

MATTEO AMBROSOLI

# LE OBBLIGAZIONI

*Manuale di diritto civile*

---



G. Giappichelli Editore



la mia Libreria

## Capitolo Primo

# L'OBBLIGAZIONE IN GENERALE

**SOMMARIO:** 1. L'OBBLIGAZIONE NEL SISTEMA DEL DIRITTO PRIVATO. – 2. IL CONCETTO DI OBBLIGAZIONE. – A) La nozione di obbligazione. – 1. Il legislatore e la definizione dell'obbligazione. – 2. L'astrazione dell'obbligazione. – 3. Il debito e il credito. – a) Il debito. – b) Il credito. – 4. Altre possibili qualificazioni giuridiche del comportamento umano. – B) (segue) L'obbligo come figura distinta dall'obbligazione e appartenente anch'essa al genere dei 'doveri'. – C) Il dovere di comportamento all'incontro con la conclusione del contratto: regole di validità e di responsabilità. – D) Dovere e responsabilità. – 1. Dovere etico e dovere giuridico. – 2. Dovere e sanzione. – 3. Autonomia privata e giuridicità. – E) La funzione dell'obbligazione. – 1. Funzioni tecniche dell'obbligazione. – 2. L'obbligazione come strumento puramente tecnico. – F) Il diritto di credito nel quadro dei diritti e delle situazioni giuridiche in generale. – 1. Diritti soggettivi e posizioni di fatto. – 2. Diritti reali e di credito. – G) Il diritto di credito e i beni. – H) L'obbligazione e il rapporto giuridico. – 3. LE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI. – A) Individuazione delle fonti delle obbligazioni. – B) Il principio di atipicità delle fonti di obbligazione. – C) Fonti legali, negoziali e rapporto obbligatorio. – D) L'area del contratto: affidamento e contatto sociale. – E) Contratto ad effetti reali e contratto ad effetti obbligatori. – F) Le obbligazioni da fatto illecito. Le obbligazioni derivanti da 'altri atti o fatti'. – 4. I SOGGETTI. – A) Necessaria presenza di un debitore e di un creditore. – B) La necessaria presenza delle parti del rapporto. – C) Problemi particolari relativi ai soggetti (attivo e passivo) del rapporto giuridico. – D) Il rapporto giuridico unisoggettivo. – E) Obbligazioni e Pubblica Amministrazione. – F) Titolarità e legittimazione. – 5. LA PRESTAZIONE. – A) Caratteristiche della prestazione. – 1. La patrimonialità. – 2. L'interesse del creditore. – B) La disponibilità del diritto. – 6. OBBLIGAZIONE E GIURIDICITÀ: RAPPORTI DI CORTESIA E OBBLIGAZIONI NATURALI. – A) La giuridicità. – B) I rapporti di cortesia. – 1. Inquadramento e disciplina. – 2. Le lettere di *patronage*. – C) Le obbligazioni naturali. – 1. Il concetto di obbligazione naturale. – 2. L'adempimento dell'obbligazione naturale. – 3. Ipotesi di obbligazione naturale. – 7. POSSIBILITÀ, LICEITÀ, DETERMINATEZZA E DETERMINABILITÀ. – A) La possibilità. – B) La liceità. – C) La determinatezza e la determinabilità. – 8. APPENDICE: PROFILI DI STORIA DELLE OBBLIGAZIONI. – A) Introduzione. – B) Il dovere nelle comunità elementari. – C) Sviluppo del dovere di collaborazione: il dono e il dovere di gratitudine. – D) (segue): dallo *status* al contratto. – E) L'obbligazione da fatto illecito. – F) L'obbligazione nel diritto di Roma. – 1. Il fatto illecito. – 2. Il contratto. – G) Evo intermedio e sviluppi moderni. – H) L'obbligazione in *Common Law*. – 1. Introduzione. – 2. Il fatto illecito. – 3. Il contratto. – I) Uno sguardo d'insieme.

## 1. L'OBBLIGAZIONE NEL SISTEMA DEL DIRITTO PRIVATO

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 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 vicende.

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", 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.)<sup>1</sup>.

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?

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

---

<sup>1</sup> Oggi, 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'inadempienza, 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*».

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.).

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 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).

## 2. IL CONCETTO DI OBBLIGAZIONE

### A) La nozione di obbligazione

#### 1. Il legislatore e la definizione dell'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 pre-cettiva, 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 reale<sup>2</sup>.

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 e della prova delle obbligazioni). 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 anderen 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*»].

---

<sup>2</sup> Sulla incerta qualificazione del diritto del conduttore, v. CHIANALE, 1.

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.

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, determinava la perdita della libertà, conseguente all'*addictio* del debitore inadempiente a favore del creditore.

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., allorché, 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).

Oggi, noi possiamo definire l'obbligazione come 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.

## 2. 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 continentale. Analogo fenomeno non è presente in *common law*, ove, per esempio, l'inadempimento 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 compresenza di diritti sul medesimo bene attraverso i diversi diritti reali, dall'altro), l'obbligazione si è sviluppata come figura unitaria e 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 vicaria e quella 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.

### 3. 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)<sup>3</sup>.

#### a) 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 sem-

---

<sup>3</sup> 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).

pre, 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).

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 extracontrattuale<sup>4</sup>, 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*

---

<sup>4</sup>«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. 10 ottobre 2003 n. 15172, in *DeJure*).

*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 antiggiuridica, non anche la colpa del danneggiante»* (Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, in *DeJure*; dello stesso anno è Cass. 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. 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.

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).

Merita aggiungere come il riconoscere l'esistenza di un dovere specifico non sia 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.

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. 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'obbligato 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.

## b) 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 per ottenere la condanna all'adempimento e, quindi, la sua attuazione forzata (oppure il risarcimento del danno commisurato al vantaggio che avrebbe ottenuto con l'adempimento spontaneo).

Contro l'impostazione che incentra il credito sul concetto di pretesa, ampia parte della dottrina ha cercato di costruire il diritto del creditore a similitudine dei diritti reali e, in particolare del diritto di proprietà. Così come, nella proprietà, il titolare ha una posizione di potere rispetto al bene che gli appartiene, così pure nel credito si è cercato di ravvisare un potere.

La ragione della preferenza espressa da molti autori per la configurazione del credito come potere, anziché come pretesa, è da ravvisare nella regola di incoercibilità diretta del comportamento; di fronte all'inadempimento, cioè, non vi è un'effettiva possibilità di costringere il debitore ad adempiere, ma solo quella di dare luogo a forme consentite di «aggressione» del suo patrimonio, per ottenere l'apprensione del bene eventualmente dovuto, oppure l'imposizione del costo necessario ad attuare una prestazione sostitutiva, oppure ancora l'imposizione di una responsabilità risarcitoria commisurata al valore della prestazione mancata e al pregiudizio collegato a questa mancanza. Dunque, se il creditore non può ottenere 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.

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), 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)<sup>5</sup>. 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 ad 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 assoggettamento 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) (GIORGIANI, 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.

---

<sup>5</sup> «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.

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.

#### 4. Altre possibili qualificazioni giuridiche del comportamento umano

La doverosità è una qualificazione possibile del comportamento umano, alternativa, come si è visto, rispetto alla libertà; però, doverosità e libertà non sono le uniche caselle entro le quali, giuridicamente, può collocarsi il comportamento dell'uomo.

a) Talora, un comportamento deve essere tenuto se il soggetto intende conseguire un effetto a sé favorevole: è la figura dell'onere.

Semplici le esemplificazioni: la denuncia dei vizi del bene venduto è un comportamento necessario per non incorrere nella decadenza dalla garanzia; il rimborso del prezzo, delle spese e di ogni altro pagamento fatto per la vendita, è necessario per esercitare il riscatto nell'omonima vendita (art. 1503 c.c.).

Nel distinguere le due figure, si nota come, nell'obbligazione, il comportamento necessitato sia in funzione di un interesse altrui (del creditore), mentre, nell'onere, esso è in funzione di un interesse proprio del soggetto tenuto al comportamento.

Si noti l'importanza di distinguere se un comportamento sia oggetto di un onere o di un'obbligazione: nel primo caso, la sua mancanza preclude senz'altro la possibilità di conseguire la posizione di vantaggio (es.: decadenza dalla garanzia); nel secondo, invece, le conseguenze negative (responsabilità) dipendono da una valutazione di imputabilità del fatto al soggetto. Quindi, l'inosservanza dell'onere rileva oggettivamente, mentre quella dell'obbligazione richiede l'imputabilità (su tale concetto, però, v. *infra*).

L'obbligazione può essere, al contempo, un onere: così, in un contratto sinallagmatico, l'adempimento della prestazione dovuta è condizione necessaria per conseguire la controprestazione (se non adempio la mia prestazione, non ho diritto a ottenere quanto mi è dovuto); in questo senso, l'eccezione di inadempimento può essere intesa come rimedio sinallagmatico, fruibile a prescindere dalla considerazione della ragione per cui la controprestazione non venga eseguita.

Il legislatore considera l'obbligazione in termini di onere, ad es., nell'art. 2932, co. 2, c.c., ove stabilisce che «*se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile*».

Figura diversa (nonostante l'omonimia) è l'onere testamentario: si tratta di una limitazione del beneficio attribuito all'erede (o al legatario) che dà vita ad un vero e proprio comportamento dovuto (e, per l'adempimento, può agire qualsiasi interessato: art. 648 c.c.).

In dottrina, è stato compiuto il tentativo di ricollegare il debito all'onere, rilevando come il comportamento dovuto debba essere osservato dal debitore al fine di non soggiacere alla responsabilità (BRUNETTI); la liberazione dalla sanzione sarebbe, così, da intendere come il risultato positivo conseguente alla conformazione del soggetto al comportamento da lui dovuto. Si tratta di teoria non condivisibile, che, se si vuole, si raccorda alla figura antica del *nexum*, ma che non corrisponde affatto al senso moderno dell'obbligazione.

b) Abbiamo, poi, la soggezione, quale situazione in cui si trova chi sia costretto a subire gli effetti dell'iniziativa altrui (cioè, di un potere altrui)<sup>6</sup>: si pensi ad un potere di recesso, che si esercita con un atto di volontà che l'altra parte deve necessariamente subire, sottostando ai suoi effetti. Il diritto di credito si lega a un dovere di cooperazione, quale medio necessario per la sua soddisfazione; il diritto potestativo, invece, non necessita di cooperazione altrui, dato che l'iniziativa del titolare è sufficiente a procurarne la soddisfazione (CHIANALE, 1). Anche nell'ambito delle vicende del rapporto obbligatorio la soggezione ha un ruolo: essa si manifesta a valle dell'esercizio giudiziale della pretesa; l'attuazione della regola di responsabilità avviene nell'ambito del processo esecutivo, che si caratterizza per la soggezione del debitore al potere aggressivo del creditore.

Situazioni di potere sono tradizionali nel diritto di famiglia (si pensi alla potestà genitoriale, oggi però trasformata in responsabilità genitoriale); ma non sono estranee ai rapporti economici (si pensi al già ricordato potere di recesso). L'attribuzione di un potere indica solamente che il soggetto passivo del rapporto subisce gli effetti dell'iniziativa altrui: si noti, però, come questa iniziativa possa essere adottata sia nell'interesse proprio del titolare del potere (di nuovo, è il caso del recesso), sia nell'interesse di altri e, specificamente, dello stesso soggetto che la patisce; ad es., A conferisce procura a B affinché questi possa stipulare un contratto in suo nome e conto; il rappresentante viene investito di un potere e gli effetti dell'atto che compirà si produrranno inevitabilmente in capo al rappresentato (sempre che il rappresentante si muova entro i confini del potere attribuitogli). In ambito familiare, la sostituzione della vecchia formula della potestà con quella della responsabilità genitoriale ha avuto proprio per fine di valorizzare la considerazione che deve essere riservata agli interessi del minore e alla sua opinione, senza che ciò, però, escluda l'efficacia diretta nei suoi confronti degli atti compiuti dai genitori.

c) Il comportamento può essere, ancora, condizione di efficacia di un contratto: così nella condizione potestativa (vietata solamente laddove mera).

---

<sup>6</sup> «Col parlare di soggezione si ha riguardo alla circostanza che il destinatario dell'altrui potere ne subisce l'esercizio senza prestare alcuna collaborazione, e senza nemmeno la giuridica possibilità di contrastare l'esercizio del potere e di impedirne gli effetti» (RESCIGNO, 3).

Il comportamento può diventare evento condizionante di una promessa, in tal modo rompendo il sinallagma tra prestazione e controprestazione e facendo sì che una prestazione diventi attualmente dovuta sol che l'altra sia materialmente tenuta (senza essere oggetto di un dovere). Es. A promette a B 100, a condizione che B tenga un determinato comportamento. B è libero di tenere quel comportamento, ma se lo terrà diverrà creditore. In concreto, la libertà di B sarà tanto più teorica, quanto più il valore di "100" sia sostanzialmente elevato.

In condizione può essere dedotta anche la vera e propria obbligazione: in particolare, può porsi il mancato adempimento come condizione risolutiva. Ad es., A vende a B il bene X ma il mancato pagamento del corrispettivo entro la data Y costituisce condizione risolutiva del contratto. La figura presenta interesse, in quanto la disciplina giuridica associata alla risoluzione per inadempimento è diversa da quella collegata al verificarsi di una condizione risolutiva: supponiamo che B debba pagare il corrispettivo dopo 60 giorni dalla vendita e che, dopo 10 giorni da essa alieni il bene X a terzi; se poi non paga, A potrà agire in risoluzione, ma ciò non travolgerà l'acquisto del terzo, dato che l'art. 1458 c.c. precisa l'inopponibilità ai terzi degli effetti della risoluzione; all'opposto, la previsione di una 'condizione d'inadempimento' rende l'evento opponibile ai terzi, secondo quanto previsto dall'art. 1357 c.c.

d) In altri casi, il comportamento è elemento necessario al completamento della fattispecie contrattuale: si pensi alla consegna nei contratti reali; qui, il comportamento fa nascere il contratto; esso, quindi, non è oggetto di una obbligazione, ma è un fatto necessario a far sorgere il contratto, con le sue ulteriori obbligazioni.

## **B) (segue) L'obbligo come figura distinta dall'obbligazione e appartenente anch'essa al genere dei 'doveri'**

L'obbligazione è una specie del "dovere giuridico": per tale possiamo intendere una posizione giuridica di necessità imposta nell'interesse altrui (BIANCA, 1)<sup>7</sup>.

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

---

<sup>7</sup> 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.

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.

Tra i doveri giuridici, accanto all'obbligazione, identifichiamo l'obbligo: mentre la prima richiede l'elemento della patrimonialità, il secondo ne difetta. Tipici sono gli obblighi del diritto di famiglia (es.: dovere di fedeltà coniugale; dovere di educare i figli)<sup>8</sup>.

È importante segnalare come l'obbligazione e l'obbligo siano destinatari di un trattamento disomogeneo per quanto riguarda le conseguenze della loro violazione: in caso di inadempimento di obbligazioni, la reazione generale è costituita dall'insorgenza di una responsabilità risarcitoria; in caso di violazione di obblighi, invece, il legislatore fornisce indicazioni molto più complesse. Consideriamo, ad es., i doveri tra i coniugi, quali indicati dall'art. 143, co. 2, c.c. (obblighi di fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione e coabitazione): in caso di violazione, non si può agire né con l'azione di adempimento, né con quella risarcitoria; piuttosto, si può determinare quella intollerabilità della prosecuzione della convivenza che giustifica, ai sensi dell'art. 151 c.c., la separazione giudiziale dei coniugi e ne consente l'addebito, il che influenza ulteriormente la problematica del diritto a ricevere quanto necessario al mantenimento (diritto che non spetta al coniuge cui sia addebitabile la separazione: art. 156 c.c.).

Problemi insorgono non quando il legislatore dedichi all'obbligo una disciplina *ad hoc*, ma quando, all'opposto, difetti una normativa esaustiva ad esso applicabile. Il legislatore, infatti, ha compiutamente regolato l'obbligazione, ma non l'obbligo (abbiamo, cioè, norme dedicate all'obbligazione in generale, ma non vi è alcun corpo comparabile dedicato al dovere in generale).

La disciplina sull'obbligazione racchiude, secondo l'opinione prevalente, l'insieme delle regole applicabili anche al dovere (Rescigno, 3); tale applicazione, però, non sarà immediata, ma dovrà passare attraverso una valutazione di opportunità.

In via generale, diciamo che è nelle disposizioni dedicate all'obbligazione che si trovano le regole applicabili ai doveri, attraverso il ricorso all'analogia. Così, se gli obblighi di mantenimento dei figli gravano su entrambi i genitori, cosa accade ove solo uno dei genitori vi abbia provveduto? La giurisprudenza risolve il problema facendo

---

<sup>8</sup> In realtà, il linguaggio legislativo è privo di precisione: così, negli artt. 1001 ss. c.c., si parla di obblighi nascenti dall'usufrutto, ma si tratta di obbligazioni in senso proprio; in ambito familiare, poi, si discorre usualmente di obblighi, nonostante la possibilità, in alcuni casi, di ravvisarne la patrimonialità (es. obblighi di mantenimento) (RESCIGNO, 3).

applicazione della disciplina sulle obbligazioni solidali, ancorché, nel caso concreto, gli obblighi siano diversi dalle obbligazioni: *«la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce, ai sensi dell'art. 278 c.c., gli stessi effetti del riconoscimento, per cui pone a carico del genitore, fin dalla nascita del figlio, tutti i doveri inerenti al rapporto di filiazione legittima (art. 261 c.c.), compresi quelli di mantenimento, educazione e istruzione. Pertanto, il genitore che ha provveduto al mantenimento del figlio, ha diritto di ripetere la quota delle relative spese nei confronti del soggetto del quale è stata accertata la paternità o la maternità naturale, in applicazione analogica dell'art. 1299 c.c., che prevede il regresso tra condebitori solidali quando l'obbligazione sia stata adempiuta da uno solo di essi, alla stregua del principio che si trae dall'art. 148 (richiamato dall'art. 261 c.c. per la filiazione naturale) che, prevedendo l'azione giudiziaria contro il genitore inadempiente, postula il diritto di quello adempiente di agire in regresso nei confronti dell'altro»* (Cass. 26 giugno 1987, n. 5619).

### **C) Il dovere di comportamento all'incontro con la conclusione del contratto: 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 raggirò 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 comma 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 saranno stipulati ulteriori contratti di investimento finanziario. Il problema è: cosa succede laddove i doveri di informazione siano violati? La risposta può essere nel senso di un divieto di concludere contratti che non siano stati preceduti da adeguata informazione o di un dovere di fornire tale informazione, senza che essa sia ostativa alla valida conclusione di un contratto.

La giurisprudenza ha manifestato incertezze al riguardo:

a) da un lato, è stata proposta la tesi della nullità delle operazioni finanziarie concluse in assenza di un'adeguata informativa da parte degli intermediari; i contratti di investimento sarebbero allora conclusi in violazione di una norma imperativa (art. 21 TUF) e nulli per illiceità;

b) diverso l'orientamento espresso in altre sentenze e, infine, fatto proprio dalla Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 26725/2007), che riconduce i doveri di informazione ad un semplice dovere comportamentale (precontrattuale o contrattuale, a seconda dei casi), collegandovi una regola di responsabilità (risarcitoria), governata dal principio di causalità.

Sulla scorta della decisione delle sezioni unite, attualmente abbiamo le seguenti soluzioni:

a) se la violazione del dovere di informazione è anteriore alla conclusione del contratto quadro che regola le future attività di investimento, abbiamo un'ordinaria responsabilità precontrattuale;

b) se la violazione è successiva alla conclusione del contratto quadro e anteriore alla singola operazione di investimento, essa costituisce inadempimento di obbligazioni nascenti dal contratto quadro; di conseguenza, l'investitore ha diritto al risarcimento del danno e può anche domandare la risoluzione del contratto, con conseguente caducazione sua e dei singoli investimenti effettuati sulla sua base. La risoluzione ricostituisce lo *status quo ante*, ancorché in modo giuridicamente molto diverso da quello che sarebbe conseguito ad una pronuncia di nullità.

La nullità del contratto consegue solamente alla violazione di norme che abbiano direttamente ad oggetto la struttura dell'atto e la sua validità; la violazione di regole di semplice comportamento determina invece solo una responsabilità.

## D) Doveri e responsabilità

### 1. Doveri etici e doveri giuridici

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

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

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 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 suf-

ficiente, al riguardo, 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 proclama il "riconoscimento" dei diritti inviolabili dell'uomo, quali valori precedenti e prevalenti rispetto allo stesso ordinamento giuridico).

## 2. Dovere e sanzione

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. *infra*).

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).