

Capitolo Primo

L'OBBLIGAZIONE IN GENERALE

SOMMARIO: 1.1. L'obbligazione nel Codice civile. – 1.2. Il concetto di obbligazione. – 1.2.1. La nozione di obbligazione. – 1.2.1.1. Il legislatore e la definizione di obbligazione. – 1.2.1.2. Il debito e il credito. – 1.2.1.2.1. Il debito. – 1.2.1.2.2. Il credito. – 1.2.2. La funzione dell'obbligazione. – 1.2.2.1. L'astrazione dell'obbligazione. – 1.2.2.2. La funzione economico-giuridica dell'obbligazione. – 1.2.2.3. L'obbligazione come strumento puramente tecnico. – 1.2.3. La categoria del dovere giuridico. – 1.2.3.1. Dovere etico e dovere giuridico. – 1.2.3.2. La sanzione come elemento caratterizzante la giuridicità. – 1.2.3.3. Il problema dell'individuazione della sanzione applicabile: regole di validità e di responsabilità. – 1.2.3.4. Il comportamento umano: posizioni intermedie tra libertà e dovere. – 1.2.4. L'obbligazione e il rapporto giuridico. – 1.2.5. Il diritto di credito nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive. – 1.2.5.1. Le categorie ordinarie: diritti soggettivi e posizioni di fatto. – 1.2.5.2. Diritti reali e di credito. – 1.2.5.3. I diritti relativi: obbligazione e obbligo. – 1.2.5.4. I diritti di credito e i beni giuridici. – 1.3. I soggetti. – 1.3.1. La necessità di un debitore e un creditore. – 1.3.1.1. Analisi del problema. – 1.3.1.2. Analisi di casi in cui l'alterità soggettiva è dubbia. – 1.3.2. Il problema della determinatezza/determinabilità della parte. – 1.3.3. Problemi particolari relativi ai soggetti (attivo e passivo) del rapporto giuridico. – 1.3.4. Il rapporto giuridico unisoggettivo. – 1.3.5. Le obbligazioni e la Pubblica Amministrazione. – 1.4. La prestazione. – 1.4.1. Caratteristiche principali della prestazione. – 1.4.1.1. La patrimonialità. – 1.4.1.2. L'interesse del creditore. – 1.4.2. Possibilità, liceità, determinatezza e determinabilità della prestazione. – 1.4.2.1. Possibilità. – 1.4.2.2. Liceità. – 1.4.2.3. Determinatezza e determinabilità. – 1.4.3. Il problema dell'interferenza tra obbligazione e diritti della personalità. – 1.4.4. Le modalità dell'obbligazione: certezza ed esigibilità. – 1.4.4.1. La certezza. – 1.4.4.2. L'esigibilità. – 1.5. Le fonti delle obbligazioni. – 1.5.1. Individuazione delle fonti delle obbligazioni. – 1.5.2. L'atipicità delle fonti delle obbligazioni. – 1.5.3. Fonti legali, negoziali e rapporto obbligatorio. – 1.5.4. L'area del contratto. – 1.5.5. (segue) Contratti ad effetti obbligatori e contratti ad effetti reali. – 1.5.6. L'area dell'illecito civile. – 1.5.7. Le obbligazioni derivanti da altri atti o fatti. – 1.6. La giuridicità: rapporti di cortesia e obbligazioni naturali. – 1.6.1. Dovere e giuridicità: ripresa. – 1.6.2. I rapporti di cortesia. – 1.6.2.1. Inquadramento e disciplina. – 1.6.2.2. Le lettere di *patronage*. – 1.6.3. Le obbligazioni naturali. – 1.6.3.1. Il concetto di obbligazione naturale. – 1.6.3.2. L'adempimento di obbligazione naturale. – 1.6.3.3. Ipotesi di obbligazione naturale. – 1.7. Appendice: Profili di storia e di comparazione del diritto delle obbligazioni. – 1.7.1. Introduzione. – 1.7.2. Il dovere nelle comunità elementari. – 1.7.3. (segue): sviluppo del dovere di collaborazione: il dono e il dovere di gratitudine. – 1.7.4. (segue): dallo *status* al contratto. – 1.7.5. (segue): l'obbligazione da fatto illecito. – 1.7.6. L'obbligazione nel diritto di Roma. – 1.7.6.1. Introduzione. – 1.7.6.2. Il fatto illecito. – 1.7.6.3. Il contratto. – 1.7.7. Evo intermedio e sviluppi moderni. – 1.7.8. L'obbligazione in *common law*. – 1.7.8.1. Introduzione. – 1.7.8.2. Il fatto illecito. – 1.7.8.3. Il contratto. – 1.7.9. L'obbligazione nel diritto francese. – 1.7.10. L'obbligazione nel diritto tedesco. – 1.7.11. Uno sguardo d'insieme. – 1.8. Appendice: Il diritto soggettivo. – 1.8.1. Il concetto: notazioni introduttive. – 1.8.2. Le definizioni di Windscheid e von Jhering. – 1.8.3. Valutazioni conclusive sullo sviluppo storico del dibattito. – 1.8.4. Diritti assoluti e relativi. – 1.8.5. Diritto soggettivo, situazioni di fatto e interessi legittimi. – 1.8.6. Diritto soggettivo e contenuto della tutela giuridica. – 1.8.7. (segue) Qualificazione della posizione giuridica e contenuto della tutela. – 1.8.8. Diritto soggettivo e mercato. – 1.8.9. Caratterizzazioni del diritto soggettivo. – 1.8.10. Profili evolutivi ulteriori del diritto soggettivo. –

1.8.11. Conclusione generale: il diritto soggettivo nell'età della complessificazione. – 1.9. Appendice: Cenni di diritto internazionale privato. – 1.9.1. *Introduzione*. – 1.9.2. Le obbligazioni contrattuali. – 1.9.3. Le obbligazioni non contrattuali.

1.1. L'obbligazione nel Codice civile

Il Codice civile disciplina l'obbligazione in generale nel titolo primo del libro quarto, agli artt. 1173-1320.

Da qui partiamo, prima ancora di aver definito cosa essa sia, per qualche rilievo preliminare sulla dislocazione delle norme entro il corpo del codice.

Il libro quarto è intitolato alle obbligazioni; esso contiene, oltre alla trattazione dell'obbligazione in sé, quella delle singole fonti: il contratto (con i contratti tipici), il fatto illecito e i quasi contratti.

Il libro quarto, per converso, non esaurisce la materia: aspetti importanti, relativi alla tutela del credito, sono affidati al libro sesto, che si occupa della tutela dei diritti (in particolare, qui sono regolati l'azione revocatoria, quella surrogatoria e il sequestro conservativo).

Il titolo primo del libro quarto, poi, dedicato all'obbligazione in generale, non ne contiene l'intera disciplina: la clausola penale, ad esempio, si trova in ambito contrattuale, pur essendo figura relativa all'obbligazione risarcitoria in generale (RESCIGNO, 3); ancora, il risarcimento del danno in forma specifica è trattato con riferimento all'illecito civile (art. 2058 c.c.); lo stesso accade per il danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.).

Dunque, la dislocazione delle norme sulle obbligazioni in generale è solo tendenzialmente "ordinata": in taluni punti, essa mostra un disordine che è figlio della *vis attractiva* esercitata da ulteriori criteri ordinanti (la tutela civile dei diritti, il contratto, il fatto illecito).

La sistematica del Codice civile è significativamente diversa da quelle del *Code Napoléon* e del Codice civile del 1865. In quei corpi normativi, il diritto privato era articolato in tre libri (*"Delle persone"*, *"Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni"*, *"Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose"*) e le obbligazioni erano trattate nel terzo, a segnalare la centralità della proprietà e, quindi, il carattere strumentale dell'obbligazione rispetto alle sue vicende¹.

Il peso dell'obbligazione, sia in termini assoluti che relativi (ossia in rapporto a quello di altri istituti giuridici) è molto cambiato nel tempo: tradizionalmente, la forma principale di ricchezza era quella fondiaria (terriera); ogni persona "ricca" era in primo luogo proprietaria di immobili (terre e palazzi); oggi, se pensiamo alle persone più ricche del mondo, non troviamo i "latifondisti", quanto piuttosto i soci di controllo di società commerciali; essere socio di una società significa essere titolare di crediti (siano o meno incorporati in azioni), non proprietari di beni.

Nel sistema normativo attuale è stato compiuto il superamento del "doppio regime",

¹ «Questa sistemazione rispecchia la preminente importanza che alle soglie della rivoluzione industriale gli ordinamenti del tempo riconoscevano ai diritti che dessero un dominio sui beni, e soprattutto alla proprietà immobiliare (...); il codice vigente dedica invece un apposito libro all'obbligazione e alle sue fonti, prendendo atto del ruolo essenziale che l'obbligazione ha assunto nella società attuale. L'attività imprenditoriale si basa infatti sul credito» (BIANCA, 1).

che esisteva prima del 1942 e che consisteva nella presenza di una duplice disciplina delle obbligazioni, civile e commerciale. Infatti, il codice di commercio, pur non contenendo una trattazione generale della figura in esame, regolamentava diversi istituti del diritto delle obbligazioni, in base a principi diversi rispetto a quelli civilistici.

In questo senso, il c.c. 1942 ha realizzato l'unificazione di diritto civile e commerciale, raccogliendoli nell'unico Codice civile.

Perché è stata operata questa scelta? La distinzione tra codici porta con sé l'idea di un diritto speciale di categoria, che pone i commercianti in una posizione di privilegio o, comunque, di distinzione rispetto agli altri consociati; è un'idea che non collimava molto con l'ideologia fascista, che invece vedeva le diverse corporazioni legate, su un piano di indifferenziazione, a lavorare in maniera coesa per il bene della Nazione; da qui l'idea del superamento della duplicità dei codici. Peraltro, le materie contenute nei due testi erano in ampia parte diverse (impresa e società erano presenti unicamente nel codice di commercio): solo obbligazioni e singoli contratti trovavano (in parte almeno) una duplice (e differente) disciplina.

Può dirsi che, con l'unificazione dei codici, si sia avuta una civilizzazione del diritto commerciale o è piuttosto vero l'opposto? La risposta corretta sembra la seconda; nel codice del 1942, sono state accolte diverse regole che appartenevano al diritto commerciale e non a quello civile:

- a) il principio di naturale fecondità del denaro (art. 41 c. comm.);
- b) la presunzione di solidarietà passiva (art. 40 c. comm.);
- c) l'esclusione del termine giudiziale di grazia in caso di ritardo nell'adempimento (art. 42 c. comm.)².

Dunque, laddove si evidenziava un contrasto, hanno prevalso le soluzioni del codice di commercio su quelle del Codice civile.

Il presente manuale si occupa della “disciplina generale dell'obbligazione” (titolo primo del libro quarto del codice): ma cosa significa generale?

²Oggi, il termine di grazia è ancora previsto per le locazioni immobiliari ad uso abitativo, dall'art. 55 L. n. 392/1978: «(1) *la morosità del conduttore nel pagamento dei canoni o degli oneri di cui all'articolo 5 può essere sanata in sede giudiziale per non più di tre volte nel corso di un quadriennio se il conduttore alla prima udienza versa l'importo dovuto per tutti i canoni scaduti e per gli oneri accessori maturati sino a tale data, maggiorato degli interessi legali e delle spese processuali liquidate in tale sede dal giudice.* (2) *Ove il pagamento non avvenga in udienza, il giudice, dinanzi a comprovate condizioni di difficoltà del conduttore, può assegnare un termine non superiore a giorni novanta.* (3) *In tal caso rinvia l'udienza a non oltre dieci giorni dalla scadenza del termine assegnato.* (4) *La morosità può essere sanata, per non più di quattro volte complessivamente nel corso di un quadriennio, ed il termine di cui al secondo comma è di centoventi giorni, se l'inadempimento, protrattasi per non oltre due mesi, è conseguente alle precarie condizioni economiche del conduttore, insorte dopo la stipulazione del contratto e dipendenti da disoccupazione, malattie o gravi, comprovate condizioni di difficoltà.* (5) *Il pagamento, nei termini di cui ai commi precedenti, esclude la risoluzione del contratto.*»

Il termine di grazia è previsto nel Code Civil francese, il cui art. 1228 stabilisce, nel caso di azione per risoluzione, che «*le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts*» (questa è la formulazione attuale della regola, come introdotta dalla Ordonnance 2016/131 del 10 febbraio 2016 con cui è stata attuata la riforma del diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni – v. § 1.7.9 –; l'art. 1228, sul punto, riprende quanto era già stabilito nel precedente art. 1184).

In un primo senso, generale (in contrapposto a “particolare”) vuol dire che è la disciplina cui si ricorre se le parti non abbiano stabilito regole diverse, ossia applicabile in difetto di deroga pattizia; si tratta di norme c.d. suppletive, che si incaricano di indicare la regola applicabile ove le parti siano rimaste silenti; in questo *corpus*, però, vi sono anche diverse norme imperative, che quindi escludono la possibilità di una scelta diversa, ossia autonoma, delle parti.

In un secondo senso, generale si oppone a “speciale”, ossia a regole che il legislatore ha dettato in via di deroga rispetto al regime altrimenti applicabile. Al proposito, è da segnalare la difficoltà che, in molti casi, si incontra nello stabilire se una norma sia generale o speciale. Consideriamo il risarcimento del danno in forma specifica: è figura prevista in tema di illecito civile (art. 2058 c.c.) e non con riguardo al risarcimento del danno in generale (artt. 1223 ss. c.c.); se ne potrebbe ricavare che, essendo regola di specie, non sia applicabile ad ogni prestazione risarcitoria, ma solamente a quella che derivi dalla commissione di un illecito; e invece, nell'interpretazione corrente, si ritiene trattarsi di rimedio utilizzabile in via generale e, dunque, anche al di fuori dei casi di illecito civile.

La specialità non è allora riducibile alla presenza di una regola, di portata più generale, di contenuto difforme rispetto a quello previsto dalla norma che si stia considerando.

Seguendo l'impostazione sistematica del codice, la disciplina “generale” delle obbligazioni si contrappone a quella speciale rappresentata dalle singole fonti delle obbligazioni (contratto, fatto illecito e quasi contratti): qui si trovano molte norme “di settore”, speciali appunto, che integrano o derogano la disciplina generale.

Così, per esemplificare, gli artt. 1223 ss. c.c. si occupano della prestazione risarcitoria, ma diverse norme speciali concorrono a conformare le conseguenze risarcitorie della violazione di singoli contratti (ad es., per la vendita di cose mobili, v. l'art. 1518 c.c.).

In un terzo senso, disciplina generale è intesa come espressione equivalente a quella di “teoria generale” dell'obbligazione, concetto che chiariremo nel § 1.2.2.1.

Se il Codice civile ha unificato l'obbligazione, superando la dicotomia precedente, e ha posto un corpo di regole comuni a tutte le obbligazioni, l'attività normativa successiva ha teso, invece, al particolare, disciplinando specifici settori, in funzione di elementi unificanti di vario genere, come la qualità soggettiva del creditore (banche, ad es.) o quella del debitore (consumatore) o la tipologia di rapporto.

Questa attenzione rivolta al particolare mostra, al contempo, la concretezza e il pragmatismo che hanno animato il legislatore e la centralità, piuttosto che della logica formale e astratta del ragionamento per concetti, del dato economico, conformemente alla giusta idea per cui il diritto è tecnica di disciplina e governo di fenomeni della realtà economica.

La massima espressione di questo atteggiamento si rinviene nell'attività del legislatore europeo: e la centralità dell'attenzione ai problemi concreti piuttosto che alla forma giuridica si è manifestata soprattutto nel ricorso allo strumento della direttiva, che orienta (vincolandola) l'attività legislativa interna dei singoli Stati in funzione del raggiungimento degli obiettivi di politica del diritto in essa formulati. Si parla, in questo senso, di un peculiare «*spirito pragmatico del legislatore europeo*» (GAMBINO).

Su questi profili, v. anche § 1.2.2.1.

1.2. Il concetto di obbligazione

1.2.1. La nozione di obbligazione

1.2.1.1. Il legislatore e la definizione di obbligazione

Il Codice civile non definisce l'obbligazione.

In dottrina si è valutata favorevolmente questa scelta, dato che, secondo un tradizionale pensiero, non competerebbe al legislatore il definire gli istituti, trattandosi di attività propria dell'interprete. Come osserva GIORGIANNI (1, p. 14), «*qui come in ogni altro campo, qualunque definizione legislativa potrebbe riuscire pericolosa, ove ad essa si dovesse dare, il che si dubita a ragione, valore di norma; mentre sarebbe inutile, ove tale valore si negasse*».

In realtà, il legislatore spesso fornisce definizioni: e in ciò non vi è nulla di male, né si tratta di attività differente rispetto a quella normativa; esse sono in funzione precettiva, ossia servono alla determinazione dell'ambito di operatività di altre norme, che collegano effetti alla figura definita. Così, per esemplificare, il legislatore fornisce la nozione di beni (art. 810 c.c.) e stabilisce che in essi debbano ricomprendersi anche le energie naturali che abbiano valore economico (art. 814 c.c.); in tal modo, quando una norma stabilisce una regola valida per i beni, l'interprete sa che essa vale allo stesso modo per le energie naturali.

Il legislatore, quindi, non deve astenersi dal definire: l'interprete è chiamato, invece, a sistematizzare e qualificare, potendo esprimere anche valutazioni critiche rispetto alle scelte del legislatore, che non cesseranno di essere giuridicamente vincolanti, ma, se la critica sia fondata e condivisa, diventeranno presto obsolete e saranno superate da nuove norme.

Certamente, l'attività qualificatoria dello stesso legislatore è però giustificata in quanto sia funzionale alla individuazione di effetti giuridici, non se tenda solamente a inserirsi in un dibattito classificatorio. Si pensi, ad es., all'incertezza che può sorgere sulla qualificazione del diritto del conduttore quale diritto reale anziché di credito; si tratta di incertezza non irragionevole, se si pensa che il diritto del conduttore è caratterizzato da opponibilità ai terzi (regola "*emptio non tollit locatum*") e da tutelabilità *erga omnes*, almeno nel senso della legittimazione alle azioni possessorie (art. 1168, co. 2, c.c.). Sarebbe assai singolare e senz'altro inopportuno che il legislatore intervenisse autoritativamente sul tema con una norma che definisse espressamente il diritto del conduttore quale credito o quale diritto reale³.

La scelta di non definire l'obbligazione non è peculiare del nostro ordinamento: anche il Code Civil francese manca di una nozione autoritativa (e ciò anche oggi, a valle della Ordonnance 2016/131 del 10 febbraio 2016 con cui è stata attuata la riforma del diritto dei contratti, del regime generale delle obbligazioni e della prova⁴). Però, non è neppure una scelta generalizzata; il BGB, infatti, al § 241, prevede che: «*(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des ande-*

³ Sulla incerta qualificazione del diritto del conduttore, v. CHIANALE, 1.

⁴ Per un'introduzione al diritto francese delle obbligazioni, v. § 1.7.9.

ren Teils verpflichten» [trad.: «(1) in forza del rapporto obbligatorio, il creditore ha diritto di pretendere dal debitore una prestazione. La prestazione può consistere anche in una omissione. (2) Il rapporto giuridico, in base al suo contenuto, può obbligare ciascuna parte alla protezione dei diritti, dei beni e degli interessi dell'altra parte»]⁵.

Dunque, per il BGB, l'obbligazione è quel rapporto in forza del quale il creditore ha il diritto di pretendere, dal debitore, un'azione o un'omissione (la "pretesa" è la *Anspruch*, sulla quale torneremo in seguito).

Anche il diritto romano ha coniato definizioni dell'obbligazione; di esse, due sono divenute particolarmente famose:

a) *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura* («l'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale siamo necessariamente tenuti a pagare qualcosa a qualcuno conformemente al nostro diritto»): Giustiniano, *Istituzioni*, I, 3, 13 Pr;

b) *obligationum substantia non in eo consistit ut aliquid corpus nostrum vel servitutum nostram faciat, sed ut nobis obstringat in aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum* [«l'essenza delle obbligazioni non si trova nella circostanza che ci rendano titolari di un diritto di proprietà o di servitù, bensì che vincolino taluno ad eseguire nei nostri confronti una prestazione di dare, di fare, di garantire»]: Paolo, D 44.7.3. Pr.

Emergono, così, più elementi caratteristici:

- a) il comportamento dovuto (che consiste in un *dare, facere, praestare*);
- b) la necessità di tale comportamento, cui si collega il potere di costrizione;
- c) la differenza (sistemica) tra il dovere del debitore e la situazione di appartenenza, che si realizza tipicamente nella proprietà.

Approfondiamo, allora, brevemente, il senso della costrizione: nel diritto romano più risalente, essa si risolveva in un vincolo particolarmente forte, costituito dal *nexum*, una forma di assoggettamento personale da cui si poteva uscire per effetto dell'osservanza del comportamento cui il soggetto si fosse impegnato, ma che, diversamente, si risolveva nella perdita della libertà.

La centralità del *nexum*, in questa struttura sociale, è stata vista anche in opposizione alla figura moderna dell'obbligazione, nel senso che, secondo diversi autori, la vera obbligazione sarebbe nata nel 326 a.C., allorquando, con la *lex poetelia*, il *nexum* fu abrogato e l'inadempimento fu attratto nell'ambito di una semplice responsabilità patrimoniale; si ebbe così la sostituzione di un vincolo personalistico (di asservimento) con un «rapporto "paritetico", di carattere patrimoniale, dove l'oggetto è, non più la persona fisica, bensì il patrimonio del debitore» (AMADIO e MACARIO, I, p. 323).

Benché, come sopra rilevato, il nostro Codice civile non definisca l'obbligazione, possiamo però ritenere accettabile, al fine di disporre di un punto di partenza per l'analisi, quella che la identifica con la relazione giuridica in forza della quale un soggetto, il debitore, è tenuto nei confronti di un altro soggetto, il creditore, ad eseguire una determinata prestazione, di contenuto patrimoniale, in modo tale che il secondo possa pretendere l'adempimento.

⁵ Per un'introduzione al diritto tedesco delle obbligazioni, v. § 1.7.10.

1.2.1.2. Il debito e il credito

L'obbligazione è il vincolo che lega, in un rapporto, un debitore e un creditore. La sua comprensione richiede, però, che si esaminino partitamente la posizione che fa capo al primo (il debito) e quella che fa capo al secondo (il credito)⁶.

1.2.1.2.1. Il debito

Ogni consociato gode, in via di principio, di una posizione di libertà generalizzata; restrizioni a tale libertà derivano dalla imposizione di doveri: limitazioni generali sono solo quelle poste dalla necessità della coesistenza e, quindi, dalla necessità di rispettare la pari libertà altrui (per Kant, il diritto è l'insieme delle condizioni sotto le quali l'arbitrio dell'uno può coesistere con l'arbitrio dell'altro secondo una legge universale di libertà: «*Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann*»).

Accanto a questi doveri generali di rispetto (che hanno normalmente, ma non sempre, contenuto negativo, risolvendosi in doveri di astensione), si collocano quelli specifici, diretti nei confronti di singoli consociati determinati.

Abbiamo allora due figure:

– il *dovere generico*: che un soggetto ha nei confronti di “chiunque”, ossia della massa indistinta delle persone. Pensiamo al dovere di prestare attenzione nella circolazione stradale; nessuno può pretendere il rispetto di questa regola (fatta eccezione per l'autorità): è solo nel momento in cui, a causa della negligenza, il guidatore ferisca un passante, che questi potrà affermarsi creditore (e non della prestazione di cautela, ma di quella risarcitoria nata dal fatto illecito);

– il *dovere specifico*: che un soggetto ha nei confronti di altro soggetto determinato; solo in questo secondo caso parliamo di obbligazione (e a condizione che l'altra parte abbia il diritto di pretendere il comportamento dovuto).

Il riconoscere l'esistenza di un dovere specifico non è sempre semplice. Un caso: Alice è una bagnina che sta trascorrendo una giornata di vacanza sulla sponda di un lago; transita, più al largo, un vaporetto e Alice si accorge che un passeggero, Carlo, sportosi troppo dalla balaustra, cade in acqua. Non sa se Carlo sia in effettivo pericolo: la riva non è lontana, ma bisogna saper nuotare per raggiungerla; inoltre, il passeggero era vestito e, quindi, questo potrebbe causargli difficoltà anche se fosse capace di nuotare. Alice non perde tempo: si butta in acqua e si affretta a raggiungere il passeggero, che, però, si rivela un bravo nuotatore e, quindi, si sta dirigendo verso riva con le proprie forze. Alice, nell'urgenza di intervenire, non ha pensato a togliersi l'orologio di marca che aveva al polso e che, non essendo impermeabile, rimane gravemente danneggiato. Alice chiede a Carlo di pagarle il costo di riparazione/il valore dell'orologio. Chi ha ragione? Sperimentalmente, molti studenti di giurisprudenza faticano a riconoscere, nei fatti descritti, i presupposti sufficienti all'applicazione dell'istituto della gestione d'affari altrui e, quindi, a riscontrare un diritto di credito in capo ad Alice.

⁶ In dottrina, si nota come tradizionalmente il rapporto sia stato considerato più dal lato del dovere, che da quello del potere del creditore, ma solamente con una visione complessiva dei due poli si abbia una comprensione corretta dell'istituto (RESCIGNO, 3).

Tra i doveri, ve ne sono alcuni che sono di difficile inquadramento e classificazione: vi sono infatti casi in cui il dovere non sorge nei confronti di chiunque, ma solo verso soggetti determinati e, tuttavia, esso non ha a oggetto una prestazione positiva, ma solamente l'impegno a non causare un danno. Quindi, la presenza di due soggetti *ab initio* determinati avvicina la figura all'obbligazione, allontanandola dal dovere generico; tuttavia, la prestazione dovuta si riduce ad un dovere di cautela nel non causare un pregiudizio, del quale non può pretendersi l'adempimento, ma contro la cui violazione può reagirsi con una pretesa risarcitoria (come accade nei fatti illeciti).

L'ipotesi più nota è costituita dalla trattativa precontrattuale (art. 1337 c.c.): in essa, la relazione che si instaura per effetto del suo avvio, intercorre tra soggetti determinati; tuttavia, per definizione, tra questi due soggetti non vi è ancora alcuna relazione contrattuale; certo, la stessa trattativa può essere ricostruita come un rapporto di indole contrattuale: però è evidente la differenza rispetto ad un qualsiasi contratto, che tende a far conseguire alle parti un vantaggio derivante dall'adempimento delle reciproche prestazioni; nella trattativa, i doveri che gravano sulle parti hanno solo il fine di preservare le loro sfere giuridico-economiche dai pregiudizi cui potrebbe esporle il comportamento sleale dell'altra parte.

La giurisprudenza, che tradizionalmente qualificava la responsabilità precontrattuale come extracontrattuale⁷, ha recentemente stabilito diversamente: «*la trattativa precontrattuale crea un obbligo di comportamento in buona fede, che distingue tale fattispecie da quella di cui all'art. 2043 c.c., nella quale per contro la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto tra le parti. La responsabilità che ne scaturisce è di natura contrattuale onde il danneggiato dovrà provare, oltre al danno sofferto, solo la condotta antigiusuridica, non anche la colpa del danneggiante*» (Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *DeJure*; dello stesso anno è Cass. civ., 21 novembre 2011, n. 24438); nello stesso senso: «*la responsabilità precontrattuale, ai sensi degli art. 1337 e 1338 c.c., va inquadrata nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli art. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.*» (Cass. civ., 12 luglio 2016, n. 14188, in *DeJure*).

In difetto di un intervento delle Sezioni Unite, non può che registrarsi, ad oggi, l'esistenza di orientamenti differenti nella Suprema Corte.

⁷ «*La responsabilità precontrattuale, per violazione della regola di condotta stabilita dall'art. 1337 c.c., a tutela del corretto svolgimento dell'iter formativo del contratto, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno è a carico del danneggiato (art. 2043 e 2059 c.c.). Per la relativa valutazione, in considerazione delle caratteristiche tipiche di tale responsabilità, nel caso di ingiustificato recesso dalla trattativa, occorre coordinare il principio secondo il quale il vincolo negoziale e i diritti che ne derivano sorgono soltanto con la stipula del contratto – sì che non è possibile ottenere un risarcimento equivalente a quello ottenibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto – con quello per cui dalla lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative scaturisce il diritto ad esser risarcito per la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali se non si fosse fatto affidamento sulla conclusione del contratto (cosiddetto interesse negativo)*» (Cass. civ., 10 ottobre 2003, n. 15172, in *DeJure*).

La relazione precontrattuale è riportata all'ambito contrattuale nel sistema tedesco: la ragione, qui, è strettamente legata al modo in cui, in quel sistema, è organizzato il sistema delle fonti delle obbligazioni e, in particolare, è disciplinato l'illecito civile; sul punto, sinteticamente, v. § 1.7.10.

L'inquadramento della responsabilità precontrattuale forma oggetto di dibattito anche nell'ordinamento francese; qui, si opera una distinzione, a seconda che la trattativa (*les pourparlers*) abbia o meno raggiunto un livello superiore, caratterizzato dalla conclusione di una *convention* o di un *avant-contrat*; in questa eventualità, la responsabilità assume natura contrattuale (BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE). Si noti, però, che ciò non incide sul contenuto della responsabilità, dato che il danno è comunque diverso dalla "*perte de la chance d'obtenir l'avantage escompté de la conclusion du contrat avorté*" (perdita del vantaggio atteso dalla conclusione del contratto non concluso) (BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE).

Tale conclusione vale senz'altro anche nel nostro ordinamento: la qualificazione della responsabilità precontrattuale in termini contrattuali non costituisce base adeguata per ritenere che il danneggiato possa pretendere un risarcimento parametrato al vantaggio che avrebbe ottenuto da contratto che avrebbe voluto concludere (e neppure alla perdita della chance di concludere un tale contratto).

Sulla differenza tra doveri generici e doveri specifici, è interessante il caso trattato da Trib. Parma n. 580/2018 (**Doc. 01**), per la non divisibilità della proposta ricostruttiva che elabora. La vicenda è estremamente semplice: un soggetto, camminando, inciampa in una buca stradale e riporta un pregiudizio personale; agisce allora contro il Comune proprietario della strada, per ottenere il risarcimento del danno patito. Il Tribunale si è sforzato di sostenere l'esistenza di un'obbligazione del Comune di mantenere le strade pubbliche, nei confronti dei singoli utenti, così impostando la materia in termini contrattuali anziché aquiliani (art. 2051 c.c.), per ricavarne che spetti al Comune l'onere di provare che l'evento dannoso (l'incidente) sia dipeso da impossibilità della prestazione ad esso non imputabile (in applicazione della regola dell'art. 1218 sull'inadempimento dell'obbligazione).

A volte, è lo stesso legislatore a porre precetti ambigui, nei quali non risulta immediatamente chiaro se il dovere stabilito dalla norma debba essere interpretato nel senso di fondare una corrispondente pretesa in capo a singoli soggetti o, all'opposto, debba essere considerato come un dovere generico. Un caso molto noto riguarda l'art. 106 TUF (D.Lgs. n. 58/1998), che impone il lancio di un'OPA obbligatoria (offerta pubblica di acquisto) a chi arrivi ad avere il controllo del 30% delle azioni di una società quotata in borsa. Supposto che tale condizione si verifichi, i soci di minoranza hanno diritto a vendere le loro partecipazioni al soggetto obbligato all'OPA? Ossia, in questo caso, sorge un'obbligazione di acquistare?

Il legislatore ha stabilito che, in caso di mancata offerta, il soggetto che vi sarebbe stato tenuto sia obbligato ad alienare la partecipazione eccedentaria la soglia entro il termine di 12 mesi; inoltre, è disposta la sterilizzazione del diritto di voto sull'intera partecipazione, oltre all'applicazione di alcune sanzioni amministrative. Si tratta allora di capire se queste conseguenze negative costituiscano l'intero apparato sanzionatorio o se, al contempo, i soci di minoranza abbiano diritto alla vendita delle loro partecipazioni.

La Suprema Corte ha dato risposta positiva all'ultima questione: «*la violazione dell'obbligo, rilevante ex art. 1173 c.c., di offerta pubblica di acquisto della totalità delle azioni di una società quotata in un mercato regolamentato da parte di chi, in conseguenza di acquisti azionari, sia venuto a detenere un partecipazione superiore al trenta per cento del capitale sociale, fa sorgere in capo agli azionisti, ai quali l'offerta avrebbe dovuto essere rivolta, il diritto al risarcimento del danno patrimoniale, ex art. 1218 c.c., ove essi dimostrino di aver perso una possibilità di guadagno a causa della mancata promozione dell'offerta*» (Cass. civ., 13 ottobre 2015, n. 20560, in *DeJure*).

Nell'obbligazione, il dovere del debitore è chiaramente specifico.

In cosa consista questo dovere è questione di grande importanza. Si confrontano essenzialmente due diverse concezioni:

- a) per la prima, il dovere è un comportamento cui l'obligato è tenuto, dovendo in tale attività erogare lo sforzo debitorio richiesto dal rispetto del criterio della diligenza;
- b) per la seconda, il dovere implica la necessità di realizzare il risultato atteso dal creditore, con conseguente responsabilità, laddove esso non sia raggiunto, indipendentemente dal fatto che ciò non sia dipeso da colpa del debitore.

Questa articolazione di opinioni si concentra sul profilo della responsabilità: la sua trattazione approfondita è conseguentemente rimessa al capitolo dedicato alla responsabilità contrattuale (§ 8).

1.2.1.2.2. Il credito

La posizione del creditore è definibile come pretesa al comportamento dovuto dal debitore; essa manifesta la sua rilevanza da due punti di vista (CANNATA, 2):

- a) in primo luogo, il credito costituisce titolo per far propria la prestazione eseguita (in suo difetto, sorgerebbe l'obbligazione restitutoria);
- b) in secondo luogo, in caso di inadempimento, il creditore può agire contro il debitore, per ottenerne la condanna all'adempimento.

L'ordinamento, però, non mette a disposizione del creditore azioni sempre capaci di procurare la prestazione mancata: si pensi all'assenza di azioni esecutive atte a procurare coattivamente l'adempimento di prestazioni di fare infungibile.

In questi casi, il rimedio si risolve, più che in una pretesa all'adempimento, in un potere di aggressione del patrimonio del debitore, in funzione di una tutela risarcitoria.

Contro l'impostazione che incentra il credito sul concetto di pretesa, ampia parte della dottrina ha allora proposto di costruire il diritto del creditore in termini di potere. In effetti, l'unico rimedio "generale", ossia fruibile a prescindere dal contenuto specifico della singola obbligazione, è quello risarcitorio, che si risolve nella possibilità di dare corso a forme consentite di «aggressione» del patrimonio del debitore. Tali aggressioni permetteranno, caso per caso, l'apprensione del bene dovuto oppure l'imposizione del costo necessario ad attuare una prestazione sostitutiva oppure ancora l'insorgenza di una responsabilità risarcitoria commisurata al valore della prestazione ineseguita e al pregiudizio collegato alla sua mancanza. Dunque, se il creditore non può ottenere (in tutti i casi) l'effettiva coercizione del debitore, allora il diritto non può essere ridotto ad una pretesa al suo comportamento, ma deve consistere in qualcosa di diverso, ossia nel potere di aggressione del patrimonio del debitore.

Questa impostazione (c.d. concezione patrimoniale dell'obbligazione) è stata declinata in più forme:

- a) per SAVIGNY, il credito consisterebbe in una signoria (un potere) sulla persona del debitore; oggetto della signoria dovrebbero considerarsi, più propriamente, determinati atti del debitore sottratti alla sua sfera di libertà e assoggettati alla volontà del creditore. Questa costruzione svaluta il comportamento del debitore, riconducendo l'obbligazione ad un elemento del patrimonio del creditore. Il potere sulla persona del debitore, però, diversamente dall'antico diritto romano, non si risolve in un suo effettivo assoggettamento, ma nel potere di aggressione patrimoniale, diretto a far conseguire l'equivalente pecuniario della prestazione mancata;

b) per BETTI, CARNELUTTI e NICCOLÒ, il credito avrebbe ad oggetto il bene dovuto; il potere è riconosciuto direttamente su questo risultato del comportamento dovuto dal debitore; si supera l'idea romana dell'assoggettamento fisico del debitore al creditore e si evidenzia come il diritto del creditore tenda al risultato del comportamento del debitore, quindi al bene dovuto;

c) in Germania, nella prima metà del XX secolo, ha avuto particolare diffusione la teoria del debito e responsabilità (*Schuld und Haftung*): essa collega l'elemento del *debitum* (*die Schuld*, ossia il comportamento dovuto) alla responsabilità (*die Haftung*), come potere sul patrimonio del debitore, ponendo peraltro l'accento su questo secondo profilo; debito e responsabilità sarebbero così elementi separati: l'essenza dell'obbligazione è trovata proprio nella responsabilità e, quindi, nel potere del creditore sul patrimonio del debitore; il creditore finirebbe per vantare una posizione di semplice aspettativa rispetto all'adempimento (così, in Italia, BARBERO), godendo, invece, di un vero potere giuridico di reazione solo contro l'inadempimento. Si noti come la scomposizione indicata porti alla possibilità di configurare sia debiti senza responsabilità (come nel caso dell'obbligazione naturale: v. § 1.6.3), sia casi di responsabilità senza debito (si pensi al terzo datore di ipoteca, contro il quale può agirsi esecutivamente, senza che sia debitore in via diretta); per converso, se l'essenza dell'obbligazione viene vista nella responsabilità, allora diventa difficile considerare come casi di vero dovere quei debiti senza responsabilità che sono le obbligazioni naturali.

Seguendo, in particolare, l'ultima concezione esaminata, la posizione del creditore potrebbe definirsi in termini di potere, che diverrebbe attuale in ragione non dell'esistenza di un'obbligazione, ma del suo inadempimento (imputabile)⁸. Così, la responsabilità patrimoniale prevista dall'art. 2740 c.c. finisce per essere considerata non come una conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione, ma come la sua stessa essenza, come suo momento interno. Se, in forza dell'obbligazione, il creditore ha diritto a un risultato, al conseguimento di un bene, si osserva, egli attende l'adempimento spontaneo (aspettativa) e, in caso di inadempimento, può aggredire il patrimonio del debitore per ottenere quel bene nonostante il mancato adempimento spontaneo; il senso proprio, così, sta nel potere di aggressione del patrimonio.

La concezione del credito come potere non persuade: il credito è correlativo alla posizione del debitore e questa, come si è visto, è da qualificare come un dovere di comportamento; dunque, il creditore ha diritto a che il debitore tenga il comportamento dovuto, ossia ha una pretesa al suo rispetto. Il risultato della prestazione dovuta non è, invece, l'oggetto immediato del credito, dato che la sua produzione potrebbe mancare, senza che ciò implichi responsabilità del debitore, che presuppone la sua imputabilità, ossia la devianza del debitore dallo standard comportamentale al quale si sia obbligato. È allora ben possibile che, pur avendo il debitore fatto quanto da lui pretendibile, il risultato non si raggiunga: in tal caso, il debitore è liberato e non sorge alcuna responsabilità.

L'idea del credito come un potere sul risultato dovuto e quella del credito come assog-

⁸ «In sistemi giuridici che non conoscevano tecniche processuali adeguate per rendere coercibili gli obblighi, l'obbligazione era sostanzialmente espressione di un dovere del soggetto di 'rispondere' per l'adempimento» (DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, p. 10). Dunque, se il creditore non è assistito da un'efficace azione di adempimento, il suo diritto si riduce al potere di aggressione patrimoniale del debitore.

gettamento del debitore ad una responsabilità patrimoniale verso il creditore, finiscono per mettere in ombra la dipendenza della soddisfazione dell'interesse del creditore dal comportamento dovuto dal debitore.

Appare allora più convincente l'impostazione di chi vede l'essenza dell'obbligazione nel comportamento al quale il debitore è tenuto, ciò che trova conferma sia nella regola di diligenza (art. 1176 c.c.), sia nella necessità della imputabilità (intesa, dai sostenitori di questa soluzione, come necessaria presenza del dolo o della colpa) perché sorga responsabilità, sia infine nella considerazione per cui vi sono casi in cui il debitore agisce diligentemente senza procurare la soddisfazione del creditore, ma rimanendo liberato dall'obbligazione (si pensi al pagamento al creditore apparente) (GIORGIANNI, 1; RESCIGNO, 3; BIANCA, 1). Dunque, il credito non può concepirsi come un potere sul risultato dovuto dal debitore, ma deve essere collegato alla prestazione, ossia al comportamento del debitore, che è il punto focale della figura.

Sul piano economico, l'essenza dell'obbligazione va vista nel suo essere strumento di cooperazione intersoggettiva fondata sul contratto o su altre vicende in cui il vincolo è fatto sorgere per scelta del legislatore, al fine di regolamentare possibili conflitti di interesse tra consociati conseguenti al loro (più o meno occasionale) incontro.

Il potere di reazione all'inadempimento non può essere considerato come punto focale dell'obbligazione, almeno in senso economico, così come sarebbe assurdo far consistere la proprietà nel potere di agire a sua difesa e di rivendicarla nei confronti di chi si sia impossessato del bene. I diritti attribuiscono utilità: quella garantita dall'obbligazione consiste nel beneficiare della collaborazione debitoria.

1.2.2. La funzione dell'obbligazione

1.2.2.1. L'astrazione dell'obbligazione

L'obbligazione è concetto dotato di un notevole grado di astrazione: noi abbiamo normalmente esperienza delle fonti di obbligazione, in quanto, nella vita quotidiana, concludiamo contratti (ancor più concretamente, compriamo, vendiamo, stipuliamo locazioni, appalti, etc.), oppure abbiamo degli incidenti (ossia, commettiamo un illecito o ne siamo vittime), oppure, in altri modi ancora, interagiamo con il prossimo (gestendone un affare, consumandone inavvertitamente un bene, etc.). Da tutti questi fatti, derivano obbligazioni: a livello scientifico, però, noi stacciamo nettamente il fatto generatore dall'effetto derivato (ossia l'obbligazione), rendendo quest'ultimo destinatario di una disciplina generale.

Quindi, sempre a livello scientifico, adempiere un contratto è, per noi, un fenomeno sostanzialmente separato dall'averlo concluso: sono due vicende che appartengono a capitoli distinti del sapere giuridico. L'operazione, però, è anche affetta da una certa artificiosità: l'adempimento del contratto sembra logicamente più imparentato con l'averlo concluso che con il riparare il danno derivato dalla commissione di un illecito.

L'elaborazione di un concetto generale di obbligazione, che prescindendo dalla fonte, è avvenuta già nel diritto romano ed è rimasta come tratto caratterizzante del diritto europeo continentale⁹. Analogo fenomeno non è presente in *common law*, ove, per esempio, l'ina-

⁹ «The carving out of the concept of an "obligatio" and the development of a law of obligations was one of the great contributions of classical Roman jurisprudence to the science of law» (ZIMMERMANN).

dempimento del contratto è studiato all'interno del diritto contrattuale e non di un diritto generale delle obbligazioni, che non è mai stato elaborato.

Si potrebbe pensare che nulla impedisca, in *common law*, di colmare il *gap* attraverso un testo giuridico che, dedicato all'obbligazione, riunisca semplicemente ciò che, nella letteratura tradizionale, si trova trattato in testi dedicati alle diverse fonti di obbligazione.

Sarebbe una conclusione assai superficiale: il problema della valorizzazione dell'obbligazione all'interno dell'analisi giuridica ha formato oggetto di attenzione e di studio in collegamento con i progressi di integrazione europea, allorquando i giuristi di *common law* cominciarono a comprendere la difficoltà di proseguire tale processo senza adottare la prospettiva della centralità dell'obbligazione in sé, accolta invece in Europa continentale.

Si è osservato, al riguardo, che questa operazione «*gives rise to a number of problems for anyone who might want to employ it as an analytical tool within the common law tradition. For, in civilian (continental) legal thought, the idea of a law of obligations goes well beyond a mere category. It represents a central part of a coherent system of legal thought which actually makes rational sense only when related to all the other parts of the system*» (GEOFFREY).

Questo ruolo dell'obbligazione risale al diritto romano, quando il diritto sui beni fu edificato includendo sia i beni materiali, che quelli immateriali, tra i quali erano collocate le obbligazioni; dunque, l'obbligazione nasce in opposizione ma, al contempo, in relazione alla proprietà sui beni, così fondandosi la nota contrapposizione tra *actiones in rem* e *actiones in personam*. In aggiunta, merita notare come, mentre il diritto sulle *res* include più posizioni differenziate di interesse (si ricordi l'opposizione tra possesso e proprietà, da un lato, e la possibile presenza di diritti sul medesimo bene attraverso i diversi diritti reali, dall'altro), l'obbligazione si è sviluppata come figura unitaria ed esclusiva: «*the vinculum iuris between two persons was the formal "mother" of all actions in personam (obligatio mater actionis) (...). This idea of a legal relation is still fundamental in civilian legal thinking and all of the civil codes are structured around the difference between real and personal rights*» (GEOFFREY).

Nella tradizione europeo-continentale, l'obbligazione si presenta, dunque, come una specifica forma di relazione personale, dotata di caratteri costanti e indipendenti dalla sua particolare fonte; possiamo dire che il diritto romano sia arrivato a concepire l'unitarietà dell'obbligazione, senza invece elaborare nozioni unitarie delle fonti delle obbligazioni, ciascuna distinta in tante specie sostanzialmente eterogenee (i contratti, anziché il contratto; i delitti, anziché una figura generale quale quella oggi codificata nell'art. 2043 c.c.; forse solo a livello quasi contrattuale si sviluppò l'idea unificante dell'arricchimento senza causa ottenuto a spese altrui).

Il diritto intermedio ha mantenuto l'unitarietà dell'obbligazione e ha organizzato, accanto ad essa, un sistema delle fonti maggiormente coordinato, con l'identificazione del consenso come base del contratto e della colpa come base della responsabilità civile (affiancandole, però, la responsabilità associata al fatto di persone o cose poste sotto il controllo di un soggetto).

Nel dibattito scientifico, si è dubitato dell'opportunità di una disciplina dell'obbligazione astratta dalla fonte da cui il vincolo promana; in questa prospettiva, la fonte costituirebbe un elemento essenziale anche per comprendere il rapporto: poco, cioè, vi sarebbe in comune tra l'obbligazione pecuniaria nascente dalla compravendita e quelle originanti da un illecito civile o da un quasi contratto.

Per quanto sia vero che la fonte abbia un'importanza tutt'altro che trascurabile, si giustifica appieno, invece, lo studio separato dell'obbligazione: essa costituisce un'invenzione

fondamentale che dobbiamo, storicamente, alla civiltà romana e che si caratterizza per elementi costanti, che prescindono dalla sua fonte; possiamo dire che il concetto di obbligazione (e la teoria generale dell'obbligazione) si sostanzia di ciò che rimane, dopo aver tolto rilevanza a ciò che è dominato dalla specifica fonte del rapporto (GAMBINO). Merita osservare, in questo senso, come la recente riforma del Code civil abbia confermato l'esistenza di uno statuto generale dell'obbligazione, facendone oggetto di una disciplina articolata e coerente, raccolta nel Titolo IV (dedicato al *régime général des obligations*) del Libro III (v. § 1.7.9).

Il concetto di obbligazione identifica una relazione specificamente caratterizzata, indipendente dalla fonte da cui promana: ciò non significa, come abbiamo notato, che la fonte non influenzi il rapporto; significa, piuttosto, che il rapporto è dotato di uno statuto proprio, costante e autonomo dalla fonte¹⁰. Si può così notare come la costruzione del concetto di obbligazione sia tanto meno giustificata, quanto più la fonte sia determinante nel conformarne la disciplina (GAMBINO); però, lo studio della materia convince dell'esistenza di un insieme significativo di regole che prescindono dalla fonte.

La disciplina generale dell'obbligazione si presta alla costruzione di una teoria generale dell'obbligazione: si tratta di un compito di cui deve farsi carico la dottrina e che richiede il coordinamento di una pluralità di indicazioni normative che non sempre appaiono coerenti e armoniche tra loro. Si pensi, al riguardo, a come la disciplina dell'adempimento del terzo e quella del pagamento al creditore apparente sembrino proporre due visioni opposte, l'una incentrata sulla soddisfazione dell'interesse del creditore, l'altra concentrata sull'erogazione, da parte del debitore, di uno sforzo di diligenza, potenzialmente liberatorio, nonostante l'insoddisfazione finale del creditore. Oppure a come l'art. 1176 e l'art. 1218 c.c. sembrino proporre due idee sostanzialmente diverse del fondamento della responsabilità debitoria (sul punto, v. § 8.2). Una teoria dell'obbligazione deve conciliare queste diverse indicazioni entro un disegno sistematico complessivo.

In dottrina, oggi, si osserva come l'obbligazione stia progressivamente perdendo la propria importanza e la propria centralità, a favore della delineazione di discipline specifiche di settore, che deviano, sotto molteplici aspetti, dalla disciplina degli artt. 1173 ss. c.c. (GAMBINO). Il rilievo non convince: come si è già notato, il legislatore introduce, ad esempio nella regolamentazione dei contratti tipici, molte regole che si caratterizzano come deviazioni dalla disciplina generale, in particolare dal punto di vista della responsabilità contrattuale; ciò, però, non impedisce affatto di edificare una teoria generale dell'obbligazione. Oggi, semplicemente, si assiste al fenomeno per cui il legislatore, maggiormente attratto dai fenomeni economici, piuttosto che dai tipi contrattuali, introduce regole "transtipiche", ossia applicabili a gruppi di contratti, caratterizzati per elementi diversi dalla causa-funzione (si pensi alla disciplina dei contratti del consumatore, a quella dei contratti bancari o finanziari). Ma questi interventi non sembrano contraddire la categoria dell'obbligazione, né escludere l'esistenza di un suo statuto generale.

¹⁰ Benché lo studio dell'obbligazione sia indissociabile da quello delle sue fonti, è però vero che esistono una serie di principi e regole comuni a tutte le obbligazioni, indipendentemente da quale ne sia la fonte: BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE.

1.2.2.2. La funzione economico-giuridica dell'obbligazione

L'obbligazione è uno strumento tecnico idoneo a servire più funzioni:

a) da un lato, è strumento di cooperazione tra i consociati: essa fa sì che il soggetto A possa confidare che il soggetto B adotti un determinato comportamento a suo favore, consentendogli di organizzare la propria attività economica facendovi affidamento;

b) al contempo, essa ha mostrato la propria centralità nel risolvere un problema diverso, ossia quello della ricostituzione di un assetto di interessi turbato dal fatto di un consociato: è questa la funzione propria dell'obbligazione risarcitoria conseguente alla commissione di un illecito, di quella avente ad oggetto il pagamento di indennizzi talora previsti dal legislatore, pur senza che si tratti di fattispecie di responsabilità (si pensi al danno causato in stato di necessità: *«quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice»* – art. 2045 c.c. –) e, ancora, delle obbligazioni quasi contrattuali (ripetizione di indebito e arricchimento senza causa).

Nel caso a), diremo che l'obbligazione ha una funzione dinamica, di mutamento del reale; in quello b), essa ha una funzione statica, di preservazione del reale.

In dottrina si è correttamente affermato che *«introdurre la nozione di obbligazione in un sistema giuridico significa (...) [conferire] al diritto privato un respiro prima inimmaginabile: si tratta di un'invenzione del tipo dell'introduzione (...) della prospettiva nel disegno bidimensionale (...)»* (CANNATA, 2, p. 416). Un ordinamento sociale ed economico potrebbe ordinarsi giuridicamente anche solamente con un sistema di appartenenze (diritti reali) e di punizioni (assoggettamento a sanzioni con possibilità eventuale di riscatto); ma un tale ordinamento sarebbe condannato a vivere, sul piano giuridico, un presente perpetuo, destinato a trasformarsi solo nell'attualità e non a programinarsi per il futuro; si pensi, per comprendere il concetto, al trasferimento della proprietà che, in diritto romano antico, nella *mancipatio*, si compiva attraverso l'affermazione dell'acquirente secondo cui: *«hunc ego fundum ex iure Quiritium meum esse aio»*; dunque, un'operazione integralmente riferita al presente; invece, *«nell'obbligazione il pagamento è visto come la soddisfazione di un interesse del creditore, cioè come un evento atto a realizzare un beneficio futuro pianificato a favore di un soggetto il quale viene così ad averne diritto (...)»*. Il diritto romano acquistò ali con l'introduzione della nozione di obbligazione» (CANNATA, 2). Per l'obbligazione in diritto romano, v. anche il § 1.7.6.

È importante notare che l'ampiezza dell'area dei casi in cui l'obbligazione serve a ricostituire lo *status quo ante* e, quindi, un assetto distributivo dato, dipende anche dall'operatività di altri principi: così, in un sistema causale come quello italiano, l'alienazione di un bene in forza di un contratto nullo consente al venditore di recuperare il bene venduto invocando il suo diritto di proprietà, che, in ragione della nullità del titolo, non può considerarsi venuto meno; diversamente, in Germania, ove la proprietà passa per effetto di un atto di trasferimento astratto ulteriore rispetto alla stipulazione di un contratto obbligatorio, la nullità del contratto di compravendita non è in grado di elidere il passaggio di proprietà (attuato con l'atto astratto di trasferimento): ne deriva che l'alienante potrà recuperare il bene solamente facendo valere un'obbligazione restitutoria gravante sull'acquirente.

Come si è detto, nel suo aspetto dinamico, l'obbligazione è strumento di cooperazione tra gli individui; essa, però, costituisce una limitazione della libertà della quale gode qualsiasi consociato: ciò giustifica la regola della sua necessaria transitorietà o temporaneità; se il vincolo è di durata e non è stabilito un termine finale, ad esso si accompagna (implicito e necessario) un potere di recesso dal rapporto. La temporaneità caratterizza le obbligazioni in opposizione al diritto di proprietà, che è perpetuo (così come lo sono alcuni altri diritti reali).

La temporaneità è necessaria non solo in ragione della protezione della libertà degli individui, ma anche dell'interesse alla libera circolazione dei beni; così, un vincolo di inalienabilità non può essere perpetuo, ancorché sia di natura obbligatoria e, quindi, come tale intrinsecamente inopponibile ai terzi.

Se la perpetuità contraddice la destinazione dell'obbligazione a risolversi nell'adempimento, si nota, oggi, anche un fenomeno nuovo, compatibile con la stabilità dell'obbligazione nel tempo, con esclusione dell'adempimento come vicenda necessaria.

A tutti è noto che gli Stati ottengono prestiti dai cittadini attraverso l'emissione di titoli di debito, che rappresentano null'altro che obbligazioni restitutorie di operazioni di mutuo (e lo stesso avviene, per le società commerciali, con l'emissione di obbligazioni); altrettanto noto è che il bisogno di denaro degli Stati permane sostanzialmente stabile (o, più frequentemente, si aggrava nel corso del tempo), con la conseguenza che il rimborso del prestito, alla scadenza, avviene con mezzi finanziari rivenienti dall'ottenimento di ulteriori prestiti. In tal modo, in senso economico, vediamo la stabilità di un rapporto di debito che si estingue e rinasce a scadenze periodiche.

È in questo quadro che si è pensato di semplificare l'operazione, dando vita a titoli perpetui, in cui quella medesima operazione che si è appena descritta viene sostituita da un'unica operazione destinata a permanere, in cui la sola prestazione effettivamente resa dal mutuatario è costituita dal pagamento periodico degli interessi promessi.

Nasce, in tal modo, un'obbligazione perpetua, andando quindi a minare uno dei capisaldi del diritto delle obbligazioni.

Ex latere creditoris, la perpetuità rappresenta un problema relativo, data l'esistenza di un mercato secondario su cui i titoli possono essere venduti, così riuscendosi a monetizzare il prestito effettuato, ossia a recuperare quanto prestato (ovviamente, con l'alea propria dell'andamento economico dei titoli sul mercato secondario).

Il Codice civile prevede un caso di perpetuità dell'obbligazione nella rendita perpetua (contratto con cui, ex art. 1861 c.c., una parte conferisce all'altra il diritto di esigere in perpetuo la prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di cose fungibili, quale corrispettivo dell'alienazione di un immobile o della cessione di un capitale). La perpetuità è, in questo caso, temperata dalla previsione, nell'art. 1865 c.c., della possibilità di riscattare la rendita, a volontà del debitore, nonostante qualunque convenzione contraria.

1.2.2.3. L'obbligazione come strumento puramente tecnico

L'obbligazione è figura che, elaborata entro il diritto romano, ha attraversato i secoli giungendo sino a noi: dunque, essa è sopravvissuta a qualsiasi tipo di ordinamento e di ideologia. Ciò può far pensare ad una sua sostanziale neutralità rispetto ai valori, ad una sua valenza puramente tecnica. Parzialmente è così, ancorché non si debba dimenticare che essa può essere improntata a valori differenti, in grado di influenzarne (almeno in parte) la disciplina. In questo senso, si è visto come il codice di commercio contenesse tre regole operative (poi transitate nel Codice civile) univocamente orientate a tutela degli interessi del

creditore. In passato, si sosteneva, per le obbligazioni civili, la vigenza di un principio di *favor debitoris*, applicabile per sciogliere eventuali incertezze interpretative¹¹.

Dunque, non possiamo ritenere che l'obbligazione non sia utilizzabile per veicolare valori, ancorché sia vero che quelli espressi dall'obbligazione in sé non possano essere identificati con formule generalizzanti (BRECCIA).

Proseguendo il discorso, può però dirsi che, nel contesto attuale, l'obbligazione si lascia influenzare dai principi espressi nella nostra Carta fondamentale (ossia nella Costituzione): indicativo di ciò è il fatto che, oggi, noi collochiamo le parti del rapporto su un piano di parità, rifiutando di riconoscere al creditore una supremazia che ponga la controparte in uno stato di sostanziale soggezione; di più, ancora, il principio di solidarietà sociale può essere invocato per arricchire lo stesso contenuto del rapporto in funzione della protezione degli interessi sostanziali delle parti. Da qui lo scrutinio cui è sottoposto il comportamento dello stesso creditore (si pensi alla tematica dell'abuso del diritto) e la crescente importanza che ha assunto il dovere di correttezza espresso dall'art. 1175 c.c. (v. § 3).

1.2.3. La categoria del dovere giuridico

1.2.3.1. Dovere etico e dovere giuridico

Il dovere promana (storicamente) da un sistema di valori accettato dalla comunità: la sua giuridicità è un elemento aggiuntivo (v. *infra*).

I membri di ogni gruppo sociale si conformano ai comportamenti ritenuti corretti e praticati al suo interno e, al contempo, percepiscono la devianza da essi come un fatto da disapprovare; si sviluppa, così, un sistema di valori condivisi. Nel momento in cui, però, storicamente, si è cominciato a interrogarsi su quali comportamenti fossero doverosi in senso etico (morale), non ci si è certo accontentati di questo dato empirico: si è formulato, così, il precetto etico del vivere secondo natura, ossia secondo ragione, la cui prima concretizzazione si trova nel riconoscere che il comportamento del singolo debba essere utile all'attuazione della propria e dell'altrui felicità (in arg., BETTI 2). Per Cicerone, il dovere (in greco, *kathékon*, tradotto in latino con *officium*) è quel comportamento del quale possa darsi una ragione lodevole; esso, peraltro, diviene rilevante anche per il diritto, nel momento in cui è utilizzato per valutare il corretto assolvimento di funzioni giuridiche, come quelle che si riscontrano nella tutela, nella curatela, nel mandato e nella *societas*.

Il dovere etico è stato poi elaborato come imperativo autonomo, di contro all'eteronomia di quello giuridico: "*handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde*" (agisci solo secondo quella massima che vorresti diventasse una legge universale; KANT); al contempo, il dovere etico deve essere osservato incondizionatamente e, quindi, senza la possibilità di giustificare la deviazione da esso con l'intollerabilità del sacrificio richiesto per rispettarlo ("*du kannst, denn du sollst*": siccome devi, puoi), il che ne marca ulteriormente la distanza dal dovere giuridico, soggetto tradizionalmente a una condizione di imputabilità, che presuppone l'ammissibilità e, quindi, l'esistenza di scusanti.

Se prometto, il mantenere è un dovere etico. E *pacta sunt servanda* è un principio del diritto naturale: il dovere etico si rivolge essenzialmente al promittente, mentre quello giuridico fonda un diritto in capo al controinteressato.

Il dovere etico diviene, però, anche dovere giuridico, nel momento in cui la comunità

¹¹ Oggi si esclude che il *favor debitoris* costituisca un principio generale dell'ordinamento (RESCIGNO, 3).

elabora un sistema di amministrazione della giustizia e collega alla violazione del dovere l'applicazione di una sanzione (di tipo giuridico).

L'obbligazione è una specie del "dovere giuridico": per tale possiamo intendere una posizione giuridica di necessità imposta nell'interesse altrui (BIANCA, 1)¹².

Come rileva GIORGIANNI (3, p. 583), il dovere è tale solo in quanto l'individuo conservi la scelta tra la sua osservanza e la sua violazione; in questo senso, si nota la differenza tra le leggi naturali (o fisiche) e quelle etiche, dato che solo le seconde sono trasgredibili. Così, la legge di gravità prescrive che due corpi si attraggano in modo direttamente proporzionale al prodotto delle loro masse e inversamente proporzionale alla loro distanza elevata al quadrato: ecco, allora, che il sasso lasciato libero cadrà inevitabilmente a terra. Il debitore di somma di denaro, prescrive la legge giuridica, deve presentarsi all'uscio del creditore nel giorno della scadenza: ma non poche volte si sperimenta che il creditore, aprendo la porta, non trovi alcuno pronto a pagarlo!

La contrapposizione tra leggi naturali ed etiche appartiene ad una fase già evoluta del pensiero: gli antichi filosofi greci (presocratici) non la conoscevano e pensavano che leggi simili governassero sia i fatti naturali che i comportamenti umani; in questo senso, Eraclito riteneva che Helios (il sole) percorresse ogni giorno il suo tratto, vigilato dalle Erinni, ministre di Dike, pronte a punirne ogni violazione. È con Aristotele che gli eventi naturali sono stati affidati a spiegazioni rigorosamente causaliste.

Il potere della comunità non si manifesta solamente nell'applicare una sanzione al dovere preesistente, ma si esercita anche nella creazione di doveri ulteriori, che possiamo chiamare arbitrari (o originari del sistema giuridico).

Ulteriormente, vediamo come la comminatoria di una sanzione non sia stabilita per la violazione di ogni dovere: non ne sono provvisti tanto doveri etici, quanto doveri giuridici (si pensi al dovere del figlio di rispettare i genitori: art. 315 *bis*, co. 4, c.c., per il quale non è prevista alcuna sanzione).

Il dovere etico, quindi, non è l'obbligazione giuridica; questa se ne distingue per due aspetti:

a) in essa, il dovere deriva da una fonte riconosciuta dall'ordinamento (art. 1173 c.c.); poiché il diritto non riconosce la buona educazione come una fonte di obbligazioni, ecco che il maleducato che non saluta non realizza l'inadempimento di un'obbligazione; il discorso può essere allargato alle fonti del diritto, che promanano dall'autorità o, solo in un caso, quello della consuetudine, dall'uso sociale, che però richiede la *opinio iuris ac necessitatis*, ossia la convinzione diffusa che il comportamento socialmente osservato sia dovuto non solo per la necessità/opportunità di conformarsi all'uso, ma anche per la persuasione che, in difetto, siano apprestate sanzioni per il trasgressore;

b) inoltre, la violazione dell'obbligazione è sanzionata dall'ordinamento giuridico; lo si è visto nella nozione di obbligazione, ove si è posta in luce, accanto alla doverosità del comportamento, la correlativa pretesa dell'adempimento che fa capo al creditore. Anche a

¹² Il dovere, peraltro, è una posizione giuridica che si esaurisce nella considerazione del soggetto gravato, senza necessità che sia identificato un soggetto attivo in senso proprio: si pensi all'art. 4 Cost., secondo cui «ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società». Accanto a questi doveri privi di un soggetto attivo, vi sono quelli in cui il soggetto attivo è presente; esso, però, può atteggiarsi in modi molto diversi, come si osserva anche nel testo. In arg., RESCIGNO, 3.

questo riguardo, può rilevarsi come la consuetudine, fondando un comportamento dovuto in conseguenza dell'uso e dell'opinione della sua giuridicità, finisce per rendere dovuto il comportamento in questione, con la conseguenza che la devianza sarà sanzionata dall'ordinamento.

Come si è sopra notato, il dovere giuridico si caratterizza per la presenza di una sanzione giuridica: il *genus*, dunque, è identificato per il tipo di sanzione, non per il tipo di dovere che può avere origine etica o normativa; si osservi, al riguardo, come l'etica costituisca un corpo di regole cui il diritto positivo continua a fare rinvio: è sufficiente ricordare la figura del buon costume; la dimensione di tale riferimento dipende, ovviamente, dal modo in cui lo si interpreta: se tradizionalmente si è preferito un significato restrittivo (limitato per lo più all'ambito sessuale), le potenzialità della formula, esplorate in epoca recente, sono decisamente più ampie.

Si consideri, poi, la figura dell'ordine pubblico, anch'essa costituente rinvio a valori più che semplicemente normativi: essi coincidono con le basi fondative e caratterizzanti il tipo di società/civiltà (dal che si ricava la contrarietà all'ordine pubblico, ad es., della bigamia, dei vincoli schiavistici o paraschiavistici, del mercimonio dei diritti politici, etc.).

Con le categorie dell'ordine pubblico e del buon costume, l'ordinamento effettua, dunque, un richiamo di regole etiche, associandovi una sanzione giuridica (rappresentata, in via principale, dall'invalidità del contratto che vi contraddica).

I valori etici, inoltre, sono talora dominanti rispetto allo stesso sistema positivo: si pensi ai diritti della personalità, le cui esigenze di tutela sono considerate prevalenti rispetto a qualsiasi intervento normativo (e, d'altra parte, la stessa Costituzione – all'art. 2 – proclama il “riconoscimento” dei diritti inviolabili dell'uomo, quali valori precedenti e prevalenti rispetto allo stesso ordinamento giuridico).

1.2.3.2. La sanzione come elemento caratterizzante la giuridicità

Senza sanzione, il dovere non ha quasi rilevanza giuridica; da segnalare, al riguardo, che i doveri morali e sociali, che in sé non sono azionabili giuridicamente, hanno valore giuridico per il fatto di giustificare la *soluti retentio* (art. 2034 c.c.) (v. § 1.6.3).

In cosa consiste la sanzione che l'ordinamento deve prevedere per la violazione dell'obbligazione? Come abbiamo già sopra rilevato, il fatto che il creditore possa pretendere l'adempimento, non significa necessariamente che l'ordinamento metta a sua disposizione strumenti idonei a procurarlo; significa piuttosto che la delusione di tale pretesa genererà conseguenze negative per il debitore.

Il rimedio generale contro la violazione del dovere è rappresentato dal risarcimento del danno: esso non tende a far conseguire specificamente quanto dovuto, ma a neutralizzare le conseguenze della violazione posta in essere dal debitore inadempiente.

Vi sono, però, situazioni in cui il creditore riesce ad ottenere, con l'aiuto dell'ordinamento, non una prestazione diversa (risarcitoria) rispetto a quella mancata, ma una prestazione pienamente adeguata a soddisfare il bisogno sotteso al credito; così, il locatore che coattivamente ottiene la liberazione dell'appartamento locato, non consegue un risultato diverso da quello oggetto del suo credito (come diverso è il risarcimento del danno), ma

ottiene una prestazione che, pur non provenendo dal suo debitore, è pienamente idonea a soddisfare il suo bisogno (ossia l'interesse sotteso al credito).

Ricaviamo, allora, che il qualificare una situazione giuridica in termini di obbligazione ci fornisce immediatamente un'informazione sull'esistenza di una tutela per il caso di violazione del comportamento dovuto: non ci indica, però, con sicurezza, quale essa sia, potendosi dare molteplici forme di rimedio (alternative o concorrenti). Il tema verrà approfondito nel § 8.

1.2.3.3. Il problema dell'individuazione della sanzione applicabile: regole di validità e di responsabilità

Accade spesso che il legislatore stabilisca la doverosità di un comportamento destinato a interferire con la possibile conclusione di un contratto. Se, per regola generale, la violazione del dovere è sanzionata con una responsabilità, si pone, in questi casi, il problema di stabilire se possa invece applicarsi una regola di invalidità dell'atto posto in essere con la violazione del dovere.

Consideriamo, ad esempio, la correttezza nella fase delle trattative contrattuali (art. 1337 c.c.): la sua violazione genera responsabilità (precontrattuale). Tuttavia, è chiaro che il raggio usato da una parte per indurre l'altra a concludere un contratto costituisce anch'esso, senz'altro, una violazione della buona fede, ma determina (anche) l'invalidità del contratto.

Un altro esempio è rappresentato dalla violazione del divieto di acquisto stabilito dall'art. 1471 c.c.: se un pubblico ufficiale compra un bene che è venduto per il suo ministero, la vendita è nulla, secondo quanto indica il co. 2 dello stesso art. 1471. Ne deriva che il comportamento in questione non genera responsabilità, ma viene neutralizzato dall'ordinamento negandogli effetto (GIORGIANNI, 3, p. 584 qualifica questa posizione giuridica come "divieto"). Si tratta di una situazione ben diversa da quella di chi, impegnatosi pattiziamente a rifornirsi da un determinato produttore, acquisti beni anche da un suo concorrente: qui abbiamo un ordinario inadempimento fonte di responsabilità, che non incide in alcun modo sulla validità dell'acquisto.

La distinzione tra i casi in cui la violazione determina responsabilità e quelli in cui impedisce la produzione di effetti giuridici non è facile da tracciare: supponiamo che una norma stabilisca a carico di una parte un dovere di informazione nei confronti dell'altra, in funzione di una possibile relazione contrattuale. Cosa accade ove sia violata?

L'art. 21 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) prevede che «*nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività*». Il Regolamento Consob n. 20307/2018 di attuazione del TUF contiene in dettaglio la disciplina applicabile agli intermediari.

Da queste norme, si ricava che l'intermediario finanziario è tenuto a doveri di informazione nei confronti dell'investitore, il quale può essere parte di una trattativa per l'acquisto di strumenti finanziari oppure parte di un contratto quadro già concluso, nel cui ambito sa-