

Marco Fratini

LE OBBLIGAZIONI

Teoria generale e applicazione giurisprudenziale

edizione **2024**

 NeldirittoEditore


MÉTODOMAGISTRATO
ACCADEMIA DEL DIRITTO

Capitolo 1

L'obbligazione

SOMMARIO

1. L'obbligazione e l'*obligatio* del diritto romano - 2. Obbligazioni, diritti reali e contratto a confronto - 3. Diritto di credito, diritto reale e diritto potestativo - 4. L'obbligazione e la distinzione dagli altri obblighi - 5. Le funzioni dell'obbligazione - 5.1. L'obbligazione di scambio - 5.2. L'obbligazione risarcitoria - 5.3. L'obbligazione indennitaria - 5.4. L'obbligazione di garanzia - 5.5. L'obbligazione di sicurezza - 5.6. L'obbligazione restitutoria - 5.7. Le obbligazioni derivanti dalla legge - 5.8. L'obbligazione di protezione - 5.9. L'obbligazione come responsabilità patrimoniale - 6. L'obbligazione come contenuto programmatico - 7. L'obbligazione come *titulus detinendi* - 8. La sintesi: la difficoltà di comporre una definizione di obbligazione - 9. L'obbligazione nella prospettiva di un codice civile europeo.

1. L'obbligazione e l'*obligatio* del diritto romano

È più facile definire ciò che l'obbligazione non è, piuttosto che ciò che essa è. L'obbligazione non è una categoria concettuale storica, sempre uguale a se stessa e, quindi, neutrale. Al contrario, essa è andata incontro nel corso dei millenni a molteplici evoluzioni che hanno costituito il riflesso dei diversi contesti socio-economici nei quali la categoria è stata presa in considerazione.

Già il diritto greco antico, sebbene non conoscesse la nozione di obbligazione, aveva elaborato un concetto corrispondente, come emerge dall'insegnamento di Aristotele che, nell'utilizzare il termine *synallagma* (accordo), si riferiva al rapporto da quest'ultimo derivante, alludendo più in generale a tutti i rapporti obbligatori, a loro volta suddivisi in due principali categorie: i *synallagmata hekousia* (rapporti volontari), vale a dire derivanti da una intesa tra le parti, e i *synallagmata akousia* (rapporti involontari), originati, cioè, da altri fatti diversi dall'accordo.

Neanche i giuristi romani sono pervenuti alla costruzione di una categoria generale dell'obbligazione, intesa come rapporto giuridico caratterizzato dalla reciprocità delle contrapposte e correlate situazioni di credito e debito, comprensivo quindi, sia del profilo del debito (*debitum*), sia di quello della responsabilità (*obligatio*).

Eppure, già nel diritto romano fu elaborata una nozione tecnica di obbligazione, in cui l'*obligatio* si caratterizza per la presenza di un soggetto passivo (*debitor*), gravato da un dovere giuridico (*debitum*), verso un altro soggetto (*creditor*).

Le situazioni del debitore e del creditore furono descritte in due note definizioni: i) la prima è quella che si ritrova nelle Istituzioni di Giustiniano secondo cui «*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*» (Inst. 3, 13 pr.); ii) l'altra è opera dei compilatori del Digesto di Giustiniano e sposta l'attenzione sul lato attivo del rapporto chiarendo che «*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*» (D. 44, 7, 3 pr.).

Per il diritto romano, quindi, il dovere giuridico gravante sul debitore impone l'esecuzione di una prestazione con carattere patrimoniale in favore del creditore. Quest'ultimo, però, non vanta alcun potere sulle cose o, in genere, sui beni che costituiscono l'oggetto della prestazione dovuta.

Le obbligazioni

Il fatto di essere creditore conferisce la legittimazione a ricevere l'adempimento, e il potere di esercitare contro il debitore un'azione (*actio in personam*) nel caso in cui questi non abbia eseguito la prestazione dovuta. Il creditore rimasto insoddisfatto, quindi, ha il potere di tenere il debitore "in catene": trascorsi sessanta giorni entro i quali chiunque può saldare il debito e riscattarlo, il creditore può vendere il debitore come schiavo *trans Tiberim* o ucciderlo.

Fu solo grazie all'attività pretoria che in epoca classica tale regola venne abbandonata in favore di quella che consente al creditore un'esecuzione esclusivamente sui beni del debitore piuttosto che sulla sua persona.

Nel diritto romano, in sintesi, l'obbligazione è concepita come vincolo personale in cui il debitore si trova in una situazione di soggezione rispetto al creditore, caratterizzata dalla regola dell'intrasmissibilità tanto del credito quanto del debito. Occorre attendere il diritto romano classico per assistere alla trasformazione dell'obbligazione da vincolo di natura personale in vincolo di natura patrimoniale, giungendo, così, ad una sostanziale equiparazione del diritto di credito a qualsiasi altro diritto patrimoniale che ne consente la libera circolazione da un soggetto all'altro.

Quanto al contenuto dell'obbligazione, per il diritto romano esso può estrinsecarsi in tre diversi tipi di prestazione: "dare", "facere" o "praestare".

Nel linguaggio tecnico "dare" significa, a rigore, trasferire la proprietà di una cosa oppure, nella sua accezione più ampia, costituire diritti reali.

Nella nozione di "facere" è, invece, ricompreso, per esclusione, ogni comportamento che non implica il trasferimento di un diritto o la costituzione di diritti reali, né l'assunzione di una garanzia. Ci si riferisce, cioè, ad altre prestazioni materiali consistenti in meri comportamenti (come, ad esempio, il compimento di un atto traslativo) ovvero valutabili per il loro risultato (come, ad esempio, le prestazioni dell'appaltatore o dell'artigiano). Si configura l'adempimento di un obbligo di facere anche quando il comportamento dovuto consiste nell'astenersi dall'agire (*non facere*).

Il "praestare", invece, consiste nel rispondere di una garanzia offerta: con il verbo "praestare" si intende far riferimento alla prestazione di assicurare al creditore la presenza o l'assenza di circostanze, situazioni, comportamenti che non hanno rilevanza autonoma, ma solo in funzione dell'esecuzione di una prestazione di dare o di facere, le quali rappresentano, dunque, gli obblighi principali rispetto al dovere sussidiario di garantire qualcosa al creditore.

Questa struttura dell'obbligazione romana è fedelmente rispecchiata nella terminologia. In essa si nota che il debitore (*debitor*) è colui che si trova gravato da un dovere (*is qui debet*), cioè dal dovere che caratterizza il rapporto obbligatorio. Per converso il creditore (*creditor*) è colui che "credit", che crede, ha fiducia, fa conto sul debitore, sul comportamento di questi. La situazione del creditore è dunque caratterizzata da un'aspettativa, che lo qualifica come il soggetto legittimato a ricevere l'adempimento. Poiché però non si tratta di un'aspettativa semplice, ma di un'aspettativa protetta da azione, la situazione del creditore si rivela, in un certo senso, ambigua: se essa, da un lato, non attribuisce al proprio titolare la disponibilità di alcun bene, d'altro canto - e precisamente dal punto di vista economico - essa costituisce un'entità patrimoniale positiva (anche se condizionata da un implicito "salvo buon fine").

In quest'ultimo senso (e cioè in quanto considerato un bene economico), il credito è spesso indicato come "nomen" nelle fonti, ed è considerato come un possibile oggetto di transazioni: si può, ad esempio, vendere un credito, darlo a pegno, farlo oggetto di usufrutto.

L'obbligazione, dunque, è un rapporto giuridico dogmaticamente diverso da quello corrispondente ad un diritto reale. Un rapporto giuridico reale lo si identifica osservandone il lato attivo, cioè, considerando i poteri che la titolarità del diritto fornisce ad un soggetto. Il rapporto obbligatorio, invece, è contrassegnato dalla determinazione del dovere che grava sul soggetto passivo.

Sul piano lessicale, mentre proprietà (*dominium, proprietas*), usufrutto (*usus fructus*) e in genere - nella terminologia romana più antica - "iura praediorum" fanno allusione alla

situazione del soggetto attivo del rapporto, '*obligatio*', obbligazione, fa riferimento al dovere giuridico.

E infatti Gaio parla di *obligatio* e di *ipsium ius obligationis* per indicare il diritto soggettivo del creditore (Gai. 2, 14), ma poi, quando deve praticamente individuare questo diritto, lo identifica con '*quod mihi ab aliquo debetur*' (Gai. 2, 38), cioè dal punto di vista del dovere del debitore, che è ciò che concretamente riempie di contenuto l'obbligazione.

Altro profilo caratterizzante dell'esperienza giuridica romana fu, poi, quello di un rigoroso formalismo che contraddistingue il momento formativo del vincolo obbligatorio. Le parti che intendono obbligarsi al rispetto di talune prestazioni sono tenute a dimostrarsi consapevoli della serietà di quanto stanno facendo attraverso modalità particolari. I soli accordi che danno vita a rapporti vincolanti sono quelli formali: la forma usuale è la stipulazione, consistente nello scambio orale di domanda e risposta ove il promittente accetta inequivocabilmente la proposta avanzata dalla controparte. Sebbene sia possibile collegare due stipulazioni in modo che il promittente dell'una sia al contempo promissario dell'altra, di norma, ciascuna stipulazione rappresenta un atto unilaterale per il quale soltanto una parte, il promittente, è vincolato da esso.

Fu solo grazie all'opera dei canonisti che si affermò l'idea che una promessa fatta liberamente debba essere vincolante per il promittente, indipendentemente dalla presenza di un giuramento, purché sia sostenuta da uno scopo o da una ragione giustificativa seria.

2. Obbligazioni, diritti reali e contratto a confronto

L'obbligazione fa parte dei rapporti giuridici patrimoniali. E in questo ambito era già collocata dalle Istituzioni di Gaio: l'autore raccoglieva i diritti patrimoniali sotto la nozione di '*ius quod ad res pertinet*'.

Anche i diritti reali rientrano nell'ambito dei rapporti giuridici patrimoniali.

Il rapporto tra diritti reali e obbligazioni si pone, sotto un certo profilo, come rapporto tra fine e mezzo. La disciplina dei diritti reali concerne l'assetto stabile dei patrimoni (proprietà e diritti reali frazionari) e i modi per modificare tale assetto (modi di acquisto e trasferimento della proprietà, modi di costituzione e di estinzione dei diritti reali). Le obbligazioni costituiscono il mezzo per realizzare un certo assetto dei diritti reali.

Ad esempio, un trasferimento di proprietà si può realizzare come adempimento di un'obbligazione. L'atto di trasferimento è concepito dall'ordinamento come un atto causale: non produce effetti in assenza di una giusta causa. La causa dell'atto è normalmente fornita da un atto appartenente al diritto delle obbligazioni (ad esempio, un contratto preliminare da cui sorge l'obbligo di stipulare una vendita).

Le obbligazioni possono anche sorgere a posteriori rispetto all'atto di trasferimento della proprietà. È ciò che si verifica, ad esempio, quando manca la causa del trasferimento: sorge l'obbligazione restitutoria.

Nel codice civile francese, all'obbligazione fu riservato un ruolo secondario rispetto ai diritti reali: l'obbligazione rappresenta uno strumento per l'acquisto dei diritti reali, tant'è che, in omaggio all'insegnamento del Pothier, essa è collocata nel Libro III, rubricato "Dei differenti modi coi quali si acquista la proprietà".

Nell'abrogato codice civile italiano del 1865, conformemente al modello più autorevole dell'epoca rappresentato dal *code civil* francese, la disciplina dei rapporti obbligatori non fu raccolta in un autonomo Libro, ma costituiva soltanto una parte, benché la maggiore, del terzo ed ultimo Libro, intitolato "Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose". Anche l'impianto del codice del 1865 rifletteva una concezione del diritto civile per la quale la proprietà occupava ancora una posizione centrale, mentre gli altri istituti erano ridotti ad una funzione meramente ancillare dei diritti dominicali. Tale impostazione era, del resto, il riflesso di una struttura produttiva e sociale in cui l'agricoltura rappresentava

Le obbligazioni

ancora l'attività fondamentale ed in cui la proprietà della terra, in quanto fattore produttivo, svolgeva, di conseguenza, un ruolo determinante.

Il codice civile vigente non include più le obbligazioni tra i modi di acquisto della proprietà. Rispetto all'abrogato codice civile del 1865, il codice vigente rappresenta una radicale rivoluzione: al centro non v'è più l'idea di una proprietà, intesa in modo statico come potere di godimento sulle cose, ma l'attività produttiva dell'uomo. Si prende definitivamente atto del fatto che l'azione imprenditoriale si basa sul credito e si realizza attraverso rapporti obbligatori.

A ciò contribuisce la scelta di unificare in un unico corpus normativo i previgenti codici civile e commerciale; decisione che ha condotto al recepimento dei principi dell'esperienza commercialistica che ponevano alla base dei rapporti patrimoniali il credito e non più la proprietà.

Nel codice del '42, infatti, l'obbligazione civile si connota dei tratti di quella commerciale ispirata alle regole funzionali alla speditezza dei traffici, quali quella della naturale fecondità del denaro (art. 41 c. comm.) rifulsa nell'art. 1282, comma 1, c.c. oppure quella della presunzione di solidarietà passiva (art. 40 c. comm.) riemersa nell'art. 1294 c.c.

L'obbligazione, però, non solo si svincola definitivamente dalla proprietà, rispetto alla quale acquista autonoma rilevanza, perdendo quel ruolo ancillare che il codice francese le aveva attribuito, ma la sua disciplina è tenuta distinta anche da quella del contratto, rompendo in tal modo altresì il tradizionale vincolo di subordinazione rispetto a quest'ultimo.

La nuova dimensione assunta dall'obbligazione si è riflessa nella sistematica del codice civile vigente, il quale, a differenza del codice del 1865, disciplina l'obbligazione non più in relazione (e in funzione) della proprietà, ma in maniera autonoma (artt. 1173-1320).

L'autonomia conquistata dall'obbligazione, sotto il profilo sistematico, è il chiaro segno che il rapporto obbligatorio costituisce la forma tipica dei rapporti privati.

Ma proprio in quanto tale l'obbligazione, ancora oggi, rappresenta, nel suo insieme, il mezzo per assicurare all'autonomia privata la possibilità di costruire situazioni "giuste" di attribuzione patrimoniale, per correggere o eliminare le conseguenze dei trasferimenti ingiusti, per riparare i danni patrimoniali ingiustamente cagionati o sofferti.

Questo carattere strumentale dell'obbligazione è alla base di un'ulteriore sua funzione: quella di fornire alle parti la possibilità di porre attualmente in essere le premesse giuridicamente vincolanti di un assetto futuro. Ogni contratto ne può essere un esempio: si confronti l'antica vendita romana realizzata con *'mancipatio'*, scambio reale immediato di due proprietà (cosa e denaro), con la *'emptio venditio'* consensuale, scambio di obbligazioni il cui adempimento realizzerà la sostanza dello scambio reale.

3. Diritto di credito, diritto reale e diritto potestativo

Il rapporto obbligatorio è espressione di un diritto soggettivo di credito, avente natura di pretesa, cui corrisponde un obbligo del soggetto passivo, ossia il dovere di tenere un certo comportamento. L'obbligo si distingue dalla soggezione come il diritto di credito si distingue dal diritto potestativo: il diritto di credito, per essere soddisfatto, necessita della *cooperazione* dell'obbligato, a differenza del diritto potestativo.

In quest'ultimo l'interesse tutelato si realizza attraverso l'attribuzione di un potere cui corrisponde, dal lato passivo, una mera soggezione: il titolare può volere con effetto rispetto alla sfera giuridica del soggetto passivo, che non può e non deve fare nulla per la realizzazione dell'interesse del soggetto attivo e soltanto soggiace alle conseguenze della dichiarazione di volontà del titolare del diritto. L'effetto giuridico che determina la modificazione della sfera soggettiva si verifica come conseguenza dell'esercizio del diritto, senza che occorra alcuna collaborazione da parte del soggetto passivo.

Per i diritti reali non può invece parlarsi di una situazione di *rapporto*: non può esservi rapporto con tutti i terzi non titolari del diritto reale che in via di fatto potrebbero attentare al