

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE:
LINEE GENERALI

SOMMARIO: 1. Un duplice tramonto. – 2. *Segue*: Un debito a responsabilità decentrata. – 3. *Segue*: L'obbligazione una e bina: debito e responsabilità. – 4. Dalla responsabilità patrimoniale al concorso. Il binomio sovraindebitamento/esdebitazione. – 5. L'autotutela esecutiva. – 6. *Segue*: Incunaboli codicistici. – 7. *Segue*: Propaggini e sviluppi extracodicistici. – 8. La *par condicio creditorum*. – 9. Il divieto del patto commissorio. – 10. Le limitazioni della responsabilità patrimoniale.

1. *Un duplice tramonto*

Un esame della responsabilità patrimoniale (d'ora in poi: r.p.) che ambisca, oggi, ad andare appena un po' oltre una ordinata ricognizione dello stato dell'arte, non può non registrare un appassimento (o, appunto, un tramonto) del nostro istituto: e ciò sia sotto il profilo teorico, sia sotto il profilo pratico-applicativo. Dal punto di vista teorico, perché, alla fine, dopo un dibattito ferrosissimo, protrattosi fino all'entrata in vigore del codice del '42, è prevalsa l'idea che l'essenza dell'obbligazione risieda nella cooperazione, ovvero nella condotta dovuta dal debitore e nella prestazione attesa dal creditore. Dal punto di vista pratico-applicativo, perché la r.p. è stata interessata da fenomeni erosivi di vario tipo (penso, fondamentalmente, alla generalizzazione del binomio "sovraindebitamento-esdebitazione", al diffondersi di strumenti negoziali ispirati all'esigenza di allestire forme di autotutela esecutiva e, infine, al fenomeno dei patrimoni separati) che ne hanno depresso l'operatività. Qui, di seguito, mi occuperò del primo aspetto, per poi passare in rassegna il secondo.

2. *Segue: Un debito a responsabilità decentrata*

Come ho già accennato, la tesi oggi largamente dominante rinviene il *pro-*

prium dell'obbligazione nella prestazione in senso soggettivo – cioè nell'utilità attesa dal creditore in quanto procuratagli dal debitore ossequioso al dovere impostogli dalla legge attraverso la mediazione di una delle fattispecie indicate dall'art. 1173 c.c.¹. Da qui il decentramento della r.p. la quale, posta all'esterno del rapporto obbligatorio, sarebbe chiamata a svolgere un compito puramente ancillare per il caso in cui il debitore non adempia. In altri termini, la r.p. rappresenterebbe la sanzione prevista dall'ordinamento giuridico quale conseguenza della inosservanza dell'obbligo gravante sul debitore: e, in quanto sanzione, come tutte le sanzioni, le sarebbe precluso l'attingimento delle *rationes* che alimentano l'istituzione della norma primaria.

Ora, questo modo di ragionare è viziato, a mio avviso, da un uso gravemente erroneo dell'idea di sanzione che, nel caso di specie, come anche nel caso della responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c., è richiamata in modo improprio². Al riguardo sarebbe sufficiente considerare che attraverso la

¹V., a titolo puramente esemplificativo, P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 142 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 17 ss.; P. GALLO, *L'obbligazione*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Torino, 2019, 2. In definitiva, quindi, ciò che l'obbligazione è si ricaverebbe, con un piccolo aggiustamento, dalla trama dell'art. 1174 c.c. Da ultimo, C. CASTRONOVO, *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *La responsabilità patrimoniale "sostenibile"*, a cura di A. Albanese-M. Franzoni-E. Gabrielli-G. Grisi-L. Nivarra, Torino, 2023, 375 ss.; G. GRISI, *La categoria dell'obbligazione*, in questo *Trattato*, IV, I, *Le obbligazioni*, Torino, 2024, 113 ss. Diversa la posizione di L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, ora in *Scritti*, II, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi, Milano, 2011, 53 ss., a cui si deve la messa a fuoco della distinzione tra «contenuto dell'obbligo e oggetto (o contenuto) del diritto: il primo è costituito dal comportamento dovuto, il secondo dalla soddisfazione dell'interesse tutelato, pensata come risultato da realizzare (futuro)» (*ivi*, 84). Da qui il ripudio dell'idea di una «identità simmetrica del contenuto dell'obbligo con l'oggetto del diritto, un riprodursi dell'intera materia dell'obbligazione da ciascun lato del rapporto, quasi che il diritto di credito non fosse altro che il rovescio dell'obbligo, l'obbligo, per così dire, capovolto» (*ivi*, 85). L'emancipazione del risultato dovuto (nel senso, come chiarisce Mengoni, di «dover ricevere») dal comportamento dovuto e la connessa rottura della perfetta simmetria di diritto ed obbligo si traduce in un ridimensionamento del ruolo della prestazione soggettivamente intesa: e, guadagno teorico a mio avviso ancora più significativo, consente di vedere come la doverosità immanente al rapporto obbligatorio non sia esaurita dalla doverosità della condotta del debitore. Un *surplus* di doverosità, cioè di normatività, che si lascia cogliere (ma questa è una mia aggiunta al pensiero di Mengoni) nell'attitudine del diritto di credito/titolo giuridico ad autorealizzarsi, ora rendendo irretrattabile l'arricchimento conseguito dal creditore, ora autorizzando quest'ultimo ad appropriarsi, per il tramite del processo, o altrimenti (*v. infra*, in questo capitolo, §§ 5, 6 e 7), di quanto *doveva ricevere*.

²Il paradigma "sanzionatorio" (il quale va di pari passo con l'idea che la r.p. si collochi al di fuori del rapporto obbligatorio: quest'ultimo, in definitiva, individuerrebbe la norma primaria, la r.p. la norma secondaria) trova la sua formulazione più compiuta o, in ogni caso, destinata, poi, ad assurgere alla dignità di canone in M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, 160 ss. (ma si rammenti che il libro vide la luce nel 1951). Ambiguamente anticipato da

“sanzione” viene assicurata al creditore la medesima utilità già riservatagli con l’attribuzione del diritto soggettivo (r.p.); ovvero, viene restaurata l’integrità del suo patrimonio compromessa dall’inadempimento (c.d. responsabilità contrattuale)³. In entrambe le ipotesi, dunque, si registra un allinea-

R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, 5 ss. (sulle oscillazioni del pensiero di Nicolò rinvio a L. NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, in *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, a cura di G. PASSAGNOLI-F. ADDIS-G. CAPALDO-A. RIZZI-S. ORLANDO, in *www.personaemercato.it*, 2743 ss.; ma al riguardo v. già, efficacemente, G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell’azione surrogatoria*, Milano, 1976, 67 ss., cui si deve anche una parimenti incisiva critica dell’idea di sanzione), il paradigma dilaga fino a diventare *communis opinio*: oltre agli AA. richiamati alla nt. precedente v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 15 ss.; C.M. BIANCA, *L’obbligazione*, Milano, 1994, 407; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, XIX, 1997, 370; ID., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1043; C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 3; F. MACARIO, *Le garanzie patrimoniali*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, Milano, 2009, 169; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2011, 2 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, 3; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, 2017, 7, 39, 42. Da ultimo, G. D’AMICO, *La responsabilità patrimoniale tra tutela e solutio*, in *La responsabilità patrimoniale “sostenibile”*, cit., 59 ss. Una posizione intermedia abbracciano A. DI MAJO, *Dominio e relazione nell’obbligazione*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 193 ss. (e già in ID., *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 41 ss.) e GRISI, *La categoria dell’obbligazione*, cit., 162-163. Qualche oscillazione si rinviene nel pensiero di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura*, Milano, 65 ss., per il quale al dovere di prestare si accompagna l’aspettativa di prestazione, e alla responsabilità una correlativa aspettativa di soddisfazione. Si tratta, a mio avviso, di una visione statica e atomistica dell’obbligazione, la quale, non a caso, recupera, con riguardo alla responsabilità patrimoniale l’idea di sanzione, sia pure differenziandola da quella veicolata dall’art. 1218 c.c. Secondo Corte cost. n. 329/1992, la r.p. individua un elemento essenziale del rapporto obbligatorio. Per un efficace riepilogo del dibattito sull’obbligazione, a partire dal saggio di Brinz (v. nt. 12), v. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 28 ss. (dove anche una puntuale ricostruzione storica dell’istituto), 76 ss.; V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020, 36 ss.

³ Alcune precisazioni. In primo luogo, come meglio si vedrà in seguito, la r.p. non è affatto, a differenza di quanto afferma, sia pure in modo obliquo, GIORGIANNI (*L’obbligazione*, cit., 160) il mezzo di attuazione del vincolo obbligatorio in difetto dell’adempimento. Il mezzo di attuazione è rappresentato dall’esecuzione forzata e il compito della r.p. è quello di individuare i beni verso i quali il creditore indirizzerà il potere di espropriare di cui all’art. 2910 c.c.: esigenza, questa, che si pone, ineludibile, allorché l’utilità assegnata al titolare del diritto consista in una somma di denaro. Quindi, non è esatto dire che l’esecuzione forzata (segnatamente: l’esecuzione per espropriazione) sia funzione della r.p., perché è vero il contrario e cioè che la r.p. è strumentale all’esecuzione forzata, cioè al diritto di credito. In secondo luogo, per quanto attiene alla c.d. responsabilità contrattuale – invero, stando alla rubrica dell’art. 1218 c.c., «responsabilità del debitore» – bisognerebbe distinguere tra lo “pseudorisarcimento” (altrimenti detto “risarcimento sostitutivo”) dell’art. 1218 c.c. e il risarcimento “verace” dell’art. 1223 c.c. Il primo risarcimento è, in realtà, l’equivalente pecu-

mento perfetto tra lo stato di cose anteriore all'inadempimento e quello successivo ad esso: ciò che, appunto, destituisce di senso il riferimento alla sanzione. Infatti, a meno di non volerne abbracciare un significato tanto ampio da risultare evanescente, di sanzione in senso proprio si potrà parlare solo quando l'ordinamento sottragga al trasgressore un bene diverso da quello che individua l'oggetto della tutela istituita dalla norma primaria. La sanzione, in altri termini, è costitutivamente asimmetrica rispetto a quest'ultima: il divieto di uccidere protegge il valore della vita umana, la sua inosservanza implica misure che vanno dalla pena capitale, all'ergastolo, ad una lunga detenzione, alla sacertà dell'omicida⁴.

nario della prestazione divenuta impossibile per causa imputabile al debitore: quindi, appunto, non è un risarcimento (L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, in *www-teoriaestoriadeldirittoprivato.it*, 2019, 84, nt. 88). La correlativa regola inibisce l'estinzione dell'obbligazione sostituendo all'oggetto originario la somma di denaro che ne traduce il valore economico. Parlare di "sanzione", in questo caso, mi sembra ancora più avventuroso che non parlarne con riguardo alla r.p. (e ciò perché la regola di conversione dell'oggetto anticipa la regola di individuazione dei beni espropriabili, pur essendo entrambe regole di diritto sostanziale, ammesso che questo significhi qualcosa di ... sostanziale). Quanto, poi, al risarcimento verace di cui all'art. 1223 c.c., si tratta dell'ordinaria modalità di ripristino dell'integrità di un patrimonio, integrità compromessa da un avvicinamento di due sfere giuridiche programmato (ciò che spiega lo stralcio del requisito dell'ingiustizia) ma infedele nel suo decorso. Insomma, in tutti i casi, si tratta di tecniche di ritorno allo *status quo ante*, inassimilabili per definizione (lo chiarirò meglio nel prosieguo del discorso) all'idea di sanzione. Ancora da ultimo, autorevole dottrina (DI MAJO, *Dominio e relazione*, cit., 209 ss.), affida alla circostanza per cui la r.p. dipenderebbe dalla responsabilità del debitore (*ex artt. 1218 e 1223 c.c.*) il compito di corroborare la tesi della "relazionalità" dell'obbligazione. A prescindere dalla questione apicale – "appartenenza" vs. "relazione" – mi limiterei ad osservare, anzi, a ribadire, che qui il giudizio di responsabilità si esaurisce nell'accertamento: a) della ascrivibilità al debitore dell'impossibilità sopravvenuta che, sola, può scongiurare l'effetto estintivo di cui all'art. 1256 c.c.; b) della sussistenza, secondo quanto disposto dall'art. 1223 c.c., di un danno/conseguenza del quale, dunque, possa predicarsi la risarcibilità. In entrambi i casi, tuttavia, anche quando entri in gioco una valutazione della condotta del debitore (mi riferisco all'imputabilità dell'art. 1218 c.c. su cui v. ora, esaurientemente, G. D'AMICO, *L'inadempimento in generale*, in questo *Trattato*, IV, II, *Le obbligazioni*, Torino, 2024, 3 ss.), il c.d. giudizio di responsabilità è solo un riflesso dell'esigenza di prendere sul serio lo stato di cose sancito dal titolo attributivo del diritto: esigenza temperata da una graduazione dello sforzo debitorio (dall'impossibilità pura e semplice alla inesigibilità) la quale pure dà voce all'equilibrio, nel senso di una razionale distribuzione di costi e benefici, insito in quello stato di cose. Ad avviso di O.T. SCOZZAFAVA, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Per i cento anni della nascita di Renato Scognamiglio*, Napoli, 2022, 973 ss., la "sanzione" si confarebbe all'art. 1218 c.c., ma non anche all'art. 2740 c.c.

⁴Dice bene G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Milano-Napoli-Palermo-Roma, 1913, 116: «una solida base delle argomentazioni nostre sta nell'osservare che l'inadempimento di obbligazione, generalmente parlando, non è colpito da *pena*. La *sanzione* [...] a cui si riferisce la dottrina comune, non sarebbe una *sanzione penale*, non avrebbe carattere di pena, perché la pena contiene sempre *qualcosa di più* che la semplice restaurazione

Ciò dovrebbe essere sufficiente a spiegare la ragione per la quale, nel diritto privato moderno, parlare di sanzione risulta inappropriato o, quantomeno, risulta inappropriato con riguardo alle conseguenze dell'inadempimento⁵. Infatti, posto che il debitore sia tenuto a consegnare una somma di denaro, non si vede in che cosa consista la sanzione ove mai essa arrivi al creditore per il tramite della distribuzione del ricavato della vendita forzata (r.p.); posto che il debitore sia tenuto ad eseguire una certa prestazione e quest'ultima sia divenuta impossibile per una causa a lui imputabile, non si vede in cosa consista la sanzione se in luogo della prestazione originaria subentra il suo equivalente monetario (responsabilità del debitore e conseguente risarcimento *sostitutivo* o *pseudorisarcimento*); posto che l'inadempimento abbia comportato per il creditore una perdita patrimoniale sotto la duplice specie del danno emergente e del lucro cessante, non si vede in cosa consista la sanzione se il debitore viene gravato dell'obbligo di compensare quella perdita (risarcimento del danno *verace*)⁶.

del diritto violato, mentre la funzione sostanziale del procedimento esecutivo sui beni consiste nel dare al creditore un'utilità corrispondente a quella che gli sarebbe venuta dall'esecuzione volontaria, e non contiene *niente di più*». La posizione di Brunetti è rimasta isolata nel panorama della dottrina italiana a causa dell'infelice tentativo, anche rispetto alle premesse teoriche del suo discorso, di declassare l'obbligo a onere (infelice perché se l'esecuzione forzata è solo una modalità alternativa all'adempimento, non è chiaro a quale effetto deteriore si sottrarrebbe il debitore cooperando). Purtroppo, come spesso capita, insieme con l'acqua sporca è stato buttato via il bambino: e questo spiega il riemergere e il prendere piega dell'idea (invero singolare) della r.p. e dell'esecuzione forzata come sanzioni (su cui v., criticamente, D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1956, 7 ss.). Esemplari, per chiarezza e consequenzialità logica, anche le riflessioni di R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito civile*, ora in *Scritti giuridici, I, Scritti di diritto civile*, Padova, 1996, spec. 301-302: «tale legame – beninteso quello tra la pretesa del creditore e il vincolo del debitore: L.N. – [...] non si risolve in uno specifico divieto di agire diversamente e dunque di non adempiere; tanto è vero che di fronte alla trasgressione del debitore, l'ordinamento, lungi dal disporre qualche sanzione a suo carico, si limita ad apprestare altri rimedi, affinché il creditore possa in via diretta (esecuzione in forma specifica) o succedanea (prestazione dell'equivalente pecuniario) soddisfare la sua pretesa».

⁵ Sul punto rinvio a quanto osservato in L. NIVARRA, voce *Risarcimento per equivalente*, in *Enc. dir., I Tematici, Responsabilità civile*, a cura di C. Scognamiglio, Milano, 2024, 1394 ss. V. anche G. PORTONERA, *Appunti sul presente e sul futuro del sistema sanzionatorio civilistico*, in *Jus*, 2023, 56 ss.

⁶ Dovrebbe pure rivestire un qualche significato il fatto che, tanto nella prospettiva dell'art. 1218 c.c. quanto in quella dell'art. 1223 c.c., al centro della scena è sempre assisa un'obbligazione: come se, ad es., violata la norma che vieta l'omicidio, la reazione dell'ordinamento consistesse nella riproposizione del divieto di uccidere. La cooperazione tramonta, molto semplicemente, quando, attraverso una serie di indicatori più o meno formalizzati, emerge la indisponibilità o la impossibilità del debitore a cooperare: a quel punto l'obbligazione come rapporto va in soffitta e dilaga l'obbligazione come titolo, cioè come potere di violare (sia pure attraverso la mediazione dello Stato) la sfera possessoria di chi si trattiene

Questo uso corrivo di sanzione si alimenta di un'idea alquanto anacronistica della giurisdizione, l'ingresso sulla scena della quale viene percepito come la rottura di un ordine da ripristinarsi attraverso la punizione dell'inosservante. Trattato così, il diritto civile si appiattisce sul diritto penale: ciò che presuppone una totale incomprensione del modo in cui il primo funziona nella modernità ed una sua regressione al paradigma romano-arcaico, caratterizzato, appunto, da una programmatica asimmetria di debito e responsabilità; nel senso che la prestazione originaria era in sé incoercibile, sicché, sotto questo profilo, l'*obligatio* era sempre *naturalis*, mentre il *reus* veniva condannato al pagamento di una somma di denaro che traduceva l'*aestimatio rei* ma rivestiva un chiaro significato sanzionatorio⁷. Ora, il diritto moderno si muove nella direzione esattamente opposta: non soltanto perché la coercibilità del vincolo (ossia, l'attingibilità dell'utile spettante al creditore *invito debitore* diviene la regola, ciò che, tra l'altro, ha come conseguenza il farsi strada ed il consolidarsi, anche in sede normativa, di una autonoma figura di obbligazione naturale), ma anche, e direi fondamentalmente, perché la stessa coercibilità del vincolo individua il semplice corollario di una più complessa manovra imperniata sull'accentramento in capo allo Stato della giuridicità, ovvero della immissione nel sistema sociale di regole alle quali inerisce un contenuto di senso basilare sempre eguale a se stesso e riducibile al monopolio statale della forza. Questo passaggio storico, ricco di molteplici implicazioni della più varia specie, comporta, in particolare, l'assoggettamento dell'autonomia privata alla regola eteronoma istituita dal sovrano, con la conseguenza che l'operazione posta in essere dai singoli diviene un fatto di cui accertare *ab extrinseco* la conformità ad un modello normativo in vista della somministrazione della risorsa più importante messa a disposizione delle transazioni di mercato, cioè la *validità*.

Orbene, il predicato di validità trasforma la transazione in una fattispecie (di volta in volta, a seconda dei casi, un contratto, un testamento, ecc.) idonea a garantire il raggiungimento dello scopo pratico – dell'utilità – che le parti si erano ripromesse di ottenere agendo *secundum ius*. Il medio tra la fattispecie e il risultato in termini di utilità è rappresentato dal titolo giuridico, ellissi dell'insieme delle prerogative accordate al suo detentore: preroga-

ciò che è (o spetta: ma si tratta di una differenza solo terminologica) del creditore. Tutte le interminabili discussioni su ciò che accade al diritto di credito una volta acclarata l'inconseguitabilità della prestazione per via di cooperazione (diritto d'azione nella fase di cognizione, diritto potestativo nella fase di esecuzione, diritto potestativo spettante al creditore, potere radicato in capo allo Stato) non tengono conto della circostanza che l'assegnazione del titolo, per le ragioni che poi indicherò nel testo, rende tutto quello che viene dopo un puro adattamento allo stato di fatto.

⁷ Al riguardo, anche per un'accurata ricostruzione del grande dibattito scientifico sviluppatosi sul punto, v. R. SANTORO, *Storia dell'obligatio*, I, Palermo, 2020, 49 ss.

tive che, a loro volta, assumono una forma diversa in dipendenza dei contesti nei quali il progetto attributivo è chiamato a compiersi. Così, ad es., trattandosi dell'obbligazione, una prima, fondamentale epifania del titolo dovrà scorgersi nella irretrattabilità della *solutio*⁸: ma allo stesso ordine di fenomeni appartengono la costituzione in mora del debitore, l'azione di adempimento, in forma specifica e per equivalente, passando per l'azione revocatoria, l'azione surrogatoria ecc. Si tratta di emanazioni morfologicamente adattate agli *shock* che l'assetto consacrato nel titolo può subire *in itinere* le quali, tuttavia, trovano nel titolo medesimo la loro fonte unitaria⁹.

In questa prospettiva, la responsabilità contrattuale e la r.p. individuano due regole, se si vuole, come già detto, di diritto sostanziale, la funzione delle quali è di traghettare il titolo verso le condizioni insorte a seguito dell'impossibilità sopravvenuta imputabile e dell'inadempimento. In altri termini, la prima regola, sostituendo alla prestazione originaria il suo equivalente pecuniario, rende possibile l'accesso alla tutela di condanna; la seconda regola, individuando i beni espropriabili, consente il passaggio alla tutela esecutiva. Tenuto conto del nesso molto intimo che lega validità e tutela giurisdizionale (la medesima cosa vista da due prospettive diverse, come documenta in modo chiaro l'art. 1372, co. 1, c.c.)¹⁰, la pretesa di stralciare l'una e l'altra regola dalla struttura dell'obbligazione, assegnando loro l'ambiguo statuto di sanzioni, non può essere condivisa.

⁸Punto intuito, anche se non sviluppato, da A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 14-15. Ancora SCOGNAMIGLIO, *Illecito civile*, cit., 301, dopo avere elencato alcune ipotesi di preteso illecito civile (inosservanza delle distanze legali, spoglio, turbative o molestie, pagamento dell'indebito ecc.) osserva che «in tutti questi casi – da tenere lontani dall'ambito proprio dell'illecito: L.N. – l'ordinamento si pone e risolve il problema di un conflitto di interessi tra privati, attribuendo al titolare di quello riconosciuto prevalente, e di conseguenza protetto dal diritto, i mezzi adeguati per la sua piena realizzazione. Il che significa che i diritti, poteri ecc. di cui si è fatto cenno, competono al soggetto per la tutela della sua posizione e si estendono fino a questo segno».

⁹Questo schema si applica tanto ai diritti assoluti quanto ai diritti relativi. Ciò non significa affatto che tra gli uni e gli altri non vi siano differenze imposte, in primo luogo, dalla eterogeneità degli interessi avuti presenti dal legislatore al momento della loro conformazione. Significa solo che gli uni e gli altri, nella misura in cui condividono l'essere titoli giuridici (nella forma del diritto soggettivo), si comportano allo stesso modo: circostanza, questa, che si manifesta con particolare chiarezza allorché lo spoglio e, rispettivamente, l'inadempimento (ovvero i due *shock* più gravi per l'una e per l'altra tipologia) li proiettano verso la tutela giurisdizionale.

¹⁰Sul punto rinvio a L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 2018, 5 ss. Ma v. già R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria. Parte generale*, Torino, 1955, 87 ss. e, più di recente, G. TERRANOVA, *La struttura delle situazioni soggettive*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 548 ss.

3. Segue: *L'obbligazione una e bina: debito e responsabilità*

Opinabile, ancora prima che sotto il profilo dommatico, sotto il profilo teorico-generale, la dottrina dello stralcio trova una spiegazione in sede di storia delle idee, essendo germinata per contrapposizione al binomio debito/responsabilità. L'idea che l'obbligazione sia una, ma anche bina, cioè sia la risultante del connubio di debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*) viene importata in Italia, dalla Germania, attraverso la mediazione di diversi autori, tra i quali si distingue Calogero Gangi, infaticabile cronista della saggistica tedesca fiorita a cavallo dei due secoli¹¹. Per quanto filologicamente tributario delle esperienze dei diritti germanici più antichi, il modello si colloca al punto di incrocio di due passaggi fondativi del diritto moderno: il primo rappresentato da un uso programmaticamente costruttivo del *römisches Recht* in funzione del *heutiges Recht*; il secondo riconducibile alla drastica affermazione del diritto di azione.

Quanto al primo aspetto¹², ho già accennato al fatto che nel diritto romano arcaico, la responsabilità esibiva una chiara autonomia rispetto al debito: tanto più vistosa in ragione della circostanza che il debitore veniva condannato al pagamento di una somma di denaro. L'autonomia della responsabilità che, per converso, va da sé, è l'autonomia del debito, è il riflesso dell'autonomia del processo: e questo, forse, a tutt'oggi, è il punto più difficile da comprendere per il giurista formatosi nella temperie dello Stato moderno, dove l'autonomia dei singoli ambiti in cui si articola il sistema giuridico è più un artificio del pensiero che non un fatto reale. Per i Romani le cose stavano molto diversamente, perché il loro ordine era la risultante di un movimento che andava da una prassi sociale affidata ai privati, al processo, in cui il conflitto insorto tra questi ultimi era arbitrato (non deciso)¹³ dal *rex*, per poi ritornare, addomesticato nelle mani degli attori originari¹⁴. In prosieguo di

¹¹ Di C. GANGI si vedano i contributi raccolti in *Scritti giuridici vari, II. Il debito e la responsabilità*, Padova, 1933 (in particolare i primi due, consacrati ad una minuziosa ricostruzione della letteratura tedesca).

¹² Per quale si veda, *ex multis*, il saggio-manifesto di A. BRINZ, *Der Begriff Obligatio*, in *Zeitschrift für das Privat-und öffentliches Recht der Gegenwart*, 1 (1874), 11 ss.

¹³ Per riprendere la distinzione che G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (rist. dell'edizione del 1923), 1 ss., proponeva tra “decidere” e “dirimere” (dal Maestro formulata con riguardo al binomio processo romano-processo germanico, confrontati in epoca altomedievale), si può dire che mentre il processo moderno – emanazione diretta della statualità – è funzione della decisione, il processo romano (arcaico, ma questo tratto si conserva, per quanto attenuato, nel tempo) – emanazione di un “pubblico” dai contorni meno definiti – è molto più proiettato verso la composizione della lite.

¹⁴ Addomesticato, beninteso, non dal punto di vista delle possibili conseguenze per il *reus*

tempo, fugato l'incubo della dissoluzione e assunta la *civitas* i caratteri di una grande potenza militare ma anche economica, alcuni tratti di questo modello mutarono profondamente: basti pensare che allo squartamento del debitore o alla sua riduzione in schiavitù subentrò la *bonorum venditio* (passaggio dalla responsabilità personale a quella patrimoniale, secondo gli stili correnti); ovvero al fatto che, con l'introduzione del processo formulare, attraverso l'Editto si attuò una modalità obliqua di regolazione dell'autonomia privata. Tuttavia, il farsi strada di queste istanze proprie di una razionalità pre o para capitalistica (se devi investire nel commercio delle stoffe, francamente del cadavere del debitore non sai cosa fartene, molto meglio quel po' di sesterzi che puoi ricavare dalla vendita dei suoi beni), modificò lo stato di cose originario senza mai arrivare al punto da imprimere all'ordinamento giuridico romano quel tratto di verticalità proprio degli ordinamenti moderni¹⁵.

Ora, il recupero e la valorizzazione dello schema binario incrociano un'altra vicenda molto importante ai fini dell'articolazione di infrastrutture categoriali in linea con l'idea che il diritto statutale sia, fondamentalmente, diritto della coercizione. Mi riferisco, come già accennato, alla affermazione dell'autonomia del diritto d'azione. Il nesso che lega le due traiettorie non è immediatamente intuitivo, ma è molto meno opaco di quanto potrebbe apparire d'acchito. L'autonomia del diritto d'azione (che, nel pensiero di Wach e di Chiovenda è ancora, semplicemente, differenziazione dal diritto soggettivo sostanziale: azione in concreto e non in astratto, secondo il modulo che prevarrà successivamente) retroagisce sul secondo termine del binomio (la responsabilità) assicurandogli una consistenza compatibile con un ordine dominato da una pulsione totalizzante. Si potrebbe anche dire che lo spazio conquistato dall'azione si innesta sulla binarietà "debole" di matrice romana, nel senso che essendo la prima comunque collegata al diritto di credito, pur distinguendosi, la responsabilità finisce per assumere i tratti di quel segmento del rapporto obbligatorio destinato a traghettare il vincolo verso la

– esposto, come è noto, a sanzioni (autentiche, non quelle di cui, come visto, si parla ancora oggi a sproposito) che andavano dalla vendita come schiavo *trans Tiberim* allo squartamento per mano del creditore – ma dal punto di vista della tenuta della *civitas*, sulla quale gravò, per molto tempo, il rischio di una dissoluzione da faida gentilizia.

¹⁵La metafora geometrica rende abbastanza efficacemente, a mio avviso, il divario radicale che separa i sistemi dominati da una dinamica circolare (anche l'Editto interloquisce, attraverso la mediazione dei giuristi, con la prassi degli affari, aggiustando, integrando, correggendo) dai sistemi attraversati, viceversa, da un moto verticale e nei quali, pertanto, l'equilibrio non rappresenta un punto di arrivo ma è già tutto iscritto nell'orizzonte del precetto legale. Naturalmente, si tratta, in quest'ultimo caso, di una *fictio* – completezza dell'ordinamento, dichiaratività dell'interpretazione – che, però, non è un mero artificio ma il modo stesso di essere di questi sistemi.

fase della sua attuazione forzosa. Insomma, attraverso il medio dell'azione, la responsabilità diventa parte integrante del rapporto obbligatorio e, per converso, il rapporto obbligatorio assorbe nel quadro della propria razionalità ciò che, almeno secondo il paradigma romano, era iscritto, viceversa, entro l'orizzonte della sanzione¹⁶.

Lo schema binario soffre, però, di una debolezza teorica inemendabile. Infatti, l'ibridazione del modello romano (dove l'autonomia della responsabilità è sinonimo di separatezza rispetto al debito) con il nuovo canone dell'autonomia dell'azione (autonomia che qui, viceversa, si presenta nei panni della mera distinzione dal diritto soggettivo) finisce per riproporre il problema del debito. In altri termini, vero è che, come dicevo prima, la *Haftung* viene ricondotta dentro la cornice del rapporto obbligatorio in quanto elemento di collegamento con l'azione: ma è altresì vero che se la responsabilità è cosa diversa dal debito, ne discende inoppugnabilmente che il debito sarà cosa diversa dalla responsabilità: e, quindi, mentre ora è chiaro che quest'ultima è il potere spettante al creditore (o allo Stato, nella variante carneluttiana)¹⁷ di assoggettare il patrimonio della controparte all'esecuzione forzata, molto meno chiari risultano i contorni dello *Schuld*.

Da qui la incredibile girandola di soluzioni per un problema in realtà irrisolvibile. L'idea di un debito distinto dalla responsabilità, è un puro non senso, almeno in sistemi nei quali l'essenza stessa del cosiddetto effetto giuridico risiede nella coercizione, cioè nella predisposizione di un apparato istituzionale (la formulazione dell'art. 2907 c.c. è esemplare da questo punto di vista) deputato a procurare al *civis* non la riparazione del *vulnus* inferto all'onore suo e della sua *gens*, ma esattamente (entro i limiti consentiti dalla natura) ciò che gli è stato riconosciuto mediante l'attribuzione del titolo. Difatti, ridotto all'osso, questo dibattito porta alla luce due posizioni fondamentali: da un lato, l'appiattimento del debito sull'obbligazione naturale (risultando, peraltro, molto difficile distinguere tra il modo di essere "naturale" dell'obbligazione romana che era, di suo, "naturale", attesa la sua non coercibilità, ma era "naturale" anche nel senso della sua non "sanzionabilità")¹⁸; dall'altro, l'attribuzione al creditore di poteri che anticipano la coercizione e, quindi, sono molto più responsabilità che debito¹⁹.

¹⁶ Quanto appena osservato nel testo dovrebbe di per sé mostrare con chiarezza quanto regressiva sia l'idea che la responsabilità patrimoniale si collochi all'esterno del rapporto obbligatorio.

¹⁷ Nello stesso senso CICU, *L'obbligazione*, cit., 14.

¹⁸ È questa, in definitiva, la posizione di GANGI, in *Scritti giuridici*, cit., 323 ss.

¹⁹ Alludo alla teorica del controllo gestorio elaborata da G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, 1, *Delle obbligazioni*, Padova, 1941, 47 ss. Il punto è che tutti i tentativi di dare consistenza al diritto del creditore – il diritto alla prestazione – puntando sulla cooperazione