
Alcuni appunti in materia di rischio, di incidenza della mora e di *perpetuatio obligationis*

1. – Uno dei concetti che è andato richiamando, negli ultimi anni, una crescente attenzione da parte degli studiosi, è quello del rischio ⁽¹⁾.

Al giorno d'oggi questo fenomeno non appare ancora adeguatamente indagato e tanto meno classificato, sul piano dogmatico.

Quanto alla definizione del rischio, recentemente è stato scritto che «il rischio è la conseguenza economica di un evento incerto» ⁽²⁾. Codesta formula non appare tuttavia completamente appagante.

In effetti quel che rileva non è tanto l'incertezza dell'evento da cui viene fatta dipendere la conseguenza economica, quanto piuttosto di quest'ultima in sé considerata.

Sotto questo profilo appare – a mio avviso – preferibile mettere in evidenza che l'essenza del rischio è costituita dalla incertezza nel conservare ciò che si ha o nel subire un pregiudizio, invece di acquisire un incremento, o viceversa.

Da «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Cedam 1994.

(1) G. ALPA, *Rischio*, Enciclopedia del diritto 1989, vol. 40, pp. 1144 ss.; Id., *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig.*, appendice, Torino, 1986, vol. VI, pp. 863 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; ALPA-BESSONE-ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; R. NICOLÒ, *Alea*, Enciclopedia del diritto, Milano, 1958, I, pp. 1024 ss.; C. CARAVELLI, *Alea*, Nuovo Digesto italiano, I, Torino, 1937; G. DI GIANDOMENICO, *Il contatto e l'alea*, Padova, 1987, pp. 7 ss.; A. D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Giappicchelli 1992, pp. 296 ss.; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, pp. 19 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Milano, 1979, pp. 108 ss.

(2) V. SALANDRA, *Delle obbligazioni*, in *Trattato Scialoja e Branca*, Bologna, 1966, sub art. 1893, pp. 235 ss.; G. ALPA, *Rischio*, Enciclopedia del diritto, 1989, vol. 40, p. 1146.

Il rischio, di cui discorriamo, appartiene indubbiamente all'ordine dei fenomeni economici e tuttavia trattasi del rischio giuridico, nel senso che quello economico è qui considerato sotto il profilo del suo «dovere essere e cioè chi ne è onerato è astretto dalla necessità di subirlo».

Il rischio può riguardare chi è titolare di una posizione giuridica in essere, quale il proprietario di un bene, o, in divenire, come chi ha il diritto di ricevere quel bene dal suo debitore.

Esso può avere carattere istantaneo o, richiedere una certa durata nel tempo, com'è il caso che si abbia a trattare di una obbligazione differita o continuata, o periodica ⁽³⁾.

Nel caso che il rischio inerisca ad una obbligazione, può suddividersi in contrattuale o extra-contrattuale.

Quanto al rischio contrattuale si controverte ⁽⁴⁾ se esso vada riferito al negozio o all'obbligazione, che nasce da esso.

Trattasi, tuttavia – a mio modo di vedere – di un falso problema, perché nell'un caso si ha riguardo al rischio per un impegno da prendere ⁽⁵⁾, mentre nell'altro, a quello per un impegno già preso.

Il primo aspetto pone il delicato problema del rapporto tra rischio contrattuale e causa negoziale ⁽⁶⁾, che è ancora oggi un argomento tutto da riscoprire e da approfondire.

Il divario tra il rischio inerente all'obbligazione e quello invece assunto al momento del negozio, appartiene al novero delle cose che naturalmente accadono.

Ancora il rischio che ci si assume può essere quello proprio o in-

(3) Di rischio statico e dinamico, sotto un diverso profilo, parla l'estensore della voce «rischio» in *Enciclopedia Italiana di Scienze, lettere ed arti*, Treccani, vol. XXIX, p. 420.

(4) Nel senso che il rischio inerisca al contratto: G. PACCHIONI, *Obbligazioni*, Milano, 1898, p. 344, n. 1; nel senso che inerisca, invece alle obbligazioni: G. GORLA, *Dal rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 49 e 50.

(5) Con riferimento al negozio giuridico, G.C. GRAZIOLA, in *Enciclopedia Europea*, Garzanti, vol. IV, voce *Rischio*, p. 754, definisce il rischio come «le condizioni in cui un soggetto compie una scelta ovvero prende una decisione e quando ogni singola decisione è associata ad una molteplicità di conseguenze, ciascuna delle quali corrisponde alla realizzazione di un particolare stato del mondo».

(6) Per una storia recente del concetto di causa e la relativa bibliografia: v. L. FERRIGNO, *Contratto ed impresa*, Padova, 1985, I, pp. 115 ss. Nel senso che il concetto di

vece quello altrui, com'è la ipotesi di un contratto di garanzia ed in specie di quello fidejussorio o di assicurazione (7).

Abbiamo detto sopra che un aspetto del rischio è la medesima insicurezza di potere conservare quello che si ha, inteso, in senso fisico o più prettamente, nel suo valore economico, e così lo si può perdere o accrescere. Questo è in particolare il rischio del proprietario di un bene al quale si riferisce la regola generale «res perit domino».

Il continuo mutamento dei valori economici dei beni spiega il fondamento del luogo comune che la conservazione di ciò che si ha, è una delle cose più difficili.

Così colui che ha un patrimonio liquido espresso ad es. nella moneta a corso legale o in una straniera, alla vigilia di una svalutazione sul mercato dei cambi, subirà l'effetto del proprio comportamento inerte e conservativo ove non la abbia per tempo cambiata in altra divisa, più stabile.

Parimenti il detentore di un bene risentirà del suo deprezzamento se avrà conservato immutato l'investimento, invece di liquidarlo tempestivamente.

Un'applicazione particolare del principio «res perit domino», si ha nella fattispecie di cui agli artt. 1376, 1378, 1465 c.c. per via degli effetti reali del contratto, mediante la regola integrativa «res perit ei qui adquiret».

Il rischio assume la maggiore evidenza nei rapporti obbligatori a scadenza differita, continuata o periodica, che hanno per oggetto un *genus*.

causa sia da tempo entrato in crisi e che esso si identifichi nel piano della distribuzione dei rischi predisposta dalle parti: M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, pp. 207 ss., 227, 258 ss., 262, 268 ss., 273 ss., 258 ss.; ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, pp. 175 ss.; A. D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Torino, 1992, p. 291 ed altri tendono ad identificare la causa con la stessa operazione economica, che richiama il concetto di rischio.

(7) Nei contratti di garanzia o di assicurazione, il garante o l'assicuratore copre il rischio altrui, sia nel conservare ciò che l'assicurato possiede, sia nel manlevare un rischio assunto dal garantito. Uno dei più grossi problemi recenti sollevato in dottrina ed in giurisprudenza, ha riguardato la determinabilità del rischio garantito e la nullità delle fidejussioni omnibus per indeterminabilità dell'oggetto, cioè del rischio altrui, garantito: G. VALCAVI, *Se ed entro quali limiti la fidejussione omnibus sia invalida*, *Foro it.*, 1985, I, 507; Id., *Sulla fidejussione bancaria ed i suoi limiti*, *Foro it.*, 1990, I, pp. 558 ss.

Qui il rischio del perimento fisico è a carico del debitore, sia che questi abbia nel proprio patrimonio il bene da prestarsi, perché *res perit domino*, sia che se lo debba procurare *aliunde* per prestarlo al proprio creditore, perché *et genus nunquam perit et casum sentit debitor*. All'opposto la variazione economica della prestazione attesa è a favore o a carico del creditore della medesima, e con essa la maggiore o minore onerosità o vantaggiosità della stessa rispetto alla prestazione dovuta o debenda, e così in ultima analisi è a carico o a favore delle parti il reciproco rischio dell'affare, nel suo insieme.

Cade qui acconcio il discorso sull'eccessiva onerosità che è causa di risoluzione del contratto, nella fattispecie prevista dall'art. 1467 c.c., laddove la prestazione dovuta è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili⁽⁸⁾.

Ancora più pertinente è quivi il tema concernente l'alea normale del contratto che – a mio modo di vedere – richiede ulteriori investigazioni ed approfondimenti⁽⁹⁾.

In un discorso organico sul rischio, rientra necessariamente anche quello sui rimedi di cui possono disporre le parti per limitare il rischio e massimizzare il risultato.

Trattasi dei contratti a premio, in cui il rischio è limitato dai *dont*, dei contatti future, dei *call* e dei *put*⁽¹⁰⁾, a tacere degli acquisti di rimpiazzo e delle vendite di ricopertura.

All'argomento dei contratti aleatori ed in contrapposizione a quelli non aleatori, deve riservarsi, ovviamente, uno spazio nettamente superiore a quello consentito da questi sommari appunti.

2. – Un tema che va attentamente rimediato è quello della incidenza della mora sul rischio.

Il nostro codice lo regola all'art. 1221, per quanto riguarda la

(8) BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, pp. 171 ss., 221 ss.; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, pp. 239 ss.

(9) BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir.*, e *Proc. civ.*, 1948, p. 769; G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, pp. 249 ss.

(10) Sui *dont*, sui contatti di premio, sui *call*, e sui *put*: v. *Dizionario di Banca e Borsa*, Milano, 1979, sotto le rispettive voci *dont*, *premio*, *on call*, *put*.

mora del debitore⁽¹¹⁾. La norma viene normalmente letta nel senso che il rischio abbia a gravare sul debitore moroso, come conseguenza di una ipotetica perennità dell'obbligazione di prestare la cosa dovuta, in dipendenza della mora.

Dall'altra parte il creditore, durante la mora debitoris, rimarrebbe indenne dal rischio e avrebbe solo la sorte di guadagnare, perché continuerebbe ad aver diritto all'adempimento.

Una interpretazione del genere appare del tutto erronea.

La norma infatti non va intesa nel senso che il debitore in mora sia tenuto a prestare la cosa dovuta anche dopo il suo perimento e malgrado lo stesso, quanto piuttosto che normalmente è a carico del debitore moroso la impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa a lui non imputabile, come recita l'art. 1207, 1° comma c.c., in ipotesi analoga.

Ciò vuol dire, in altri termini, che nel caso in cui la cosa sia perita durante la mora del venditore, quest'ultimo non avrà diritto di pretendere il pagamento del prezzo dal compratore e dovrà restituirgli le anticipazioni ed i corrispettivi ricevuti.

Cioè la impossibilità sopravvenuta viene posta a carico del debitore.

Per quanto riguarda il creditore, una attenta lettura dell'art. 1221 c.c. induce a ritenere che la mora del debitore non produce la sterilizzazione del rischio a carico del creditore, come in genere si è indotti a credere.

L'ultima parte del 1° comma dell'art. 1221 c.c. introduce, infatti, l'eccezione, (con riguardo alla species debita) che laddove il debitore provi che «l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore», ove gli fosse stato prestato, la perdita viene posta a carico del creditore, anche se il debitore versasse in mora⁽¹²⁾.

E così per stare all'ipotesi che precede, ed il venditore in mora

(11) C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit. sub artt. 1219, 1220, 1221, 1222, pp. 183 ss., 232 ss.; A. MAGAZZÙ, *Mora del debitore*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, pp. 934 ss.; U. NATOLI e L. BIGLIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano 1975, pp. 223 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, pp. 87 ss.; M. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, pp. 247 ss.; RAVAZZONI, *Mora del debitore*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, pp. 904 ss.; A. MONTELLI, *La mora del debitore*, Padova, 1930.

(12) La eccezione già ammessa dal diritto romano classico (Ulp. Dig. 30, 47, 6), venne generalizzata da Giustiniano.

dimostri che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il compratore, quest'ultimo, malgrado non abbia più a ricevere la cosa, dovrà ugualmente pagarne il prezzo e non potrà pretendere la restituzione dei corrispettivi anticipati o corrisposti.

Non può qui sottovalutarsi la gravità del rischio che, sia pure nella limitata ipotesi considerata, continua ad incombere sul creditore, a dispetto di quanti reputano che la mora del debitore sterilizzi il rischio a carico dell'altra parte.

Devesi dire, a questo proposito, che una interpretazione autorevole ha allargato la portata dell'art. 1221, 1° comma c.c., dal perimento fisico ad ogni evenienza di carattere economico, e cioè a quello in cui «la prestazione non sarebbe stata ugualmente utilizzabile dal creditore»⁽¹³⁾.

Il rischio continua ad incombere, in ultima analisi, sia pure in via eccezionale, sul creditore malgrado la mora del debitore, sino a che egli non sarà liberato in senso pieno, con la sua cristallizzazione, cioè con il verificarsi della sopravvenuta impossibilità della prestazione o della risoluzione contrattuale, come avremo modo di dire successivamente.

Questo aspetto è tra i più trascurati sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza, ad eccezione di qualche cenno sulle difficoltà relative alla prova che il bene sarebbe ugualmente perito presso il creditore⁽¹⁴⁾.

3. – A differenza della mora, il creditore diventa insensibile al rischio (a qualsiasi rischio) relativo alla prestazione attesa al verificarsi della *perpetuatio obligationis*, nei confronti del debitore. Al di là di quel che può sembrare dalla espressione letterale, per obbligazione perpetuata non deve intendersi la fissazione definitiva (perpetua) del vincolo di adempimento dell'obbligazione primaria del debitore di prestare la cosa e del creditore di prestare il prezzo.

Tanto meno può intendersi la fissazione del vincolo del debitore a prestare (malgrado la sopravvenuta impossibilità) il bene perito

(13) A. TRABUCCHI, G. CIAN, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, sub art. 1221, p. 816.

(14) C.M. BIANCA, *op. cit.*, Milano 1979, p. 238; P. PERLINGERI, *Codice civile annotato*, Torino 19, sub art. 1221, pp. 59 ss.

al prezzo convenuto, correndo il rischio delle successive quanto indeterminate variazioni di prezzo, per fare il caso della compravendita di una species, di quel bene a quel prezzo.

Occorre qui in effetti ricordare che per effetto della mora (che è temporanea) e può essere purgata in qualsiasi momento, il rischio del perimento di una species debita si trasferisce temporaneamente dal creditore al debitore (in mora).

A seguito del perimento, il rischio si è definitivamente trasferito dal creditore al debitore nel senso che *casum sentit debitor*, con la conseguenza che il creditore è definitivamente liberato dall'obbligo di pagare il prezzo ed il debitore è parimenti liberato da quello di prestare la cosa (trattandosi di *species perita*) ma questi deve ancora prestare il risarcimento del danno in essere al momento del perimento a titolo di responsabilità (*perpetuatio obligationis*)⁽¹⁵⁾.

In ultima analisi, per stare al caso di una compravendita di una species debita, il venditore in mora subisce le conseguenze della perdita del bene nel senso che perde il diritto di pretendere la controprestazione del compratore e dovrà, per giunta, liquidargli un eventuale maggior valore del bene perito, rispetto al prezzo convenuto (a titolo di lucro cessante), così fissandosi, in via definitiva, il reciproco rapporto.

Codesto rapporto diventa perpetuo al verificarsi della sopravvenuta impossibilità.

Il rischio reciproco di quel venditore in mora e di quell'acquirente si cristallizza in tale momento, così che successivamente le parti non corrono alcun ulteriore *rischio teorico in relazione alla prestazione primaria, reciprocamente attesa e divenuta impossibile*.

A seguito della cristallizzazione del rischio la situazione diventa definitiva anche nel senso che il creditore non corre più neppure il rischio previsto dall'art. 1221, 1° comma, ultima parte c.c. e cioè che egli possa venire chiamato a sopportare la perdita, perché il bene sarebbe ugualmente perito presso di lui ed il debitore (da parte sua) non può ulteriormente e per il tempo restante, opporgli una tale eventualità ed il rischio relativo.

(15) P. PERLINGERI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*, e gli altri concordano infatti che l'art. 1221 c.c. si applica al debitore di una species che si trovi in mora nella consegna della cosa, onde questa condizione rovescia su di lui la responsabilità che altrimenti competerebbe all'acquirente in relazione al principio *res perit domino*.

Ovviamente il creditore, dopo che è divenuto libero dal suo vincolo obbligatorio verso l'altra parte, e dopo che il rischio si è cristallizzato al momento del perimento, non può pretendere di trarre guadagni da successivi rialzi del prezzo di quel bene.

La cristallizzazione del rischio, a seguito della *perpetuatio obligationis*, come scrissi a suo tempo ⁽¹⁶⁾, e come è stato di recente insegnato correttamente dalla decisione 20 giugno 1990 n. 6200 della Suprema Corte opera nei due sensi, così che le parti divengono vicendevolmente insensibili alle eventuali successive sorti positive o negative della controprestazione, reciprocamente attesa che non deve esser loro più effettuata.

Ciascuna di codeste due parti (compreso il creditore) non può temere per il futuro alcun pregiudizio, ma non può sperare neppure di trarre alcun vantaggio ad es. dal corso successivo dei prezzi e così dal loro rialzo o dal loro ribasso.

Devesi qui sottolineare che il rischio contrattuale inerisce principalmente alla controprestazione che si attende dall'altra parte ed al suo collegamento economico con quella dovuta, così che la liberazione dell'obbligazione vicendevole determina la cessazione del rischio o meglio, nei rapporti di responsabilità, la sua cristallizzazione con riferimento al momento considerato.

Quel che si è qui detto in materia di cristallizzazione del rischio e di *perpetuatio obligationis*, nella ipotesi di sopravvenuta impossibilità, può ripetersi per il caso di risoluzione del contratto ex art. 1453 e ss. c.c.

Qui, tuttavia, gli effetti della pronuncia di risoluzione retroagiscono a sensi dell'art. 1458 c.c. al momento della inadempienza, liberando entrambi (cioè il creditore ed il debitore) dalle reciproche obbligazioni e fissando in tale momento il danno da risarcirsi.

Nella risoluzione per inadempienza contrattuale la obbligazione si perpetua ed il rischio si cristallizza nel momento al quale vengono fatti risalire gli effetti della risoluzione.

Da tale momento le parti non devono più adempiere alla propria

(16) G. VALCAVI, *Intorno al concetto di perpetuatio obligationis, e al tempo di riferimento nella stima del danno da risoluzione per inadempienza contrattuale*, Riv. dir. civ., 1992, II, p. 399; Id., *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, in Riv. dir. civ., 1987, II, pp. 31 ss.

prestazione e non possono più pretendere quella altrui (per effetto della reciproca liberazione dalle loro obbligazioni) e così nessuno dei due è più sensibile al rischio relativo alla prestazione reciprocamente attesa e da esse vicendevolmente non più dovuta.

Ovviamente da quel momento in poi si reputerà in essere a carico ed a favore di ciascuno, il rischio relativo al bene che doveva essere in precedenza prestato e che, per gli effetti retro attivi della risoluzione, è tornato nella disponibilità del suo proprietario, secondo la regola *res perit domino*.

Nella risoluzione *ex art. 1454 c.c.* la *perpetuatio* si attua nel momento in cui il contratto è risolto dopo la scadenza del termine previsto nella diffida.

In quella di cui all'art. 1456 c.c. essa si verificherà nel momento in cui si verifica la risoluzione di diritto.

Ciascuna parte, dopo l'intervento della risoluzione, nelle varie forme sopraindicate, tornerà invece a correre il rischio riguardante le cose che deve restituire all'altra.

La obbligazione restitutoria avrà le medesime vicende di ogni obbligazione e così a propria volta risentirà delle conseguenze della mora e della eventuale cristallizzazione del rischio, e del relativo risarcimento del danno, di cui abbiamo parlato a proposito dell'obbligazione primaria.

Il risarcimento del danno che segue alla cristallizzazione del rischio ed alla *perpetuatio obligationis* dovrà essere prestata dalla parte che vi è tenuta all'altra con i relativi accessori.