

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA
nuova serie

VOLUME XI – ANNO 2022

ESTRATTO



CAMERINO

2022

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME XI – ANNO 2022

CAMERINO

2022

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Ignazio Buti, Ignacio De Cuevillas Matozzi, Antonietta di Blase, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Luigi Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Francesca Reduzzi, Ingo Reichard, Rosalía Rodríguez López, Martin Josef Schermaier

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Maria Paola Mantovani, Marta Cerioni,
Antonella Merli, Agostina Latino, Stefano Testa Bappenheim

CONTATTI

rocco.favale@unicam.it – felice.mercogliano@unicam.it

SEGRETERIA

Scuola di Giurisprudenza – Università degli Studi di Camerino
Via D'Accorso c/o Campus Universitario
I - 62032 Camerino (MC)

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante referaggio esterno in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Scuola di Giurisprudenza. Università di Camerino.

ROCCO FAVALE*

*La Leistungsstörung nel diritto civile tedesco. Appunti di studio***

Sommario: 1. Le turbative della prestazione nel BGB: la riforma del diritto delle obbligazioni. – 2. Il nuovo sistema regolato dalla *Schuldrechtsreform* del 2002. Tracce generali. – 3. La figura centrale della violazione dell’obbligo (§ 280). – 4. Violazione dell’obbligo e responsabilità. – 5. L’impossibilità della prestazione (§ 275). – 6. Adempimento inesatto e violazione degli obblighi accessori non legati alla prestazione.

1. *Le turbative della prestazione nel BGB: la riforma del diritto delle obbligazioni*

Il sistema delle turbative della prestazione in seno al BGB¹ ha subito una profonda revisione con la celeberrima riforma del diritto delle obbligazioni del 2002². Il nuovo disegno perseguito dal legislatore non è stato altro che quello di trasporre nella legge gli orientamenti giurisprudenziali consolidati nel tempo³. In fin dei conti le nuove regole hanno cambiato solamente la veste: da quella giurisprudenziale a quella legislativa.

Il nuovo sistema delle turbative della prestazione in seno al BGB rappresenta quindi

* Professore ordinario di Diritto privato comparato presso la Scuola di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del blind peer-review. Traccia del seminario di Didattica multidisciplinare su «La violazione del rapporto obbligatorio» tenuto presso la Scuola di Giurisprudenza dell’Università di Camerino il 3 febbraio 2022.

¹ Di recente, sul processo di nascita del BGB, cfr. le belle pagine di F. KLINCK, *La formazione del BGB e il valore dei materiali preparatori per la sua interpretazione odierna*, in *AFG-Unicam*, 2021, p. 37 ss.

² Il *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, pubblicata il 26 novembre 2001 (in *BGBI*, 29 novembre 2001, I, p. 3138 ss.), è entrata in vigore il 1° gennaio 2002. Per un quadro esaustivo dell’evento legislativo, molto utile è il contributo di G. CIAN, *Relazione introduttiva*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 9 ss. H. HONSELL, *Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung*, in *JZ*, 2001, p. 473, parla di «größte Veränderung» del BGB.

³ Per la verità la riforma mette a frutto tutta l’elaborazione che la dottrina aveva posto in essere negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso. Fra i tanti contributi si segnalano: A. WOLF, *Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts*, in *ZRP*, 1978, p. 252 ss.; M. LIEB, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, in *AcP*, 1983, p. 327 ss.; D. MEDICUS, *Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts*, in *AcP*, 1988, p. 168 ss. Vanno ricordati, altresì, i famosi *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, voll. 3, Bonn, 1981-1983.

l'esito finale dell'intento del legislatore di eliminare le criticità del quadro originario, così come delineato dalla Pandettistica durante l'edificazione del codice civile tedesco del 1900⁴.

2. Il nuovo sistema regolato dalla Schuldrechtsreform del 2002. Tracce generali

Se la prestazione dovuta non è eseguita o non è eseguita in tempo o non è eseguita correttamente e non subentra nessuna surrogazione dell'adempimento, si parla di (per)turbativa della prestazione (*Leistungsstörung*).

La disciplina dell'inadempimento non è soltanto centrale entro il reparto del diritto delle obbligazioni, ma si interseca anche con la peculiare disciplina delle singole figure del rapporto obbligatorio (per es. con i rimedi previsti nella vendita, nel contratto d'opera ecc.). Infine la disciplina generale trova applicazione in seno ai contratti tipici che non hanno una peculiare disciplina, come accade per il contratto di servizio (§ 611 ss.).

Le norme generali delle *Leistungsstörungen* trovano poi applicazione anche nei rapporti obbligatori legali, in mancanza di disciplina speciale.

Per quanto riguarda la disciplina dell'inadempimento in senso lato, essa si colloca nei §§ 275-304, 320-326, 311, 311a, 313-314 BGB. I §§ 275-304 valgono per ogni tipo di obbligo di prestazione, derivante da negozio o dalla legge. I §§ 320 ss. concernono i contratti a prestazioni corrispettive e integrano le norme generali del § 275 ss. Il § 311a concerne la regola speciale dell'impossibilità originaria della prestazione. Il § 313 regola la *Geschäftsgrundlage*, il § 314 la disdetta dai rapporti obbligatori di durata.

Le fattispecie che integrano il fenomeno dell'inadempimento sono molteplici. a) Innanzitutto il mancato adempimento (*Ausbleiben der Leistung*), che si ha quando il debitore non adempie in tutto o in parte la prestazione, e ciò perché la prestazione è impossibile; oppure la prestazione è possibile per il debitore, ma egli non la adempie. I rimedi conseguenti a questa fattispecie si specificano nel recesso (*Rücktritt*) o nel risarcimento in luogo della prestazione in caso di ritardo dell'adempimento e il debitore ha fatto altresì scadere il termine di grazia (§ 281, 323). b) In secondo luogo, il ritardo nell'adempimento (*Verspätung der Leistung*), ove l'obbligo primario di prestazione è violato quando il debitore adempie, ma in ritardo, e

⁴ In occasione del centenario del BGB, cfr. R. STÜRNER, *Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter?*, in JZ, 1996, p. 742.

in tal modo cagiona un danno al creditore. c) In terzo luogo, l'adempimento inesatto (*Schlechtleistung*), che sussiste quando l'obbligo primario di prestazione è eseguito tempestivamente dal debitore, ma non nella qualità dovuta, ossia non è conforme a quanto determinato nel programma dell'obbligazione. d) In quarto luogo, la violazione degli obblighi accessori di protezione e di cura, autonomi rispetto all'obbligo di prestazione (*weitere Verhaltenspflichten*)⁵, il che si ha anche quando il debitore adempie esattamente la prestazione principale, ma viola determinati obblighi di protezione in relazione ai beni giuridici e ai diritti del creditore. e) In quinto luogo, la mora del creditore (*Gläubigerverzug, Annahmeverzug*), ove il debitore esegue esattamente la prestazione, ma il creditore non l'accetta. f) Infine, l'inesigibilità e la difficoltà sopravvenuta della prestazione (*Leistungserschwerung, Unzumutbarkeit*), che integrano fattispecie di confine con la figura dell'impossibilità. Si parla di turbativa dello scopo (*Zweckstörung*) quando la prestazione dovuta può essere eseguita correttamente, ma ha perso valore entro la dinamica del regolamento contrattuale (ad es.: innaffiare un giardino già allagato dopo una tempesta). Oggi, all'indomani della riforma, la legge ha recepito l'istituto della *Geschäftsgrundlage* (§ 313). Lo stesso vale per l'inesigibilità a tenersi vincolato ad un rapporto di durata, dove interviene la figura della disdetta straordinaria di cui al § 314.

3. La figura centrale della violazione dell'obbligo (§ 280)

Concetto centrale della disciplina dell'inadempimento è la *Pflichtverletzung*⁶. Secondo il § 280, comma 1, periodo 1, il creditore può chiedere il risarcimento dei danni se il debitore viola un obbligo del rapporto obbligatorio. Secondo il § 280, comma 1, periodo 2, il risarcimento è escluso se il debitore non risponde della violazione dell'obbligo.

Dal tenore della legge risulta che la responsabilità è presunta dalla legge, ma è ammessa la prova contraria del debitore, secondo cui la violazione dell'obbligo non è a lui imputabile.

La figura della violazione dell'obbligo è frutto innovativo della riforma del 2002 che ha

⁵ Gli ulteriori obblighi di comportamento (*weitere Verhaltenspflichten*) fanno riferimento alla ricostruzione classica di K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 6 ss.

⁶ C.-W. CANARIS, *Il programma obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 46 ss.; S. LORENZ, *Schadensersatz wegen Pflichtverletzung. Ein Beispiel für die Überbastung der Kritik an der Schuldrechtsreform*, in *JZ*, 2001, p. 742; Hans STOLL, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, p. 589 ss.; D. ZIMMER, *Das neue Recht der Leistungsstörungen*, in *NJW*, 2002, p. 1 ss.; D. MEDICUS, *Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht*, in *JuS*, 2003, p. 521 ss.;

seguito l'idea di porre una fattispecie unitaria di turbativa della prestazione e di un sistema unitario degli effetti (risarcimento del danno e recesso).

Secondo la lettera della disposizione del § 280, il primo presupposto per il diritto al risarcimento del danno è l'esistenza di un rapporto obbligatorio, che può derivare da atto negoziale o dalla legge. In proposito, il § 241 distingue gli obblighi del rapporto obbligatorio in obblighi di prestazione e in ulteriori obblighi, a seconda che riguardano la prestazione principale oppure la tutela dei beni giuridici e degli interessi del creditore⁷.

Una violazione dell'obbligo si ha, secondo il dettato del legislatore, quando il comportamento del debitore devia obiettivamente dal programma del rapporto obbligatorio. Se il debitore è obbligato a raggiungere un determinato risultato, allora per l'accertamento della violazione dell'obbligo è sufficiente la mancanza del risultato dovuto.

Ciò vale anche nell'ipotesi di impossibilità della prestazione: nonostante la formula del § 275, comma 1, secondo il quale il debitore è liberato dall'obbligo di prestazione, rimane il non adempimento come oggettiva violazione dell'obbligo. Il venir meno dalla prestazione riguarda soltanto l'obbligo primario di prestazione, mentre in presenza dei presupposti si pone al suo posto l'obbligo secondario di prestazione (ad es. il risarcimento del danno). Mentre per le altre questioni, come quella che riguarda il perché sia accaduta l'impossibilità, viene in rilievo il problema della responsabilità (*Vertretenmüssen*).

Nelle ipotesi in cui il debitore è obbligato non ad un risultato ma ad una attività (contratto di lavoro subordinato, di servizio), non c'è alcuna distinzione nel trattamento giuridico. Il comportamento dovuto si determina secondo il criterio della diligenza necessaria del traffico, così come stabilito nel § 276, comma 2. In questa situazione l'obiettiva antigiuridicità (*objektive Pflichtwidrigkeit*) e il rimprovero di colpa (*Verschuldensvorwurf*) si sovrappongono. Se è provata la violazione dell'obbligo (ad es. un errore del medico) di regola vi è anche la prova della responsabilità (*Vertretenmüssen*), cosicché un esonero del debitore secondo il § 280, comma 1, periodo 2, risulta abbastanza difficile. Lo stesso accade per la violazione degli obblighi accessori (§ 241, comma 2). Anche qui, in assenza del dovuto risultato, violazione del dovere e responsabilità coincidono, perché il debitore non deve il risultato, ma solo assumere

⁷ Va opportunamente precisato che la norma del § 241 è stata dalla riforma arricchita di un secondo comma, col quale vengono codificati gli obblighi di protezione e gli ulteriori obblighi.

un comportamento prudente.

Sussistendo la violazione oggettiva dell'obbligo, non consegue una soggettiva responsabilità del debitore, intesa nel senso di una rimproverabilità (*Vertretenmüssen*). Con questa figura si descrive l'imputabilità (*Zurechenbarkeit*) della violazione oggettiva dell'obbligo in capo al debitore, nel senso della responsabilità per la violazione dell'obbligo. Questi due elementi congiuntamente fondano l'obbligo del risarcimento del danno del debitore ai sensi del § 280, comma 1.

La distinzione fra violazione dell'obbligo e responsabilità è rilevante soprattutto sotto il profilo della ripartizione dell'onere di prova. Il *Vertretenmüssen* si presume in capo al debitore. Un'eccezione sussiste nella violazione degli obblighi del lavoratore, dove la legge (§ 619a BGB) pone la relativa prova a carico del datore di lavoro.

Gli obblighi derivanti da un rapporto obbligatorio si distinguono in obblighi legati alla prestazione e obblighi non legati alla prestazione. I primi sono disciplinati nel § 241, comma 1, dove si definisce il diritto del creditore ad esigere la prestazione. Si tratta di obblighi il cui contenuto va inteso nel senso più ampio come teso a migliorare la posizione del creditore (*Leistungsinteresse* o *Äquivalenzinteresse*)⁸.

Gli obblighi non legati alla prestazione sono regolati nel § 241, comma 2, e non sono diretti a migliorare la posizione del creditore ma piuttosto fondano obblighi in capo al debitore diretti a non peggiorare la posizione del creditore (*Integritätsinteresse*).

Un obbligo legato alla prestazione può essere lesa dal fatto che il debitore non adempia puntualmente la prestazione o non esattamente. Ciò può essere la conseguenza di due fattori: a) il debitore non può più adempiere la prestazione (es. la macchina venduta è andata distrutta); b) il debitore non vuole adempiere o è soltanto impedito temporaneamente (es. il venditore non può consegnare la macchina perché l'ha affittata).

Se al debitore risulti impossibile la prestazione o sussiste un fatto equiparato all'impossibilità, allora egli è liberato dall'obbligo primario di prestazione. L'impossibilità può assumere la figura dell'impossibilità originaria (*anfängliche Unmöglichkeit*) e dell'impossibilità sopravvenuta (*nachträgliche Unmöglichkeit*), a seconda che l'impossibilità della prestazione sussista

⁸ In generale, cfr. S. MADDAUS, *Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht*, in *JURA*, 2004, p. 290 s.

già al momento della conclusione del contratto o successivamente ad essa. Come sostiene il BGH, prima della conclusione del contratto il debitore deve essere consapevole sulla sua capacità di eseguire la prestazione, mentre dopo la conclusione deve curare la realizzazione della prestazione promessa⁹.

Si ha ritardo nella prestazione quando il debitore non adempie tempestivamente e questa fattispecie rientra nella violazione dell'obbligo di cui al § 280, comma 1. Si ha parimenti violazione dell'obbligo quando il debitore adempie la prestazione ma non correttamente. Se questa ipotesi è disciplinata in seno ad un contratto tipico, prevale la disciplina speciale.

Come disposto dal § 241, comma 2, un rapporto obbligatorio può obbligare altresì ciascuna parte, secondo il contenuto, a proteggere i diritti, i beni giuridici e gli interessi dell'altra parte. Oggetto di questi obblighi non è l'interesse alla prestazione, bensì l'interesse all'integrità. La legge (§§ 282 e 324 BGB) consente al creditore, in presenza di determinati presupposti, in caso di violazione di questi obblighi di far valere il risarcimento in luogo della prestazione o di recedere dal contratto.

La disposizione richiamata in collegamento con il § 311, comma 2, dà sì che gli obblighi di protezione nascano non soltanto con il rapporto obbligatorio, ma anche prima, attraverso l'assunzione di contatti negoziali, con l'avviamento al contratto. Il legislatore riconosce l'istituto della colpa entro la fase delle trattative (*culpa in contrahendo*)¹⁰. La relativa violazione porta al risarcimento del danno, ma non per ritardo della prestazione o in luogo della prestazione, in quanto non c'è ancora l'obbligo primario di prestazione.

4. *Violazione dell'obbligo e responsabilità*

La violazione dell'obbligo è ogni deviazione del comportamento del debitore dal programma obbligatorio mentre il requisito della responsabilità (*Vertretenmüssen*) descrive l'imputabilità della violazione dell'obbligo in capo al debitore, cioè la sua responsabilità. Questi due elementi insieme fondano l'obbligo di risarcimento del danno del debitore.

La disposizione del § 276 prescrive che il debitore risponda del dolo e della colpa, se

⁹ BGH, 19 ottobre 2007, in *NJW*, 2007, p. 3777 ss., spec. Rn. 37.

¹⁰ Ancora oggi si consiglia la lettura della classica monografia di R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. di F. Procchi, Napoli, 2005.

non è prevista una responsabilità più grave o più lieve o determinata dal contenuto del rapporto obbligatorio, in particolare dall'assunzione di una garanzia o di un rischio di approvvigionamento.

In argomento si parla di principio della colpa (*Verschuldensprinzip*). Esistono poi norme di responsabilità, come il § 823, in cui si richiamano direttamente il dolo e la colpa, rendendo irrilevante il § 276, comma 2.

Il principio della colpa riposa sull'idea della garanzia della libertà di agire, per cui chi agisce con la diligenza necessaria del traffico non deve temere di risarcire il danno cagionato ad altri. Il nuovo § 276, comma 1, prevede accanto alla colpa anche altri criteri di imputazione di responsabilità, dove il dover rispondere (*Vertretenmüssen*) del debitore va oltre la colpa. Se la fattispecie non richiama alcuna forma di colpevolezza del debitore, la responsabilità diventa oggettiva (*objektive Haftung*).

Similmente al diritto penale, ove il reato si fonda su tre stadi, la conformità alla fattispecie (*Tatbestandsmäßigkeit*), la contrarietà al diritto (*Rechtswidrigkeit*) nonché la colpevolezza (*Schuld*), nel diritto civile quest'ultima, come elemento soggettivo, presuppone l'esistenza dell'elemento oggettivo. Il problema della colpa sussiste soltanto quando c'è qualcosa di cui si debba essere responsabili. Ciò è decisivo per l'esistenza della fattispecie oggettiva di una violazione dell'obbligo.

Questa costruzione a gradi trova nel diritto civile il parallelo più evidente nella responsabilità da fatto illecito, nella norma fondamentale del § 823, comma 1. Prima di tutto deve essere accertata una violazione di un diritto (ad esempio della proprietà), poi viene in rilievo l'antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*), ossia il fatto che la violazione del diritto sia vietata. Infine dopo aver individuato questa fattispecie illecita ci si deve interrogare se l'autore che ha violato il divieto debba essere anche responsabile personalmente.

Nei rapporti obbligatori (*Sonderverbindungen*) non vi è un autonomo livello di esame dell'antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*). La violazione di particolari obblighi in quanto tali non è legata alla violazione di una norma generale che causa l'antigiuridicità. Invece nei rapporti particolari la violazione degli obblighi da questi scaturenti è presupposto della questione se il debitore sia anche responsabile. Si pensi, per esempio, all'ipotesi del proprietario che chieda il risarcimento dei danni al locatario per il danneggiamento della cosa locata. Innanzitutto

deve essere accertato se il deterioramento non sia conseguenza dell'uso ordinario della cosa (§ 548). Soltanto se è intervenuta un'altra causa, allora può sorgere la questione di una colpa del locatario.

5. *L'impossibilità della prestazione* (§ 275)

Il § 275 prevede l'ipotesi in cui il debitore è liberato dall'obbligo primario di prestazione, in quanto la prestazione non può essere adempiuta, inclusi i casi in cui la prestazione potrebbe essere eseguita, ma per determinati motivi il creditore non può esigere la prestazione dal debitore.

Innanzitutto sussiste impossibilità (di fatto) quando la prestazione dovuta non può essere adempiuta secondo le leggi della natura, come accade nell'ipotesi di distruzione del bene dovuto. Rientra in questa figura anche il c.d. «raggiungimento dello scopo» (*Zweckerreichung*) o la «mancanza dello scopo» (*Zweckverfehlung*), laddove la prestazione può essere ancora eseguita, ma non ha alcun senso, perché il risultato è stato già raggiunto o non può più essere raggiunto. Ad esempio, vi è impossibilità se la macchina, ferma per un guasto, riparte senza che il carro attrezzi entri in azione, oppure l'intervento, che il primario deve effettuare personalmente, è già stato eseguito con successo da un altro medico.

Si ha impossibilità giuridica se l'assunzione della prestazione è assolutamente vietata (ad es. commettendo un reato) o viene meno per altri ostacoli legali (ad es. l'obbligo di costituire un usufrutto ereditario ai sensi del § 1061 BGB). In molti casi, il contratto è già nullo ai sensi del § 134 BGB.

Il § 275 non distingue fra impedimento alla prestazione al momento della conclusione del contratto e impedimento dopo la sua conclusione. Nel testo originario del BGB la disposizione del § 306 prevedeva la nullità del contratto la cui prestazione fosse impossibile già *ab origine*. La norma contenuta nel § 311a, inserita dalla riforma, prescrive in maniera innovativa che l'impossibilità originaria della prestazione non preclude che il contratto espliciti i suoi effetti. La prestazione, ai sensi del § 275, è esclusa, ma il debitore può risarcire il danno causato al creditore nell'ipotesi che non conosceva l'impedimento alla prestazione o che la sua mancata conoscenza era a lui imputabile per dolo o colpa.

La norma del § 275 equipara impossibilità oggettiva, che riguarda chiunque (es.: vendita

di cosa inesistente), e impossibilità soggettiva, nella quale la prestazione è impossibile soltanto per il debitore (vendita di cosa altrui).

L'impossibilità può riguardare la prestazione intera o essere parziale, purché la prestazione sia divisibile, per volontà delle parti innanzitutto o nella prospettiva del traffico giuridico¹¹. L'impossibilità parziale può essere quantitativa oppure qualitativa, come accade nella vendita o nel contratto d'opera in riferimento al bene non riparabile o ai vizi giuridici.

Il § 275 presuppone una impossibilità duratura. La norma non prende in considerazione l'ipotesi dell'impossibilità provvisoria, intesa come situazione in cui il debitore per un certo tempo non può eseguire la prestazione.

Le parti potrebbero considerare essenziale il tempo della prestazione, così che l'esecuzione non puntuale della prestazione rende la stessa impossibile. In proposito si parla di contratti con termine essenziale (*absolutes Fixgeschäft*). In questa figura, se il debitore non adempie puntualmente, rende la prestazione per il creditore assolutamente priva di interesse¹². Si pensi alla vendita dell'albero di Natale che può essere consegnato soltanto fino alla notte di Natale.

Di solito nel contratto il tempo della prestazione è relativo (*relatives Fixgeschäft*), nel senso che se la prestazione non è eseguita nel termine stabilito dalle parti il creditore potrebbe avere ancora un interesse alla prestazione.

Già prima dei nuovi commi 2 e 3 del § 275, la giurisprudenza riconosceva che potevano esserci impedimenti alla prestazione anche quando la stessa non fosse impossibile, ma risultava alquanto difficile nella misura in cui dal debitore non si poteva più esigere la prestazione. In proposito si parlava di sforzi che superavano i limiti del sacrificio (*Opfergrenze*). Con ciò non si richiamavano casi estremi in cui nessun debitore ragionevole poteva avere l'idea di tentare l'esecuzione della prestazione come nessun creditore ragionevole poteva avere l'idea di esigere la prestazione in natura (per es. la ricerca di un anello perso nel mare). In realtà si richiamavano casi in cui impedimenti imprevedibili alla prestazione rendevano la stessa inesigibile.

Queste norme tentano di determinare i confini, superati i quali il debitore non può

¹¹ BGH, 7 marzo 1990, in *NJW*, 1990, p. 3011.

¹² Chiaramente, BGH, 28 maggio 2009, in *NJW*, 2009, p. 2743 s., ove mette in evidenza che nei negozi con termine assoluto l'adempimento tardivo non costituisce adempimento.

essere più obbligato alla prestazione. Si può parlare di impossibilità normativa, perché è la legge a porre la disciplina. In proposito sono da distinguere i motivi economici (comma 2) e i motivi personali (comma 3).

Secondo il § 275, comma 2, il debitore può rifiutare la prestazione, qualora questa richieda uno sforzo che sta in un rapporto di grave sproporzione rispetto all'interesse del creditore alla prestazione, avuto riguardo al contenuto del rapporto obbligatorio e al principio di buona fede. La chiave per comprendere la norma sta nella sproporzione fra lo sforzo del debitore per eseguire la prestazione e l'interesse del creditore alla prestazione. Insomma la prestazione deve costare al debitore più di quanto sia utile al creditore. Certamente non si tratta di vedere se per il debitore valga la pena eseguire la prestazione.

Se l'esecuzione della prestazione pone in capo al debitore un peso enorme dal punto di vista economico, la norma *ad hoc* è quella del § 313 che disciplina la *Geschäftsgrundlage*, la quale non stabilisce l'esonerazione dalla prestazione del debitore, ma, in primo luogo, l'adeguamento della prestazione¹³.

I limiti dei sacrifici dovuti dal debitore, così come stabiliti nel § 275, comma 2, entrano in una norma eccezionale da interpretare in maniera restrittiva. Nell'accertamento della grave sproporzione fra sforzo del debitore e interesse del creditore risultano utili per il giudice soprattutto il contenuto del rapporto obbligatorio e il principio di buona fede. Nella determinazione degli sforzi pretesi dal debitore va considerata anche la circostanza che l'impedimento alla prestazione sia imputabile al debitore.

Il comma 3 del § 275 contiene una norma speciale che riguarda le prestazioni che il debitore deve eseguire personalmente. Egli può rifiutare la prestazione se nel bilanciamento degli impedimenti contrastanti la sua prestazione e l'interesse del creditore alla prestazione, la stessa non può essere pretesa dal debitore. Anche questa previsione rispecchia la dottrina e la giurisprudenza sulla figura dell'impossibilità psichica o personale. Rispetto alla fattispecie regolata nel comma 2, questo caso non descrive lo sforzo dovuto dal debitore e la grave

¹³ Sulla norma del § 313, quale novità della legge di ammodernamento, utili le letture di P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 101 ss.; nonché, sullo sviluppo della figura giuridica, l'interessante itinerario proposto da G. VARANESE, *Windscheid e il legislatore nella dottrina della presupposizione*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 573 ss. Sull'evoluzione della figura rimediabile, cfr. C. JANDA, *Störung der Geschäftsgrundlage und Anpassung des Vertrages*, in *NJ*, 2013, p. 1 ss.

sproporzione. Per illustrare il fondamento nei lavori preparatori è richiamato il caso della cantante che non può esibirsi perché vuole rimanere accanto al figlio gravemente malato. Qui l'abbandono del figlio ha un peso maggiore dello sforzo della cantante nell'esibizione.

Per quanto riguarda gli effetti dell'impossibilità in relazione all'obbligo primario di prestazione, il § 275 distingue l'ipotesi disciplinata nel comma 1, in cui quando l'impossibilità è sopravvenuta, la pretesa alla prestazione viene meno *ipso iure*. Mentre nel caso di impossibilità originaria interviene la norma del § 311a, secondo la quale l'impossibilità non incide sull'efficacia del contratto.

Nelle ipotesi disciplinate nei commi 2 e 3 il debitore deve sollevare la relativa eccezione. Nelle ipotesi in cui il debitore possa superare le difficoltà, ma che secondo il § 275, comma 2, non deve superare, egli può scegliere fra rifiutare legittimamente l'esecuzione della prestazione o adempiere superando gli ostacoli al fine di sperare di guadagnarci qualcosa.

Lo stesso accade nel comma successivo del § 275, dove il lavoratore nel caso di malattia non grave può scegliere tra andare a lavorare o prendere il congedo per malattia.

Va sottolineato che il § 275 concerne soltanto gli effetti in relazione all'obbligo primario di prestazione. Per quanto riguarda gli obblighi secondari di prestazione, come in particolare l'obbligo di risarcimento del danno, il puro inadempimento integra una obiettiva violazione dell'obbligo di cui al § 280, nonostante l'esonero dalla prestazione.

Per quanto concerne la ripartizione dell'onere della prova, vale la regola fondamentale per la quale chi vuole far valere effetti a sé favorevoli deve provare l'esistenza dei presupposti legali della fattispecie. Nel caso del § 275, il debitore che di fronte alla prestazione primaria si appella alla liberazione dalla prestazione, deve dimostrare che la prestazione è impossibile oppure che sussistono i presupposti per poter esercitare il diritto a rifiutare la prestazione.

6. Adempimento inesatto e violazione degli obblighi accessori non legati alla prestazione

Sappiamo che dal rapporto obbligatorio scaturiscono non solo l'obbligo alla prestazione ma anche obblighi di protezione e di cura in relazione a beni giuridici preesistenti del creditore, la cui violazione obbliga il debitore al risarcimento del danno. Questa responsabilità trova oggi collocazione in seno al BGB nei §§ 241 II e 280 I.

In proposito la dottrina richiama la figura dell'adempimento inesatto (*Schlechtleistung*),

richiamando la prestazione viziata che porta a danni ad ulteriori beni giuridici del creditore. Si pensi alle violazioni contrattuali positive e al *leading case* del *Pferdefutter-Fall*¹⁴, in cui il venditore consegnava al compratore fieno avariato, perché mal conservato, che portava alla morte dei cavalli del compratore. In questo caso il compratore oltre all'interesse alla prestazione, in quanto il bene era viziato, aveva diritto agli ulteriori danni conseguenti alla morte dei cavalli.

È ormai a tutti noto – almeno spero – come i deficit strutturali del BGB in seno alle turbative dell'adempimento abbiano reso necessario integrare dall'esterno il sistema dell'adempimento attraverso le figure delle violazioni positive del credito e della successiva nozione degli obblighi di protezione, conati da Heinrich Stoll negli anni Trenta. La consolidazione degli obblighi di protezione nel diritto vivente ha poi giustificato il loro richiamo esplicito nel comma 2 del § 241, secondo il quale «il rapporto obbligatorio può obbligare, secondo il suo contenuto, ciascuna parte al rispetto dei diritti, dei beni giuridici e degli interessi dell'altra parte».

Un rapporto obbligatorio costituito da soli obblighi di protezione di cui al comma 2 del § 241 nasce nella fase precontrattuale disciplinata nel § 311, commi 2 e 3.

Il comma 2 prevede tre fattispecie di obbligazione senza prestazione: 1) l'avviamento (*Aufnahme*) di trattative contrattuali; 2) l'avvio (*Anbahnung*) di un contratto nel quale, in vista di un eventuale rapporto negoziale, una delle parti concede all'altra la possibilità di produrre effetti sui suoi diritti, beni o interessi, o le affida questi ultimi (entrata in un supermercato); 3) simili contatti negoziali (contatti di cortesia).

Il comma 3 aggiunge che un rapporto obbligatorio, costituito da obblighi di cui al comma 2 del § 241, «può sorgere anche verso soggetti che non devono diventare esse stesse parti contrattuali. Un tale rapporto obbligatorio sorge in particolare se il terzo desta affidamento su di sé in misura notevole e con ciò influenza in modo rilevante le trattative contrattuali o la conclusione del contratto».

Il creditore può chiedere il risarcimento del danno al debitore in conseguenza della violazione colposa di un obbligo di protezione ai sensi del § 280, comma 1.

¹⁴ RG, 9 luglio 1907, in RGZ, 66, p. 289 ss. Alcuni anni prima la dottrina individua le criticità del sistema delle turbative dell'adempimento proponendo la teoria delle violazioni contrattuali positive: il riferimento è al contributo di H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto* (1903), trad. it. e cura di G. Varanese, Napoli, 2001.

I presupposti per il risarcimento del danno riguardano: a) l'esistenza di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione (§ 241²), b) la violazione da parte del debitore dell'obbligo di protezione; c) la violazione dell'obbligo deve essere imputato al debitore. In presenza di patti presupposti il debitore deve risarcire i danni conseguenti alla violazione dell'obbligo concernenti i beni giuridici del creditore. Con ciò si richiama il danno all'integrità (*Integritätsinteresse*).

Il danno non può essere richiesto in luogo dell'adempimento, ma accanto all'adempimento. Assume rilevanza in proposito il concorso di colpa del creditore di cui al § 254 (corrispondente al nostro art. 1227 c.c.).

Nell'ipotesi di contratto a prestazioni corrispettive il creditore può recedere dallo stesso a seguito di violazione dell'obbligo di protezione da parte del debitore e non si può pretendere che il creditore rimanga fedele al contratto (§ 324).

Per quanto riguarda la violazione degli obblighi di protezione in seno al rapporto obbligatorio precontrattuale, i presupposti e gli effetti giuridici sono simili a quelli previsti dalla legge per la violazione degli obblighi di protezione in un rapporto obbligatorio negoziale.

Innanzitutto nell'ambito del rapporto obbligatorio precontrattuale il debitore deve aver commesso una violazione dell'obbligo di protezione a lui imputabile.

Quali obblighi di protezione esistano nell'ambito del rapporto precontrattuale e quale sia l'ampiezza di questi obblighi non è regolato dalla legge, ma viene individuato secondo le circostanze del caso concreto. In proposito la giurisprudenza nel corso del tempo ha elaborato dei gruppi di casi (*Fallgruppen*) non chiusi, ma abbastanza consolidati.

a) Nel corso del rapporto precontrattuale gli interessati hanno l'obbligo di comportarsi in maniera tale che i beni giuridici (vita, corpo, salute, libertà) e i diritti (ad es. proprietà) non siano lesi.

b) Le parti hanno inoltre da tener conto anche di ulteriori interessi dell'altra parte (come, per esempio, il patrimonio, o anche la libertà di decisione).

Abstract

Il contributo illustra le linee essenziali del sistema dell'inadempimento dell'obbligazione nell'ambito del diritto civile tedesco nella veste successiva alla *Schuldrechtsreform* emanata vent'anni fa (2002). L'indagine concentra la sua attenzione sulle novità costituite dalla figura della violazione dell'obbligo (§ 280 BGB), dalla rielaborazione dell'impossibilità della prestazione (§ 275 BGB) nonché infine del rapporto obbligatorio senza prestazione di cui al § 241, comma 2, BGB.

Abstract

The contribution illustrates the essential lines of the system of non-performance of the obligation under German civil law in the form following the *Schuldrechtsreform* issued twenty years ago (2002). The investigation focuses its attention on the novelties constituted by the figure of the breach of obligation (§ 280 BGB), the reworking of the impossibility of performance (§ 275 BGB) as well as the obligation referred to in § 241, part 2, BGB.

Camerino, marzo 2022.