

Mora credendi e impossibilità di cooperare all'adempimento

Roberta Astorino

SOMMARIO 1. *Introduzione* - 2. *Profili e varianti degli impedimenti alla prestazione ex latere creditoris* - 3. *L'arduo tentativo di individuare una linea di confine tra la mora credendi ex art. 1206 c.c. e l'impossibilità della prestazione cagionata da omessa cooperazione creditoria*- 4. *Questioni in merito alla scelta del criterio di imputazione del contegno creditorio omissivo*- 5. *Indagine in ordine alle conseguenze che sul piano del rapporto contrattuale sinallagmatico generano gli impedimenti alla prestazione ex latere creditoris: tra lacune normative e tentativi dottrinali di confezionare una regula iuris. Quale tutela per il debitore?*- 6. *Il ricorso della giurisprudenza più recente alla categoria della «causa concreta». Analisi e rilievi critici.*

1. *Introduzione.*

Il rinnovato approccio ermeneutico alla disciplina obbligatoria ed una maggiore funzionalizzazione delle clausole generali di correttezza e buona fede hanno restituito un'immagine del rapporto obbligatorio decisamente lontana dalla visione formalistica e tradizionale, propria degli orientamenti più risalenti nel tempo, che lo costruiva come relazione tra due situazioni semplici, credito e debito, caratterizzate da contenuto di segno marcatamente contrario. Nel concreto profilarsi dei singoli rapporti obbligatori, difatti, il contenuto della situazione creditoria e debitoria si presenta essenzialmente complesso, potendo in esso convivere, senza frizioni, il dovere e il potere: così, pertanto, la situazione creditoria è accompagnata da obblighi e oneri, e alla situazione debitoria, di contro, si affiancano poteri e facoltà.

Allorquando si affronta il tema dell'adempimento in relazione al comportamento del soggetto attivo del rapporto obbligatorio, ci si imbatte nell'espressione «cooperazione del creditore all'adempimento». Il tentativo di riempire di contenuto normativo la predetta formula ha indotto a qualificare la cooperazione quale attività che il creditore pone in essere in funzione dell'adempimento, al fine di rendere possibile, agevolare e facilitare l'esecuzione della prestazione, e dunque in funzione della realizzazione del mero interesse del creditore, assunto, nella prospettiva tradizionale, a fine ultimo dell'obbligazione.

L'angustia della definizione emerge laddove si considera che il fine esclusivo cui tende la prestazione non è la mera soddisfazione dell'interesse creditorio. Ed invero, se l'obbligo imposto al debitore mira ad assicurare al creditore una prestazione utile, l'adempimento, ad ogni modo, può coinvolgere una pluralità di interessi debitori meritevoli di tutela alla cui realizzazione un atto del creditore di cooperazione all'adempimento può essere concretamente indirizzato. Il debitore può infatti vantare interesse all'esonero dalla responsabilità per inadempimento, a liberarsi dal vincolo o a non subire un aggravio dello stesso, all'esecuzione effettiva della prestazione e a ricevere, nell'ambito di un contratto sinallagmatico, la controprestazione. Gli interessi del debitore variano in relazione alle peculiarità dell'obbligazione (dipendono dalla diversità della fonte, dalla sussistenza di un vincolo sinallagmatico, dal tipo di prestazione).

Assunta sotto questa prospettiva, la cooperazione del creditore all'adempimento, oltre ad essere strumentale alla prestazione, si presta anche a divenire il punto di emersione di interessi debitori nel mondo giuridico.

Se, pertanto, ai fini dell'attuazione del rapporto, si richiede al creditore uno sforzo cooperatorio, qualora questo sforzo dovesse difettare, non solo impedirebbe l'adempimento ma rischierebbe, altresì, di compromettere le aspettative che il debitore vantava in ordine alla fisiologica attuazione del rapporto obbligatorio.

Nel prosieguo si avrà modo di constatare come sul piano dell'esecuzione possano emergere delle sopravvenienze atte ad ostacolare la naturale attuazione del rapporto: ciò si verifica, ad esempio, quando la prestazione diventi impossibile per causa imputabile al creditore o quando il creditore si trovi nell'impossibilità, per un evento assolutamente fortuito, di cooperare con il debitore all'adempimento.

Muovendo dalla premessa che il Legislatore non ha contemplato la fattispecie dell'«impossibilità imputabile al creditore», si tratta di verificare, a fronte della lacuna normativa, quale tutela l'ordinamento è in grado di predisporre a favore del debitore.

2. Profili e varianti degli impedimenti alla prestazione ex latere creditoris.

L'esecuzione della prestazione può talvolta essere ostacolata da un fatto non imputabile al debitore (per cui ogni responsabilità di quest'ultimo è da escludersi) ma che proviene, invece, dal creditore. È possibile classificare tre diverse forme di impedimenti alla prestazione *ex latere creditoris*.

Una prima ipotesi la si individua nella «mancata cooperazione del creditore all'adempimento», quando essa si ponga come «necessaria in senso tecnico»: ai fini dell'esecuzione della prestazione, si richiede al creditore di svolgere una determinata attività, distinta dal comportamento dovuto dal debitore, ma necessaria affinché possa realizzarsi il risultato al quale il rapporto obbligatorio è preordinato. In questi casi, il concorso creditorio si attegga ad estremo necessario all'attuazione del rapporto, posto che si rivela indispensabile tanto il dover prestare del debitore, quanto il dover cooperare del creditore. La necessità del concorso creditorio può emergere in diverse fasi dell'esecuzione della prestazione: per tale ragione, procedendo secondo un criterio meramente temporale, si suole distinguere tra concorso preliminare, integrativo e successivo del creditore all'adempimento, a seconda che l'attività del creditore incida sulla fattispecie solutoria, ovvero la preceda o la segua.

Una seconda forma di impedimento alla prestazione per fatto del creditore, ma distinta dal difetto di cooperazione, si ha con riguardo al «substrato della prestazione». Tale nozione, elaborata dalla dottrina tedesca, indica l'elemento o presupposto oggettivo dell'adempimento, o meglio, la porzione di mondo esterno verso la quale si dirige l'attività del debitore, tenuto ad eseguire la prestazione in un determinato luogo o su un determinato oggetto che si trovano sotto la sfera di controllo del creditore e l'impedimento matura propria in questa sfera (ad es. l'abitazione del creditore presso la quale deve essere eseguita la prestazione diviene inagibile). In questi casi, si discorre più propriamente di substrato «oggettivo» della prestazione. Esso può invece definirsi «soggettivo» qualora sia rappresentato dalla stessa persona del creditore il quale si mette e si mantiene a disposizione del debitore ai fini dell'adempimento: anche in questi casi ben può verificarsi un impedimento che colpisce il creditore, che non potendo mettersi a disposizione del debitore, ostacola, di fatto, l'esecuzione della prestazione (ad es. una malattia improvvisa che impedisce alla persona dell'allievo di mettersi a disposizione del maestro che deve impartirgli la lezione).

Altra forma di impedimento alla prestazione dipendente dal creditore si ha quando quest'ultimo, con una condotta attiva, impedisce direttamente la prestazione del debitore, distruggendo o danneggiando l'oggetto o il luogo della prestazione che si trovano nella sfera di controllo del debitore;

oppure nell'ipotesi in cui il creditore cagioni un danno alla persona del debitore, mettendolo, di fatto, nelle condizioni di non poter adempiere (si pensi al creditore che investe, con il proprio veicolo, il debitore di lavoro, ferendolo).

3. L'arduo tentativo di individuare una linea di confine tra la mora credendi ex art. 1206 c.c. e l'impossibilità della prestazione cagionata da omessa cooperazione creditoria.

Lo studio in ordine all'impossibilità liberatoria presuppone necessariamente un'indagine sul significato del concetto di prestazione, o meglio sul *quid* che può o che deve diventare impossibile.

Difatti, la difficoltà di stabilire se, di fronte ad un ostacolo all'attuazione del rapporto obbligatorio per fatto del creditore, si sia verificata un'impossibilità della prestazione, una *mora accipiendi* o se, piuttosto, debba ritenersi che il debitore abbia comunque adempiuto, dipende, in primo luogo, dalla presenza nel nostro ordinamento di concezioni differenti in merito all'estensione della categoria della prestazione.

Radicato è nella nostra esperienza storica l'insegnamento della complessità della struttura del rapporto obbligatorio che si pone, da un lato, quale ordinamento degli obblighi di condotta del debitore e, dall'altro, quale fattore attuativo dell'interesse creditorio. Questo dualismo si rifletterebbe sul concetto di prestazione (*Leistung*), suscettibile di significare ora il comportamento dovuto dal debitore, quale attività finalizzata a soddisfare l'interesse primario del creditore (*Leistungsbandlung*), ora senz'altro il risultato solutorio, attuativo di quell'interesse (*Leistungserfolg*).

Se si assume a postulato una concezione unitaria di prestazione, che intenda per essa non solo il comportamento del debitore ma anche il risultato utile che tramite quel comportamento deve essere prodotto, si potrebbe concludere che, difettando da parte del creditore la cooperazione necessaria a permettere il risultato utile dell'obbligazione, si debba sempre ritenere sussistente un'impossibilità della prestazione non potendo quell'esito più prodursi. Se, al contrario, si riconosce, quale elemento essenziale al concetto di prestazione, non già l'effettiva realizzazione del risultato al quale questa è preordinata, quanto piuttosto l'idoneità del comportamento del debitore a procurare al creditore l'utilità inerente al rapporto obbligatorio, si dovrebbe concludere che, fino a quando questa idoneità non viene meno, la prestazione è da ancora considerarsi possibile, con la conseguente permanenza in vita dell'obbligazione e, dunque, del vincolo debitorio.

L'impossibilità della prestazione viene negata anche quando venga a mancare il substrato della prestazione che si trovi sotto il controllo del creditore. Tale tesi, diffusa nella dottrina tedesca, si sviluppa più precisamente in relazione allo studio della prestazione nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, e si fonda sulla convinzione che se dovesse venire meno l'oggetto materiale sul quale esercitare il lavoro (il cd. substrato «oggettivo»), non potrebbe configurarsi un'impossibilità della prestazione posto che, in tale ipotesi, il debitore avrebbe regolarmente adempiuto, semplicemente mettendosi a disposizione del creditore.

La difficoltà dell'indagine è esasperata, come già anticipato, dalla circostanza che il Legislatore non ha contemplato la fattispecie dell'impossibilità imputabile al creditore: la lacuna normativa ha, dunque, sospinto la dottrina verso la ricerca di una soluzione volta a confezionare una *regula iuris* da applicare al caso di specie.

Ad ogni buon conto, l'unica disciplina di riferimento che il Legislatore ha predisposto e che presuppone un nesso tra il difetto di cooperazione creditoria e l'impedimento alla prestazione è quella relativa alla *mora accipiendi* ex artt. 1206 e ss. c.c. La norma citata costituisce, difatti, il referente

normativo più importante della cooperazione del creditore all'adempimento, posto che in essa rileva in due momenti diversi: nel primo, si estrinseca nel ricevere dal debitore la già approntata prestazione; nel secondo, si rivela necessaria al fine di rendere possibile al debitore il compimento della prestazione. Ai fini dell'operatività dell'istituto uno dei requisiti richiesti è che l'omessa cooperazione sia ingiustificata, o meglio non sorretta da «motivo legittimo».

Nel tentativo di individuare una linea di confine tra l'ipotesi in cui la mancata cooperazione del creditore all'adempimento configuri una mera situazione di *mora accipiendi* e quella in cui essa determini una vera e propria impossibilità sopravvenuta della prestazione, dottrina e giurisprudenza dominanti sembrano aver individuato gli elementi discriminanti nella ricorrenza del mero ritardo e nella possibilità della prestazione, o meglio nell'essere la prestazione ancora suscettibile di esecuzione. L'operatività della disciplina della mora richiede, infatti, che il difetto di cooperazione creditoria provochi un ritardo qualificato all'adempimento, ossia un ostacolo temporaneo, presupponendo ancora la possibilità della prestazione.

Di converso, l'impossibilità immediata della prestazione per fatto del creditore si verifica quando, in seguito all'omissione da parte del creditore del concorso necessario all'adempimento, la prestazione, per le caratteristiche peculiari che presenta, non sia suscettibile di esecuzione successiva ma diventi immediatamente impossibile: si pensi all'ipotesi in cui per l'esecuzione della prestazione sia stato fissato un termine perentorio, scaduto il quale il debitore è automaticamente liberato dall'obbligazione, con la conseguenza che non può configurarsi una situazione di ritardo; o, ancora, alle obbligazioni di durata, quali quelle aventi ad oggetto una prestazione di lavoro, nelle quali la dottrina giuslavorista, elaborando il principio per cui le *operae praeteritae* sono *operae peritae*, ha intercettato un sicuro genere di prestazioni rispetto alle quali il difetto di cooperazione creditoria può provocare un'impossibilità definitiva della prestazione.

4. *Questioni in merito alla scelta del criterio di imputazione del contegno creditorio omissivo.*

La questione in ordine alla scelta del criterio di imputazione del contegno creditorio omissivo che cagioni l'impossibilità sopravvenuta della prestazione viene affrontata facendo riferimento allo schema sotteso all'unica disciplina positiva concernente il profilo della cooperazione del creditore all'adempimento: la *mora accipiendi*.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale generatosi in merito a tale questione ha portato alla configurazione del noto binario *mora «culpata»* e *mora «inculpata»*. Occorre premettere che la scelta è stata sovente fatta dipendere dalla diversa qualificazione giuridica attribuita alla cooperazione del creditore all'adempimento¹.

L'orientamento minoritario che intercetta nella cooperazione creditoria un vero e proprio obbligo giuridico gravante sull'*accipiens*, conclude che si potrebbe avere mora solo in seguito ad una violazione di quell'obbligo, valutabile alla stregua della responsabilità per inadempimento *ex art. 1218 c.c.* basata sulla colpa. Si è operata, pertanto, una trasposizione dei criteri soggettivi della responsabilità

¹ Vivace ed ancora attuale è il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in merito alla qualificazione giuridica che rivestirebbe la cooperazione del creditore all'adempimento. Due sono le tesi principali: la prima, che ha trovato maggiori consensi, riconosce nella cooperazione del soggetto attivo un mero onere, per cui il creditore rimarrebbe libero, sulla base di una valutazione discrezionale, di decidere se esercitarla oppure no; la seconda, decisamente minoritaria, ricostruisce la cooperazione creditoria quale obbligo giuridico gravante sull'*accipiens*.

per inadempimento dal versante debitorio a quello creditorio, e si è presupposta necessariamente la colpa nella mora del creditore.

L'orientamento prevalente, al contrario, respinge la teoria della cd. mora *culpata* in quanto si basa sulla diversa convinzione che gli effetti della mora si producano per il fatto oggettivo della mancata cooperazione, a nulla rilevando la presenza o meno di una colpa in capo al creditore.

La cd. mora *incolpata*, avallata dalla giurisprudenza dominante, è stata più facilmente determinata dalla qualificazione della cooperazione del creditore in termini di «onere», non inquadrandosi la sua omissione nel concetto e nella disciplina dell'inadempimento: pertanto, ogni indagine sull'imputabilità del contegno creditorio omissivo si riteneva pleonastica. Tale teoria, in particolare, ha ritenuto che l'inosservanza dell'onere dovesse ricevere una valutazione oggettiva e che il problema delle conseguenze della mancata cooperazione andasse posto non già sul terreno della responsabilità, quanto piuttosto su quello del rischio. Spostando il problema sul piano della ripartizione dei rischi contrattuali, le cause che impediscono al creditore di svolgere la cooperazione necessaria all'adempimento si considerano irrilevanti, con la conseguenza che il creditore potrebbe essere costituito in mora e subire i relativi effetti anche in presenza di una omissione incolpevole, o di un caso fortuito o forza maggiore che in concreto lo abbiano ostacolato nel ricevimento della prestazione. Le conseguenze cui il creditore risulta soggetto sono le seguenti: risarcimento dei danni subiti dal debitore (art. 1207, comma 2, c.c.) e permanenza dell'obbligazione di eseguire la controprestazione (art. 1207, comma 1, c.c.) in caso di sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore durante il periodo di mora.

Limiti della teoria della mora *culpata*: ammettendo sempre e comunque l'esimente della mancanza di colpa per il creditore che omette la cooperazione, il pericolo che si profila è quello di far ricadere sempre sul debitore il rischio delle conseguenze di una mancata cooperazione ogni qualvolta essa, seppur non imputabile al creditore, non sia imputabile neanche al debitore.

Limiti della teoria della mora *incolpata*: privilegiando una lettura dell'istituto della mora del creditore in termini di incidenza del rischio nel rapporto obbligatorio, è ovvio come ci si possa spingere fino al punto di considerare il difetto di cooperazione imputabile al creditore a prescindere dalla circostanza che tale difetto sia stato volontario, o dovuto a negligenza, ovvero sia stato determinato da circostanze assolutamente fortuite ma che ad ogni modo ineriscono alla sua «sfera».

È evidente che nel propendere per l'una o per l'altra teoria si favorirebbero ora le ragioni del creditore, ora quelle del debitore: l'interprete verrebbe così a trovarsi di fronte ad un bivio. Una soluzione unitaria appare improponibile poiché rischierebbe di sacrificare il peculiare assetto di interessi sotteso al rapporto obbligatorio. Pertanto, piuttosto che sforzarci di aderire all'una o all'altra tesi, si rivela necessario spostare il discorso dal piano teorico a quello concreto e dunque verificare, caso per caso, sulla base di un giudizio *ex post*, su quale dei soggetti debbano ricadere gli effetti negativi del ritardo del creditore nell'accettazione della prestazione del debitore.

Nel farlo favoriremmo il superamento della tradizionale e troppo rigida dicotomia mora *culpata*/mora *incolpata*, gettando così le basi per un necessario rinvio al criterio interpretativo della buona fede e della correttezza nella valutazione della condotta delle parti contrattuali, e agganceremmo la questione dell'imputabilità del contegno creditorio omissivo esclusivamente al «motivo legittimo di rifiuto» della prestazione *ex art. 1206 c.c.*

Se difatti si guarda al dato testuale *ex art. 1206* è chiaro come il Legislatore, scegliendo di inserire la formula «motivo legittimo», abbia voluto evitare di orientare la discussione nell'un senso o nell'altro.

L'indeterminatezza della nozione consente piuttosto di ritenere che il «motivo legittimo» costituisca una fattispecie a struttura aperta che permette all'interprete di avere una maggiore

discrezionalità nell'individuazione del criterio di esonero dalla responsabilità per il creditore, in relazione alle particolarità del caso concreto, e a prescindere dalla qualificazione giuridica del contegno richiesto al creditore.

In questa prospettiva buona fede e correttezza si ergono a strumenti di controllo dell'esercizio di un potere legittimo di rifiuto del creditore e l'operatività delle predette clausole permette all'interprete di tracciare la linea di confine tra l'ipotesi in cui la mancata cooperazione creditoria all'adempimento integri un «motivo legittimo di rifiuto» e quella in cui il creditore, ponendo in essere un contegno emulativo², rifiuti di cooperare facendo valere un mero interesse egoistico a non ricevere la prestazione per sopravvenuta inutilità o minor convenienza economica dell'affare.

Quando si è affrontata la questione relativa all'individuazione del criterio di imputazione al creditore dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, la condivisa operatività del principio della mora *accipiendi inculcata* ha indotto la dottrina maggioritaria a modellare su tale criterio la disciplina da applicare agli impedimenti all'attuazione del rapporto obbligatorio nascenti *ex latere creditoris*, quando questi cagionino, in via immediata, l'impossibilità della prestazione.

Si è ritenuto, pertanto, che se l'art. 1207, comma 1, c.c., pone a carico del creditore l'impossibilità sopravvenuta della prestazione quando la mancata cooperazione cagioni di per sé semplicemente un ritardo nell'adempimento, *a fortiori* l'impossibilità della prestazione deve restare a carico del creditore quando essa sia stata immediatamente e direttamente cagionata dal difetto di cooperazione o dall'impossibilità di cooperare a lui imputabile.

Per la dottrina dominante, pertanto, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione verrebbe così ad essere variamente imputata al creditore: per sua colpa, ma anche per eventi che, seppur fortuiti, attengono alla sua sfera economico-giuridica, impedendo la cooperazione necessaria all'adempimento o il substrato oggettivo o soggettivo della prestazione di sua pertinenza.

5. Indagine in ordine alle conseguenze che sul piano del rapporto contrattuale sinallagmatico generano gli impedimenti alla prestazione ex latere creditoris: tra lacune normative e tentativi dottrinali di confezionare una regula iuris. Quale tutela per il debitore?

Il campo nel quale più si risente della lacuna normativa esistente nel nostro ordinamento giuridico in merito all'impossibilità sopravvenuta imputabile al creditore attiene alle ripercussioni che la mancata cooperazione creditoria può avere non tanto sull'interesse del debitore a liberarsi dal vincolo obbligatorio, quanto, piuttosto, sull'interesse che egli ha, nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, ad ottenere la controprestazione dovuta dall'altra parte.

L'indagine in ordine alle conseguenze che, sul piano del rapporto obbligatorio, generano gli impedimenti alla prestazione *ex latere creditoris* deve necessariamente svilupparsi muovendo dagli indici normativi che espressamente menzionano l'impossibilità sopravvenuta della prestazione:

- art. 1256 c.c., disciplinante l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore;

² E' senza dubbio condivisibile quell'orientamento dottrinale che, nel tentativo di costruire, quantomeno in sede interpretativa, un diritto comune delle situazioni soggettive patrimoniali, ritiene che il divieto degli atti emulativi (art. 833 c.c.) non esaurisca la propria operatività nell'ambito della proprietà e dei rapporti reali, ma riguardi tutte le situazioni soggettive patrimoniali. Pertanto, anche il creditore, analogamente al proprietario, potrà in essere un atto emulativo ogniqualvolta egli eserciterà il proprio diritto di credito in maniera controfunzionale alle facoltà accordategli, v. P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 839 s.

- art. 1463 c.c. disciplinante la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta non imputabile alle parti;
- art. 1207, comma 1, c.c. norma anch'essa dettante un criterio di ripartizione dei rischi in caso di impossibilità della prestazione, sebbene circoscriva la sua sopravvenienza al periodo di mora del creditore.

Se si limitasse l'indagine ai negozi con obbligazioni a carico di una sola delle parti o, più in generale, alle obbligazioni non corrispettive, allorché la prestazione diventi impossibile per fatto del creditore, secondo autorevole orientamento dottrinale, non sorgerebbe alcun ostacolo all'applicazione dell'art. 1256, comma 1, c.c., norma che prevede l'automatica estinzione dell'obbligazione il cui adempimento sia divenuto impossibile per causa non imputabile al debitore. Si è operata, a tal fine, una interpretazione estensiva della norma, così consentendo di ricomprendere nell'ambito degli eventi non imputabili al debitore anche il fatto del creditore. L'estinzione dell'obbligazione (per impossibilità definitiva della prestazione) *ex art. 1256, comma 1, c.c.* si ritiene costituire, pertanto, uno strumento capace di assicurare *in toto* la tutela del soggetto obbligato, posto che, in un rapporto che preveda prestazioni solo a suo carico, l'interesse del debitore sarebbe certamente quello di liberarsi dal vincolo verso il creditore.

Molto più controverso si presenta il problema delle conseguenze dell'impossibilità per fatto del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive, posto che, in tali ipotesi, ad essere in gioco non è più soltanto l'estinzione (o meno) dell'obbligazione del debitore, ma anche il diritto del medesimo alla controprestazione.

Si è fatto notare, infatti, come l'esigenza di tutelare tale interesse del debitore manifesti l'assoluta inadeguatezza dell'applicazione, nel caso di specie, della regola di cui all'art. 1463 c.c.

L'iniquità nell'applicazione di tale regola è data dal fatto che se il creditore, a fronte di un evento fortuito che impedisce il suo concorso all'adempimento, potesse sempre invocare la sua non imputabilità al fine di esonerarsi dall'esecuzione della controprestazione, il debitore vedrebbe frustrato il suo diritto al corrispettivo anche quando, per ciò che dipenda esclusivamente da lui, egli sia pronto e in grado ad eseguire la prestazione, abbia già intrapreso la prestazione medesima affrontando delle spese e, magari, abbia rinunciato ad altre eventuali fonti di guadagno. Si finirebbe, in sostanza, nel trasferire a carico del debitore il rischio di eventi di pertinenza della sfera giuridica del creditore, con conseguente sbilanciamento, nell'ambito di un contratto sinallagmatico, nella ripartizione dei rischi per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Si è ritenuto, dunque, come sia piuttosto l'applicazione analogica dell'art. 1207, comma 1, c.c. a concretizzare la disciplina maggiormente idonea a regolare, nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, le vicende della sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore. Così, pertanto, in evidente deroga alla regola della risoluzione per impossibilità sopravvenuta *ex art. 1463 c.c.*, il rapporto obbligatorio si conserverebbe e il creditore sarebbe tenuto ad eseguire la controprestazione in favore del debitore.

6. Il ricorso della giurisprudenza più recente alla categoria della «causa concreta». Analisi e rilievi critici.

Di recente, la questione degli impedimenti all'attuazione del rapporto obbligatorio *ex latere creditoris*, specie sotto il profilo dell'impossibilità fortuita del creditore di fruire della prestazione, è stata oggetto di un importante *revirement* della giurisprudenza di legittimità la quale ha deciso in tema di risoluzione del contratto di viaggio tutto compreso, facendo un interessante, ma non poco discutibile,

ricorso alla formula di «causa concreta irrealizzabile»³. Prima di procedere alla disamina del nuovo principio di diritto enunciato, occorre ricordare come, secondo l'interpretazione giurisprudenziale più risalente⁴, l'impossibilità del viaggiatore di usufruire della prestazione dovuta dall'organizzatore del viaggio giammai poteva dare luogo alla risoluzione del contratto e alla conseguente restituzione del corrispettivo pagato e ciò, essenzialmente, sulla base di due ordini di ragioni.

Se guardiamo alle prestazioni dovute dalle parti, che si concretizzano, per il turista, nel pagare il prezzo stabilito, e per il *tour operator*, nel predisporre tutto ciò che di funzionale è al viaggio, nessuna impossibilità di esecuzione della prestazione può razionalmente configurarsi: a questa massima non faceva eccezione neanche l'ipotesi in cui il turista, il giorno prima della partenza, avesse contratto una malattia ostativa al viaggio prenotato. Si precisava, infatti, che ciò che verrebbe meno, nel caso di specie, non sarebbe la prestazione in sé stessa considerata, quanto, piuttosto, la possibilità da parte del creditore di usufruirne. In secondo luogo, essendo la mancata fruizione determinata da una causa riconducibile alla sfera personale del creditore (la malattia insorta), si escludeva l'invocazione dell'istituto dell'impossibilità sopravvenuta *ex art. 1463 c.c.*, poiché ciò avrebbe significato porre a carico del debitore, pronto all'adempimento, l'impossibilità del creditore di cooperare per il ricevimento della prestazione. Si riteneva, in sostanza, non equo far ricadere sull'organizzatore del viaggio, puntuale nell'adempiere alla sua obbligazione, predisponendo i mezzi adeguati, le conseguenze di un evento impeditivo concernente la sola sfera creditoria.

La fattispecie dell'«impossibilità della prestazione» si considerava, pertanto, ben distinta da quella dell'«impossibilità di ricevere la prestazione», posto che solo la prima avrebbe potuto legittimare la risoluzione del contratto. Pertanto, il mero «impedimento soggettivo» dell'utente di usufruire del viaggio non poteva essere considerato sopravvenienza tale da giustificare uno scioglimento del vincolo contrattuale: l'obbligazione dell'organizzatore del viaggio, difatti, non poteva ritenersi estinta in quanto la sua esecuzione era da ritenersi ancora astrattamente possibile.

Il nuovo *trend*, inaugurato dalla giurisprudenza milanese⁵, in una ipotesi di rinuncia alla partenza per sopraggiunti motivi di salute, ammette per la prima volta la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, condannando il *tour operator* alla restituzione delle somme versate dal consumatore.

In seguito, ripercorrendo il cammino intrapreso dalla giurisprudenza di merito, i più recenti fatti di causa in tema di contratti turistici sono stati l'occasione, per i giudici della nomofilachia, per affrontare la questione dell'incidenza che la «causa» riveste sul regime delle sopravvenienze, ampliando le ipotesi di risoluzione del contratto anche all'impossibilità sopravvenuta del creditore di fruire della prestazione. La S.C., con la pronuncia che si commenta⁶, ha asserito che la «causa concreta» per

³ La nozione di causa concreta è da intendersi quale sintesi degli interessi reali che il contratto è volto a soddisfare, ovvero quale funzione economico-individuale del singolo contratto e non del tipo contrattuale astrattamente considerato.

⁴ Cfr. App. Milano, 1 marzo 1996, in *Contratti*, 1997, p. 386 ss. che, in un caso di malattia del turista insorta prima della partenza ha stabilito che «L'impossibilità del viaggiatore di usufruire di un "pacchetto turistico" non si risolve in impossibilità sopravvenuta della prestazione; pertanto, va rigettata la domanda del viaggiatore diretta ad ottenere la risoluzione del contratto e la conseguente restituzione di quanto corrisposto al tour operator».

⁵ Trib. Milano, 14 dicembre 1992, in *Contratti*, 1994.

⁶ Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno resp.*, 2008. Di seguito, in breve, i fatti di causa: un'agenzia di viaggi prenotava presso un *tour operator*, per conto di propri clienti, un pacchetto di viaggio «tutto compreso» per l'isola di Cuba, ma la circostanza che nella meta prescelta fosse in atto un'epidemia di un morbo di facile diffusione, il cui focolaio era ancora attivo, rendeva fondato per i turisti il timore di ammalarsi e li induceva a recedere dal contratto. Il *tour operator* avanzava domanda nei confronti dell'agenzia venditrice del pacchetto turistico, avente ad

l'acquisto di un *package tour* è la «finalità turistica» o lo «scopo di piacere» che il turista persegue, che non costituisce mero motivo del contratto ma assurge ad elemento che oggettivandosi, anche in modo tacito, diviene l'interesse che il contratto è chiamato funzionalmente a realizzare. Pertanto, nell'eventualità che eventi sopravvenuti siano suscettibili di influenzare negativamente il rapporto facendo venir meno l'interesse creditorio, ne consegue che lo stesso rapporto si estingue per mancanza sopravvenuta di un elemento funzionale (art. 1174 c.c.), ovvero per irrealizzabilità della «causa concreta». La Corte, nel caso di specie, ha precisato che il diffondersi dell'epidemia nel luogo della vacanza comprata non aveva reso impossibile la prestazione del debitore-*tour operator*: costui, difatti, era riuscito a predisporre tutto ciò che di funzionale poteva essere al viaggio (trasporto, alloggio, vitto, servizi accessori).

Dunque, piuttosto che ricorrere alla fattispecie di risoluzione per impossibilità sopravvenuta *ex* art. 1463 c.c., i giudici hanno ritenuto che l'epidemia scoppiata nel luogo di vacanza, determinasse la sopravvenuta impossibilità di fruizione della prestazione da parte del turista-creditore che seppur non prevista normativamente, opererebbe anch'essa quale autonoma causa di estinzione dell'obbligazione, analogamente all'impossibilità di esecuzione della prestazione, a condizione che tale sopravvenuta impossibilità di utilizzazione non sia imputabile al creditore e incida sull'interesse che risulta, anche tacitamente, obbiettivato nel contratto, connotandone la «causa concreta». Il contratto così si scioglie e il creditore è liberato dall'obbligo di controprestazione.

I limiti del criterio di giudizio dettato dalla Cassazione:

Una rigida applicazione di tale criterio induce, giocoforza, a concludere che qualunque evento non imputabile al cliente, capace però di precludergli il godimento della vacanza, lo legittimerebbe a liberarsi dall'obbligo di pagare il corrispettivo o comunque a ripetere ciò che è stato già eseguito (e questo evento potrebbe essere la malattia insorta il giorno prima della partenza o l'epidemia scoppiata nel luogo di vacanza). Il debitore si troverebbe, così, a dovere sempre sopportare il rischio dell'inattuazione del rapporto anche quando l'evento impeditivo non sia a lui imputabile.

Si è fatto notare che sarebbe stato opportuno, piuttosto, che la Cassazione avesse distinto l'ipotesi in cui l'impedimento matura nella sfera soggettiva del creditore (es. la malattia ostativa al viaggio prenotato), configurando questa una «impossibilità subiettiva di fruire della prestazione», dalla diversa ipotesi in cui l'ostacolo alla fruizione sia determinato da un fattore oggettivo che si colloca nella sfera della prestazione in sé e per sé considerata (è l'ipotesi dell'epidemia scoppiata nel luogo di vacanza).

Nella prima ipotesi rientrerebbero tutte quelle vicende in cui il concorso del creditore assurge a requisito costitutivo dell'adempimento, avendo il *facere* del debitore ad oggetto la stessa persona del creditore (il cd. *substrato soggettivo*), ma la cui impossibilità sia determinata da un impedimento sopravvenuto fortuito che, ad ogni modo, si verifica nella sfera giuridica del creditore.

Nell'ipotesi in cui l'ostacolo sia determinato da un fattore oggettivo che attiene alla prestazione in sé considerata si ritiene invece configurarsi una «oggettiva inutilità sopravvenuta della prestazione», posto che il venir meno dell'interesse del creditore dipende, per l'appunto, da un fattore esterno allo stesso, tale per cui il creditore sarebbe ancora in grado di ricevere la prestazione ma non vi avrebbe più interesse, essendo la medesima prestazione divenuta inutile o quantomeno inidonea, avuto riguardo al fine al quale era preordinata. Ciò, tra l'altro, consentirebbe di giustificare l'eventuale scelta del creditore di utilizzare comunque la prestazione, qualora a ciò sia spinto da motivi ulteriori rispetto alla causa concreta del contratto.

oggetto l'indennità pattuita per il recesso dal contratto di viaggio, ma questa domanda veniva respinta sia in primo che in secondo grado.

Ed allora, fatte queste precisazioni, sarebbe già possibile individuare un criterio di giudizio più equo: il rischio dovrebbe sopportarlo il creditore della prestazione non fruita, tenuto così alla controprestazione, quando l'infruibilità dipenda da fatti contingenti che, seppur incolpevoli, ricadano nella sua sfera soggettiva. Diversamente, qualora l'infruibilità dipenda da fattori che si collocano nella sfera oggettiva della prestazione in sé considerata, il soggetto meglio deputato a sopportare il rischio dovrebbe essere il debitore.

I fatti di causa della seconda pronuncia⁷ che ci si propone di analizzare, solo di qualche mese successiva alla prima, furono l'occasione per confermare e completare il percorso nomofilattico intrapreso dalla Cassazione: la vacanza, nel caso di specie, veniva frustata il giorno precedente l'inizio del soggiorno dalla morte di uno dei coniugi acquirenti del pacchetto turistico.

La Cassazione ha immediatamente colto quello che era il profilo essenziale di fatto dell'intera vicenda, e cioè che nella specie ci si trovasse di fronte non già ad una impossibilità della prestazione dell'albergatore (dal momento che quest'ultimo comunque aveva posto la struttura alberghiera a disposizione dei due clienti), bensì alla impossibilità per uno dei creditori (il cliente deceduto) di usufruire della prestazione regolarmente eseguita dal debitore. La conclusione cui giunge la pronuncia in commento è la medesima: estinzione del rapporto obbligatorio scaturente dal contratto per sopravvenuta irrealizzabilità della sua causa concreta e conseguente esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni. Tra i molti *obiter dicta*, la Cassazione sembrerebbe correggere il principio enunciato con la precedente sentenza, precisando che la categoria dell'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione sia configurabile con specifico riguardo a fattispecie di impedimenti di carattere personale, qual è stata, nel caso specifico, la morte di uno dei due turisti. L'eclissarsi dell'interesse del creditore potrebbe dunque risolversi nell'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione unicamente nell'ipotesi in cui tale impossibilità si colleghi ad un evento rientrante nella sfera del creditore, seppure a lui non imputabile (come appunto la morte o il caso dell'allievo, creditore della lezione di canto, che diventa sordo e che, in quanto tale, non ha evidentemente più interesse alla prestazione a cui era tenuto il proprio insegnante). In questi casi si verifica un accadimento causante una menomazione psicofisica del creditore che non gli consente di utilizzare la prestazione stessa.

Ora, è indubbio come il nuovo orientamento giurisprudenziale risenta particolarmente della crescente attenzione da parte del Legislatore, specie comunitario, verso la protezione del consumatore, geneticamente parte debole del rapporto contrattuale. Tuttavia, non si possono nascondere alcuni motivi di perplessità in ordine all'applicazione del nuovo principio di diritto enunciato o quantomeno alla ricorrenza dei presupposti che legittimerebbero di fatto il turista a chiedere il rimedio *ex art.* 1463 c.c. Il rischio che si profila, infatti, è quello di attribuire rilevanza, ai fini della risoluzione del contratto e dell'esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni, anche al venir meno dell'interesse del creditore generato da sue vicende personalissime, con l'iniqua conseguenza che un evento che concerne la sola sfera creditoria, seppur ad esso non imputabile e non evitabile evidentemente con alcuno sforzo cooperatorio, finirebbe per produrre un effetto negativo nella sfera patrimoniale della controparte, allocando su quest'ultima un rischio non controllabile.

⁷ Il riferimento è a Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 7. Nella specie, due coniugi stipulavano un contratto di soggiorno alberghiero in una località balneare degli Abruzzi, pagando all'albergatore l'intero corrispettivo, ma poco prima di recarsi presso la località turistica uno dei due moriva; annullata la villeggiatura, il coniuge superstite, in proprio e nella qualità d'erede del deceduto, avanzava domanda al fine di ottenere la risoluzione del contratto e la condanna dell'albergatore alla restituzione del corrispettivo già versato per il periodo di alloggio prenotato ma non goduto. La domanda veniva accolta dal giudice di prime cure, resisteva all'appello proposto dall'albergatore, fino a trovare definitivo accoglimento con la sentenza in commento.

È evidente, altresì, come il *revirement* della Cassazione si ponga in contrasto con il prevalente orientamento dottrinario e giurisprudenziale che, fermo nel ragionare di mora *accipiendi inculpata*, ritiene che se al creditore debbono essere imputati gli impedimenti fortuiti, ostacolanti la cooperazione, che cagionino un mero ritardo, lo stesso, a maggior ragione, dovrà dirsi per le sopravvenienze fortuite determinanti un'impossibilità definitiva di eseguire. Aderendo a tale tesi, il creditore verrebbe sempre a rispondere della irreceivibilità o inutilizzabilità della prestazione e, ben lungi dal potere invocare lo scioglimento del contratto, sarebbe tenuto ad eseguire la controprestazione. Con le pronunce in commento la Suprema Corte aderisce ad un'altra tesi: quella per la quale anche il creditore potrebbe invocare la irreceivibilità/inutilizzabilità della prestazione al fine di sciogliersi dal contratto e l'invenzione del ricorso alla formula della «causa concreta irrealizzabile» permetterebbe di ovviare all'apparente frizione che si genera con i presupposti della teoria della mora *accipiendi inculpata*.

Il richiamo alla categoria della «causa concreta», poi, sembra del tutto ultroneo e inconferente: ed infatti, una volta ammesso che lo è lo scopo di piacere a caratterizzare la finalità turistica, non è possibile affermare che ogni evento sopravvenuto, per il solo fatto di essere potenzialmente idoneo a frustare l'interesse del creditore, possa incidere sulla «causa concreta» del contratto.

In ultima analisi, si aggiunga la considerazione che ciascuna delle parti del rapporto è portatrice di propri interessi (il turista-creditore, con l'acquisto del *package tour*, persegue uno scopo di piacere, il *tour operator*-debitore, a fronte della predisposizione dei mezzi adeguati per poter adempiere la sua obbligazione, persegue il conseguimento di un utile economico) e l'interprete non può non essere chiamato ad operare un bilanciamento tra gli stessi interessi servendosi, a tal fine, degli strumenti flessibili che l'ordinamento mette a disposizione.

Adottare delle soluzioni che addossano aprioristicamente il rischio delle sopravvenienze ad una delle parti del rapporto, si rivela un *escamotage* che aggira il problema e non lo risolve in modo coerente al sistema. Le pronunce in commento hanno infatti suscitato molto scalpore perché nessuna tutela indennitaria è stata riconosciuta al debitore-*tour operator*.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964; G. CATTANEO, *Della mora del creditore. Art. 1206-1217*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1973; C. CHESSA, *La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 523 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 443 ss.; M. F. CURSI, *La mora del creditore*, in *Tratt. obbl.* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca. I, *La struttura e l'adempimento*, t. V, *La liberazione del debitore*, a cura di M. Talamanca e M. Maggiolo, Padova, 2010, p. 803 ss.; G. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 77 ss.; A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947; G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965; G. GIACOBBE, *Mora del creditore*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 947 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 10ª ed., München-Berlin, 1970; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo - comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; R. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000; G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995; G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995.

Per i casi discussi in giurisprudenza v. E. GUERINONI, *Malattia del turista ed impossibilità della prestazione*, in *Contratti*, 1997, p. 390; S. PAGLIANTINI, *La cd. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. notar.*, fasc.5, 2010, p. 1211; ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 4, p. 967 ss.