcibili entrambi i capi di danno. In particolare, la Corte osserva che lo svolgimento dell’attività processuale non può spiegare, di per sé, ed in ogni caso, «un’influenza elisiva della responsabilità prevista dall’art. 1218 c.c. » perché l’attività processuale non può tornare in danno della parte vincitrice. La responsabilità contrattuale, pertanto, sussiste nonostante che il ritardo nell’adempiere, sia dipeso dalla durata del processo ed ad essa può eventualmente affiancarsi la specifica responsabilità processuale aggravata per i casi di resistenza con dolo o colpa grave.

***

Nessuna delle tre sentenze ora riferite si pone il problema del dolo, che, d’altronde, non era stato dedotto dalle

(100) Cl., infra, § 62 in fine.

parti. Ai nostri fini, e salvo tornare sull’argomento nei paragrafi 59 e 62, interessa porre la seguente questione: il dolo del conduttore che non rilascia l’immobile, pur essendo a ciò tenuto, e che risiste in giudizio, rimanendo soccombente, va localizzato nel rischio di restituire o nella resistenza di mala fede? Le sentenze ora esaminate, sembrano escludere la coincidenza della responsabilità contrattuale e di quella processuale (extracontrattuale): la prima, infatti, nasce dal rischio del conduttore ed ha per oggetto i danni cagionati dal ritardo; la seconda nasce dalla resistenza in giudizio ed ha per oggetto i danni cagionati dal processo (100).

Il ritardo, tuttavia, dipende dal processo e cioè dal tempo necessario per procurare al locatore un titolo esecutivo. Il processo viene ad essere un mezzo per dilatare il ritardo e per consentire al conduttore di prostrare la sua permanenza nell’immobile.

Questa impostazione del problema, tuttavia, non si trova nelle sentenze e nella dottrina perché il particolare problema del dolo del debitore, in rapporto al dolo del litigante, non è stato, in quelle sedi, preso in considerazione. onde, dovendoci noi limitare ad esporre lo stato delle fonti, dobbiamo concludere riscontrando l’esistenza di una generale distinzione (e, quindi, possibile coesistenza) delle responsabilità ex articolo 1591 cod. civ. ed ex art. 96 cod. proc. civ., senza che sussista una regola specifica per il caso in cui la ritardata restituzione sia conseguenza del dolo del conduttore.

***

40. Natura dell’azione di inadempimento doloso: rapporti con il reato.

«Quando un contraente fa dolosamente una tal prestazione contrattuale all’altro, da cui provenga a questo un male nella persona o nei beni, il danno dato è, a mio avviso, delitueuo, e soltanto delitueuo, e non è luogo a discorrere di concorso fra azione di danno contrattuale e azione aquiliana, ma soltanto ed esclusivamente di quest’ultima» (101).

Questa affermazione di C. F. Gabba, pressoché isolata in dottrina, è chiarita e grandemente limitata dall’esempio che la segue: un farmacista somministra scientemente veleno in luogo della medicina richiesta. In tal caso, ritiene l’ egregio scrittore, il contratto «non è stato che occasione e mezzo per commettere il reato di avvelenamento (102) ... e la responsabilità civile del farmacista è soltanto ed esclusivamente responsabilità di avvelenatore, cioè responsabilità... soltanto ed esclusivamente aquiliana» «La vendita, in quanto produce l’effetto dell’avvelenamento, non può considerarsi né dirsi contratto, poiché non fu che un mezzo per avvelenare » (103).

L’Autore, pertanto, non intende sostenere che il dolo del debitore generi, in ogni caso, la sola responsabilità aquiliana. L’esempio da lui addotto, e la spiegazione che vi fa seguìto, induce a ritenere che la teoria accolta dal Gabba sia la seguente: qualora l’inadempimento del contratto integri la figura di un reato, o vero si ponga quale mezzo per la sua commissione, la responsabilità risarcitoria ha esclusivo carattere aquiliano.

Siffatta tesi non appaga per varie ragioni. In primo luogo, essa non spiega per qual ragione si voglia precludere al creditore l’esercizio dell’azione contrattuale che — per qualvolta motivo — egli potrebbe ritenere essere maggiormente confacente ai propri interessi. In secondo luogo, quella tesi presuppone una nozione di dolo civile coincidente col dolo penale: il che è certamente inesatto. In terzo luogo, è insostenibile che — a prescindere dall’elemento subbiettivo — l’inadempimento doloso leda comunque degli interessi protetti da norme penali. Infine, quella tesi dimentica di porre il problema tra il dolo del debitore ed il dolo aquiliano e lascia aperta la seguente alternativa: o il dolo aquiliano coincide col dolo penale e con il dolo contrattuale o il dolo aquiliano ha caratteri più lati; nel primo caso, ogni questione sarebbe risolta ma il presupposto sembra inaccogibile; nel secondo caso, non si vede come sarebbero regolati i casi di dolo del debitore che integrino fattispecie di responsabilità aquiliana ma non di responsabilità penale.

Considerando il tempo nel quale è stata enunciata, tuttavia, la teoria del Gabba può essere considerata un serio tentativo — rimasto senza efficacia sulla dottrina posteriore — di impostare il problema del rapporto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del debitore doloso (104).

(101) Gabba, p. 230.
(102) Come è noto, il vecchio codice penale, seguendo la elencazione tradizionale, prevedeva distinti delitti per quei fatti che oggi concretano ipotesi di aggravanti del delitto di omicidio.
(103) Gabba, loc. cit.
Seguendo il metodo abituale di questo studio, consistente nell’esporre compiutamente le fonti prima di emettere qual- siasi giudizio di congruenza e di prevedibilità, riferirò adesso le scarse pronunce esistenti sul tema, rinviando ogni conclusione al capitolo sesto.

Due sentenze, l’una del 1927 e l’altra del 1964, pongono abbastanza chiaramente il problema del rapporto tra inadempimento doloso e reato.

La sentenza del 6 luglio 1927 della Cassazione penale del Regno si occupa dell’azione di danni, promossa dai congiunti di due passeggeri, contro il conducente del convoglio ferroviario sul quale essi viaggiavano quando incontrarono la morte a causa di un deragliamento.

Costituitisi parti civili nel giudizio penale — concluso con la condanna del conducente — i congiunti dei passeggeri defunti chiedono la condanna del conducente al risarcimen- to, in via solidale con la società ferroviaria. Le parti civili si pongono sul terreno extracontrattuale onde superare il termine di prescrizione dell’azione contrattuale.

La Corte d’Appello, uniformandosi alla giurisprudenza della Corte Suprema (\(^\text{105}\)), aveva negato che sussistesse una responsabilità aquiliana in conseguenza di un fatto integrante l’inadempimento di un contratto. La Corte Suprema, tuttavia, dottò a Sezioni Unite una diversa massima (\(^\text{106}\)) e la Cassazione penale vi si adeguò con la seguente motivazione:

«L’obbligo di non fedele è un elemento intrinseco e na-
turale del contratto di trasporto (...). Il regolamento contrattuale non può assorbire completamente le conseguenze di un’infrazione a quell’obbligo, quando esso sia dovuto a dolo o colpa grave, perché in tal caso la responsabilità che ne nasce non è più legata, per le sue origini, alla sorte del contratto. Non possono le parti... distruggere le conseguenze di... norme generali dettate per esigenze superiori al cui impiego nessuno può sottrarsi ». Il diritto al risarcimento sorge, conclude la Corte, da un fatto che — al tempo stesso — costituisce infrazioni contrattuali ed illecito aquiliano.

Questa sentenza, così come era avvenuto nella precedente pronuncia delle Sezioni Unite anzirichiamata, si fonda su una colpa grave accertata penalmente; la decisione, tuttavia, è giustificata non dalla esistenza del reato bensì dalla riscontrata violazione di un diritto primario tutelato erga omnes e preesistente al contratto.

Le Sezioni Unite, invece, avevano accolto — nella menzionata pronuncia dell’8 giugno 1927 (Pres. D’AMELIO, Est. PALOMA) — una tesi diversa: « la lesione delittuosa [dovuta a colpa grave]... non cessa di essere la lesione di un diritto originario sol perché abbia costituito anche la violazione del con-
trato ». Si noti che il danno lamentato consisteva — in que-
sta causa — nel furto dei bagagli del passeggero e non in le-
zioni da questi riportate.

Il fondamento della responsabilità extracontrattuale, per-
tanto, è diverso nelle due sentenze: l’una lo trova nella vi-
laazione di un diritto all’integrità personale, a prescindere dal commesso reato; l’altra, si appoggia all’accertamento del de-
litto penale per inferire l’ammissibilità della tutela aquiliana del passeggero rubato. In entrambi i casi, però, si ritrova l’elemento qualificante della colpa grave. Il che può spiegarsi — alla luce dei successivi sviluppi (delineati nel paragrafo precedente) — come una concessione alle opposte tendenze che asserivano l’inammissibilità di una responsabilità extra-
contrattuale per fatti che — pur rilevanti penalmente — erano da ricondursi — sotto il profilo della responsabilità civile — quali mere violazioni di un patto.

***


Ricorrendo mediante il regolamento di competenza, la Società sostiene che la sua azione aveva natura contrattuale, derivando dall’inadempiimento del rapporto di preposizione e di impiego. La Cassazione respinge il ricorso.

Osserva la Corte che «l’appropriate indetta imputata al [cassiere] rappresentava anche una violazione dei doveri di natura contrattuale incombenti sullo stesso (...) e che, ovviamente, il carattere puramente delittuoso dell’azione compiuta, non avrebbe, in via astratta, impedito alla società ricorrente di agire ex contractu contro il proprio impiegato infedele (...). Tuttavia, è ius receptum che, quando l’inadempiimento di una obbligazione contrattuale venga compiuto attraverso un reato, e costituisca un reato, ben può la parte lesa agire contro il colpevole, anziché in via contrattuale, in via extracontrattuale, per ottenere il risarcimento di tutti i danni patrimoniali ed, eventualmente, anche non patrimoniali». Secondo la Corte, che interpreta l’atto di citazione, la Società aveva scelto l’azione aquilana e, pertanto, si era rivolta al giudice incompetente.

Questa sentenza è di estrema gravità sia nel caso di specie che per le sue affermazioni di massima.

La Società si vede negata giustizia: il fatto dell’appropriazione indebita era provato e — quindi — era provato il danno cagionato dal cassiere. La Società allega in giudizio che il reato si era tradotto in una inadempienza contrattuale ma la Corte — pur dopo aver ritenuto l’ammissibilità dell’azione contrattuale — nega che la Società se ne sia avvalsa e la condanna — oltretutto — anche alle spese di giudizio.

Anche ammettendo che l’atto di citazione lasciasse adito a dubbio sulla effettiva qualificazione dell’azione proposta, sembra evidente che l’interpretazione della Corte Suprema avrebbe dovuto tendere verso la qualificazione contrattuale, non solo per ovvie ragioni di giustizia, ma anche perché il giudice ha il dovere-potere, ribadito da innumerevoli pronunce, di diversamente qualificare i fatti posti a fondamento della domanda giudiziale. Onde, restando inalterati i fatti allegati, non si intende perché la Cassazione abbia insistito sulla natura aquilana dell’azione proposta. Pertanto, in assenza di una chiara violazione della norma sulla competenza per territorio, la decisione della Corte non può spiegarsi se non ritenendo
che essa fosse convinta della necessità di agire in via aquiliana tutte le volte che un inadempimento contrattuale venga commesso attraverso un reato e costituisca reato.

Questa ricostruzione della sentenza, tuttavia, non deve far perdere di vista due affermazioni della medesima, sulle quali torneremo in sede di conclusioni (infra, cap. VI). Primo: il creditore può agire contrattualmente qualora il reato ascriversi al debitore integri, al tempo stesso, la figura dell’inadempimento; secondo: in tal caso, tuttavia, è sempre espe

ribile l’azione aquiliana. Quest’ultima tesi prescinde dalla natura del diritto violato: anche se il reato lede un mero diritto di credito, la parte lesa si trova investita dell’azione extracontrattuale.

Collegando questo principio con la massima di uso comune — riferita nei due precedenti paragrafi — che ammette il concorso di azioni soltanto qualora l’inadempimento violi un diritto assoluto del creditore, appare una incongruenza interna al sistema giurisprudenziale. L’unico modo per risolverla starebbe nella seguente proposizione: l’azione aquiliana concorre con l’azione contrattuale qualora l’inadempimento violi un diritto assoluto del creditore ovvero, a prescindere da tale requisito, qualora l’inadempimento si risolva o serva a commettere un reato doloso (o gravemente colposo) (109).

***

(109) Parlando di «reato gravemente colposo» si impiega una locuzione, sen
dasciuta ai penalisti, che serve ad indicare la rilevanza della colpa grave nell’azione civile di risarcimento.

41. SEGUE: COLLUSIONE TRA IL DEBITORE ED UN TERZO O TRA DUE DEBITORI A DIVERSO TITOLO.


La ditta R. aveva conferito a V. e B. la rappresentanza quinquennale per l’Italia dei suoi prodotti (formaggi). Dopo qualche tempo, rientrando in città da un viaggio, V. seppe che la ditta R. aveva costituito un proprio magazzino di vendita e che B. non solo non aveva protestato ma aveva abban
donato la sede sociale, asportandone financo i registri, e continuava ad intrattenere rapporti con la ditta R. In appello, V. precisò che la ditta R. aveva concordato con B. una forma di rapporti diversa dalla già stipulata rappresentanza generale e che B. aveva abbandonato V., mettendosi in proprio, d’intesa con la ditta R.

Con unico atto di citazione V. convenne B. e la ditta R. chiedendo la risoluzione dei contratti, rispettivamente, di società e di rappresentanza e la condanna solidale di B. ed R. al risarcimento dei danni.

(107) Il testo parziale della sentenza è pubblicato in appendice al capitolo quinto (p. 466 ss.).
Conformemente all’eccezione sollevata dai convenuti, il Tribunale accolse l’eccezione di improcedibilità della domanda perché, trattandosi di due autonome azioni (contrattuali), esse dovevano essere proposte con separati atti di citazione, soggetti a distinti adempimenti fiscali.

La Corte d’Appello, dopo la surriferita precisazione dei fatti da parte di V., decideva di riformare la sentenza del Tribunale perché giudicava essere ammissibile un unico atto di citazione, dato che a B. ed a R. si simputava il medesimo fatto, e cioè l’intesa tra i due ai danni di V.

La Cassazione rigetta il ricorso presentato da B. e da R. con una pregevole ed interessante motivazione.

I ricorrenti sostengono — osserva la Corte — che la sentenza impugnata ha ritenuto erroneamente la esistenza di una responsabilità extraccontrattuale «mentre i fatti lamentati, avendo origine dai contratti di società e di rappresentanza, potevano dare luogo soltanto ad una responsabilità ex contractu ». L’accordo illecito poneva in essere — secondo l’assunto dei ricorrenti — semplici fatti di « inadempienza, generatori di eventuale responsabilità contrattuale ».

Per superare queste argomentazioni, la Cassazione si ricollega immediatamente all’art. 1151 cod. civ. (del 1865) e ne afferma l’applicabilità quando un contraente pone in essere una situazione di fatto la quale, cadendo fuori del campo della concreta volontà contrattuale... e fuori dell’ambito riconoscibile delle previsioni dei paciscenti ... venga ad invadere la sfera patrimoniale dell’altro contraente senza il sostrato di una pretesa legittima ». In tal caso sorge « non più un concorso di colpa contrattuale e di colpa extraccontrattuale, ma una responsabilità per delitto a e staute » (108). « Lo stesso

è a dirsi quando il fatto illecito sia costituito dall’accordo dei soggetti di due contratti connessi per recare ingiuria all’altro soggetto di detti contratti ». In questo caso si è al di fuori della volontà contrattuale nonché « della previsione degli stessi contratti relativamente alla esecuzione dei rapporti di rappresentanza e di società ».

L’attore V., pertanto, poteva porre quell’accordo a base dell’azione aquiliana, « indipendentemente dalla actio ex contractu al medesimo spettante in virtù dei cennati contratti, che pur della actio ex delicto erano elementi necessari ». I fatti di inadempimento, d’altronde, « non vanno considerati in se stessi, ma devono essere collegati al programma » di R. e di B.; l’inadempienza era un « mezzo per raggiungere lo scopo illecito ».

Salva l’incertezza sul persestere o meno dell’azione contrattuale, questa sentenza mostra — sotto un profilo affatto nuovo — l’intervento della responsabilità aquiliana nell’area del contratto qualora il debitore compia atti al di fuori della volontà contrattuale e delle previsioni delle parti sul come il rapporto sarebbe stato eseguito.

La sentenza, che non si richiama né all’alterum non laedere né alla violazione di diritti assoluti e primari né all’esistenza di un reato, sembra affermare che il fatto ingiuroso cade sotto l’impero dell’art. 1151 alloché esso si ponga come un quid diverso dalla inesecuzione del contratto. Il creditore, cioè, può prevedere che il debitore non fornisce l’utilità o non presta la diligenza promessa: ciò, in certo modo, rientra nell’alea del contratto e non viola la buona fede. Ben diverso

(108) Nella motivazione è citata, a questo punto, la sentenza, Cass., 27 aprile 1937, n. 1322, inedita, della quale diremo infra nel § 55.

Da questa sentenza la Corte trae anche l’argomentazione che la responsabi-
è il caso del debitore che nuoce scientemente al creditore, di intesa con un altro debitore, sì che l’illecito di entrambi si tramuti in una *injuria* intollerabile per l’ordinamento, che la reprime indipendentemente da qualsiasi previsione contrattuale.

Si osservi la differenza tra questi principi e la massima comunemente ricevuta dalla giurisprudenza (109), in forza della quale si ammette il concorso di azioni qualora un fatto costituisca fonte di responsabilità aquiliana a prescindere dall’esistenza di una concomitante obbligazione *pattizia* (110). Nella sentenza annotata, l’obbligazione *pattizia* è inadempita e, se non lo fosse, *mancherebbe la responsabilità extraccontrattuale*: quest’ultima, infatti, sorge a causa del fine e delle modalità che individuano l’inadempimento. È da notare — e su ciò si tornerà in seguito — che analogo discorso può farsi per spiegare la sentenza 6 agosto 1964 n. 2258 (illustrata nel paragrafo precedente) nonché il brano di GABBIA riferito all’inizio del § 39: in entrambi quei casi, il reato consisteva in un inadempimento accompagnato da specifiche finalità e modalità, ma non nella violazione di diritti reali o della personalità.

***

La prima sezione civile della Corte di Cassazione si è occupata — nella sentenza 7 agosto 1962 n. 2441 (Pres. LONARDI, Est. GIANNATTASIO in causa *Industrie Filati* cfr. FUMAI) — di una simile questione: la Industrie Filati allegava che


del suo agente di Bari l’aveva indotta ad effettuare ingenti forniture di filati ad una società locale, subito dopo dichiarata fallita, che l’agente conosceva lo stato precario della società e lo aveva tacito all’impresa, giungendo ad accordarsi con la società locale affinché i suoi magazzini apparissero pieni di merce ed in completa efficacia, il che non rispondeva a verità. L’Industrie Filati — per ragioni che dalla sentenza non appaiono e che, anzi, sembrano mancare del tutto — insiste sull’ammissibilità dell’azione aquiliana a fianco dell’azione contrattuale. Tribunale, Corte d’Appello e Cassazione sono concordi nel rigettare questa tesi.

La Corte Suprema enuncia le seguenti proposizioni:

a) concorso di azioni si ha quando il fatto imputato al debitore violi, al tempo stesso, un diritto tutelato dal contratto ed il dovere generico di non nuocere, purché quest’ultimo si puntualizzi nella violazione dei diritti assoluti e non subire pregiudizio nella vita, nella propria integrità ed incolunmità personale, nella proprietà, nell’onore» (111);

b) «quando la fattispecie dell’illecito consiste nell’inadempimento di una preesistente obbligazione [contrattuale], l’interesse protetto dal diritto, che viene leso con l’inadempimento, è l’interesse del creditore alla prestazione»;


Si trattava, infatti, delle lesioni riportate da un viaggiatore ferroviario il quale, trovandosi con il gomito fuori dal finestrino, veniva colpito dallo sproietto lasciato aperto da alcuni operai sui quali le Ferrovie erano obbligate a vigilare.

Eccetta, da parte dell’Amministrazione ferroviaria — convenuta con un’azione di danni — la prescrizione annuale del contratto di trasporto, la Cassazione conferma la sentenza impugnata sul punto che il viaggiatore era titolare anche dell’azione extraccontrattuale ed enuncia il principio riferito più sopra (v. il testo corrispondente alla nota 62).
c) violazione del *neminem laedere* sussisterebbe qualora l’agente di commercio avesse agito, d’intesa con la società poi fallita, «al fine preordinato di danneggiare la ditta fornitrice».

Ognuno vede la contraddizione tra quest’ultima affermazione e le prime due: l’azione aquiliana sorge qualora sia violato un diritto assoluto; il diritto violato dall’agente era un diritto relativo; pero, sussiste responsabilità aquiliana se tale violazione è avvenuta d’accordo con il terzo.

La sentenza rende palese una incongruenza che era già comparsa allorquando si era posta in relazione la sentenza 27 marzo 1940 n. 965 della Cassazione (112) con la tradizionale massima sul concorso di azioni. Di tale incongruenza — che va collegata all’altra segnalata alla fine del paragrafo 39 — riparleremo diffusamente nel capitolo sesto.

***

Infine, occorre accennare sin da ora ad un orientamento — per vero frammentario ma non contrastato — che distingue i casi di dolo del debitore a seconda che essi si traducano o meno in fatti esorbitanti dalle obbligazioni contratte e producano danni diversi e distinti dall’inadempimento. In tali ipotesi, infatti, potrebbe esserci attribuita al creditore l’azione aquiliana di danni.

Nella sentenza Bisoglio cr. Calvi (113) — di cui si dovrà riparlare in altre occasioni (114) — la Corte di Cassazione seguì questo criterio ed esclude la sussistenza dell’azione aquiliana, perché non era distinguibile l’inadempimento dal fatto doloso del debitore, il quale — violando un contratto preliminare di vendita — aveva alienato ad un terzo l’immobile promesso e, contemporaneamente, si era spogliato di tutto il suo patrimonio.

Medesimo principio fu ripetuto dalla Corte di Cassazione nella sentenza Libertini cr. Amato del 27 aprile 1937 (n. 1322, Pres. MIRANLO, Est. CURCIO), per la quale si rinvia al § 55, e, più recentemente, nella sentenza Di Cagno cr. Lops (Cass., 11 giugno 1954, n. 1974). Quest’ultima sentenza verteva in tema di clausola penale pattuita per l’inadempimento e la Cassazione ritenne che l’alienazione fraudolenta dell’immobile promesso in vendita concretasse un illecito distinto dell’inadempimento, così che il debitore era sottoposto alla responsabilità extracontrattuale (anche oltre il limite previsto dalla penale) (115).

***

(112) Supra, p. 342.
(114) Infra, §§ 44, 54 e 56.
(115) Su questa sentenza, v. anche infra § 63 e nota 79.
42. Segue: altri casi - Simiglianza tra l'azione di inadempimento doloso e l'azione aquiliana.

Lo stellionato è stato, da sempre, considerato quale forma tipica di dolo e, secondo il diritto romano, integra la figura di un delitto tipico (D. 47. 20. 3. 1).

La permanenza di tale visione è attestata dalla massima tratta da Cass., 31 ottobre 1929 n. 3268: « venduta una cosa mobile e ricevutone il prezzo, qualora il venditore la consegni ad altrui, risponde verso il compratore non soltanto in dipendenza del contratto, ma anche per colpa extracostituale per fatto illecito. Se vi concorrono più persone ne rispondono in solido » (110).

Ecco un caso di inadempimento doloso che dà luogo al l'azione aquiliana. La ragione di ciò è da ricercarsi non soltanto nella tradizione storica bensi anche in alcune caratteristiche dell'inadempimento dedotto nella massima ora trascritta. Su questo punto torneremo in seguito, ma è bene osservare sin d'ora che si tratta di un inadempimento giuridicamente definitivo di cui non potrebbe facilmente sostenere l'origine colposa.

Non diversi sono i caratteri del comportamento del locatore il quale — profitrandone del fatto che il conduttore non ha registrato il contratto di locazione — stipula con un terzo un contratto che prevede un più elevato corrispettivo ed im-


Simiglianza tra le due azioni 347

mette il terzo nel possesso dell'immobile (117). Questo elemento della definitività dell'inadempienza è presente anche in alcune decisioni, che si esamineranno in seguito; sul rapporto tra di esso e la nozione di dolo del debitore si dirà a suo tempo (118).

***

Per completare questa prima indagine sulla natura — contrattuale od aquiliana — dell'azione di inadempimento doloso, occorre soffermarsi su alcuni suoi profili sostanziali e processuali.

La limitazione della responsabilità del debitore al risarcimento del danno preveduto e prevedibile « al momento del contratto » (art. 1228 cod. civ. 1865) o « nel tempo in cui è sorto l'obbligazione » (art. 1225 cod. civ.) è stata ricevuta da quasi tutti i codici di stampo napoleonico (119) assieme alla disposizione che esclude il suddetto limite in caso di inadempienza dolosa. È noto che — superando l'avviso contrario di alcuni studiosi (120) — la giurisprudenza italiana ha presto consolidato l'indirizzo favorevole a sopprimere quella limitazione in materia di responsabilità aquiliana (121) ed ha ristretto la discussione alla risarcibilità — sempre in materia aquiliana — del danno mediato. La

(118) Infra, §§ 53, 56 e 61.
(119) Cf. gli articoli: 1240 s. cod. sard.; 1323 s. e 1331 s. cod. austr.; 1104 cod. Due Sicilie; 1123 s. cod. perugese; 1200 s. cod. estense; 277 cod. prusso; 1934 cod. Louisiana; 1283 s. cod. olandese; 851 s. cod. Cantone di Vaud.
(121) V., ad esempio, Cass. ROMA, 16 giugno 1876; Cass. TORINO, 25 giugno 1916; APP. VENETA, 14 gennaio 1915; Cass., 30 maggio 1927; APP. BARI, 3 maggio 1929.
controversia su quest’ultimo punto — restata viva per lungo tempo e finalmente conclusasi con la soluzione negativa, nonostante la resistenza della magistratura di merito (122) (121) — ci interessa perché indica il persistere della visione repressiva e punitiva delle norme sulla responsabilità extracontrattuale, così che non stupisce che qualche giudicato abbia potuto affermare che il danno mediato è risicabile quando si sia in presenza di una inadempienza dolosa (122).

L’evoluzione giurisprudenziale di cui ora si è fatto cenno ha, dunque, condotto ad una eguale responsabilità (danno non prevedibile ma immediato e diretto) del debitore doloso e dell’autore di un fatto illegale extracontrattuale. Questa parità di trattamento, che sappiamo essersi verificata anche nel diritto francese e che certamente risponde all’intenzione del legislatore napoleonico (123), è presa in scarsa considerazione dalla dottrina italiana la quale, se mai, indugia a ricercare la ragione della limitazione della responsabilità del debitore non doloso al danno prevedibile o preveduto.

In una perspicua sentenza del 16 giugno 1876, la Corte di Cassazione di Roma affermò che l’art. 1228 non si applica in materia aquiliana perché, «mancando la convenzione, non si può dire che la parte lesa abbia accolto le previsioni della parte delinquente come misura del legittimo risarcimento dei danni». Proposizione, questa, che correttamente si richiama all’origine storica della norma e correttamente l’applica. La giurisprudenza posteriore ha trascurato la questione — d’altronde piuttosto adatta alla speculazione degli accademici — ed ha preferito occuparsi dell’oggetto della previsione o della prevedibilità (124).

La dottrina, nella sua maggioranza (125), sembra respingere l’antica giustificazione della minor responsabilità del de-


(121) Egualmente travagliata fu l’evoluzione in tema di risicabilità del danno morale.

In dottrina v. gli An. citati sopra, nota 30.


hitore non doloso e — pur rendendosi conto che il limite della prevedibilità nasce da una scelta legislativa — tende a svincolarlo dalla teoria del presunto accordo delle parti.

I frequenti richiami a Molineo (128), però, non sono approfonditi e le discussioni muovono spesso nell’ambito di una petizione di principio; si afferma, infatti, che l’art. 1228 cod. civ. 1865 detta un principio di portata generale — e, dunque, valido anche in materia extracontrattuale — e, da ciò, si deduce l’insostenibilità delle giustificazioni nascenti dalla teoria del presunto accordo delle parti.

Il nuovo codice civile, sostituendo alla locuzione «il tempo del contratto» la locuzione «il tempo in cui è sorta l’obbligazione», ed accogliendo un diverso ordine sistemativo nel trattare delle obbligazioni, apparirebbe come una conferma dell’abbandono della dottrina di Molineo e Pothier (129).

Queste osservazioni, in verità, non convincono punto perché sovrappongono il dato concettuale o meramente compilatorio al dato storico. Quest’ultimo, invero, ha ragione di cedere al primo, qualora si accerti un consenso allontanarsi del legislatore dalla tradizione. In caso contrario, deve dirsi solamente che il legislatore ha usato, senza intenzione di introdursi modifiche, concetti e costrutti del cui significato ed estensione non si rendeva ben conto.

La Relazione al Re sull’articolo 1225 cod. civ., infatti, osserva che la norma contenuta in quella disposizione di legge risponde a principi immutabili universalmente rispettati. La relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale tace com-

---

(128) V., per una esposizione delle teorie di questo Autore: Bellini, L’oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell’art. 1225 cod. civ., in Riv. dir. comm., 1954, II, 362 ss.

(129) Cf. BIANCA, sub art. 1225.

Il codice del 1865 ed il codice vigente
In sostanza, ampliando la serie dei fatti umani disciplinati da una certa regola giuridica, ha lasciato inalterata la ragione per la quale quella regola era stata dettata per una più limitata serie di fatti. E tale ragione è da ricondursi all’orientamento del legislatore napoleonico e, pertanto, direttamente a Molineo.

La dottrina di Molineo sulla prevedibilità del danno — di cui già si è detto addietro (112) — non si applicava né all’inadempimento doloso né al delitto civile. Nell’interpretazione dei giuristi francesi ed italiani, si è deciso che non valesse neanche per il quasi-delitto o, come diciamo oggi, per il fatto illecito colposo. Quest’ultima conclusione potrebbe anche essere erronea, ma a noi non interessa. Il nostro scopo è di vedere se l’originaria unità — sul piano processuale e sostanziale — del trattamento del dolo civile sia passata nel diritto italiano e sia rimasta tale anche oggi.

Nei paragrafi precedenti si sono veduti alcuni casi di debitore doloso che è stato assoggettato all’azione aquiliana. All’inizio di questo paragrafo, si sono aggiunte altre due ipotesi di responsabilità extracivile: quelle — come le altre in precedenza esaminate — non si inquadrano nella dottrina del cosiddetto concorso di azioni, per il difetto della violazione di un diritto assoluto tutelato erga omnes e preesistente al contratto.

Si è anche detto che il limite della prevedibilità di cui all’art. 1225 cod. civ. non sembra avere immutato il proprio motivo giustificatore; da ciò discenderebbe la non casualità dell’uguaglianza dell’oggetto delle obbligazioni risarcitorie gravanti, rispettivamente, sul debitore doloso e sull’autore di un fatto illecito doloso.

(112) Supra, §§ 5-6 e 10.
43. ESONERO DA RESPONSABILITÀ PER DOLO O COLPA GRAVE.

IL FATTO DEI PREPOSTI.

L’art. 1229 cod. civ. commina, nel suo primo comma, la nullità di qualsiasi patto «che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave». Altre norme, del codice civile o del codice della navigazione, dispongono per ipotesi particolari (v., ad es., gli articoli 1490, 1579, 1713, 1784, 1900 cod. civ. e l’articolo 423 cod. nav.).

Il secondo comma dell’art. 1229 cod. civ. estende la medesima sanzione ai «casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico».

L’art. 1228 cod. civ., d’altra parte, prevede che la volontà contrattuale possa legittimamente escludere la responsabilità del debitore per i fatti colposi o dolosi dei terzi, l’opera dei quali egli impieghi nell’adempimento della prestazione. Questa norma è il frutto di una lunga evoluzione dottrinale e giurisprudenziale iniziata sin dai primi anni di applicazione del codice civile del 1865 e dei codici di commercio del 1865 e del 1882 (126). Il suo coordinamento con il...


Una esposizione delle principali teorie è in Scognamiglio, Responsabilità per fatto altrui, in Novis. Dig. It., XV, Torino, 1968, 691 ss.

Esonero da responsabilità 355

secondo comma dell’art. 1229, tuttavia, non è per nulla chiaro.

In primo luogo, è da vedere se la responsabilità sancita dall’art. 1153, I co., cod. civ. 1865 e 2049 cod. civ. attuale abbia o meno natura contrattuale o se tale natura dipenda dalla inerenza o meno del fatto dei domestici e commessi all’esecuzione di un rapporto contrattuale tra il responsabile ed il danneggiato (127).

In secondo luogo, occorre accertare se i «terzi» di cui all’art. 1228 coincidano, almeno parzialmente, con i soggetti indicati dagli artt. 1153 e 2049 ed, inoltre, se tale coincidenza sia mantenuta nei confronti degli «ausiliari» di cui all’articolo 1229 II comma.

In terzo luogo, qualora fosse da rispondere positivamente al precedente quesito, è da porre il problema del rapporto tra la responsabilità del padrone e del committente e l’ordine pubblico. Se la norma che rende questi soggetti responsabili per il fatto di un terzo è di ordine pubblico, viene completamente smentato l’art. 1228. Se non è di ordine pubblico, si tratta di la ragione storica e politica della norma, la quale, con il riferire l’obbligazione risarcitoria ad un soggetto diverso dal «terzo» danneggiante, intende operare una ben precisa distribuzione dei rischi, ed evitare la vanificazione dei principi di responsabilità, quale si produrrebbe a causa dell’insolvibilità del dipendente o del commesso.

D’altronde, se l’ordine pubblico non include le suddette previsioni di responsabilità indiretta, la portata del-

(127) Cf. Visintini, cit. nota prec. La dottrina si disinteressa del problema.

l'art. 1229 II comma divenrebbe oltremodo ristretta e praticamente irrelevante. Si può, tuttavia, scorgere una via di uscita negando che si debba rispondere positivamente al secondo dei quesiti sopra prospettati e, pertanto, affermando che i «terzi» contemplati dall'art. 1228 non sono gli auxiliari del debitore né i suoi domestici o commessi.

Sarebbe, dunque, lecito patteggiare l'irresponsabilità del debitore per il fatto dei terzi di cui egli si avvalle nell'adempimento dell'obbligazione. La responsabilità del debitore ex art. 2049 cod. civ., allora, sarebbe disciplinata — sotto il profilo dell'esonero o della limitazione di responsabilità — dal secondo comma dell'art. 1229 cod. civ.

Onde il problema che più ci interessa: posto che il debitore può escludere il sorgere dell'obbligazione impostagli dall'art. 2049, o limitarne l'oggetto, quando è che il fatto degli auxiliari viola l'ordine pubblico, così rendendo nullo l'esonero o la limitazione di responsabilità? Si ha questa violazione in caso di dolo?

Il problema, così posto ha un duplice aspetto: da un lato, solleva il quesito della derogabilità delle norme sulla responsabilità aquiliana; dall'altro, collega il dolo dell'auxiliario al dolo del debitore, contemplato dal primo comma dell'art. 1229 cod. civ., e richiede di indagare se la ragione della nullità dell'esonero e della limitazione di responsabilità non sia, in entrambi i casi, la medesima; ed, in particolare, se essa non consista nella violazione di un precetto, attinente all'ordine pubblico, equamente sanzionata qualora occorra sia nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale sia nel compimento di un illecito extracontrattuale.

In sostanza, si ripropone il tema della natura — contrattuale od aquiliana — della responsabilità del debitore doloso e della relativa azione di danni.

La dottrina e la giurisprudenza italiana non sono prodighe di discussioni sul problema della validità del patto che soprima o limiti l'operare degli articoli 2043 e ss. cod. civ. 1942 o 1151 e ss. cod. civ. 1865. Ancora una volta, sono gli scrittori più antichi — sensibili ai risultati raggiunti dalla scienza giuridica francese — ad offrire una qualche trattazione della pur importante questione. Il Chironi, ad esempio, ammette, la liceità delle convenzioni aventi ad oggetto la preventiva liquidazione del danno in materia aquiliana perché esse non toccherebbero il sorgere della responsabilità ma solamente le sue conseguenze economiche (133). Il patto sarebbe valido anche qualora si fosse previsto un fatto illecito doloso (134) ed il giudice avrebbe il compito di valutare in concreto se una stipulazione limitativa non corrisponda — per la sua ampiezza — ad una pratica eliminazione della responsabilità, così cadendo nuovamente nell'area delle pattuizioni illecite (135).

È palese che quest'Autore, pur identificando il dolo aquiliano in base alla «grave volontà» ed all'intenzione diretta di nuocere (136), non scorre nella correlativa responsabilità risarcitoria una pena (137), perché, altrimenti, non potrebbe ammettere la preventiva quantificazione della medesima mediante convenzione.

La giurisprudenza si occupa poco della questione in maniera espressa: una delle poche sentenze sul tema è quella emessa il 12 maggio 1931 della Corte di Milano in una causa

(133) Chironi, I, 372 ss. É qui evidente l'influenza francese. Il GianTurco, Diritto delle obbligazioni, Napoli, 1894, 212, segue il medesimo orientamento quando ammette la validità dell'esonero della responsabilità aquiliana nei limiti — non meglio definiti — dell'ordine pubblico.
(134) Chironi, I, 375 s.
(135) Chironi, I, 378 s.
(136) Chironi, I, 38 ss., 276, 354.
(137) Come, invece, ritirate Carnelutti.
promossa da un passeggero ferito durante un viaggio in tram. L’autore usufruiva di una tessera gratuita di libera circolazione, nella quale era previsto l’esonero totale da responsabilità a favore dell’azienda tranviaria. La Corte milanese sentenziò che l’esonero era illegittimo e privo di effetti sulla responsabilità (aquiliana) per danni alla persona.

La recente sentenza 26 aprile 1965 del Tribunale di Firenze dichiara la nullità del patto di esonero dalla responsabilità per fatto degli ausiliari, quando il fatto dannoso — posto in essere da un ausiliario — costituisca reato (un operato era morto per la negligenza di un compagno di lavoro addetto alla guida degli automezzi).

La sentenza della Cassazione del 9 febbraio 1965, n. 209 (Lilli cr. S.p.a.t.i.), occupandosi delle clausole di esonero del regolamento Totip, afferma che la facoltà di liberare preventivamente il debitore dalla responsabilità per fatto degli ausiliari (art. 1228 cod. civ.) è una parziale deroga approntata dal legislatore al principio generale della nullità di siffattiatti, la quale « non può non avere, in ogni caso, un limite sulle norme di ordine pubblico e nel principio generale che non tollera violazioni di detto ordine » (14).

L’ultima pronuncia in ordine di tempo è Zappulla cr. Troia (Cass., 3 luglio 1968, n. 2240), ove si afferma che l’art. 1229 1 co. cod. civ. ha efficacia anche in materia extracontrattuale: la norma prevede una causa di nullità dell’esonero da responsabilità, ma altre cause derivano dalla natura dei beni colpiti dal fatto illegittimo. La sentenza nega fermamente che esista un divieto generale di esonerarsi dalla responsabilità extracontrattuale.

(14) Al dipendente della ditta S.p.a.t.i. — alla quale era affidata la gestione del concorso — si imputava la commissione di un reato, ma il relativo giudizio penale si era chiuso con la dichiarazione di annullamento.

Esonero da responsabilità aquiliana

Qualche ulteriore argomento può essere desunto dall’orientamento giurisprudenziale, già riferito (149), in tema di concorso di azioni.

Si è detto che, in principio, la sussistenza di una responsabilità aquiliana del debitore era affermata qualora il creditore avesse subito una lesione personale o comunque fosse stato commesso un reato contro la persona. E palese che siffatto orientamento poteva essere ben radicato nell’accertamento dell’intangibilità delle norme poste a tutela della integrità personale. Ed, infatti, la motivazione adottata dalle sentenze era sovente fondata — e lo è tuttora — sul principio che l’avere stipulato un contratto « non può in ogni caso essere interpretato come rinuncia da parte del danneggiato, alle più ampie garanzie eventualmente concessegli dalla legge generale » (148), laddove la « legge generale » è sinonimo della legge penale e, nella specie, anche delle leggi di polizia sanitaria.

Se il danneggiato non può rinunciare a quella tutela è perché essa attiene all’ordine pubblico. Questa giustificazione — sulla quale sembrerebbe essere fondata la surriferita sentenza Zappulla cr. Troia — non può agevolmente essere estesa ad ogni ipotesi di responsabilità extracontrattuale. Non si vede, ad esempio, perché il proprietario di un gregge non possa stipulare, con chi possiede un vicino campo di erba, l’esonero dalla responsabilità sancita dall’art. 2052 cod. civ. D’altronde, è proprio l’art. 1229 cod. civ. che, nel secondo comma, prevede la liceità dell’esonero dalla responsabilità ex art. 2049 cod. civ. salvo i limiti dell’ordine pubblico.

Non tutti i fatti che danno origine ad una responsabilità extracontrattuale, pertanto, comportano per il loro au-

(150) Cass., 17 giugno 1936, già riferita supra, § 38, in principio.
tore il sorgere di una intangibile obbligazione di risarcimento. Ciò si verifica in talune ipotesi ma non in altre.

Come si è veduto in precedenza (146), queste ipotesi sono individuate, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in base al bene giuridico protetto (es.: l’integrità personale) od in base al diritto violato (145). Se il dolo dell’autore del danno rientrasse in tali ipotesi, ci si sposterebbe dal criterio del bene giuridico protetto e del diritto violato al criterio della intollerabile riprovevolezza del comportamento dannoso. Si avrebbe, pertanto, due distinte fattispecie, il cui effetto giuridico comune sarebbe l’illiceità di stipulazioni aventi ad oggetto il sorgere o l’estensione della responsabilità risarcitoria: a) quando il fatto dannoso leda determinati beni o determinati rapporti giuridici; b) quando, sotto il profilo soggettivo, il fatto dannoso debba comunque essere represso.

***

La giurisprudenza formatasi sul codice Zanardelli e sul codice civile del 1865 escludeva — in linea di principio e con qualche incertezza, nei casi, di esonero da responsabilità sanciti da leggi speciali (147) — la validità delle clausole di irresponsabilità per i danni cagionati dal dolo o da colpa grave dei preposti ed — in materia marittima — del capitanò e dell’equipaggio (148).

Le ragioni di questo orientamento sono bene esposte in una limpida sentenza del Casati (149) ove, tra l’altro, si ri-

(146) Supra, § 38.

(147) L’art. 1682. Il co. cod. civ. codific. per l’appunto questi principi con riferimento al diritto all’integrità fisica.

(148) V., però CASS. REGNO, 25 novembre 1926: interpretando le norme del R.D. 12 novembre 1921 sulla limitazione di responsabilità a favore delle Ferrovie, la Corte (Pres. VENZI) afferma che tale limitazione è applicabile anche in caso di dolo o colpe grave degli agenti ferroviari. L’esonero da responsabilità, invece, ha efficienza soltanto sull’inadempienza dovuta a colpe lievi (conforme, CASS., 2 marzo 1927, Pres. D’AMELIO; diverso caso è deciso da CASS. REGNO, 23 ottobre 1924 — erroneamente riconosciuta nella nota del Foro italiano alla sentenza del 1927 — perché si trattava di limitazione e non di esonero da responsabilità). V., infra, nota 157 per altri casi di limitazioni legali di responsabilità. La giurisprudenza più antica (infra, nota successiva) era stata risolutamente contraria a qualsiasi tipo di stipulazione d’irresponsabilità. Cfr. la relazione al Congresso delle Camere di Commercio (Genova, 1869), in Mon. Trib., 1869, 802: [contro le limitazioni di respon-
Esonero da responsabilità

363

Scribunat validity delle stipulazioni di esonero o, comunque, — tesi già respinta in passato (125) — del loro effetto sovvertitore dell’onere della prova (126); si ebbe, difatti, qualche pronuncia in quest’ultimo senso (128). La successiva evoluzione, però, si è conclusa sulle stesse posizioni accolte dalla giurisprudenza anteriore e si è, così, confermata l’invalidità di qualsiasi stipulazione tendente ad escludere od a limitare — in caso di dolo o colpa grave — la responsabilità di cui all’art. 2049 cod. civ. (126); vi sono incertezze, tuttavia, qualora l’esonero o la limitazione siano preveduti da leggi speciali (127).

(125) Vi furono, però, alcune pronunce le quali — recependo i principi accolti nel diritto francese (supra, § 17) — sostennero che la clausola d’irresponsabilità poneva sul vettore l’onere di provare la normale diligenza (Cass., 14 luglio 1933; Cass., 13 aprile 1926, n. 1061; App. Genova, 18 gennaio 1926) o di provare una causa liberatoria della sua responsabilità (Cass., 20 maggio 1933; Cass., 27 febbraio 1936, n. 644; App. Genova, 23 novembre 1925, con una interessante motivazione di carattere storico).

(126) CF. ACAMPATI, Clausola di esonero da responsabilità del vettore marittimo ed invasione convenzionale dell’onere della prova, in Foro it., 1936, I, 1013; IL FERRARINI, in Foro it., 1948, I, 29 sostiene che spetta al debitore, favorito dalla clausola, di provare l’assenza di dolo o colpa grave.


(128) APP. BARI, 28 ottobre 1954; CASS., 5 ottobre 1955, n. 2824.


(129) IL FERRARINI, Sulla limitazione di responsabilità nel trasporto di pacchi postali a mezzo concessionari, in Foro it., 1949, I, 229 sostiene (n. 5) che l’art. 68 cod. postale attribuisce al vettore l’onere di provare il fortuito o la colpa ivi

Contr. TR. GENOVA, 11 dicembre 1948 (vi annotata). La giurisprudenza è piuttosto oscilante sul problema su una limitazione legale di responsabilità possa durare — in difetto di un chiaro linguaggio legislativo — all’art. 1229 cod. civ. Per la negativa, v., CASS., 27 gennaio 1966, n. 2825, con riferimento all’art. 40 del Codice di Obblighi; sulla quale trascuriamo diffusamente nel § 58; APP. MILANO, 27 ottobre 1950 (in concessione un servizio postale non può avvalersi dell’art. 68 cod. post. qualora il furto sia avvenuto per la sua colpa grave).


Chiama l’inderogabilità dell’art. 491 del codice di commercio — in quanto applicazione del principio generale sanzionato nell’art. 1153 cod. civ. — e, pertanto, si afferma l’interesse pubblico a che quella norma non sia disapplicata da private stipulazioni.

La battaglia combattuta a favore o contro la radicale nullità delle stipulazioni di esonero o di limitazione della responsabilità per il fatto dei preposti (125) — non si discuteva più dell’esonero per dolo o colpa grave del debitore (126) — si concluderà in una posizione intermedia che troverà la dottrina divisa ma, sostanzialmente, attestata in una posizione discorde dalla giurisprudenza, alla quale si rimproverava di non distinguere tra la responsabilità per fatto proprio e la responsabilità per il fatto dei preposti e dei dipendenti (128).

Il nuovo codice civile sembrò a causa della disposizione dell’art. 1228, portare nuovi argomenti a favore della indi...
e si va affermando una più liberale giurisprudenza in tema di responsabilità per il fatto del capitano o dell’equipaggio (123).

Sembra, quindi, potersi affermare che — a parte quel che attiene gli atti del capitano e dell’equipaggio — la responsabilità per fatto dei preposti e dipendenti è di ordine pubblico qualora il fatto di cui si deve rispondere sia stato cagionato con dolo o colpa grave. Il che dimostrerebbe che la responsabilità extraccontrattuale è inderogabile — quando lo è — non soltanto in ragione del bene giuridico leso, ma anche in ragione dei caratteri soggettivi del fatto danno.

Poiché anche la responsabilità contrattuale è inderogabile se nasce dal dolo o dalla colpa grave del debitore

— febbraio 1952, n. 475 (l’art. 68 cod. post. deroga all’art. 1229 cod. civ. perché la norma tende a « non rendere eccessivamente oneroso per lo Stato la gestione del servizio postale; si tratta di un obiter dictum, perchè — subito dopo — la Corte afferma che l’art. 68 cod. postale non trovava applicazione perché il destinatario non era «concessionario» del servizio postale. Sull’argomento v. Torrente, La clausola di esonero e le clausole limitative della responsabilità, in Giust. Civ., 1951, 247, a 253 s. V. anche Cass., 5 ottobre 1955, n. 2284; è illegittima, ancorché emanazione di un potere regolamentare, la disposizione delle condizioni generali di concessione di un pubblico servizio automobilistico la quale esclude o limita la responsabilità dell’impresa concessionaria per la perdita del bagaglio imputabile a dolo o alla colpa grave dell’impresa o dei suoi dipendenti.


Sull’art. 7 del capitolo per carri privati del 19 ottobre 1923 — che restrin-

Esonero da responsabilità

(art. 1229, I co. cod. civ.), viene spontaneo chiedersi — tenendo presenti i dati esposti nei paragrafi precedenti sulla natura dell’azione di inadempimento doloso — se il dolo (e la colpa grave) non siano sanzionati, nel nostro diritto, mediante un’unica azione, la quale abbia tutti i caratteri dell’azione extracontrattuale.

Ciò equivale a dire che la responsabilità nascente dal dolo (o dalla colpa grave) del debitore non sarebbe «contrattuale» ma «aquiliana» e che il fenomeno del dolo avrebbe, sotto qualsiasi profilo, eguale fisionomia poiché non rileverebbe per nulla la qualità o meno di debitore dell’autore dell’illecito doloso (126).

È chiaro come, per verificare questa ipotesi, occorra lungeggiare più precisamente la nozione di inadempienza dolosa: è questo l’oggetto del prossimo capitolo. Ad esso, tuttavia, è d’uopo premettire una breve indagine — dottrinale e giurisprudenziale — circa gli effetti del dolo sulla clausola penale, pattuita per l’inadempimento, nonché alcune osservazioni sull’equiparazione della colpa grave al dolo.

***


Clausola penale e dolo

Il codice civile abrogato, al pari del codice vigente, distingueva tra clausola penale, e caparra penitenziale (v., rispettivamente, gli articoli 1209-1217 e 1230 e gli articoli 1382-1386). Effetto comune dei due negozi era ed è di restringere la responsabilità dell’inadempiente entro i limiti previsti da una espressa stipulazione (salvo quando il creditore chieda l’esecuzione del contratto).

È indubbio che, agli effetti pratici, ciò può risolversi in una limitazione di responsabilità, specialmente qualora — come avviene nelle obbligazioni di facere infangibile (129) — il creditore non può ottenere né l’esecuzione coattiva della prestazione, né la sua realizzazione da parte di un terzo. Medesimo discorso deve farsi per i casi di prestazione divenuta impossibile per fatto imputabile al debitore.

Limitazione di responsabilità, ancor più frequentemente, si avrebbe quando l’inadempienza fosse da ascrivere al dolo del debitore perché la penale o la caparra difficilmente corrispondono al danno imprevedibile sofferto dal creditore. D’altronde, il nostro diritto civile ha sempre ritenuto nulli i patti che limitano la responsabilità del debitore doloso (v. il para-

(129) Cf., per questa ipotesi, la sentenza CASS., 29 gennaio 1941, n. 316. V. anche THIRIACCA, La clausola penale, Milano, 1954, 137 ss. In generale, cf. FACCIONI, Aggravamento e attenuamento convenzionale in tema di responsabilità contrattuale, in Riv. dir. comm., 1913, II, 417; RAMELLA, Inadempimento di contratto e valutazione preventiva dei danni, in Dir. comm., XXVIII, 563. Espressamente ammette che la corresponsione del danno si può risolvere in un beneficio del debitore, il COVIELLO, L., jr., Clausola penale e risarcimento del danno, in Faro it., 1933, I, 1696 a 1699.

grafo precedente) onde sembrerebbe contraddittorio accor-
dare — mediante la stipulazione della penale — un beneficio negato al debitore protetto da una clausola di esonero o di limitazione della responsabilità.

Osservare, in contrario, che la clausola penale costituisce una obbligazione accessoria e non una obbligazione alternativa vale ben poco sia perché, nelle ipotesi sopra in-
meigate di obbligazioni di facere o di obbligazioni divenute di impossibile esecuzione per fatto imputabile al debitore, l’inadempiente realizza lui una scelta — cui il creditore non può sottrarsi — tra l’esecuzione e la penale, sia perché — dal punto di vista dei pratici effetti — la penale o la caparra possono ben risolversi in una notevole attenuazione della re-
sponsabilità.

In caso di dolo, pertanto, si apre il problema del risarci-
mento: deve esso determinarsi in base alle regole del diritto comune oppure il Giudice sarà vincolato al limite pattizia-
mente prefissato?

Le poche pronunce di cui disponiamo sono — salvo una — relative all’abrogato codice civile (109). Da esse, tut-
avia, trarremo egualmente degli utili spunti per la discus-
sione finale.

***

La Corte di Cassazione di Torino, nella sentenza Gifoni
ca. La Veloce del 21 luglio 1915 (Pres. PEYRANI, Est. CIRAVE-
GNA), imposta in maniera originale e perspicua la complessa
questione: la Corte afferma che si deve distinguere tra la in-
esecuzione dolosa del contratto e gli «ultronei fatti dolosi che

(109) Inattendibili sono le a massima» tratte da queste sentenze ed, ancor più, da quelli anteriori; v., ad es., le massime delle decisioni APP. TORINO, 23 febbraio 1895 e TUR. MANTOVA, 29 dicembre 1914. Le stesse cui farò riferi-
mento nel testo sono state — salvo diverse avvertenze — consultate nell’originale
ed in una raccolta che le abbia pubblicate in estenso.
aggravino i danni derivanti dalla semplice inesecuzione»; nel secondo caso, ma non nel primo, il debitore sarebbe tenuto al risarcimento integrale del danno arrecato sebbene questo ecceda la somma prevista dalla clausola penale.

La società La Veloce si era impegnata verso il ricorrente Giffoni a provvedere al reclutamento e trasporto di emigranti nel territorio del governo di Spirito Santo; la società, però, non soltanto non rispettò gli impegni contrattuali, ma, per evitarsi una concorrenza, si oppose alla revoca della procura rilasciata da Giffoni ed, insomma, impedi che questi provvedesse altrimenti ad ottenere il reclutamento ed il trasporto degli emigranti. Si discuteva se la società fosse tenuta al risarcimento dei danni oltrepassanti l’ammontare della clausola penale. La Corte di Genova aveva ritenuto che: se si era in tema di danni contrattuali, la penale non poteva essere superata neanche in ragione del dolo; se, al contrario, si era in tema di danni extracontrattuali, questi andavano risarciti ma in separato giudizio. (L’attore aveva sperato un’azione di danni per inadempimento).

La Cassazione torinese corregge il primo assunto, affermando la validità del *pactum diplicentiae* «per il quale una delle parti può, senza che l’altra abbia il diritto di insistere nella domanda di esecuzione, liberarsi dal contratto pagando una multa convenuta». La volontaria inesecuzione del contratto, pur essendo inclusa nella categoria dell’inadempienza dolosa, è lecitamente oggetto di stipulato che predeterminano il contenuto dell’obbligazione risarcitoria o — per meglio dire — che la sostituiscono con altra di origine esclusivamente convenzionale.

Secondo la Corte di Cassazione, però, ciò non può dirsi qualora all’inadempimento si accompagni a un dolo specifco, personale di recar danno» il quale non può supprimere essere oggetto di lecita contrattazione». In tal caso, la clausola penale non è applicabile e soccorrono — se il creditore ne faccia richiesta — le normali regole sul risarcimento del danno.

Questo orientamento, seguito da qualche sentenza di merito (164), si fonda sulla distinzione tra la «semplice volontaria inesecuzione» ed il «dolo specifico», precisando questi ultimi mediante gli «ultronei fatti dolosi che aggravano i danni derivanti dalla semplice inesecuzione». La decisione della Cassazione torinese qualifica «contrattuali» questi «ultronei fatti dolosi»; ma si tratta di una soluzione non estensibile ad altri casi, perché motivata da una interpretazione delle clausole contrattuali (165).

***

Una successiva sentenza della prima sezione della Cassazione del Regno (165), in causa *Barone cr. Luvisarghi* (11 novembre 1924 n. 2474, Pres. BisCARO, Est. MORGINI DE MANThONÈ) pone, invece, il quesito della natura, contrattuale o delittuale, della responsabilità per gli atti dolosi del debitore inadempiente, ma, nel fare ciò, si riporta ad una distinzione diversa da quella accolta dalla Cassazione torinese nella sentenza Giffoni cr. La Veloce. Si trattava di un’azione di risolu-

(161) App. CatANZaro, 27 dicembre 1921, la cui massa suona così: «i danni previamente determinati mediante clausola penale non sono suscettibili di variazione da parte del magistrato, quando non concorrano particolari elementi di frode, che rivelino nel debitore inadempiente la precisa intenzione di nuocere al suo creditore».

(162) Il contratto de quo disponeva che, in caso di inadempimento da parte della Società «La Veloce», e il signor Giffoni sarà libero di continuare a fare esecuzione del contratto nel modo e nei termini che egli intenderà, e con il danno in questo caso, di revocare la procura. La Cassazione, in base a questa partizione, ritiene che l’esecuzione sia determinata dalla procura e l’aver esso tentato di imporre che il Giffoni fosse escluso da altri la prestazione della società inadempiente, concretasse il dolo illecito contrattuale e non un illecito aquiliano.

(163) Pubblicata integralmente in appendice al capitolo quinto (pp. 459 ss.).
zione e danni per l’inadempimento del venditore: i giudici di merito accertano che il venditore aveva consegnato a terzi il vino venduto all’attore soltanto «perché il prezzo del vino era in aumento» e, dichiarato risolto il contratto, condannano il venditore al risarcimento del danno.

Ricondurre in Cassazione, quest’ultimo lamenta la violazione degli articoli 1217 e 1230 cod. civ. per non avere la Corte d’Appello ristretto il risarcimento alla restituzione del doppio della caparra versata dal compratore. Respingendo il ricorso, la Corte osserva che si trattava di una caparra confirmatoria ed afferma che non può invocare la caparra confirmatoria — quale preventiva liquidazione del danno — chi, «con il suo fatto doloso, rese impossibile l’adempimento della obbligazione, in quanto che, così operando, commise un vero delitto civile, nei sensi dell’art. 1151 cod. civ. ».

Salvo il richiamo dell’articolo 1151 cod. civ., la sentenza Barone cr. Lusvardi sarebbe spiegabile con l’osservazione che si discuteva degli effetti del dolo sulla caparra confirmatoria e non, come in Gifoni cr. La Veloce, sulla clausola penale.

Una simile interpretazione, tuttavia, cozza contro i principi enunciati nella causa Leone cr. Bianchi, decisa dalla Cassazione nella sentenza 23 luglio 1925 n. 2376 (2° sez., Pres. Tempestini, Est. Gatti) (146). Bianchi aveva locato un fondo a Leone, pattuendo una penale in caso di inadempimento; pochi giorni dopo, quando Leone non era ancora entrato nel possesso del fondo, Bianchi loca ad un terzo per un prezzo più alto, lo immette nel possesso ed offre a Leone la somma prevista quale penale. Leone, però,

chiede un risarcimento superiore allegando il dolo del locatore.

— Cassando la sentenza d’appello, la Corte Suprema afferma che la clausola penale perderebbe il carattere di obbligazione accessoria (posta al medesimo livello dell’obbligazione di risarcimento) e diverrebbe alternativa qualora «il debitore potesse liberamente determinarsi per l’una o per l’altra», e cioè qualora il debitore potesse volontariamente preferire il pagamento della penale all’adempimento.

La Corte d’Appello aveva ritenuto — forse ispirandosi al precedente Gifoni cr. La Veloce — che la sostituzione della penale all’adempimento fosse esclusa soltanto nel caso di pregindizio intenzionalmente arrecato al creditore. La Cassazione nega l’esattezza di questo principio e dichiara che il dolo del debitore — consistente nella volontaria creazione di uno stato di fatto «che preclude l’adito alla esecuzione della obbligazione» — rende colui responsabile dell’intero danno cagionato.

Questa sentenza, assieme alla precedente Barone cr. Lusvardi, traccia, dunque, la distinzione a seconda che l’inadempimento — volontariamente provocato — sia o meno definitivo. Si noti che, in entrambi i casi, l’inadempimento consisteva, apparentemente (146), in una omissione.

***

Apparentemente collocata nell’ambito di questa tendenza è la successiva sentenza Coccorullo cr. Carbone, resa dalla medesima sezione della Corte Suprema il 12 gennaio 1927 (Pres. Barcellona, Est. Rossi). In assenza di diversa specificazione contenuta nel codice, afferma questa pronuncia, si deve ritenere che la penale costituisca «indennizzo di ogni
specie di danni e quindi anche di quelli dovuti al dolo del debitore». Pertanto, chi in mala fede ritarda la restituzione di un bene opponendo al creditore pretestuose eccezioni non è tenuto — sebbene sia in dolo — ad altre somme oltre la penale pattuita per il ritardo (108).

La sentenza Leone cr. Bianchi — prosegue la Corte — non contrasta con questo insegnamento perché, in quel caso, il debitore aveva reso impossibile l’esecuzione del contratto. Nella causa attuale, invece, la condotta del debitore ha dato luogo ad un semplice ritardo — pur di mala fede — che non precludeva al creditore, sperimentando gli opportuni rimedi, di apprendere il possesso delle sue terre nell’epoca stabilita.

Il distinguishing, però, è fallace, perché non dimostra quale diversa rilevanza giuridica sia da attribuirsi all’inaudimentio definitivo ed al ritardo; non basta, invero, individuare una diversgenza tra i fatti delle due cause per giustificare le due opposte decisioni. Occorre spiegare perché la clausola penale non valga, quale limite, per i danni causati dal volontario inadempimento — che rende impossibile la prestazione — mentre opera quale limite per il risarcimento dei danni causati da un altrettanto volontario ritardo. La verità sembra essere che la Corte aveva mutato opinione, ma tentava di salvare le forme e la continuità dell’interpretazione giurisprudenziale.

***

Il mutamento di indirizzo appare dalla sentenza Bisoglio cr. Calvi emessa, quattro mesi dopo, dalla medesima sezione della Corte di Cassazione (25 maggio 1927 n. 1911, Pres. Vescovi, Est. Petrone) in una causa presentante forti somiglianze con la precedente Leone cr. Bianchi. Rendendosi inadempiente ad un contratto preliminare, il venditore aliena ad un terzo l’immobile promesso e, subito dopo, si disfa dell’intero suo patrimonio. Come in Leone cr. Bianchi, pertanto, la prestazione è divenuta impossibile a causa di un fatto intenzionale del debitore. Ma, in questo caso, la Corte giunge ad opposte conclusioni affermando che l’esserlo posto il promittente nella impossibilità di adempiere non attribuisce all’inadempimento «un carattere tale da sottrarlo alla sanzione della clausola penale». Enunciando un principio estremamente incerto — e che per la prima volta troviamo nelle sentenze su questo tema — la Cassazione dichiara: «è evidente che le disposizioni [degli articoli 1228 e 1229 cod. civ.] ... hanno vigore là dove la materia del danno risarcibile non sia stata espressamente e diversamente regolata dalle parti». Non importa che l’inadempimento si sostanzi nel semplice rifiuto della prestazione ovvero nel volontario comportamento il quale ponga il debitore nell’impossibilità di seguire la prestazione.

«In un solo caso» conclude la sentenza «l’arra poenitentialis non esaurisce la materia del danno risarcibile, e cioè quando la parte inadempiente, mercè compimento di atti ulteriori, dolosi o colposi, esorbitanti dalla sfera delle sue ob-

108 Era questa, l’opinione prevalente in dottrina: Giusci, IV, § 449 ss; Ricci, Diritto civile, VI, Torino, 1885, §§ 190-192; Polacco, Le obbligazioni nel diritto civile italiano, 1912, 527 ss.; Coievio, Clausola penale, cit., supra nota 159. Più flessibile la posizione del Bersani, Commentario del codice civile italiano, III, parte II, Torino 1877, sub art. 1230 (v. infra, § 63).

Decisamente contrario era Paternò, voce Pena concesionale, in Enc. giur. (cit. da Coievio, cit., nota 7) e Doleo, Sui diritti del creditore nella obbligazioni con clausola penale, in Giuriva, 1889, 49 ss (cit. da Rossi, v. infra). Questo Autoro osserva che, non ammettendosi il diritto del creditore ad essere pienamente risarcito — anche oltre la penale — in caso di dolo del debitore, la penale veniva a ritocarsi contro di lui ed il debitore di mala fede sarebbe stato favorito in quanto gli sarebbe stato concesso di liberarsi, versando la penale, dall’obbligazione assunta.

Il Rossi, II «postum ne dolus poestatur » e la clausola penale, in Studi D’Amelio, III, Roma, 1933, 265 ss. ritiene insostenibile questa tesi, ma sospetta una modificazione di codice che permetta il pieno risarcimento in caso di dolo, V., ulteriormente, infra, § 53.
obligazioni contrattuali, abbia cagionato all'altra parte danni diversi e distinti da quelli derivanti dall'inadempimento del contratto. Ma è evidente come in tal caso siasi fuori dell'orbita contrattuale, si versi cioè in tema di colpa aquiliana per fatto generatore di danni ben distinto e diverso da quello dante luogo al danno contrattuale».

Nel caso in esame, secondo la Cassazione, non si è usciti dall'orbita contrattuale perché null'altro può rilevarsi a carico del promittente la vendita se non l'inadempimento di una obbligazione assunta pattiziamente.

Due osservazioni si impongono. Primo: si trattava non di una clausola penale, ma di una caparra penitenziale e ciò può giustificare il principio che la caparra penitenziale esaurisce il risarcimento del danno contrattuale anche se causato dal dolo; si sarebbe, infatti, dinanzi ad una «volontaria inesecuzione» del contratto, il cui unico effetto è di obbligare l'inadempiente alla multa poenitentialis. Interpretazione, questa, confermata da successivi giudicati (160) e fondata sulla validità del c.d. pactum disiplicentiae.

Secondo: i motivi esposti dalla Cassazione, in base ai quali la responsabilità legale del debitore doloso ha natura essenzialmente derogabile, sono contrastanti con la giurisprudenza precedente e successiva.

La chiave per intendere questa sentenza, alla luce delle pronunce anteriori e posteriori, sembra stia nella rilevanza attribuita dalla Corte alla natura extraccontrattuale della responsabilità incombente sul debitore.

Ed infatti, la più recente decisione Di Cagno cr. Lops (supra, § 41), giunge alle medesime conclusioni di Bisoglio

 cr. Calvi, questa volta in tema di clausola penale pattuita per l'inadempimento, fondandosi principalmente sulla considerazione che il debitore era sottoposto — a causa della sua frode — all'azione aquiliana di danni.

***

45. L’equiparazione della colpa grave al dolo.

Doversi o meno equiparare la colpa grave al dolo — sotto il profilo degli effetti giuridici — è questione che stravaglia i giuristi da secoli. Il diritto italiano — come, del resto, il diritto francese — non contiene una norma la quale definitivamente sancisce o rifiuti l’equiparazione. Vi sono, nei codici (167) e nelle leggi speciali (168), disposizioni che connettono taluni effetti giuridici alla colpa grave ed al dolo, mentre altre (169) si riferiscono soltanto a quest’ultimo o soltanto alla prima (170) (171).

Dottrina e giurisprudenza generalmente non trattano la questione in profondità e si limitano a discuterle quale sia la soluzione da accogliersi per singole ipotesi (172). Poiché il nostro interesse è ristretto al trattamento della colpa grave nel risarcimento del danno, non è necessario diffondersi sugli altri aspetti del problema dell’equiparazione (173).

(167) Es., art. 789, 1229 e 2236 cod. civ., art. 96 cod. proc. civ.
(168) Es., art. 13 D.P.R. 11 gennaio 1956, n. 17 (T.U. impiegati dello Stato).
(169) Es., art. 1225 cod. civ.
(170) Cfr. supra, § 43, in principio.
(172) Cfr. Cass. Torino, 12 gennaio 1876; App. Roma, 9 marzo 1876 (appello portato avanti a giudice incompetente); Tr. Genova, 10 dicembre 1928; Cass., 16 maggio 1927, n. 1771 (situazione costante: senza di responsabilità dell’infortunato per come ha gestito la lite); Cass., 5 luglio 1949, n. 2195; Cass., 5 gennaio 1956, n. 93; Cass., 11 luglio 1956, n. 1839 (questo ultimo in relazione all’art. 1227, II co., cod. civ.).
(173) Sui quali, v. Chironi, I, 276 ss.

Il De Cupis, annotando una sentenza della quale dovrebbiamo discorrere in dettaglio nel paragrafo 49 (174), sostiene che l’art. 1223 cod. civ. contiene la regola generale in materia di risarcimento e che il limite della prevedibilità — sanzionato a vantaggio dell’inadempiente non doloso — costituisce il segno di una benevolenza eccezionale che non vi è ragione di estendere a comportamenti, come quelli gravemente colposi, la cui riprovevolezza è prossima a quella del dolo (175).

Ispirandosi alla problematica ed alle soluzioni divulgate dalla dottrina francese, il Giorghi (176) ed il Chironi (177) avevano ragionato in termini diversi. Il primo sotteneva la tesi della presunzione relativa perché « chi dà ad intendere di non prevedere ciò che tutti prevedono mostra di essere in mala fede », fino a prova contraria. Il secondo si richiamava alla volontà contrattuale e — salva diversa disposizione di legge (178) — riteneva che le parti contraenti si fossero implicitamente riferite alla condotta dell’uomo prudente; la comune estimazione accosterebbe la colpa data al dolo in ragione della netta separazione tra queste due ipotesi e quella della colpa lieve. Ai fini del risarcimento del danno, pertanto, la colpa grave induce le medesime conseguenze del dolo (179).

La maggioranza degli Autori accolle l’uno o l’altro di questi due indirizzi (180), per cui può ritenersi che l’opinione

(177) Chironi, La colpa nel diritto odierno. La colpa contrattuale, Torino, 1897, 284 ss.
(178) Chironi, La colpa contrattuale, cit. nota proc., 286.
(179) Chironi, Colpa contrattuale, cit. supra, nota 177, 200.
(180) Cf. Pacchioni, Corso di diritto civile. Dei contratti in generale, Padova, 1939, 325 ss.; Vivante, Del contratto di assicurazione. Del pagamento nei contratti generali, 4* ed., Torino, 1922, sub art. 434, § 261; Cassa, Misura della responsabili-
della dotrina oscili tra la presunzione relativa e l’equiparazione (181).

Fatta eccezione per la sentenza della Cassazione in data 10 dicembre 1956 n. 3948, annotata dal De Cupis, la giurisprudenza sembra aderire all’orientamento favorevole alla equiparazione della colpa grave al dolo ai fini del risarcimento: ma, pur numerose nella prima parte di questo secolo (182), le sentenze sul tema si sono fatte estremamente rare dopo la promulgazione del nuovo codice (183).

Un argomento fatto valere contro la dottrina dell’equiparazione si fonda sul canone interpretativo secondo il quale «quando la legge ha voluto equiparare, negli effetti, dolo e colpa grave, lo ha detto espressamente » (184). Questa affermazione, contenuta nella succitata sentenza della Cassazione,


(181) Si è pronunciato contro l’equiparazione, di recente, il Cian, op. cit., supra nota 171.


(183) La sentenza Cass., 10 dicembre 1956, n. 4398, riferita nel testo, ri-
chiama Cass., 10 febbraio 1956, n. 398 ma il richiamo è fuori di luogo. Il caso de-
ciso era, infatti, il seguente: avendo l’acquirente di una partita di merce, solo parzialemente conseguita, allegato la colpa grave del venditore — al fine di ottenere il risarcimento del danno imprevedibile — la Corte d’Appello ritiene irrisicibile il danno lamentato per difetto dell’elemento causale; aggiunge la Corte che, comunque, l’art. 1225 cod. civ. riguarda soltanto l’indemnizzazione dolosa.

La Corte di Cassazione, rigettando il ricorso, afferma che ogni questione è assorbita dal difetto di causalità, e poi riporta — senza esprimere alcun giudizio — l’opinione della Corte d’Appello relativa all’ambito dell’art. 1225 cod. civ.


non è validamente contraddetta dal De Cupis. Per contradirla occorre richiamarsi alla genesi dell’articolo 1225 cod. civ. Esso ripete l’art. 1228 cod. civ. del 1865 e quest’ultimo è una traduzione dell’art. 1150 del codice civile. Già sappiamo (supra, §§ 10 e 12) che il legislatore napoleonico intendeva sottrarre il dolo del debitore alla normale disciplina del risarcimento contrattuale e che questa consisteva nel dichiarare irrisicibile il danno imprevvedibile od imprevisto. L’art. 1150 code civil, come si è detto a suo luogo, rinvia alla regolamentazione della responsabilità delittuale perché, secondo le idee del tempo, il dolo non mutava né natura né sanzione per il fatto di ispirare il contegno di un soggetto astretto da un rapporto obbligatorio con il danneggiato.

La colpa grave — lo si è ricordato in precedenza (supra, § 19) — è sconosciuta nel code civil e la sua inserzione quale fonte di responsabilità aggravata è opera giurisprudenziale.

Se, pertanto, si vuol risalire allo spirito della norma, è giuocoforza spostare l’attenzione sul dolo e — chiarita la ragione e le conseguenze della sua previsione nell’art. 1151 code civil e nei nostri articoli 1228 e 1225 (rispettivamente del codice abrogato e del codice vigente) — indagare se quella ragione e quelle conseguenze possano congruamente applicarsi alla colpa grave. Per questi motivi, dovrei attendere la fine della nostra ricerca prima di pronunciarmi sulla questione.

Quel che, però, può osservarsi alla luce dei risultati sinora conseguiti è che la equiparazione della colpa grave al dolo ai fini dell’art. 1229 I co. cod. civ. e l’assenza di tale equiparazione nell’art. 1225 cod. civ. non prova affatto la tesi della succitata sentenza del 10 dicembre 1956.

L’art. 1225 cod. civ., come si è ricordato, è stato formulato meccanicamente e senza tenere alcun conto della elabo-
razione giurisprudenziale (185); l'art. 1229 i co. cod. civ. 1942, al contrario, sanciva la tendenza palesata da numerosi giudicati e non trovava corrispondenza in alcuna norma né del code del 1865 né del codice di commercio.

Accostando la colpa grave al dolo — quali fattispecie di illecito, che, per la componente psicologica dell'autore del comportamento dannoso, fanno nascente effetti giuridici di ordine pubblico — il legislatore ha esternato una ratio mutuata dalla giurisprudenza. Da quella medesima giurisprudenza, si noti, che — per la medesima ragione — equiparava la colpa lata al dolo in materia di risarcimento.

La formulazione dell'art. 1225 cod. civ., pertanto, testimonia soltanto che il legislatore non si è posto il problema della colpa grave; la formulazione dell'art. 1229 I co. testimonìa l'adesione ad un principio generale dal quale — in tema di responsabilità per inadempimento — è d'uofo discostarsi soltanto in presenza di non equivoci disposizioni normative.

Con ciò, tuttavia, non si vuole minimamente aderire ad alcuna delle tesi prospettate. Pur essendo convinto della esattezza delle osservazioni ora esposte sull'origine degli articoli 1225 e 1229 cod. civ., credo necessario — come affermato più sopra — rinviare ogni conclusione al termine dell'indagine sulla nozione di dolo del debitore (186).

***

(185) Relazione al Re sul libro delle obbligazioni, Roma, 1948, n. 38. Cf. supra § 42 e nota 130. La Relazione, per vero, afferma che l'equiparazione della colpa grave al dolo sussiste soltanto quando è esplicitamente sancita.

(186) Infra, cap. VI, § 64.
Opere citate in maniera abbreviata

In questo capitolo, le sottolineate opere saranno indicate mediante il nome dell'Autore.


Citazioni giurisprudenziali

Le sentenze sono citate mediante le sole indicazioni della data e della Corte; le sentenze più importanti, frequentemente richiamate, sono accompagnate dei nomi delle parti.

Un indice cronologico della giurisprudenza, posto in appendice al capitolo stesso, fornisce le citazioni complete delle sentenze; un asterisco indica le sentenze consultate nel testo integrale.

46. Stato della dottrina sulla nozione di inadempimento doloso.

47. Segue: problemi che richiedono approfondimento.

* * *

46. STATO DELLA DOTTRINA SULLA NOZIONE DI INADEMPIMENTO DELLO.

La divisione della materia in questo capitolo, che separa — e quasi contrappone — dottrina e giurisprudenza, vuole indicare la pressocché generale assenza di interesse degli scrittori per i temi che vi saranno trattati e la conseguente indipendenza dello sviluppo giurisprudenziale dai contributi dottrinali.

Già nel precedente capitolo si è veduta la scarsezza delle trattazioni in materia di concorso di azioni nel caso dell’inadempimento doloso; in questo capitolo si osserverà un diverso fenomeno: lo sterile concettualismo che caratterizza la massima parte dei discorsi relativi alla nozione di dolo del debitore. Gli scrittori italiani, per vero, hanno normalmente arrestato il loro favore alla adesione, talvolta corredata da non perspicue riserve, ad una delle due contrapposte dottrine: quella che richiede, per aversi inadempimento doloso, la volontà di arrecare danno (\(^{16}\)) e quella che si con-

tentata della volontà dell’inadempimento, accompagnata o meno dalla consapevolezza del danno \((189)\). Pur con qualche richiamo alla malafede o con qualche accostamento al dolo nella formazione del contratto, la dottrina non supera questo concettualismo e si limita, di solito, a poche obbiettive proposizioni. Talora, poi, ignora del tutto l’inadempimento doloso perfino nelle voci delle enciclopedie giuridiche \((189)\).

L’indagine storica è sempre esclusa ed il richiamo alla giurisprudenza è superficiale, il che spesso significa erroneo.

Ad esempio di tutto ciò può indicarsi il più recente contributo sul tema, contenuto in una altrimenti limpida e pregevole monografia \((190)\), ove si individua il dolo del debitore «nel concorso: 1) della volontarietà dell’inadempimento, intesa più propriamente come libera determinazione del soggetto al comportamento lesivo del credito; 2) della consapevolezza di arrecare un danno ingiusto». L’Autore chiarisce ulteriormente: che la volontarietà dell’inadempimento è esclusa, qualora essa sia il risultato di una scelta erroneamente ritenuta coatta dal debitore; che la consapevolezza di violare il rapporto obbligatorio difetta, quando il debitore sia in errore.

Funaioli, voce Dolo (dirit. civ.), in Enc. dir., XII, Milano, 1964, 543 (ancorato ad una visione unitaria del dolo).


\((190)\) È il caso di Trabucchi, voce Dolo (diritto civile), in Nuovo Dig. Ital., V, Torino, 1948, 149 ss.

\((190)\) Bianca, sub art. 1225.

Opinioni dottrinali

(ad es., sull’avvenuta estinzione del rapporto obbligatorio); che, infine, la consapevolezza del danno è necessaria, perché, altrimenti, l’inadempimento non sarebbe — nella rappresentazione che se ne fa il debitore — un fatto lesivo dei diritti del creditore.

Ognuno vede che i primi due chiarimenti non illuminano i rispettivi requisiti del dolo cui si riferiscono e, nel contempo, che l’intera esposizione è così generalizzata da riuscire inapplicabile \((189)\).

Prova di ciò si ha considerando le obbligazioni aventi ad oggetto un *facere* per il quale non è richiesta la cooperazione del debitore; le obbligazioni di restituzione di cosa fungibile o, comunque, di consegna di cosa determinata; le obbligazioni di restituzione di somma di danaro. In tali casi, ed in molti altri, sia pure con qualche diversità di sfumatura che verrà in seguito analizzata, sembrerebbe che il debitore meriti quasi sempre, se non adempie, la qualifica di doloso. Si pensi, ad esempio: al conduttore che non rilascia l’immobile, pur disponendo di altra abitazione; al debitore di somma di danaro che non la consegna pur avendone la disponibilità; al promittente la vendita che — convocato ritualmente dinnanzi al noto — non si presenta per stipulare; ecco alcune tra le tante ipotesi, frequentissime nella vita associata, nelle quali è difficile negare la sussistenza dei tre suddetti requisiti, ma che, nella coscienza sociale prima ancora che nell’interpretazione giurisprudenziale, difficilmente adombrano, in assenza di fattori concomitanti, delle fattispecie dolose.

\((189)\) Quanto al terzo chiarimento — circa la consapevolezza del danno — è da osservare che essa ha per oggetto il danno prevedibile; la conseguente responsabilità, invece, ha per oggetto il danno *imprevedibile*. Così che il debitore il quale si rende inadempiente prevedendo di cagionare un danno di dieci lire potrebbe essere esposto a rischiare un danno di dieci milioni.
Volendo ritenere che, in tutti quei casi e negli infiniti altri assieme ad essi prospettabili, si abbia adempiimento doloso significa sovvertire le basi, sulle quali si intraprende il commercio e si svolgono le relazioni giuridiche, perché il debitore sarebbe frequentemente esposto al risarcimento del danno imprevedibile (artt. 1225 cod. civ.).

La dottrina non ha voluto certamente pervenire a tale risultato e — se avesse posto mente alla varietà delle situazioni comprese dalle sue generiche definizioni — sarebbe posta in cerca di diversi e più congrui criteri di giudizio. Ed egualmente avrebbe diviso di fare chiunque avesse indugiato a considerare l’origine storica del nostro art. 1225 cod. civ. ed i numerosi problemi giuridici a quella norma connessi o, se non altro, la relazione tra l’adempiimento doloso ed altri fenomeni ad esso collegati (quali, tra gli altri, l’esonero o la limitazione di responsabilità per fatto proprio o dei preposti o degli ausiliari, la dichiarazione anticipata di non volere adempiere, l’effetto della clausola penale sulla liquidazione del danno cagionato dall’adempimento doloso, il rapporto tra il dolo del debitore ed il dolo aquiliano).

Queste osservazioni — è chiaro — investono non la monografia, alla quale sì è citata sopra una definizione dell’adempimento doloso, ma pressoché l’intera produzione giuridica italiana sui temi che ci interessano.

***

Il Giovio, nel secondo volume della « Teoria delle obbligazioni » (192), espone — nella forma più estrema — la teoria che sostiene essere sufficiente, per aversi dolo del debitore, la coscienza di rendersi (volontariamente) inadempiente. A

l'intenzionalità, la consapevolezza di arrecare danno si trova
disgiunta dalla volontà dell'inadempimento: nel caso opposto,
però, si ha la fusione tra i due elementi (la volontà dell'inadem-
pimento e la coscienza di arrecare il danno) in uno solo:
la volontà di danneggiare la quale, pertanto, resterebbe la prin-
cipale caratteristica del dolo del debitore. Conclusione dalla
quelle la dottrina più recente sembra rifuggire.

Al di fuori di tale contesto, la consapevolezza di recare
danno diviene uno scolastico requisito, perché nulla è più fa-
cile per il debitore del sostenere la propria ignoranza. Vi
sono, certamente, dei casi nei quali il danno, è in re ipsa: ti-
pico esempio è la non restituzione di somma di danaro. An-
che così, tuttavia, si allude ad un danno normale, mentre la
consapevolezza, cui sì riferisce la dottrina, è la consapevolezza
di un danno specifico: il che solleva numerosi problemi di na-
tura probatoria.

A ciò si aggiunga che, il più delle volte, il danno è even-
tuale: Mevio — per tornare all’esempio proposto dal Giorci
— avrebbe potuto trovare, in sostituzione di Lucio, un can-
tante di fama superiore per il medesimo prezzo e l’inadem-
pimento di Lucio si sarebbe, paradossalmente, tradotto per Me-
vio in un insperato guadagno. È, ovviamente, un caso-limite
che si risolve negando l’azione di danni a Mevio per difetto di
interesse o perché l’inadempimento non ha avuto importanza.
In linea di principio, però, resta che il debitore medio non
può ignorare — quando si rende inadempiente — se il cre-
ditore risentirà o meno un danno secondo la normalità dei
fatti.

O, come vuole il Giorci, la consapevolezza del danno è
riscontrata mediante questa presunzione, o essa si vanifica, nel-
l’applicazione concreta, qualora non coincida, come si è già
osservato, con la volontà di danneggiare. In sostanza — e que-

47. Problemi che richiedono approfondimento.

L’opinione del Giorci — ora ora riferita — non indiet-
reggia dinanzi alle pratiche conseguenze della teoria che la
ispira ed, anzi, sceglie l’esemplificazione che più chiaramente
ne mostra gli eccessi. La storia del tenore Lucio offre, per-
tanto, una buona occasione per delineare i contorni di alcuni
problemì, sui quali la dottrina ha, sinora, mancato di appor-
tare il suo contributo e che approfondiremo in sede di con-
clusioni, limitandoci, per ora, a fornire taluni spunti in-
completi.

A) Volontà di recare danno.

La dottrina più antica — unanime prima del Giorci,
prevalente per lungo tempo dopo di lui — sosteneva che non
si ha inadempienza dolosa, se non qualora il debitore sia mosso
dalla volontà di danneggiare il creditore. Pressoché abbando-
nata in dottrina e nettamente respinta dalla giurisprudenza mo-
derna, questa tesi aveva un’importante giustificazione storica:
levoluzione, degli autori e dei giudicati, su diverse e più lar-
gheggianti posizioni non è spiegabile unicamente in termini
concettuali.

B) Consapevolezza di recare danno.

Si tratta di una locuzione fonte di equivoci. In
senso stretto, la consapevolezza di arrecare danno si verifica
in pochissime ipotesi che coincidono, per lo più, con la vo-
lontà di danneggiare: esempio, il depositario distrugge inten-
zionalmente la cosa ricevuta in custodia. Se, infatti, difetti
sta sembra essere la conclusione più importante — la dottrina ha operato, rispetto alle più antiche opinioni, un mero artificio concettuale che ha lasciato immutata — nonostante l’antitesi delle formulazioni — la nozione di inadempienza dolosa.

C) Dichiarazione di non voler adempiere ed inadempienza dolosa.

È nota la massima giurisprudenziale, secondo la quale la dichiarazione di non voler adempiere, emessa prima del termine, equivale ad inadempimento. È anche noto che un atto del debitore, da quale risulti la sua intenzione di non adempiere, sortisce i medesimi effetti giuridici (v. meglio infra, § 57). Il debitore, il quale, sapendo di essere obbligato e di non poter invocare la forza maggiore, comunica o lascia intendere di volersi sottrarre all’adempimento o non è in dolo? Supponiamo che sia stata pattuita una penale e che il debitore ne offra il pagamento immediato, senza che il creditore possa ad abbia interesse a pretendere l’adempimento. O supponiamo che il conduttore perseveri, senza motivo, ad occupare l’imobile oltre il termine finale della locazione — avvenuto avvertito in anticipo il locatore — e pretenda di corrispondere il primitivo canone: sono i danni ex art. 1591 cod. civ. da liquidarsi tenendo conto del danno imprevedibile?

È chiaro che, in questi casi, non farebbe difetto alcuno degli elementi astrattamenti richiesti per aversi inadempienza dolosa.

D) Inadempimento e dolo.

Altra questione che richiede approfondimento è quella concernente il rapporto tra il dolo del debitore e l’inadempimento. Le varie opinioni, nessuna esclusa, mirano a circoscrivere le ipotesi di inadempimento doloso partendo dal pre-supposto che si tratti di un quid sostanzialmente omogeneo con l’inadempimento colposo, da cui è separato a causa di tali caratteristiche soggettive del comportamento del debitore.

Le conclusioni raggiunte al termine dello studio del diritto francese ci hanno indotto a ritenere che — in quel diritto — sia possibile scorgere una sostanziale eterogeneità tra il fatto dell’inadempimento ed il dolo del debitore. Si dovrebbe, in sostanza, analizzare se il dolo non si espliciti essenzialmente al di fuori dell’inadempimento, così che questo sia uno strumento, un presupposto od una occasione per la realizzazione del dolo.

Si verrebbe, allora, a sovvertire completamente i termini della discussione e la prima importante conseguenza riguarderebbe la natura dell’azione di inadempimento doloso e l’effetto del dolo sulla preventiva liquidazione del danno mediante clausola penale.

E) Concorso di azioni.

La dottrina, come si è già rilevato, è prodiga di opere sul concorso di azioni ma trascura il problema del concorso di azioni in caso di dolo. Non può dirsi che si tratti di un tema secondario: al contrario, esso incide su alcune strutture fondamentali del diritto delle obbligazioni. Se il dolo del debitore non è caratterizzato dall’intento di nuocere, come — ma, l’abbiamo notato, solo apparentemente — ritiene la dottrina, sarebbe difficile ammettere l’esercizio concorrente del l’azione aquiliana od anche accogliere la tesi che dall’inadempienza dolosa nasca la sola azione extracontrattuale. D’altra parte, se il dolo del debitore non sussiste al di fuori della volontà prava di arrecare danno, occorre spiegare quali siano i suoi rapporti con la colpa.
F) Dolo e colpa.

Tra la negligenza, variamente caratterizzata, e la volontà prava si creerebbe, allora, una «terra di nessuno». L’inadempimento cosciente e volontario non sarebbe doloso, ma, a causa della intenzionalità, neppure colposo (193). La consapevolezza del danno va oltre la colpa ma resta al di sotto del dolo. Questa «terra di nessuno» è acquisita al dolo dall’orientamento dominante, ma si sono or ora viste le numerose lacune di quella dottrina ed— analizzando gli elementi del dolo da essa richiesti — si è rilevato come la distanza tra le posizioni odierne e quelle più antiche sia pressoché esclusivamente verbale.

In conclusione, molto resta da dire sull’inadempienza dolosa. Non potendoci giovare dei lumi degli scrittori giuridici, ci volgeremo prevalentemente alla giurisprudenza.

***


49. Ritardo nell’adempimento di obbligazione pecuniaria.
50. Segue: due recenti decisioni.
52. Inadempimento non definitivo (omissivo) dell’obbligazione di dare un bene fungibile.
54. Segue: Rilevanza dell’attività commissiva susseguente all’omissione.
55. Inadempimento definitivo dell’obbligazione di non fare.
56. Inadempimento definitivo, dell’obbligazione di dare o di facere, consistente in una commissione.
57. Dichiarazione anticipata di non voler adempiere.
58. Assunzione di un’obbligazione con l’intento di non adempiere.

***

48. INTRODUZIONE. PROBLEMI DI SISTEMAZIONE.

Pervenire ad uno speculum giurisprudenziale — il quale è opera ben diversa da certe «rassegne di giurisprudenza» che appaiono sovente nelle riviste giuridiche — è estremamente difficile. Il dubbio fondamentale è, naturalmente, metodologico; ma subito dopo si affacciano questioni, per così dire, tecniche; di questo argomento si è già discorso nei §§ 32-34 ed ora occorre aggiungere solamente qualche considerazione relativa alla materia oggetto del presente capitolo.

Tutte le sentenze di questo secolo, prese in esame nei prossimi paragrafi e nei §§ 40, 41 e 44, sono state lette in origi-
Nelle. Mi sono, così, trovato dinanzi ad un materiale assai vasto e, per certi aspetti, contraddittorio. Onde il primo problema è stato quello di ordinarlo secondo categorie pre-stabilite.

Dopo un certo travaglio, fatto di esperimenti non riusciti, sono pervenuto alla classificazione esposta nelle pagine seguenti. Essa riflette gli atteggiamenti della giurisprudenza, quali appariranno al termine dell’indagine, ed è incentrata sulla constatazione della differenza qualitativa esistente, in tema di inadempimento doloso, tra l’omissione e la commissione.

Poiché, tradizionalmente, il dolo è un requisito soggettivo, l’aver distinto l’omettere dall’agire deriva dalla constatazione che taluni connotati psicologici sono più spontaneamente attribuiti al secondo che non al primo (194).

Di qui l’osservazione, che si vedrà sviluppata a traverso l’esame giurisprudenziale, della neutralità psicologica della omissione sotto il profilo dell’intenzionalità.

In secondo luogo, s’è distinto tra ritardo, inadempimento definitivo ed inadempimento non definitivo. Classificazioni, queste, che non si ritrovano nelle trattazioni usuali della materia ma che mi sono parse di notevole utilità per comprendere e penetrare la problematica sollevata dalla giurisprudenza italiana durante sessanta anni.

Mi propongo, negli otto paragrafi che seguono, di esporre tutte le sentenze rilevanti per il nostro tema specifico, seguendo uno schema impostato sulle classificazioni ora enunciate. Le conclusioni parziali, che saranno via via raggiunte, sono volutamente incomplete, perché una osservazione completa del fenomeno non può avversi senza prendere in osservazione anche i temi trattati nelle pagine precedenti.

(194) Questa considerazione trovasi anche in alcuni Autori del diritto comune francese (supra, §§ 4-5).

Problemi di esposizione

Nel capitolo successivo, infatti, tenterò di esporre quel che, a mio avviso, è il diritto italiano nella materia che ci interessa. Tenterò, cioè, quella esposizione del diritto vigente dalla quale dovrà poi partire la comparazione.

I problemi di metodo, liquidati nell’introduzione con poche proposizioni generali, sono tornati sempre più pressanti in questa fase del lavoro. La maniera nella quale li ho risolti non contendere forse nessuno: non contenderà i fattori del factual approach, perché vi vedranno troppe interferenze dello scrittore nella materia bruta dei dati giurisprudenziali; non contenderà i puri studiosi del diritto patrio, perché vi vedranno un troppo scarso lavoro di elaborazione personale. Il quale scontento generale renderà contorno solo l’autore, perché egli non esiterà a rinvenirvi la prova di essere riuscito a tenersi in equilibrio tra la matura frammentarietà del concreto e la fittizia completezza della speculazione concettualistica (196).

***

49. **Ritardo nell'adempimento di obbligazione pecu- niaria.**

Lo stabilire in cosa consiste il dolo del debitore di obbligazione pecuniaria costituisce uno dei temi-chiave del’intera problematica dell’inadempienza dolosa. Nella normalità dei casi: a) l’inadempiimento *rimane possibile* dopo il decorso del termine, sia pure con sacrificio del debitore il quale può trovarsi nella situazione di dover alienare parte del proprio patrimonio onde ricavare la somma da corrispondere al creditore; b) non è dubbia la *coscienza* del debitore, posto in mora, *di dovere* una certa somma; a ciò si aggiunga che — in tempi di svalutazione monetaria — la *coscienza di arrecare danno è in re ipsa*, perché gli interessi di mora non ripare-ranno certo il danno risentito dal creditore.

D'altronde, quando trattisi di obbligazioni pecuniarie sorte anteriormente alla svalutazione, resta inapplicabile l’articolo 1224 II co. cod. civ. nella misura in cui — al momento del sorgere dell’obbligazione — la svalutazione sia avvenimento imprevedibile.

Onde il creditore, per ottenere il pieno risarcimento, è costretto ad avvalersi dell’art. 1225 cod. civ. allegando il dolo del debitore.

Nonostante l’apparente concorso degli elementi che la dottrina prevalente ritiene costituire l’inadempienza dolosa (volontarietà del ritardo; coscienza di violare il rapporto obbligatorio; consapevolezza di arrecare danno), la giurisprudenza tende a negare il carattere doloso del ritardo nell’esecuzione dell’obbligazione pecuniaria. Questa discrepanza tra le definizioni concettuali e le pratiche applicazioni — che spesso dovremo rilevare nel corso dell’indagine — palesa un *disagio* la cui radice sta, evidentemente, nelle insufficienti generalizzazioni sulle quali si sono costruite le nozioni di inadempimento e di ritardo doloso.

Di ciò avremo prova esaminando tre sentenze — rese tra il 1951 ed il 1956 — in tema di ritardo nell’eseguire un’obbligazione pecuniaria.

***

In *Franzetti cr. Molla* (App. Milano, 6 febbr. 1951, Pres. De Ruberi, Est. Del Bianco) si trattava dell’inadempiimento di un mutuo stipulato nel novembre 1940. Intimato precetto nel 1946, il debitore propone opposizione, che viene respinta. Nelle more della procedura per l’espropriazione immobiliare, il debito viene soddisfatto per l’intervento di un terzo; ma il creditore, poco dopo, avanza una domanda di danni per ritardato pagamento. Allegando che il termine per la restituzione del mutuo scadeva nel 1942, egli sostiene di dover essere risarcito per la intervenuta svalutazione monetaria. Il Tribunale, pur facendo decorrere l’inadempiimento dalla data del precetto, accoglie la domanda; per giustificare la condanna al risarcimento dei danni dipendenti dalla svalutazione, la sentenza riscontra un comportamento doloso del debitore nella proposizione di una opposizione a precetto di cui si era acclarato il mero intento *defatigatorio*.

La Corte d’Appello non condivide l’opinione del Tribunale. Benché, nel giudizio di opposizione a precetto, si fosse qualificata defatigatoria l’opposizione, ciò non comportava che il debitore *miresse a lucrare sulla svalutazione in corso*; scopo del debitore era di prendere tempo fino a che non si fosse trovata una opportuna sistemazione della vertenza, come poi avvenne per l’intervento del terzo. Il debitore ha agito
«nella opinione di evitare a sé un danno, quale riteneva dovvergli derivare da una vendita dei suoi beni all’asta (198).». Pur riscontrando una specifica manovra volta a dilatare il ritardo, la Corte esclude il dolo per la mancanza dell’elemento soggettivo: il quale risiede non — come si potrebbe pensare — nel dolo specifico ma nell’animus lucrativiendi ed, in particolare, nell’intento di avvantaggiarsi della svalutazione. Un intuito di avvantaggiarsi indubbiamente esisteva e la stessa Corte lo ha rilevato: il debitore sperava di ottenere l’intervento di un terzo al fine di evitare l’espropriazione immobiliare; ciò, tuttavia, non basta. È necessario provare l’intento di lucrare sulla svalutazione in corso. La sentenza tralascia di spiegare come siffatta prova posa essere fornita.

***


Rifare la storia di questa causa è difficile ed inutile. Basti dire che si trattava di una controversia tra appaltatore e appaltatore e progettista; dopo venti anni di liti una consulenza tecnica «non contestata», esperta avanti il Tribunale di Napoli, accertò in Lire 124.000 il debito dell’appaltatore. Il Tribunale...
mente non ne esegua il pagamento. Occorre, invece, che il debitore abbia scientemente trasgredito l’obbligazione con volontà preordinata alla violazione del suo obbligo, e cioè con malafede, con la consapevolezza di arrecare danno al creditore».

Il dolo del debitore, dunque, corrisponderebbe alla «malafede» e quest’ultima consisterebbe nella «volontà preordinata alla violazione» e nella scienza trasgressione.

Cosa significichi «volontà preordinata alla violazione» non è affatto chiaro, come non è chiara la ragione per la quale la Corte parla in termini estremamente generici quando è palese che la sua «massima» trae origine e si spiega soltanto con un caso di inadempimento di un’obbligazione pecuniaria del quale — a causa della insufficiente motivazione della sentenza d’Appello — si ignorano le modalità. La parola «pagamento», inserita nella motivazione, tradisce il ristretto ambito della «massima» ma non per ciò le assegna un senso compiuto.

***

Si considerino, ora i seguenti fatti del caso Failla cr. Perrier, che esporremo in dettaglio al fine di coglierne meglio il rapporto con le motivazioni delle due sentenze emanate durante la causa.

Il padre dell’attore Failla presta del danaro, nel 1933-1934, alla famiglia Perrier, di cui era amico, e la signora Perrier gli rilascia delle cambiali, con scadenze variabili fino al 1° gennaio 1936, per un ammontare di 143.000 lire. Morto il signor Perrier nel 1936, il Failla assicura la vedova che ella, dato che si trova in situazione economica non florida, può attendere ancora per restituire il danaro.

Nel 1942, la debitrice scrive alla vedova del Failla dicendosi «mortificata» della sua «lunga inadempienza» ed asse-

rendo di essere passata per molti guai. Nel 1945, la debitrice si dice pronta a pagare il debito nel suo ammontare originario.

Gli eredi del creditore Failla la convengono in giudizio nel 1950 e — deducendo il dolo o, comunque, la colpa grave della debitrice — ne chiedono la condanna al pagamento del debito, rivalutato in nove milioni. Deducono, tra l’altro, che la Perrier era comproprietaria al 40% di una lucrativa miniera di zolfo, ma il Tribunale e la Corte d’Appello non ritengono che l’attore abbia «provato specificamente» tali guadagni.

La Corte d’Appello di Palermo, nella sentenza 8 febbraio 1955 (Pres. Dispensa, Est. Provenza), afferma — preliminarmente — che la indagine va ristretta al dolo in quanto che la colpa grave non è ad essa parificata agli effetti dell’art. 1225 cod. civ. Quanto al dolo, i giudici palermitani trascrivono letteralmente la massima di Amato cr. Decina e, riferendo le già esposte circostanze di fatto, escludono la mala fede della debitrice; inoltre, non diversamente dai giudici milanesi nella sentenza Franzetti cr. Molla, ipotizzano il dolo nel caso che la debitrice avesse volontariamente ritardato l’adempimento al fine di lucrare sulla svalutazione in corso.

I quattordici anni trascorsi tra la scadenza dell’obbligazione e la data dell’atto di citazione; l’aver la debitrice offerto di pagare, in valuta prebellica, soltanto nel 1945 a svalutazione avvenuta; l’assenza di qualsiasi fonte di prova tendente a dimostrare una difficoltà economica di rilievo: tutto ciò non basta — secondo la Corte di Palermo — per dedurre il dolo della debitrice.

«Se mai», conclude la sentenza, «l’inadempimento potrebbe considerarsi dipendente da grave incuria».

La prima sezione della Corte di Cassazione (Pres. Guidi, Est. Di MAJO) conferma questa decisione con la sentenza 10 di-
metterebbe il dolo del debitore che ritarda l'esecuzione di una obbligazione pecuniaria, e cioè qualora egli avesse così agito per lucrare sulla svalutazione in corso. Si tratta, però, di semplici ipotesi contenute nelle sentenze Franzetti cr. Molla e Failla cr. Perrier, il cui valore è pressoché soppresso dalla impossibilità di provare specificamente quel particolare animus lucrificiendi (293).

Questo elemento dell'animus lucrificiendi, infine, appare in certo modo incongruente con il requisito della malefede: essa, secondo Amato cr. Decina, consiste nella volontà preordinata alla violazione dell'obbligo. Tale affermazione, se non andiamo errati, si fonda su un lontano sostrato storico: il dolo è essenzialmente un atto di commissione; il dolo si manifesta attraverso la macchinazione.

Il disagio che appare dalle applicazioni giurisprudenziali in tema di ritardo nell'eseguire l'obbligazione pecuniaria si spiega con la etergeneità tra le definizioni del dolo e le ipotesi di semplice ritardo omissivo. Le difficoltà probatorie, fraposte dalle tre sentenze esaminate, indicano — sia pur confusamente — che la semplice omisssione ripugna alla natura del dolo.

Vedremo, infatti, come l'inadempiamento dell'obbligazione di dare una cosa fungibile, risolvendosi in una omissione, sia stato concordemente ritenuto non doloso. Prima di fare ciò (§ 52), occorre esaminare altre sentenze relative a casi di ritardo nel pagamento di somme di danaro.

***

(293) Bisogna, infatti, ragionare anche in termini di contenute dell'ancora probatorio. Si può dimostrare la natura pretestuosa della resistenza in giudizio, l'inaccessibilità di un ritardo pluriennale e si può addurre che qualsiasi persona ragionevole conosce gli effetti della svalutazione monetaria sul valore dei beni di rifugio. Se ciò non basta per provare l'animus lucrificiendi, non resta che concludere per la sua indimostrabilità in giudizio.
50. **Segue: due recenti decisioni.**

Due recenti pronunce della Cassazione sembrano pale-
sare un mutamento di indirizzo rispetto alle tre sentenze so-
pra riportate.

In *Comune di Crotone cr. Marasco* (Cass., 1a sez.,
Pres. Pece, Est. Mirabelli, sent. 22 marzo 1965 n. 468),
i trattava di questo: il Comune ricorrente era stato de-
finivamente condannato, nel gennaio 1944, a versare al resi-
stente una somma quale supplemento prezzo di una compra-
vendita viziata da lesione. Il Comune fa passare molti anni
e, finalmente, emette un mandato di pagamento, rifiutato dal
creditore perché non include gli interessi e le spese di giudizio.
Di qui una azione di danni: l'attore (attuale resistente) allega
che non ha potuto acquistare un appartamento in Milano per
l'indisponibilità della somma, così risentendo in pieno gli
effetti della svalutazione. La domanda è integralmente ac-
colta.

Ricorrendo in Cassazione, il Comune sostiene che la
svalutazione era imprevedibile al momento del sorgere della
sua obbligazione (gennaio 1944). La Corte rigetta la cen-
sura perché il ritardo era da ritenersi doloso: «è rimasto ac-
certato dai giudici di merito che il Comune ricorrente ha
intenzionalmente ed ingiustificatamente omesso di adempiere
all'obbligo esistente a suo carico per precedente giudici-
cato» (186).

---

(186) La "massima" di questa sentenza, in *Forte it. mass.* 126 non men-
ziona che è stata decisa una questione relativo all'indebito doloso.
fatti, non può valere per l’ipotesi di « inattività volontaria o gravemente colposa ».

La « volontà di non adempiere (dolo) » e la colpa grave obbligano al risarcimento dell’intero danno cagionato al creditore.

***

Queste due sentenze si muovono in un ambito ben diverso da quello nel quale hanno prosperato le pronunce riferite in precedenza. Pur mantenendo il principio dell’incolpevolezza dell’Amministrazione per il ritardo dipendente dal « normale svolgimento delle procedure amministrative », le due sentenze hanno fatto a meno degli stringenti — e sovente non provabili in giudizio — requisiti enunciati dalle precedenti decisioni in tema di ritardo nell’adempimento di obbligazione pecuniaria.

Ed, infatti, è sul piano probatorio che le due sentenze si palesano innovatrici: l’intenzionale ed ingiustificata omissione di cui parla la Corte in Comune di Crotona cr. Marasco, è intenzionale perché ingiustificata, ed è ingiustificata perché protratta per troppo tempo.


La definizione di dolo del debitore predominante nella più recente giurisprudenza era quella enunciata — nella maniera che si è detta (197) — in Amato cr. Decima (198). Essa, se pure fosse mai applicabile ad un debitore privato, non lo sarebbe certamente qualora debito fosse una persona giuridica e, meno che mai, lo Stato od un ente pubblico. Questa notazione palesa la spregiudicatezza delle due sentenze ora esaminate e la forte carica innovatrice da esse promanante.

Al fine di cogliere meglio il nesso tra le due suddette sentence ed i precedenti, ho esaminato i fascicoli d’ufficio ed ho riscontrato alcuni fatti interessanti.

Innanzi tutto, l’ufficio del Massimario — predisponendo le « veline » contenenti i precedenti rilevanti (196) — non ha riportato alcuna « massima » attinente il dolo o la colpa grave del debitore. La questione, pertanto, appariva alla Corte Suprema alla stregua di una « questione nuova ».

In secondo luogo, per quel che riguarda la causa Comune di Crotona, la sentenza d’appello non aveva mai parlato di dolo né di colpa grave. Che il Comune debitore avesse « intenzionalmente ed ingiustificatamente » omesso di pagare, lo dice la Cassazione; la sentenza impugnata aveva accertato, quale causa del mancato pagamento, la « falsa opinione » del Comune che gli interessi non fossero dovuti. Nonché il creditore — per quel che abbiamo potuto capire dal suo ricorso in-

(197) Supra, § prec.
incidentale condizionato lungo ottanta facciate — aveva allegato il dolo.

Nella causa *Comune di Apricena*, invece, questa allegazione era bene espressa; il che, tra l’altro, rende incomprensibile il silenzio del «foglietto» compilato dall’ufficio del Massimario. Con indubbia forza espressiva, si chiedeva il creditore ricorrente: «E che altro sarebbe, se non dolo o colpa grave?». Il fatto dello Stato che appaltasse un’opera pubblica, la prendesse in consegna, la usasse e non pagasse nemmeno un solido al malcapitato appaltatore, per circa venti anni?». La sentenza della Cassazione si è posta chiaramente nel solco di questo interrogativo quando, nella motivazione, ha posto assieme — senza distinguere — dolo e colpa grave e quando ha riscontrato il dolo o la colpa grave nel decorso del tempo.

Quest’ultima osservazione permette una migliore interpretazione della sentenza, la quale, a differenza di quelle esaminate nel paragrafo precedente, non compie una indagine sui motivi dell’inadempimento, ma, al contrario, si fonda su di una constatazione oggettiva, quasi ponendo a carico del debitore l’onere di provare l’assenza di dolo o di colpa grave.

***

51. RITARDO NEL RILASCIO DI UN IMMOTILE. RITARDO NELLA STIPULA DEL CONTRATTO DEFINITIVO.

La causa *Pulejo cr. Camera Agrumaria di Messina* (100), decisa il 21 dicembre 1926 dalla 1ª sezione civile della Cassazione (sent. n. 3371, Primo Pres. D’Amelio, Est. Caminelli), verteva sulla qualificazione del comportamento del conduttore (Camera Agrumaria di Messina) che non aveva abbandonato l’immobile locato alla scadenza contrattuale. Il locatore Pulejo affermava di aver venduto l’immobile ad un terzo e di aver pattuito una penale di lire cinquantamila per il caso che l’immobile non fosse stato libero al momento della sua consegna all’acquirente; allegava che la data della consegna coincidesse con il termine finale della locazione; che, infine, egli aveva avvertito la Camera Agrumaria di tutto ciò e specialmente della esistenza di una penale, cui egli sarebbe stato obbligato nei confronti del compratore qualora l’immobile non fosse stato sgombrato al termine della locazione.

Convenuto in giudizio dal compratore per il pagamento della penale, il locatore Pulejo chiamò in causa la Camera Agrumaria al fine di ottenere la condanna ai danni derivativi dal ritardo a lasciare libero l’immobile. Allo scopo di superare l’eccezione che il pagamento della penale era un fatto imprevedibile «al tempo del contratto» (art. 1228 cod. civ. del 1865), il Pulejo allega il dolo del conduttore.

(100) Il testo integrale della sentenza è pubblicato in appendice a questo capitolo.
Nozione di dolo del debitore

Respinta questa tesi sia in primo che in secondo grado, ricorre il locatore per violazione dell’art. 1228 cod. civ. Il ricorso è respinto (209).

Onde applicare l’art. 1228 cod. civ., afferma la Corte di Cassazione, «è necessario provare che il debitore abbia trasgredito all’obbligazione con il proposito di recare danno al creditore rivelando col suo contegno una volontà contraria allo spirito del contratto e non conforme alle regole dell’onestà e della buona fede». Non è sufficiente provare la «volontarietà dell’inadempimento » che «è il presupposto fondamentale della responsabilità contrattuale in tutte le sue gradazioni ».

Per comprendere questa pronuncia occorre ricordare che la Camera Agrumaria sapeva con certezza quale danno avrebbe cagionato al locatore non liberando tempestivamente l’immobile: essa, infatti, era stata informata della stipulazione di una penale e ne conosciva perfino l’ammontare.

L’omissione del conduttore, che non rilasci l’immobile locato, differisce dall’omissione dell’obbligato al pagamento di una somma di danaro; mentre il secondo può allegare — come in Failla cr. Perrier (210) — una difficoltà economica o la necessità di rovinose alienazioni per ottenere il danaro da restituire — come in Franzetti cr. Molla (212) — il primo dispone necessariamente del bene. La mancata restituzione, pertanto, potrebbe più facilmente apparire volontaria. Di tutto ciò, evidentemente, si è resa conto la Cassazione in Pulejo cr. Camera Agrumaria di Messina ed inopinatamente ha ristretto l’inadempimento (anzi il ritardo) doloso alle ipotesi nelle quali sia provato l’intento di nuocere al creditore.

---

Pulejo cr. Camera Agrumaria

Si tratta di una decisione contrastante con l’evoluzione della giurisprudenza e che, forse, può spiegarsi con altre considerazioni, esposte dalla Corte al termine della motivazione (209). A noi, tuttavia, essa interessa preciamente per illustre come la giurisprudenza della prima parte di questo secolo si sia dimostrata restia ad accettare l’inadempienza dolosa al di fuori dei casi di animus nocendi (212). Interessa, del pari, osservare che questa ritrosia ad ammettere il dolo si sia esplicata, ancora una volta, in una ipotesi di omissione della prestazione.

***

La sentenza Coaccurullo cr. Narbone del 12 gennaio 1927 è stata già riferita nel paragrafo 44 sotto il profilo degli effetti del dolo sulla clausola penale. La Cassazione, allora, esaminò incidentalmente il problema del ritardo doloso perché ritenne che esso non rendesse inefficace la clausola penale. A ben vedere, la Corte si limitò a riferire il giudizio contenuto nella sentenza impugnata, essere il ritardo nella riconsegna dell’immobile frutto di mala fede. La malafede si era manifestata nei « pretesti affracciati per non eseguire la consegna della terziera nell’epoca stabilita ».

Sembrebbe, dunque, di essere dinanzi ad un caso analogo a Franzetti cr. Molla deciso ventiquattro anni più tardi: il debitore usa espedienti dilatori al fine di ritardare l’esecuzione della propria prestazione. L’unica differenza — di cui non si può precisare la rilevanza — sta nella disponibilità del bene oggetto della prestazione: immediata in Coaccurullo cr. Narbone, ottenibile con difficoltà in Fran-

---

(209) Il P.M. aveva concluso per l’accoglimento.
(210) Supra, § 39, p. 400 ss.
(212) Supra, § 39, p. 397.

(209) V. il testo della sentenza in appendice a questo capitolo (p. 463 ss.).
zetti cr. Molla (necessità di alienare immobili per procurarsi il dannaro necessario ad estinguere il mutuo).

L’elemento della disponibilità del bene può avere influito nel senso di far ritenere doloso il ritardo in Coccurullo cr. Narbone e di escludere il dolo in Franzetti cr. Molla. Anche se questa fosse la esatta spiegazione della decisione, non credo che essa sia valida anche oggi, Abbiamo, infatti, veduto come la resistenza del locatario nel giudizio di rilascio — anche quando si dimostra palesemente infondata, come nella causa Micali cr. Petrillo, riferita nel § 39 — induca una responsabilità per il ritardo qualificata colposa. L’eventuale dolo del convenuto, essendo riferito esclusivamente al suo contegno nel processo, genera — se mai — la responsabilità aggravata preveduta dall’art. 96 cod. proc. civ., ma non quella disciplinata dall’art. 1225 cod. civ.

Commentando la sentenza Pulejo cr. Camera Agrumaria di Messina si è osservato che il tratto distintivo tra l’obbligazione pecuniaria e l’obbligazione di rilasciare un immobile consiste nella disponibilità assoluta del bene. Tale disponibilità avrebbe potuto rendere estremamente facile la configurazione del ritardo doloso perché la intenzionale violazione del vincolo obbligatorio avrebbe potuto essere presentata.

Mentre in Pulejo cr. Camera Agrumaria di Messina la Cassazione non giudica doloso il ritardo perché ritiene difettare l’animus nocendi, in Cocecullo cr. Narbone il dolo consiste non nell’omissione ma in contegno commissivo (avere i convenuti affacciatosi in malafede pretesti per ritardare la consegna).

***


Il resistente acquista, nel 1919 un suolo edificabile e si obbliga a rispettare la concessione che i venditori avevano fatto al ricorrente di restare in una casetta, insistente su quel suolo, fino al 31 gennaio 1920. Pur avendo avuto — fino dal settembre 1919 — notizia della vendita e della necessità la casetta fosse resa liberamente 31 gennaio successivo, il ricorrente rimane nell’immobile e rifiuta di rilasciarlo.

Giudica la Corte d’Appello, e conferma la Cassazione, che si tratta di ritardo doloso (289). Per giungere a questa conclusione — dice la Corte Suprema — è e sufficiente l’accertamento che egli [il ricorrente] volontariamente e coscientemente non abbia adempito l’obbligazione; nonoccorre che «egli abbia omesso di dare esecuzione al suo obbligo allo scopo specifico di arrecare danno al credito». La prova della volontaria e cosciente violazione si ha, molto semplicemente, considerando che il ricorrente aveva avuto notizia della vendita cinque mesi prima della scadenza della concessione a lui fatta dal venditore.

In Pulejo cr. Camera Agrumaria la decisione di escludere il dolo del locatario poteva, forse, giustificarsi con il breve prevviso a lui dato dal locatore; la Cassazione, infatti, richiama questo fatto per rafforzare la sua pronuncia (285). Se così fosse, non vi sarebbe contrasto tra quella sentenza e la ora riferita Foti Morabito cr. Morabito, di dodici anni

(289) La questione era rilevante per determinare il danno risarcibile consistente nel ritardo di cinque anni, con cui il resistente aveva potuto iniziare la costruzione di un Cinema sul suolo, e nel maggior prezzo dei materiali da costruzione.

successiva. Se così non fosse, il contrasto sarebbe evidente ed insanabile trattandosi di due specie estremamente analoghe.

***

Occorre esaminare, adesso, il caso Zanone cr. Zanone, deciso dalla Cassazione (2ª sezione, Pres. Barcellona, Est. Di Blasi) con la sentenza 14 luglio 1936 n. 2475. Si disputava sulla risarcibilità o meno del danno ritenuto dal promissario il quale — a causa dell’inadempienza del promittente la vendita — non aveva potuto trarre il giovanamento che si riprometteva qualora fosse riuscito a condurre unitariamente il fondo, oggetto del preliminare di vendita, ed altri fondi, con esso confinanti, già da lui posseduti. I giudici di merito avevano stabilito che il motivo dell’inadempimento andava riscritto «nell’aumentato valore degli stabili successivamente al compromesso»; onde l’accertamento del dolo del promittente.

Rigettando la censura di omessa motivazione, la Cassazione afferma la sufficiente del giudizio, compiuto dai giudici di merito circa la sussistenza del dolo, ed aggiunge: «è risaputo che il dolo consiste nella volontarietà e coscienza dell’adempimento ».

Se si tiene presente:

a) che l’inadempienza ascritta al promittente era meramente omisiva (persistenti rifiuto di presentarsi avanti, il notaio per stipulare il contratto definitivo);

b) che il Tribunale e la Corte d’Appello avevano accertato insindacabilmente che il motivo ispiratore della condotta del promittente risiedeva nell’aumentato valore di mercato del bene;

c) che tale accertamento è espressamente richiamato dalla Cassazione.

Inadempimento del contratto preliminare

Se si tiene presente tutto ciò, sembra doversi concludere che la definizione del dolo enunciata dalla Corte Suprema è priva di nesso con il giudizio di fatto espresso dal giudice di merito.

La Cassazione, in sostanza, ripete la «massima» di Foti Morabito cr. Morabito senza darsi carico di esaminare la sua rispondenza nei fatti di causa.

La natura stereotipa della massima appare dal seguente brano della motivazione: «il Tribunale affermò che [il motivo dell’inadempimento] andava ricercato nell’aumentato valore degli stabili verificatosi successivamente al compromesso, ed è risaputo che il dolo consiste nella volontarietà e coscienza dell’inadempimento».

È palese l’incoerenza tra la prima e la seconda proposizione; la stessa locuzione che introduce la seconda proposizione («ed è risaputo...») indica il riferimento ad una «massima».

Ma la prima proposizione, assieme all’asserzione — che precede il brano surrofitero — che l’inadempienza era «evidentemente dolosa», ed assieme alle pronuncie anteriori che esigono — per aversi il dolo — uno specifico animus lucrativendi di carattere speculativo, inducono a ritenere che il dolo risiedesse nella finalità di avvantaggiarsi — sia pure con danno per il creditore — dell’aumentato valore dell’immobile (266).

(266) Interessante potrebbe essere la sentenza APP. Lecce, 23 aprile 1937, Vonghia cr. Cataldo, i cui fatti di causa concorrono l’esercizio di un patto di risarcire, cui il promittente cerca di sottrarsi. Per un errore del mio corrispondente di Lecce, (che non è riuscito a reperirla), mi è stata inviata un’altra sentenza — reca nel medesimo giudice, e la medesima parte — dalla quale non appare la questione del dolo (APP. Lecce, 14 luglio 1938) ma, per lo meno, sono ricostruibili i fatti di causa. La massima della sentenza del 1937 si limita a dire che l’inadempimento doloso comporta l’obbligazione di risarcire il danno imprevedibile (ma a cosa servono queste «massime»?): non sappiamo, però, se fosse stata o meno accertata una inadempienza dolosa.
Non dissimile interpretazione sembrerebbe dover ricevere la sentenza Ria cr. Grassi della Corte d’Appello di Lecce (30 giugno 1953 n. 392, Pres. Epifani, Est. Felicetti), sempre in tema di rifiuto di stipulare un contratto. Le sorelle Ria convengono con un loro parente, Grassi, che quest’ultimo si renderà aggindicatario di un loro terreno, sottoposto ad espropriazione, e che lo rivenderà ad esse in seguito, con il rimborsone delle spese di acquisto e dei relativi interessi. Dopo dieci anni, le sorelle Ria invitano il Grassi a procedere alla stipula del contratto; sulle prime favorevoli, il Grassi successivamente rifiuta di perfezionare la vendita, adduendo varie ragioni.

Riformando completamente la sentenza del Tribunale, la Corte di Lecce accoglie le domande proposte dalle sorelle Ria ed afferma che, «avendo il Grassi, col proprio rifiuto ingiustificabile di stipulare il contratto, dimostrato il deliberato proposito di non adempiere, devono rimanere a suo carico anche le conseguenze dannose imprevedibili».

Due osservazioni. La Corte riscontra dolo nel «deliberato proposito di non adempiere», dimostrato dal «rifiuto ingiustificabile di stipulare»: non vi è, dunque, la menzione — né, tanto meno, la prova — del motivo da cui era stato mosso il debitore, né della finalità cui egli tendeva. È facile supporre che, essendo il valore dell’immobile aumentato in dieci anni in maniera considerevole (si era in tempi di svalutazione), il Grassi aveva preferito tenersele piuttosto che alienarli alle condizioni di favore pattuite dieci anni prima. Siamo, naturalmente, in tema di supposizioni, giustificate dall’id quod plerumque occidit.

***

52. INADEMPIMENTO NON DEFINITIVO (OMISSIVO) DELL’OBBLIGAZIONE DI DARE UN BENE FUNGIBILE.

L’esecuzione dell’obbligazione di dare un bene fungibile è avvicinabile all’esecuzione dell’obbligazione pecuniaria per la nota della fungibilità; ma può essere assimilata all’obbligazione di rilascio qualora il bene da consegnare sia stato individuato e si trovi, dunque, nella disponibilità esclusiva del debitore, il quale non deve fare altro che consegnarlo all’avente diritto.

L’omissione del debitore genera un inadempimento per natura sua non definitivo, in quanto il creditore potrà otterrere — o in via coattiva o rivolgendosi ad altri — il medesimo bene. Onde il ripresentarsi dei medesimi problemi esaminati nei due precedenti paragrafi sulla neutralità psicologica dell’omissione.

Quando si versa in tema di contratti a prestazioni corrispettive, l’obbligato si trincerà facilmente dietro l’allegazione di motivi che spiegano, anche se non giustifichino, l’inadempimento.


Quest’ultima sentenza che, nella motivazione, si ispira
chiaramente alla precedente, e che è stata poi confermata in Cassazione (207), sembra opportuno riferire in dettaglio (208).

I fratelli Valentini acquistano dalla Soc. Alberti due partite di vino; dopo aver parzialmente eseguito la prima consegna, la Società venditrice sospende l'esecuzione del contratto. I fratelli Valentini ottengono la risoluzione «per colpa» della venditrice e, nel giudizio di liquidazione del danno, deducono il dolo della società: la questione era rilevante per stabilire l'estensione del danno risarcibile. Il Tribunale di Bologna accoglie la tesi degli attori ed accerta che la società venditrice aveva «volontariamente e scientemente» trasgredito i propri impegni.

Soluzione opposta è prescelta dalla Corte d'Appello, la quale — pur stabilendo che la locuzione «per fatto e colpa», impiegata dai giudici dell'an, non pregiudicava l'indagine sulla natura dolosa dell'adempimento (208a) — ritiene che:

a) la società Alberti omise di dar corso ai contratti perché nutriva dei dubbi sulla consistenza patrimoniale degli acquirenti, i quali avevano ottenuto di pagare in cambiali invece che in contanti (ma, d'altronde, avevano assolto puntualmente i propri obblighi alla scadenza); tali preoccupazioni non erano infondate perché in seguito i fratelli Valentini fallirono;

b) non si ha dolo quando vi sono «motivi che in qualche senso spieghino il comportamento dell'adempiente, se anche non lo giustifichino»: il dolo, invero, richiede una


Valentini cr. Soc. Alberti  

«aperta mala fede, che si identifica in un comportamento di coscienze ingannevoli, di consapevolezza di mancare alla propria obbligazione, ed all'affidamento della controparte, senza una ragione qualsiasi»;

c) si avrebbe dolo qualora gli acquirenti fossero riusciti a dimostrare che la società aveva sospeso l'esecuzione del contratto al fine di lucrare nell'aumento del prezzo.

Viene spontaneo osservare che la Corte bolognese ha forzato la nozione di inadempimento doloso quando ha legittimato la ragione fattasi: escludere il dolo tutte le volte che ricorra una «ragione qualsiasi» per non adempiere significa consentire preventivamente la mala fede (209).

La venditrice non contestava di dover consegnare i vini e non allegava una inadempienza dei compratori; essa si difendeva esclusivamente asserendo di aver avuto timore che i compratori — sino ad allora puntuali — non pagassero il prezzo delle forniture.

Al di là dei giochi concettuali sulla «aperta mala fede», crediamo si debba, ancora una volta, riconoscere la difficoltà di individuare il dolo del debitore nel semplice contegno omisivo. La prova di ciò risiede nella definizione accolta dalla Corte bolognese: l'«aperta mala fede» ed il «coscienze ingannevoli» esprimono l'esigenza di vedere manifestato il dolo in un comportamento attivo, in una palese violazione del rapporto obbligatorio, realizzata mediante un facere ingiu-
di vini. Il venditore addusse — per giustificarsi — la mancanza di recipienti e la illegittima richiesta del compratore di ottenere la spedizione in modo diverso dal pattuito. Queste allegazioni si palesarono infondate ed i giudici di merito accettarono che il venditore, « soltanto perché il prezzo del vino era in aumento », aveva assegnato la merce ad altri.

Statuit la Cassazione — confermando la sentenza impugnata — che si trattava di inadempienza dolosa.

Aggiunse — come si è ricordato nel § 44 — che si trattava di un conteggio dal quale era derivata l’impossibilità della prestazione. Questo giudizio (che non sembrerebbe giustificato dall’enunciazione dei fatti di causa) può aver spiegato una precisa rilevanza sul ragionamento della Corte; in sostanza, essa parti dal presupposto — giusto ed errato in fatto non importa — che, alienando il vino ad altri, il venditore ne avesse reso impossibile la consegna all’acquirente. Il venditore, dunque, si rese responsabile non di un ritardo ma di un inadempimento definitivo. E la definitività dell’inadempimento, a ben vedere, non nasce dall’omissione della consegna ma da una ben individuata commissione; l’aver dato ad un terzo il bene promesso al creditore.

Il dolo, pertanto, potrebbe consistere non tanto e non solo nell’avere voluto trarre vantaggio dal rialzo del prezzo dei vini, quanto od anche nell’avere esplicato una attività la quale, superando il momento omissivo della non consegna, ha reso impossibile al creditore il conseguimento della prestazione. Sotto quest’ultimo profilo della definitività dell’inadempimento, la Cassazione segue principi analoghi a quelli applicati nella coeva sentenza Leone cr. Bianchi (supra, § 44 ed infra, § 54).

Ciò spiegerebbe altresì — in termini di commissione — la coeva sentenza Coccurello cr. Narbone (supra, § 51): anche
in quel caso il dolo risiedeva non nella ritardata consegna (e, dunque, in una omissione) ma nella attività realizzata dal debitore per ulteriormente ritardare — agevolando ingiustificati pretesti — il momento della riconsegna della terzera.

Siamo, così, condotti in un triplice ordine di considerazioni. L’attività omisiva del debitore inadempiente apre l’adito all’accertamento del dolo quando, a prescindere da ogni considerazione sulla consapevolezza di violare l’obbligazione: a) il debitore ha inteso arricchirsi alle spalle del creditore (il che ci lascia pur sempre nell’area della omissione); b) il debitore si è reso responsabile di una condotta attiva posteriore all’omissione; c) il debitore ha reso impossibile l’esecuzione dell’obbligazione.

Alla illustrazione di queste ultime proposizioni sono dedicati i tre paragrafi seguenti.

***

53. **INADEMPIMENTO DEFINITIVO, CONSISTENTE IN UNA OMIS-**
**SIONE, DI OBLIGAZIONI AVENTI AD OGGETO UN FACERE.**

**IN PARTICOLARE: FACERE INFUNGIBILE.**

Delle sette sentenze, che verranno esaminate in questo paragrafo e nel seguente, soltanto una esclude l’inadempimento doloso. Si tratta, in tutti i casi, dell’inexecuzione di un facere, la quale ha luogo non per avere «fatto male» ma per aver omesso di fare. Siamo, perciò, ancora nel campo dell’inadempienza omisiva: a differenza delle pronunce esaminate nei paragrafi precedenti, tuttavia, l’omissione dà luogo ad un inadempimento definitivo (n). Il debitore del facere non soltanto si astiene dal fare ma rende impossibile un successivo adempimento; ciò è bene evidente qualora il facere abbia ad oggetto una attività infungibile.

***


Alla morte del padre, i figli Celso e Piero si accordano circa la divisione del patrimonio creditario — ad essi trasmesso in parti uguali — nella seguente maniera: Celso formerà

---

quattro diversi progetti di divisione e li sopporrebbe a Piero; questi ne sceglierà uno e Celso, in base al progetto scelto, indicherà quale dei due lotti preferisce avere.

A seguito dell’inerzia di Piero, che non si decideva a scegliere tra i quattro progetti di divisione, Celso ottenne dal Tribunale di Firenze la risoluzione del contratto e la condanna del fratello Pietro al risarcimento del danno cagionato dalla sua «volontaria e colposa» inadempienza. La Corte d'Appello conferma questa pronuncia ed, in particolare, fa propria la locuzione «volontaria e colposa inadempienza».

Nel successivo giudizio sul quantum viene allegato il dolo del debitore Piero: scopo dell’allegazione è di ottenere il risarcimento dei danni imprevisti (sequestro giudiziale cui i creditori di Piero hanno sottoposto l’intero patrimonio indiviso).

Il Tribunale di Firenze ritiene:

1) l’espressione «volontaria e colposa inadempienza» esclude il dolo;

2) il debitore si è sempre difeso deducendo l’inesistenza di un contratto per lui obbligatorio ed il creditore non ha dato la prova della consapevolezza del fratello di sollevare eccezioni infondate.

Confermata la sentenza dalla Corte di Firenze, ricorre Celso con sei motivi e ricorre incidentalmente Piero con unico motivo.

Circa i due punti surriferiti, la Cassazione afferma:

1) l’espressione «volontaria e colposa», riferita all’inadempienza, esclude il dolo, perché «l’inadempienza volontaria non si identifica con quella dolosa»;

2) «per l’inadempienza dolosa occorre non solo la volontarietà... ma la coscienza dell’illicittà dell’inadempiemento. Se non si richiede l’intenzione di nuocere all’altro contraente, è necessaria la consapevolezza di mancare al proprio obbligo, senza una buona ragione che spieghi, se non anche scusì, l’inadempienza. Volontario, ma non doloso, è il rifiuto della prestazione da parte di chiunque crede di essere assistito da buone ragioni per non dover adempiere».

Questa sentenza si pone — per la stessa fraseologia impiegata — nel solo di Fortuni cr. Soc. Montecatini e di Valentini cr. Alberti (entrambe riferite nel paragrafo precedente). La definizione di inadempienza dolosa è, anche qui, inutile ed inutilmente generalizzata. Bargagli Petrucci cr. Bargagli Petrucci è decisa su una questione pregiudiziale; il debitore riteneva di non essere tenuto ad eseguire e la sua mala fede non è stata provata. Discorrere di «coscienza della illecitità della propria condotta o di necessità dell’«aperta malafede» (Valentini cr. Alberti) o di «nudo proposito ispirato da un senso di disprezzo dell’impegno» (Fortuni cr. Soc. Montecatini) è perfettamente inutile una volta che il dolo sia stato escluso per il convincimento del debitore di non dover adempiere.

Siffatte speculazioni e voli dottrinari non sono mai condannati a sufficienza: ignari delle questioni decise, giudici successivi hanno applicato quelle «massime» senza avere il sospetto della loro estemporaneità.

***

Concludendo la sentenza Bargagli Petrucci cr. Bargagli Petrucci, la Cassazione afferma che il debitore sarebbe stato in dolo qualora egli si fosse difeso «facendosi forte dell’impossibilità giuridica di costringerlo all’adempiemento (...), chiara apparendo la coscienza dell’illecitità del suo atteggiamento difensivo». La Corte, in sostanza, dichiara doloso il debitore il quale irrida il credito vantando l’infungibi-
lità della prestazione. La giurisprudenza — è appena il caso di rilevarlo — non ci offre esempi di siffatto scconcertante conteguo (\textsuperscript{211}).

***

La sentenza 22 luglio 1938 n. 2677 della Corte di Cassazione (Sesti cr. Gumburasi) dichiarò doloso il comportamento del socio di una società di costruzioni edilizie, il quale non presenta il rendiconto della gestione e cerca di occultare gli utili all’altro socio.

È in dolo, secondo la sentenza 27 marzo 1940 n. 965 della stessa Corte (Razzini cr. Vernizzi, supra, § 41), il socio il quale — accordandosi con un terzo — ottiene che l’esclusiva da quest’ultimo concessa alla società venga trasferita a lui soltanto, che la sfrutterà in proprio.

Le sentenze APP. BRESCIA 19 luglio 1949 e TRIB. VERONA 23 marzo 1953 (Chemin Palma cr. Chemin Palma) ritengono doloso l’inadempimento — dovuto a «malvolere» — dell’obbligo di investire in beni immobili il danaro ricevuto per quello scopo.

Queste tre enunciazioni certo non sono sufficienti ad illustrare le relative sentenze. Mentre non possiamo dire di più circa la prima sentenza (\textsuperscript{212}) — salvo considerare che all’omissione del rendiconto si è aggiunta una specifica attività illecita volta all’ocultamento degli utili — rinviamo, per la seconda (Razzini cr. Vernizzi), alla esposizione fatta nel § 41. Dobbiamo, però, aggiungere qualche osservazione a causa del diverso angolo visuale dal quale la sentenza è ora presa in considerazione.

In Razzini cr. Vernizzi (Cass., 27 marzo 1940 n. 965), l’inadempimento consisteva nell’avere cessato di dare esecuzione alle obbligazioni nascenti del contratto di società; ma a ciò si accompagnava la sottrazione dei libri sociali e l’accordo con la ditta committente per privare la società dei diritti ad essa spettanti quale agente esclusivo della ditta. L’aspetto commisivo dell’attività del socio inadempiente prevale su quello omissivo; il dolo — che, come si ricorderà (§ 41), la Cassazione configurò quale illecito aquiliano — nasce dalla collusione col terzo e non dall’omissione incorsa nel non eseguire le obbligazioni nascenti dal rapporto di società.


I fatti di causa erano i seguenti: Amalia e Francesco Chemin Palma erano succeduti, assieme ad altri fratelli e sorelle, al padre defunto nel 1914. Francesco tiene le redini dell’amministrazione familiare, pur essendo stato il patrimonio ereditario diviso tra i coeredi, e convince la sorella Amalia a rilasciargli procura per alienare alcuni terreni, impegnandosi ad investire il ricavato in altri fondi; le scrive, anzi, una lettera, promettendole taluni terreni in cambio del danaro ricavato dalla vendita.

Il tempo passa senza che tale trasferimento abbia luogo. Amalia chiede, oltre al rendiconto, la condanna del fratello
al risarcimento dei danni: asserendo che il fratello ha dolosamente ineseguito il proprio impegno, ella domanda che — nel liquidare il danno — si tenga conto della svalutazione monetaria.

La causa ha una lunga storia che è meglio non riferire (la sentenza della Corte bresciana ha bisogno di quasi quan
tanta pagina per riassumere i fatti e lo svolgimento del pro-
cesso!). Basti dire che la decisione della Corte di Brescia è emanata — in sede di rinvio — mentre si sta discutendo sul-
l’anz: essa accetta che la promessa di trasferire alla sorella alcunoni fondi adempiva una funzione di garanzia perché si riferiva al reimpiego della somma che il fratello avrebbe ricavato dalla vendita per la quale aveva ottenuto la procura, e che effettivamente ebbe luogo. Accerta, inoltre, che il mancato reimpiego della somma ed il mancato trasferimento dei terreni erano avvenuti per «malvolere» del fratello, il quale non aveva potuto giustificare la propria condotta. Confermata in Cassazione questa sentenza (Cass., 19 maggio 1951 n. 1261), Amalia si rivolge al Tribunale di Verona per ottenere la liquidazione dei danni.

Preme lire il Collegio che il dolo del debitore è stato accertato nel giudizio sull’anz. Aggiunge che «per l’aversi il dolo contrattuale... è sufficiente la volontà e la coscienza di non adempiere un’obbligazione» e così prosegue: «A prescindere da questo rilievo, che in ogni caso avrebbe in
cidenza sul lato morale (sic) della lite e non su quello giuridico...». 

La ragione di questo chiarimento sta nel fatto che — consistendo l’obbligazione inadempiuta nel mancato trasfere-
rimento dei terreni promessi — il Tribunale giudica doversi valutare i terreni al prezzo attuale. Onde il superamento di ogni questione attinenti la prevedibilità del deprezzamento della moneta e, dunque, di ogni questione relativa alla su-
stenza del dolo.

Data la scarsa attenzione attribuita alle questioni rela-
tive al dolo, non possiamo annotare grande importanza alla sentenza del Tribunale. Maggior rilievo meriterebbe la prece-
dente decisione della Corte bresciana, ma essa si limita a dire che l’inadempienza dipese dal «malvolere» dell’obbligato e cioè dal rifiuto di una prestazione cui il debitore sapeva di essere tenuto e per l’esecuzione della quale egli aveva la dispo-
nibilità assoluta del bene che ne costituiva l’oggetto. Il debi-
tore, infatti, se non avesse investito il danaro ottenuto dalla vendita dei terreni della sorella, sarebbe comunque stato ob-
bligato a trasferirlo alcuni fondi di cui egli era già propri-
tario.

Si torna, così, al quesito già tante volte prospettato nelle pagine precedenti; quando è in dolo il debitore che abbia la possibilità, giuridica e di fatto, di adempiere e sappia di essere a ciò tenuto? Tra le possibili soluzioni, la Corte di Bre-
scia sceglie la meno seguita dalla giurisprudenza anteriore: basta che egli rifiuti l’adempimento senza ragione. Si osservi,
però, che si trattava di un’inadempienza definitiva di prestazione infusibile, per cui il «malvolere» può essere avvicinato non tanto alla «cosciente e volontaria inadempienza» (recte: ritardo) di Foti Morabito cr. Morabito (supra, § 51), quanto al ripararsi dietro l’incoerenza della prestazione di cui si riferiva l’ipotesi prospettata dalla Cassa-
ze in Bargagli Petrucci cr. Bargagli Petrucci.

***
Omissione e commissione

54. Segue: rilevanza dell’attività commissiva susseguente all’omissione.

La sentenza Giffoni cr. La Veloce, resa dalla Cassazione Torinese il 21 luglio 1915, è stata già commentata nel § 44 ma deve, ora, venire riesaminata sotto diverso profilo. La peculiarità della sentenza consiste nell’avere distinto due forme di inadempienza dolosa: da un lato, il debitore che — scientemente e volontariamente — omette di dare esecuzione al contratto; dall’altro, il debitore che — oltre a ciò — commette «ulteriori fatti dolosi che aggravino i danni» e, più precisamente, si adopera per rendere impossibile al creditore di ottenere da altri la prestazione inadempinta.

La sentenza Giffoni cr. La Veloce definisce dolosi entrambi i comportamenti, ai quali, però, annette diverse conseguenze giuridiche: il risarcimento del danno, nel primo caso ma non nel secondo, consiste esclusivamente nella corresponsione della penale.

Questa sentenza manifesta, forse, le due anime della giurisprudenza italiana nei confronti del dolo e chiaramente illstra il diverso significato psicologico che si annette — sotto il profilo del dolo — all’omissione ed alla commissione. Su di essa torneremo ampiamente in sede di conclusioni finali.

***

Le due sentenze che seguono, entrambe della seconda sezione civile della Cassazione del Regno, hanno in comune questo: l’obbligazione consiste in un facere coercibile, ma il debitore — oltre ad omettere la prestazione — l’esegue in favore di un terzo e, per ciò stesso, rende incoercibile il facere.

In Leone cr. Bianchi (sent. 28 luglio 1925 n. 2376), già riferita nel § 44, il locatore — prima di immettere il locatario nel possesso — stipula un altro contratto di locazione con un terzo e questi occupa l’immobile.

In Bisoglio cr. Calvi (sent. 25 maggio 1927 n. 1911) ed in Di Cagno cr. Lops (sent. 11 giugno 1954 n. 1974), già riferite nel § 44, il promittente la vendita aliena il fondo ad un terzo.

Giudicando, in entrambi i casi, essere il debitore in dolo, la Cassazione ha cura di porre in risalto che il carattere doloso dell’inadempienza consiste nella specifica attività posta in essere dal debitore. Attività che, in Leone cr. Bianchi, mira a rendere immediatamente impossibile il soddisfacimento delle ragioni del locatorio e che, in Bisoglio cr. Calvi ed in Di Cagno cr. Lops, assumeva la tonalità della frode fino a legittimare l’esercizio dell’azione pauliana (211). In questo secondo caso, pertanto, il giudice non attribuisce specifica rilevanza al fatto che la prestazione sia divenuta impossibile; ciò, tuttavia, è spiegabile con due ragioni; in primo luogo, si era in sede di azione revocatoria; in secondo luogo, come si è osservato commentando questa pronuncia nel § 44, le parti avevano previsto un’arra poenitentialis e la Cassazione ritenne che essa precludesse un ulteriore risarcimento anche quando l’inadempienza avesse avuto natura dolosa. La questione del dolo, pertanto, non era direttamente rilevante per la soluzione della controversia.

(211) Oltre ad alienare l’immobile oggetto del premiuniare di vendita, il Calvi si era spogliato di ogni suo avere con separati contratti stipulati il medesimo giorno.
In Barone cr. Lusvarghi (Cass., 12 novembre 1924 n. 2474), pure riferita nel § 44, l’attività commissiva era costituita dall’aver venduto ad un terzo il bene promesso, così rendendone impossibile l’apprendimento da parte del compratore. Ed il dolo consisteva non nell’omissione del doverato, ma nell’attività che aveva reso impossibile l’esecuzione della prestazione.

***

55. Inadempimento definitivo dell’obbligazione di non fare.

L’inadempimento delle obbligazioni di non facere consiste, evidentemente, in un facere e, dunque, in una attività commissiva.

Le sentenze che esporrò nel presente paragrafo dimostrano la maggior facilità di individuare il dolo commissivo rispetto al dolo omissivo. E, quel che è più interessante, si vedrà la giurisprudenza orientata verso una nozione di inadempienza dolosa i cui contorni differiscono visibilmente dalle definizioni sovente contenute nelle sentenze relative a casi di ritardo o di inadempienza omissiva.


Un ex capo della polizia sta per dare alle stampe un libro di memorie e l’editore di un quotidiano romano acquisita il diritto di pubblicare il libro a puntate prima della sua messa in vendita. All’inizio di ciascuna puntata, però, l’editore premette un trafiletto, in cui afferma che le memorie sono state scritte espressamente per i lettori del quotidiano, e trascena di apporre la pattuita dicitura di copyright a favore dell’autore (214).

Accogliendo il ricorso proposto contro la sentenza di appello, la Corte Suprema (\textsuperscript{149}) dichiara doloso il comportamento dell’editore.

L’accertamento del dolo dell’editore — che rilevava ai fini della liquidazione del danno — viene compiuto senza difficoltà: la Corte non indaga sul motivo dell’indennizzo, né sulla consapevolezza e volontarietà del medesimo (\textsuperscript{2149}). Il dolo, sembrerebbe, è in re ipsa.

Motivazione egualmente succinta si ritrova nella sentenza Soc. Tipo Film cr. Tosi (APP. ROMA, 10 ottobre 1957, Pres. PALUMBO, Est. PASCALINO), ove si dibatteva sulla leczità della condotta di un produttore cinematografico, il quale aveva utilizzato per un fotoromanzo alcune immagini tratte da un film. Se ne doveva uno degli autori, sostenendo di aver diritto ad un compenso per quella utilizzazione, in quanto egli aveva prestato la propria opera — ed era stato correttivamente retribuito — in qualità di attore cinematografico, senza che fosse stata prevista una ulteriore e diversa destinazione delle immagini.

\textit{Omento l'indicazione del copyright; c) non aver acquistato diecimila copie del libro completo; d) avere affermato che le memorie erano state scritte per i lettori del giornale.}

Concesso, dal Pretore di Roma, il sequestro dei numeri del giornale dove erano state pubbliche le puntate delle memorie, il Tribunale accoglie le domande proposte contro l’editore e provvede altresì alla determinazione del risarcimento. (\textsuperscript{2149}) La conclusioni difformi del P.M. CALDARERA non riguardano aspetto della causa.

La Corte d’Appello, riducendo la condanna pronunciata dal Tribunale, aveva valutato quotativamente il danno ex art. 1226 cod. civ. senza mai accennare \textit{all’esistenza del dolo}. Il ricorrente — riproponevole, sembra, uno delle difese spiegato in sede di appello — tratta espressamente delle questioni relative al dolo: per aver indennizzato doloso, egli sostiene, è sufficiente la consapevolezza di renderli indennizzi (all’uopo egli cita la \textit{«mustina»} di \textit{Fortuni cr. Montecantini, supra \S 52. e Barassi, Obligazioni, 655}).

La difesa dell’editore definisce \textit{risibile} questa tesi ed afferma che essa è stata esclusa dalla sentenza impugnata. Quanto poco \textit{risibili} fossero le allogazioni del ricorrente è dimostrato dalla decisione rea della Corte Suprema.

\textbf{Montagna cr. Schito}

La Corte d’Appello di Roma, confermando la condanna del produttore ai danni, afferma che il comportamento da questi tenuto non è conforme a \textit{buona fede} e che la violazione dell’obbligo di dare al risultato della prestazione d’opera soltanto la destinazione dichiarata nel contratto costituiva \textit{un vero e proprio inadempimento doloso parziale del contratto}.

***

La sentenza 31 marzo 1936 n. 1128 della Corte di Cassazione (3\textsuperscript{a} sez. civile, Pres. MARZABRO, Est. COCO), in causa Montagna cr. Schito, solleva, ancora una volta, il problema delle caratteristiche del dolo del debitore qualora l’obbligazione abbia natura negativa (\textit{non facere}).

Si trattava di un patto regolatore della concorrenza, stipulato tra due mugnai, i quali si erano impegnati per un quinquennio a far funzionare i propri mulini a periodi alterni ed a praticare i medesimi prezzi. Al termine del proprio periodo, lo Schito non arresta l’attività di molitura — come pattuito — e, contemporaneamente, ne diminuisce il prezzo.

Avendo il Montagna proposto un’azione di risoluzione e di danni, tutte le sue domande sono accolte tranne quella avente ad oggetto la perdita della clientela nel tempo posteriore al quinquennio durante il quale avrebbe dovuto avere vigore il patto inadempuito. Tale danno è ritenuto mediato ed indiretto. Accogliendo il ricorso del Montagna, la Cassazione — sulle difformi conclusioni del P.M. — ritiene risarcibile anche quel danno perche rientrante tra le conseguenze immediate e dirette di cui all’art. 1229 cod. civ. (del 1865).

Sia la Cassazione che i giudici di merito sono concordi nell’affermare la natura dolosa dell’indennizzo. La Corte
Suprema non motiva su questo punto, ma, dall’esposizione del « fatto » della causa, non appare alcuna allegazione di frode, malvagità o mala fede nei confronti del muggino Schito.

Sembra, perciò, che il giudizio sulla esistenza del dolo tragga fondamento dalla ingiustificabilità del comportamento e che la coscienza di commettere un’illecito sia dedotta dall’oggetto stesso dell’obbligazione violata (215).

Il quale atteggiamento sembra rafforzare l’idea che l’inadempimento definitivo di una obbligazione negativa, realizzandosi mediante una attività commissiva, si situa in un’area nella quale il dolo è tradizionalmente collocato, così che la giurisprudenza non manifesta quel disaggio e quella estemporaneità definitoria riscontrata nei casi di ritardo o di inadempimento omissivo (2150).

***

(215) È da osservare, a questo proposito, che la realizzazione di un inadempimento commissivo — quale è quello del debitore sottoposto ad obbligazione negativa — è più facilmente lasciata inducere la coscienza dell’illecito e l’assenza di giustificazione. Questa annotazione, che appare importante per orientarsi tra le contrattanti e massime, verrà ripresa in seguito quando si parlerà in relazione con le sentenze già esaminate in tema di inadempimento veramente omissivo (ritardo nella restituzione di mutuo, non consegna dell’immobile locato, etc.).

Ed è, anche, da osservare che — come nella sopra esposta sentenza Ruffolo cr. Carboni e Soc. Tipo Film cr. Tosì — la Corte non si diffonde sui requisiti dell’inadempimento doloso e ad essi non dedica neppure un obiter dictum.

(2150) Nella sentenza Correale cr. Grimaldi (Cass., 24 marzo 1956, n. 781, supra, § 38, p. 322 s.) la Cassazione osserva che il giudice di primo grado aveva espressamente riconosciuto che l’inadempimento del locatore aveva carattere doloso, senza che, su tale punto, si portasse appello. Ciò nonostante, la Corte di Napoli aveva concordato con i primi giudici, perch’è l’abbattimento dell’edificio e fu un atto di libera volontà, dato dall’interesse suo [del locatore] particolare di essere, senza ritardo, dimanzi al nuovo palazzo costruito dalla Società Grimaldi, lo spazio libero che sarebbe in futuro dopo l’erogazione che avrebbe fatto il Comune del cennato fabbricato s. Il che implicava — osserva la Cassazione — e per la conseguenza del locatore di non avere ancora diritto a procedere a tale abattimento, un atto doloso di inadempimento contrattuale s.
Pur avendo premesso che gli amministratori non sono personalmente responsabili per l’inadempimento della banca, la Corte Suprema conclude ipotizzando la loro responsabilità personale per delitto civile qualora fossero stati verì i fatti accertati dalla Corte d’Appello.

La sentenza della Cassazione, pertanto, tiene fermo — in linea di principio — la conclusione cui era pervenuta la decisione impugnata. Riferendo i fatti ad un soggetto che agisca in proprio, ed eliminando, così, il problema della responsabilità personale degli amministratori — i quali, secondo il codice di commercio, avevano veste di mandatari — si può dire che la sentenza Catalano cr. Amato dichiara doloso il comportamento del creditore il quale, avendo promesso di non porre in circolazione le cambiali in suo possesso, le gira ad un terzo.

Ancora una volta, pertanto, vediamo come il volontario inadempimento definitivo di una obbligazione di non farne possegga, senza necessità di forzature concettuali e senza che sul creditore venga a gravare un impossibile onere probatorio, i requisiti dell’inadempienza dolosa.

***

Ciò appare chiaramente nella decisione Filotti cr. Di Dedda (Cass., 1° sez., Pres. ANICINI, Est. GUALTIERI, sent. 16 luglio 1954 n. 2536) ove ritorna il problema dei motivi «che spieghi, se anche non giustifichino, l’inadempienza». Mentre, nelle pronunce relative a casi di ritardo o di inadempienza omissiva, la giurisprudenza si contentava — al fine di escludere la responsabilità del debitore — di una «parvenza di motivi» (Fortuni cr. Soc. Montecatini, supra, § 52) o di poco più (Valentini cr. Alberti, ibidem), in questo caso — nel quale si trattava di un’adempimento definitivo e commissivo — viene usato bene altro metro.

I fatti di causa sono i seguenti: Filotti deve espatriare nel 1937 ed affida al Di Dedda un certo numero di titoli azionari e di cartelle del debito pubblico affinché questi li tenga in custodia e reinvesta i dividendi in una certa maniera. Nel 1941 alcune azioni sono alienate, all’insaputa del depositante Filotti, ed il provento è reinvestito in buoni del Tesoro.

Altra vendita avviene successivamente ed il ricavato è investito in titoli di Stato.

Ciò provoca una notevole perdita al Filotti che, tornato in Italia, chiede nel 1946 il rendiconto, la restituzione dei titoli e il risarcimento dei danni.

Accolte in primo ed in secondo grado le difese del Di Dedda (216), ricorre il Filotti per violazione dell’art. 1128 cod. civ. (del 1865) ed asserisce che la Corte d’Appello aveva escluso il dolo, ed affermato la colpa, pur dopo aver rilevato che il Di Dedda aveva «volontariamente» venduto le azioni.

Rigettando il ricorso, la Cassazione si richiama alla massima accolta nella precedente sentenza Bargagli Petrucci cr. Bargagli Petrucci (supra, § 53). Per aver inadempimento doloso occorre la coscienza dell’ilicitezza del proprio contegno; essa va esclusa qualora la parte debitrice «abbia agito... con la credenza di avere delle buone ragioni per agire come ha agito, e di far perciò cosa non contrastante coll’obbligazione contrattuale assunta». Il fine di arrecare danno al creditore

(216) Opponendosi alla declaratoria di dolo il depositario Di Dedda affermava che: in prima alienazione avevamo perché il R.D.L. 25 ottobre 1941 n. 1168 imponeva il regime di nominatività azionaria ed egli aveva voluto sottrarre i titoli ad un eventuale sequestro; che in seconda alienazione avvenne per convenienza economica, al punto che egli aveva eseguito la medesima operazione per altri titoli di sua proprietà.
non è essenziale per l’esistenza del dolo «quando sia certa la coscienza di violare il contratto».

Anche questa volta, il richiamo alla «massima» enunciata da un precedente non soddisfa ed appare sconnesso rispetto al resto della motivazione. Il debitore, in Bargagli Petrucci, contestava l’esistenza di una obbligazione perfetta. In Filotti cr. Di Dedda non vi era nulla di simile; il contratto prescriveva chiaramente il divieto di alienare i titoli e prescriveva minutamente in qual modo di dividendì avrebbero dovuto essere reinvestiti. Buona parte della causa, nei giudizi di merito, si era svolta nell’assunto del depositario di avere manifestato nel deposito la diligentia quam in suis: la Cassazione menziona espressamente questo aspetto della controversia e — sia nella parte narrativa della sentenza sia quando richiama il convincimento dei giudici di appello — è stata l’inadempienza dovuta a colpa — fonda la propria decisione sulla raggiunta prova della buona fede del depositario.

In Bargagli Petrucci era avvenuto il contrario, perché la Cassazione aveva argomentato dalla mancata prova della mala fede. Si ha dunque, nonostante l’eguaglianza delle «massime», un totale rovesciamento di fronte. Laddove l’inadempienza è omissiva, il dolo è escluso perché non si è dimostrato che l’eccezione avanzata dal debitore (non sapere egli di essere astretto da un vincolo giuridico) era stata opposta in mala fede. Laddove l’inadempienza è commissiva, si pretende la prova della buona fede del debitore.

Su tale aspetto del problema diremo ancora in sede di conclusioni (capitolo seguente).

56. **INADEMPIMENTO DEFINITIVO, DI OBLICAZIONI DI DARE O DI FACERE, CONSISTENTE IN UNA COMMISSIONE.**

L’inadempiamento commissivo delle obbligazioni di dare o di fare consiste propriamente nel dare una cosa diversa o nel fare male (quel che, in common law, dicesi misfeasance). I primi due casi che esamineremo — piuttosto antichi, per la verità — concernono la consegna di cosa diversa da quella patuita. Il terzo caso attiene ad una obbligazione di fare (fornire al committente esatte indicazioni sulla situazione patrimoniale dei clienti) la cui inesecuzione si risolve non nel non fare (omettere di fornire quelle indicazioni) ma nel far male (fornire indicazioni errate).

***

La sentenza 19 giugno 1905 della Corte di Cassazione di Roma (sez. civile, Pres. ed Est. Basile), De Albertis cr. Fallimento Chiovato, riguarda un caso nel quale la coscienza — se non la volontà — di danneggiare appariva manifesta (il testo integrale della sentenza è pubblicato in appendice a questo capitolo).

Il Chiovato aveva acquistato dal De Albertis della farina per panificare di marca E; il De Albertis si era rivolto ad un produttore di Bologna il quale fabbricava la marca F, inadatta alla panificazione e di qualità inferiore, ed aveva tentato di indurlo a spedire la farina al Chiovato marcandola come il tipo E; la ditta, per non incorrere in responsabilità, aveva spedito la merce senza indicazione alcuna.
Agisce il Chiovato contro il venditore De Albertis; la Corte d'Appello di Roma ritiene provata la mala fede del venditore e lo condanna al risarcimento di tutti i danni cagionati, anche se imprevedibili.

Ricorre il De Albertis lamentando, tra l'altro, violazione degli artt. 1229 e 1115 (sic) cod. civ. Osservato che l'azione era di risoluzione e di danni e non di garanzia per vizio redittorio — è noto quanto la distinzione tra le due azioni abbia travagliato la nostra giurisprudenza (217) — la Corte conferma l'esattezza dei criteri giuridici applicati dal giudice di merito nell'accertare l'« insigne mala fede » del venditore e, per tanto, afferma doversi applicare l'art. 1229 cod. civ. col conseguente risarcimento del danno imprevedibile.

***


(217) Cf. fra le tante pronunce sull'argomento, Cass., 9 aprile 1927 (merce inutilizzabile); Cass., 19 novembre, 26 luglio e 28 maggio 1927 (qualità diversa da quella pattuita); Cass., Sez. Uni., 11 aprile 1933 e Cass., 3 dicembre 1932 n. 3655 (difetto di qualità essenziali); Cass., 4 maggio 1927.

Da rilevare che la Cassazione afferma: che il dolo consiste « nella coscienza di non adempiere la propria obbligazione »; che non è provato che il venditore « deliberatamente non ha adempiuto »; che, comunque, la condanna in base al dolo costituisce ultrapetizione (1).

Per quanto possa valere una siffatta sentenza, si può osservare che — anche in questo caso di inadempimento commisivo — l'esistente è ricercata nell'assenza di « deliberazione » ed il dolo è configurato quale semplice inesecuzione consapevole.

***

Nel paragrafo 41 (217v) è stata riferita la sentenza della Cassazione 7 agosto 1962 n. 2441, in causa S.p.a. Industrie Filati cr. Fumai. Rinnovando a quel che si è detto allora circa i fatti di causa, basterà adesso soffermarsi sulla parte della motivazione dove si esclude l'esistenza dell’inadempimento doloso. La Industrie Filati sosteneva che il suo agente Fumai le aveva intenzionalmente fornito false informazioni sull’avviamento e la consistenza patrimoniale di una ditta — poi fallita — con la quale essa aveva, conseguentemente, stipulato rilevanti contratti.

Insorgendo contro la reiezione di questa tesi da parte della Corte d’Appello, la Industria Filati sostiene che « per l’inadempimento doloso basta la conoscenza e la volontà del debitore di comportarsi in maniera contraria ai doveri imposti dall’assunta obbligazione ».

Rigettando il ricorso, la Cassazione si limita a trascrire il brano centrale di Amato cr. Decina (supra, § 49) senza aggiungervi una sola parola di spiegazione, ma anzi premettendo che « nulla è imputabile alla Corte di merito, la quale

(217v) Supra, pp. 342-344.
non ha fatto che attenersi al criterio suggerito da questo Supremo Collegio...

Equivoca ed insuficiente è la motivazione adottata dalla Cassazione. La massima di Amato cr. Decina, infatti, esige — come si ricorderà — la «volontà preordinata alla violazione dell’obbligo» e «la consapevolezza d’arrecare danno al creditore». Requisiti, questi, che sovente abbiamo visti ripetuti in sentenze relative a casi di ritardo o di inadempienza omissiva, nei quali non si poteva dubitare della consapevolezza di violare il rapporto obbligatorio.

In Industrie Filati cr. Fumai, invece, è proprio questa consapevolezza che manca. La Corte d’Appello aveva giudicato che il Fumai aveva favorito i rapporti commerciali con la ditta poi fallita «nella convinzione che i contratti sarebbero andati a buon fine per la vitalità ed il sicuro progresso» della ditta stessa; la sentenza impugnata aveva concluso «che tale previsione, rivelatasi errata, era conforme a quanto, con criterio di media diligenza e accortezza si poteva desumere dall’ambiente locale, dalla situazione apparente dell’azienda...».

Questa accertamenti sono fatti propri della Cassazione la quale, nel respingere il secondo mezzo di ricorso, esclude qualsiasi violazione della diligenza media del bonus pater familias.

Dati questi presupposti, non si capisce quale sia la funzione della «massima» di Amato cr. Decina. Se il debitore non ha commesso neppure una colpa lieve sembra assorbito qualsiasi discorso sul dolo.

La decisione della Cassazione — al di là degli inutili richiami a proposizioni definitorie inadatte — è, dunque, fondata sulla semplice asserzione che il debitore non era in dolo perché egli riteneva, incolpevolmente, di fornire informazioni esatte.
57. Dichiarazione anticipata di non voler adempiere.

L'art. 1219 n. 2 cod. civ. dispone che non è necessaria la costituzione in mora quando il debitore abbia dichiarato per iscritto di non voler adempiere.

L'elaborazione giurisprudenziale di questa norma ha condotto — ispirandosi a giudicati precedenti il vigente codice civile — alle seguenti posizioni:

a) effetto della dichiarazione scritta di non voler adempiere è l'immediata proponibilità delle azioni di risoluzione o di adempimento; la dichiarazione, pertanto, **equivale** all'adinempienza;

b) i medesimi effetti scaturiscono da qualsiasi fatto od atto dal quale risulti l'intenzione del debitore di non adempiere od anche l'impossibilità di adempiere, nella quale il debitore già si trova.

Gli scrittori hanno esaminato le sentenze esclusivamente sotto il profilo concettuale e fondandosi prevalentemente sulle «massima» (220), sebbene uno di essi (221) abbia tentato di

(218) **APP. VENEZIA**, 24 marzo 1927; **CASS. FIRENZE**, 30 marzo 1914.

Non è però nulla rilevante la sentenza **CASS.**, 2 maggio 1928, n. 1980 la cui massima afferma essere responsabile dei danni il contraente che, dopo aver stipulato il contratto, se ne pente e ne sospende l'esecuzione. Dal testo, inedito, della pronuncia, appare che quella affermazione non è stata neppure adottata dalla Corte Suprema.


(221) **ROMANO**, op. cit. nota prec.

Art. 1219 n. 2 cod. civ.

risalire alle motivazioni ed ai fatti di causa, rinunciandovi in ragione della mancata pubblicazione dei testi delle decisioni.

Una ricerca condotta sulle sentenze condurrebbe forse a risultati ben diversi da quelli a cui è giunta la dottrina (222); in questa occasione, tuttavia, interessa soltanto il seguente quesito: è in dolo il debitore che — prima della scadenza del termine — rifiuta ingiustificatamente di eseguire la propria prestazione?

Nessuna delle sentenze di cui ho notizia si è pronunciata su tale questione che, anzi, non ha mai formato oggetto di indagine giurisprudenziale. Dal silenzio non può, nel nostro caso, trarsi alcun indizio a favore della risposta positiva o negativa al quesito ora formulato. Tuttavia, tenendo a mente, i fatti delle cause esaminate negli ultimi paragrafi — e le correlate definizioni del dolo del debitore — esporrà molto succintamente i casi nei quali la giurisprudenza ha applicato l'art. 1219 n. 2 ed ha dichiarato inadempiente il debitore. Nel prossimo capitolo, dedicato alle conclusioni, raffronteremo queste sentenze con quelle che hanno accertato od escluso l'inadempienza dolosa (infra, § 63).

Il debitore è stato ritenuto inadempiente, in applicazione dell'art. 1219 n. 2 cod. civ. (223), nei seguenti casi.

(222) **Spero di rendere conto al più presto, in altra sede, di questa affermazione. For era, mi limitero ad osservare che la «massima» affermata sia da MURANO che da ROMANO (entrambi citati supra, nota 220) non è altro che un obiter dictum stereotipico.

(223) Oltre alle sentenze infra riassunte nel testo ve ne sono molte altre, ove la questione della dichiarazione anticipata di non voler adempiere è stata esaminata in obiter dicta: così, ad esempio, **CASS.**, 15 ottobre 1963, n. 2677; **CASS.**, 18 luglio 1962, n. 1919. Interessante, invece, sembra la sentenza **APP. CAGLIARI**, 26 luglio 1969, la cui massima si riferisce a «fatti od atti univoci» mediante i quali «si dimostrì l'intenzione di non adempiere.»
A) Un compratore, dopo aver ricevuto alcuni campioni della merce, afferma di non volerla ritirare perché i campioni non sono del tipo e della qualità pattuita (221).

B) Un venditore di suolo edificatorio respinge — nel l'imminenza della stipula del contratto definitivo — le rimosteranze degli acquirenti che hanno accertato la presenza di affittuari sul terreno, garantito libero da persone e cose (224).

C) Un agente esclusivo di una fabbrica di motocicli di- chiarata — nel mese di settembre — di non poter vendere entro l'anno il quantitativo minimo annuale pattuito con la ditta, perché quest'ultima non ha prodotto nuovi modelli (225).

D) Due società cinematografiche si accordano per doppiare dei film e fornirli ad un terzo, ma poi la prima società intima alla seconda di non dare esecuzione al contratto e dichiara che — per le inadempienze del terzo nei suoi confronti — essa sospenderà le proprie prestazioni nei confronti della società difidata (226).

E) Un appaltatore supplente di opere pubbliche, invitato dall'Amministrazione a prendere — entro otto giorni — il posto dell'appaltatore, fallito, risponde di essere nell' impossibilità materiale e finanziaria di farlo (227).

***

58. ASSUNZIONE DI UN'OBBLIGAZIONE CON L'INTENZIONE DI NON ADEMPIERLA.

Un caso poco trattato dalla dottrina e dalla giurisprudenza è quello del debitore il quale, sin dal momento di assumere l'obbligazione, ha l'intenzione di non adempiervi.

Sarebbe, infatti, da discutere se, in caso di inadempimento, la responsabilità del debitore nasca da questo o non piuttosto dal dolo iniziale. In tale ultima ipotesi, invero, si sarebbe ricondotto ad un momento precedente alla creazione del vincolo contrattuale ed il fatto ingiurioso risiederebbe nel concludere un patto che si sa di non volere mettere in esecuzione (229).

La giurisprudenza ci offre almeno due controversie, nelle quali si sono agitate questioni analoghe, sebbene non si sia fatto cenno del dolo.

La sentenza 13 luglio 1953 del Tribunale di Trani (230) afferma che non può invocare la forza maggiore la Banca che, accettando di ricevere in deposito nelle cassette di sicurezza i valori dei clienti, non abbia esperito alcuna vigilanza sulle medesime. La colpa della Banca è ricondotta al momento iniziale della sua obbligazione di custodia perché, nel mentre si

(221) Cass., 30 giugno 1959, n. 2064.
vincolava a prestare vigilanza, la Banca sapeva di non essere
in grado di farlo. Versa in colpa il contraente che ha «contratto l’obbligazione senza avere la consapevolezza, in base alle norme di comune diligenza, di poterla adempiere».

Questa massima era stata enunciata già in precedenza dalla Corte Suprema (\(2^{290}\)) e ritorna ancora nella sentenza 19 dicembre 1956 n. 4462. Si trattava di un venditore di essenza di arance francesi, il quale, alla fine del mese di luglio, si impegna ad effettuare una consegna il successivo dieci agosto. Convenuto in giudizio perché non aveva consegnato la merce, il venditore allega che — nel mese di giugno — era stato decretato un divieto di importazione per quella merce. Ripetendo la massima surriferita, la Cassazione rigetta il ricorso del venditore.

Queste due sentenze non si sono poste il problema del dolo, ma sono egualmente interessanti (\(2^{290}\)).

Considerando la seconda, supponiamo che il venditore sapesse, nel momento in cui prometteva la consegna, del divieto di importazione. Dal testo della sentenza sembrerebbe che così fosse e, d’altronde, ciò può dedursi anche dal fatto che si trattava di un commerciante del ramo, certamente al corrente dei provvedimenti in materia di importazione.

È evidente che il venditore non voleva perdere il cliente e l’affare, sperando forse in una revoca del divieto di importazione.

Ma, tuttavia, egli ha cagonato un danno all’acquirente, se non con intenzione certamente con leggerezza inescusabile.


\(2^{290}\) V. anche Cass., 23 giugno 1967, n. 1555.

---

Dolo iniziale

Siamo, dunque, nel campo che i penalisti denominano del dolo eventuale (\(2^{21}\)).

Né diverso giudizio si dovrebbe emettere a carico della Banca che — accettando il deposito nelle casse di sicurezza — sa di non disporre di alcuna cautela contro il furto. Anci che qui, la grave trascuragine non può essere disgiunta dalla concreta previsione della possibilità che si verifichi l’evento dannoso.

Sono questi, casi di inadempienza dolosa o, comunque, di illecito doloso od al dolo equiparato?

Lo stato della nostra giurisprudenza, e l’assenza di contributi dottrinali, non consentono di accertare la risposta che il diritto italiano fornisce a tale quesito.

***

\(2^{21}\) O, forse, della «colpa consistente»: cf. Cian, Antiğiurdicità e colpevolità - Saggio per una teoria dell’illecito civile, Padova, 1966, 123 ss., 182 ss.
APPENDICE AL CAPITOLO QUINTO

Testi di sentenze inedite

II - Barone c. Lusvarghi (Cass., 12 dicembre 1924, n. 2474).
IV - Pulzelo c. Camera Agrumaria di Messina (Cass., 21 dicembre 1926, n. 3371).
V - Razzini c. Verinzi (Cass., 27 maggio 1940, n. 965).

***

I


(Omissis).

« Domenico Chiovato, nel febbraio 1896, acquistava da D'Albertis Bartolomeo di Genova, cento quintali di farina per panificio; il sei marzo successivo, lo stesso Chiovato, dichiarava, a Giacomo Castelnuovo, rappresentante della Ditta D'Albertis, che la farina consegnata, il terzadi febbraio, era stata dai suoi clienti, rifiutata, per non essere atta alla panificazione; e che, sottoposta, in seguito, ad analoga perizia, veniva dichiarata non commerciabile, per cui non accettava, nè pagava la tratta di lire 2350, prezzo della farina; protestando pei danni, e per le spese; il 17 marzo otteneva dal Presidente del Tribunale la nomina del perito prof. Del Torre, il quale, nella sua relazione, confermava non essere la farina adatta alla panificazione; conveniva quindi, nel successivo maggio, davanti al Tribunale di Roma il D'Albertis; che, a sua volta, chiamava in rilievo la Ditta Leonillo Cavallieri Saleni, da Bologna, dalla quale era stata la farina acquistata. Il Tribunale, con
sentenza 20 luglio-1° agosto 1896, in contumacia della Ditta Cava-
fieri Salemi, dichiarava risoluto il contratto; prefiggeva, al D'Albertis, 
le prime di quindici giorni pel ritiro della merce, condannandola alla 
rivalsa dei danni da liquidarsi in separata sede; ordinava poi un in-
terrogatorio nei riguardi della Ditta chiamata in garanzia. Il gravo 
medesimo del D'Albertis, veniva risposto dalla Corte d'appello di Roma, 
con sentenza 28 maggio-5 giugno 1897.

Il Chiavoto poscia, nel marzo 1898, promoveva giudizio, per la 
liquidazione dei danni, contro lo stesso D'Albertis, chiedendo la som 
ma di L. 12,000, o quella più equa, che il Tribunale avesse creduto di 
stabilire, tanto pel lucro da cui fu privato, quanto per la perdita 
soppressa, in causa della perduta clientela, pel discredito commerciale, 
e per la spese stragrandemente sostenute; deducendo, all'uopo, tre 
capi di prova testimoniale; alla quale la Ditta convenuta contrap 
seava una capa d'interrogatorio.

Il Tribunale, con sentenza 1°-20 agosto 1898, previa dichiar 
azione, che dovevano risarcirsì all'Chiavoto, i danni strettamente diretti, 
e immediatamente dipesi dalla risoluzione del contratto, sospendendo di 
giudicare in merito, ordinava l'esaurimento della prova testimoniale 
e riteneva inattaccabile l'interrogatorio.

Sul gravame, però, del D'Albertis, la Corte d'appello, con sen 
tenza 14-19 dicembre 1899, ammetteva la Ditta stessa a provare con 
testimoni, che la farina in questione, era stata, da essa, acquistata dalla 
Ditta Cavalieri Salemi, alle stesse condizioni del Chiavoto, ed a costui 
direttamente spedita da Bologna a Roma.

Espletata la predetta prova; caduto, nel frattempo, in fallimento 
Il Chiavoto, e riprodotta la causa dal curatore avvocato Fabrizio Gre 
goraci, la Corte di appello di Roma, con altra sentenza del 15-22 de 
cembre 1904, confermava la sentenza del Tribunale della 20 luglio-10 
agosto 1898.

Considerava sostanzialmente la Corte d'appello:

Che, dai risultati della prova testimoniale, anziché distruiva la 
presunzione di mala fede rilevata dalla sua precedente sentenza, rima 
neva la medesima fortemente avvalorata, non essendo stata monoma 
mente giustificata la importissima circostanza, che il D'Albertis 
avesse acquistato la farina, in controversia, alle stesse condizioni, colle 
quali la rivendeva al Chiavoto; che la medesima era di mare; diverse 
rent, e compresa nei sottoprodotto chiamati cascami, ma non più fa 

rina; e che il D'Albertis pretendeva che la Ditta bolognese, marcasse a 
suo modo la farinetta; ma questa si era rifusa; spedendo la farina 
sempre marcata, per non incontrare responsabilità alcuna, non possedendo 
la marca desiderata dal D'Albertis, portante la lettera F e che era più 
scadente di quella avente la lettera E; che era quella comperata dal 
Chiavoto. Che dal complesso poi di tutte le dichiarazioni testimoniali 
emergeva chiara la insigne mala fede del D'Albertis, la quale (*) dopo 
aver venduto, al Chiavoto, la farina marca E, che doveva servire alla 
fabbrazion del pane, si era rivolta alla Ditta Cavalieri, che fra i suoi 
prodotti non aveva la marca E, ed aveva fatto spedire invece la farinetta 
marca F, che rientra nella categoria di spogli e cascami non atta alla 
panizzazione, ma ad altre industrie, dopo aver tentato d'indurre la 
Ditta Cavalieri di marcare a suo modo, la merce spedita al Chiavoto.

Che quando il venditore è di malafede, il compratore ha il diritto 
di essere risarcito di tutti i danni a lui derivati, e così delle perdite 
sopportate, come dei guadagni, di cui fu privato, senza proprio distinguere, 
se tali danni, al momento della vendita, fossero o pur no, preveduti; 
opotessero, o meno, prevedersi; purché siano una diretta e immediata 
conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo, che al venditore incom 
bba di dare la cosa che era stata contrattata; per cui la sentenza appell 
ata merita censura.

Il D'Albertis denunzia ora la suddetta sentenza, a questo supremo 
collage; lamentando, la violazione degli articoli 1229, 1115, 1499, 
1502 del Codice Civile e gli articoli 360 n. 6 e 517 n. 2 procedura 
civile perché: da tutti gli atti della causa risultava, che, l'azione del 
Chiavoto era fondata sopra un vizio occulto della merce; o quanto meno 
sulla diversità tra la merce contrattata, e quella provveduta; per cui era 
stato ritenuto, che il venditore fosse tenuto alla rifusione dei danni da 
liquidarsi in base all'articolo 1228 o 1229 codice civile, a seconda che 
esso fosse, o pur no, di buona o mala fede; ed a questo fine era stata 
ordinata la prova testimoniale; mentre ora fu rilevato un fatto nuovo 
che deve avere una radicale influenza sulla obbligazione della vendi 
trice; giacchè la sentenza denunziata ha ritenuto che la vendita si ri 
feriva alla farinetta avente la marca E e siccome i pacchi nella quale 

(*) leggi: il quale. Il testo primitivo era: « dalla ditta D'Albertis, la quale »; 
a una correzione a pena ha tolto la parola « ditta », trasferendo di modificare con 
suamente il pronome relativo.
fu trasmessa al Chiovato, portavano la marca F, costui doveva riconoscere, che qualunque fosse il vizio, o la diversità della merce, la venditrice, lungi dall’ occultare le condizioni della merce vendutegli, dichiarava appartenere essa alla marca F, e che quindi non era intervenuto alcun dolo da indurre in inganno: per cui non poteva la medesima essere obbligata per vizi apparenti che il Chiovato poteva da se stesso conoscere; riuscendo così applicabile la massima: 

gui culpa sua damnum sentit, non videtur damnum sentire: e sopra queste argomentazioni la denunziata sentenza non disse verbo; mancando all’obbligo della motivazione.

Il ricorrente aggiunge poi non censurare l’apprezzamento delle prove fatte dalla Corte di appello; ma afferma, che essendo stato escluso il dolo, come causa di nullità del contratto, ed esclusa perciò l’applicabilità dell’articolo 1229, divenivano applicabili gli articoli 1228 e 1499 del codice civile.

CONSIDERANDO: Che coi precedenti giudicati era stato risoluto il contratto, per avere il D’Albertis consegnato merce diversa da quella contrattata; ed era stata condannata (**) a risarcire al Chiovato dei danni; relativamente ai quali si era disputato se i medesimi dovessero comuniarsi alla stregua dell’articolo 1228, ovvero in base al successivo articolo 1229 codice civile; e su questo proposito correttamente aveva ritenuto il Tribunale che la questione andava risolta, secon doché il D’Albertis fosse stato, o pur no, di buona fede, nell’adempimento della sua obbligazione; dappoiché nell’un caso, sarebbe stata tenuta ai soli danni che furono preveduti, o si potevano prevedere, al tempo del contratto; e, nell’altro, non avrebbe dovuto farsi alcuna distinzione; perché il debitore di mala fede, è tenuto anche poi danni imprevisti sofferti dal creditore purché siano conseguenza immediata e diretta dell’adempimento del contratto; ed a questo scopo venne appunto ordinata la prova testimoniaile.

Che la sentenza denunziata nell’apprezzare i risultati di questa prova ebbe a convincersi della piena mala fede del D’Albertis e venne perciò nella determinazione, che dovesse applicarsi, al caso, l’art. 1229, e contro tale giudizio, definito dall’apprezzamento delle prove, che rie-

(*) leggi: « era stato condannato ». Cf. la precedente nota (**).
II

Corte di Cassazione, I Sezione Civile (Biscaro P.; Morgagni de Manthone, Est.); P.M. Mancinelli - Barone (avv. Cotella) e Lusvarghi (avv. Gigliotti); ricorso per l'annullamento della sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 4-18 luglio 1923; sentenza 12 novembre 1924, n. 2474.

(Omissis).

«Ritenuto che: con atto 13 settembre 1916 Riccardo Lusvarghi quale rappresentante la Ditta Lusvarghi di Reggio Emilia assumendo di avere comprato, nel 2 dicembre 1915, da Annibale Barone, di Teverola, 3.000 ettolitri di vino, al prezzo di lire 40 e cent. 50 l'ettolitro da consegnarsi in tempi stabiliti; di avere versato una caparra di lire 3.000, e lire 15.000 in conto, ricevendo solamente ettolitri 333; lo ciò innanzi al tribunale civile di S. Maria Capua Vetere per la risoluzione del contratto, a causa della sua inadempienza, e per la condanna alla restituzione di lire 5313 e cent. 50 riscesse in più della consegnata quantità di vino, oltre il risarcimento dei danni, da liquidarsi; che il convenuto ecepì di aver consegnato 361 ettolitri e 32 botti, dell'importo complessivo di lire 15.267 e di aver sospesa la fornitura non avendo potuto riscuotere nel 25 febbraio 1916, dalla banca trattarà un assegno di lire 3.000, consegnatogli dalla Ditta Lusvarghi; chiese pertanto, in via riconvenzionale, la risoluzione del contratto in inadempienza della Ditta medesima, con tutte le conseguenze di legge; che il collegio adito con sentenza 10 aprile 1917 ammise i contendenti a provare con testimoni i fatti rispettivamente da essi articolati;

che, compiutasi questa istruttoria, il tribunale con sentenza 11 luglio 1919 respinse la domanda riconvenzionale, e accolse quella principale della ditta, dichiarando risoluto il contratto per colpa del Barone, e condannandolo alla restituzione della somma ricevuta in più del vino e delle botti fornite, oltre al risarcimento dei danni;

che, sull'appello del Barone la corte di Napoli, con sentenza 10 maggio 1922, riservata ogni pronuncia sul merito del gravame, deferì giuramento al rappresentante la ditta Lusvarghi, unicamente per stabilire la quantità residuale di vino che il Barone avrebbe ancora dovuto consegnare;

che, dopo la prestazione di codesto giuramento, tornata la causa alla cognizione della menzionata corte, questa, con sentenza 18 luglio 1923, rigettò l'appello;

che il Barone ha prodotto ricorso per due motivi.

Considerando che con il primo si assume che la corte di appello non disse parola circa una importante questione agitatasi tra i convenuti, avendo il Barone eccepito che il Lusvarghi contrariamente al patto, pretendeva la spedizione del servatario in assegno. Ma tale addebito è infondata, imperocché il suddetto collegio, interpretando la precedente sua sentenza passata in cosa giudicata, avvissì che in base a questa era precluso ogni adito a discutere di colpa del Lusvarghi, in quanto che fu affermata invece l'inadempienza contrattuale di Barone, il quale, soltanto perché il prezzo del vino era in aumento, consegnò la merce ad altri, e invocava circostanze non veridiche, tra cui la mancanza di servatario. Rilevando poi la corte d'appello che il giuramento decisorio fu disposto non già perché sull'estremo dell'inadempienza colposa del Barone potesse sussistere dubbio, ma unicamente perché dal giuramento poteva risultare la riduzione del quantitativo contrattato, e quindi la corrispondente diminuzione del danno risarcibile, concluse che il giuramento prestato esclude qualunque innovazione, e pertanto la precedente inadempienza rimaneva integra, e trovarva anche suggello e completamento nella omessa spedizione del secondo vagone; onde era assunto del tutto arbitrario quello di Barone, che cioè il Lusvarghi pretendesse innovare il modo di pagamento con spedizione in assegno, non trovando l'assunto suddetto nessun riscontro nei risultamenti della prova, nel comportamento precedente delle parti, e nel rilievo che il solo Barone aveva interesse a trovar modo di vendere ad altri il vino a più alti prezzi.

Con il secondo motivo del ricorso si deduce che illegalmente la Corte d'appello condannò Barone al risarcimento dei danni, mentre invece il contraente non colpevole ha la facoltà di costringere l'altro all'adempimento specifico dell'obbligazione, ovvero di tenersi la caparra ricevuta, o domandare il doppio di quello che ha dato, a norma degli art. 1217 e 1230 cod. civ.

Pure codesto motivo non ha base giuridica.

La Corte d'appello si convinse che per l'espressione adoperata nel contratto, e per le modalità intrinseche circa il versamento delle tremila lire, che venivano sborsate anticipatamente e con l'obbligo di escomp
屠杀 sul prezzo dell’ultima consegna, non eravi dubbio che la suddetta somma fosse data a titolo di caparra confermatoria, cioè per ratificare e per garanzia dell’adempimento plenario della convenzione, e quindi non a titolo di caparra penitenziale, per cui la parte che non è in colpa può tenerla la caparra ricevuta, o domandare il doppio di quella che ha data.

Premessa tale interpretazione insindacabile sulla volontà dei contraenti, il suddetto collegio opinò che avendo il Barone, per conseguire un guadagno maggiore, venduto ad altri il vino che avrebbe dovuto consegnare al Lusvarghi; lasciando invece decorrere il tempo utilemente prefissato per la esecuzione del contratto nonostante sollecitudini e inviti, ne risultava che il Barone con il suo fatto rese impossibile la esecuzione integrale della prestazione, e quindi il Lusvarghi avesse il diritto di agire giudizialmente per la rivalsa, che perciò doveva valutarsi con i criteri del diritto comune senza nessuna restrizione nascente dalla caparra.

Questa pronuncia della Corte d’appello è pienamente conforme alle disposizioni del codice civile in materia e alla giurisprudenza della corte suprema, imprecisò la parte inadempiente non può invocare la caparra confermatoria, quale preventiva liquidazione del danno, se, con il suo fatto doloso rese impossibile l’adempimento della obbligazione, in quanto che, così operando, commise un vero delitto civile, nei sensi dell’art. 1151 cod. civ. secondo cui qualunque fatto dell’uomo che arreca danni ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte rigetta » (omissis).

***

Appendice: testi di sentenze inedite

III

Corte di Cassazione del Regno, II Sezione Civile (Tempestini, P.; Gatti, Est.) - Leone e. Bianchi; sentenza 28 luglio 1925, n. 2374 (testo parziale).

(Omssis).”

« La vera ed assorbente questione, di cui s’impose la risoluzione, se cioè il violatore dei patti con la piena coscienza di violarli per il suo personale vantaggio esca di responsabilità, corrispondendo la convenuta penal, non fu vagliata dai giudici di prima istanza e fu male avvisata dai giudici dell’appelloazione. Onde l’errore sia manifestato conviene risalire ai principi.

È principio fondamentale di diritto, riferito dall’art. 1228 del codice civile, che colui il quale ha contratto un’obbligazione è tenuto ad osservarla, e qualora non la osservi deve rivalere il credito dei danni. Così dall’inadempimento della assunta obbligazione, sia di dare, fare o prestare vien fuori una seconda obbligazione, la quale ha carattere sussidiario e quindi accessorio, merci che l’id quod interest è sostituito dal’oggetto che costituiva il particolare contenuto dal rapporto giuridico principale. Ora l’obbligazione del rifacimento dei danni conserva il carattere di vincolo accessorio anche quando i contraenti, invece che lasciare alle norme comuni del diritto positivo la sua valutazione quantitativa abbiano voluto preventivamente valutarla per meglio assicurare la risalita della prestazione della pena della inosservanza (art. 1209 e 1212). Nell’ultimo caso dunque (art. 1211 come nell’atto (art. 1218), e perino quando la obbligazione sia di fare (art. 1220), il credito può domandare al debitore che sia in mora, l’adempimento della obbligazione principale invece della pena stipulata. E non potrebbe essere altrimenti, perché la determinazione dell’id quod interest, per il volere delle parti, invece che per criteri adottati dalla legge scritta, non immuta il fondamento la ragione e la finalità dell’indennizzo.

Ciò posto è di evidenza intuitiva che la clausola penale perderebbe il carattere di obbligazione accessoria, e sarebbe elevata ad obbligazione alternativa di fronte alla obbligazione della specifica prestazione, se il debitore potesse liberamente determinarsi per una o per l’altra nella guisa che ha stimato di fare la Bianchi, la quale ha dato a migliori
condizioni a tale Gargia in locazione il fondo già locato al Leone. La incongruenza giuridica che si contiene nell’ammissione a vantaggio esclusivo del debitore della sostituzione della pattuita penale alla obbligazione principale vien meno ad avviso dei giudici anteriori quando la prestazione specifica sia divenuta impossibile salvo che il debitore l’abbia resa tale nel fine di apprestare preguidizio al creditore. Ma a parte che il vantaggio del debitore è qui il movente e non l’effetto della impossibilità, a parte che questo medesimo vantaggio è qui concepito e praticato i nantitesi con l’interesse del creditore, cotesta propozi-
sione è inaccettabile per difetto di determinazione e di precisione.

La sopravvenuta impossibilità della prestazione specifica può deri-
vare da un fatto inadempiente dalla volontà del debitore medesimo voluto in contrasto con gli obblighi da lui assunti. Nella prima ipotesi la obbligazione principale si estingue (artt. 1229-1298) e conseguente-
mente si estingue anche quella accessoria di corrisponsione della penale.
Nella seconda ipotesi la colpa del debitore di non aver usato della diligenza del buon padre di famiglia, applicandosi esclusivamente nella sfera oggettiva dei patti indi conclusi, trova unica sanzione nella pat-
tuita penale per modo che il creditore insoddisfatto che si appaghi dell’indennizzo pecuniario convenzionalmente stabilito. Infine nella terza ipotesi la indennità pattuita è riferibile, oltre che alla colpa, al dolo del debitore quando anche del dolo siasi tenuti riguardo e quindi nell’opposto caso il creditore può conseguire insieme col pagamento della penale un altro congruo indennizzo.

E quando il debitore è in dolo?

È in dolo qualora compia atti ovvero incorra in omissioni incon-
ciliabili con la osservanza dell’assunta obbligazione, crei cioè volontaria-
mente e quindi in mala fede uno stato di fatto che gli precluda l’adito all’esecuzione della obbligazione. La finalità che il debitore abbia avuto in tal modo comportandosi, essia avvantaggiare sè medesimo senza preoccuparsi del preguidizio, reale ed eventuale, che ne conseguita al creditore, nulla importa per la configurazione del dolo perchè questa ricorra basta nel debitore l’intendimento da spezzare il vincolo giuridico stretto con altri. Ora la Bianchi questo hu voluto e questo ha procla-
mato nell’affittare al Gargia il fondo conceduto già al Leone, traeendo partito dalla ritardata registrazione della privata scrittura del 23 set-
temhre 1919.

Concludendo, la sentenza del 27 dicembre 1921 deve rimanere ferma per quanto ha riferimento alla interpretazione fatta dalla pre-
detta clausola penale, ed essere cassata in quanto non si è resa conto, attraverso una errata definizione del dolo, della scorrettezza giuridica e della indelebilezza che si palese nel comportamento della Bianchi.

P. Q. M.

LA CORTE

In accoglimento del ricorso... » (omissis).

***

IV

Corte di cassazione del Regno, I sezione civile (D’AME-
lio P. P.; Caminelli, Est.) - P. M. Dattino - Pulejo (avv. Jan-
folla) c. Camera Agrumaria di Messina (avv. Tordaro); ricorso per l’annullamento della sentenza della Corte d’appello di Catania del 23 novembre-10 dicembre 1923; sentenza 21 dicembre 1926, n. 3371.

(Omnessa).

« Fatto. — Con atto del 18 agosto 1920 la Camera Agrumaria di Messina ebbe in locazione fino al 31 agosto 1921 alcuni magazzini di proprietà di Tommaso Pulejo. Costui iniziò con tal Nieastro tratta-
tive di vendita degli immobili, e quando tali trattative furono condotte a termine, ne avvisò la Camera Agrumaria con lettera raccostandola del 24 agosto 1921 invitandolo a rilasciare i locali all’imminente scadenza del termine contrattuale. Nella stessa occasione comunicò alla Socie-
ta che a garanzia dell’impegno di vendita era stata stipulata la penale di Lire 50.000. La Società non ottemperò all’invito se non dopo molti mesi dalla scadenza. Il Nicastro istituì azione contro il Pulejo pel pagamento della penale. Il Pulejo chiamò in garanzia la Società agrumaria. Il Tribunale di Siracusa acollse la prima azione e la seconda ma nei rapporti tra il Pulejo e la Società restrinse i danni risarcibili.
alla somma rispondente alla mancata disponibilità dei locali nel tempo posteriore alla scadenza. La Corte di Catania sull'appello del Pulejo, che pretendeva a titolo di maggiori danni la risolva della penale dovuta al Nicastro, osservò che tali danni non erano prevedibili al momento della stipulazione del contratto e per conseguenza non erano risarcibili per non essersi dimostrato che l'inadempimento dell'obbligazione da parte della Società conduttrice fosse derivato dal dolo, e per questi motivi con sentenza del 10 dicembre 1924 confermò la pronuncia dei primi giudici.

Contro tale sentenza il Pulejo ha prodotto ricorso per unico motivo, con cui denunzia la violazione ed errata applicazione degli artt. 1228 e segg. C.C. 360-361 p.c.

**In diritto si osserva.** — Il ricorrente censura la pronuncia per avere la Corte di merito, con erronei criteri di diritto e deficiente motivazione, escluso che l'inadempimento del contratto da parte della Società Agrumaria avesse carattere doloso e che per conseguenza essa dovesse rispondere anche di quei danni, che non erano stati prevedibili nel momento in cui fu stipulata la locazione. La censura non ha fondamento.

È noto che ai fini dell'art. 1228 cod. civ. che colpisce col massimo grado di responsabilità l'inadempimento derivante dal dolo, non basta dimostrare che la volontà del debitore sia stata la causa dell'inadempimento dal rapporto obbligatorio, perché la volontarietà dell'inadempimento è il presupposto fondamentale della responsabilità contrattuale in tutte le sue gradazioni, ma è necessario provare che il debitore abbia trasgredito l'obbligazione col proposito di recare danno al creditore rivelando col suo contegno una volontà contraria allo spirito del contratto e non conforme alle regole dell'onestà e della buona fede. E poiché nella ricerca di questo elemento intenzionale la legge non offre al giudicante criteri prestabiliti, è evidente che la convinzione espressa in tal riguardo dal magistrato di merito, quando derivi da un coerente processo logico e sia sufficientemente motivata, sfugge al sindacato giuridico della Corte di Cassazione. Nel caso in esame i giudici di merito, riconosciuta l'imprevedibilità dei maggiori danni, di cui il Pulejo domandava il risarcimento in dipendenza dell'indugio frapposto nel rilascio degli immobili locati, considerarono che per la risarcibilità di tali danni sarebbe stata necessaria la prova del dolo della Società debitrice e che

siffatta prova non era stata fornita, non potendosi ritenere raggiunta la dimostrazione di quell'elemento in base al solo fatto che la Camera Agrumaria non aveva ottemperato all'invito di rilasciare la cosa locata alla scadenza del termine contrattuale. Così giudicando, la Corte di appello di Catania diede alla figura giuridica del dolo la giusta interpretazione. E coll'aver detto che nella specie mancasse la prova del comportamento doloso, espresse un inesauribile apprezzamento di fatto, sufficiente ad esaudire l'obbligo legale della motivazione. La prova del dolo incombeva all'attore, che reclamava il risarcimento di danni, non rintrattiki fra le conseguenze prevedibili dell'inadempimento, e perciò, se la Corte disse che gli elementi probatori forniti dall'attore su questo punto non erano idonei e sufficienti allo scopo, non si può nuovamente censura per aver omesso una più minuta e specifica confutazione delle obiezioni difensive. Per altro è da osservare che in altra parte della stessa sentenza la Corte non mancò di accennare ai fini di pubblico interesse, che avevano determinato la creazione della Camera Agrumaria e la stipulazione dell'affitto, e non omise altresì di rilevare che la notizia, precisa e concreta, del compromesso di vendita stipulato dal locatore non venne data alla conduttrice se non pochi giorni prima della scadenza del termine contrattuale. L'enunciazione di queste circostanze dimostra che i giudici di merito tennero conto di tutti gli elementi, che concorrevano ad escludere che la conduttrice avesse agito con doloso proposito, e, quindi, non si può, sotto qualsiasi aspetto, ritenere deficiente o contraddittoria la motivazione della sentenza impugnata.

Per questi motivi

**La Corte**

Rigetta il ricorso (omissis).

***

(Omissis).

« Fatto. — Con atto 3 gennaio 1936 Vernizzi Umberto espondeva che egli, insieme col ragioniere Zeno Bernardi, col quale si era unito in società, aveva ottenuto dalla Ditta Razzini Alfredo la rappresentanza generale per la vendita dei formaggi parmigiani, reggiani e pavesi per Italia, Colonie ed estero per un quinquennio decorrente dal primo maggio 1934, che la sede della società era stata fissata in Milano viale Monte Santo n. 2, che la Ditta Razzini, violando il contratto di rappresentanza, aveva costituito in Milano un deposito di merci, che vendeva all’insaputa del Vernizzi facendo ostruzionismo alle sue ordinarizion; che il consocio ragionier Zeno Bernardi non elevava protesta per questi fatti alla ditta Razzini e, in assenza dello istante, il 26 settembre 1935 asportava dalla sede sociale tutti gli oggetti, contratti e registri appartenenti alla società, lasciando l’indicazione del suo indirizzo in via Moscova 16; che, in seguito alla protesta del Vernizzi per l’arbitrario mutamento della sede sociale, il Bernardi gli comunicava che considerava cessati dal 26 novembre 1935 i rapporti sociali; che quest’ultimo si era successivamente mantenuto in rapporti di affari con la ditta Razzini; perciò conveniva davanti al tribunale di Milano la ditta Razzini e Bernardi Zeno, chiedendo la risoluzione, rispettivamente, del contratto di rappresentanza e del contratto di società per fatto e colpa del medesimi con la condanna in solido al risarcimento dei danni e alle spese di lite. Estiva la corrispondenza svoltasi in proposito e deduceva vari capitoli di prova per interpello e testimonial su fatti dianzi esposti, chiedendo anche perizia per la determinazione dei danni.

Contestatasi la lite, la ditta Razzini, tra l’altro, eccepiva preliminarmente l’improcedibilità della domanda perché con l’unico atto di citazione erano state promesse due distinte azioni non connesse; la esistenza di azione perché il Vernizzi non aveva, allo stato, il diritto di chiedere la risoluzione del contratto di rappresentanza stipulato non con il Vernizzi in proprio ma con la società di fatto Vernizzi-Bernardi; nel merito chiedeva la risoluzione del contratto di rappresentanza per fatto e colpa del Vernizzi e del Bernardi; contestava l’ammissibilità delle prove orali opponendosi alla perizia perché indeterminata.

L’altro convenuto Bernardi chiedeva in via principale l’assolvimento della osservanza del giudizio, in via riconvenzionale la risoluzione per fatto e colpa del Vernizzi alla società con i danni; la messa in liquidazione della società Vernizzi-Bernardi, previa ammssione di prova testimoniale.

Il tribunale di Milano, con sentenza 10-13 novembre 1936, dichiarava l’improcedibilità della domanda perché, trattandosi di due azioni autonome, dovevano essere proposte con separatì atti di citazione soggetti a distinti adempimenti fiscali.

Contro questa sentenza produceva appello il Vernizzi, precisando che il Razzini ed il Bernardi avevano d’accordo cessati i rapporti con il Vernizzi, che il Bernardi, nella nuova sede sociale di via Moscova, aveva senza interruzione e nel suo esclusivo interesse continuato la vendita dei formaggi dalla Razzini concessa in rappresentanza alla società Vernizzi-Bernardi; che tale intesa in danno del Vernizzi mentre creava un’obbligazione solida tra Razzini e Bernardi, o quanto meno una obbligazione per quote, in ordine ai danni subiti dal Vernizzi, legittimava l’appellante a convenire in giudizio gli appellati con una azione unica.

Gli appelli rilevavano, che le deduzioni presentate dal Vernizzi, in secondo grado, costituivano domanda nuova improponibile in appello e che la violazione fiscale in cui era incorso la citazione introduttiva si era ripetuta per la citazione di appello e per le comparse di primo e secondo grado nelle quali non erano state prese conclusioni specifiche.

La corte di merito, con sentenza 25 maggio-8 giugno 1937, riformando la sentenza impugnata ammetteva alcuni capitoli della prova orale dedotta dal Vernizzi e la prova testimoniale chiesta dal Bernardi, sospendendo di pronunciare sulla domanda di perizia.

Opinava la Corte che: in base alla citazione alle comparse e alle note di udienza di primo grado, l’azione del Vernizzi contro il Razzini e il Bernardi era di risarcimento; l’accordo che, secondo l’istante, sarebbe intervenuto tra costoro tendeva a porre nel nulla sia il contratto di rappresentanza accordata per un quinquennio alla società Vernizzi-
Bernardi, sia il rapporto sociale concluso dal Vernizzi col Bernardi per sfruttare la detta rappresentanza; che trattavasi di azione unica fondata su questa illega intesa violatrice di due contratti distinti e subordinati tra loro; la quale si sarebbe concretata nell’aver trasferito la rappresentanza della Ditta Razzini alla Società Vernizzi-Bernardi, alla quale spettava fino al 1 marzo 1939, al solo Bernardi, con il mantimento di denominazione da “Stagionatura formaggi Alfredo Razzini - Amministrazione ed organizzazione di vendita Vernizzi e Bernardi - Milano, via Monte Santo n. 2” in quella di “Stagionatura Alfredo Razzini formaggi reggiani, parmigiani e pavesi - Amministrazione Milano, Via Moscova n. 18 - Magazzini Pavia-Reggio Emilia”.

Affermava l’interesse ad agire del Vernizzi nei confronti della Ditta Razzini, concedente della rappresentanza per la vendita dei formaggi, perché l’azione per l’accertamento di responsabilità solidale fra il Bernardi e la Razzini, previa risoluzione del rapporto sociale e del rapporto di rappresentanza, non poteva essere che un’azione personale a lui spettante come socio del Bernardi e da lui solo esercitabile.

Escludeva che le deduzioni svolte in appello costituisse domanda nuova e che si fosse violata la legge sul bollo. Riteneva che nelle domande e nella comparsa di appello fosse sufficiente il semplice richiamo delle deduzioni svolte in primo grado. Limitava la istruttoria orale ad alcuni dei capitolii dedotti dal Vernizzi, rinviando la perizia perché prematura. Rimetteva le spese al definitivo.

Contro questa sentenza, con atto 4-30 marzo 1939, Razzini e Bernardi propongono ricorso per Cassazione deduendo se i motivi.

**Diritto.** — Per ordine logico devesi dare la precedenza al secondo motivo, col quale si rileva che la corte di merito, disattennendo le difese dei ricorrenti, avrebbe ritenuto la esistenza di una responsabilità extra contrattuale, mentre i fatti lamentati, avendo origine dai contratti di società e di rappresentanza, potevano dar luogo soltanto ad una responsabilità ex contractu. La Corte inoltre sarebbe caduta in contraddizione in quanto, pur ammettendo in ipotesi il concetto di una risoluzione del contratto puramente formale, cioè priva di rilevanza giuridica (figura ignota nel nostro diritto), avrebbe poi dato corso alla domanda riconvenzionale dal Razzini e dal Bernardi rivolta ad ottenere la risoluzione dei contratti, rispettivamente di rappresentanza e di società.

Il preteso accordo illecito Razzini-Bernardi mentre non poteva come tale, nuocere al Vernizzi, terzo rispetto al detto accordo, poneva in essere fatti di inadempimento dei cennati contratti generatori di eventuali responsabilità contrattuali nei confronti del resistente.

Il motivo è destituito di fondamento giuridico.

Nella forma amplissima dell’art. 1151 c.c., che esprime il principio universale della responsabilità per i fatti volontari e lesivi, rientra ogni comportamento della persona, che ingiustamente offende l’altrui sfera giuridica.

Tale illecita attività si può svolgere anche ai margini di un negozio giuridico, quando da uno dei soggetti del rapporto in esso contenuto sia posta in essere una situazione di fatto la quale, cadendo fuori del campo della concreta volontà contrattuale che die de vita al rapporto medesimo e fuori dell’ambito riconoscibile delle previsioni dei pescamenti relative alla esecuzione e alla non esecuzione della obbligazione contrattuale, venga ad invadere la sfera patrimoniale dell’altro contraente senza il suddetto di una pretesa legittima. Sorge in tal caso, di fronte ad un preesistente rapporto contrattuale, non più un concesso di colpa contrattuale e di colpa extracontrattuale, ma una responsabilità per detto a se stante. (Cass. sent. n. 1322, 27 aprile 1937, Libertini c. Amato).

Lo stesso è a dire, quando il fatto illecito sia costituito dall’accordo dei soggetti di due contratti connessi per recare ingiuria all’altro soggetto di detti contratti.

Nella specie l’intesa fra il Razzini e il Bernardi aveva lo scopo di porre nel nulla il contratto di rappresentanza generale per la vendita dei formaggi che legava il Razzini al Bernardi e con lo stesso Vernizzi; nonché l’altro contratto di società concluso dal Bernardi col Vernizzi per la gestione e lo sfruttamento di detta rappresentanza indipendentemente da un fatto di inadempimento da parte dell’altro contraente.

Questa situazione di fatto mentre rimane fuori dell’ambito della volontà contrattuale manifestata nei cennati negozi, nonché della previsione degli stessi contraenti relativamente alla esecuzione dei rapporti di rappresentanza e di società, invade sine iure la sfera patrimoniale dei Vernizzi. Infatti l’intesa si sarebbe concretata nell’avere trasferito la rappresentanza della Ditta Razzini alla Società Bernardi Vernizzi, alla quale spettava fino al 1 marzo 1939, al solo Bernardi Zeno, con il cambiamento della denominazione sociale; vulnerando in danno del Vernizzi contemporaneamente entrambi i contratti di rappresentanza e di
società, evidentemente connessi per essere la esistenza del negozio di rappresentanza il presupposto dell'esercizio della società.

Siffatta attività illecita costituendo fonte di responsabilità aquiliana, poteva legittimamente essere messa a fondamento dell'azione riparatoria proposta dal Vernizzi, indipendentemente dalla actio ex contractu al medesimo spettante in virtù dei cennati contratti, che pur della actio ex delicto erano elementi necessari. Né a far mutare natura all'azione può influire la circostanza, che la condotta degli autori del l'illecito integrava anche situazioni di inadempienza dei contratti di rappresentanza per il Razzini (deposito e vendita di merci all'insaputa del Vernizzi e continuazione dei rapporti col solo Bernardi) e di società per il Bernardi (mancata protesta nei confronti del Razzini per le violazioni dei contratto di rappresentanza — mutamento arbitrario della sede sociale); giacché tali fatti non vanno considerati, in se stessi, come inadempienze contrattuali, ma devono essere collegati al programma del Razzini e del Bernardi di eliminare dal ciclo dei loro affari il Vernizzi, divenendo così elementi essenziali del loro illecito comportamento. Costoro vollero principalmente l'accordo fraudolento in danno del Vernizzi e i fatti d'inadempienza come mezzo per raggiungere lo scopo illecito.

Infine la questione, nello stesso Vernizzi, della persona danneggiata dal fatto ingiusto del Razzini e del Bernardi e di soggetto dei predetti rapporti di rappresentanza e di società, mentre non muta il carattere extrah contrattuale della disputata azione, pone in essere un vincolo di connessione, che legittima la riconvenzionale proposta dal Razzini e dal Bernardi, con la quale si chiede la risoluzione dei cennati contratti, ricollegandosi col titolo dedotto dal Vernizzi.

E per legittimare la proponibilità della domanda riconvenzionale è sufficiente che la domanda stessa sia strettamente connessa col titolo dedotto in giudizio dall'attore (Cass. sent. n. 2980, 31 luglio 1939, Mina c. Terranova).

Col primo motivo si denuncia la sentenza per vizio di extra petita per avere ritenuto la esistenza di una responsabilità extracontractuale, mentre l'attore aveva chiesto il risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale. Secondo i ricorrenti, la tesi della colpa aquiliana fu dalla difesa del Vernizzi prospettata soltanto nelle note autorizzate dal Tribunale e successivamente sviluppate in appello; mentre nella citazione introduttiva e nella compassa si parlava esclusivamente di danni per violazione dei contratti di rappresentanza e di società. Per quanto ampi possano essere i poteri del giudice nel determinare la natura dell'azione, essi non possono mai snaturare l'azione stessa e menomare i diritti della difesa. Inoltre la Corte avrebbe dovuto prendere in considerazione il capitolo di prova per perizia dedotta dal Vernizzi, perché dall'esame di essa si sarebbe formato un diverso convincimento della causa.

Il motivo ha ragionato. Rientra nella funzione del giudice, senza che si dia luogo al vizio di extra petita, esaminare di ufficio la domanda sotto ogni possibile aspetto giuridico, definendo i fatti esposti dalle parti ed applicando ad essi la disposizione di legge che crede più adatta, anche quando siano stati prospettati sotto un diverso profilo giuridico (Cass. sent. n. 1075 12 aprile 1937, Lembi e Poli c. Pironi).

Pertanto la Corte di merito, in base all'atto di citazione del 3 gennaio 1936, integrato dalla compassa davanti al Tribunale del 15 ottobre 1936, ha ritenuto che il Vernizzi instaurò l'azione di risarcimento di danni ex delicto; attribuendo ai fatti, insindacabilmente accertati, la retta definizione giuridica.

La Corte così decidendo, non ha violato i diritti della difesa, perché l'azione aquiliana fu proposta nel libello introduttivo di lite e sviluppata nella cennata compassa ove si dice esplicitamente che la causa è di risarcimento contro due convenuti che si sarebbero accordati ai danni dell'attore; sicché costoro ebbero modo di svolgere in prima istanza il loro sistema difensivo. Ma anche ammesso che la prima proposizione dell'azione riparatoria fosse contenuta nella compassa, la difesa non avrebbe, del pari, subito alcuna limitazione, perché i convenuti, avendo conosciuto in corso di lite i nuovi profili della pretesa avversaria, potessero adeguarvisi i loro assegni difensivi. Né sarebbe rimasta saturata l'azione contrattuale enunciata nell'atto di citazione perché, a prescindere, come si è detto, che il libello introduttivo conteneva gli elementi dell'actio ex delicto, è consentito all'attore rettificare nel corso del giudizio i fatti posti da principio a base della domanda ed al giudice di esaminarli; sempre che tale potere dispositivo del soggetto processuale si esercente entro i confini della emanatio libelli; la quale è lecita quando non implichi, come nella specie, domanda nuova che sposti radicalmente l'oggetto della controversia. La Corte, infine, giustamente ritenne prematura la perizia per l'accertamento del quantum risarcibile prima di stabilire l'an debetur, esprimendo in tale modo un corretto giudizio di puro merito insindacabile in questa sede.
Col terzo mezzo si deduce che la Corte erroneamente avrebbe ritenuto non costituire domanda nuova in appello, l'avere il Vernizzi chiesto, in secondo grado, il risarcimento dei danni per colpa ex delicto mentre in Tribunale avrebbe proposta l'azione ex contractu.

Questo mezzo rimane assorbito col rigetto del secondo motivo, perché la Corte ha definito azione extraccontrattuale quella proposta in primo grado; venendo così a mancare il mutamento anche nella causa petendi del resto consentita in appello.

Col quarto motivo si denunzia la violazione dell'art. 26 del R. decreto 30 dicembre 1923, n. 3268. La Corte avrebbe ritenuto, che l'azione proposta dal Vernizzi era una, mentre invece la citazione introduttiva conteneva due distinte domande, senza alcuna connessione tra di loro, da farsi percorsi su distinti fogli bollati.

Infatti con l'unico atto di citazione si chiedeva la risoluzione del contratto di società nei confronti dei Bernardi e del contratto di rappresentanza nei confronti dei Razzini.

Anche questo mezzo è assorbito col rigetto del secondo motivo. Essendosi, invero, ritenuto che con l'atto di citazione fu proposta l'azione di risarcimento di danni ex delicto e non due distinte domande per la risoluzione dei contratti di rappresentanza e di società, viene meno il presupposto per l'applicazione del cit. art. 26 comma 1°, il quale vieta di fare sul medesimo foglio bollato due o più distinti atti soggetti a bollino.

La sentenza va pertanto confermata con le conseguenze di legge (omissis).

P.Q.M.

La Corte di cassazione rigetta il ricorso proposto da Razzini e Bernardi » (omissis).

***
Nozione di dolo del debitore e problemi connessi

59. Carattere omissivo o commissivo della condotta imputata al debitore.

60. Segue. In particolare: carattere commissivo.

61. Definitività dell’inadempimento.


63. Rifiuto di adempiere prima del termine. Clausola penale e dolo.

64. Dolo e colpa grave. Le convenzioni di irresponsabilità.

***

59. **Carattere omissivo o commissivo della condotta imputata al debitore.**

La lunga indagine giurisprudenziale sulla nozione di dolo del debitore, di cui si è reso conto nel capitolo precedente (§§ 49-58), ci ha lasciati con un materiale eterogeneo e piuttosto disordinato.

Sono state considerate una trentina di sentenze emanate dal 1905 in poi: per alcune di esse si è posta in dubbio la rilevanza della «massima» nel contesto della motivazione; a proposito di altre, si sono sollevati interrogativi circa l’esatta interpretazione dei principi di diritto applicati; di certune, poi, si è detto come il principio di diritto non fosse espresso dal giudice ed occorresse un lavoro di ricostruzione.
È, dunque, necessario tentare un’opera di sintesi ordinata che supplisca alla naturale frammentarietà del dato giurisprudenziale.

Durante l’esame delle sentenze sono emersi tre criteri fondamentali, di cui ci si potrà ora avvalere. Quei criteri fanno riferimento, rispettivamente: alla natura omisiva o commissiva della condotta imputata al debitore; alla definitività o meno dell’inadempimento; alla sufficienza o meno, ai fini dell’accertamento del dolo, della scientia di rendersi inadempiente. Sono emersi anche altri criteri, di applicazione meno generale, cui ci si dovrà anche ricollegare, pur restando la trattazione affidata a quei tre criteri fondamentali.

Modificando il metodo sin qui seguito, avremo bisogno di superare la casistica e la molteplicità del concreto, in favore di proposizioni descrittive o di giudizi posti ad un certo livello di astrazione. Avremo, cioè, necessità di formulare dei criteri i quali spieghino, se non anche giustifichino, l’apparente contraddittorietà dei dati raccolti. Si vorrebbe, in sostanza, svolgere quel compito che altrove si è definito «epifanico» e che dovrebbe condurre, se effettivamente realizzato, alla costruzione di nuove e più adeguate classificazioni.

Il limite di tale opera risiede, come si è illustrato nel l’Introduzione, nell’aderenza alle fonti. Le proposizioni ed i giudizi che via via saranno espressi tengono conto di quel che risulta dalla nostra indagine e non sono preordinati a risolvere casi per i quali le fonti sono mute.

È bene non dimenticare che, nonostante la loro formulazione astratta, quei giudizi e quelle proposizioni possono dimostrarsi inadeguati, inopportuni ed erronei, quando ne pongasi in dubbio la base casistica, ovvero quando li si confrontasse con situazioni di fatto diverse da quelle nelle quali ci si è imbattuti durante la ricerca.

---

Inadempimento omissivo e commissivo

***

—Prendendo in esame, innanzitutto, il carattere omissivo o commissivo della condotta imputata al debitore, diremo che, in generale, il dolo del debitore consiste in un comportamento attivo e non nella omissione del dovuto.

Forse l’unica sentenza che ci sia trovata a decidere, nella medesima causa, di una commissione e di una omissione nell’inseuccione dolosa del contratto è Gifoni cr. La Velocie (1). In questa decisione, la Cassazione torinese distinse due casi di inadempienza dolosa: da un lato, la volontaria inesecuzione e, dall’altro, la commissione di «ultro nei» fatti cioè che aggravino i danni derivati dalla semplice inesecuzione. Il primo tipo di inadempienza può essere oggetto di preventive stipulazioni aventi ad oggetto la responsabilità del debitore, il secondo no. L’inadempienza omissiva, pertanto, è definita «dolosa» in un senso affatto particolare, e cioè nel significato di inesecuzione volontaria, senza confondersi con il dolo vero e proprio (2).

Si hanno, dunque, delle ipotesi nelle quali la volontaria inesecuzione, pur essendo ingiustificabile, non adombrà il dolo, ma resta al di qua di una linea di confine, generalmente rispettata dalla giurisprudenza successiva.

Il debitore di obbligazione pecuniaria non è in dolo qualora rifiuti di pagare: in Franzetti cr. Molla (3), il debitore era ricorso ad una pretesuosa opposizione al fine di procrastinare il momento dell’esecuzione; in Amato cr. Decina (4) vi

(1) Cass. Torino, 21 luglio 1915, supra §§ 48 (pp. 367 ss.) e 54 (pp. 430).
(2) Analoghe accensioni abbiamo riscontrato in una sentenza francese del secolo scorso: supra § 29.
(3) App. Milano, 6 febbraio 1951, supra § 49, p. 397 s.
era stato un ritardo non giustificato in alcun modo; in Failla cr. Perrier (1), la debitrice adduceva delle non meglio specificate difficoltà di pagamento; in questi casi, pur essendovi la prova — in almeno due di essi — che il debitore aveva i mezzi per adempiere puntualmente, non fu riconosciuta l’inadempienza dolosa.

È facile obiettare che siffatte argomentazioni non dimostrano nulla, perché avrebbe ben potuto trattarsi di debitori di buona fede; per rispondere a questa obiezione, è sufficiente comparare le ipotesi di omissione, ora riferite, con quelle di commissione e, soprattutto, è sufficiente esaminare attentamente quelle particolari ipotesi nelle quali la regola generale della natura non dolosa dell’inadempienza omissiva soffre eccezione.

Quanto all’esser il debitore in buona fede, basterebbe comunque il riferimento alla suddetta sentenza Franzetti cr. Molla per avere dinnanzi un caso nel quale il debitore, non soltanto sapeva di dover adempiere, ma anche poteva in concreto assolvere la propria obbligazione mediante l’alienazione di un suo immobile. Più probante, tuttavia, è la giurisprudenza richiamata nel § 39, ed in special modo la sentenza Micoli cr. Petrillo (2): sebbene non appaia che la questione del dolo fosse stata ivi sollevata, l’ampia motivazione della Corte Suprema esamina tutti gli aspetti del problema — anche quelli non direttamente rilevanti per la sua pronuncia — ed è ferma nel ritenere colposo l’ingiustificato rifiuto del conduttore di rilasciare l’immobile. Era un caso nel quale il rilascio era stato chiesto in forza di una disposizione della legge speciale (art. 3 n. 1, L. 23 maggio 1956 n. 253) per essere il conduttore proprietario di altro immobile. Essendo

(1) Cass., 1° dicembre 1956, n. 2754, supra § 39, p. 330 s.


Omissione del dovuto e dolo

stata provata la verità di tale assunto, era impossibile affermare la buona fede del conduttore nel resistere alla domanda di rilascio.

Ed eguali osservazioni si possono proporre per la sentenza Ubertini cr. Scutajussi (3), nella quale si accertò — pur senza riscontrarvi dolo — che la resistenza del locatore era un fatto «tipicamente volontario, quale estrinsecazione della volontà di non adempiere».

Tuttavia — ed ecco la prima ragione per la quale l’inadempienza omissiva non è, di regola, dolosa — la mala fede (od il dolo) si sarebbero, se mai, manifestati nella resistenza in giudizio. Pur essendo l’obbligazione risarcitoria ex articolo 1591 cod. civ. di natura contrattuale, il rifiuto di rilasciare l’immobile può assumere la tonalità del dolo soltanto ai fini dell’art. 96 cod. proc. civ.. L’omissione del dovuto, e cioè l’avere omesso di abbandonare l’immobile a seguito della legittima richiesta del locatore, è, di per sè, non dolosa. Lo stesso può dirsi, in via generale, per tutti i casi di omissione: il dolo appare, se mai, dalla condotta successiva e, per tale ragione, esorbita dalla previsione dell’art. 1225 cod. civ..

Le ipotesi, nelle quali questa regola o direttiva soffre eccezione, sono due: a) condotta particolarmente riprovevole; b) realizzazione, mediante omissione, di un’inadempienza definitiva.

Rinviamo, per il secondo punto, ai paragrafi seguenti, tratteremo ora del primo.

***

La condotta particolarmente riprovevole, quando si è in tema di omissione, consiste o nel motivo o nel mezzo dell’inadempienza.

(3) Cass., 29 settembre 1955, n. 3555, supra § 39, p. 328 s.
sull'antico principio, in base al quale nessuno deve trarre profitto dal proprio dolo.

Eguale giustificazione può essere adottata per l'inadempienza omissiva (e non definitiva) delle obbligazioni di dare una cosa di genere o di concludere un contratto: molto spesso l'aumento di valore era imprevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione e, comunque, l'accertamento del dolo vale a eliminare le difficili questioni in tema di prevedibilità, così tutelando il compratore di buona fede.

A fianco di queste considerazioni, potrebbe aggiungersi che la condotta del debitore — il quale negli al creditore la cooperazione, richiesta dal vincolo obbligatorio tra di essi esistente, al fine precipuo di conseguire un vantaggio indebito — contrasta con il principio di buona fede. Il debitore, infatti, afferrerà pretesi ed addurrà speciose giustificazioni per celare la vera ragione del proprio contegno: la menzogna si aggiungerà, così, alla egoistica condotta prevaricatoria (24).

(24) Il prezzo dell'art. 1375 cod. civ. (e il contratto deve essere eseguito secondo buona fede) si richiama, probabilmente, a una nozione oggettiva di buona fede e cioè ad un « criterio di legittimità, correttezza, galanterismo » (Di Majo Giacinto, L'esecuzione del contratto, Milano, 1967, 365 s., v. GIAMPIECO, La buona fede in senso oggettivo nel sistema del diritto privato, in Riv. dir. comm., 1955, I, 325). La buona fede, così intesa, viene ad essere non oggetto di una specifica obbligazione gravante sul debitore, ma un criterio che, in base al quale viene valutata la riprovevolezza della condotta del debitore. L'inadempienza, cioè, deve poter essere riscontrabile a prescindere dalla violazione della buona fede; l'effetto di questa violazione è di rendere doloso — in quanto riprovevole — il comportamento dell'indebitante.


M. L. LUPO
Quanto al mezzo riprovevole, le due recenti sentenze Rainaldi cr. Comune di Apricena (1) e Comune di Crotone cr. Marasco (2) lasciano indurre uno dei casi nei quali può individuarsi l’uso di tale mezzo.

Debitore era, in entrambi quei casi, un’amministrazione comunale ed, in entrambi i casi, essa aveva dato luogo a lunghissimi ritardi nel pagamento di una somma di danaro. La Cassazione, nelle due sentenze, non illustra la ragione per la quale giudica essere le amministrazioni in dolo. Tuttavia, la ricerca compiuta sugli atti di causa (15) ha mostrato che soltanto in Rainaldi cr. Comune di Apricena erasi discusso la questione e che la natura dolosa dell’inadempienza nasceva principalmente dal tempo decorso dal momento del sorgere dell’obbligazione.

Ciò appare chiaramente dalla motivazione di quella sentenza, laddove si osserva che allo Stato e agli altri enti pubblici non è imputabile il ritardo dovuto all’espletamento del l’iter burocratico, mentre, al contrario, essi debbono rispondere in caso di inattività volontaria o gravemente colposa. Se così non fosse, prosegue la motivazione, ci si porrebbe in contrasto con uno degli essenziali principi di uno stato di diritto.

Anche il non aver distinto la colpa grave del dolo — la motivazione, infatti, usa i due termini sempre assieme — fa ritenere che il mezzo riprovevole consiste nell’approfittamento di una situazione di vantaggio. L’impossibilità di una indagine psicologica è la ragione per la quale la colpa grave è accomunata al dolo ed, al tempo stesso, è la ragione in base alla quale il dolo è fondato, non su un particolare animus, ma su una situazione oggettiva di preminenza del debitore rispetto al creditore. Doloso, o gravemente colposo, è il trarre vantaggio indebito da tale situazione. La equiparazione della colpa grave al dolo serve a rendere efficace la sanzione, la quale altrimenti verrebbe paralizzata dalla necessità di provare specificamente il dolo (su ciò, v. infra, § 64).

Un altro esempio di mezzo riprovevole è dato dalla sentenza della Cassazione Sesti cr. Gamburasi (16): purtroppo non è chiara, in questa pronuncia, la rilevanza del momento omisso (mancata presentazione del rendiconto all’altro socio); ma è palesato un impiego di un mezzo ingannatorio (tentativo di occultare gli utili di bilancio).

Circa la rilevanza dell’art. 1375 cod. civ. o, più in generale, delle nozioni di buone e di mala fede del debitore v. quel che si dice in sede di comparazione con la mansio fidei (infra § 70 s.).

(1) Cass., 27 agosto 1966, n. 2285, supra § 50 (p. 495 s.).
(2) Cass., 22 marzo 1965, n. 466, supra § 50 (p. 404).
(15) Supra, p. 406 s.
(17) Cass., 21 dicembre 1926, n. 3371, supra § 51 (p. 409 s.).
La sentenza è pubblicata in appendice al capitolo precedente (p. 463 ss.).

Questa non sentenze vengono, rispettivamente, del 1927 e del 1934, onde potrebbe sostenersi che esse sono state superate dalle più recenti pronunze in tema di inadempimento omissivo. Pur lasciando aperta questa soluzione, vorrei formulare alcune osservazioni su ciascuna delle due decisioni.

In Coccorullo cr. Narbone l’accertamento del dolo era ininfluente sul dispositivo, perché la Corte ritenne che, anche in caso di dolo, il creditore non potesse conseguire un indennizzo superiore alla penale convenuta (supra, § 44). Il che porterebbe a ritenere che l’espressione « inadempienza dolosa » equivalesse ad « inadempienza volontaria », così come era avvenuto pochi anni prima in Giffoni cr. La Veloce (20).

Quanto a Foti Morabito cr. Morabito, invece, bisogna riconoscere che la sentenza della Cassazione contraddice l’orientamento giurisprudenziale sopra delineato. Per una volta, l’omissione ha perso la sua connaturata neutralità psicologica e, per riscontrare dolo, è stato sufficiente rilevare che il conduttore « volontariamente e coscientemente non ha adempiuto l’obbligazione »; il dolo, secondo la Corte « è rappresentato dal comportamento del debitore, che coscientemente viola il diritto del creditore ».

Le due sentenze, però, sono suscettibili di una diversa spiegazione che, ponendole in contrasto rispetto a Palejo cr. Camera Agrumaria di Messina, le riavvicinerebbe ad altre pronunze di cui si dirà nel § 62 e darebbe loro un significato unitario. Potrebbe, cioè, dirsi che il conduttore — a differenza del debitore di somma di danaro — ha la disponibilità del bene oggetto della sua prestazione. Onde, non essendo, si presumerebbe, salvo prova contraria, l’intenzionalità della sua condotta e la sua volontà di rendersi inadempiente. Teoria, questa, che ben può trarsi dalle decisioni esaminate, ma sulla quale si soffermeremo meglio più innanzi (21).

***

Tra le sentenze in tema di inadempimento omissivo esaminate nel capitolo precedente, tre non sono state ancora prese in considerazione.

Fortuni cr. Soc. Montecatini (22) e Bargagli Petrucci cr. Bargagli Petrucci (23) — ciascuna delle quali ha dato luogo a dubbi interpretativi — si inseriscono nella tendenza giurisprudenziale che nega, in linea generale, il carattere doloso dell’omissione.

Chemin Palma cr. Chemin Palma (24) interessa molto poco perché, come è apparsone dall’esame della sentenza, le questioni relative al dolo non spiegavano rilevanza alcuna sulla decisione della controversia. Tuttavia, prescindendo da questa affermazione, non è difficile rilevare che il dolo, coincidente con il « malvolere » del debitore, trae origine dagli arbitri e suprafazioni da questi commessi nell’amministrazione le venture della sorella e dal raggiro mediante il quale egli aveva indotto quest’ultima ad attribuirgli il potere di venderne una parte. La sentenza, pertanto, si inquadra tra quelle pronunze che riscontrano dolo nell’inadempienza omissiva, quando ad essa si accompagna un comportamento riprovevole.

***

(18) Cass., 12 gennaio 1927, supra §§ 44 (p. 371 ss.) e 49 (p. 411).
(20) Cit., supra, nota 1.
(21) Infra § 62 in fine.
(22) Cass., 27 febbraio 1939, n. 642, supra § 52.
(23) Cass., 14 gennaio 1946, n. 31, supra § 53 (p. 423 ss.).
60. Segue. In particolare: carattere commissivo.

Poiché il tema dell’inadempimento commissivo coincide il più delle volte con il tema dell’inadempimento definitivo, che sarà trattato nel paragrafo seguinte, prenderemo in considerazione soltanto due categorie di sentenze: a) quelle nelle quali non si verifica la suddetta coincidenza; b) quelle nelle quali, pur essendovi quella coincidenza, si imputa al debitore una condotta riprovevole.

Nella prima categoria sono incluse le sentenze D’Albertis cr. Chiovato (24) e Barone cr. Lusvarghi (25).

D’Albertis cr. Chiovato riguarda la vendita di farina di tipo diverso da quello pattuito: l’inadempienza è commissiva, perché si è verificata consegnando una cosa diversa (l’azione era di risoluzione e non per vizi redivitori); il compratore, tuttavia, avrebbe potuto acquistare altrove la farina del tipo pattuito. Il dolo, in questo caso, è riscontrato non nel semplice inadempimento commissivo, ma nell’inganno che il venditore aveva tentato di perpetrare e che la Cassazione romana definisce « insigne malafede » (27).

La sentenza D’Albertis cr. Chiovato viene a porsi tra le decisioni che riscontrano una condotta riprovevole del debitore; pertanto, non interessa più la distinzione tra omissione e commissione. Sebbene vi siano pronunze le quali, in situazioni analoghe, rilevano l’esistenza del dolo precludendo dal l’accertamento di una condotta riprovevole [Foti cr. Ante-

(--)

litano (28)], è chiaro come l’esistenza di tale condotta fa passare in secondo piano l’aspetto commissivo dell’inadempimento, perché ci riconduca al canone fondamentale della riprovevolezza, di cui si è detto nel paragrafo precedente.

In Barone cr. Lusvarghi l’inadempimento è omissivo (mancata consegna di una partita di vini). Il dolo è riscontrato non soltanto nell’animus lucrificandi, ma anche nel l’avere il venditore resa impossibile la prestazione. Si rientra, perciò, tra i casi di inadempienza definitiva, da trattare nel prossimo paragrafo; ma, oltre a ciò, vi è un chiaro elemento commissivo (vendita del vino ad un terzo). Su quest’ultimo punto, già illustrato in precedenza (29), torneremo in relazione al problema del possibile concorso, in caso di dolo, delle azioni contrattuale ed aquiliana (30).

Escluse queste due pronunce, per averle ricondotte, rispettivamente, nell’area della condotta riprovevole e nell’area dell’inadempienza definitiva, tutte le altre sentenze da esaminare riguardano casi nei quali la condotta attiva del debitore ha provocato l’impossibilità dell’esecuzione. Tra di esse, ve ne sono alcune che — pur riscontrando la realizzata impossibilità di esecuzione — si soffermano su particolari connotati del comportamento del debitore.

***

Il gruppo di sentenze nelle quali è stato riscontrato qualcosa di più, rispetto alla semplice coscienza e volontà di rendersi inadempiente, comprende:

— Razzini cr. Vernizzi (31): collusione tra un socio ed un terzo ai danni della società;

(24) Cass., 27 luglio 1927, n. 3236, supra § 56 (p. 442 s.).
(25) Supra § 54.
(26) Infra §§ 66 ss.
— Giffoni cr. La Veloce (32): il mandatario, oltre a non eseguire il mandato, fa in modo che il mandante non possa ottenere da altri il medesimo risultato;


Fatto salvo l’ultimo caso — perchè, come si è già osservato, la sentenza non è chiara nella determinazione dei fatti rilevanti — si deve osservare, quanto ai primi due, che si tratta di comportamenti ulteriori rispetto all’inesecuzione del contratto. Essi, per tale ragione, non vanno inclusi nell’area dell’inadempienza commissiva, ma debbono essere separatamente considerati: il che faremo nei §§ 66 e 68.

***

Venendo, così, a trattare dell’inadempienza commissiva, diremo che, quando vi è una inadempieza commissiva, è sufficiente — per aversi dolo — la coscienza e volontà di violare l’obbligazione. In quest’ambito si situano le seguenti pronunce.

— Tipo Film cr. Tosi (34): è in dolo il produttore cinematografico che utilizza in un fotoromanzo delle scene girate per essere destinate alla proiezione cinematografica;

— Montagna cr. Schito (35): è in dolo il mugnaio, il quale viola un patto regolatore della concorrenza, lavorando oltre i turni stabiliti e praticando prezzi più bassi;

— Ruffolo cr. Carboni (36): è in dolo l’editore di un quotidiano, il quale, acquistato il diritto di pubblicarvi a puntate alcuni capitoli di un libro di memorie in corso di stampa, vi premette un trafiletto affermante che le memorie sono state scritte per i lettori del giornale;

— Bisoglio cr. Calvi (37): è in dolo il promittente la vendita, il quale si rifiuta di stipulare il contratto definitivo, avendo, nel frattempo, venduto ad un terzo il medesimo imobile;

— Leone cr. Bianchi (38): è in dolo il locatore che, prima che il conduttore si immetta nel possesso, stipula un altro contratto di locazione con un terzo, il quale acquista il possesso dell’immobile;

— Correale cr. Grimaldi (39): è in dolo il locatore il quale, compiendo lavori di demolizione nell’imobile, rende impossibile al conduttore l’esercizio del commercio nella porzione dello stabile a lui concesso in locazione;

— Catalano cr. Amato (40): sarebbe in dolo l’amministratore di una banca, il quale — sapendo che certe cambiali sono state presentate per lo sconto con il patto che non sarebbero poste in circolazione — le presentasse per lo sconto ad un altro istituto bancario;

— Filotti cr. Di Dedda (41): sarebbe in dolo il depositario di titoli azionari, il quale li alienasse contro le precise istruzioni del deponente;

— Foti cr. Antelitano (42): sarebbe in dolo il vendi—

(32) Cass., 25 maggio 1927, n. 1911, supra §§ 41 (p. 344 s.), 44 (p. 373 s.) e 54 (p. 431).
(33) Cass., 29 luglio 1925, n. 2376, supra §§ 44 (p. 370 s.) e 54 (p. 431).
(34) Il testo della motivazione è parzialmente pubblicato in appendice al capitolo precedente (p. 461 ss.).
(37) Cass., 16 luglio 1954, n. 2356, supra §§ 55 (p. 438 ss.).
(38) Cit. supra nota 28. Come si è meglio illustrato supra § 56, la sentenza non è molto chiara su tale questione.
tore, il quale, violando la espresa patuizione, deliberatamente consegnasse del fieno muffito.

Le tre ultime sentenze sono state riassunte impiegando il modo condizionale perché le affermazioni riportate rispecchiano — a differenza delle altre — non la decisione, ma ipotesi affacciate nelle rispettive motivazioni.

***

L’unica sentenza preternessa, tra quelle aventi ad oggetto degli inadempimenti commissivi, è Industrie Filati cr. Fumai (43): in quel caso, infatti, si raggiunse la prova della buona fede. La sentenza verrà esaminata (44) sotto quest’ultimo profilo.

***

Rispetto all’inadempimento puro e semplice, la condotta dolosa commissiva non è, normalmente, un di più. Il dolo consiste nell’attività esplicata dal debitore e questa attività abitualmente coincide, nelle sentenze da ultimo esaminate, con l’inadempimento. Vi sono, però, alcuni casi nei quali non si è verificata tale coincidenza. È, allora, avvenuto che — oltre a non adempire (omissione della prestazione) — il debitore ha compiuto un atto ulteriore (ad es., ha locato o venduto l’immobile ad un terzo) — dal quale è derivata l’impossibilità di eseguire la prestazione dovuta al creditore. Sono, questi, dei casi nei quali si riscontra una scissione tra l’inadempimento ed il dolo: omissivo il primo, commissivo il secondo. Il che ci riconduce alla questione della definitività dell’inadempimento e, come vedremo, anche alla questione del concorso di azioni.

***

61. Definitività dell’inadempimento.

La problematica dell’inadempimento definitivo tende, come si è visto, ad assorbire quella relativa all’inadempimento commissivo: d’altronde, una volta definito il dolo commissivo in base ai requisiti della «coscienza a volontà», è agevole scorgere il rilievo dell’inadempimento definitivo sotto il profilo subjettivo.

Diremo, pertanto, che è in dolo il debitore il quale provochi — con coscienza e volontà — l’impossibilità di eseguire la prestazione.

Questa proposizione è dimostrata non soltanto da tutte le sentenze sopra esaminate in tema di inadempimento commissivo, ma anche da quelle altre sentenze che hanno scorto il dolo in un atto, diverso dall’inadempimento, dal quale era derivata l’impossibilità della prestazione.

Esemplare, in questo senso, è la motivazione di Leone cr. Bianchi (45):

«E quando il debitore è in dolo? È in dolo qualora compia atti ovvero incorra in ommissioni inconciliabili con l’osservanza dell’assunta obbligazione, crei cioè volontariamente e quindi in mala fede uno stato di fatto che gli precluda l’adito all’esecuzione dell’obbligazione. La finalità che il debitore abbia avuto in tal modo comportandosi, ossia avvantaggiare sé medesimo senza preoccuparsi del pregiudizio, reale o eventuale, che ne consegue al creditore, nulla importa per la configurazione del dolo».

---

(43) Cass., 7 agosto 1962, n. 2441, supra §§ 41 e 56.
(44) Infra § 62.
(45) Cit. supra nota 38. Vedine il testo in appendice al capitolo precedente.
Questa configurazione del dolo — evidentemente legata al presupposto che si sia cagionato un inadempimento definitivo — trova conferma in molte successive pronunce. Di particolare interesse è la questione dell’animus. La «coscienza e volontà», cui tanto frequente riferimento si fa nelle trattazioni dottrinali, altro non è che la consapevolezza di porsi nell’impossibilità di adempiere, assieme alla volontà di creare tale situazione.

Non si richiede il motivo od il mezzo riprovevole, nè la volontà del danno, nè, infine, la previsione di quest’ultimo. Uno o più di tali requisiti possono ben sussistere ed allora si avrà un di più, non necessario.

Tutti i casi di inadempimento definitivo, da noi presi in esame, prescindono dalla ricerca di quegli ulteriori requisiti. Si che, come si è talora osservato nel capitolo precedente, sembrerebbe sussistere una presunzione di dolo quando il debitore cagiona una situazione di impossibilità di esecuzione (su ciò, infra, § seg.).

***

In tema di obbligazioni di non facere è evidente come, di regola, l’inadempienza sia definitiva.

In Montagna cr. Schito (8), ad esempio, la violazione del patto regolatore della concorrenza era dolosa perché compiuta volontariamente e coscientemente; così anche in Ruffolo cr. Carboni (9), in Soc. Tipo Film cr. Tosi (10) ed in molti altri casi esaminati in precedenza.

Questo discorso, evidentemente, non vale per l’inadempienza omissiva, la quale non cagioni una situazione di im-

possibilità di adempiere. Abbiamo visto (§ 59) come, in tali casi, la coscienza e volontà non siano per nulla sufficienti.

Si spieghino, allora, le massime del tipo di quella enunciata in Amato cr. Decina (11). La giurisprudenza avvertiva che il debitore di somma di danaro non poteva essere ritenuto in dolo per il solo fatto di non aver pagato alla scadenza. Lo stesso valeva per le obbligazioni di dare una cosa di genere; il dolo del debitore è, per sua natura, commissivo e cagiona una inadempienza definitiva. Al di fuori di questa previsione, il dolo non sussiste a meno che si riscontri, nel debitore, una condotta riprovevole (§ 59).

***

Nelle obbligazioni di facere, infatti, abbiamo visto essere dolosa l’inadempienza consistente in un comportamento che rendeva impossibile il facere od — in un solo caso — l’inadempienza meramente omissiva, ma accompagnata da una condotta riprovevole (animus lucifaciendi).

Il dolo del debitore viene, pertanto, ad assumere due ben distinti profili (ai quali — come si dirà nella seguente sezione — è, forse, possibile aggiungerne un terzo, del quale, per adesso, non è opportuno far parola).

In primo luogo abbiamo il contegno commissivo — concomitante o meno con l’inadempienza — il quale provochi l’impossibilità di eseguire: il dolo risiede nella coscienza e volontà di quel contegno.

In secondo luogo abbiamo l’inadempienza omissiva, la quale non provochi l’impossibilità di eseguire: il dolo risiede non nella sola coscienza e volontà, ma in una condotta che — in base a valutazioni etiche o di giustizia — il giudice consideri riprovevole.

(8) Cit. supra nota 35.
(9) Cit. supra nota 36.
(10) Cit. supra nota 34.
(11) Cit. supra nota 4.
Quando da un inadempimento omissivo consegue l'impossibilità della prestazione (caso assai raro perché limitato al fare od al dare aventi per oggetto un'attività od un bene infungibile), non è sicuro se il dolo possa consistere nella semplice coscienza e volontà. L'unica sentenza riscontrabile sull'argomento sta a sostegno della soluzione positiva e tale soluzione si inquadra nel generale orientamento sopra delineato (46).

***


I due diversi "tipi" di dolo del debitore richiedono, come è naturale, due diversi regimi probatori. I problemi più interessanti sorgono nel caso di dolo commisso, ad integrare il quale è sufficiente la prova della "coscienza e volontà" del debitore.

Siffatta prova non ha mai formato oggetto di discussione nelle sentenze esaminate. Le uniche contestazioni riguardano la prova della buona fede o della semplice colpa.

Possiamo, pertanto, enunciare la seguente proposizione: quando il debitore compie un atto dal quale deriva l'impossibilità della prestazione, grava su di lui l'onere di provare la mancanza del dolo.

Siffatta proposizione può sembrare rivoluzionaria, ma è saldamente ancorata alle risultanze giurisprudenziali ed è logicamente collegata alle proposizioni enunciate nei tre precedenti paragrafi.

Se, infatti, il "tipo" di dolo di cui discorriamo è individuato mediante la "coscienza e volontà", è logic ed aderente al normale svolgimento dei fatti umani che chi agisce, provocando una situazione di impossibilità di adempiere, si rende conto di quel che fa. E la sua azione è libera — e, cioè, volontaria — appunto perché egli fa. L'editore il quale pubblica un trafiletto con false affermazioni (47); il mugnaio che lavora nonostante abbia promesso di chiudere il mu-

(46) Bargagli Petrucci cr. Bargagli Petrucci, supra § 53 (p. 423 ss.).

(47) Ruffolo cr. Carboni, cit. supra nota 36.
Dritto italiano: conclusioni

La presunzione di dolo

namento non considera doloso il fatto di non essersi reso attivo (\textsuperscript{56}).

***

Che queste osservazioni abbiano conseguenze sul piano probatorio appare palesemente dalla sentenza Industrie Filati cr. Fumai (\textsuperscript{56}). La Cassazione, in quel caso, esaminò minuziamente le risultanze istruttorie e concluse affermando la buona fede del debitore, il quale aveva incolpevolmente fornito alla propria ditta delle informazioni — poi rivelatesi false — sulla situazione patrimoniale e commerciale di una società locale.

Anche in Filotti cr. Di Dedda (\textsuperscript{36}) si riscontra eguale modo di procedere. La Corte vaglia una per una le giustificazioni addotte dal depositario ed accerta che egli ha usato la diligentia quam in suis; onde l’esclusione del dolo.

La sentenza Catalano cr. Amato (\textsuperscript{38}) esclude il dolo dell’amministratore, per la messa in circolazione delle cambiali, in base al rilievo che egli era all’oscur pro delitto, secondo il quale le cambiali avrebbero dovuto essere sottratte alla circolazione.

Infine, in Bargagli Petrucci cr. Bargagli Petrucci (\textsuperscript{39}), ove l’inadempienza definitiva era stata cagionata dall’omissione di un facere infungibile, la Cassazione osserva che il difetto del dolo derivava dal non essere il debitore cosciente di essersi vincolato giuridicamente. A differenza dagli altri

\textsuperscript{(31)} Montagna cr. Schito, cit. supra nota 35.
\textsuperscript{(32)} Soc. Typo Film cr. Tosi, cit. supra nota 34.
\textsuperscript{(33)} Zanone cr. Zanone, cit. supra nota 11; Bisoglio cr. Calvi, cit. supra nota 37; Barone cr. Lucrezio, cit. supra nota 10.
\textsuperscript{(34)} Catalano cr. Amato, cit. supra nota 40.
\textsuperscript{(35)} Filotti cr. Di Dedda, cit. supra nota 41.
\textsuperscript{(36)} Sulla quale, con riferimento all’esecuzione di buona fede, v., da ultimo: Di Maio Giaquinto, op. cit., supra nota 12, 423 s.
casi ora citati, qui — in tema di inadempimento ommisivo — non si è richiesta la prova della buona fede od, addirittura, della diligenza. Tuttavia, l’essersi verificata una situazione di impossibilità di adempiere — a causa dell’incostituita del facere — ha fatto sì che, contrariamente a quel che è avvenuto in tutti gli altri casi di inadempienza omissiva non definitiva, si negasse la natura dolosa della condotta per la non raggiunta prova della coscienza e volontà.

Ecco, dunque, che la definitività dell’inadempimento reagisce sulla generale nozione del dolo omissivo.

Quando, invece, il dolo è commissivo e provoca l’impossibilità di eseguire, la presunzione di dolo opera in tutta la sua ampiezza; il debitore — come si è visto nelle prime tre sentenze ora esaminate — ha l’onere di provare l’assenza della «coscienza e volontà». Onere al quale può soddisfare dimostrando di essere stato in buona fede od, addirittura, di aver prestato il richiesto grado di diligenza.

***

In questo quadro si comprende perché la maggioranza delle pronunce in tema di dolo commisso accenna ad inadempienze «evidentemente» dolose o — comunque — non motiva il giudizio sull’esistenza del dolo. Non ci riferiamo, qui, alle sentenze che hanno riscontrato un motivo od un mezzo riprovevole, le quali, anzi, solitamente indugiano nel descrivere quella circostanza. Le motivazioni più stringate, quasi sempre prive perfino dell’enunciazione del principio di diritto (56), solo quelle in tema di inadempienza commisso risultante dal mero fatto (57).

(56) L’assenza di un principio di diritto relativo alla nozione di dolo è la probabile causa dell’assenza della «massema» relativa. Molte, fra le sentenze citate in questo lavoro, sono state rettificate per pura caso, andando a valere tutte le decisioni dalle cui «massema» appaiono comunque la parola «dolo». È stato solo che ho letto numerose sentenze, inedite, del tutto irrilevanti e che ho trovato altre sentenze, egualmente inedite, di notevole interesse.

(57) É stato in base a questo rilievo che, talvolta, nel corso dell’indagine compiuta nel capitolo precedente, si era suggerita la possibile esistenza di una presunzione di dolo.

(58) Cit. supra note 35.
nel § 39, ad esempio, la questione dell’esistenza del dolo non era stata dedotta, anche quando — come in Cirillo cr. Cirillo e Giacalone (6) — il conduttore aveva violato — con coscienza e volontà — l’espressa pattuizione contrattuale che vietava la sublocazione.

Alla luce di quanto si è esposto in precedenza, tale inadempiimento sembrerebbe essere stato doloso poiché — in tema di obbligazioni di non facere — è il semplice facere cosciente e volontario che consente di dedurre il dolo. Sarebbe, questo, l’unico esempio riscontrabile di dolo nell’inadempienza di una clausola contrattuale — come distinta dall’inexecuzione della prestazione principale — e sarebbe stato interessante valutarne la rilevanza sulla responsabilità, successivamente sorta, di risarcire il danno ex art. 1591 cod. civ.

***


63. Rifiuto di adempiere prima del termine - Clausola penale e dolo.

Alla luce delle considerazioni esposte nei quattro precedenti paragrafi, si può coerentemente discorrere del problema posto dall’art. 1219 n. 2 cod. civ.

Nel § 57 abbiamo riassunto i fatti di alcune tra le sentenze esistenti sul tema ed è facile osservare che si tratta sempre di inadempiimento omissivo. L’art. 1219 n. 2, d’altronde, è principalmente destinato a disciplinare la messa in mora e, quindi, si applica alle ipotesi di obbligazioni di dare e di facere quando il debitore non ha eseguito la prestazione.

Chiarito, quindi, che la giurisprudenza in tema di chiarimento anticipata di non voler adempiere ha per oggetto la condotta omissiva, si comprende subito perché — pur sussistendo la coscienza e volontà del debitore di non eseguire — non si possa parlare di dolo.

Invero, per aversi dolo nell’inadempiimento omissivo, non basta la coscienza e volontà, ma occorre la realizzazione di una condotta riprovevole ed, in particolare, l’impiego di un mezzo o la presenza di un motivo riprovevole (64). Ovvero, ma abbiamo visto che su questa affermazione le fonti sono insufficienti, occorre aver cagionato l’impossibilità dell’esecuzione.

In casi non esaminati dalla giurisprudenza, ma di frequente occorrenza, il rifiuto anticipato di adempiere non è doloso: l’imprenditore il quale annunci che non darà corso
al contratto perché preferisce impiegare in altra maniera le proprie risorse è certo inadempiente, ma, per le ragioni esposte in precedenza, non è in dolo. Così come non è in dolo, riprendendo l’esempio del Giorgetti (65), il cantante che disdice l’impegno preso e si esibisce in altro teatro.

Poiché la giurisprudenza ritiene che la dichiarazione anticipata di non voler adempiere provochi i medesimi effetti dell’inadempimento (66), non vi è ragione di applicare a tali casi delle regole diverse da quelle vigenti in tema di dolo, sia sotto il profilo sostanziale della sua configurazione, sia sotto il profilo della sua prova in giudizio.

In definitiva, senza voler entrare nell’analisi delle singole controversie decise dalla giurisprudenza, può affermarsi che il rifiuto di adempiere — pur sussistendo i requisiti della «coscienza e volontà» — non è, di per sé, sufficiente a costituire il debitore in dolo. Questa proposizione è utile anche per indagare i rapporti tra inadempimento doloso e clausola penale.

***

Le sentenze che abbiamo reperito sul tema sono state esaminate nel § 44, onde, in questa sede, non resta che inquadrarle nelle conclusioni formulate negli ultimi paragrafi.

Si tratta, è vero, di pronunce emesse, quasi tutte, sotto il vigore del codice del 1865. Tuttavia, sono pressoché inesistenti — che io sappia — più recenti decisioni e, d’altronde, il nuovo codice, pur abolendo l’interesse al perseguimento della soluzione di molti problemi in tema di clausola penale, ha lasciato inalterata la questione della risarcibilità del maggior danno cagionato dall’inadempienza
dolosa. Nè i termini mutano apprezzabilmente, per quel che riguarda il nostro studio, in seguito all’accoglimento della distinzione tra penale pura e penale non pura (67). Diversità radicale sussisterebbe, invece, se — a parte i casi nei quali il credevole chiede l’esecuzione (68) — si dovesse ammettere una generale facoltà di scelta tra il conseguimento della penale e l’integrale risarcimento (supponendo che quest’ultimo superi la somma prevista dalla penale) (69). In tal caso, tuttavia, non ci sentiremmo di aderire alla tesi, meramente concettuale, che, «mediante la clausola penale», non può «avversi una diretta violazione del divieto di cui all’articolo 1229» (70). Diremo piuttosto, in conformità di un orientamento manifestatosi sotto il vecchio codice e riproposto anche dopo l’emanazione del codice del 1942 (71), che la funzione punitiva della penale, in entrambe le sue forme, verrebbe frustrata qualora, in concreto, il creditore vedesse limitato — in caso di dolo — il risarcimento a lui spettante in forza dell’art. 1225 cod. civ. (72).

***

Modificando parzialmente l’analisi svolta nel § 44, alla luce dell’indagine compiuta nei §§ 49-56 e delle conclusioni raggiunte nei §§ 59-62, possiamo affermare che l’inadempimento...
pienza dolosa rende risarcibile l’intero danno, anche valican-
do i limiti previsti dalla penale o dalla caparra penitenziale.

Il termine «inadempienza dolosa» è usato, talora, con lo stesso significato di «inadempienza volontaria» e viene distinto da un altro «tipo» di inadempienza, la quale ha natura commissiva (72). Sappiamo, oramai, che è solo in quest’ultimo caso ad essere presente il dolo (salve le eccezioni segnalate in precedenza). Adottando una uniformità terminologica aderente alle soluzioni accolte dalla giurispruden-
ienza nei casi in cui l’omissione, pur definita dolosa, non provoca gli effetti del dolo, scorgiamo nelle sentenze una perfetta identità di vedute.

La clausola penale opera quale limite inamovibile, qualora al debitore si imputi la «semplice volontaria inesecu-
zione del contratto» (73); non quando — come espressamente si afferma in Coccorullo cr. Narbone (74) con riferimento a Leone cr. Bianchi (75) — egli esplicita una attività che rende impossibile l’adempimento. Bisoglio cr. Calvi (76) e Barone cr. Lustvaghi (77), oltre alle due sentenze ora citate, concordano con tale principio e lo applicano alle controversie decise.

***

Alcune di queste sentenze (Gifoni cr. La Veloce, Bar-
one cr. Lustvaghi, Bisoglio cr. Calvi) sollevano il problema dell’effetto della penale, qualora la condotta imputata al de-
bitore integri la figura dell’illecito doloso aquiliano. Di que-
sto tema tratteremo espressamente nella sezione seguente (78);
ma, in questa sede, occorre delineare il problema che sorge per l’azione revocatoria. Sia Bisoglio cr. Calvi che la più recente sentenza Di Cagno cr. Lops (79) ritengono l’inefficacia, rispettivamente, dell’arrha poenitentialis e della clausola pe-
nale; la condotta fraudolenta genera una responsabilità aquili-
ana e la misura del risarcimento è regolata dal diritto comune.

***

Il cosiddetto pactum displicentiae, pertanto, è valido: sia che le parti lo abbiano previsto stipulando una caparra penitenziale (art. 1386 cod. civ.), sia che le parti si siano limitate ad una generica clausola penale (art. 1382 cod. civ.), il contraente, il quale decida di non adempiere, è liberato versando la penale, abbandonando la caparra all’altra parte o, secondo i casi, versando ad essa il doppio della caparra ri-
cettata.

Salva restando la possibilità dell’esecuzione coattiva (80), il debitore può non adempiere (condotta omissiva) senza incorrere nella responsabilità prevista dall’art. 1225 cod. civ.. Diverso è il caso del debitore, il quale ponga in essere una condotta omissiva riprovevole, ovvero una condotta

---

(72) Supra §§ 59-60.
(73) Gifoni cr. La Veloce, cit. supra nota 1.
(74) Supra supra nota 18.
(75) Supra nota 38.
(76) Supra nota 37.
(77) Supra nota 10.
(78) Intra, p. 538.
(79) Cass., 11 giugno 1954, n. 1974 (supra § 41, p. 345 e § 44, p. 374). I fatti di questa sentenza sono estremamente simili a quelli di Bisoglio cr. Calvi perché si trattava di un preliminare inadempito dal promittente alla vendita, il quale aveva alienato ad un terzo l’immobile promesso. L’inefficacia della clausola penale, quale limite del risarcimento, fu affermata perché era sorto, contro il de-
bitore, «il concorso della duplice responsabilità ex contractu ed extracontractuale » in conseguenza dell’alienazione dell’immobile promesso. Esplicitamente la Corte afferma che l’atto di alienazione « oltre a concretare l’inadempimento importa, perché fraudo-
lemento, una responsabilità extracontractuale della quale rispondono in solido il de-
bitore ed il terzo ». 
(80) Cass., 4 dicembre 1957, n. 4568.
commissiva. La diversità nasce dal fatto che, in siffatta ipotesi, potrebbe essere riscontrato il dolo e — dunque — riprenderebbe vigore, se il creditore così domanda, l'art. 1225 cod. civ. in tema di dolo.

Già il Borsari, nel suo Commentario, aveva adombrato una simile opinione quando aveva distinto — nei rapporti con la clausola penale — il dolo omissivo da quello commissivo, sostenendo che, in conseguenza di quest'ultimo, il creditore aveva diritto all'intero risarcimento (\textsuperscript{80}).

Quel che più interessa, comunque, è delineare il rapporto tra la nozione di dolo lumeaggiata nei paragrafi precedenti e la clausola penale. Una volta chiarito che l'indennizzo omissivo non è, di regola, considerato doloso, e che il limite previsto dalla penale diviene inefficace in caso di dolo, si può concludere affermando che, di regola, quel limite opera tutte le volte che al debitore si imputi di essersi reso inadempiente mediante un comportamento omissivo.

***

\textsuperscript{80} Commentario del codice civile italiano, III, 2, Torino, 1877, sub art. 1230.

64. DOLO E COLPA GRAVE. LE CONVENZIONI D'IRRESPONSABILITÀ.

Giurisprudenza e dottrina in tema di colpa grave sono state sommariamente esposte nel § 45, ma ogni conclusione è stata rinviatà al termine dell'indagine sulla nozione di dolo del debitore.

La quale indagine, come si è visto, ha condotto ad una bipartizione all'interno di quella nozione, distinguendo il dolo omissivo da quello commissivo e ponendo il criterio generale della definitività dell'indennizzo.

Tra le sentenze esaminate, soltanto due pongono il problema dell'equiparazione, agli effetti dell'art. 1225 cod. civ., della colpa grave al dolo. Entrambe emesse dalla Cassazione, entrambe in materia di obbligazioni pecuniarie, l'una — Failla cr. Perrier — (\textsuperscript{ii}) respinge e l'altra — Rainaldi cr. Comune di Apricena — (\textsuperscript{ii}) accoglie la soluzione affermativa del problema.

Il conflitto tra le due diverse decisioni è, forse, solo apparente e deriva dal nominalismo imperante in tema di dolo. L'aggiustamento della colpa grave al dolo avviene, in Rainaldi cr. Comune di Apricena, mediante l'indistinzione — o le dichiarazioni che non è rilevante distinguere — tra i due termini. Era, quello, un caso nel quale al debitore era ascritta una condotta riprovevole e non sembrò alla Corte che

(\textsuperscript{ii}) Cass., 10 dicembre 1956, n. 4398, che conferma App. Palermo, 8 febbraio 1955, supra §§ 49 (p. 400 ss) e 59.
(\textsuperscript{ii}) Cass., 27 agosto 1966, n. 2265, supra §§ 50 (p. 405 ss) e 59.
sussistesse diversità, quanto agli effetti, tra colpa grave e dolo.

In Failla cr. Perrier, invece, non vi era, secondo il giudizio della Cassazione, una condotta riprovevole e l’omissione della debitrice sfuggiva alla qualifica di dolosa. Avrebbe potuto, forse, riscontrarsi colpa grave — uno specifico accenno in questo senso è nelle motivazioni sia di Appello che di Cassazione — ma, allora, l’equiparazione avrebbe condotto a realizzare gli effetti del dolo, laddove esso non era ipotizzabile. In altre parole: poiché, neanche provando la coscienza e volontà della debitrice, il creditore avrebbe potuto ottenere la declaratoria del dolo — trattandosi di mera condotta omissiva — sarebbe stato ingiusto ed illecito far scaturire le conseguenze del dolo da un comportamento — colpa grave — dal quale esula la coscienza e volontà.

Se questa è la esatta spiegazione delle due sentenze — ma, forse, è troppo macchinoso per essere vera — anche sulla colpa grave si potrebbe eseguire la partizione operata sulla nozione di dolo. Aggiungere, cioè, al dolo: a) la colpa grave commissiva, specialmente se dà luogo ad un inadempimento definitivo; b) la colpa grave omissiva, se è accompagnata dal carattere della riprovevolezza o se dà luogo all’inadempimento definitivo.

Teoria, quella ora proposta, che sembra andare al di là di ciò che risulta attualmente dalle fonti; di essa, pertanto, dovremo dimenticarci in sede di comparazione.

***

Natura giuridica dell’azione di inadempimento doloso

66. Segue: natura dell’azione.
67. Dolo del debitore e fatto illecito extracontrattuale.
68. Dolo del debitore e reato.
69. Osservazioni finali.

***

65. DOLO DEL DEBITORE ED INADEMPIMENTO: IN GENERALE

Nella sezione precedente (§§ 59-64) abbiamo lumeaggiato come, nel diritto italiano, esistano due «tipi» di dolo del debitore caratterizzati, rispettivamente, dalla riprovevolezza della condotta e dalla coscienza e volontà di rendersi inadempiente. Nell’indagare, adesso, la natura giuridica — contrattuale od aquiliana — dell’azione di inadempimento doloso, dobbiamo individuare il rapporto esistente tra l’omissione o l’attività (dolosa) e l’inadempimento.

In particolare, occorre stabilire se l’espressione «inadempimento doloso» abbia un significato coerente nelle varie ipotesi e se il dolo del debitore altro non sia che una qualificazione soggettiva di un fatto umano giuridicamente denominato «inadempimento». Potrebbe, infatti, accadere che il dolo del debitore consista in una omissione od attività diversa dall’inadempimento, la quale, rispetto a quest’ultimo, sia in rapporto di giustapposizione, di prevalenza o — sotto il profilo cronologico — di successione o di anteriorità.

Siffatta indagine serve ad inquadrare il tema del concorso di azioni. Nel § 36 abbiamo distinto a seconda che le due
azioni — aventi simile petitum — sorgenti a favore del creditore trovino radice in un solo fatto od in due fatti diversi; essendo palese come, nel secondo caso, non sia legittimo parlare di concorso di azioni se non nel senso atenico dell’esistenza di una pluralità di rimedi per altrettanti fatti dannosi, in qualche maniera collegati l’un l’altro.

Se il dolo del debitore fosse un fatto distinto dall’adempimento, non sarebbe difficile ammettere l’esperibilità di due distinti rimedi giuridici aventi simile petitum (due azioni di danni); se il dolo del debitore fosse una caratteristica soggettiva dell’adempimento, ipotizzare tale pluralità di rimedi sarebbe meno semplice e sorgerebbe subito il quesito del loro rapporto od armonizzazione.

L’indagine sul rapporto tra la condotta dolosa e l’adempimento è, pertanto, pregiudiziale: vorrei osservare, incidentalmente, che la dottrina italiana non ha mai affrontato tale problema, in conseguenza, tra l’altro, della visione unitaria del dolo, da essa comunemente accolta (84).

***

Che il dolo possa ben essere considerato una qualificazione soggettiva dell’adempimento, appare chiaramente dalla maggioranza delle sentenze esaminate nel capitolo precedente. Si riscontra, cioè, l’esistenza di un fatto il quale possiede le caratteristiche dell’adempimento a prescindere dalla ricerca dell’elemento doloso. Privo del particolare connotato del dolo, quel fatto sarebbe comunque sufficiente per fondare l’azione contrattuale di danni, sebbene a titolo di colpa.

Non vogliamo entrare qui, siccome non ve ne è necessità, nelle dispute tra le concezioni soggettivistiche ed oggettivistiche dell’adempimento. Le une o le altre, infatti, concordano nel ritenere che l’adempimento consiste in un fatto umano imputabile al debitore ed avente l’effetto giuridico di legittimare l’azione di risoluzione o, secondo i casi, l’azione di adempimento.

L’adempimento doloso, pertanto, non sarebbe diverso — nel suo aspetto oggettivo — dall’adempimento non doloso: a differenziare le due categorie interviene l’accertamento dello stato soggettivo del debitore, in conformità con l’uno o l’altro dei «tipi» di dolo lumeggiati nella precedente sezione.

Questa conclusione, conforme alla tradizionale impostazione del problema, è valida come regola generale; ladove, per regola generale, si intende l’occorrenza più frequente. Sul piano teorico, invece, essa è soltanto una delle due possibili configurazioni dell’adempienza dolosa; l’altra possibile configurazione è quella che sorge nella condotta dolosa un fatto diverso dal fatto costitutivo dell’adempimento.

La sentenza Industrie Filati cr. Fumai (85) indica abbastanza chiaramente le possibilità di questa seconda configurazione. Il Fumai, agente di zona dell’Industrie Filati, era accusato di avere colpito, con una ditta locale allo scopo di indurre l’Industrie Filati a stipulare con essa dei contratti di fornitura; in particolare, si imputava al Fumai di aver fornito informazioni false sulla situazione patrimoniale e commerciale della ditta locale. La decisione della Corte Suprema in questa causa è già stata riferita e, comunque, se

(84) La visione unitaria del dolo ha, come è naturale, diversi gradini, incluendo sia le tesi fondate su un’unica figura di dolo — contrattuale, negoziale, squallendo — sia quelle che sorgono nell’adempienza dolosa un fenomeno caratterizzato da uno stato soggettivo del debitore, identico in tutti i casi di adempimento.

(85) Cass., 7 agosto 1962, n. 2441, successiva 55 41 (n. 342 ss.) e 46 (n. 448 ss.).
ne riparerà più innanzi (68); ora interessa soltanto scorgere la relazione tra la condotta dolosa e l’inadempienza. Sembra evidente la distinzione tra le due fattispecie: l’inadempimento risiederebbe nell’aver fornito informazioni false; la condotta dolosa consisterebbe nell’accordo con la ditta locale ai danni della preponente Industrie Filati.

Questa ultima fatto qualifica come doloso anche l’invio delle informazioni false e siamo, allora, in presenza di due illeciti dolosi: l’uno coincidente e l’altro distinto dall’inadempimento. L’inadempimento è il mezzo per porre in atto l’accordo illecito.

Non diversa situazione si era profilata in Razzini cr. Vernizzi (69): l’inadempimento del contratto di società era il mezzo per realizzare, ai danni di un socio, l’accordo tra l’altro socio ed un terzo.

In questi due casi si rileva un comportamento illecito diverso dall’inadempimento, ma che, per esemplificare in maniera concretamente dannosa nei confronti del creditore, ha reso necessario il compiersi del fatto costitutivo dell’inadempimento (doloso).

***

La distinzione tra condotta dolosa ed inadempimento è ancor più chiara quando l’inadempimento sia dovuto ad una omissione, mentre il dolo sia riscontrato in una commissione.

Esempiali, sotto questo profilo, sono il rifiuto del promittente la vendita di addivenire alla stipula del contratto definitivo od il rifiuto del locatore di immettere il conduttore nel possesso; l’indagine svolta in precedenza ci ha mostrato che tali inadempimenti ommissivi non sono, di per sé, dolo-

Rapporti fra il dolo e l’inadempimento

(68) V., infatti, Zanone cr. Zanone (Cass., 17 luglio 1936, n. 2475), supra § 51 (p. 414 s.), ove venne accettato il dolo perché il venditore si era rifiutato di stipulare il contratto definitivo nell’intento di lucrare l’aumento valore degli stabili (supra § 59).


(70) Leone cr. Bianchi (Cass., 28 luglio 1925, n. 2376), supra §§ 44 (p. 370 s.) e 54 (p. 431).

(71) Si ricordi che il codice del 1865 non prevedeva la c.d. esecuzione coattiva dell’obbliga di contrarre.

(72) Cass. Torino, 21 luglio 1915, supra §§ 44 (p. 367 s.), 54 (p. 430) e 59 (p. 477).
zione tra dolo ed inadempimento è qui chiarissima, sia sotto il profilo cronologico che sotto il profilo giuridico. L’attività illecita del mandatario si stende ben al di fuori delle obbligazioni contrattuali e giunge ad interferire, senza giustificazione, nella sfera patrimoniale del mandante.

***

Da ultimo, sono da considerare le ipotesi, già prese in esame nel § 39, di resistenza in giudizio e di rifiuto di rilasciare l’immobile locato.

Quando, in quella sede, abbiamo escluso che la resistenza del locatore potesse venir qualificata dolosa, non eravamo ancora in grado di segnalarne la ragione. La quale, come l’indagine successiva ci ha mostrato, risiede nell’essere l’omissione del dovuto insiciente a configurare il dolo, anche se non siano dubbi i requisiti della coscienza e della volontarietà.

Tuttavia, se il dolo si manifestasse mediante una attività commissiva, quale potrebbe essere la pretesa resistenza in giudizio [Coccorullo cr. Nurne (2)], sarebbe, di nuovo, palese la distinzione tra il dolo e l’inadempimento od il ritardo; e la conseguente responsabilità, se riconosciuta esistente, nascerebbe non dall’inadempimento o dal ritardo — che resterebbero non dolosi — ma dalla successiva attività dolosa.

***

(2) Nella concreta decisione della controversia, questa distinzione ricevette una particolare applicazione perché una clausola del contratto disponeva che, in caso di inadempimento della società, «il Sig. Giffoni sarà libero di continuare a dare esecuzione al contratto nel modo e nei termini che egli intenderà e con il diritto, in questo caso, di revocare la procura», il rifiuto di restituire la procura — volto al fine di impedire che altri svolgessero l’attività omessa dalla società — sarebbe stato, pertanto, inadempimento contrattuale.

(3) Cit. supra nota 18.

66. Segue: natura dell’azione.

Esaminando, in questo paragrafo, i casi di coincidenza tra dolo ed inadempimento (o ritardo) — nei quali, cioè, il dolo è null’altro che una caratteristica soggettiva dell’inadempimento (o del ritardo) — si può dire che il rimedio giuridico spettante al credito ha natura esclusivamente contrattuale.

Su questa proposizione non vi sono dubbi in giurisprudenza (26); il problema è ignorato dalla dottrina più recente (26).

L’indagine sulla dottrina e sulla giurisprudenza italiana in tema di concorso di azioni, nei paragrafi 37 e seguenti, ha mostrato come, ad un certo punto, abbia prevalso la tesi della incompatibilità tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità aquiliana sorgenti dal medesimo fatto. Il successivo sviluppo, a proposito della lesione di diritti assoluti, è stato già spiegato (27) come un fenomeno di suorapposizione concettuale; ma ciò non toglie che, in linea generale, esso sia accettato senza riserve dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina.

È dubbio, tuttavia, se questo indirizzo abbia una qualche interna coerenza. Nel caso delle lesioni al viaggia-
tore, infatti, potrebbe sostenersi che l’azione contrattuale e quella extracontrattuale sorgono in conseguenza di due fatti distinti, sebbene concretati in un unico evento dannoso. D’altronde, chi sorge la causa petendi non nella violazione, rispettivamente, di un diritto sorgente dal contratto o di un dovere giuridico extracontrattuale, ma nel verificarci di un danno, ben può affermare che i due rimedi giuridici sono attribuiti al creditore-danneggiato in conseguenza di un solo evento, il quale, al tempo stesso, viola due norme giuridiche.

Essendo quest’ultima la tesi sottostante l’orientamento giurisprudenziale e dottrinale, non ha alcun senso — dato il metodo che ci siamo proposti di seguire — ragionare in base ad opposti principi.

Poiché, tuttavia, l’indagine compiuta nei paragrafi 40 e 41 ci ha mostrato che, in alcuni specifici casi, la regola generale è infranta e si ammette l’esistenza di una responsabilità aquiliana a carico del debitore doloso — argomento del quale ci occuperemo nel prossimo paragrafo — resta da comprendere su quali fondamenti riposi la regola generale dell’esperibilità della sola azione contrattuale in caso di inadempimento doloso.

***

La prima ragione è chiaramente concettualistica, accogliendo questo termine nel significato deteriore di inutile sovraristruttura concettuale. Mediante il procedimento già analizzato nel capitolo quarto (56), la violazione del neminem laedere — ecco un’altra sovraristruttura, che, perlomeno, ha incontrato le critiche della più recente dottrina — da luogo al concorso di azioni qualora venga leso un diritto assoluto,

tutelato erga omnes e preesistente al contratto. Non è questo il luogo di prendere in esame le, spesso ben fondate, critiche mosse alla concezione del neminem laedere quale radice di un dovere giuridico la cui violazione genera la responsabilità extracontrattuale; critiche che, d’altronde, sono egualmente penetranti quando si svolgono nei confronti dell’altra concezione che sorge nella responsabilità aquiliana la sancione della violazione di un diritto assoluto. Il dolo del debitore, nella misura in cui pregiudichi soltanto la realizzazione del rapporto obbligatorio, è chiaramente posto al di fuori di simili previsioni e, dunque, si mantiene nell’area contrattuale.

Una seconda ragione consiste nella sparizione degli originari attribuiti del dolo. La maggioranza delle sentenze esaminate — se questo dato statistico può avere qualche rilevanza — concerne l’inadempimento doloso commissivo (per avverso il quale è sufficiente la coscienza e la volontarietà del fatto). I discorsi sull’animus nocendi e su analoghi malvagi comportamenti non hanno alcuna attinenza con tali casi di inadempienza dolosa. Sebbene, come si vedrà nel prossimo paragrafo, sia certamente esatto riscontrare dolo in quelle ipotesi (di animus nocendi) — e si vedrà trattarsi di un terzo «tipo» di dolo — la giurisprudenza si è prevalentemente occupata di debitori la cui unica colpa risiedeva nell’avere anteposto i propri interessi a quelli del creditore. Occorrenza, è inutile dirlo, frequentissima.

L’aver negato per l’inadempienza omissiva, a differenza di quella commissiva, la sufficiente dei requisiti della coscienza e volontà e l’aver attribuito rilevanza alla caratteristica della definitività dell’inadempimento (57), è servito, tra l’altro, a restringere a pochi casi le ipotesi di dolo omissivo,

---

(56) Supra §§ 37-38.

(57) Supra §§ 59-62.
ma ha mantenuto fermo l’orientamento di base, secondo il quale l’inadempienza dolosa equivale all’inadempienza volontaria.

Così sottratti al dolo i suoi connotati delittuali, non vi era ragione di farne costruire una possibile responsabilità extracontrattuale. Il che, se ha eliminato la duplice tutela del creditore, ha reso ben più frequenti le ipotesi di inadempimento doloso (\textsuperscript{39}).

***

67. Dolo del debitore e fatto illecito extracontrattuale.

Esponendo le conclusioni raggiunte circa la nozione di dolo del debitore, abbiamo lasciato impregiudicata la possibilità che — oltre ai due “tipi” di dolo ivi delineati (\textsuperscript{39}) — ne esistesse un terzo “tipo”. È, adesso, il momento di sciogliere la riserva, in relazione all’indagine (svolta nel § 65) sul rapporto tra dolo ed inadempimento, che ci ha mostrato come, in taluni casi, la condotta dolosa sia distinta dall’inadempimento.

Si tratta, sempre di condotta attiva del debitore la quale: o mira a rendere impossibile l’esecuzione; o si aggiunge ad un comportamento il quale — di per sè — può o non cagionare tale impossibilità; od, infine, è — rispetto all’inadempimento — il mezzo per porre in atto una intesa illecita già raggiunta con un terzo.

Specialmente le due ultime ipotesi pongono il problema della natura del rimedio giuridico concesso al creditore. Avendo esposto, nei §§ 41 e 42, i fatti e le decisioni delle cause rilevanti, si tratta, adesso, di trarne le conclusioni alla luce dei principi giuridici enunciati nei precedenti paragrafi di questo capitolo.

***

Nella sentenza Catalano cr. Amato (\textsuperscript{40}) si legge la seguente affermazione:

\textsuperscript{39} Supra § 61.
\textsuperscript{40} Cit. supra nota 40.
Diritto italiano: conclusioni

«L’esecuzione di un rapporto contrattuale può offrire occasione per una attività illecita che, cadendo fuori dal campo della concreta volontà contrattuale, che diede vita al rapporto medesimo, e fuori dall’ambito riconoscibile delle previsioni dei paesicenti concernenti la esecuzione o la non esecuzione dell’obbligazione contratta, investe l’amplissimo campo del dovere giuridico di non invadere comunque con movimenti della propria attività la sfera patrimoniale altrui senza il sostrato di una pretesa legittima».

In siffatta ipotesi, conclude la Corte, si riscontrerebbe non il concorso tra la responsabilità contrattuale e quella aquiliana, ma la sola responsabilità aquiliana.

Nel contesto della motivazione, queste affermazioni non erano del tutto rilevanti; ma esse si ritrovano trascrite ed approvate in Razzini cr. Vernizzi (101), ove costituiscono il principio di diritto in forza del quale si decide la causa.

Richiamando i fatti di quest’ultima controversia, esposti nel § 41, vediamo come la Cassazione risolse il problema del rapporto tra l’azione contrattuale e quella aquiliana. La Corte si fondò su due distinte affermazioni: primo, che l’esistenza degli inadempimenti era elemento necessario dell’azione extracostituita, nel senso che essi erano il «mezzo per raggiungere lo scopo illecito»; secondo, che gli inadempimenti certo sussistevano, ma che nulla vieta al creditore di aspirare alla sola azione extracostituita.

La responsabilità aquiliana dei convenuti nasceva, pertanto, dal loro accordo doloso ai danni del creditore, il quale poteva far valere in giudizio o gli inadempimenti — mediante l’azione contrattuale — ovvero, mediante l’azione aquiliana, l’intesa tra i due debitori. Così chiarito che si trattava di due fatti distinti, è spiegabile perché la Cassazione abbia ritenute proponibili le domande di risoluzione proposte, in via riconvenzionale, dai convenuti. Pur distinti, i due fatti sono connessi in quanto che — come è già illustrato — gli inadempimenti erano il mezzo per raggiungere lo scopo illecito.

Anche nella più recente sentenza Industrie Filati cr. Fumai (102), si era ipotizzato un accordo illecito, in conseguenza del quale il mandatario si sarebbe reso inadempiente. È chiaro che, sia in questo caso che in Razzini cr. Vernizzi, l’accordo illecito integra, di per sè, una violazione delle obbligazioni contrattuali. La sua rilevanza, però, appare in un secondo momento e cioè quando, attuando l’intesa con il terzo, il debitore si rende inadempiente cagionando un danno.

Secondo la giurisprudenza, operatasi la scissione tra i due elementi, il primo (accordo illecito) drebbe luogo all’azione extracostituita.

Egualmente, in Gifoni cr. La Veloce (103), la Cassazione torinese opera una netta dicotomia tra la volontaria inesecuzione e l’intenzionale aggravamento, da parte del debitore, delle conseguenze dell’inadempimento.

Non vi è, pertanto, un concorso di azioni in senso proprio, perché al creditore non si attribuiscono due rimedi per il medesimo fatto: al contrario, gli si attribuiscono due distinti rimedi per due fatti distinti. Onde spetta a lui decidere quale fatto gli convenga allegare.

***

Pur non essendo questo il luogo per abbozzare una comparazione con i torts inglesi di conspiracy e di interference with contractual relations, è difficile trattenersi dal chiedere se la tesi della doppia tutela, ora delineata, risponda ad un

(101) Cit. supra nota 87.
(102) Cit. supra nota 85.
(103) Cit. supra nota 91.
critere generale o non invece debba essere limitata a fatti-
specie tipiche di illecito, quali le due ora richiamate.
A sostegno di questa seconda possibile soluzione, sono
da citare le pronunce in tema di vendita e di locazione rife-
ritte nel § 65.
In Bisoglio cr. Calvi (105), ad esempio, si ragionò proprio
in base al criterio della unicità o della duplicità del fatto im-
putato al debitore e si ritenne, in via di ipotesi, che la re-
 sponsabilità aquiliana sarebbe sorta qualora il debitore avesse
posto in essere una condotta distinta dall’adempimento e
dalla quale derivassero danni diversi. Ora, è chiaro come,
nelle ipotesi di collusione tra il debitore ed un terzo, il
danno derivante dall’inadempimento ha assunto certe caratte-
ristiche proprio in dipendenza dell’accordo illecito.
In Barone cr. Lussaghi (106), sempre in tema di vendita,
il fatto doloso mediante il quale si rese impossibile l’adempie-
mento dell’obbligazione è definito come «un vero delitto ci-
vile, nei sensi dell’art. 1151 cod. civ.» ed è distinto dal rifiuto
di consegnare la merce.
In Nicoletti cr. Soc. rappr. autom. (107), il delitto civile
fu egualmente riscontrato nel fatto del venditore di cosa mo-
bile il quale, ricevutone il prezzo, l’aveva consegnata ad altri.
In Leone cr. Bianchi (108), invece, non acquistò rilevanza
la differenziazione tra condotta dolosa ed inadempimento, pro-
babilmente per l’assorbente ragione che il creditore non aveva
inteso avvalersi dell’azione extracontrattuale e che la Corte
riteneva che, per superare i limiti imposti dalla clausola penale,
fosse sufficiente la sciente realizzazione di uno stato di fatto

(105) Cit. supra nota 89.
(106) Cit. supra nota 89.
(108) Cit. supra nota 90.

che precludesse l’adempimento (impossibilità della presta-
zione: supra, § 61).

***

La soluzione del problema sopra posto — trattarsi di
casi tipici o di manifestazioni di un principio generale — non'
è agevole. Le sentenze ora esaminate sono riconducibili a due
ipotesi specifiche: la collusione ai danni del creditore, dalla
quale appare l’animus nocendi, e lo stellionato (o figure ad
esso assimilabili); quest’ultimo è, per lunga tradizione, un
illecito tipico (delitto civile).
Si potrebbe, allora, enunciare la seguente proposizione:
al creditore è attribuita l’azione extracontrattuale quando il
debitore pone in essere una condotta, distinta dall’inadempie-
mento, la quale o consiste in un illecito tipico ovvero palesi
l’esistenza di un «animus nocendi» (109).

Nella sua formulazione generalmente accettata, il prin-
cipio, che ammette il concorso di azioni soltanto qualora sia
violato un diritto assoluto, sarebbe contrastante con la propo-
sizione ora formulata. Ciò, tuttavia, non può sminuire l’esat-
tezza giuridica di quest’ultima — con riferimento al diritto
vigente — perché abbiamo dimostrato come essa sia fondata
su un congruo numero di sentenze.

Assai significativo ci sembra il seguente brano di Indu-
strie Riunite cr. Fumai (108) ove, dopo essersi ripetuta la mas-
sima tradizionale sul concorso di azioni ed essersi affermato

(109) Questa proposizione spiega la sentenza Correale cr. Grimaldi (Cass.,
24 marzo 1966, n. 781), supra § 38 (pp. 322-323) e § 55 nota 215, nella parte
relativa alla violazione dei diritti di credito. Il dolo, in quel caso, era null’altro
che la volontaria inesecuzione di un’obbligazione di non fare: pur possedendo
le caratteristiche proprio del dolo commissivo — quali sono state delineate nei
paragrafi precedenti — esulava dalla condotta del debitore qualsiasi carattere di
malvagità, né essa ricadeva in alcuna figura tipica di illecito.

(108) Cit. supra nota 85.
che il debitore avrebbe, in ipotesi, violato soltanto un diritto contrattuale, così si prosegue con evidente contraddizione:

«La violazione del precatto generale “neminem laedere”... potrebbe, semmai, essere riconosciuta allorché venisse dimostrato che la persona, cui si attribuisce di aver fornito false o inesatte informazioni sulla solvibilità e solidità dell’impresa alla quale veniva fatto credito, abbia agito d’intesa con quest’ultima, al fine preordinato di danneggiare la ditta fornitrice...».

L’incongruenza, come si è detto, è palese; non si vede, infatti, come la violazione di un diritto sorto dal contratto possa sostituirsi alla violazione di quel diritto assoluto che, secondo la tesi generalmente accettata, è il presupposto della teoria del concorso di azioni.

Ma, proprio l’essere il brano surriferito posto a breve distanza dal brano, ove si era riaffermato il principio storico, mostra, a mio avviso, il vigore dell’eccezione e l’esattezza della proposizione conclusiva sopra formulata.

A ben vedere, dopo tutto, la condotta ispirata dall’animus nocendi è, anch’essa, una fattispecie tipica di illecito extracontrattuale, qualificato come delitto civile sia nel diritto romano che nel diritto comune (195). La proposizione conclusiva, pertanto, può essere semplificata affermando la sussistenza dell’azione aquiliana tutte le volte che, oltre all’inadempimento, si riscontri la commissione di un illecito tipico. Sta alla dottrina ed alla giurisprudenza il lavoro di ricerca e di elaborazione di tali figure tipiche; allo stato, noi ne abbiamo


Dolo del debitore e concorso di azioni

riscontrato due: la condotta malvagia (animus nocendi) e lo stallionato.

***

A ragione, pertanto, può parlarsi di un terzo “tipo” di dolo il quale — a differenza dai primi due, delineati nella sezione precedente — è situato al di fuori dall’area contrattuale ed, in particolare, è distinto dall’inadempimento (doloso o no) ad esso successivo, precedente o concomitante.

È, questo, l’unico residuo dell’antica nozione di dolo incentrata nell’animus nocendi e nella concezione delittruale. Il prevalere del contratto quale fonte di regolamento degli interessi, il regredire della responsabilità aquiliana in conseguenza del mutato tipo di organizzazione economica e sociale, hanno fatto sì che emergessero nuove configurazioni di dolo, ben diverse dalle antiche nozioni ereditate dal diritto romano e trasferite di peso dall’area aquiliana a quella contrattuale.

Tale residuo delle precedenti concezioni mantiene la caratteristica della eterogeneità rispetto alle obbligazioni contrattuali; eterogeneità che, nella teoria moderna, assume per fino il connotato della separazione cronologica.

***

In conclusione, si deve osservare che l’affermazione della responsabilità extracontrattuale del debitore doloso — ristretta, naturalmente, alle ipotesi esaminate in questo paragrafo — non pone in essere un vero e proprio concorso di azioni. La responsabilità aquiliana, infatti, nasce da un fatto diverso da quello che fa sorgere l’obbligazione contrattuale di risarcimento. La scelta del creditore, pertanto, non deve essere considerata irrevocabile: in presenza di due fatti illeciti —
lesivi di diritti protetti da norme diverse e riconducibili a diverse fonti — il creditore può usufruire a suo piacimento dei due mezzi di tutela a lui attribuiti dall’ordinamento. Egli può, ad esempio, esercitare l’azione aquiliana ed, in caso di insuccesso, volgersi all’azione contrattuale.

Questa regola, tuttavia, sembrerebbe discendere naturalmente dai principi comunemente ammessi in tema di concorso di azioni. Nel nostro caso, invero, l’esistenza di una duplicata responsabilità del debitore deriva naturalmente dal- l’avere riscontrato due causae petendi; onde non si comprenderebbe in base a quale principio una delle due causae petendi dovrebbe, per così dire, assorbire l’altra. Sarebbe da ammettere in sostanza, non soltanto la facoltà del creditore di scegliere tra le due azioni, ma anche il suo potere di avvalersi di entrambe (sia in tempi ed in sedi diverse che nel medesimo giudizio).

***

Si spieghino, allora, le soluzioni giurisprudenziali in tema di clausola penale: il dolo del debitore comporta il risarcimento integrale del danno subito dal creditore non tanto perché l’inadempienza sia commissiva quanto perché la condotta del debitore integra un illecito aquiliano. Nei casi esaminati in precedenza (§§ 44 e 68), invero, la commissione imputata al debitore era costitutiva di responsabilità extracontrattuale, in quanto si aggiungeva all’inadempimento omissivo (110).

***

68. DOLO DEL DEBITORE E REATO.

Dottrina e giurisprudenza in tema di rapporti tra dolo del debitore e reato (o, più propriamente, delitto) sono state riferite nel § 40. In quella sede si espose anche la tesi secondo la quale, nel diritto italiano, è attribuita al creditore l’azione aquiliana quando l’inadempimento si risolva in un reato doloso ovvero sia un mezzo per la commissione di un reato.

Dobbiamo, adesso, chiederci quale relazione abbia quella tesi con le considerazioni formulate in questo capitolo sulla nozione di dolo del debitore e sul concorso di azioni.

Dire, infatti, che il reato genera l’azione aquiliana in concorso con l’azione contrattuale ha un senso solamente qualora fosse dimostrato che, altrimenti, il creditore avrebbe dovuto contentarsi della sola azione contrattuale.

Se il reato consiste in un fatto distinto dall’inadempimento, e caratterizzato dall’animus nocendi, rientriamo nelle ipotesi previste nel paragrafo precedente: l’azione aquiliana compete al creditore anche al di fuori dell’accertamento del reato.

Non vogliamo e non possiamo toccare qui i temi, tanto controversi, della dottrina generale del reato e del suo elemento soggettivo, ma ci sembra abbastanza fondato dire che raramente il dolo penale — quando si accompagna all’inadempienza dolosa — sfuggì all’alternativa di configurare anche un illecito aquiliano tipico o di essere caratterizzato dall’animus nocendi (111).

(110) Tale precisazione toglierebbe qualche rilevanza alle argomentazioni di CoVIELLO, L., Jr., Causa penale e risarcimento del danno, in Foro it., 1983, I, 1696 e 1699, perché, pur negando che il dolo del debitore valga a superare i limiti della penale, questo Autore fa salva l’ipotesi della responsabilità aquiliana.

(111) L’animus nocendi, come si è già illustrato, vale — da solo — ad individuare la figura dell’illecito doloso (senza, però, che ne sia componente essenziale).
Tuttavia, secondo la ricerca svolta in precedenza, l’azione aquiliana è attribuita al creditore quando il dolo del debitore si manifesta al di fuori dell’inadempimento. Qualora il reato fosse costituito da una condotta indistinta rispetto all’inadempimento, la concessione dell’azione provocherebbe una eccezione alla regola generale.

In Società Calci e Cementi Di Segni cr. Delle Rose (112), già riferito nel § 40, si riscontra la suddetta coincidenza: la appropriazione indebita imputata al cassiere era, al tempo stesso, inadempimento del contratto di lavoro. La Cassazione non ebbe dubbi nell’affermare che il cassiere fosse soggetto sia all’azione contrattuale che all’azione aquiliana. Poiché questa decisione è conforme all’orientamento dominante, si può affermare che l’esistenza del reato toglie rilevanza alla distinzione tra dolo del debitore ed inadempimento — valida, tuttavia, quando non è riscontrabile un reato — ed induce, in ogni caso, la responsabilità extracontrattuale del debitore.

***

Trattasi o meno di concorso di azioni? Giustamente è stato osservato che il quesito non ha ragione di essere quando per il reato si proceda in sede penale (113). L’azione esercitata dalla parte civile, in tale ipotesi, è esclusivamente quella extracontrattuale. La ragione di questa soluzione è che la commissione del reato, comportando la violazione di norme di ordine pubblico, assorge la violazione delle norme — essenzialmente derogabili — attinenti la responsabilità contrattuale.

(112) Cass., 6 agosto 1964, n. 2252, supra § 40 (p. 336 ss.).
(113) CARADONNA, Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale, in Riv. dir. comm., 1922, 1, 201 e 271-372.

Dolo del debitore e reato

Qualche perplessità può essere sollevata su siffatta affermazione. Si è, infatti, dimostrato che la responsabilità incombente sul debitore doloso, una volta chiarita la polivalenza della nozione di dolo del debitore, è inderogabile ed insuscettibile sia di stipulazione limitative che di essere ristretta nei confini di una determinazione preventiva (caparra, penale).

È inutile negare che, pur tuttavia, la violazione della norma penale — a torto-èl a ragione — è comunemente considerata ben più rilevante per l’ordinamento della violazione di una, pur inderogabile, norma sulla responsabilità civile. Ed è per questo motivo che l’esistenza del reato immuta il titolo della responsabilità del debitore e rende quest’ultima extracontrattuale.

Da un punto di vista pratico, il problema si pone soltanto quando l’azione di danni è esercitata al di fuori del giudizio penale. Così, infatti, era accaduto in Società Calci e Cementi cr. Delle Rose, a seguito dell’assoluzione per amnistia del debitore imputato di appropriazione indebita.

L’essersi affermato da parte della Cassazione, in quella sentenza, che il creditore ben avrebbe potuto avvalersi dell’azione contrattuale, è, forse, da intendersi, come una adezione al principio della esperabilità successiva dei due rimedi. Il creditore, infatti, si era costituito parte civile nel giudizio penale, così invocando la responsabilità aquiliana del cassiere. Ammettere che, successivamente all’amnistia, il creditore possa convenire il debitore avanti il giudice civile mediante l’azione contrattuale, significa che le due responsabilità non si sovrappongono e che ciascuna di esse può essere dedotta dal creditore, sia pure in azioni successive.

Anche in Industrie Filati cr. Fumanì (114), d’altronde, la ditta creditrice si era costituita parte civile nel processo con-

(114) Cit. supra nota 85.
clusosi con l’assoluzione del Fumai ed aveva successivamente intentato un’azione di risarcimento, nella quale aveva, tra l’altro, dedotta l’esistenza di un inadempimento colposo.

Da ciò potrebbero trarsi argomenti a sostegno della proposizione, enunciata a conclusione del paragrafo precedente, circa l’indipendenza tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale e la possibilità per il creditore di avvalersi di entrambi i rimedi giuridici.

***

Infine, dovrebbe osservarsi come l’affermazione che dal reato scaturisce l’azione extracontrattuale di danni significa — nella sua essenza — che il reato è un fatto illecito tipico. La sanzione del dolo derivava, originariamente, dall’essere il dolo un illecito tipico punito mediante un’azione penale o semipenale (115). Questa idea di fondo si è annidata, oggi, soltanto nei casi di reato cd, a quanto sembra, in talune ipotesi nelle quali il dolo del debitore manifesta caratteri diversi ed ulteriori da quelli assunti normalmente nell’inadempimento dell’obbligazione.

***

69. **Osservazioni finali.**

L’aver voluto esporre il diritto italiano — questo «quid» obiettivo di cui dobbiamo assumere l’esistenza — ha fatto sì che non tutti i problemi segnalati nel § 47 trovassero soluzione. In questo paragrafo conclusivo vorremmo segnalare quali sono i problemi i quali — per ragioni di coerenza interna o di opportunità — attendono ancora di essere risolti. Riprendiamo il § 47 e riascimmiamo, una per una, le questioni ivi sollevate, riservandoci di proporre alcune valutazioni critiche al termine della comparazione (116).

A) **Volontà di recare danno.** L’evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, che ha portato ad escludere la volontà di recare danno dai requisiti del dolo del debitore, è stata sufficientemente lumeneggiata. Su di essa, comunque, torneremo nei §§ 76 e 77.

B) **Consapevolezza di recare danno.** La ricerca che abbiamo svolto ha mostrato come la «consapevolezza di recare danno» altro non sia che un artificio terminologico per indicare la volontà di recare danno. Ed, infatti, espinto questo ultimo carattere del dolo, la consapevolezza di recare danno è diventata la consapevolezza e la volontà di violare il rapporto obbligatorio. Ma — e così ci si sottrae alle critiche mosse nel § 47 lett. B — il requisito della coscienza e volontà è applicato ai soli casi di inadempienza commissiva.

La brevità di queste enunciazioni, le quali riassumono conclusioni ormai note, nasconde due problemi insoluti che

(115) *Supra* cap. I e, particolarmente i §§ 2, 3, 6 e 12.

(116) *Infra* § 77.
derivano dall’orientamento giurisprudenziale. Innanzitutto, non è agevole applicare la teoria della «coscienza e volontà» quando l’azione imputata al debitore consiste in un far male e non in un far una cosa vietata». L’assicuratore il quale gestisce la lite a proprio vantaggio ed in danno dell’assicurato; l’appaltatore che costruisce difformemente dal progetto; questi ed altri possibili esempi illustrano la limitazione di quella teoria quando si esca dal campo delle obbligazioni di non facere. Come, in tali casi, sia da configurarsi il dolo, noi non sapremmo dire.

Il secondo problema riguarda le conseguenze sociali del dolo così configurato. Alla stregua della definizione accolta dalla giurisprudenza, ogni violazione di un patto di astensione dalla concorrenza sarebbe dolosa; non si dimentichi l’opere della presunzione di dolo nella ipotesi di inadempienza commissiva, la quale, come nella situazione ora ventilata, cagioni una impossibilità di eseguire. In sostanza, sarebbe doloso ogni inadempimento (cosciente e volontario) dell’obbligazione di non facere. Tenendo a mente che il dolo comporta la responsabilità per il danno imprevedibile, più d’uno potrebbe ritenere che la giurisprudenza si sia spinta troppo innanzi.

C) Dichiarazione di non voler adempiere ed inadempienza dolosa. F) Dolo e colpa.

È qui che la distinzione tra omissione e commissione acquista notevole rilevanza, perché — come abbiamo veduto — dalla dichiarazione di non voler adempiere non deriva l’accertamento del dolo; ciò avviene non perché manchi la coscienza e volontà, ma perché — per aversi l’inadempienza omissiva dolosa — occorre che si ponga in essere una condotta riprovevole.

Viene, allora, chiedersi se tale impostazione sia coerente con la tradizionale posizione del problema dell’inadempi-
creditore l'azione aquiliana, se, e nella misura in cui, la con-
dotta dolosa esorbiti dalle previsioni contrattuali — come af-
fermano alcune delle sentenze richiamate nel § 67 — po-
trebbe apparire logica a molti ed incontrare consenso. Tut-
tavia, resta il fatto che essa è radicata su un criterio otorogenu-
rispetto a quello posto alla base della teoria predominante; 
 onde uno di essi deve cadere (v. infra, §§ 76 e 77).

***

APPENDICE AL CAPITOLO SESTO

Giurisprudenza italiana

citata nei capitoli precedenti

CASS. TORINO, 1° maggio 1867, in Mon. Trib., 1874, 729.
CASS. TORINO, 14 settembre 1866, in Mon. Trib., 1868, 943.
CASS. TORINO, 27 luglio 1871, in Giur. Tor., 1871, 562.
APP. TORINO, 29 giugno 1872, in Legge, XII, 922 (cit. da Giorgi, Obbliga-
CASS. FIRENZE, 18 novembre 1872, in Legge, 1873, I, 652.
APP. VENEZIA, 15 maggio 1874, in Mon. Trib., 1874, 729.
CASS. TORINO, 30 dicembre 1875, in Mon. Trib., 1876, 177.
CASS. TORINO, 12 gennaio 1876, in Mon. Trib., 1876, 233.
CASS. TORINO, 9 marzo 1876, in Mon. Trib., 1876, 452.
APP. ROMA, 9 marzo 1876, in Mon. Trib., 1876, 460.
CASS. ROMA, 16 giugno 1876, in Mon. Trib., 1876, 1321.
CASS. FIRENZE, 3 agosto 1878, in Legge, 1879, I, 11.
APP. BOLOGNA, 7 dicembre 1878, in Foro It., Rep., 1879, Resp. civ., 79.
APP. GENOVA, 11 dicembre 1880, in Foro It., Rep., 1881, Noleggio, 14.
CASS. TORINO, 14 dicembre 1889, in Foro It., Rep., 1891, Noleggio, 12.
APP. PALERMO, 26 marzo 1881, in Foro It., Rep., 1881, Noleggio, 15-16.
APP. TORINO, 23 febbraio 1882, in Foro It., Rep., 1883, Obligazioni, 25.
CASS. FIRENZE, 26 febbraio 1883, in Temi vol., 1883, 26.
APP. MESSINA, 7 maggio 1883, in Foro It., Rep., 1883, Noleggio, 9.
CASS. TORINO, 17 luglio 1885, in Foro It., 1885, I, 873.
APP. LUCCA, 16 ottobre 1885, in Foro It., 1885, I, 37.
CASS. TORINO, 23 settembre 1886, in Foro It., Rep., 1886, Competenza civile, 49-50.
CASS. PALERMO, 31 dicembre 1890, in Foro It., 1891, I, 695.
APP. GENOVA, 18 febbraio 1893, in Diritto commerciale, XI, 472.
APP. ROMA, 26 luglio 1894, in Foro It., Rep., 1895, Resp. civ., 164.
TR. BOLOGNA, 22 novembre 1894, in Foro It., Rep., 1895, Resp. civ., 157-158.
CASS. TORINO, 27 gennaio 1895, in Giur. Tor., 1895, 289.
APP. TORINO, 27 febbraio 1895, in Foro It., Rep., 1895, Resp. civ., 151.
CASS. TORINO, 6 marzo 1895, in Foro It., 1895, I, 495.
CASS. TORINO, 26 aprile 1895, in Mon. Trib., 1895, 870.
CASS. NAPOLI, 25 maggio 1895, in Foro It., 1895, I, 618.
CASS. NAPOLI, 13 luglio 1895, in Foro It., 1895, I, 1029.
CASS. NAPOLI, 1 agosto 1895, in Foro It., Rep., 1895, Resp. civ., 156.
APP. MILANO, 23 luglio 1926, in Foro It., Rep. 1926, Moneta, 19.  
CASS., 25 novembre 1926, in Foro It., 1927, I, 1, 161.  
CASS., 11 dicembre 1926, n. 3217, in Giur. It., 1927, I, 1, 297.  
* CASS., 21 dicembre 1926, n. 3371, in Foro It., Rep. 1926, Obblig. e Contr. 343  
[cons. in originale].  
APP. NAPOLI, 30 dicembre 1926, in Foro It., Rep. 1928, Moneta, 22.  
CASS., 11 gennaio 1927, in Giur. It., 1927, I, 1, 186.  
CASS., 12 gennaio 1927, in Foro It., 1927, I, 559.  
CASS., 27 gennaio 1927, n. 322, in Foro It., Rep. 1927, Trasporto (Contratto di),  
17-18.  
CASS., 2 marzo 1927, in Foro It., 1927, I, 300.  
CASS., SKZ. SVCE, NOVEX, 9 aprile 1927, in Giur. It., 1927, I, 1, 815.  
APP. MILANO, 29 aprile 1927, in Foro It., Rep. 1927, Moneta, 10.  
CASS., 10 maggio 1927, in Giur. It., 1927, I, 1, 971.  
CASS., 16 maggio 1927, n. 1771, in Foro It., Rep. 1927, Assicurazione (Contratto di), 33.  
* CASS., 25 maggio 1927, n. 1911, in Foro It., 1927, I, 1049 [cons. in originale].  
CASS., SKZ. UN., 8 giugno 1927, in Foro It., 1927, I, 660.  
CASS., 17 giugno 1927, in Foro It., 1927, I, 593.  
CASS., 21 giugno 1927, in Giur. It., 1927, I, 1, 946.  
APP. PER., 6 luglio 1927, in Giur. It., 1928, II, 32.  
CASS., 8 luglio 1927, in Foro It., Rep. 1927, Vendita, 365.  
APP. CAPANESE, 12 luglio 1927, in Foro It., Rep. 1928, Dannii inad. contr., 42.  
Indice della giurisprudenza italiana

* CASS., 14 luglio 1936, n. 2475, in Foro It. Rep., 1936, Obl. e contr., 388 [cons. in originale].

CASS., 30 luglio 1936, in Giar. It., 1936, I, 1, 962.


CASS., SEC. UN., 26 febbraio 1937, n. 588, in Foro It., 1937, I, 1194.


APP. MILANO, 23 aprile 1937, in Foro Lomb., 1937, 105.

APP. LECCE, 23 aprile 1937, in Foro It. Rep., 1939, Oblig. e contr., 449.


CASS., 7 febbraio 1938, in Temi Emil., 1938, 80 [cons. in originale].

CASS., 18 marzo 1938, n. 880, in Foro It., 1938, I, 608.


* CASS., 26 aprile 1938, n. 1411, in Foro It. Rep., 1938, Oblig. e contr., 166 [cons. in originale].


* CASS., 20 giugno 1938, n. 2072, in Foro It. Rep., 1938, Dannii inad., 17 [cons. in originale].

APP. LECCE, 14 luglio 1938, inedita [cons. in originale].

APP. BRESCIA, 20 luglio 1938, in Foro Lomb., 1938, 297.


APP. PADOVA, 8 novembre 1938, in Foro Sic., 1938, 356.

* CASS., 27 febbraio 1939, n. 642, in Giar. It., 1939, I, 1, 633 [cons. in originale].


APP. TORINO, 29 maggio 1939, in Banco, Borsa, 1940, 54.

CASS., 15 giugno 1939, in Riv. dir. nav., 1940, II, 316.

APP. BOLOGNA, 4 gennaio 1940, in Temi Emil., 1940, 75.

APP. GENOVA, 13 gennaio 1940, in Temi Gen., 1940, 658.

* APP. BRESCIA, 17 gennaio 1940, in Temi Lomb., 1940, 412 [cons. in originale].

CASS., 29 gennaio 1940, n. 345, in Foro It., 1940, I, 627.

CASS., 5 marzo 1940, in Giar. It., 1940, I, 1, 465.

* CASS., 27 marzo 1940, n. 955, in Foro It. Rep., 1940, Resp. civ., 70 [cons. in originale].

APP. BRESCIA, 10 aprile 1940, in Foro It. Rep., 1940, Trasporto (contratto di) 20.

APP. CATANZANO, 23 aprile 1940, in Foro It. Rep., 1940, Specie giud., 97.

CASS., 27 maggio 1940, n. 1669, in Foro It. Rep., 1940, Resp. civ., 71.

* APP. BOLOGNA, 10 giugno 1940, in Temi Emil., 1941, I, 2, 30 [cons. in originale].

APP. NAPOLI, 12 giugno 1940, in Riv. dir. navig., 1940, II, 316.


CASS., 23 giugno 1941, n. 1889, in Riv. dir. navig., 1941, II, 147.

* APP. BOLOGNA, 10 luglio 1941, in Temi Emil., 1942, I, 3, 10 [cons. in originale].

CASS., 6 ottobre 1962, n. 2858, in Foro It. Mass., 107 [cons. in originale].
APP. MESSINA, 5 febbraio 1963, inedita [cons. in originale].
APP. BARI, 18 febbraio 1963, inedita [cons. in originale].
CASS., 8 ottobre 1963, n. 2677, in Foro It. Rep., 1963, Obl. e contr., 298 [cons. in originale].
TRIB. NAPOLI, 26 novembre 1963, in Dir. e giur., 1964, 561.
TRIB. GENOVA, 29 aprile 1964, in Dir. Maritt., 1965, 671.
CASS., 6 agosto 1964, n. 2232, in Foro It. Rep., 1964, Dann. per inad., 2 [cons. in originale].
CASS., 29 settembre 1964, n. 2457, in Foro It., 1965, I, 358.
Indice della giurisprudenza italiana

CASS., 20 ottobre 1964, n. 2631, in Foro It., 1965, I, 842.
*CASS., 28 novembre 1964, n. 2829, in Foro It. Rep., 1964, Resp. civ., 56 [cons. in originale].

*CASS., 10 febbraio 1965, n. 265, in Foro It. Rep., 1965, Obl. e contr., 329 [cons. in originale].
CASS., 26 febbraio 1965, n. 311, in Foro It., 1965, 779.
APP. NAPOLI, 3 marzo 1965, in Giur. It., 1966, I, 2, 137.
CASS., 16 marzo 1965, n. 447, in Foro It. Mass., 120.
*CASS., 22 marzo 1965, n. 468, in Giur. Sic., 1965, 480 [cons. in originale].
CASS., 4 agosto 1965, n. 1869, in Foro It., 1965, I, 1852.
APP. GENOVA, 9 agosto 1965, in Foro It., 1965, I, 1854.
CASS., 6 dicembre 1965, in Foro It. Mass., 710.

*CASS., 30 luglio 1966, n. 2139, in Arch. resp. civ., 1966, 741 [cons. in originale].
CASS., 5 novembre 1966, n. 2723, in Foro It., 1967, I, 2426.
APP. MILANO, 26 maggio 1967, in Foro It., 1967, I, 1921.
CASS., 8 luglio 1967, n. 1705, in Foro It., 1967, I, 1701.
CASS., 3 luglio 1968, n. 2240, in Foro It., 1968, I, 2466.
CASS., 13 luglio 1968, n. 2321, in Foro It., 1968, I, 2424.

***
Parte Terza

COMPARAZIONE

CAPITOLO SETTIMO

Comparazione fra i diritti italiano e francese
CAPITOLO SETTIMO

COMPARAZIONE FRA I DIRITTI ITALIANO E FRANCESE

SEZIONE I. - Dolo e mala fede del debitore.
Rimedio giuridico.

SEZIONE II. - Osservazioni conclusive generali e di metodo.
Dolo e mala fede del debitore.
Rimedio giuridico

70. *Mauvaise foi* e mala fede.
71. Inadempienza omissiva e lite temeraria.
72. Inadempienza commissiva: « Un dolo » o « tanti doli »?
73. Segue: la prova del dolo.
74. Stato d’animo e riprovevolezza della condotta.
75. Dolo negoziale, dolo del debitore e dolo aquiliano.
76. L’azione di inadempimento doloso: natura giuridica.
77. Spunti critici sul diritto italiano.

***

70. **Mauvaise foi** e *mala fede*.

Il lettore, che avesse seguito pazientemente il nostro lavoro, a traverso i capitol i via via dedicati all’indagine storica, al diritto francese ed al diritto italiano, dovrebbe, ora, sentirs i frastornato e confuso almeno quanto l’autore. Il quale, ed è non lieve confessione, scopre quanto *eterogenei* siano i materiali raccolti e quanto impervia sia l’opera di ricostruzione e di comparazione. L’omogeneità dei dati non è stata sempre raggiunta e, pertanto, dovremo tornare sul terreno casistico. È bene, tuttavia, avvertire subito che i dati sui quali si opererà mancano di omogeneità anche perché diverso è stato il loro grado di *elaborazione*, rispettivamente, nella prima e nella seconda parte del lavoro: l’attività ricostruttiva — come pure si è osservato all’inizio del capitolo precedente — ha acquisito prevalenza sulla parte espositiva nel diritto italiano. Si che la comparazione ha per oggetto
due serie di dati, per il diritto francese e per il diritto italiano, la seconda delle quali potrebbe — in maggiore o minore grado — essere viziosa proprio da quell’opera ricostruttiva.

***

Entrambi gli ordinamenti offrono una precisa valutazione del comportamento tenuto dal debitore di somma di danni (1), il quale si serva del processo come di un mezzo per ritardare l’adempimento. In tal caso, il diritto francese rileva una mauvaise foi nel ritardo, per gli effetti dell’art. 1153 code civil (2); il diritto italiano, invece, sembra giudicare irrillevante quel contegno del debitore — ai fini della valutazione della sua responsabilità contrattuale per il ritardo — e, se mai, lo sussiste nella previsione dell’art. 96 cod. proc. civ. (responsabilità processuale aggravata) (3).

Questa osservazione solleva due problemi preliminari: a) se la responsabilità processuale aggravata nel diritto italiano e la responsabilità per mauvaise foi (del debitore di obbligazione pecuniaria) nel diritto francese abbiano il medesimo oggetto; b) se esse sorgano in conseguenza del verificarsi di situazioni di fatto simili.

Non è facile dare una precisa risposta al primo problema. Il quarto comma dell’art. 1153 code civil prevede il risarcimento del «préjudice indépendant [du] retard»: l’art. 96 cod. proc. civ., invece, non specifica quali danni debbano essere risarciti, sebbene — conformemente ad una lunga tradizione che rimonta all’Ordonnance del 1539 (4) — sia abba-

Art. 96 c.p.c. ed art. 1153 code civil

stanza chiaro che si tratta del danno cagionato dal processo. La giurisprudenza italiana non ha avuto modo di chiarire se il danno cagionato dal processo consista nelle spese sopportate dal creditore (esborsi non ripetibili, onorari di avvocato superiori a quelli liquidati dalla sentenza, etc.), ovvero anche nell’indisponibilità del bene durante lo svolgersi del processo. È, tuttavia, abbastanza probante l’orientamento della giurisprudenza in tema di ritardo del conduttore nel rilasciare l’immobile locato (5); altro è il pregiudizio derivante dall’indisponibilità del bene fino a che dura il processo, altro è il danno risarcibile ex art. 96 cod. proc. civ.: il primo cade sotto l’azione contrattuale per ritardo (non doloso), il secondo cade sotto l’azione (extracontrattuale) di responsabilità aggravata.

Per quel che attiene le obbligazioni pecuniarie, si avrebbe, nei due diritti, una simile responsabilità, perché sia l’articolo 1153 code civil che l’art. 96 cod. proc. civ. hanno riguardo al danno causato non dal ritardo, ma dal contegno che il debitore (rispettivamente, con mauvaise foi e con dolo o colpa grave), tiene nel processo.

Il secondo problema sopra delineato — coincidenza o meno delle situazioni di fatto dalle quali sorge la responsabilità — sembrerebbe mostrare una ulteriore somiglianza tra i due ordinamenti. La mauvaise foi è nozione più estesa di quella di dol (6), ma anche il dolo dell’art. 96 cod. proc. civ. — cui è assimilata la colpa grave allo stesso modo che l’erreur grossière è equiparata alla mauvaise foi — è nozione più estesa di quella di dolo nell’articolo 1225 cod. civ. Si è veduto a suo luogo (7) che la serie di comportamenti, dai quali è dato desumere il dolo ai fini della responsabilità processuale aggravata.

---

(1) Come si è ricordato nel corso del lavoro, non è rilevante, ai nostri fini, il distinguere tra le obbligazioni pecuniarie secondo della loro fonte.
(2) Supra §§ 22, 23, 25, 26.
(3) Supra §§ 39, 49 e 59.
(4) Supra § 3 bis.
(5) Supra §§ 39 e 59-60.
(6) Supra §§ 25, 26 e 29.
(7) Supra § 39.
si differenzia notevolmente da quelli che vengono in considerazione per la responsabilità contrattuale aggravata.

Avremmo, dunque, la seguente situazione: la mauvaise foi del debitore di somma di danaro consiste in un comportamento posto in essere successivamente alla scadenza dell’obbligazione, il quale, di solito, si manifesta nel processo e dà origine ad una azione extracontrattuale di danni; questa azione ha per oggetto il risarcimento del pregiudizio subito dal credito a causa della mauvaise foi del debitore-convenuto: nel diritto italiano, quella medesima situazione di fatto cade sotto la previsione dell’art. 96 cod. proc. civ. e fa sorgere, in capo al credito, un analogo rimedio.

Il diritto italiano, tuttavia, prevede una diversa situazione, dalla quale anche consegue una responsabilità aggravata del debitore. Questa volta la responsabilità ha natura contrattuale e si fonda sul motivo dell’inadempimento omissivo: è il caso del debitore di somma di danaro il quale non esegua al fine di trar vantaggio dalla svalutazione monetaria (\(^\text{(7)}\)). A prescindere da questa ipotesi — che non sappiamo come sarebbe regolata dal diritto francese — vi è una sostanziale uniformità tra i due ordinamenti, che merita qualche parola di commento.

***

Le nozioni di mauvaise foi e di mala fede svolgono, nei rispettivi ordinamenti, funzioni assai dissimili; come spesso avviene nella comparazione giuridica, quelle funzioni non sono determinabili se non mediante l’esame del regolamento concretamente adottato per le tipiche situazione di fatto.

La giurisprudenza francese cominciò a parlare di mauvaise foi nelle obbligazioni pecuiarine ben prima che il legislatore modificasse l’art. 1153 code civil allo scopo di per-mettere il risarcimento del danno superiore agli interessi legali (\(^\text{(8)}\)). L’innovazione giurisprudenziale, sostanzialmente recepita dal legislatore, si era svolta senza utilizzare la nozione di dol e senza seguire i passaggi obbligati dell’indagine psicologica e della definizione dei rapporti tra dol ed inadempimento. Al fondo di questa singolare evoluzione stava, evidentemente, la sensazione che la responsabilità aggravata del debitore di somma di danaro non consistesse nel semplice non adempiere — sanzionato mediante la condanna al pagamento degli interessi di mora — ma dovesse trovare radice in un comportamento diverso e successivo (\(^\text{(9)}\)).

Riutilizzando di applicare l’art. 1225 cod. civ. all’omissione del pagamento, la nostra giurisprudenza ha dato corpo alle medesime esigenze. Nell’uno e nell’altro ordinamento rimane fermo il principio che l’inadempimento di un’obbligazione pecuniaria fa sorgere soltanto l’obbligo di corrispondere gli interessi legali (salvo, per noi, il secondo comma dell’articolo 1226 cod. civ.). La responsabilità aggravata, pertanto, scaturisce da un contegno posteriore alla scadenza dell’obbligazione.

È interessante osservare che la natura extracontrattuale del rimedio giuridico attribuito al credito deriva, nei due ordinamenti, da diverse ragioni. Nel diritto italiano vi è l’art. 96 cod. proc. civ. (ef. l’art. 370 del cod. proc. civ. 1865); nel diritto francese manca una norma comparabile (\(^\text{(10)}\)) e, pertanto, la giurisprudenza si è trovata a dover colmare una lacuna legislativa (\(^\text{(11)}\)). L’avere scelto di ricorrere alla responsabilità

\(^{\text{(7)}}\) Supra § 23.

\(^{\text{(8)}}\) Non è ovvio, in tale contesto, il ricorso a Mollino, perché questo Autore presumeva che il dol del debitore di obbligazione pecuniaria consistesse in un vero e proprio animus danniferei (supra § 11).

\(^{\text{(9)}}\) Supra § 21.

\(^{\text{(10)}}\) Per un interessante spunto in questo senso, v. Modica, I danni - interessi compensativi nel diritto civile italiano, Torino, 1913, 77 ss.
aquiliana piuttosto che ad una estensione di quella contrattuale è spiegabile non soltanto con la preminenza attribuita alla prima durante il secolo scorso, ma anche con la distinzione tra il momento di esternazione della mauvaise foi — e gli interessi da essa violati — ed il momento della condanna, e gli interessi violati, dall’obbligazione inadempita. In questa prospettiva, la scelta giurisprudenziale si è rivelata seconda di sviluppi per l’intero campo del dolo, in quanto ha posto in luce come, nel diritto francese, esista una fondamentale distinzione tra l’inadempimento ed il dolo del debitore.

La giurisprudenza italiana, riconoscendo l’inidoneità della semplice omissione a costituire il debitore in dolo, è stata necessariamente condotta a servirsi dell’art. 96 cod. proc. civ., così raggiungendo traguardi analoghi a quelli cui è pervenuta — sebbene per altre vie — la giurisprudenza francese.

La mala fede non ha trovato, nel diritto italiano, quelle possibilità di applicazione che, a causa delle suddette lacune legislative, erano offerte alla mauvaise foi nel diritto francese. Al di fuori delle obbligazioni pecuniarie, d’altronde, la mala fede non si presta ad essere agevolmente utilizzata e, come si è detto a proposito dell’art. 1375 cod. civ. (1), da essa appare null’altro che un criterio di valutazione di una condotta, la quale integra o meno l’inadempimento a prescindere dell’accertamento della mala fede.

Analizzando i possibili modi di operare del criterio di mala fede, vediamo, infatti, come la mala fede possa ben costituire uno dei canoni mediante i quali si determina la riprovevolezza della condotta nei casi di inadempienza omissiva. Sappiamo, invero, che la neutralità psicologica dell’omissione — ai fini del giudizio sul dolo — è vinta solo quando si riscontra una condotta riprovevole del debitore; la mala

fede, come è osservato da più di una sentenza (14), può ben essere uno dei criteri del giudizio di riprovazione.

Nei casi di inadempienza commissiva, d’altra parte, la mala fede è solitamente irrilevante, perché il dolo del debitore è costituito dalla coscienza e volontà di rendersi inadempiente e di provocare l’impossibilità dell’esecuzione.

Rileva, invece, la mala fede in quella serie di ipotesi che solitamente non vengono prese in considerazione sotto tale profilo: mi riferisco alla collusione tra il debitore ed un terzo, nonché ai casi nei quali vi è una scissione tra inadempimento (omissivo) ed attività commissiva, la quale cagioni l’impossibilità di adempiere l’obbligazione. La scissione tra inadempimento e condotta dolosa ci riporta, nel diritto italiano, a quella che è stata l’origine storica della mauvaise foi nel diritto francese, e — pur in situazioni diverse dall’inadempimento dell’obbligazione pecuniaria — appresta un duplice rimedio (contrattuale ed extracostitutivo) al credito di buona fede.

***


(1) Supra, cap. VI, n° 12.
71. **Inadempienza omissiva e lite temeraria.**

L'assenza di una norma corrispondente al nostro articolo 96 cod. proc. civ. ha avuto rilievi importanti, nel diritto francese, anche per quel che attiene la nozione di dolo del debitore; ne è, invero, derivata l'**inserzione, nell'area del dolo, degli inadempimenti omissivi cui segua una condotta attiva nel processo.** Il dolo, in questo caso, è tuttavia riferito non all'attività processuale, ma alla violazione del rapporto obbligatorio (c.d. inadempimento doloso).

La semplice omissione del dovuto, pertanto, acquista il carattere del dolo quando viene colorata da un comportamento **successivo**; quest'ultimo svela l'**animus** del debitore e provoca l'accertamento del dolo.

Per questa via, si supera il limite costituito dalla neutralità psicologica dell'omissione. Il diritto italiano, non andando oltre la **giustapposizione** della fase dell'inadempimento alla fase della resistenza processuale, esclude la natura dolosa dell'omissione e, se mai, attribuisce al debitore soltanto i danni a lui spettanti **ex art. 96 cod. proc. civ.**

Di qui alcune notevoli conseguenze. In primo luogo, per quel che concerne l'ampiezza della nozione di dolo (omissivo), è palese la maggiore comprensività della nozione impiegata nel diritto francese. La sentenza **Franzetti cr. Molla** (15), per fare un solo esempio, sarebbe stata decisa in maniera opposta da un giudice francese. Per converso, alcune delle sentenze riferite nel § 25 — e segnatamente quelle poste sotto le lettere a e d — avrebbero, probabilmente, ricevuto ben diversa soluzione nel diritto italiano e non sarebbe stata riscontrata neppure la responsabilità processuale **ex art. 96 cod. proc. civ.**

Questa dilatazione dell'area dell'inadempimento doloso omissivo si accompagna ad una dilatazione della responsabilità, rispetto a quel che si verifica nel diritto italiano. Anche ammettendo, in via di ipotesi, che il comportamento del debitore, oggetto di quelle due sentenze, ricada, in diritto italiano, nella previsione della responsabilità processuale aggravata, il creditore otterrebbe un risarcimento che, di norma, sarebbe molto minore di quello attribuito dal ritito francese. Quest'ultimo, infatti, opera mediante l'articolo 1151 **code civil** e, pertanto, assoggetta il debitore al risarcimento del danno imprevedibile **causato dall'inadempimento**. Il diritto italiano, se mai, si limiterebbe a concedere il risarcimento del danno cagionato **dal processo**.

Dunque una maggiore tutela del creditore, nel diritto francese, per quel che riguarda l'inadempienza omissiva. Si osservi che, qualora il diritto italiano riscontrasse dolo del debitore in un semplice congettu omissivo, cui segue la resistenza di mala fede in giudizio, entrambi gli ordinamenti attrubbirebbero al creditore l'azione extrazonzionale.

Ancora in tema di inadempimento omissivo, è da osservare la penetrante influenza spiegata dalla nozione di **mauvaise foi**. Il diritto francese giudica doloso il rifiuto di ricevere la merce, quando il compratore adduce pretesti chiaramente infondati (16); in un caso analogo, il diritto italiano vede soltanto una dichiarazione di non voler adempiere (17), dalla quale — pur essendo accertata la pretesuosi delle

---

(15) **App. Milano, 6 febbraio 1951, supra § 49, p. 397 s.**

(16) **Supra § 25 lett. 5.**

(17) **Supra § 57 lett. A.**
eccezioni avanzate dal compratore — esula ogni possibilità di configurare il dolo.

Il diritto francese sorge dolo anche nel contegno del venditore, il quale, approfittando di una clausola di tolleranza del dieci per cento, consegna soltanto il novanta per cento della merce (19); manca, da noi, una sentenza comparabile, ma — salvo un improbabile ricorso alla teoria dell'abuso del diritto — non si vede come il giudice italiano potrebbe configurare il dolo.

Ad eguale conclusione devesi pervenire, con certezza ancora maggiore, per il caso dell'assicurato che tace all'assicuratore l'aggravamento del rischio (19): dinnanzi alla pura e semplice omissione, il diritto italiano nega la presenza del dolo.

I tre casi francesi ora citati si fondano — pur usando il termine dol — su un'idea che, in diritto italiano, sembra non avere atteggiamento: l'idea che la violazione del precetto di buona fede costituisca, di per sè, un illecito (20). Lo sviluppo e l'accettazione di questo orientamento è dovuto, in buona parte, al lavoro degli scrittori francesi, i quali hanno costantemente incentrato il problema del dolo non nei termini tradizionali dell'animus nocendi o della «coscienza e volontà», ma nella nuova prospettiva — in certo senso solidaristica — del dovere di buona fede.

Egualmente evoluzione non si è verificata nel diritto italiano, dove l'impostazione tralatizia dei problemi ha condotto ad un vuoto dottrinale che la giurisprudenza ha colmato dando luogo ad una serie di pronunci, le quali — benchè assai coer-

---

(19) Supra § 25 lett. l.
(19) Supra § 25 lett. i.
(20) V., per, supra p. 526, nota 109, con riferimento all'illecito extracontrattuale.
Dolo e « dol »: tipologia

Sembrerebbe, allora, che la nozione di dolo del debitore possieda, nel diritto francese, un carattere unitario, quale non è rilevabile nel diritto italiano.

***

« Fateor tamen, quod in faciendo facilius apparet dolum quam in non faciendo » (25). Questa affermazione di Molineo sembra, dopo quattro secoli, rispecchiare lo stato del diritto italiano, ma non di quello francese. Altrettanto dicasi per la proposizione enunciata dallo stesso Autore con riferimento al dolo « in faciendo »: « probatio scientiae satis arguit dolum » (26): nel diritto italiano, come abbiamo visto (27), il dolo commissivo è definito dalla scientia e non dall’animus. Non altrettanto possiamo dire per il diritto francese.

Vi è, qui, una differenza, forse radicale, tra i due ordinamenti, la quale, è bene notarlo, non appare nè dalla lettera dei codici nè dalle elaborazioni dottrinali.

Prima di indagarne le ragioni e le conseguenze, è, forse, opportuno esaminare da vicino alcuni altri problemi.

***

La dottrina italiana è, nella sua maggioranza (28), orientata verso una definizione del dolo del debitore incentrata sulla intenzionalità del fatto, sebbene non anche sulla intenzionalità del danno. Il cammino, che divide le più recenti concezioni dalle più antiche, si stende pur sempre nell’ambito della ricerca di un animus tipico e si conclude con il ri-

(25) Molineo, 156 (riprodotto nell’appendice al primo capitolo).
(26) Ibidem.
(27) Supra §§ 61-62.
(28) Supra § 46.

72. INADEMPIENZA COMMISSIVA: « UN DOLO » O « TANTI DOLI »?

Le numerose sentenze italiane in tema di inadempimento commissivo, dal quale deriva l’impossibilità di eseguire la prestazione, non trovano riscontro nella giurisprudenza francese. Soprattutto, non trova riscontro quella situazione di dolo presunto (2) che consegue direttamente dalla bipartizione (o tripartizione) del dolo osservata nel diritto italiano (2) e che si verifica quando al debitore si imputa una condotta attiva, da lui posta in essere con coscienza e volontà. Sebbene la dottrina francese sostenga, talvolta, che l’inadempimento doloso consista nella sciente e volontaria rottura del vincolo obbligatorio (23), le risultanze giurisprudenziali mostrano un quadro assai diverso. Vi sono, certamente, delle situazioni le quali, in diritto italiano, configurerebbero una sciente e volontaria inadempienza commissiva — così ricadeendo nell’area del dolo. Ma la giurisprudenza francese ravvisa il dolo soltanto se a quel comportamento si aggiunge un ulteriore requisito di riprovevolezza.

Così, nel caso del locatore, il quale vende l’immobile in occasione dell’assenza del conduttore, cui la vendita è opinabile (26), prevale la considerazione dell’approfittamento — da parte del locatore — della situazione di vantaggio nella quale egli si trovava.

(2) Supra § 62.
(2) Supra, capitolo precedente.
(3) Supra § 25.
(3) Supra § 25 lett. m.
getto delle tradizionali caratteristiche subiettive emergenti dalla definizione di LABONE.

Quel frammento, infatti, aveva costituito, per lungo tempo, la sedes materiae del dolo (2): l’evoluzione dottrinale ha condotto alla individuazione di un dolo del debitore distinto dal dolo del contraente, così affermandosi l’autonomia del primo rispetto al secondo (26).

Non è facile sapere perchè ciò sia avvenuto — ed un perchè potrebbe non esserci — ma è chiaro che la dottrina italiana si sia sempre mossa, sia pure per negarli, in un campo delimitato dai termini appositi di LABONE e, per tale ragione, non sia uscita da un’impostazione meramente subiettiva e, per altro verso, meramente concettualistica del fenomeno.

La giurisprudenza, dal canto suo, è stata recettiva all’elaborazione dottrinale proprio, e soltanto, sul piano concettuale; sul piano della concreta decisione, invece, ha manifestato un indirizzo estremamente complesso e differenziato, sebbene assai coerente.

Si è, così, avuta una situazione di s c i s s i o n e tra le massime e le decisioni: fenomeno oltremodo interessante di adesione alla dottrina nella fase dottrinaria della pronuncia e di adesione ad altri schemi, spesso neppure del tutto palesi, nella fase della decisione della controversia.

La storia «concettuale» della giurisprudenza, alla quale già una volta ci siamo riferiti (27), sarebbe stata opera affatto difforme dalla storia tracciata in questo lavoro ed avrebbe delineato un «diritto» del tutto dissimile dal «diritto» che noi abbiamo ricostruito.

La discrepanza tra fase dottrinaria della pronuncia e decisione è fenomeno ben noto ed ineliminabile, sul quale torneremo in seguito (28). Nel nostro caso, però, esso si è manifestato in una forma assai interessante di scissione — e, vorrei dire, di eterogeneità — tra le due attività della riflessione e dell’azione. La prima vincolata all’impostazione della dottrina; la seconda vincolata ad un s e n s o g i u r i d i c o mosso da ben diversi presupposti e finalità.

La tripartizione del dolo del debitore — omissivo, commissivo (e definitivo), aquiliano — frazione, nel diritto italiano, non soltanto il «concetto» di dolo, ma anche il « concetto » di azione di inadempimento doloso. In verità, vi sono tre azioni: ciascuna di esse possiede i propri requisiti probatori e solo due di esse, a differenza della terza, hanno natura «contrattuale». Diverso è il rapporto, in ciascuna di quelle azioni, tra dolo ed inadempimento; diversa è la concreta t u - t e l a apprestata al creditore.

* * *

(27) Cfr. CRAN, Anti giuridicità e colpevolezza - Saggio per una teoria dell’ill. lecito civile, Padova, 1966, 176.
(28) Supra § 32.

73. Segue: La prova del dolo.

Di fronte alla molteplicità di «tipi» e varietà di presupposti concettuali del dolo nel diritto italiano, sta la (almeno apparente) monolitica costruzione del diritto francese. Questo, come abbiamo visto, opera su di un’unica nozione di dolo, il quale è in rapporto costante di indipendenza rispetto all’inadempimento.

La chiave di tale costruzione unitaria sta, ancora una volta, nella mauvaise foi. Laddove il dol esige una indagine psicologica, la mauvaise foi è indotta dall’accertamento di una situazione di fatto; laddove il dol deve essere provato, la mauvaise foi può essere presunta. Queste proposizioni richiedono una certa spiegazione, la quale è facilitata dal ricorso di alcune sentenze riferite nel § 25 e specialmente di quelle poste, rispettivamente, sotto le lettere g, i, m, ed o.

Le prime due sentenze riguardano un contegno omisivo: rifiuto di ricevere la merce acquisita; mancata comunicazione all’assicuratore dell’aggravamento del rischio. Le altre due riguardano un contegno attivo: vendita opponibile al conduttore; assicuratore che gestisce malamente la causa per conto dell’assicurato.

Osserviamo con attenzione l’operare del criterio di imputazione. Il compratore, che rifiuta di ricevere la merce acquistata, è in mala fede perché il suo rifiuto è motivato da ragioni pretestuose: la prova della mala fede concerne non l’animus, ma il fatto obiettivo della infondatezza di quelle ragioni; la scientia del compratore è, chiaramente, presunta quando l’infondatezza è lampante. Anche la prova della mauvaise foi è la prova di un fatto obiettivo e non di uno stato d’animo o di una finalità perseguita dal compratore. In diritto italiano, invece, si richiederebbe quest’ultima prova (animus lucratificandi, etc.).

Quando l’assicurato tace l’aggravamento del rischio, la mauvaise foi è ancora una volta — presunta. Se l’assicurato non dimostra la propria buona fede, la sua condotta verrà giudicata riprovevole perché — come si è illustrato a suo luogo (13) — egli profitta indebitamente di una situazione di vantaggio derivante dal contratto.

Nel caso del locatore, il quale, profitando della lontananza del conduttore, stipula una vendita dell’immobile, a questi opponibile, la mauvaise foi obbedisce ai medesimi criteri e, di nuovo, l’onere della prova incombente al creditore non riguarda altro che un dato di fatto.

Infine, quando l’assicuratore gestisce la lite protraendola indebitamente, la sua mauvaise foi risulta dallo stesso modo nel quale la lite è stata gestita e dall’esercizio del mandato per finalità personali.

***

L’opera creativa della giurisprudenza francese si è concretata nell’elaborazione di una nozione adattabile e flessibile, quale la nozione di mauvaise foi. Nel campo dell’inadempienza commissiva — dal quale eravamo partiti nel paragrafo precedente — è possibile riscontrare una episodica somiglianza di risultati concreti nei due ordinamenti: ciò, tuttavia, non deve far perdere di vista la dissonanza costante tra la mauvaise foi francese ed il nostro «dolo del debitore».

Qualora si verificasse una somiglianza di risultati con-

(13) Supra §§ 26-29.
La prova del dolo o della « mauvaise foi »

Italiano. La mauvaise foi è l’aver commesso quel fatto; il dolo, per noi, è pur sempre lo stato soggettivo del debitore che ha commesso il fatto.

La presunzione di dolo, nascente dall’obiettiva constatazione dell’inadempienza, è la presunzione della « coscienza e volontà » del debitore. L’indagine, come si vede, è tuttavia riferita al momento soggettivo. La mauvaise foi, al contrario, è provata — e non presunta — dell’essersi verificato un certo inadempimento in un certo contesto.

Dal punto di vista del concreto esercizio dell’azione, queste differenze hanno notevoli ripercussioni, perché i requisiti dell’azione non saranno che eccezionalmente coincidenti nei due ordinamenti. Si ha, infatti, mauvaise foi dove mancherebbe la prova della « coscienza e volontà » (caso dell’assicuratore che malamente gestisce la lite); si ha « coscienza e volontà » dove mancherebbe la mauvaise foi (ad esempio, in casi comparabili con Montagna cr. Schito (36) o con Soc. Tipo Film cr. Tosi (37)).

La seconda tra queste ipotesi non è corredata da puntuali applicazioni; ma la prima è verificata dall’esame della giurisprudenza italiana, la quale si è pronunciata più di una volta escludendo la natura dolosa del comportamento dell’assicuratore (38).

***

(34) Quanto all’inadempiimento comissivo vedi supra §§ 70-71.
(35) È interessante notare come molte, tra le sentenze italiane e francesi che accettano il dolo del debitore, siano assai genericamente motivate — talvolta neppure esponendo il principio di diritto applicato o la definizione di dolo. Procedimento, questo, del tutto inusuale in entrambi gli ordinamenti.

(36) Cass., 31 marzo 1936, n. 1118, supra § 55 (p. 435 s.).
(37) App. Roma, 10 ottobre 1937, supra § 35 (p. 434).

74. STATO D’ANIMO E RIPROVEVOLEZZA DELLA CONDOTTA.

I risultati della nostra indagine sulla natura dell’azione di inadempimento doloso (9) possono essere compendiati asserendo che nel diritto francese l’azione ha generalmente natura extracontrattuale e nel diritto italiano ha generalmente natura contrattuale.

Questa classificazione, sottoposta alle precisazioni man mano apposte nel corso del lavoro, può significare, sostanzialmente, che il diritto francese è più legato alla visione tradizionale del dolo del debitore, mentre il diritto italiano si è da esso svincolato, aderendo a diverse e più moderne costruzioni. Una tale conclusione è esatta solo entro limiti assai ristretti e deve essere sottoposta a qualche approfondimento.

***

In entrambi gli ordinamenti mancano esempi, al di fuori delle trattazioni dottrinali, di debitori mosi dal puro e semplice animus nocendi. L’animus nocendi, a ben vedere, sarebbe — in sé e per sé — un movente antieconomico: in termini economici, infatti, non ha senso l’azione volta esclusivamente a danneggiare il creditore. Il significato economico dell’inadempimento volontario sta, evidentemente, nel vantaggio che il debitore si ripromette di ottenere e non nel danno che gli intende arrecare; talvolta, come è naturale, quel vantaggio e quel danno sono intimamente collegati; ma — sempre

(9) V., rispettivamente, per il diritto francese, supra §§ 30-31, e, per il diritto italiano, §§ 65 e ss.
seguito un fine — e, dunque, sia mosso da un animus — che l’ordinamento riprove.

La conclusione, che avevamo logicamente inferito dalla osservazione della diversa natura del rimedio giuridico, viene, così, ad essere posta in dubbio: alcuno nell’area dell’inadempienza omissiva, è il diritto francese che ha più nettemente superato gli schemi tradizionali: (49).

Un avvicinamento tra i due ordinamenti, tuttavia, si ha nelle due più recenti decisioni italiane, quando il dolo del debitore di somma di danaro è indotto dall’uso di un mezzo riprovevole ed, in particolare, dall’avere il contraente (pubblica amministrazione) profittato di una situazione di preminenza per conseguire un indebito vantaggio (46).

Questa evoluzione del diritto italiano lo pone indubbiamente in una più moderna prospettiva, trasferendo la riprovavolezza dallo stato d’animo alle modalità di realizzazione dell’inadempimento.

***

Ben diversa sistemazione si ha nel campo dell’inadempimento commissivo. Il diritto francese — già l’abbiamo rilevato — non distingue tra omissione e commissione; ma, applicando il canone unitario della mauvaise foi, riconduce ogni ipotesi di dolo ad un giudizio obiettivo di riprovevolezza.

È indubbio che la visione tradizionale del dolo — tuttora saldamente attestata dal concetto di dolo nella formazione del contratto — comportava l’indagine sulla finalità specifica perseguita dal debitore. Ed anche quando l’oggetto dell’indagine si è spostato dalla finalità riprovevole al mezz...
nuto, per i casi di omissions, i vecchi criteri. Ci troviamo, pertanto, dinanzi ad una frammentazione che pone il diritto italiano in posizione, rispettivamente, più avanzata e più arretrata rispetto al diritto francese.

Il quale, per i casi di semplice omissione o di rifiuto anticipato, esclude il dolo, qualora manchi la mauvaise foi, raggiungendo spesso risultati simili a quelli cui perviene il diritto italiano; nel fare ciò, tuttavia, il diritto francese non ha bisogno di deflettere dalla linea unitaria imposto dal concetto di mauvaise foi, perchè quest'ultima è erede dell'antica nozione nella misura nella quale esige il giudizio di riprovevolezza. E, di conseguenza, le sfuggono il rifiuto leale di adempiere; ma vi rientrano tutti i casi in cui il ritardo o l’omissione si accompagnano ad una condotta riprovevole (supra, §§ 70-71).

***

Lo iato tra la omissione e la commissione è un dato originario di ogni definizione del dolo (41). Per risolverlo occorre immutare i termini del problema. Molinео ricorse ad un artificio probatorio: quando al debitore si imputa una commissione, «probatio scientiae satis arguit dolum». La dottrina successiva, a cominciare dal Pothier (42), ha dimen ticato che la diversità dei regimi probatori tra l’omissione e la commissione non intaccava, nelle intenzioni di Molinео, l’unità concettuale del dolo e che essa era dovuta alla necessità di giustificare alcuni frammenti del Corpus juris relativi alla vendita (43).

(41) Anche la più recente trattazione dell’argomento (Cian, Antigiuridicità e colpevolezza - Saggio per una teoria dell’illecito civile, Padova, 1966) sente il bisogno di dedicare una particolare attenzione a dolo omissivo (op. cit., 263 ss.).

(42) Supra § 7.

(43) Supra §§ 5-6 ed 11.
Dolo negoziale e dolo del debitore

Dall’indagine storica, svolta nel primo capitolo, sappiamo che la figura generale del dolo è stata modellata su quella del dolo negoziale, il quale — nelle classificazioni dei giuristi — era divenuto il paradigma del dolo, dal quale nasceva una azione delittuale tipica, priva di quell’elemento della subsidiarietà che, nel diritto romano, caratterizzava l’actio legis aquilinae (2).

Quest’ultima, oltre agli elementi soggettivo ed oggettivo ora descritti, possiede — ben rilevante — un elemento teleologico il quale unifica e definisce gli altri due: il contraente doloso dirige la propria condotta per raggiungere un fine dannoso.

Gli «ad» che comparivano nel frammento di Labone indicano bene questa tensione della volontà e mostrano come la riprovazione dell’ordinamento si appunti sulla finalità perseguita dal contraente e sul mezzo da lui impiegato. Il dolo aquiliano si determina anch’esso in base alla finalità, oltre che in base al criterio del bene leso: la volontà del danno, tuttavia, non è necessariamente accompagnata da una condotta obiettivamente illecita (raggiro) per costituire l’agente in dolo. La caratteristica obiettiva — dove nasce il giudizio di riprovevolezza — è tipica del dolo negoziale, ma fa difetto nella figura del dolo aquiliano generale.

Tali essendo i dati sui quali si trovavano ad operare la dottrina e la giurisprudenza italiane e francesi, non c’è da stupirsi che esse siano pervenute a risultati confusi e contradditori nella enucleazione del concetto di dolo del debitore, tertium genus rispetto al dolo aquiliano generale ed al dolo negoziale.

I contorni del dolo del debitore si sono precisati, in entrambi gli ordinamenti, mediante la distinzione di esso rispetto al dolo negoziale ed al dolo aquiliano generale. I due problemi scaturienti da questa osservazione concernono: a) il rapporto tra il dolo del debitore ed il dolo aquiliano — problema da porsi sotto il profilo del rimedio giuridico ed, eventualmente, del concorso o cumulo dei rimedi giuridici; e b) la persistenza o meno, nella figura del dolo del debitore, di caratteri e requisiti mutuati dalla figura del dolo aquiliano — problema da porsi, almeno apparentemente, sotto il profilo concettuale.

Tratteremo subito questo secondo problema, ed esamineremo il primo nel paragrafo seguente.

***

L’evoluzione del diritto francese ha preso le mosse della considerazione di una situazione di fatto che nè Molino nè Pothier avevano preso in esame (\(^4\)): il ritardo nell’esecuzione dell’obbligazione pecuniaria. Posta dinnanzi ad una norma — l’art. 1153 code civil — la quale restringeva il risarcimento alla corresponsione degli interessi di mora, la giurisprudenza francese rilevò subito l’inapplicabilità della tradizionale nozione di dolo alla semplice omissione.

Si aprivano, pertanto, due strade: o far risiedere il dolo nei motivi del ritardo, così aprendo la via all’indagine sulla finalità perseguita dal debitore, o far risiedere il dolo nella condotta posteriore alla scadenza dell’obbligazione, così aprendo la strada ad un’indagine di carattere obiettivo, dalla quale scaturisse un giudizio di riprovevolezza.

(\(^4\)) Supra § 11.

Abiamo già visto (\(^4\)) come e perché fu scelta la seconda alternativa; essa perpetuava due tra gli antichi caratteri del dolo aquiliano: la natura commissiva della condotta e la sua qualificazione sotto il profilo morale. Domat e Molino, invece, avevano prescelto la prima alternativa — indubbiamente più coerente con la nozione di dolo allora prevalente.

La viscosità di quella nozione, peraltro, non giunse — nella giurisprudenza francese — a cristallizzare la figura del dolo in base al requisito dell’animus; al contrario, la nuova impostazione era segnalata perfino dalla diversa terminologia — essendosi il termine mauvaise foi sostituito a quella di dol.

Svincolatasi dall’influenza concettuale del dolo negoziale, la mauvaise foi era svincolata altresì dall’influenza concettuale del dolo aquiliano generale, nella misura in cui il giudizio obiettivo di riprovevolezza sostituiva il giudizio soggettivo dell’animus. Del dolo-vizio, tuttavia, restava la pa lese coincidenza del carattere commi ssivo della condotta e dell’essere tale carattere collegato ad un giudizio sostanzialmente simile a quello richiesto dall’art. 1116 cod. civil per riscontrare le manoeuvres del contraente.

Se si prendono in esame le situazioni di fatto decise dalla giurisprudenza, infatti, si individuano presto numerosi casi, nei quali la mauvaise foi — ormai divenuta nozione di applicabilità generale, al di fuori delle obbligazioni pecuniarie — si manifesta nel tentativo di celare il vero scopo perseguito dal debitore: il compratore rifiuta la merce, pretensuosa sostituendo che essa non ha la qualità pattuita; il venditore consegna la merce entro il limite minimo previsto dalla clausola di tolleranza; l’assicuratore gestisce la lite in apparente esecuzione del mandato, ma — in realtà — cerca

(\(^4\)) Supra §§ 70-71.
di ritardarne la conclusione per conseguirne vantaggio; e così via.

L’influenza della nozione tradizionale, pertanto, resta in alcune tipiche configurazioni della mauvaise foi, la quale, però, è capace di sviluppi ben più ampi e decisivi, fuo a comprendere la pura e semplice omissione del dovere di informazione, quando il creditore non può avere conoscenza di un fatto senza la cooperazione del debitore (assicurato che tace l’aggravamento del rischio).

La dottrina italiana non ha contribuito quanto la francese all’evoluzione giurisprudenziale e non ha per nulla dibattuto — segnatamente negli ultimi decenni — i vari problemi connessi al tema del dolo del debitore. È, questa, una delle appariscenti cause della mancanza di unità concettuale riscontrata durante l’indagine sul diritto italiano, nonché della persistente aderenza, dottrinale e giurisprudenziale, all’antica impostazione soggettivistica.

Di quella impostazione, il diritto italiano ha mantenuto — come se già rilevato — la dualità tra omissione e commissione, non riuscendo ad unificare la figura del dolo del debitore in base ad un qualche assorbente criterio.

Tuttavia, a differenza dal diritto francese, in Italia si è giunti a ridurre talmente l’incidenza di quella impostazione soggettivistica da creare — almeno nell’area dell’inadempienza commissiva — una nuovissima tipologia del dolo.

Tra i tanti requisiti del dolo aquiliano, invero, è rimasto soltanto quello — davvero essenziale — della volontà del fatto e della coscienza della sua illicitudine. Non più il giudizio di riprovevolezza della condotta o la ricerca della finalità del mezzo o del motivo: il solo elemento della commissione cosciente e volontaria basta per riscontrare il dolo (commissivo). In tal modo, il dolo aquiliano ed il dolo del debitore vengono ad avere in comune soltanto il minimo indispensabile presupposto della volontarietà cosciente: l’autonomia tra le due figure — come pure tra il dolo negoziale ed il dolo del debitore (66) — non potrebbe essere più chiara.

Resta, è vero, il dolo omissivo, ove la più recente evoluzione in Italia punta — come si è già illustrato — verso una nozione analoga alla mauvaise foi, almeno nelle obbligazioni pecuniarie. In questo caso valgono le osservazioni esposte or ora sul rapporto concettuale tra la mauvaise foi ed il dolo aquiliano.

***

Il concorso di azioni

non è traccia nelle fonti — e si ricadrà, pertanto, nell’area extraccontrattuale.

Non dobbiamo, invero, dimenticare che il dolo — sia nel diritto italiano che nel diritto francese — era, in origine, un fatto illecito tipico che nulla aveva a che fare con l’inadempimento del contratto. Sorprendente non è la soluzione del diritto francese, ma, se mai, quella del diritto italiano. Sanezare il dolo del debitore mediante la sola azione contrattuale, come avviene nel diritto italiano, è un risultato del tutto innovatore. Nel recepire le norme degli articoli 1150-1151 code civil, in sostanza, ci siamo limitati a ricopiarne la formulazione, senza intenderne il sottostante significato di rinvio, per quel che concerne il dolo, alle disposizioni in tema di fatto illecito extraccontrattuale (\textsuperscript{6}).

***

Il problema del concorso o cumulo di azioni, pertanto, non si dovrebbe neppure porre nel diritto francese, ove, a prescindere dal permanere della concezione del dolo come illecito tipico distinto dall’inadempimento, vige la teoria della nderogabilità della responsabilità extraccontrattuale — sulla quale ci siamo a lungo soffermati nel capitolo secondo.

L’effetto di questa teoria è di congelare il dolo nella sua attuale configurazione, perché è proibito qualsiasi incontro tra i due piani paralleli dell’azione contrattuale e dell’azione aquiliana, così che un comportamento, dal quale sorga l’obbligazione risarcitoria ex art. 1151 code civil, rimane eterno, genoeo rispetto ai comportamenti costitutivi dell’inadempimento o del ritardo.

(\textsuperscript{6}) V. supra § 12.
Inoltre, diversamente da quel che è avvenuto nel diritto italiano, il regolamento di confini tra il rimedio contrattuale ed il rimedio extraccontrattuale si è realizzato mediante l’arretramento dell’area contrattuale. L’interesse ad i beni non direttamente ed espressamente previ in considerazione o protetti dal contratto sono tutelati, se ne ricorrono i requisiti, in via aquiliana.

***

L’ormai consolidata posizione assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana mostra, al contrario, la premiennza della responsabilità contrattuale; l’estensione dell’autonomia privata — da tale punto di vista — si arresta soltanto dinanzi alla violazione di alcuni specifici diritti, ritenuti preesistenti al contratto, per i quali vige la tutela aquiliana. Diritti, tuttavia, che i privati ben possono affollare mediante le loro pattuizioni, sì che non ha luogo l’intervento della responsabilità aquiliana quando «una particolare situazione giuridica trovi compiuta e specifica regolamentazione nella legge o nel contratto» (29). Non vige, da noi, la teoria del l’indergibilità della responsabilità extraccontrattuale; una delle più evidenti manifestazioni di ciò si ha comparando l’art. 1228 cod. civ. con la giurisprudenza e dottrina francesi sull’art. 1384, I al., code civil (30).

Accostando questa diversa configurazione del rapporto tra le due responsabilità — e tra i corrispondenti rimedi giuridici — alla diversa configurazione del dolo del debitore, ben si comprende perché, nel diritto italiano, il dolo nel debitore faccia sorgere, di regola, la sola azione contrattuale.

La divergenza dei risultati, però, non deve far scomparire la somiglianza — già osservata nel § 73 — tra i requi-

siti probatori. Sebbene il dolo debba, in teoria, essere specificamente provato, che si agisca in via contrattuale od in via aquiliana, abbiamo visto come, sovente, sorga una presunzione di dolo o di mauvaise foi, rispettivamente nel diritto italiano e nel diritto francese (res ipso loquitur). Così che, da questo punto di vista, l’onere della prova viene ad assumere spesso un eguale contenuto ed al creditore — ferme restando le considerazioni esposte nel § 73 sulla diversa concezione del dolo posta alla base dell’onere probatorio nei due sistemi — è attribuito un rimedio giuridico, il cui concreto esperimento richiede il superamento di simili difficoltà di prova.

***

L’avere osservato che il dolo del debitore integra, nel diritto francese, un illecito aquiliano principalmente perché vi è una scissione tra il dolo e l’inadempimento e perché il dolo (o, più correntemente, la mauvaise foi) ha conservato taluni importanti caratteri delle concezioni vigenti prima del code, ci ha aiutato a comprendere, nel § 67, perché, in taluni casi, anche il diritto italiano sottoponga il debitore doloso all’azione extraccontrattuale.

Si trattava, invero, di casi, nei quali il dolo possedeva requisiti ulteriori rispetto alla normale configurazione, e nei quali si verificava una distinzione tra dolo ed inadempimento.

Una situazione di fatto tipica, per la quale entrambi gli ordinamenti forniscono una chiara soluzione, è quella del debitore il quale aliena il proprio patrimonio per rendersi insolvibile.

La frode, manifestandosi nella sottrazione della garanzia patrimoniale generica, si configura, rispetto all’inadempimento, in due diverse maniere, a seconda che l’obliga-

(29) Supra § 36, nota 77.
(30) Supra, rispettivamente, § 43 e § 17.
zione inadempita consista o meno nel trasferimento al creditore di uno tra i beni alienati. In questo caso, infatti, l’azione revocatoria mira anche a riportare nel patrimonio del debitore un bene che il creditore desidera apprendere per soddisfare il suo interesse contrattuale — come in Bisoglio cr. Calvi (2) — e, dunque, il dolo del debitore consiste non soltanto nell’animus, tipicamente indirizzato al danno, ma anche nella volontà di rendere impossibile l’adempimento. Qualora, invece, la finalità perseguita del debitore sia soltan- to quella di rendersi insolvente, il dolo risiede esclusivamente nell’animus.

In entrambi i casi, tuttavia, il diritto italiano ed il diritto francese ritengono sussistere gli estremi dell’azione extraccontrattuale (3). È chiaro come l’azione extraccontrattuale derivi non dall’inadempimento — il quale, oltretutto, sussisterebbe soltanto nella prima tra le due ipotesi sopra prospettate — ma dalla frode. Il che, per il diritto francese è la norma, men- tre, per noi, è l’eccezione.

La ragione del diverso criterio principalmente consiste, come è evidente, nel diverso rapporto — delineato nel para- grafo precedente — tra il dolo aquiliano e il dolo del debitore. Il diritto italiano, specie nell’area dell’inadempienza commissiva, ha spogliato il dolo dei suoi requisiti di liti- tuali e ne ha fatto un fenomeno tipicamente contrattuale. Il diritto francese, invece, ha mantenuto, per più aspetti, l’antica fisio- nomia e, coerentemente, conserva il relativo rimedio giu- ridico.

***

(2) Cass., 25 maggio 1927, n. 1913, supra §§ 41 (p. 344 s.) e 56 (p. 431).
(3) Bisoglio cr. Calvi, cit. nota prec.; e § 25 lett. n.

77. Spunti critici sul diritto italiano.

Possiamo chiederci, al termine del nostro lavoro, che significato abbia, oggi, la nozione di dolo del debitore nel di- ritto italiano. Abbiamo già illustrato, nel § 74, come il dolo — nella sua configurazione tradizionale — sia privo di qual- siasi significato economico. La previsione del dolo, come fatto illecito (extraccontrattuale) tipico, si giustifica da sola nella misura in cui l’ordinamento vuole reprimere e punire una condotta spiccatamente antigiuridica e, dal punto di vista del diritto e della morale, intollerabile. Se, come nel diritto francese, il dolo consiste in una condotta riprovevole, la maggiore responsabilità del debitore doloso adempie la medesima funzione repressiva e punitiva. Quando, invece, come avviene nel diritto italiano per l’inadempienza commissiva, la quale deriva l’impossibilità dell’inadempimento, il dolo ha perso le sue caratteristiche delittuali e sfugge, perfino, al giudizio di riprovevolezza, non si vede per quale ragione il debitore debba andare incontro alla responsabilità aggravata sancita dall’art. 1225 codice civile.

Se la inadempienza cosciente e volontaria non è dolosa quando consiste nell’omissione, è inspiegabile — in termini di giustizia — perché diversa soluzione sia prescelta quando si verifica una commissione.

L’idea che il debitore abbia una scelta tra l’adempiere ed il risarcire il danno cagionato dall’inadempimento (od il cor- rispondere la penale) è giuridicamente inesatta, ma è econo- micamente valida. Si è già illustrato — nel § 63 — come il rifiuto di adempiere non sia doloso e come il debitore possa
conseguire la sua liberazione mediante la corresponsione della penale nelle ipotesi di omissione. In queste ipotesi, il debitore ha una vera e propria scelta tra l’adempimento e la responsabilità per i danni; responsabilità, si noti, che egli è in grado di valutare esattamente perché essa è limitata al danno prevedibile. Graverebbe, pertanto, sul debitore la differenza tra il danno imprevedibile ed il danno prevedibile. Nella maggior parte dei casi, specialmente nei rapporti commerciali, quella differenza è nulla e, quando si verifica, è dubbio se sia giusto addossarla al debitore piuttosto che al creditore. Ed, in ogni caso, non si vede perché il rischio che vi sia un danno imprevedibile debba cadere sul debitore, il quale scelga di non adempiere. Invero, quando la scelta di non adempiere si traduce nella omissione, quel rischio grava comunque sul creditore, in quanto la coscienza e volontaria omissione non è, di per sè, dolosa (54).

Avendo in precedenza chiarito come si sia arrivati alla dicotomia tra omissione e commissione, soppiamone bene quanto poco essa sia giustificabile sotto il profilo logico; sosteniamo, adesso, che essa andrebbe totalmente demolita perché provoca un contrasenso economico.

Il dolo è un illecito che l’ordinamento punisce, in quanto lo giudica riprovevole. Ma il debitore, il quale decide di non adempiere, non pone in essere una condotta riprovevole: la sua libertà di scelta deve essere tutelata ed il danno imprevedibile deve essere irrisarcibile al di fuori dei casi nei quali sia accertata la condotta riprovevole. Tutta la storia del dolo — collegata ad un’economia statica ed all’idea della sacertà della parola data — ci induce a proporre, avuto riguardo all’evoluzione di entrambi quegli elementi, la distinzione tra l’inadempienza volontaria e l’inadempienza dolosa. L’im-

(54) Supra § 59.

Spunti critici sul diritto italiano

prenditore ha necessità di conoscere, in termini monetari, quanto dovrà pagare per liberarsi da una obbligazione. Se egli non impiega l’inganno, se non è malizioso, se non profitta di un vantaggio o di una fiducia attribuitagli dal contratto; se egli — in sostanza — si limita ad omettere la prestazione od a compiere un atto proibito dal contratto, l’ordinamento non dovrebbe porre su di lui la responsabilità per il danno imprevedibile.

La sanzione del risarcimento integrale era giustificata, nella teoria di Molinéo (25), dall’essere il dolo un contegno pravo. Mutata la configurazione del dolo, viene a mancare il presupposto di quella sanzione.

***

La nuova configurazione, che il dolo è venuto assumendo nel diritto italiano, porta conseguenze anche sul tema delle convenzioni di irresponsabilità. Se poniamo mente alle ipotesi che più frequentemente si verificano, osserviamo come esse riguardino, non l’inadempimento del contratto, ma la commissione di un reato (furto delle merci trasportate, lesioni riportate dal viaggiatore) ovvero di fatti illeciti tipici (baratteria). Questi ultimi sono palesemente inclusi tra quei comportamenti i quali — sebbene posti in essere durante o in occasione dell’esecuzione del contratto — sono costitutivi di responsabilità aquiliana. E lo stesso, come è ben noto, vale per i comportamenti integranti una figura di reato (o, più precisamente, di delitto).

Nel nostro ordinamento non vige, come si è osservato più volte, la teoria dell’indirogibilità della responsabilità (c.d. indireetta) per il fatto dei dipendenti (art. 2049 cod. civ.) o,
più in generale, della responsabilità aquiliana. Nel diritto francese, quella teoria basta a spiegare perché il committente non possa esonerarsi dalla responsabilità indiretta (salvo le ipotesi previste dalle leggi speciali e della, ormai dominante, elaborazione liberale accolta dalla giurisprudenza per la *culpa levis*). Invece, nel diritto italiano, occorre fare riferimento ad una nozione di ordine pubblico (art. 1229 II comma cod. civ.), la quale non coincide con quella di responsabilità aquiliana.

Inoltre, nel diritto francese, il dolo del debitore è fenomeno — come si è visto — tipicamente extracontrattuale, radicato su un giudizio di riprovevolezza; nel nostro diritto, invece, il dolo del debitore appartiene solitamente all’area contrattuale e da esso esula il suddetto giudizio.

Ponendo assieme queste osservazioni, si può vedere come, ancora una volta, la giurisprudenza e la dottrina francese siano rimaste aderenti allo spirito del *code civil* — il quale, peraltro, non dispone espressamente per le stipulazioni d’irresponsabilità — mentre la giurisprudenza italiana, avendo accolto una diversa nozione di dolo, si è trovata — per un evidente fenomeno di nominalismo — ad attribuire al secondo comma dell’art. 1229 un significato che esso originariamente non aveva.

Nell’interpretazione di questa norma è difficile sfuggire alla petizione di principio, in forza della quale gli obblighi derivanti da norme di ordine pubblico sono quelli per i quali non è ammessa la stipulazione di una clausola d’irresponsabilità. A fianco del limite del buon costume e della protezione penale, infatti, esiste la zona buia dell’illecito aquiliano e del dolo del debitore. Se, come affermano la giurisprudenza e la prevalente dottrina, nella violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico deve includersi il comportamento doloso dell’«auxiliario», la clausola d’irresponsabilità viene ad essere inapplicabile ai casi di semplice commissione volontaria e cosciente; i quali, pertanto, produrrebbero il loro pieno effetto ai fini del sorgere della responsabilità risarcitoria.

Non era questo l’ambito della norma, né dovrebbe esserlo oggi. L’ordine pubblico, se deve estendersi ai comportamenti «dolosi», non può includere l’obbligo — se obbligo è — di non rendersi coscientemente e volontariamente inadempiente mediante una condotta attiva. Il dolo, che rende nulla la clausola d’irresponsabilità per il fatto dell’auxiliario, non può che essere il dolo aquiliano. Termine con il quale si vuole indicare, non il dolo posto in essere da persona diversa dal debitore, ma il dolo nella sua tradizionale configurazione di comportamento malvagio o, comunque, riprovevole.

***

Il terzo, ed ultimo, argomento, di cui vorremmo brevemente discorrere, concerne il concorso o cumulo tra le azioni contrattuale ed aquiliana. Già nel § 69 si è posta in luce l’incoerenza della soluzione accolta nel diritto italiano: ora, al termine della comparazione, può affacciarsi qualche rilievo critico.

Escludendo, in linea generale, la possibilità di un concorso di azioni scaturente dal medesimo fatto, la giurisprudenza francese cela l’intimo spirito che l’anima e che si manifesta nelle particolari decisioni, ove, regolando il confine tra l’azione contrattuale e l’azione aquiliana, essa giunge sostanzialmente ad affermare la preminenza del fatto illecito sul contratto sotto il profilo delle fonti delle obbligazioni. Una volta chiarito che la *mauvaise foi* ed il *dol* sono fenomeni i quali, generalmente, esorbitano dalla violazione delle obbligazioni contrattuali, diventa facile affermare che non il con-
corso di azioni per il medesimo fatto, ma la giustapposizione (e, quindi, il *cumulo*) di azioni per due fatti diversi è la conseguenza della c.d. inadempienza dolosa.

Nessuno di tali presupposti si riscontra nel diritto italiano, onde l'esperienza francese ci è affatto inutile nell'attuale quadro dottrinale e giurisprudenziale (56).

D'altra parte, lo studio del diritto francese ci ha mostrato come il suo nucleo — per quel che attiene gli argomenti interessanti il presente lavoro — stia nel rapporto fra responsabilità extracontrattuale ed ordine pubblico. È dalla particolare soluzione prescelta per tale rapporto che deriva l'atteggiamento assunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi di fronte ai vari temi che abbiamo trattato.

Nel diritto italiano, la preminenza tra le fonti dell'obbligazione spetta — se mai — al contratto (56a), come è dimostrato, tra l'altro, dall'averi i privati il potere di escludere il sorgere, o di limitare le conseguenze patrimoniali, della responsabilità extracontrattuale.

L'esperienza dell'ordinamento italiano mostra come l'affermarsi della preminenza del contratto sia avvenuta, e sia stata accolta, con l'unica riserva di proteggere tuttavia quei beni giuridici oggetto di tutela penale, e, tra di essi, prevalentemente l'integrità personale (principio che trova formulazione legislativa nell'art. 1681 cod. civ.). L'indagine svolta nei §§ 37 e 38 ha chiarito che il contratto era sorto, non tra il contratto ed il fatto illecito, ma tra il contratto ed il delitto penale (furto, lesioni colpose).

Se, poi, il luogo del delitto (penale) è stato preso dal fatto illecito (civile), ciò è avvenuto a causa di una trasposizione, sul piano concettuale, di un accidente processuale. Come

(56) L'insufficienza della formulazione normativa verso alla dottrina ed alla giurisprudenza il compito di agire quali fattori sostanziali del diritto.

(56a) Supra § 37.

Spunti critici sul diritto italiano già abbiamo riscontrato nei paragrafi precedenti, i giuristi italiani hanno teorizzato e generalizzato — al livello della definizione del concetto — prendendo come base il carattere processuale del rimedio giuridico; il fatto che il soggetto lesso da un reato fosse titolare della medesima azione a lui spettante per la commissione di un illecito civile ha fatto sì che si dimenticasse l'origine del problema e che — mediante le generalizzazioni e le sovrapposizioni dottrinarie a suo tempo illustrate — si sollevasse il conflitto tra contratto e fatto illecito quale fonte di obbligazione o di responsabilità. Col che non si è spiegato perché la lesione di un diritto relativo fosse al di fuori della sfera della responsabilità aquiliana (67) mentre tale responsabilità entra in gioco — come si è sopra chiarito (§ 67) — quando la lesione di quel medesimo diritto sia accompagnata da taluni caratteristiche soggettive.

Così, a nostro avviso, stando le cose, non resta che prendere atto del cammino percorso dal nostro ordinamento cercando di apprestare una veste coerente. Non spetta a noi, in questa sede, affrontare tali problemi: intendiamo — come abbiamo illustrato nella Prefazione — limitarci a segnalari agli studiosi, affinché taluno finalmente vi ponga mano allo scopo di far cessare una situazione di palesi contraddizioni e, da molti punti di vista, di discutibile opportunità.

***

(67) Cfr. le osservazioni di Musatti, *Colpa contrattuale e colpa aquiliana* (a proposito di un terno mancato), in Foro It., 1953, I, 1517.
Osservazioni conclusive generali e di metodo

78. Autocritica del metodo.
79. Lo studio storico ed il concetto giuridico.
80. Il modo di cognizione e l’importanza attribuita alla dottrina ed alla giurisprudenza.

***

78. AUTOCRITICA DEL METODO.

Non tutti i problemi, presi in esame nella prima e nella seconda parte del lavoro, rispettivamente nel diritto francese e nel diritto italiano, sono stati affrontati in sede di comparazione. Ciò è avvenuto per tre differenti motivi.

In primo luogo, la comparazione non è sembrata necessaria per quei problemi i quali — come l’esonero dalla responsabilità per dolo (38) — sono stati sufficientemente approfonditi durante l’esposizione dell’uno o dell’altro diritto, così che la comparazione avrebbe portato a ripetere cose già note, sia pure ponendole in relazione con le conclusioni raggiunte nella prima sezione di questo capitolo.

In secondo luogo, la comparazione è apparsa sconsigliabile quando, su di un certo argomento, le fonti ci hanno offerto dato lacunosi o contraddittori: si veda, ad esempio, il problema dell’equiparazione della colpa grave al dolo (39).

In terzo luogo, vi sono stati dei temi la cui trattazione, nei due ordinamenti, è stata ineguale. Il rapporto tra clausola

(38) Supra §§ 17, 43, 77.
(39) Supra §§ 17, 26, 45, 64.
penale ed inadempimento doloso, ad esempio, è stato pressocché ignorato nella parte del lavoro dedicata al diritto francese, mentre una certa attenzione gli è stata attribuita nella esposizione del diritto italiano.

Avremmo potuto giustificarcì dicendo che, nel diritto francese, il dolo del debitore obbliga all’intero risarcimento — anche qualora sia stata pattuita una penale — perche le limitazioni di responsabilità, cui la clausola penale è sovente accostata dalla giurisprudenza e dottrina francesi (69), non operano in tema di responsabilità delittuale. La verità è che la rilevanza della clausola penale, ai fini della nostra indagine, ci è apparsa quando già eravamo alla fine del lavoro e quando non ci era più possibile compiere una idonea ricerca nel diritto francese (70).

Lo stesso può dirsi per la dichiarazione anticipata di non voler adempiere: nelle conclusioni del capitolo terzo abbiamo sostenuto che il «rifiuto leale» di adempiere è si volutario, ma non doloso: proposizione che abbiamo desunto — ci sembra coerentemente — dalla casistica in tema di mauvaise e di dol, ma che non è comprovata da una apposita indagine giurisprudenziale.

***

Se l’autore di un libro non può esserne l’apologeta, è forse possibile che egli ne sia un buon critico. In questo paragrafo, e nel seguente, vogliamo esporre le limitazioni che noi stessi vediamo nel nostro lavoro per quel che attiene il metodo della comparazione.

Le osservazioni sopra formulate hanno palesato due casi, nei quali l’importanza di taluni problemi nel diritto francese è emersa solo durante lo studio del diritto italiano. Per contro, durante la comparazione, ci si è presentata una lacuna della ricerca nel diritto italiano; il non avere approfondito l’indagine sulla responsabilità processuale aggravata, al fine di individuare: a) come il giudice determini il risarcimento, e b) se siano frequenti i casi di ritardo nell’esecuzione dell’obbligazione pecuniaria nei quali si disputa della responsabilità ex art. 96 cod. proc. civ.

Le considerazioni formulate nei §§ 70 e 71 sarebbero state meglio fondate e caratterizzate se quell’indagine — la cui importanza ci è apparsa solo in sede di comparazione — fosse stata compiuta.

Vediamo, dunque, come operi in pratica un criterio di «costante andirivieni». Nuove prospettive e nuovi problemi emergono continuamente durante lo studio comparatistico; è necessario, ad un certo punto, contentarsi dei risultati acquisiti: altrimenti, si corre il rischio di non fermarsi più nella ricerca e di perdere di vista il suo filone centrale. D’altronde, queste prospettive che si aprono continuamente sono ignorate dagli studiosi dei singoli ordinamenti, così che il comparatista può dubitare della loro rilevanza e, per non dover risalire all’infinito nella serie delle cause, può giudicare inopportuno dedicare ad esse soverchia attenzione. Sembra giusto, tuttavia, esporre al lettore queste limitazioni, sia affinché egli ne tenga conto nel valutare il lavoro, sia per porre in guardia lo studioso, il quale intende affrontare, comparativamente, lo studio di uno degli argomenti qui presi in esame.

***

Nel compiere quest’opera di (auto)critica, ci ricolleghiamo con i vari luoghi del lavoro ove, sia pure incomplettamente, sono state affacciate delle direttive di metodo.
Le fact situations ed il metodo casistico. Lo spoglio della dottrina e della giurisprudenza italiane e francesi ci ha offerto soltanto due situazioni di fatto analoghe; il ritardo nell’esecuzione dell’obbligazione pecuniaria e la frode ai debitori. Si potrebbe aggiungere la presentazione di bilanci alterati e la condotta del locatore che rende impossibile al locatario il godimento dell’immobile; già in quest’ultimo caso, però, dobbiamo estrarre, dai rispettivi fatti di un caso italiano e di un caso francese, un denominatore comune di nostra ideazione.

L’uso della casistica è stato molto utile per lo studio interno dell’uno e dell’altro ordinamento, ma non per la comparazione.

Ai fini dello studio di ciascuno dei due diritti, la casistica ci ha permesso di abbandonare le generalizzazioni e di cercare, nel concreto, i criteri secondo i quali la nozione di dolo è individuata ed opera nell’ordinamento. Al termine di tale lavoro, tuttavia, ci siamo trovati dinanzi ad un materiale frammentario che ben può qualificarsi insignificante. L’ordine e la sistemazione dei dati sono stati necessari per superare la molteplicità informe e per cercare di intendere i lineamenti, generali e specifici, dell’uno e dell’altro diritto.

La crisi del concetto o, se si vuole, del concettualismo, specialmente nel diritto italiano, è stata ottenuta mediante la casistica; ma, subito dopo, abbiamo dovuto porporre nuove classificazioni per rendere intelligenibili i dati raccolti. Il che suona conferma delle critiche che si possono muovere al metodo delle fact situations nella sua formulazione più pura: l’impianto di quel metodo nello studio di un diritto non esime il giurista dal fare un passo innanzi dopo aver completato la fase casistica. Passo avanti che, come si è detto, è essenziale per la conoscenza.

Il metodo casistico

***

Trasportato poi sul piano della comparazione giuridica, il metodo casistico, pur avendo assolto la funzione sopra descritta, ha giovato ben poco. La sua funzione si è esaurita nell’avere offerto la conoscenza del <data> nell’unu e dell’altro diritto (cfr. l’Introduzione) in termini che presumiamo siano aderenzi al quid oggettivo indicato nel corso del lavoro con le locuzioni «diritto francese» e «diritto italiano».

Quel quid o <data> obiettivo è coerentemente ricostruito — ed è oggetto di comparazione — soltanto mediante un’attività ulteriore. La comparazione, anche quando è sembrata svolgersi in termini di situazioni di fatto tipiche o tipizzate, prendeva — quali suoi termini — non i puri frammenti giurisprudenziali ma la forma che, a quei frammenti, è stata attribuita nelle parti conclusive dello studio dell’uno e dell’altro ordinamento (61).

***

La traduzione, in termini omogenei, dei dati offerti dalle fonti si è realizzata nella misura in cui ogni termine giuridico impiegato è stato definito alla luce del suo concreto operare. L’omogeneità dei dati, in sostanza, si è verificata soltanto se ed in quanto si siano potute esprimere le varie nozioni in un linguaggio, il quale facesse uso di termini posti ad un non dissimile livello di astrazione ed, in oltre, in quanto quel livello fosse sufficientemente poco elevato da impedire la surrettizia interferenza dei nomina, delle tecniche, delle credenze storiche di ciascun ordinamento. Crediamo di essere riusciti ad ottenere, più di una volta, questa omogeneità di dati e — dunque — a tradurre l’uno e l’altro diritto in termini comparabili.

Lo scoglio fondamentale che si è presentato sovente, e che non sappiamo se siamo sempre riusciti ad evitare, è stato quello del giudizio valutativo.

Su quest’argomento, però, occorre intendersi bene: giudizio valutativo non è quello del tipo buono-cattivo o migliore-peggio o anche opportuno-inopportuno. È palese che giudizi aventi questi contenuti sono banditi dalla fase espositiva come pure da quella comparativa, costituendo — se mai — una non necessaria appendice di quest’ultima (§ 77). Quando lo stato dei due diritti è correttamente esposto, ed ad esso faccia seguito la comparazione, quel tipo di giudizi può essere emesso dal lettore, il quale possiede la medesima informazione dello scrittore. E quel che appare buono allo scrittore può sembrare cattivo al lettore, senza che ciò interferisca minimamente nell’opera di esposizione e di comparazione.

I giudizi valutativi, i quali alludiamo, sono di tipo diverso ed hanno per soggetto gli stessi dati raccolti o, più precisamente, il loro ordinamento. Abbiamo visto poco sopra come, della frammentarietà casistica, si sia dovuti passare ad una unità conoscitiva — a nostro avviso, indispensabile. Il modo di pervenire a tale unità è quello di valutare ciascun dato sotto il duplice profilo: a) se esso sia manifestazione di principi validi per casi simili; b) se esso prevalga rispetto ad altri dati congiunti.

Quanto al primo punto, è evidente che la costruzione dei casi simili implica un complessivo giudizio di valutazione del materiale raccolto. Quanto al secondo punto, è da osservare come quel giudizio complessivo conduca a risolvere od a spettare conflitti o lacune che, seguendo diversi e più astraenti metodi, probabilmente non apparirebbero.

***

Affermata la preminenza della valutazione, essa deve rimanere nell’ambito di quel che le fonti sostanziali del diritto, accuratamente esaminate, suggeriscono al giurista essere il diritto vigente in quel dato Stato. Come spesso avviene, è molto più facile enunciare un metodo che metterlo in pratica. Se, talvolta, ci siamo arrestati davanti alla lacuna od alla contraddizione, talaltra abbiamo creduto di possedere materiale sufficiente per giungere a nuove definizioni e classificazioni.

La ricostruzione del concetto di dolo del debitore nel diritto italiano, per fare un solo esempio, si è servita di norme — inadempienza onnissiva, commissiva, definitiva — conosciute alla dottrina ed alla giurisprudenza che hanno trattato il nostro tema. Nozioni, è chiaro, che non vogliono essere una soprastruttura, ma che sembrano essere adeguate a spiegare una serie di decisioni le quali, impiegando più tradizionali tecniche e nozioni, ci apparivano incomprendibili.

È in tali due aspetti che il giudizio valutativo — pur essenziale — implica la responsabilità dello studioso, il quale, non potendo ad essa sottrarsi, ha il solo dovere di offrire al lettore tutti i dati da lui conosciuti, cosicché la sua attività valutativa possa essere sottoposta a critica.

***
79. La comparazione e lo studio storico

Lo studio storico compiuto nel primo capitolo — che a qualcuno potrebbe essere sembrato troppo lungo — si è rivelato assai proficuo per la comprensione del diritto francese e, sebbene, forse, in misura minore, per la comprensione del diritto italiano.

Anche sul termine «studio storico» occorre intendersi: le varie correnti metodologiche non soltanto attribuiscono alla ricerca storica una diversa importanza per la conoscenza del diritto positivo contemporaneo, ma altresì differiscono nel determinare il concetto stesso di storia e di studio storico. Non è il caso di entrare nel dibattito, sebbene sembri fondato affermare la necessità di scindere la metodologia dello studio storico-giuridico dalla generale metodologia della storia. Il mondo giuridico, dopo tutto, è un mondo di forme e la storia delle forme è diversa dalla storia dei concreti avvenimenti.

Cosa noi intendessimo per studio storico l’abbiamo brevemente menzionato nella Prefazione. Ma, per una discussione dei risultati raggiunti, vale di più l’esame del contenuto del primo capitolo — e delle conseguenze da esso tratte nel successivo svolgimento dell’indagine — che non la discussione delle astratte enunziazioni.

La ricerca storica è servita a cogliere un basilare momento, nel quale un’anca forma — quella di dolo — veniva riemersa e, dunque, sostituita a causa di talune esigenze e finalità, sentite in quel momento ed, in tal modo, realizzate. Individuare queste ultime — qualora ci fossimo riusciti — avrebbe significato per intendere la nuova forma e, per ciò stesso, i suoi limiti e le sue contingenti ragioni. Ogni forma (o concetto) giuridico nasce e si perpetua secondo le leggi interne dell’ordinamento nel quale essa opera; leggi, le quali fungono da intermediario fra le necessità concrete del reale e la sfera della giurisdizione. Ha senso parlare di storia giuridica — in siffatto contesto — nella misura in cui si ammette che le forme giuridiche posseggono una loro intima resistenza ad essere modificate; esse, dunque, trasportano nell’età successiva le necessità e le finalità — ormai misconosciute per essere state trasferite sul piano della forma — in ragione delle quali erano sorte in una certa maniera.

La storia giuridica, che noi abbiamo cercato di realizzare, mirava, pertanto, a penetrare nel mondo della forma per scoprirne l’anamnesi. Una volta ricondotto al momento del suo sorgere, il concetto giuridico perde qualsiasi resistenza e diviene null’altro che una tecnica contingente ed abbandonabile senza difficoltà.

D’altra parte, l’aver esso agito in un certo ordinamento durante secoli o decenni consente di valutare in quale maniera e fino a che punto le esigenze e finalità originarie siano svenute. Perchè, se così fosse, il concetto dovrebbe trovare una nuova piena giustificazione ed essere gettato via.

Ed, infine, le contraddizioni che si voleva render vane mediante la loro unificazione in una forma giuridica, che le spiegasse, possono riapparire nel modo di operare di quella forma — così provocando il superamento della stessa, pure di esse il giurista moderno non abbia cognizione.

Sono queste considerazioni che, a nostro modo di vedere, spiegano la conformazione attuale dei concetti di «mauvaise foi» e di «dolo del debitore»; ed è stato in base ad esse che abbiamo fondato, nella parte finale di questo lavoro, le osservazioni comparatistiche.
Comparazione

Affermando, poco sopra, che ogni forma o concetto giuridico vive e si evolve secondo le leggi interne dell’ordinamento in cui opera, intendevano — anche, ma non soltanto — riferirsi alla situazione normativa peculiare di ogni sistema giuridico. Già abbiamo visto l’importanza assunta, per lo sviluppo della «mauvaise foi», dalla mancanza, nell’ordinamento francese, di una norma specifica sulla responsabilità processuale aggravata. Quel che adesso vorremmo osservare è lo scompenso e l’asimmetria che siffatte situazioni arrecano all’esposizione rispettiva dei due sistemi di diritto considerati. Le pagine dedicate alla lite temeraria nel diritto francese, ad esempio, non trovano riscontro nel diritto italiano. Il lungo paragrafo sulle clausole d’irresponsabilità nel diritto francese è seguito da una breve trattazione dell’esonero dalla responsabilità per dolo e per colpa grave: per il diritto italiano, invece, abbiamo avuto poco da dire sulle clausole di irresponsabilità in generale e ci siamo soffermati di più sul l’esonero previsto dagli articoli 1228 e 1229 cod. civ.

Al fondo di queste disparità è la situazione normativa, ma anche l’elaborazione dottrinale, la quale — in Francia, ma non in Italia — ha concesso il tempo delle clausole d’irresponsabilità a quello del concorso di azioni; d’altra parte, è stata proprio la dottrina francese, in accordo con la giurisprudenza, a sistemare molti tra i problemi della responsabilità per il fatto dei preposti — risultato che, da noi, non è stato raggiunto neanche attraverso l’emanazione di una apposita norma.

***

80. IL MODO DI COGNIZIONE E L’IMPORTANZA ATTRIBUITA ALLA DOTTRINA ED ALLA GIURISPRUDENZA.

Un discorso a parte richiede la tecnica da noi impiegata per la conoscenza della giurisprudenza. L’argomento è stato affrontato, per il diritto francese, nel § 14 e, per il diritto italiano, nei §§ 32-34; ivi sono state segnalate le ragioni — sulle quali ci siamo ancora adesso soffermati — che ci hanno indotto a dedicare buona parte del lavoro allo studio giurisprudenziale.

Comparando il metodo seguito per la ricerca nel diritto italiano con il metodo seguito per la ricerca nel diritto francese, si osserva subito una palese differenza; nel primo caso non ci siamo accontentati di quel che ci offrivano le raccolte ed i repertori di giurisprudenza ed abbiamo giudicato necessario compiere ulteriori ricerche (testi integrali delle sentenze, decisioni inedite, fascicoli di causa, e così via).

Questa constatazione apre la via a due riflessioni, l’una sulle ragioni e l’altra sulle conseguenze di tale modo di ope rare.

Il fenomeno delle «massime», pubblicate senza il relativo testo della decisione, è antichissimo e si ritrova, oggi, in Francia come in Italia. I volumi annuali della raccolta Dalloz-Sirey, per fare un solo esempio, contengono una parte di «sommaires» ossia di puro «massimario». Vi è, però, un’importante differenza tra sommaire e «massima»; mentre la seconda concerne solitamente il principio di diritto (21),

(21) La più recente tendenza vuole che, alla fine della «massima», si esponga
la prima mira a riassumere la decisione. Abbiamo già avuto occasione di osservare le conseguenze che il nostro tipo di massima ha portato nello sviluppo giurisprudenziale e nell’immobilismo dottrinale: conseguenze rilevantissime le quali, tra l’altro, mostrano come ed in che misura i «massimatori» siano in grado di influire sull’evoluzione del diritto.

E, per non dar luogo ad una storia «concettuale» della giurisprudenza — che sarebbe non la storia delle idee, ma la storia delle «massime» — abbiamo creduto di dover ricorrere alle tecniche di ricerca adoperate nel capitolo quinto ed — in parte — nel capitolo quarto.

Per spiegare la necessità, nella quale ci siamo trovati, di differenziare in particolare di ciascuno dei casi giudiziari italiani esaminati — quando essi avevano diretta attinenza con il nostro tema — e per spiegare perché ciò non è stato necessario per quel che attiene il diritto francese, occorre aggiungere un’altra osservazione. La dottrina francese — in essa includendo anche gli annotatori, redazionali o meno, delle sentenze — commenta le decisioni; da noi, invece, si tende sempre più a commentare il principio di diritto. Il che spiega perché le sentenze italiane hanno dovuto essere esposte nei dettagli; perché, dal nostro punto di vista, esse erano una scoperta, una terra incognita che dovevamo descrivere prima di poterla misurare.

In Francia, a differenza dell’Italia, il terreno era già quasi tutto conosciuto e noi ci siamo limitati a porre ordine tra il materiale raccolto — e da altri spesso illustrato — benché talvolta la novità degli accostamenti abbia creato nuove e solitamente ignorate prospettive (così, dicasì, ad esempio, per il problema del cumulo di azioni, impostato sotto il profilo della mauvaise foi).

Tra le conseguenze, cui tale metodo ha condotto, oltre quelle di carattere espositivo (60), potrebbero esservene altre di contenuto. La brevità delle sentenze della Cassazione francese (61) è tale che, sebbene di rado, non si può valutare bene la rilevanza del principio di diritto sulla decisione. D’altronde, per apprezzare quella rilevanza, sarebbe necessario ottenere il testo della sentenza impugnata — attività cui neppure i giuristi francesi normalmente ricorrono, e che avrebbe comportato rilevanti difficoltà.

È un fatto, comunque, che le conclusioni, cui si è pervenuti — quanto al diritto italiano — sulla nozione di dolo del debitore, sono il frutto di un lavoro interno e ricostruttivo rispetto all’apparenza giurisprudenziale (e dottrinale), mentre, nel diritto francese, ci siamo fidati dell’apparenza perché ad essa sembra, di solito, corrispondere la sostanza della decisione.

***

Al termine dell’Introduzione avevamo posto una notazione scettica circa l’esistenza di un metodo generale della comparazione giuridica. Ora, al termine del lavoro, vorremmo introdurre due precisazioni. In primo luogo, quella notazione si giustifica in base al presupposto che — per quel che attiene l’attività giuridica — il metodo è la legge di quel che si è fatto e non la legge di quel che si deve fare. In secondo luogo, i libri di diritto comparato sono così rari — sia in

(60) Cf. Gorla, Per una ricerca storico-comparativa sulla nota a sentenza, in Foro II, Quaderni, 1968, 601.

(61) Tra le quali includerei anche quella di aver dovuto riferirsi estensivamente alcune sentenze — irrilvanti o poco importanti ai nostri fini — per la ragione che la loro «massima» poteva trarre in inganno, ed effettivamente aveva tratto in inganno, la dottina.

(62) Supra § 14.
Italia che all’estero — da non offrire sufficiente materiale per l’induzione di leggi metodologiche comuni.

La riflessione sul metodo — dovendo avere quale oggetto il già fatto — è preclusa a chi non ha sperimentato personalmente la comparazione: le speculazioni dei filosofi ed, in generale, dei non comparatisti — o dei comparatisti trave

D’altronde, è evidente che alcuni filoni direttivi possono essere posti, in guisa di giudizi sintetici a priori, purché ne sia manifesta la natura non empirica. In questo paragrafo mi propongo di lumeggiare le ragioni pratiche che hanno fognato in un certo modo le tecniche di indagine delle quali mi sono servito. Assieme alle osservazioni esposte nei due precedenti paragrafi, quelle che seguono vorrebbero contribuire ad individuare la legge contingente o metodo dell’indagine in relazione ai peculiarì connotati assunti dai fattori sostanziali del diritto rispetto agli argomenti da noi presi in esame.

Aver dedicato alla giurisprudenza la massima parte della

Quando, attorno al secondo e terzo decennio di questo secolo, la dottrina italiana si accostò con vivo interesse agli Autori tedeschi e diradò il contatto con la scienza giuridica francese (40), si produsse un mutamento nei temi preferiti dagli studiosi ed alcuni problemi vennero accantonati per far luogo a

---

La comparazione e lo studio della dottrina

ruolo è di muoversi nel medesimo mondo nel quale opera la giurisprudenza (69). Ed, infatti, anche quando abbiamo voluto costruire, per il diritto francese, le nostre conclusioni sul materiale giurisprudenziale (§§ 29-31), i risultati che abbiamo raggiunto non contrastano, generalmente, con accreditate opinioni dottrinarie.

Tutto ciò si è detto per mostrare come il diverso peso che, nella nostra ricerca, hanno assunto i dati dottrinari ed i dati giurisprudenziali, dipende dal modo di operare della dottrina e della giurisprudenza nei due ordinamenti ed, ancor più precisamente, nei vari campi del diritto.

***

(69) Questa locuzione «fattori sostanziali del diritto» non dovrebbe più riuscire oscura, ora che si è giunti al termine del lavoro. E crediamo che l’impiego della fonte giurisprudenziale non ci assiillni, come suggerisce il PARKSE (voce Fonti del diritto (Filosofia), in Enc. dir., XVII, Milano, 1968, a 917), ai «giocatori del loto».