

---

*Estratto*

# Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

---

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

## CAPITOLO PRIMO

### RAPPORTI OBBLIGATORI NELL'ORGANIZZAZIONE GIURIDICA

- I. STORIA, PENSIERO, RICOGNIZIONI ANTROPOLOGICHE. – 1. “E ora passiamo alle obbligazioni” (*“et nunc transeamus ad obligationes”*). – 2. Origini e trasformazioni in corso. – 3. Tracce del mutamento. Riforme dei codici civili e aspirazione a un *Common Frame* europeo. – 4. Senso del rapporto fra il debitore e il creditore. Memorie di definizioni antiche. – 5. “Qui per la prima volta si misurò persona e persona”. – 6. *Schuld*. Debito. Colpa. – 7. *Schuld. Haftung*. “Responsabilità personale”. “Responsabilità patrimoniale”. – 8. Obbligazioni che hanno per oggetto “prestazioni”. – 9. Obbligazioni che hanno per oggetto “relazioni”. – 10. Interessi del debitore e del creditore fra: attività di relazione; attività di prestazione; corrispondenti conformazioni secondo diritto. – II. SOGGETTI DEBITORI E SOGGETTI CREDITORI. MASCHERE E VOLTI DEL DIRITTO. CITTADINI E DEBITI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI. – 11. Limite dei privilegi e delle immunità non scritte nell’area delle obbligazioni pubbliche. – 12. Fonti legislative. – III. MUTAMENTO. COMPLESSITÀ. – 13. Vocazione transtemporale e sovranazionale. – 14. Riforme. Visione d’insieme. – 15. Considerazioni retrospettive. Il progetto italo-francese delle obbligazioni. – 16. Dal mito della “*raison écrite*” alla forza del dialogo fra le corti. – 17. Profili indicativi della difficoltà dei tempi. “Sovraindebitamento”. “Esdebitazione”. – 18. Contingenze pervase d’incertezze. Transizioni del pensiero e del metodo.

#### I – STORIA, PENSIERO, RICOGNIZIONI ANTROPOLOGICHE

1. “*E ora passiamo alle obbligazioni*” (*“et nunc transeamus ad obligationes”*).

*Et nunc transeamus ad obligationes* [...].

Questo famoso passaggio didascalico – che è associato al nome emblematico di Gaio – è di un’eloquenza magistrale: una sorta di annuncio privo di qualsiasi enfasi, in cui si avverte la percezione di una di quelle

“invarianze o invarianti” che hanno fornito l’ossatura basilare della cultura del diritto<sup>1</sup>.

“La disciplina delle obbligazioni già nel secondo secolo successivo a Cristo si presentava come un ‘sistema’”<sup>2</sup>.

I tempi e gli spazi del diritto non hanno integralmente mutato quel sistema in una sorta di reperto archeologico.

Si è anzi osservato come non siano mancati i perfezionamenti che hanno fatto assumere ai rapporti giuridici di debito e di credito “quell’aspetto di sorprendente naturalezza che è proprio delle cose più raffinate, uniche e irripetibili”<sup>3</sup>.

L’“invarianza”, che esprime la modernità dell’insegnamento remoto negli anni, sta nell’insuperata fusione del profilo della relazione umana con l’immagine di un vincolo che è qualificato dal diritto in termini al tempo stesso improntati a necessità e a cooperazione e in cui non vi è più traccia delle sanzioni che comportano un assoggettamento primitivo<sup>4</sup>.

Ben può dirsi, pertanto, come nella visione residuale della “prigionia per debiti”, la quale pure si è perpetuata sulla carta fino a lambire il secolo scorso, ebbero a sovrapporsi la tragicità di una condizione materiale imposta dal diritto e la coscienza di un anacronismo destinato a cadere in desuetudine anche in maniera indipendente da un’abrogazione testuale della coercizione legale<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Sulle “invarianti” si è soffermato – in una maniera che è rimasta esemplare e che trascende il comparto del diritto amministrativo fino a evocare scenari di teoria generale – M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, pp. 25-56. “Anche le dottrine più realiste non possono che muovere dal criterio di ricerca più diffuso: individuare, nella lettura del dato normativo, i caratteri costanti e invariabili dell’obbligazione”: F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1. *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2015, pp. 1-600; in particolare, p. 6.

<sup>2</sup> A. ZACCARIA, *Obligatio est iuris vinculum ... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2015, p. XVIII (nella prefazione).

<sup>3</sup> A. ZACCARIA, *Obligatio est iuris vinculum*, loc. cit.

<sup>4</sup> Quanto mai nitida è, in tal senso, la riflessione conclusiva, al tempo stesso storica e trans-temporale, di S. SCHIPANI, *Obligationes e sistematica. Cenni sul ruolo ordinante della categoria*, in *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti della Giornata di studi in onore del Professor Lelio Lantella* (Torino, 22 marzo 2013), Napoli, 2014 (consultato in Pdf elettronico on line), n. 10 (nota 207).

<sup>5</sup> In materia di “arresto per debiti” da tempo si parlava, nei casi residuali, di “desuetudine”. Suscitò pertanto scalpore una delle ultime decisioni, che quasi aveva il carattere di un’effimera riesumazione, proprio alla vigilia del codice vigente: App. Firenze, 5 agosto 1937: L. FERRARA, *Una inconcepibile riesumazione: l’arresto personale per debiti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1938, IV, cc. 18-48. Per un’informazione essenziale: L. RICCA, *Debiti (arresto personale per)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, pp. 740-744; M. D. SALONO, *Debiti (arresto personale per)*, in *Digesto, Discipline privatistiche, Sezione civile*, V, Torino, 1989, pp. 122-123. La storia giuridica è cosparsa di memorie ormai esaurite che è

## 2. Origini e trasformazioni in corso.

Nel sistema giuridico italiano (quale è stato codificato dapprima, nel 1865, in base al modello e alla cultura giuridica del codice civile francese e in seguito, nel 1942, anche in base al modello e alla cultura giuridica del codice civile tedesco, la quale influì, in maniera notevole e non meno notoria, sulla sistemazione attuale<sup>6</sup>), il rapporto giuridico di credito e di debito (l'obbligazione o rapporto obbligatorio: *obligation*, in lingua francese; *Schuldrecht*, in lingua tedesca) esprime a guisa di paradigma la compresenza, nell'attualità del diritto civile, di due forze che, con difficoltà crescente, tentano di comporre a unità i lasciti del passato e le urgenze del mutamento<sup>7</sup>.

Questa tensione si avverte in maniera palese nel quadro medesimo di un ordine giuridico che ormai: è notevolmente diverso rispetto alle sue origini; subisce una trasformazione accelerata; è coinvolto in un contesto di aumentata complessità<sup>8</sup>.

arbitrario legittimare in base a una pretesa razionalità immanente e che sarebbe ancor più assurdo richiamare pretestuosamente in vita. Fondamentali già furono, in una tale linea, alcuni celebri passi hegeliani: G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e diritto dello Stato*, a cura di Vincenzo Cicero (con testo tedesco a fronte), Milano, 1996, pp. 82-87. Per avere un'idea del tempo che passa nel diritto delle obbligazioni, si consulti, infine, a titolo indicativo, G. PRESTI, L. STANGHELLINI, P. VELLA, *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, in *A.g.e.*, 2004, p. 440 ss.

<sup>6</sup> Vano è il tentativo di fornire una documentazione aggiornata (per quanto selettiva). Si possono nondimeno segnalare alcune letture utili: fra queste, v. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, p. 1 ss. nonché E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, Torino, 2012, pp. 4-6. Cfr. B. INZITARI, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006. Per un commentario, si rinvia, nei singoli luoghi pertinenti, a V. CUFFARO (a cura di), *Commentario del Codice civile. Delle obbligazioni*, I-III, Torino, 2012-2013.

<sup>7</sup> Sulle obbligazioni fra tradizione e innovazione sia consentito un richiamo a U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, pp. 1-853, in particolare, pp. 1-21. La linea seguita in quelle pagine sarà tenuta presente, quando sia possibile, per comprensibili esigenze di coerenza e per avvalersi di una rassegna bibliografica e giurisprudenziale la quale sia già ragionata seppure con riguardo a un'epoca ormai lontana (s'intende che si citeranno, di volta in volta, le sole pagine che siano pertinenti all'argomento richiamato).

<sup>8</sup> F. GAMBINO, *Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, cit., pp. 1-27. Cfr. A. D'ANGELO, *Senso attuale e condizioni d'uso della disciplina generale delle obbligazioni*, in *Annuario del contratto*, Torino, 2009, p. 607 ss. Sul profilo unitario e sulla pluralità delle manifestazioni odierne, nella coscienza del mutevole tempo del diritto, si rinvia a G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, pp. 496-497. Per un confronto fra la nozione antica di "obbligazione" e il richiamo contemporaneo ai riflessi giuridici della diffusa istanza che si è soliti concentrare intorno all'immagine della "precauzione", v. E. DEL PRATO, *Precauzione e obbligazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, II, p. 1 ss.

La forza più antica è di natura dogmatica e ha notoriamente, come si è subito premesso, le sue nobili origini nella storia del diritto romano<sup>9</sup>.

L'altra forza non ha del tutto abdicato all'aspirazione di governare in maniera nitida e critica, non senza riflessi palesi nel diritto di formazione giudiziale, le trasformazioni imposte da un quadro normativo che:

a) è frammentario e in via di costante trasformazione;

b) trascende i confini del diritto nazionale (soprattutto nel contesto europeo);

c) spesso induce testuali modifiche – anche per quel che riguarda in particolare il diritto italiano – nella trama stessa del codice civile del 1942, tuttora in vigore.

Un settore dominante, nell'intera area della disciplina dei rapporti di debito e di credito, è notoriamente costituito, in una maniera di per sé intuitiva, dai debiti di somme di denaro, dall'introduzione della moneta di matrice europea sul finire del secolo ventesimo (*euro* in luogo della *lira* italiana fin dal 1° gennaio 1999) e dal peso – inconsueto e ridotto – dei pagamenti in denaro contante (art. 1277 c.c.). Per avere un'idea immediata delle metamorfosi, può anche bastare, per il momento, un confronto fra la disposizione sul saggio degli interessi pecuniari (art. 1284 c.c.) – quale si presentava nel testo dell'anno dell'entrata in vigore (1942) – e i cinque commi, nonché i rinvii a fonti ulteriori, di cui alla disposizione che vige, con la medesima numerazione, sul finire, ormai, del secondo decennio del ventunesimo secolo<sup>10</sup>.

### 3. *Tracce del mutamento. Riforme dei codici civili e aspirazione a un Common Frame europeo.*

Una prima idea delle tracce del mutamento sono costituite – in termini ancor più generali – dalle riforme del codice civile tedesco e del codice civile francese.

Si sa che la prima si è compiuta fra gli anni 2001 e 2002 (con la denominazione di *Modernisierung*<sup>11</sup>).

<sup>9</sup> Fra i saggi meno lontani negli anni – e per una documentazione essenziale – si tenga ancora presente, per esempio, S. SCHIPANI, *Obligationes e sistematica. Cenni sul ruolo ordinante della categoria*, loc. cit.

<sup>10</sup> V., amplius, Capitolo Sesto.

<sup>11</sup> La legge sulla modernizzazione delle obbligazioni è stata promulgata in Germania – com'è noto – il 26 novembre 2001. È entrata in vigore il 1° gennaio 2002. Per un quadro del decennio successivo alle importanti modifiche (per tal via apportate al codice civile

L'altra – anche questo è un dato di vasta notorietà – è ufficialmente in vigore, dopo la promulgazione nel 2016 – dal 1° ottobre del medesimo anno<sup>12</sup>.

Per quel che concerne il diritto delle obbligazioni italiano, non vi è dubbio che dei due nuovi modelli, pur fra loro diversi, debba continuare a tenersi conto, nel rinnovare un orientamento che si manifestò, come si è premesso, fin dalle prime origini del codice civile del 1942<sup>13</sup>.

Ha assunto un rilievo accentuato, già nel decennio che ha chiuso il secolo ventesimo e nei due decenni che hanno aperto il secolo successivo, anche il problema della determinazione di un quadro normativo che trascendesse i diritti degli Stati dell'Unione Europea, sullo sfondo della non facile ricerca del senso attuale di uno *ius commune*, pur tanto lontano dal suo paradigma storico: fra progetti di principii e di regole che dovrebbero conciliare tradizioni giuridiche difformi; nell'ardua ricerca di un sostrato unificante e di una conseguente armonia normativa<sup>14</sup>.

#### 4. *Senso del rapporto fra il debitore e il creditore. Memorie di definizioni antiche.*

Al tempo stesso si è perpetuata – e non ha visto affievolirsi la sua pregnanza originaria – la ricerca di una definizione del rapporto di credito-debito nel solco aperto da due passi testuali delle fonti del diritto romano: la cui celebrità è pari alla sintetica forza espressiva, lì dove confluiscono una chiarezza emblematica non disgiunta da una tensione la quale si confronta con una sorta di modernità transtemporale.

tedesco: BGB): J. SCHMIDT-RÄNSCH, *Zehn Jahre Schuldrechtsreform*, in *Zeitschrift für das juristische Studium* (2/5), 03/2012 (testo in PDF, consultato *on line*).

<sup>12</sup> Si rinvia alla *Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016. Il testo ufficiale si può agevolmente consultare *on line*: [www. Légifrance.gouv.fr](http://www.Légifrance.gouv.fr). L'art. 9 proclama che la riforma entra in vigore dal 1° ottobre dell'anno 2016. Le parole-chiave sono “modernizzazione” e “semplificazione”: si veda, infatti, la *loi* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015.

<sup>13</sup> Per esempio, e in breve, E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*: cit., pp. 4-6.

<sup>14</sup> I riferimenti principali sono da tempo molto noti e, ormai, sono stati anche ampiamente discussi. Ci si deve qui limitare, pertanto, a un richiamo essenziale: C. VON BAR-E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Full edition*, Munich, 2009, p. 4 ss. Per uno studio che tiene ampio conto della forza della tradizione: G. LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, 2010, p. 21 ss.

*Obligatio est iuris vinculum*<sup>15</sup> *quo necessitate adstringimur.*

Questa nozione dà un primario rilievo alla *giuridicità del rapporto (iuris)* e alla sua peculiare forza necessariamente vincolante (*vinculum*).

Il *Progetto ministeriale del libro delle obbligazioni-1940* (art. 1 del Progetto preliminare al codice civile del 1942) riprodusse nella sostanza quell'antico testo ("l'obbligazione è un vincolo in virtù del quale il debitore è tenuto verso il creditore"), precisando, in una maniera tuttavia palesemente generica, che un tale vincolo può consistere in una prestazione positiva o negativa.

Il testo di riferimento in lingua latina, invece, menzionava solamente il modello più comune che da sempre è ravvisato nella consegna di una cosa (*alicuius solvendae rei*)<sup>16</sup>.

Si deve rammentare che quel tentativo di definizione si completava con una disposizione immediatamente successiva nella quale il debito (*Schuld*) era posto in stretto collegamento con l'"assoggettamento" di tutti i beni del patrimonio del debitore all'esecuzione forzata promossa dal creditore (art. 2740 c.c.), ovvero con quella configurazione della "responsabilità" (*Haftung*) che è detta "patrimoniale" (art. 2 del Progetto preliminare al codice civile del 1942).

Maggiore fortuna ebbe l'altro testo nel quale si chiariva – in aperto conflitto con un passato di giuridico asservimento del debitore al creditore – quale fosse la sostanza del vincolo del debitore in quanto prestazione dovuta. *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum, vel faciendum, vel praestandum.*

Anche in tal caso il contenuto del vincolo, così delimitato, fu descritto in termini solamente indicativi, ma l'essenza di una relazione interpersonale – lungo una linea di mutamento radicale fra ere diverse del diritto – fu fissata in una maniera ormai netta<sup>17</sup>.

## 5. "Qui per la prima volta si misurò persona e persona".

Alcune famose pagine, che vanno ben al di là dei confini di una sapienza giuridica in senso stretto, meritano di essere, a questo punto,

<sup>15</sup> Non a caso l'enunciato in lingua latina figura nel titolo stesso di un'opera sui lineamenti del diritto delle obbligazioni: A. ZACCARIA, *Obligatio est iuris vinculum*, loc. cit.

<sup>16</sup> I, 3, 13, pr.

<sup>17</sup> U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., pp. 21-23.

rilette: sono altrettante prove esemplari del nesso di una cultura del diritto delle obbligazioni – fin dalle sue radici: che presuppongono scambi da cui originano vincoli di credito e di debito – con una cultura senza aggettivi, ove le notazioni elementarmente economiche, imperniate sulla razionalità “calcolante”, si associano a valutazioni interpersonali di natura morale; e dunque fra luci e ombre: scetticamente e realisticamente sommate a un'enfasi umanistica.

“Qui, per la prima volta, si misurò persona a persona [...] Stabilire prezzi, misurare valori, escogitare equivalenti, barattare [...] in un certo senso pensare è tutto questo: qui è stata coltivata la più antica sorta di perspicacia, qui si potrebbe supporre il primo [...] sentimento di primato rispetto agli altri animali” (*Mensch da Manes*).

L'uomo misura valori in quanto “animale apprezzante” in sé. “Compera e vendita sono più antiche [...] di qualsiasi forma di organizzazione sociale”.

E, a tal punto, si afferma un disincanto: che non perviene a cancellare l'enfasi sullo spregiudicato raziocinio dell'uomo che domina.

Precisa il filosofo: si giunse, ben presto, “con grossa generalizzazione, a tutto può essere comprato”.

L'uomo fissa i prezzi di tutto.

La sua peculiare animalità che lo muta nell'animale-uomo e fonda il rapporto di persona a persona è nell'*ap-prezzare*: in un metro di misura calcolabile, ove si manifesta la forma di razionalità più antica, il primato sul mondo animale, l'antioriorità – è davvero opportuno ripeterlo – rispetto alle più complesse organizzazioni sociali<sup>18</sup>.

Nel corso della rilettura, subito viene fatto di pensare, sia pure in maniera del tutto incidentale, al forte risalto che hanno avuto le ricerche antropologiche sul ruolo degli scambi di oggetti materiali all'atto delle primordiali comunicazioni e delle creazioni di nuovi legami (diversi dai rapporti parentali) fra gli uomini.

Soprattutto in seguito ai risultati delle notissime ricerche di Marcel Mauss, ampio è il consenso degli antropologi sul fatto che, in un primo tempo, i contatti e le relazioni presero la forma, anteriore alla nascita di un vero mercato, del dono, pur reciproco e pur differito<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*<sup>17</sup> (titolo originale: *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*), Milano, 2011, pp. 58-59.

<sup>19</sup> M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino, 2002 (titolo originale: *Essai sur le don*, Presses Universitaires de France), Paris, 1950.

S'intende che su questi profili, la cui rilevanza è comunque palese e tende a tramandarsi in altre forme ai giorni nostri, ben altri sono i contesti pertinenti, in vista di ulteriori analisi.

Nelle pagine filosofiche qui riassunte – le quali non si curano di più analitiche documentazioni antropologiche – alla forma giuridica privatistica dell'“obbligazione” strettamente s'intreccia la forma di merce nell'economia capitalistica.

Al baratto, il più arcaico degli scambi, è ricondotta la genealogia del diritto in quanto valore inventato da quell'unico animale che ha dato un prezzo a tutto e che, in tal modo, si è fatto uomo e *dominus* del mondo non umano.

Non ci vuol molto a notare, a tal punto, l'arbitrio filosofico a senso unico e a smascherarlo; eppure si resta colpiti da una sua forza latente; e, in parte, anche perdurante: una forza che non smette di farci pensare.

Si tratta, insomma, di una di quelle sintesi intelligenti che vanno bensì riconosciute ma che serbano un'efficacia critica più alta rispetto alle operazioni descrittive: quando queste siano di per sé adeguate; e tuttavia non riescano a sollevarsi al di sopra di una soglia di ripetitiva ovvietà.

Se si analizza più attentamente la trama di un consimile discorso, ci si accorge che l'“invenzione” sottesa – una delle poche, a dire il vero, per tramite delle quali la cultura senza aggettivi abbia degnato di attenzione il diritto nei suoi meccanismi costitutivi interni – può essere valutata da un duplice punto di vista.

Innanzitutto, sarebbe palesemente arbitraria la tentazione di quei lettori che identificassero con il baratto la radice unica del diritto, quasi che l'odierno, e non più egemone, contratto di permuta dei codici civili vigenti fosse l'unico fattore costitutivo dell'integrazione sociale umana secondo un modello giuridico.

È frutto senza dubbio di una trasposizione del tempo d'“Occidente” in un'indimostrata universalità cronologica e spaziale l'affermazione che tende – in una maniera se non altro implicita – a far coincidere il diritto con quella relazione fra cittadini che è senza dubbio centrale e quasi paradigmatica nell'insegnamento dei giuristi romani e dei sommi studiosi tedeschi, fino a diventare una sorta di emblema del diritto privato; e che in quest'ultimo, a sua volta, ravvisa il presupposto simbolico e concettuale del diritto in quanto tale.

In quest'ambito, davvero, l'ignoranza di quel che è avvenuto – e che continua a manifestarsi in altri contesti culturali e nei corrispondenti discorsi del diritto – porterebbe a deformazioni e a fraintendimenti molto gravi.

Ben più plausibile è, invece, un altro punto di vista: ossia, un orientamento che ravvisasse nel baratto – e, in seguito, nello scambio monetario – uno di quei fatti-gesti tanto comunicativi quanto muti che si sono dimostrati idonei alla costruzione di legami sociali.

Prese qui forma quella “vincolatività” reciproca che specialmente la cultura del diritto ha reso ampiamente nota.

Su di un tale piano, sono senza dubbio numerose le conferme nei pertinenti settori di ricerca.

## 6. Schuld. Debito. Colpa.

Non si deve trascurare, per giunta, un ulteriore e singolarissimo punto di vista.

Si allude al ruolo che il diritto, in tal modo concepito, avrebbe addirittura avuto nella “genealogia della morale”, a tal segno da capovolgere il luogo comune opposto secondo cui, semmai, sarebbe il diritto a derivare dagli imperativi religiosi e morali.

Questa volta si fece leva soprattutto su di un ordine di argomentazioni che non aveva pretese antropologiche e giuridiche poiché esprimeva una vocazione più schiettamente filologica e linguistica.

In breve, il discorso si concentrò, com'è noto, sul duplice significato del termine *Schuld* nella lingua tedesca: “debito” e “colpa”.

Ebbene, chi aveva già identificato nel “baratto” in un senso grossolanamente antropologico – oltre che in un senso economico e sociale – l'origine del diritto, ora, in un senso linguistico, faceva di *Schuld*, “debito” (da cui deriva, in lingua tedesca, il diritto delle obbligazioni: *Schuldrecht*, quale costruito giuridico interumano che, per definizione, sarebbe primario nel tempo storico, e dunque sarebbe anche universale), l'origine di *Schuld*, “colpa”, in senso morale.

Dal dovere-diritto giuridico nascerebbe, insomma, la morale umana stessa in quanto dovere pur autonomo dal vincolo del diritto.

Qui, e forse qui soprattutto, la fantasia del pensiero sale, ancorché dalla sua concretissima base lessicale, a un vertice congetturale che pare addirittura acrobatico.

C'è tuttavia, anche in tal caso, un'intuizione che, in una ben altra cornice, avrà fortuna a lungo nelle teorie del diritto.

L'idea è che il dovere intersoggettivo vincolante sulla base di una norma autonomamente posta è già “diritto”, in una maniera indipendente dal fatto

che gli uomini abbiano elaborato un linguaggio del tutto adeguato al fine di esprimerne il concetto.

La specificità della deontologia giuridica non eteronoma è stata variamente concettualizzata nella storia del pensiero giuridico; e costituisce un passaggio centrale di una gran parte delle discussioni teoriche d'Occidente.

Vi è chi la pone addirittura a fondamento della morale; e non si perita di attingere, in una maniera geniale quanto incontrollabile, a un sapere composito: nel quale confluiscono, oltre alla scienza giuridica del tempo e all'antropologia, le spregiudicate analisi del linguaggio giuridico e del linguaggio ordinario.

Basta una lettura sommaria per notare immediatamente, per giunta, che si va ben oltre i punti di contatto – senza dubbio non del tutto consapevoli – che una tale linea ideale parrebbe avere con talune dispute teoriche (a quanto pare, non completamente esaurite) sul concetto stesso di diritto quale espressione di una vincolante normatività: sia essa stessa diffusa fra gli stessi destinatari ovvero sia a costoro unilateralmente imposta da un potere dominante.

Con un'ulteriore mossa sorprendente, che capovolge il processo già notoriamente descritto nei termini di una reificazione e di una mercificazione dei rapporti umani, si afferma che lo scambio fra le cose crea la relazione fra le persone; e non sorprende, allora, che tutto, a quel punto, si muti in merce: che tutto quel che è apprezzabile, in base ai desideri dell'uomo, sia, come tale, ap-prezzato, fino a includere il corpo dell'altro uomo; e ciò proprio nel senso lessicale di corpo calcolabile o calcolato sulla base di un prezzo.

La conclusione è nel senso che non solamente il diritto ma la giustizia stessa nasca, sua volta, sulla scia di un accordo giuridico contrattuale concretissimo (e non già ideale e fittizio, come fu nella tradizione giusnaturalistica).

In quei patti umani si compongono – e trovano una misura definita in forma di prezzo – gli interessi in conflitto; non vi è più ragione di far dipendere le relazioni giuridiche umane soltanto dallo scambio diretto e reciproco fra le cose.

In maniera perentoria, l'analisi si chiude con il rendere palese quel che la genealogia della giustizia prodotta dal diritto contrattuale e mercantile presupporrebbe senza scampo alcuno: un dominio palesemente diseguale che diventa «obbligazione», rapporto di debito e di credito<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> I confronti, nella storia del pensiero, sono intuitivi. Inevitabile, seppure in tutt'altra prospettiva, è – ben s'intende – il richiamo a K. MARX, *Il Capitale*, Roma, 1964.

La riflessione giuridica ha, nondimeno, una vocazione necessariamente più analitica; e, anche quando si apre alle sintesi in apparenza più spregiudicate, si grava di un onere della prova che ha nelle distinzioni, di volta in volta basate sui fatti, il suo nucleo costante<sup>21</sup>.

L'invarianza del rapporto di credito e di debito si comprende pienamente, infatti, solamente a condizione di non eludere l'insopprimibile intreccio della cultura giuridica con le variazioni della cultura complessiva e delle sue articolazioni: sia in un senso ricognitivo sia in una cornice di pensiero ideale e critico<sup>22</sup>.

## 7. Schuld. Haftung. "Responsabilità personale". "Responsabilità patrimoniale".

Se il debitore violi l'obbligo di cui è titolare (non esegua la prestazione dovuta o l'esegua in una maniera non conforme al contenuto e il comportamento a lui medesimo sia imputabile), il creditore conserva un diritto all'adempimento che – se la prestazione sia ancora possibile o utile – si rinnova, sebbene sia vivo un conflitto di opinioni sulla più puntuale sua qualificazione nei termini di una pretesa a un *adempimento in natura* ovvero di un *risarcimento in forma specifica*<sup>23</sup>.

A una tale pretesa *si aggiunge*, quando già esistano gli estremi di un danno, una domanda di risarcimento.

Deve qui precisarsi che questa ricostruzione è fortemente contestata già per il fatto che la stessa non si fonda su disposizioni testuali ma trae alimento dalla deduzione sistematica di altrettante norme implicite.

Se la prestazione non sia più possibile o utile e la causa sia imputabile al debitore, all'obbligazione – che ormai è definitivamente e irreversibilmente

<sup>21</sup> Ricca di spunti è la linea di ricerca sui temi del debito e della colpa – nella cornice dello scambio mercantile e della crisi finanziaria degli anni 2007-2008 – quale è stata tracciata da E. STIMILLI, *Debito e colpa*, Roma, 2015, pp. 29-39. Le ormai remote riflessioni di Marx e di Nietzsche assumono un significato che è privo di qualsiasi intonazione opposta – celebrativa o di parte – ma neppure si conciliano con rimozioni pregiudiziali.

<sup>22</sup> Ricorrente è la tentazione di collocare in soffitta il diritto delle obbligazioni "nei baule dei ricordi". Del tutto immune da questo modo di pensare e di sentire si è dimostrato, con accenti molto netti, A. ZACCARIA, *Obligatio est iuris vinculum*, loc. cit.

<sup>23</sup> A. DI MAJO, *Adempimento e inadempimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Rivista di diritto civile*, 2006 e in *Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista – Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Padova, 2007, p. 67 ss., p. 71 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 526 ss. e pp. 529-530; A. MIOTTO, *Note per uno studio sull'azione di condanna*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, 1911 ss.

inadempita in quanto tale – *succede* (si suole pur dire notoriamente che “*si sostituisce*”), un *obbligo di risarcimento* il quale costituisce una modificazione o “conversione” dell’obbligo primario, a cui un tale obbligo è pur sempre strettamente legato, poiché in ogni caso si commisura, sia pure nell’*equivalente in denaro*, all’interesse del creditore.

Questa previsione, a sua volta, non è in sé confutabile, poiché è testuale, sebbene ciascuno dei suoi termini sia stato oggetto, notoriamente, d’interpretazioni tutt’altro che unanimi (art. 1218 c.c.).

In questa fase il fenomeno già suole essere descritto in termini di *responsabilità*, con la precisazione che si tratta – come si legge nella rubrica dell’art. 1218 c.c. – di *responsabilità del debitore* (imputabile a lui e, in tal senso, *personale*).

Va subito premesso inoltre – in attesa di approfondire l’argomento in una sede più opportuna – che si parla comunemente, in tal caso, di una *responsabilità contrattuale*, quasi che l’obbligo inadempito avesse sempre la sua fonte nel contratto (la qual cosa, invece, è sicuramente da escludere, sebbene il contratto sia una delle fonti più significative).

Come si avrà modo di precisare, infatti, il contratto è sicuramente la fonte a cui è stato dato un rilievo eminente ma non è l’unica fonte delle obbligazioni (art. 1173 c.c.).

In breve, dunque, una tale qualificazione ancora è usata, notoriamente, per distinguere la responsabilità che presupponga la violazione di un obbligo dalla responsabilità che ne prescinda. La seconda, com’è risaputo, è qualificata “extracontrattuale”.

La prima – per contrasto, per tradizione e per brevità – è qualificata “contrattuale” (la parte, insomma, sta qui per il tutto, secondo i caratteri che sono propri di quella nota figura retorica a cui si dà il nome di *sineddoche*).

L’enunciato *responsabilità patrimoniale* è pure testuale, com’è non meno noto, nel codice civile (già compare, infatti, in apertura del titolo terzo del libro sesto relativo alla tutela dei diritti e, in particolare, nella rubrica dell’art. 2740 c.c.).

L’art. 1218 c.c. tenta di definire in termini generali l’*an* (il *se*) della *responsabilità di risarcimento del danno del debitore*.

L’art. 2740 c.c. tenta di definire in termini non meno generali l’area dei *beni con i quali il debitore inadempiente è tenuto a soddisfare* i suoi *creditori* (e il plurale è già indicativo, poiché si dà risalto in via immediata a un fattore distintivo fondamentale: la destinazione dei beni al soddisfacimento di tutti i creditori: un soddisfacimento paritario – “eguale diritto di tutti” – sempre che non vi siano “cause legittime di prelazione”: art. 2741 c.c.,

il quale è notoriamente intitolato al “concorso dei creditori e alle cause di prelazione”).

Il termine *responsabilità patrimoniale* designa la nascita di un vincolo sui *beni* del debitore in quanto debitore.

I *beni* richiamano, in maniera palese, il concetto di *patrimonio*.

A sua volta, una responsabilità associata al patrimonio assume un significato ben distinto, anche in maniera intuitiva, dall'immagine consueta di una responsabilità che chiama direttamente in causa il concetto di *imputabilità* degli effetti a un soggetto giuridico.

Il vincolo del patrimonio (che è stato descritto nei termini di una legale *garanzia generica* dei creditori) assume qui note peculiari: è *universale* (comprende tutti i beni non solamente *presenti* ma anche *futuri* del debitore); *ammette limitazioni solo nei casi stabiliti dalla legge* (art. 2740, 1° comma, c.c.).

Si tratta, inoltre, di un vincolo da studiare per fasi, poiché: *assiste il rapporto obbligatorio fin dal suo nascere in forme cautelari* (azioni surrogatoria, revocatoria, sequestro conservativo: art. 2900 ss. c.c.); e, soprattutto – se il debitore neppure adempie l'obbligazione nella quale si è convertito il debito primario che egli stesso ha definitivamente violato – *dà ingresso alla procedura di esecuzione forzata sui beni che fanno parte del patrimonio del debitore*.

Quest'ultima è la fase “finale”.

A tal punto, il fenomeno prende un chiaro volto “potestativo” che è strutturalmente diverso, per definizione, dall'obbligazione, cosicché ogni approfondimento fu tradizionalmente compiuto in una ben diversa, e pertinente, sede.

Il creditore si avvale, infatti, di un *potere*, il cui esercizio tende, nei limiti del possibile, a soddisfare in via coattiva l'interesse leso.

Il debitore versa in una corrispondente situazione giuridica di *soggezione*.

La distinzione fra il piano del *debito* (quale *vincolo interpersonale* che è irriducibile a un vincolo sulle cose, quand'anche un primario rilievo sia attribuito alla valutazione economica della prestazione e al corrispondente requisito che ha preso il nome di *patrimonialità* della stessa: art. 1174 c.c.) e il piano della *responsabilità patrimoniale* (quale *vincolo sui beni del debitore*) è, dunque, netta.

Alla vigilia dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, il legislatore ha resistito, non a caso, alla tentazione di accostare alla definizione dell'obbligazione quale *iuris vinculum* del debitore il riferimento alla responsabilità “con tutti i suoi beni” (non sono stati riprodotti,

come si è accennato, gli artt. 1 e 2 del *Progetto ministeriale al libro delle obbligazioni-1940*).

Questo non significa, tuttavia, che l'intera tradizione di pensiero la quale si è per tanti anni interrogata sul rilievo reciproco del debito (*Schuld*) e della responsabilità (*Haftung*) fosse frutto di una sorta di fraintendimento concettuale.

Al contrario deve dirsi che alla base vi era l'esigenza – tutta pragmatica – di non distogliere mai lo sguardo dall'effettività dell'apparato procedimentale di tutela dei crediti e dal suo nesso costante con il piano del concetto giuridico di quel che è dovuto e dei mezzi diretti a conseguirlo con pienezza pur nei limiti che i presupposti di fatto consentano.

I profili della coercibilità dell'azione di condanna e dell'azione esecutiva seguono, dunque, come un'ombra il debito dall'origine al destino finale.

Comunemente si legge, infatti, nella letteratura giuridica di lingua tedesca: *wer schuldet, haftet auch*<sup>24</sup>.

## 8. Obbligazioni che hanno per oggetto “prestazioni”.

Il concetto di *relazione* qualifica in maniera essenziale l'obbligazione, in quanto vincolo giuridico intersoggettivo la cui violazione comporta le conseguenze che sono dettate, nel codice civile italiano, dalle disposizioni degli artt. 1218-1229 (“responsabilità contrattuale”)<sup>25</sup>.

L'insegnamento tradizionale si è mantenuto in linea – fino a tempi non remoti – con una definizione del contenuto della relazione fra il debitore e il creditore che ha il suo fulcro testualmente definito nella prestazione, quale comportamento strumentale dell'uno rispetto al soddisfacimento dell'interesse dell'altro, in virtù di un collegamento qualificabile nei termini di un risultato oggettivo a sua volta culminante nella nozione di adempimento.

Alla prestazione nel suo complesso si fa riferimento, infatti – fin dalla seconda delle disposizioni codificate in termini generali – in quanto “oggetto dell'obbligazione”: che, notoriamente, è qualificato altresì dal requisito di una necessaria “patrimonialità”, in relazione all'attività dovuta,

<sup>24</sup> L'intuibile entità della documentazione induce a evitare ogni tentativo di fornire e di aggiornare le necessarie informazioni, sia pure con finalità soltanto indicative. Cfr. comunque, per un esempio di rassegne ragionate, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, loc. cit.

<sup>25</sup> C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 55 ss.

nonché dall'indipendenza da una tale valutazione, con riguardo all'interesse del creditore e al suo soddisfacimento (art. 1174 c.c.).

L'essenzialità della relazione, inoltre, ha senza dubbio un raggio applicativo – ancorché senza dubbio un raggio ben più limitato – in un ordine di vincoli che non hanno come contenuto una prestazione patrimonialmente qualificata dal lato del debitore.

Non si parla, infatti, di rapporto di debito e di credito, e dunque di obbligazione, con riguardo – si rifletta a uno dei primi esempi che possono venire in mente – a un legame reciproco di collaborazione di natura non economica nella vita domestica delle famiglie, sebbene non vi siano contestazioni in merito alla qualificazione in termini di obblighi giuridici (e quali che siano le dispute sulla responsabilità e sulle sanzioni conseguenti a una violazione rilevante: art. 143 c.c.).

Il ricorso a un lessico generico che è esplicito nell'usare il riferimento a una reciprocità di “doveri” (e di diritti) presuppone un quadro solidale ben individuato – e come tale si richiama a una visibilità peculiare di contenuto latamente morale – ma rientra pur sempre nella nozione giuridica che corrisponde senza divergenze a una reciprocità di “obblighi”.

Il confine che separa l'area delle “obbligazioni” dalla distinta sfera che include quella categoria di “obblighi” (i quali non hanno un nesso necessario con un comportamento qualificabile nei termini di una “prestazione patrimoniale”) è, dunque, di per sé sufficientemente predeterminato<sup>26</sup>.

## 9. Obbligazioni che hanno per oggetto “relazioni”.

Uno scenario diverso si è dischiuso – sia nel pensiero giuridico sia nelle decisioni giudiziali – in seguito all'individuazione di un genere di vincoli che sarebbero rilevanti giuridicamente nei termini di una responsabilità contrattuale, sebbene si tratti di obbligazioni che sono prive di un contenuto “primario” di prestazione<sup>27</sup>.

Quest'orientamento d'idee nasce nella linea di un attento confronto con la cultura tedesca del diritto civile, con gli ultimi suoi sviluppi, e con le tracce che sono visibili nel codice civile, fin dall'anno 2001, dopo la riforma all'insegna della *Modernisierung* (“modernizzazione”).

<sup>26</sup> U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, loc. cit.

<sup>27</sup> A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 1999, p. 441 ss.

---

*Estratto*

# Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

---

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer