
PREFAZIONE

Con l'attuale contributo l'A. intende recuperare *la centralità* della obbligazione e/o meglio del diritto delle obbligazioni, già assicurata del resto del modello codificativo del 1942, che alle Obbligazioni dedica apposito Libro (il quarto), centralità che si è andata tuttavia col tempo appannandosi a vantaggio di altri istituti, quali il contratto e il fatto illecito, che pur sono definiti "fonti di obbligazioni" dall'art. 1173 c.c. L'auto-referenzialità sia dell'uno come dell'altro ha posto in ombra il ruolo svolto dalla obbligazione. E, senza considerare, come anche in sede di diritto europeo e comunitario, la disciplina del contratto e del fatto illecito ha dovuto ispirarsi al metodo della comparazione tra i diversi sistemi dei membri dell'Unione Europea, mentre il modello della Obbligazione è rimasto inalterato, così come consegnato dalla tradizione di *Civil Law*. Può consultarsi al riguardo il modello di un Comune Quadro di riferimento di Codice Civile europeo, redatto da un apposito Gruppo di Studio nel 2008.

Se il concetto della Obbligazione si rivelava originariamente tributario, ad opera della Scuola storica tedesca (Savigny), di idee-base¹, come quella fondata sul rapporto di *diseguaglianza* tra il debitore e il creditore, siccome situazione di "dominio" del secondo sul primo, sia pur limitato "al comportamento" dovuto dall'obbligato, – e a tale prospettiva non è stato indifferente il modello romano della *obligatio*, quale stato "di asservimento" del debitore, – la successiva evoluzione doveva ravvisare nella obbligazione il modello di un rapporto *cooperativo* tra soggetti paritariamente considerati. In tal senso è l'opera fondamentale di Emilio Betti che, nella sua *Teoria generale delle obbligazioni* (Milano

¹ Definite dallo stesso Autore come indicative del "concetto" (Begriff).

1953), ravvisa “il problema sociale” della obbligazione nel “bisogno dell'altrui cooperazione”. Letture successive (Breccia, *Le obbligazioni*, Milano 1991) hanno provveduto a de-costruire il concetto di obbligazione, sezionandolo nei concetti *del credito*, *del debito* e della *responsabilità patrimoniale*.

La moderna evoluzione della obbligazione segnala la permanente “centralità” di essa, come categoria giuridica *astratta*, a differenza delle diverse forme di proprietà, destinata a regolare i rapporti più diversi tra soggetti, derivanti da atti di autonomia o da comandi *secondi* dell'ordinamento a seguito della inosservanza di comandi *primi*.

La variabilità della figura “geometrica” della obbligazione è tale da averne consentito la sua applicazione, senza limite alcuno, agli interessi più diversi, ad es. di cooperazione e di protezione.

Ma ancor più significativo è che l'obbligazione, proprio in ragione della sua conformazione, ha potuto caricarsi di ulteriori valenze normative, al di là del rapporto di scambio tra soggetti, ad es. rendersi portatrice di valori diversi, come quelli di correttezza, di buona fede e di solidarietà.

Non è un caso, del resto, che i doveri costituzionali di solidarietà politica, economico, sociale (art. 3 Cost.) abbiano trovato un terreno di elezione ideale nella obbligazione.

Si può quasi dire, in termini Kantiani, che l'obbligazione reca in se stessa una legge *universale*, in quanto legge che i soggetti pongono a se stessi (sia attraverso atti di autonomia come in occasione di violazione di diritti ad essi riconosciuti)

L'attuale monografia, oltre a privilegiare la lettura dell'obbligazione attraverso il prisma delle sue fonti (contratto e fatto illecito), ne recupera la intera valenza normativa anche sul terreno della tutela, che è terreno poco considerato dalle Narrazioni sulla obbligazione.

La distinzione tra tutela *obbligatoria e reale*, nonché tra tutela *risarcitoria e specifica* è ancora interna alle Narrazioni sulla obbligazione. Trattasi di un discorso trasversale che coinvolge il contratto e il fatto illecito.

Prestazioni, beni e patrimonio, sono i numeri *primi* della obbligazione. La loro movimentazione ne segnala le vicende.

Il messaggio che il lavoro intende lasciare è che anche il metodo di *de-costruzione* del concetto generico di obbligazione in singole figure

tecniche significative, come la distinzione tra regole *di fattispecie* (riguardanti contratti e fatti illeciti) e regole riparatorie *di responsabilità* (riguardanti le *conseguenze* degli uni e degli altri) abbia a rendere più agevole, specie per gli operatori pratici, la riduzione a sistema delle varie regole giuridiche.

ADOLFO DI MAJO

PARTE PRIMA
IL DIRITTO
DELLE OBBLIGAZIONI

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI E L'OBBLIGAZIONE

SOMMARIO:

1. Il diritto delle obbligazioni. – 2. L'obbligazione. – 3. Il diritto di credito. – 4. L'obbligazione come responsabilità patrimoniale. – 5. L'obbligazione come rapporto fondamentale. I cc.dd. rapporti di durata. – 6. L'obbligazione come “*titulus detinendi*”. – 7. Considerazioni conclusive. La “valenza normativa” dell'obbligazione.

1. *Il diritto delle obbligazioni*

La parte che la tradizione codicistica definisce “delle obbligazioni” (v. Libro IV del Codice) può essere considerata sotto angoli visuali diversi. Può pensarsi, in primo luogo, al “diritto delle obbligazioni” come ad una partizione del diritto patrimoniale privato, in contrapposizione ad altre parti, come il diritto di famiglia, delle persone, della proprietà¹.

Questa parte non comprende solo le obbligazioni in senso tecnico, intese quale rapporto (obbligatorio) tra debitore e creditore, ma la disciplina complessiva di atti o di fatti da cui le obbligazioni scaturiscono.

¹Di implicazioni ideologiche, ispirate dall'economia corporativa, onde l'obbligazione è definita espressione dei principi corporativi è la *Relazione al codice civile*, sub n. 554. La principale Trattatistica preferisce partire dall'obbligazione (v. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914, *passim*) così sottolineandone il “problema sociale”, caratterizzato dal “bisogno dell'altrui cooperazione” (BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, vol. I, *passim*) oppure distinguendone le note caratterizzanti (credito, debito, responsabilità patrimoniale, come BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, *passim*).

Occorre pensare esemplarmente alla materia dei contratti e a quella del fatto illecito. Si tratta di un approccio di tipo *funzionale* allo studio delle obbligazioni perché vengono poste in risalto le funzioni socio-economiche che le obbligazioni, quale partizione del diritto privato, possono assolvere. Di *Ordnungsfunktion* del diritto delle obbligazioni parlano ad es. scrittori tedeschi². Dette funzioni sono quella, in primo luogo, di assicurare la realizzazione di operazioni di scambio (di beni od utilità) tra i soggetti (*diritto dei contratti*) nonché il rispetto della persona e dei beni di essa contro interventi o iniziative non consentiti ad opera di terzi (*tutela risarcitoria contro l'illecito*). Mentre, nel primo caso, l'obbligazione ha come scopo una nuova (e diversa) distribuzione della ricchezza tra i soggetti, nel secondo caso essa tende a conservare l'assetto esistente, attraverso la rimozione (in via risarcitoria) delle conseguenze dannose derivanti dall'altrui interferenza, avente carattere di illecito o comunque non consentita. Alle obbligazioni risarcitorie si accostano quelle aventi per oggetto il pagamento di indennizzi o di indennizzo che generalmente presuppongono un fatto dannoso ma non avente carattere di illecito (artt. 843, 924, 2045, 2046 c.c.). Si può dire che, nel primo caso (quello delle obbligazioni contrattuali) le obbligazioni svolgono una funzione attiva e dinamica, nel secondo caso, invece *statica*³.

Questa fondamentale partizione trova la sua rispondenza storica nel sistema delle fonti di obbligazione: *contratto* e *delitto* (v. art. 1173 c.c.). Nonostante la presenza di una disciplina che accomuna le due categorie di obbligazioni (*parte generale delle obbligazioni* – artt. 1176 ss.), è innegabile che la diversità di funzione non può non reagire sulla disciplina di ciascuna categoria di obbligazioni⁴.

In sistemi giuridici che ammettono forme di trasferimento “astratto” dei beni (cioè senza causa) la funzione delle obbligazioni può anche tendere a “correggere” questi trasferimenti, ove essi non siano sorretti da un’“adeguata giustificazione” (“*senza fondamento giuridico*”, § 812 del codice tedesco). Trattasi di obbligazioni aventi finalità “restitutoria”,

² ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, München, 1976, 1 ss. Di “visione complessiva”, tale da evitare una rigida cesura tra il rapporto e il titolo giuridico da cui deriva, parla BRECCIA, *Le obbligazioni, op. cit.*, 4.

³ Di “tipi di cooperazione dovuta” o “mancata” parla BETTI, *op. cit.*, 39, ma in una versione molto sociologica del problema posto dall'obbligazione.

⁴ SAVATIER, *La théorie des obligations*, Paris, 1967, 254 ss.

restituzione che può ritardare anche il valore della prestazione e/o del bene ricevuti ove la restituzione in natura non sia possibile⁵. La tutela restitutoria comprende anche obbligazioni aventi per oggetto un'astensione – v. inibitoria (azione). All'incontro, in ordinamenti, come il nostro, che hanno accolto il principio "causale" nei trasferimenti, la funzione delle obbligazioni c.d. *restitutorie* appare più ridotta⁶. A "correggere" i trasferimenti o le attribuzioni patrimoniali *senza causa* provvedono generalmente le norme sull'invalidità dei negozi⁷. Accertata l'invalidità del negozio residua l'azione per la restituzione dell'indebitato (art. 1422 c.c.). L'azione avrà tendenzialmente carattere di *condictio possessionis*.

Può essere dubbio se, per la tutela della proprietà o di altri diritti assoluti, si faccia ricorso, in caso di loro violazione, allo strumento della obbligazione e non (direttamente) a misure (di tutela) coercitive (ad es. azione di revindica)⁸. La risposta è che non si ricorre allo strumento dell'obbligazione. L'impossessamento di cosa altrui, il compimento di atti di molestia o di turbativa contro l'altrui proprietà (o possesso) non possono considerarsi in senso tecnico "fonti" di obbligazione, sottoposte dunque al diritto generale delle obbligazioni⁹.

Risarcimento e restituzione sono così distinte "funzioni" cui le obbligazioni possono assolvere. Anche i presupposti sono diversi, non richiedendo le obbligazioni *restitutorie* e/o *reintegratorie*, almeno in linea di massima, che il soggetto venga definito "responsabile" (alla stregua dei consueti criteri di imputazione).

Talune obbligazioni sono a mezza strada tra (finalità di) *scambio* e (di) *restituzione*. L'obbligazione del gestore di condurre a termine in forma corretta la gestione utilmente intrapresa (art. 2031) ha anche la funzione di tutelare, *in via restitutoria*, la sfera patrimoniale del *dominus*. Nella *Common Law* la c.d. *Law of restitution* concerne le obbligazioni che hanno per oggetto il compenso per benefici ricevuti, senza che vi sia stato

⁵ § 818² BGB, FIKENTSCHER, *op. cit.*, Berlin-New York, 1987, 16 ss.

⁶ MOSCATI, *Del pagamento dell'indebitato*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub artt. 2033-2040, Bologna-Roma, 1981, 22 ss.

⁷ BARCELONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e, giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 11 ss.

⁸ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2004, 271 ss.

⁹ Le dottrine (v. BRECCIA, *op. cit.*, *passim*) sembrano trascurare il problema.

un accordo per il loro pagamento¹⁰. Esse vengono generalmente ricondotte alla categoria del *quasi-contratto*, che si riconosce essere una finzione legale.

Alle funzioni menzionate (*scambio, restituzione, risarcimento*) si sono venute aggiungendo, nell'arco di una lunga evoluzione storica, altre, numerose, funzioni. Tradizionalmente le categorie del quasi – contratto e del quasi – delitto (art. 1097 cod. del 1865) hanno fatto, per così dire, da “cuscinetto” alle numerose obbligazioni derivanti dalla legge¹¹. Le obbligazioni derivanti dalla legge costituiscono una serie “aperta” di obbligazioni ossia obbligazioni che non si lasciano ricondurre a funzioni predeterminate, come quelle descritte. Anche la garanzia (ma di ciò più oltre) rappresentata dall'esistenza di una norma *espressa* di legge per far sorgere la obbligazione sembra in realtà tramontata. Obbligazioni che si riconducono più generalmente *a principi* (ad es. di solidarietà) espressi dall’“ordinamento” (arg. ex art. 1173 c.c.) tendono ad avere sempre di più spazio nel sistema (v. *rapporti contrattuali di fatto*)¹². Ma ciò aumenta l'importanza di una disciplina generale dell'obbligazione che governi anche la serie, sempre più numerosa, di obbligazioni aventi per così dire carattere “atipico”.

Le funzioni esercitate dalle obbligazioni *ex lege* possono essere le più diverse. Esse possono riguardare *la cooperazione* (si pensi agli obblighi legali di contrarre), *l'assistenza* (si pensi alla serie delle obbligazioni di mantenimento o alimentari), *la copertura di rischi* (si pensi all'obbligazione dell'assicuratore verso l'assicurato, che una accorta giurisprudenza ritiene derivante dalla legge e non dal contratto), e così via. Si tratta di un'elencazione non esaustiva.

2. L'obbligazione

In un diverso contesto le obbligazioni sono invece considerate quale rapporto *intersoggettivo* tra un soggetto che figura come “obbligato” ed un soggetto “autorizzato a pretendere” che il primo adempia all'ob-

¹⁰ TETTENBORN, *An Introduction to the Law of Obligations*, London, 1984, 113 ss.; LAWSON, *Remedies of English law*, London, 1980, 144 ss.

¹¹ MEDICUS, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 4^a ed., München, 1988, I, 25 ss.

¹² GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, 70 ss.

bligato. In tale contesto si ha riguardo prevalentemente *ai caratteri differenziali* che presentano le varie situazioni soggettive (e, tra esse, l'obbligazione) nel diritto privato. Si tenderà così a rimarcare la distinzione tra le obbligazioni e i diritti reali, tra le obbligazioni e i doveri giuridici che non hanno natura di obbligazioni¹³, tra le obbligazioni e le altre situazioni soggettive passive (come *l'onere*)¹⁴. A prevalere sarà dunque una considerazione *dogmatica e strutturale*, più che funzionale, delle obbligazioni.

Secondo un'autorevole dottrina¹⁵ il rapporto obbligatorio è espressione di un diritto soggettivo di credito, avente natura di *pretesa* (*Anspruch*), cui corrisponde un obbligo nel soggetto passivo, ossia il dovere di tenere un certo comportamento. L'obbligo si distingue dalla soggezione perché fa appello *alla cooperazione* dell'obbligato. Per i diritti reali non potrebbe invece parlarsi di una situazione di *rapporto*, dacché non potrebbe esservi rapporto con gli *omnes* – non proprietari e che in via di fatto potrebbero attentare al diritto del proprietario¹⁶. All'antica formula dello *jus in rem*, prototipo del diritto reale, corrisponde nelle obbligazioni uno *jus ad rem*, che è però “mediato” dalla prestazione dell'obbligato¹⁷.

Nella storia della obbligazione non mancano le definizioni. Antiche dottrine definivano l'obbligazione attraverso la nozione di *responsabilità* e ciò sulla falsariga di esperienze che vedevano massimamente nell'assunzione dell'obbligazione il crearsi di una situazione di *vincolo* o di *responsabilità*¹⁸. Non sono mancate definizioni sincretistiche che hanno insistito sia sull'elemento del *debito* come su quello della *responsabilità*¹⁹. Più moderne dottrine, per definire l'obbligazione, preferiscono ricorrere alla nozione di *diritto di credito*²⁰.

¹³ GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 590 ss. Sul problema della definizione dell'obbligazione v. BRECCIA, *op. cit.*, 21 ss.

¹⁴ RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 141 ss.

¹⁵ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, 8ª ed., Napoli, 1964, 71.

¹⁶ SANTI, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 52 ss. V. polemicamente BETTI, *op. cit.*, 12, contro “l'enfasi assurda di uno *ius erga omnes*”.

¹⁷ LARENZ, *op. cit.*, 16 ss.; diversamente DULCHKEIT, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, Tübingen, 1951, 58 ss.

¹⁸ BRINZ, *Der Begriff Obligatio*, in *Grünbuts Z.*, 1874, I, 11 ss.; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1985, 149.

¹⁹ PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935, 1 ss.

²⁰ TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 8ª ed., Milano, 1989, 113 ss.

Dovere di prestare e prerogativa creditoria rappresentano per altri la “sostanza dell’obbligazione”²¹.

Riassuntivamente è da ritenere che, nella definizione dell’obbligazione, non possa mancare il riferimento ad elementi od aspetti che sono qualificanti dello statuto complessivo dell’obbligazione (*diritto di credito / responsabilità / rapporto fondamentale / titulus detinendi*) nel senso di individuarne *l’ubi consistam* rispetto ad altre figure.

3. Il diritto di credito

La nozione di “diritto di credito” è centrale nella teoria dell’obbligazione. Del diritto di credito può sottolinearsi l’aspetto della “pretesa” (*Anspruch*) rivolta verso il debitore e cioè la direzione del diritto verso un soggetto *determinato* tenuto ad adempiere (c.d. *relatività* del credito). È il profilo che ha fatto anche dubitare che il credito possa definirsi un diritto soggettivo²². Il creditore in realtà non gode di alcun *agere licere* né sulla persona del debitore né sulla prestazione o sull’oggetto di essa. Una tale nozione di diritto soggettivo muove tuttavia da una concezione riduttiva, secondo la quale diritti soggettivi sarebbero solo quelli che esprimono una situazione di appartenenza di beni, nel senso della libertà di godimento o di disposizione dei medesimi. Ma è evidente che la nozione di diritto soggettivo può anche estendersi a ricomprendere situazioni in cui ad un soggetto è garantita *l’utilità o il beneficio derivante dall’altrui comportamento*. Il che tuttavia non significa, come vedremo, che il criterio ricostruttivo di una tale situazione debba essere lo stesso che presiede alla definizione della situazione di *dominio* su beni o su di utilità²³. Il creditore non ha una posizione di “dominio” né sulla persona del debitore, come era in antico, né sulla prestazione dovuta (come riteneva il Savigny) e, neanche, sull’oggetto di essa²⁴. Ciò non to-

²¹ RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 143.

²² BARBERO, *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, 143 ss.; MENGONI, *L’oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 164; RESCIGNO, *op. cit.*, 144.

²³ SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1981, 412. Criticamente anche BRECCIA, *op. cit.*, 68.

²⁴ CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 530 ss.

glie tuttavia che è appropriato definire il rapporto tra di esso e la prestazione (dovuta) nei termini *di una situazione di vantaggio*, rispetto ad essa, del creditore e/o prerogativa di esso siccome unico soggetto legittimato a chiederne l'adempimento (attraverso, ad es., la costituzione in mora del debitore) e a pretenderne l'osservanza, anche nelle forme coattive (come i danni altresì in caso di inadempimento). Questo aspetto costituisce la *sostanza o la base* della nozione di "appartenenza" o "titolarità" del (diritto di) credito, nozione altrimenti inutile, ove non la si voglia semplicemente riferire all'imputazione soggettiva del diritto. Norme come quelle sulla cessione del credito (artt. 1260 ss.) o sul pignoramento di esso (art. 543 c.p.c.) presuppongono appunto l'obbligazione intesa quale *titolarità-appartenenza* di un diritto di credito²⁵. Secondo un'opinione abbastanza diffusa una tale nozione e anche alla base della c.d. *tutela aquiliana del credito*, nel senso che il diritto di credito va tutelato anche *nei riguardi dei terzi* che possono appunto comprometterne la realizzazione, determinandone l'estinzione o impedendo di fatto al debitore di adempiere. Si sostiene, sotto questo riguardo, che è il profilo *dell'appartenenza* ad essere decisivo²⁶. Il (diritto di) credito *appartiene* al creditore e quindi può essere violato *da chiunque*, anche da persona diversa dal debitore, violato naturalmente in quel profilo di "spettanza" della prestazione (al creditore) di cui si è parlato. Ma altre impostazioni fondano *l'opponibilità* del diritto di credito ai terzi su di una valutazione dell'ingiustizia del danno aquiliano che prescinde dal principio della "tipicità" dell'illecito e guarda ad una valutazione *comparativa* tra l'interesse che il terzo mira a realizzare e quello, lesa, del creditore²⁷.

Si potrà allora affermare che l'opponibilità del credito ai terzi andrà ravvisata ove ricorrano le condizioni e i presupposti per ritenere "ingiusto" (nei riguardi del creditore) il danno da esso subito (ad es. in caso di complicità del terzo nell'inadempimento del debitore).

²⁵ ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, 10. V. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 56 che afferma «il rilievo autonomo del credito come "posta" attiva del patrimonio di un soggetto».

²⁶ BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, *passim*; per il diritto inglese FRIDMAN, *The Interaction of Tort and Contract*, in *LQR*, 1977, 424 ss. Sul punto anche BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 57.

²⁷ TRIMARCHI, *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 96 ss.; ID., *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 217 ss.