

Andrea D'Angelo

Note storiche sulla dottrina generale delle obbligazioni

SOMMARIO: 1. La cultura delle regole – 2. Il problema della coercibilità delle obbligazioni nel diritto comune – 3. L'opera di Pothier come momento di transizione dal diritto comune alla codificazione – 4. Il *code civil* – 5. La dogmatica tedesca del secolo XIX. Il pensiero di Savigny e di Windscheid – 6. Le concezioni patrimoniali dell'obbligazione nella dottrina tedesca – 7. La dottrina italiana nella vigenza del codice del 1865. La tradizione, il modello francese, le teoriche degli autori tedeschi – 8. Lo sviluppo del dibattito nella dottrina italiana sotto il codice del 1865 – 9. *Segue*. I prodromi della codificazione del 1942 e della dottrina successiva.

1. *La cultura delle regole*

Non ho avuto esitazione nella scelta del tema di un dialogo con Guido Alpa e della sua opera da assumere a riferimento: “*La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*”. Non è, del resto, che la prosecuzione di una lunga consuetudine di condivisione di interessi e di letture, e di colloqui effettivi con Guido.

L'attenzione del civilista alle vicende storiche non deve cedere alla tentazione di avventurarsi in indagini di storia del diritto, ma piuttosto orientarsi alla ricerca, dall'angolazione propria dello studioso di diritto attuale, delle tracce, remote e prossime, degli elementi costitutivi di questo. La naturale insicurezza circa la propria legittimazione e il possesso degli strumenti, di conoscenza e di metodo, per una ricerca di carattere storico e la consapevolezza delle improprietà che possono derivare dalla proiezione di modelli e linguaggio contemporanei, secondo i quali si manifestano i propri interrogativi, in ambienti culturali diversi e lontani, nei quali tuttavia ci pare di riconoscere i segni di un'ascendenza familiare, trovano peraltro qualche conforto nella considerazione di una certa attitudine privilegiata del civilista all'interpretazione di fenomeni del passato come generatori di diritto e di dottrina del presente.

Ne “*La cultura delle regole*” ho ritrovato alcune pagine fondamentali sulla civilistica italiana a cavallo del XIX e del XX secolo, nutrita della tradizione

di diritto comune, dell'esperienza della codificazione francese e della dottrina dei commentatori del *code civil*, dei rinnovati studi romanistici, ma scossa, e conquistata o inquietata, dall'irrompere nella cultura italiana dei dogmi e del metodo della pandettistica tedesca, e tuttavia infiltrata dai fermenti innovatori del socialismo giuridico e dai germi di istanze antiformalistiche.

Il dialogo con Guido Alpa che propongo in queste pagine si sofferma su questa fase della vicenda della civilistica italiana, alla confluenza di queste esperienze di diversa matrice, anche molto risalenti, eleggendo come tema specifico, e paradigmatico, quello della disciplina e della teoria generale delle obbligazioni – al quale mi sto dedicando nell'ambito di una più ampia ricerca destinata al Trattato Cicu-Messineo¹ – e segnatamente quello della coercibilità e dei mezzi di coercizione dell'adempimento, cruciale rispetto alla costruzione delle situazioni giuridiche soggettive dell'obbligato e del creditore.

2. Il problema della coercibilità delle obbligazioni nel diritto comune

Gli interpreti del diritto comune² sembrano muovere dal riconoscimento della mancanza di rimedi, generalmente applicabili a tutti i rapporti obbligatori, che consentissero l'effettiva coazione della condotta dell'obbligato, la cui esecuzione, nonostante il vincolo giuridico, restava rimessa alla sua volontà. Si distinguevano, allora, le ipotesi in cui ciò che il debitore doveva fosse *certum* o *incertum*, potendo solo nel primo caso, nel quale era dovuta una somma di danaro o una cosa determinata, esperirsi un'azione (che sembra trovasse la sua ascendenza nella *condictio certi*) che potesse consentire al creditore il conseguimento della cosa dovuta (sempreché, ovviamente, l'esecuzione risultasse fruttuosa); mentre nelle obbligazioni di fare, giacché *nemo ad factum praecise cogi potest*, il soddisfacimento del creditore, in caso di inadempimento, poteva normalmente seguire solo mediante il conseguimento del *quod interest* – determinato con la *aestimatio rei* (oggi diremmo della prestazione) – per effetto del pagamento del debitore o dell'escussione del suo patrimonio.

L'affermazione di questa regola relativamente alle obbligazioni di

¹ *Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*.

² Nella povertà di ricerche storiche sulle fonti che offrano un'organica ricostruzione di orientamenti dottrinali e prassi giurisprudenziali sulle questioni che mi accingo a trattare, ho dovuto affidarmi a un diretto scrutinio che, pur sommario, appare sufficientemente rappresentativo.

fare è rappresentata come orientamento prevalente³, o quale *communis opinio*⁴. Ma il tema fu invero tra i più controversi in materia di obbligazioni, fu oggetto di aspro dibattito e il quadro delle questioni appare ben più complesso, con riflessi anche sulle obbligazioni di dare cose determinate (in particolare sulla coercibilità dell'obbligazione di *traditio* del venditore)⁵; e le opinioni si articolavano in distinzioni, in eccezioni ed estensioni⁶.

³ CHRISTINAEO, *Practicarum quaestionum rerumque in supremis belgarum curiis decisiones*, Antuerpiae, 1636, I, pp. 507 ss., dec. CCCXXIII (e CCCXXIV).

⁴ TURZANO, *Communes opiniones*, in AAVV., *Receptarum sententiarum*, Venetiis, 1569, p. 11, XXXIX; TUSCHI, *Practicarum conclusionum iuris*, t. V, Roma, 1606, sub O, concl. XLIII, nn. 2 ss. (pp. 1014 ss.); MOLINA, *De iustitia et iure*, t. II, Moguntiae, 1659, *Tract.* II, disp. 562.

⁵ Il dissenso in proposito veniva fatto risalire ai glossatori, attribuendosi a MARTINO la tesi della coercibilità del *facere* e in particolare della *traditio* del venditore, a BULGARO quella opposta e l'affermazione della facoltà del debitore (e in particolare del venditore tenuto alla *traditio*) di liberarsi prestando il *quod interest*; v. al riguardo ACCURSIO, alle glosse *Agiur* a D. 19, 1, 1 e *Obigationibus* a D. 42,1, 13, 1.

⁶ Nella letteratura di diritto comune le citazioni di altri autori sono spesso state ordinate secondo una contrapposizione schematica improntata alle ricordate originarie formulazioni, ma in realtà la varietà delle opinioni, ben più articolate e variegate (segnatamente con riguardo alla peculiarità del problema della coercibilità dell'obbligazione di *traditio* del venditore), non si presta a essere costretta entro questi termini, tanto che vengono a volte citati a favore della tesi della coercibilità autori che, quantomeno in linea generale, affermano il contrario. Inoltre, l'evoluzione storica dei contesti socio-economici e culturali, dell'ordinamento processuale e delle concezioni sottese alle dottrine suscitano riserve sulla reale continuità delle soluzioni tecniche, peraltro influenzate dalla costante considerazione di ragioni pratiche relative alla concreta possibilità di assicurare effettività alla tutela in forma specifica delle diverse situazioni creditorie. Con queste avvertenze e, quindi, con larga approssimazione, possono annoverarsi tra i tanti fautori dell'affermazione, in linea generale, dell'incoercibilità delle prestazioni di fare e della loro conversione nell'*id quod interest*: BARTOLO, *Comm. in secundam Dig. Nov. partem*, lib. XLV, *de verborum obligationibus*, lex LXXII; BALDO, *Comm. in secundam Dig. Nov. partem*, lib. XLV, *de verborum obligationibus*, lex LXXII, *Stipulationes*, § *si quis ita* e lex LXXXIV, *si unsulam*; P. di CASTRO, *Comm. in primam Dig. Vet. partem*, lib. II, tit. V, lex III, *Cum quis*, n. 4; ALCIATO, *Comm. in aliquot tit. septimae digestorum partis, de verborum obligationibus*, lex LXXII, nn. 69 ss.; DUARENO, *In septimam digestorum partem, si insulam*; ID., *Regulae iuris, sententiae ac loci communes, ad vocem factum*; DONELLO, *Commentariorum de iure civili*, in *Opera Omnia*, t. IV, Lucae, 1764, lib. XV, Cap. III, pp. 30 ss.; PAPONIO, *Corpus iuris francici*, Genevae, 1624, lib. X, tit. I, n.3; VOET, *Commentarius ad pandectas*, t. VI, Neapoli, 1781, lib. XLV, tit. I, *de verborum obligationibus*, § 8, p. 157. E, nella letteratura consiliare, CRAVETTA, *Consiliorum*, t. I, Francofurti ad Moenum, 1611, *Responsum pro genero*, pp. 29 s., nn. 280 s.; CORNEO, *Consiliorum sive responsorum*, IV, Venetiis, 1582, *Consilium CCLVI*, p. 245; FACHINEO, *Controversiarum iuris*, Venetiis, 1609, lib. I, cap. VIII, c. 140 e lib. VII, cap. LX, c. 917. E v. le *decisiones* della Sacra Rota Romana 17 maggio 1595, in ZACCHIA, *De obligatione camerale*, Roma 1647, parte II, pp. 34 s., dec. XLIV; 3 giugno 1647, in *Sacrae*

Così, ci si domandava se le regole relative alle obbligazioni di fare non dovessero applicarsi anche a quelle di dare cose determinate (nel senso del trasferimento della proprietà o della costituzione o del trasferimento di altro diritto sulla cosa), giacché per l'adempimento delle stesse con la realizzazione dell'effetto traslativo occorre la *traditio*, e questa, seppur concernente una cosa determinata, richiedeva una condotta di fare e la volontà del debitore. E assumevano rilievo pratico al riguardo le circostanze concrete relative alla possibilità effettiva di esecuzione – esclusa dall'eventuale altruità della cosa o dall'eventuale insussistenza del possesso del debitore sulla medesima – o alla pratica surrogabilità della condotta del debitore, connessa all'eventuale infungibilità della sua prestazione personale.

Al riguardo, non mancava di distinguersi l'adempimento di un'obbligazione restitutoria, che implicava la consegna di una cosa che già apparteneva al creditore, da quello di altra obbligazione di dare che concerneva cosa appartenente, fino alla *traditio*, al debitore, come nel caso della vendita. Su quest'ultimo si formarono autorevoli orientamenti derogatori – pur con la precisazione di distinzioni e di eccezioni alla deroga – della regola generale dell'incoercibilità delle obbligazioni di fare (intesa come comprensiva del *facere* consistente nella *traditio* della cosa volta a determinare il trasferimento della proprietà della stessa)⁷, che peraltro non mancarono di produrre dubbi o equivoci circa l'effettiva operatività e ambito della medesima.

Ci si domandava altresì, riguardo alle obbligazioni di fare – o a quelle che dovessero essere a esse assimilate rispetto ai rimedi esperibili – se costituisse solo diritto del creditore di optare per il pagamento del *quod interest*, invece che per l'adempimento in forma specifica, ovvero fosse facoltà dell'obligato liberarsi mediante il pagamento del *quod interest*; o se fosse la mora del debitore a determinare la conversione dell'originario oggetto della sua obbligazione nel pagamento del *quod interest*, e se la mora potesse essere purgata, mediante tale pagamento, fino alla *litis contestatio*.

Inoltre, il tema della conversione dell'obbligazione originaria in quella

Rotae Romanae Decisionum Recentiorum, X, Venetiis, 1697, *Decisio* LXVI, pp. 119 ss., nn. 7 s.; 4 luglio 1694, in ALBIZI, *De inconstantia iudicis*, Roma, 1698, parte II, pp. 112 ss.; e quelle del *Parlement de Grenoble* 12 settembre 1460 e 11 luglio 1585, in *Dictionnaire des arrêts*, Paris, 1727, t. IV, voce *obligation*, pp. 656 s.

⁷ BARTOLO, *op. loc. cit.*, nn. 8-17; VINNIO, *Commentarius in quattuor libros Institutionum Imperialium*, III, 23. Osserva al riguardo MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, pp. 23 e 33, che nell'opinione di Vinnio, il quale «scrive nel clima del giusnaturalismo incipiente» (p. 33), assume spiccato rilievo la specificità della *traditio*, legata al problema dell'effetto traslativo e concernente la cosa, rispetto alle altre prestazioni di fare, la coercizione delle quali suscita la preoccupazione della tutela della persona e della sua libertà.

di pagare l'*id quod interest* si intrecciava con quello dell'indivisibilità della prestazione, e il primo veniva spesso affrontato nell'ambito della trattazione del secondo, suscitando l'interrogativo se il pagamento dell'equivalente monetario conservasse o meno il carattere di indivisibilità proprio dell'originaria prestazione di dare o di fare. E si ammettevano eccezioni al principio dell'incoercibilità del *facere* qualora il debitore avesse prestato giuramento e nel caso in cui l'obbligazione derivasse dalla legge, e non da contratto o da testamento⁸.

La generale recezione del diritto romano delle obbligazioni nell'Europa continentale, che interessò oltre ai "*Pays de droit écrit*" anche - come *ratio scripta*, se non come diritto positivo vigente - i "*Pays de droit coutumier*"⁹, comportò dunque anche l'acquisizione di questo lascito problematico relativo ai rimedi creditorî, che le definizioni di *obligatio* del *Corpus iuris*¹⁰ non aiutavano a risolvere.

3. L'opera di Pothier come momento di transizione dal diritto comune alla codificazione

Come è noto, il *Traité des obligations* di Pothier, pubblicato nel 1761, costituisce il passaggio cruciale, influenzato anche dalle dottrine giusnaturalistiche, tra il diritto comune e quello che sarà poi trasfuso nel *Code civil*.

Con specifico riferimento alle prestazioni di fare e non fare, si enuncia il requisito dello "*intérêt appréciable à prix d'argent*", monetariamente valutabile, del creditore (requisito che appare ritenuto intrinsecamente sussistente nelle prestazioni di dare, che implicano un valore della cosa): diversamente, non potendo risulterne, in caso di inadempimento, "*dommages et intérêts*" a favore del creditore, difetterebbe la giuridicità del vincolo, in

⁸ Queste diverse questioni, e la loro varia soluzione, risultano già dall'esame dei testi degli Autori, della letteratura consiliare e delle decisioni citati alla nota 6, oltre ai quali v. almeno AZONE, *Summa codicis*, lib. IV, tit. XLVII, nn. 9-10; DUMOULIN, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, *Opera Omnia*, t. III, Parisiis, 1681, 99, spec. n. 69 e 163, n. 319; FABRI, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, t. II, Lugduni, 1658, Decad. LXXXV, Error I; MOLINA, *op. loc. cit.*

⁹ ASTUTI, *Obbligazioni (storia), b) Diritto intermedio*, in *Enc. Dir.* XXIX, Milano, 1979, 126

¹⁰ Mi riferisco a Istituzioni (3, 13 pr.): «*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*»; e a Digesto (44,7,3 pr.) «*Obligatio substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*».

quanto il debitore potrebbe impunemente non adempiere¹¹. L'affermazione di tale requisito già rivela l'opinione, successivamente esplicitata nella trattazione dell'effetto delle obbligazioni di fare e non fare, che la coercibilità di tali obbligazioni sia affidata alla condanna del debitore inadempiente alla prestazione dell'equivalente monetario dell'interesse del creditore, anziché a un rimedio generale di esecuzione in forma specifica.

Distinguendo gli effetti delle obbligazioni rispetto al debitore e al creditore, sotto il primo profilo, con distinto riguardo alle obbligazioni di dare e a quelle di fare e non fare, sono trattati temi che variamente attengono alla condotta dell'obligato, alla diligenza e alla connessa responsabilità, al caso fortuito e alla forza maggiore¹²; mentre i temi della coazione, della responsabilità nel senso delle conseguenze sanzionatorie dell'inadempimento, sono trattati con riferimento alla posizione del creditore¹³.

Sotto quest'ultimo aspetto, identificandosi come "*premier et principal effet*" il diritto del creditore "*de poursuivre par les voies judiciaires le paiement de ce qui lui est dû*"¹⁴, si distinguono le obbligazioni di dare da quelle di fare. Riguardo alle prime, se hanno a oggetto denaro o cose fungibili, possono essere pignorati i beni mobili o immobili del creditore, che possono essere venduti forzosamente, così che il creditore possa soddisfarsi sul ricavato¹⁵.

Se si tratta di cosa determinata, giacché fino alla consegna essa continua ad appartenere al debitore e il creditore non è titolare di un diritto *in re*, ma solo del diritto *ad rem* di esigerla¹⁶, occorre distinguere: qualora la cosa non sia nel possesso del debitore, ma di un terzo, il creditore non può ottenerla da quest'ultimo – salvo il caso di insolvenza e frode della quale questi sia stato partecipe – e, quindi, il creditore ha solo diritto, nei confronti del debitore, ai *dommages et intérêts*¹⁷; qualora, invece, la cosa sia nel possesso del debitore, il creditore è autorizzato dal giudice a pignorarla e a immettersi nel possesso, conseguendo dunque, in forma specifica, l'oggetto dell'obbligazione; mentre il debitore non può evitare l'esecuzione offrendo i *dommages et intérêts*¹⁸.

¹¹ POTHIER, *Traité des obligations*, in *Traité sur différentes matieres de droit civil*, Paris-Orléans, 1781, t. I, *Partie I, Chap. I, Sect. 4*, n. 138, p. 60 (anche nelle note seguenti i numeri delle pagine si riferiscono all'edizione del 1781).

¹² POTHIER, *op. cit.*, *Partie I, Chap. II, art. I*, pp. 61-64.

¹³ POTHIER, *op. cit.*, *Partie I, Chap. II, art. II*, pp. 64-67.

¹⁴ POTHIER, *op. cit.*, *Partie I, Chap. II, art. II*, n. 150, p. 64.

¹⁵ POTHIER, *op. cit.*, *Partie I, Chap. II, art. II, § I*, nn. 155 s., pp. 66 s.

¹⁶ POTHIER, *op. cit.*, *Partie I, Chap. II, art. II, § I*, n. 151, pp. 64 s.

¹⁷ POTHIER, *op. cit.*, *Partie I, Chap. II, art. II, § I*, n. 152, p. 65.

¹⁸ POTHIER, *op. cit.*, *Partie I, Chap. II, art. II, § I*, n. 156, p. 67. Il tema è trattato più diffusamente dall'Autore nel suo *Traité du contrat de vente*, in *Traité*, cit., t. I, *Partie II*,

Sembra doversi interpretare il pensiero di Pothier nel senso che l'esito dell'azione giudiziaria, assicurando l'acquisto del possesso sulla cosa, comporta altresì l'acquisto da parte del creditore della proprietà, realizzandosi forzosamente la *traditio*, quale *modus acquirendi*.

Peraltro poteva accadere che l'effetto traslativo della esecuzione giudiziaria concernesse solo la detenzione materiale della cosa, se – in virtù di una prassi contrattuale sostanzialmente anticipatoria del principio dell'effetto traslativo del consenso che sarà accolto nella codificazione (*infra* § 4) – il trasferimento del possesso, e conseguentemente della proprietà, fosse stato effettuato al momento della stipulazione del contratto mediante una pattuizione contrattuale implicante una *ficta traditio*, che lasciava la detenzione materiale (*corpus*) all'alienante, costituendo peraltro l'acquirente quale possessore (*solo animo*). Rispetto a tale evenienza era controverso se la *ficta traditio* comportasse o meno il trasferimento della proprietà con effetto anche rispetto ai terzi e se, in forza di essa, l'acquirente (in quanto proprietario e creditore di una mera obbligazione di consegnare e non di un'obbligazione di dare nel senso di far acquistare il diritto reale) potesse rivendicare la cosa anche nei confronti di chi si rendesse acquirente in virtù di titolo successivo, e che avesse conseguito anche la materiale detenzione in forza di una *traditio* reale, nonché con effetto nei confronti dei creditori dell'alienante che avessero compiuto atti esecutivi sulla cosa¹⁹.

chap. I, sect. I, art. V, § III, n. 68, pp. 485 s., dove riferisce le contrastanti opinioni degli interpreti del diritto romano e argomenta, rispetto a esse, la propria, affermando che la *traditio* della cosa non è “mero fatto” e quindi non soggiace alla regola propria delle obbligazioni di fare circa la non coercibilità e la conversione nell'obbligazione di pagare i “*dommages et intérêts*”.

¹⁹ POTHIER, *Traité des obligations*, cit., *Partie I, chap. II, art. II, § I, n. 151, p. 64*, pur aderendo alla tradizione che subordinava il trasferimento della proprietà alla consegna della cosa, afferma che il creditore può diventare proprietario della stessa non solo in virtù della “*tradition réelle*”, ma anche di quella “*feinte*”; e, nel suo *Traité du Droit de Propriété*, in *Traité*, cit., t. IV, *Partie I, Chap. II, Sect. IV, nn. 193 e 194, pp. 416 s.*, riconosce come *traditio* che costituisce un *modus acquirendi* anche quelle fittizie, risultanti da clausole apposte agli atti di donazione, di vendita o da altri atti simili, e (n. 208, p. 421) cita, tra le clausole che comportano una tradizione fittizia, quella di “costituito”, con la quale l'alienante, continuando a trattenere la cosa presso di lui, dichiara che intende farlo solo per e in nome dell'acquirente. Nel suo *Traité du Contrat de Vente*, cit., *Partie V, Chap. I, Art. II, n. 321, pp. 587 s.*, riferisce della controversia tra CHARONDAS, *Réponses*, e PAPE, *Décisions*, 112, e tra i *Parlements* di Bretagna e Delfinato, circa l'esperibilità, da parte dell'acquirente in forza di “*tradition feinte*”, dell'azione di rivendicazione nei confronti dei creditori dell'alienante che abbiano compiuto atti esecutivi sulla cosa e di altro successivo acquirente che abbia conseguito la “*possession réelle*”; e aderisce alla soluzione positiva, con la precisazione che occorre la prova della *tradition feinte* mediante atto autentico o, in caso di scrittura privata, mediante la prova di fatti dai quali risulti l'anteriorità della

Ma, a ben vedere, questa problematica concerneva solo la portata nei confronti dei terzi dell'effetto traslativo, riconoscendosi comunque che la *traditio ficta*, nei rapporti tra le parti, rendeva l'acquirente proprietario e creditore verso l'alienante di una mera obbligazione di consegnare non già creditore di un'obbligazione di dare, nel senso di trasferire la proprietà, essendo questa già "*accomplie*"²⁰ per effetto dell'atto e della clausola. Tale distinzione, come si vedrà (*infra* § 4), non fu rigorosamente recepita dai compilatori del *code civil*, conseguendone una certa confusione terminologica tra "debitore" e "alienante" e tra "creditore" e "acquirente", che originò delicate questioni esegetiche.

Riguardo alle obbligazioni di fare, giacché *nemo potest praecise cogi ad factum*, il creditore, in caso di inadempimento, ha solo il diritto di far condannare il debitore inadempiente ai *dommages et intérêts*, nell'obbligazione di pagamento dei quali "*se résolves toutes les obligations de faire quelque chose*"²¹. Rispetto a quelle di non fare vale la stessa regola, salvo il caso che all'inadempimento sia conseguita la costruzione di una cosa che si possa distruggere, avendo allora il creditore il diritto di distruggerla a spese del debitore²².

In conclusione, e in sintesi, ne risulta una organica razionalizzazione delle soluzioni delle questioni dibattute in diritto comune, nel senso che la coercibilità in forma specifica dell'adempimento è ammessa per tutte le obbligazioni di dare, sia che abbiano a oggetto denaro o cose generiche o beni determinati. In quest'ultimo caso, l'azione di adempimento e l'esecuzione forzata sono ammesse per assicurare al creditore l'acquisto del possesso e, mediante la *traditio* forzata quale *modus acquirendi*, del diritto reale. Mentre nell'ipotesi di *tradition feinte*, essendo l'obbligazione di dare già "*accomplie*", l'acquirente del diritto è creditore della sola consegna e potrà conseguirla forzosamente senza che all'esecuzione si congiunga il trasferimento del diritto, già realizzatosi in virtù del contratto e della *ficta traditio*.

È, invece, esclusa l'esecuzione in forma specifica per le obbligazioni di fare, anche se fungibili, giacché «*Nemo potest praecise cogi ad factum*», avendo il creditore solo il diritto di ottenere ed eseguire la condanna al risarcimento

data dell'atto che contiene la clausola di *ficta traditio* rispetto a quella della tradizione reale ad altro acquirente o a quella dell'atto esecutivo di creditori dell'alienante. La considerazione di questa problematica sembra essere stata all'origine della distinzione, che si desume dalle disposizioni del *code civil*, tra l'effetto traslativo nei rapporti tra alienante e acquirente e quello nei confronti dei terzi.

²⁰ POTHIER, *Traité des Obligations, Partie I, Chap. II, Art. I, n. 151*, p. 64.

²¹ POTHIER, *op. ult. cit., Partie I, Chap. II, Art. II, § II, n. 157*, p. 67.

²² POTHIER, *op. ult. cit., Partie I, Chap. II, art. II, § II, n. 158*, p. 67.

del danno. Si ammette, peraltro, il rimedio specifico della demolizione, a spese del debitore, delle cose costruite in violazione di un'obbligazione di non fare; si rivela così la *ratio*, eminentemente pratica delle regole affermate, consistente nella concreta possibilità o impossibilità dell'esecuzione forzata; una ragione tecnica, dunque, che sembra prevalere su quella, di impronta ideologica, del rispetto della persona e della volontà del debitore²³.

In questo senso, la pensione ad assicurare una tutela effettiva alla posizione del creditore – nonostante la sua intrinseca debolezza derivante dalla dipendenza dalla condotta del debitore – si spinge fino al limite in cui la possibilità di fatto e gli strumenti processuali consentono di attuarla coercitivamente; e ciò vale, pur in termini differenti a ragione della diversità della prestazione, sia per le obbligazioni di dare che per quelle di fare e non fare.

4. *Il code civil*

L'insieme delle regole pratiche relative ai rimedi coercitivi ricostruite da Pothier è sostanzialmente recepito dal *code civil*, ma esse, per quanto concerne le obbligazioni di dare, sono iscritte in un quadro dogmatico innovato dall'affermazione del principio dell'effetto traslativo del consenso. L'enunciato delle disposizioni è peraltro attraversato da una problematica tensione tra la declamazione di questo principio e il tradizionale radicamento delle regole pratiche relative al trasferimento della proprietà nel regime delle obbligazioni (di dare) e dell'attuazione forzata delle stesse.

La scelta sistematica di collocare la disciplina delle obbligazioni nel libro terzo, tra le “*différentes manières dont on acquiert la propriété*”, e l'enunciato dell'art. 711, secondo il quale la proprietà si acquista, oltre che per successione e per donazione tra vivi o testamentaria, anche “*par l'effet des obligations*”, da un lato attraggono la materia delle obbligazioni in un sistema del diritto patrimoniale incentrato sul modello proprietario e, dall'altro, mostrano la resistenza dell'idea che il trasferimento della proprietà e la costituzione e circolazione di diritti reali sia mediata dall'assunzione di un'obbligazione di dare; mentre una rigorosa concezione dell'efficacia traslativa del consenso sembrerebbe implicare la diretta riconduzione dell'effetto reale alla convenzione, senza l'interposizione di una obbligazione

²³ Per una visione che, dai connotati giusnaturalistici del pensiero di Vinnio, riscontra fino al *code civil* e ai suoi commentatori il legame tra il principio dell'incoercibilità del fare e il primato della volontà, nelle sue connessioni con l'autonomia privata, v. MAZZAMUTO, *op. cit.*, pp. 35-52.

di dare, né della sua assunzione da parte dell'alienante né della sua esecuzione mediante la consegna della cosa all'acquirente. Non sembrano infatti logicamente compatibili la concezione che riconduce, direttamente e immediatamente, al consenso l'effetto traslativo e quella che riconduce al consenso l'insorgenza di un'obbligazione di dare – nel senso di trasferire la proprietà –, la quale implica il differimento e la subordinazione dell'effetto traslativo all'adempimento della medesima e di quella, correlata, della consegna della cosa, alla quale il trasferimento consegue²⁴.

L'affermazione normativa dell'effetto traslativo del consenso è ravvisata nell'enunciato del primo comma dell'art. 1138 («*L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties*»), secondo la comune interpretazione dei commenti al *code civil* che si susseguirono nei decenni successivi alla sua entrata in vigore²⁵, ed è chiaramente enunciata, con riferimento alla compravendita, dall'art. 1583, che stabilisce che l'acquisto della proprietà da parte dell'acquirente si verifica, riguardo al venditore, dal momento in cui «*on est convenu de la chose e du prix, quoique n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*». E tuttavia le disposizioni generali (cioè non relative a determinati tipi contrattuali) degli artt. 1136 e ss. si esprimono in termini di obbligazione di dare e di debitore e creditore, anziché di alienante e acquirente, confermando la contraddizione tra l'effetto traslativo del solo consenso e l'intermediazione, nella fattispecie acquisitiva, dell'assunzione dell'obbligazione di dare e della sua esecuzione, quale persiste nella formulazione degli enunciati normativi.

La tensione tra i lasciti del diritto comune e il principio consensualistico è stata certamente anche il frutto dell'operatività, fondata su consistenti *rationes* pratiche, di una serie articolata di regole di soluzione di conflitti di

²⁴ Nell'esposizione dei “*motifs*” del titolo III del libro III del codice (n. 59), in riferimento all'art. 1138, Bigot Prémeneu rilevò che, in virtù del consenso delle parti, il creditore diveniva titolare, non più di un *ius ad rem*, ma di un *ius in re*; v. *Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil par les divers orateurs du Conseil d'état et du Tribunat*, Paris, 1841, p. 430. La contraddizione tra una obbligazione di dare che comporta l'obbligazione di consegnare, ma non si esaurisce in essa, in quanto concerne lo stesso trasferimento di proprietà, e la riconduzione al consenso contrattuale dell'effetto traslativo non mancò di essere rilevata dai commentatori francesi nei primi decenni successivi all'entrata in vigore del codice e diede luogo a differenti interpretazioni, che erano volte a superare, o spiegare, l'aporia, o muovevano dall'aperta denuncia della confusione teorica dei compilatori; v. segnatamente, in quest'ultimo senso, MARCADÉ, *Éléments du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du Code Civil* (1842), trad. it. *Spiegazione del codice Napoleone*, VI, Napoli, 1875, pp. 460 ss., nn. 480 ss.

²⁵ I quali peraltro si divisero sul significato da attribuire all'affermazione che l'obbligazione di consegna «*est parfaite*» in virtù del consenso.

interesse (tra le parti e rispetto ai terzi, relative tra l'altro alla circolazione del possesso e della titolarità del diritto, alla natura reale o personale delle azioni esperibili, al trasferimento del rischio) non contenibili nell'affermazione perentoria e assoluta del principio e non tutte suscettibili di essere allo stesso ricondotte in termini di perfetta coerenza. In questo senso, l'analisi dei diversi tentativi di composizione compiuti dai commentatori del *code civil* ha indotto a una ricostruzione secondo la quale la declamazione dell'efficacia traslativa del consenso rappresenterebbe solo in senso parziale (e sarebbe così riconducibile alla figura retorica della *sineddoche*) il complesso delle regole relative al trasferimento e alla circolazione²⁶.

Sembra dunque che il *code civil* – al di là della resistenza dei segni della tradizione e di una certa insicurezza concettuale dei compilatori – determini il tramonto dell'obbligazione di dare, nel senso di trasferire e far acquistare dal creditore la proprietà di una cosa determinata. L'autonomia contrattuale consolida così la capacità di determinare, oltre che gli effetti obbligatori propri (e originariamente esclusivi) dei *contractus*, anche quelli traslativi e costitutivi di situazioni di appartenenza, che storicamente erano invece subordinati ad atti di adempimento di obbligazioni di dare.

Con l'affermazione del principio consensualistico, e la sostanziale rimozione dell'obbligazione di dare, non si pone più un problema di coercibilità della medesima. Riguardo alla consegna, che non sia materialmente avvenuta al momento stesso del consenso traslativo, l'acquirente, in quanto proprietario, potrebbe avvalersi dell'effetto recuperatorio dell'azione di rivendicazione. Ma dal contratto scaturisce un'obbligazione di consegna, della coercibilità della quale, mediante un'azione personale, non può dubitarsi²⁷: da un lato, si riconosce che l'obbligazione di consegnare non è di mero *facere* e che la sua coercizione non comporta una restrizione della libertà personale del debitore²⁸, nel senso che la cosa può essere forzosamente appresa, anche contro la sua volontà e senza la sua collaborazione spontanea, giacché l'apprensione forzata della cosa non implica la coercizione di un atto dell'obbligato; dall'altro, la situazione proprietaria del creditore, al di là dell'esperibilità della rivendicazione, sembra corroborare la stessa sua

²⁶ MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1984, pp. 306 ss., 324 ss., 343 ss., al quale rinvio per la completa rassegna e l'analisi critica dei commentatori francesi.

²⁷ Si dubita, se mai, della proponibilità dell'azione di rivendicazione a ragione delle regole di diritto francese sulla non cumulabilità delle azioni: v. MONATERI, *op. cit.*, pp. 325 s.

²⁸ DURANTON, *Cours de droit français, suivant le code civil* (1825), trad. it. *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, VI, Torino, 1843, lib. III, tit. III, n. 394, con affermazione, peraltro, specificamente riferita all'obbligazione di consegna di chi concede la cosa in godimento.

azione personale, fuggendo i dubbi della sua coercibilità²⁹. Solo la pratica impossibilità di esecuzione, per avere il debitore sottratto alla stessa la cosa mobile, occultandola, farà sì che il creditore potrà soddisfarsi soltanto mediante il risarcimento dei danni³⁰.

Riguardo alle obbligazioni di consegna conseguenti a contratti di concessione del godimento di una cosa determinata, non si dubita dell'esperibilità del rimedio coercitivo in forma specifica³¹.

Tuttavia può ravvisarsi un'area di persistenza di obbligazioni e di responsabilità dell'alienante nei riguardi dell'acquirente con riguardo all'opponibilità ai terzi degli effetti traslativi, che peraltro non sembrano poter dar luogo a mezzi di coercizione in forma specifica, ma solo al risarcimento dei danni. Mentre una nuova prospettiva problematica viene a delinearsi riguardo all'esplicazione dell'autonomia nel senso di escludere convenzionalmente l'immediata produzione dell'effetto reale e di limitare il contenuto del consenso alla promessa di trasferimento o di costituzione di situazioni di appartenenza, che nel nostro diritto si rifletterà nella ricerca di mezzi di coercizione dell'esecuzione di contratti cosiddetti preliminari.

Per le obbligazioni di fare e non fare, l'art. 1142 stabiliva, adottando la formulazione di Pothier, che esse, in caso di inadempimento, si risolvono nei *dommages et intérêts*³², riconoscendosi peraltro anche il diritto del creditore di far eseguire l'obbligazione a proprie spese (art. 1144); mentre per le obbligazioni di non fare è stabilito il diritto di distruggere a proprie spese ciò che è stato realizzato in violazione dell'obbligazione (art. 1143) e di ottenere, per il solo fatto della violazione, i *dommages et intérêts* (art. 1145).

Il disposto dell'art. 1142, nella generalità del suo enunciato, sembra

²⁹ DURANTON, *Corso*, lib. III, tit. III, nn. 393 e 395. Può anzi supporre che la soluzione della questione pratica della coercibilità – controversa, come si è visto, in diritto comune – abbia concorso all'affermazione codicistica del principio dell'effetto traslativo del consenso, unitamente a fattori ideologici di matrice giusnaturalistica e al consolidamento della prassi contrattuale di cui si è detto scorrendo l'opera di Pothier. DURANTON, *op. loc. cit.*, n. 395, sottolinea come l'affermazione di tale principio abbia troncato la questione, dibattuta nell'antico diritto, se il venditore di una cosa determinata potesse essere costretto *manu militari* alla consegna. E la limitazione del principio ai rapporti tra le parti contraenti sembra valorizzarne la specifica portata che concerne proprio il diritto del creditore-proprietario di ottenere la consegna della cosa mediante esecuzione forzata.

³⁰ DURANTON, *Corso*, cit., lib. III, tit. III, n. 393.

³¹ DURANTON, *Corso*, cit., lib. III, tit. III, n. 394.

³² Bigot Prémeneu, nei "*motifs*" del titolo III del libro III del codice (n. 59), con riguardo all'art. 1142, indicò la ragione della disposizione rilevando, con evidente riferimento alle argomentazioni di autori del diritto comune, che nessuno può essere costretto fisicamente a un fare o a un non fare, e che, anche se ciò fosse possibile, comporterebbe una violenza che non può costituire un modo di esecuzione dei contratti; v. la raccolta citata alla nota 88, pp. 430 e s.

codificare il principio della tradizione “*nemo praecise ad factum cogi potest*”, implicando l'incoercibilità delle obbligazioni di fare e non fare. Ma l'art. 1143, stabilendo la regola del potere del creditore di ottenere la distruzione di ciò che sia stato realizzato in violazione di una obbligazione di non fare, deroga al principio con riguardo a un'ipotesi in cui la materialità del prodotto dell'inadempimento rende praticamente possibile, mediante la distruzione, la realizzazione forzata dell'interesse creditorio, senza che occorra la costrizione di una condotta del debitore, il quale è soltanto passivamente soggetto all'esecuzione. E l'art. 1144, che consente al creditore di essere autorizzato ad eseguire la prestazione a spese del debitore, presuppone anch'esso la pratica possibilità che ciò avvenga senza la personale cooperazione dell'obligato, non essendo la sua personale condotta coercibile.

Se nei commenti del *code civil* dei primi decenni di sua vigenza non mancano spiegazioni di questo regime nel senso del richiamo al rispetto della libertà e della volontà del debitore³³, da altri si sottolineano ragioni pratiche legate alla concreta possibilità di sostituire utilmente la personale attività del debitore inadempiente³⁴ o si prospetta l'assimilazione al risarcimento dei danni dei rimedi offerti dagli artt. 1143 e 1144, volti all'esatta determinazione dell'onere sopportato dal creditore³⁵.

Nonostante una certa superfetazione delle affermazioni di principio e le improprietà terminologiche e concettuali che sono state rilevate, emerge nel nuovo regime una prospettiva che privilegia la considerazione della possibilità pratica di attuazione dei rimedi coercitivi, nell'ambito di una generale aspirazione ad assicurare, nella massima misura possibile, il soddisfacimento in natura della pretesa creditoria, riservando alla responsabilità risarcitoria solo l'ambito residuale di tutela.

Viene in tal modo a consolidarsi – sviluppandosi tendenze già in atto, non senza contrasti, nell'ambito del diritto comune – la moderna configurazione dell'obbligazione, che valorizza mezzi di tutela volti a consentire al creditore, nella massima misura possibile, di realizzare l'interesse corrispondente all'adempimento della prestazione originariamente dovuta; con caratteri, dunque, che hanno suggerito la contrapposizione a quella romana, che comportava, invece, la generalizzata sostituzione dell'obbligazione risarcitoria a quella primitiva non adempiuta³⁶.

³³ DURANTON, *Corso*, cit., lib. III, tit. III, n. 393.

³⁴ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon* (1845 e ss.), trad. it. *Corso del codice civile*, XII, Napoli, 1966, Libro III, tit. III, cap. III, pp. 217 ss., nn. 491 ss.

³⁵ LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1857, p. 369, nt. 3.

³⁶ V. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, pp. 102 ss., il quale peraltro precisa che «la diretta *esigibilità* del debito è strettamente connessa alla diretta

Tuttavia, il regime del codice non appagava l'aspirazione a una più ampia e intensa tutela dell'interesse del creditore all'adempimento della prestazione originaria. Da un lato, i rimedi apprestati dagli artt. 1143 e 1144 trovavano limite nella pratica possibilità di surrogare la prestazione personale del debitore; dall'altro essi comunque realizzavano una forma di coazione indiretta e si risolvevano anch'essi nella conversione dell'oggetto dell'obbligazione in una prestazione pecuniaria, pur concorrente con il risarcimento dei danni ulteriori. Ciò spiega il ricorso, già nei primi decenni di vigenza del codice, allo strumento delle *astreintes*, prestazioni pecuniarie a carico del debitore e a favore del creditore imposte dal giudice come sanzione dell'inadempimento, in funzione anche della sua durata. La vicenda dell'introduzione e dell'affermazione delle *astreintes* nel diritto francese, che ha risentito anche dall'ambigua relazione di tale mezzo di tutela rispetto al rimedio risarcitorio, si protrarrà per lungo tempo, segnata da diversi e contrastati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, nonché da interventi legislativi che hanno interessato anche la seconda metà del novecento³⁷.

Tale rimedio peraltro non assicura in via diretta l'adempimento della prestazione originaria, non costituisce uno strumento di esecuzione forzata della medesima, ma ha una funzione e un potenziale di coazione indiretta, compulsoria, volta a indurre il debitore a un adempimento che, se psicologicamente coercito, resta peraltro, negli ambiti di inoperatività dell'esecuzione forzata, materialmente libero. Esso, dunque, pur rafforzando la protezione dell'interesse del creditore al conseguimento in natura della prestazione personale dell'obbligato, conferma l'insussistenza e l'impraticabilità di un apparato di strumenti di esecuzione forzata che coprano l'intera area dei rapporti obbligatori.

5. La dogmatica tedesca del secolo XIX. Il pensiero di Savigny e di Windscheid

L'esperienza giuridica italiana dei secoli XIX e XX subì non soltanto l'influenza di quella francese, ma anche, soprattutto dagli ultimi decenni del XIX, quella della dogmatica tedesca ottocentesca, conviene ora soffermarci su quest'ultima.

Essa tende ad abbandonare il tradizionale atteggiamento del diritto comune di adesione tralatizia alle definizioni romane, ricercando una nozione concettuale di obbligazione e gravando questa ricerca costruttiva dei temi, critici e tradizionalmente controversi, della coercibilità e dei modi

eseguibilità di esso per via di esecuzione forzata» (p. 103).

³⁷ Per una sintesi efficace v. ancora MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., pp. 52 ss.

di coercizione, i quali, dal piano delle regole pratiche di risoluzione dei conflitti di interesse, sono trasposti a quello della costruzione della nozione.

La valorizzazione della rilevanza concettuale dei poteri coercitivi del creditore induce, come vedremo, una considerazione problematica della fase del rapporto intercorrente tra l'insorgere dell'obbligazione e il termine dell'adempimento, nel corso della quale non operano ancora i rimedi coercitivi di cui il creditore dispone in caso di inadempimento; e comporta altresì l'emersione di una così come della discrasia tra il contenuto di questi ultimi e alcuni tipi di prestazione oggetto dell'obbligazione, rispetto ai quali non appare configurabile una realizzazione coattiva in forma specifica.

La moderna vicenda dottrina che ha investito la nozione di obbligazione viene comunemente fatta risalire al pensiero di Savigny (espresso nel primo volume del suo *Sistema di diritto romano attuale*, pubblicato nel 1840, e successivamente nel suo, incompiuto, *Trattato delle obbligazioni* (dei primi anni '50).

Ispirato da una concezione dei rapporti tra privati come relazioni in cui si esplica, in ambiti determinati dalle regole di diritto, il dominio della volontà individuale indipendente da ogni volontà altrui³⁸, e teso a ordinare sistematicamente i rapporti patrimoniali in coerenza con tale visione, Savigny identifica l'obbligazione con il «rapporto di dominio sopra un singolo atto di una persona»: così come il diritto sopra una cosa consiste nel dominio su di una porzione, limitata nello spazio, della «natura non libera», il dominio (signoria) sulle persone, dovendo rispettare la personalità e la libertà di queste, che non devono essere annientate, non può che limitarsi a singoli atti che vengono sottratti alla libertà dell'obbligato e sottoposti alla volontà dell'altro soggetto del rapporto³⁹. Ne risulta la divisione del diritto patrimoniale in diritto sulle cose e diritto di obbligazione⁴⁰, che sono accomunati, quali materia del «diritto patrimoniale», in quanto, oltre a costituire entrambi una estensione della volontà individuale, sono l'uno e l'altro riducibili al comune elemento del valore pecuniario⁴¹: dell'obbligazione infatti possono costituire l'oggetto solo quegli atti umani che possono essere ridotti a una somma di denaro⁴²; così le stesse obbligazioni, potendo stimarsi in una somma di danaro, si convertono nella proprietà di questo, mentre la maggior parte di

³⁸ SAVIGNY, *System des heutigen Romischen Recht* (1840 e ss.), *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, I, Torino, 1886, § 52, pp. 335 ss.; e ID., *Obligationenrecht* (1852), *Le obbligazioni*, trad. it. di G. Pacchioni, I, Torino, 1912, pp. 4 s.

³⁹ SAVIGNY, *Sistema*, cit., § 53, pp. 340 ss.; ID. *Le obbligazioni*, cit., pp. 4 ss.

⁴⁰ SAVIGNY, *Sistema*, cit., § 56, pp. 367 ss.

⁴¹ SAVIGNY, *op. ult. cit.*, § 53, p. 342 e § 56, pp. 374 s.; ID. *Le obbligazioni*, cit., pp. 8 s.

⁴² SAVIGNY, *Sistema*, § 56, p. 376; e ID., *Le obbligazioni*, cit., p. 9.

esse «non hanno altro scopo, che di condurre allo acquisto della proprietà o al godimento temporaneo di essa»⁴³.

Il criterio per distinguere diritti sulle cose e diritti di obbligazione consiste «nel vedere, se la cosa è già di per sé stessa oggetto del nostro diritto, indipendentemente dal fatto altrui, o se il nostro diritto è diretto immediatamente solo ad un fatto altrui, come oggetto sottoposto al nostro potere, anche se quest'atto abbia lo scopo di procurarci il diritto su di una cosa o il godimento delle medesime»⁴⁴.

I due soggetti del rapporto obbligatorio si trovano in posizione di ineguaglianza: la libertà dell'uno si estende oltre i suoi limiti naturali come signoria sull'altro, mentre rispetto a questo la libertà è ristretta, essendo sottoposta a necessità, a coazione⁴⁵. Ma in tale visione l'attività del debitore deve essere considerata come l'elemento capitale, come «l'essenza stessa dell'obbligazione», mentre quella del creditore, che consiste nella azione-coazione, deve essere considerata come elemento subordinato: in tutti i rapporti giuridici l'osservanza spontanea del diritto, il «libero riconoscimento e adempimento del diritto» costituisce la situazione fisiologica e normale, mentre la coazione rappresenta la correzione di una situazione «non naturale»⁴⁶.

In queste ultime precisazioni già si rivela il punto critico di una concezione unificante dei diritti patrimoniali articolata secondo il parallelismo tra diritti sulle cose e obbligazioni, entrambi assunti come espressione del dominio della volontà individuale: la signoria del creditore costituisce un aspetto secondario rispetto alla limitazione della libertà del debitore, ed è destinata a manifestarsi solo nella fase, eventuale e «innaturale», dell'inadempimento, essendo invece «naturale» il «libero» riconoscimento del diritto altrui e il «libero» adempimento.

E' questa, nella – ideologicamente orientata e logicamente problematica – tensione tra libertà, volontà, coazione (che del resto, come si è visto non aveva mancato di manifestarsi nel diritto comune), la premessa dell'estenuante disputa dogmatica che dal pensiero di Savigny è stata suscitata, favorita dal successivo sviluppo, nell'ambito della stessa scuola storica e della pandettistica, di orientamenti formalistici e concettualistici⁴⁷.

⁴³ SAVIGNY, *Sistema*, cit., § 53, p. 342 e § 56, p. 371; Id. *Le obbligazioni*, cit., p. 16.

⁴⁴ SAVIGNY, *Sistema*, § 56, p. 372.

⁴⁵ SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit., pp. 4 s.

⁴⁶ SAVIGNY, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ Secondo il programma e il metodo di Savigny, la costruzione sistematica muoveva dalla considerazione della realtà storica e sociale e si fondava sulla rilevazione di un «ordine strutturale . . . insito nella realtà stessa del diritto concepito come organismo vivo»; e si mostrava

Al vaglio di una verifica attenta alla logica interna e formale dei concetti giuridici, e alla luce di ulteriori elaborazioni dogmatiche (in particolare la costruzione della categoria di diritto soggettivo), la teoria di Savigny manifestava infatti alcune difficoltà di razionalizzazione. Queste concernevano, da un lato, la coerenza dei caratteri della relazione obbligatoria con l'idea di signoria, quale criterio di unità dell'area dei diritti patrimoniali e della categoria dei diritti soggettivi (che veniva costruendosi in derivazione della nozione di rapporto giuridico enucleata da Savigny), e, dall'altro, la tenuta di una correlazione simmetrica tra debito e credito come aspetti, passivo e attivo, della obbligazione intesa come rapporto.

Infatti, nella fase di questo in cui dovrebbe attuarsi la condotta del debitore, quale oggetto del dominio del creditore, quest'ultimo non dispone di alcun potere di intervento direttamente coercitivo che possa costituire l'esercizio della sua signoria. Mentre quest'ultima, come azione e coazione, può esplicarsi soltanto dopo l'inadempimento, quando cioè risulta mancato il contegno dell'obbligato; e il potere del creditore si manifesta allora sui beni del debitore, e non già sulla sua condotta, che pur dovrebbe costituire l'oggetto del diritto; ed è volto al conseguimento, in via giudiziaria ed esecutiva, non dell'attività dell'obbligato, ma della cosa o dell'utilità che avrebbe dovuto esserne il risultato, o del loro equivalente pecuniario. Ne risulta quindi uno sfalsamento e una disomogeneità tra condotta debitoria e potere creditorio, sia quanto al tempo della loro realizzazione che al loro oggetto.

Nel contempo, la conseguente evanescenza dell'idea del dominio sul comportamento altrui sembra dissolvere, quanto all'obbligazione, il comune elemento della signoria attorno al quale si costruiva l'area dei diritti patrimoniali e si incentrava l'elaborazione della categoria dei diritti soggettivi.

Sembra proprio tener conto di tale precarietà WINDSCHIED nella sua configurazione dell'obbligazione e dello stesso diritto soggettivo. Egli elabora una comprensiva categoria di diritti personali, che qualifica come «quelli, in forza dei quali la volontà del titolare non è norma al comportamento degli uomini rispetto ad una cosa, ma lo è per un qualsiasi comportamento d'una singola persona»⁴⁸; e tende ad adattare la configurazione del diritto soggettivo alla posizione creditoria risolvendo l'idea della signoria del titolare nella libertà di determinazione, che il diritto oggettivo gli rimette, «di valersi o no del precetto ed in particolare di porre o no in opera i mezzi garantiti

poco incline alla «irragionevole mania delle astrazioni» (*Sistema*, vol. I, p. 389 s.) e diffidente verso «la ingannevole apparenza di sicurezza logica» (*op. ult. cit.*, vol. I, §, p. 328).

⁴⁸ WINDSHEID, *Lehrbuch des Pandktenrechts* (dal 1862), *Diritto delle pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, I, § 39, p. 113.

dall'ordine giuridico contro il recalcitrante»⁴⁹. È così che il contenuto del credito viene precisato come corrispondente a un precetto che impone al destinatario un comportamento; diritto, dunque, “ad” (*auf*) un atto, non “intorno” (*an*) o “sopra” (*über*) un atto⁵⁰, con distinzione terminologica che evoca la mancanza di un potere coercitivo diretto sul comportamento.

E tuttavia WINDSCHIED non affronta apertamente il problema della coercibilità in forma specifica della prestazione (di qualsiasi prestazione).

Ecco allora che, in consonanza con il clima culturale formalistico e concettualistico che si consolidò nella seconda metà del secolo, lo sforzo di elaborazione dogmatica dei giuristi tedeschi nel campo delle obbligazioni si concentrò sulle costruzioni attinenti al contenuto dei poteri del creditore, all'oggetto del debito e del credito, alla loro qualificazione rispetto a più generali categorie di situazioni soggettive, alla correlazione tra lato attivo e passivo del rapporto, nella considerazione delle diverse fasi del medesimo. E le stesse ricerche storiche, romanistiche e germanistiche (v. *infra* § 6), portarono alimento alle dogmatiche e alla elaborazione di teorie.

6. *Le concezioni patrimoniali dell'obbligazione nella dottrina tedesca*

A ragione delle evidenziate esigenze di razionalizzazione, l'idea stessa dell'attività del debitore come oggetto del credito⁵¹ venne a essere considerata problematicamente e rielaborata nel senso della sua concezione quale bene, in quanto volta a procurare al creditore un risultato utile⁵².

Peraltro, la ricerca dell'individuazione di un contenuto del diritto di credito che corrispondesse a un potere del titolare, sul modello del dominio, incontrava la difficoltà di concepirlo come inerente all'oggetto dell'obbligazione identificato nel comportamento del debitore o, sia pure, nel bene che esso è volto a procurare. Si rilevava al riguardo che, se il potere del creditore si esplica nel conseguimento della condanna del debitore e nella esecuzione forzata, deve riconoscersi che, mentre il titolare di un diritto reale può ottenere la cosa stessa che ne è oggetto, il titolare di un diritto personale patrimoniale può ottenere soltanto un equivalente pecuniario

⁴⁹ WINDSHEID, *op. cit.*, I, § 37, p. 108.

⁵⁰ WINDSHEID, *op. cit.*, II, § 250, p. 3, e spec. nt. 2.

⁵¹ KUNTZE, *Die Obligation und Singularsuccession des röm und heut Rechts*, Leipzig, 1856, p. 115.

⁵² HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen, 1875, pp. 32 ss.; H. SIBER, *Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht*, in *Jherings J.L.* (1900), pp. 77 ss. e 85 ss.; ID., *Der Rechtszwang im Schuldverhältnis*, Leipzig, 1903, § 18, p. 154 ss.

o il risarcimento dei danni⁵³; riemergendo in tal modo, sul piano delle costruzioni dogmatiche, il problema pratico agitato nel ricordato dibattito di diritto comune.

Per altro verso, lo sviluppo consequenziale dell'idea che il credito abbia a oggetto l'attività del debitore indusse a riconoscere che esso consiste nel diritto a che altri agisca, e a escludere che il titolare possa positivamente incidere su tale (libera) azione⁵⁴. Ne risulta uno stato di sostanziale impotenza⁵⁵ che svela la precarietà della riconducibilità del diritto di credito a una categoria di diritto soggettivo costruita sul modello proprietario del dominio.

Nel clima della cultura giuridica tedesca degli ultimi decenni dell'800, che vede l'affermarsi di una visione – del resto ricca di risalenti precedenti storici – che attribuisce «valore e contenuto di realtà alle parole con le quali ci si esprime» e assume i concetti quali «“entità” date, di cui sia da cogliere e individuare l'“essenza in quanto tale”, come si trattasse di una “cosa reale” o quanto meno “ideale”»⁵⁶, non potevano appagare formulazioni che, pur rappresentando, in una sintesi efficace, realistica e ragionevole⁵⁷, i tratti caratteristici del rapporto obbligatorio, non soddisfacevano le ambizioni a una superiore e armonica perfezione logica. Così, l'affermazione che il diritto soggettivo del creditore ha a oggetto la prestazione del debitore, e che le prerogative del titolare consistono nel potere di coercizione che si esprime nella domanda di condanna e nell'esecuzione forzata della sentenza, pur descrivendo realisticamente il rapporto e i tratti cruciali della sua disciplina, non sembrava corrispondere all'aspirazione a una rigorosa costruzione concettuale, che si voleva dovesse perfettamente conciliare i caratteri della categoria del diritto soggettivo, e delle corrispondenti prerogative del titolare, con la configurazione del diritto di credito, con la identificazione dell'oggetto del medesimo e dei poteri che implica, così come con la configurazione della correlativa e simmetrica posizione del debitore e con l'identificazione del suo oggetto. Nella constatata impossibilità di farlo – a ragione segnatamente della non corrispondenza tra l'oggetto del diritto, identificato nella prestazione, e il risultato pratico della coercizione giudiziale

⁵³ E' questa la tesi di fondo ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miethe*, Halle, 1866.

⁵⁴ SOHM, *Der Begriff des Fordezungrechts*, *Grünhust Zeitschrift*, IV (1877), pp. 457-474.

⁵⁵ SOHM, *op. cit.*, p. 472, secondo il quale potenza e impotenza sarebbero, rispettivamente, l'essenza del diritto reale e del diritto di credito. V. al riguardo i rilievi di L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, *Jus*, 1952, pp. 159 s.; e già POLACCO, *Le obbligazioni*, *cit.*, pp. 83 ss.

⁵⁶ Le efficaci formule rappresentative di questo atteggiamento culturale sono quelle di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 386 ss.

⁵⁷ Lo stesso ricorso a suggestive metafore, così frequenti in Savigny, non sempre implicava la corrispondenza delle stesse a entità concettuali con le caratteristiche ora indicate.

ed esecutiva, che non consiste (o non sempre consiste) nella realizzazione della condotta del debitore – non restava che scomporre i diversi elementi e tentarne una diversa articolazione concettuale.

Un decisivo contributo in tal senso dovevano offrire le ricerche storiche, romanistiche e germanistiche, sulle quali possiamo solo limitarci ad alcuni cenni.

Così, riguardo all'*obligatio* romana⁵⁸, si affermò che essa non attiene alla realizzazione della prestazione, ma alla costituzione della persona obbligata a oggetto sul quale il creditore potrà rivalersi se la prestazione non sia eseguita⁵⁹. Essa dunque consiste in un rapporto tra il creditore e la persona fisica dell'obbligato, considerato come pegno e oggetto sul quale il primo possa soddisfarsi, ovvero, in epoca più recente, in un rapporto tra il creditore e il debitore in quanto questo dispone di un patrimonio, sul quale potrà essere soddisfatto il credito⁶⁰.

Nell'ambito della ricerca storica germanistica maturò poi una concezione che, sottolineando anch'essa l'aspetto della soggezione dell'obbligato all'azione del creditore nel caso in cui la prestazione non sia adempiuta, rivaluta il debito di prestazione che, secondo la dottrina prima riferita, veniva a essere sostanzialmente espunto dal "concetto" del rapporto obbligatorio⁶¹. Così si colgono nelle fonti due distinti rapporti, quello di debito (*Schuld*) e quello di obbligazione (*Haftung*). Il debito consiste nel dover eseguire una data prestazione; l'obbligazione, o responsabilità, consiste nelle conseguenze, personali o patrimoniali, che a carico di una determinata persona si producono per effetto del mancato adempimento di un debito suo proprio o altrui. I due aspetti, pur se coesistenti, sono tuttavia sempre distinti e indipendenti, e diverse possono essere, nella varietà dei rapporti, le persone del debitore e dell'obbligato.

Questa ricostruzione trovò conferma in successive ricerche storiche e si consolidò come universalmente riconosciuta nella dottrina germanistica⁶². Essa si affermò poi anche, nel primo '900, con riguardo al diritto tedesco attuale⁶³.

⁵⁸ BRINZ, *Der Begriff obligatio*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, I (1874), pp. 11-40; e nel successivo scritto pubblicato in *Archiv. Für die civ. Praxis*, LXX (1886), pp. 371 e ss.

⁵⁹ BRINZ, *Der Begriff*, cit., p. 14.

⁶⁰ BRINZ, *op. ult. cit.*, p. 18.

⁶¹ AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht. Erster Band. Allschwedisches Obligationenrecht*, Leipzig, 1882; *Zweiter Band. Westnordisches Obligationenrecht*, Leipzig, 1895.

⁶² GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910.

⁶³ Pur nella varietà di opinioni su specifici aspetti e su alcune prospettive costruttive, v., in senso favorevole, ISAY, *Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, vol. 48 (1904), p. 187-208; DUEMCHEN, *Schuld und Haftung*,

Nell'ambito di questo dibattito dottrinale si enuclea anche l'idea che il diritto del creditore di soddisfarsi non sia già diretto contro la persona del debitore, ma contro i beni appartenenti al suo patrimonio⁶⁴, e si configuri come diritto di aggressione patrimoniale, al quale corrisponda non già un vincolo obbligatorio, ma uno stato di soggezione patrimoniale del debitore⁶⁵.

Una valutazione complessiva degli orientamenti di teoria generale del rapporto obbligatorio della dottrina tedesca tra gli ultimi decenni dell'800 e lo scorcio di inizio '900, al di là dei dissensi e della specificità delle opinioni individuali, permette di enucleare alcuni aspetti significativi che consentono di meglio cogliere il senso di una vicenda dogmatica che era destinata ad esercitare un'influenza cruciale sul dibattito che si sarebbe sviluppato tra i civilisti italiani.

L'articolazione della nozione di obbligazione nel rapporto di debito e nel rapporto di responsabilità è stata l'occasione per indagare fenomeni e regole che, proprio per la loro specificità e marginalità, furono eletti a terreno di riscontro della comprensività e tenuta delle elaborazioni concettuali: obbligazioni naturali, oneri reali, debiti fondiari, garanzie reali prestate dal terzo non debitore, fideiussioni per debito condizionale, e così via. Si enuclearono di conseguenza ipotesi di debito cui non corrisponde un diritto del creditore di esigere e di soddisfarsi coattivamente, e quindi una responsabilità; ovvero, per converso, situazioni di responsabilità senza debito, o, più attendibilmente, di debito e responsabilità gravanti su soggetti diversi. E si costruirono schemi logici che contemplavano posizioni del creditore di "dover avere", di "dover ricevere", alle quali non corrispondevano un "dover

insbesondere bei den Grundpfandrechten. Die Reallasten in Jherings Jahrbücher, 54 (1909) pp. 355 ss.; STRÖHLA, *Schuldübernahme*, in *Jherings Jahrbücher*, 57 (1910) pp. 231 ss., spec. § 3; GIERRE, *op. cit.* e *Schuldnachfolge and Haftung, insbesondere kraft Vermögensübernahme*, Berlin, 1911; SCHWERIN, *Schuld und Haftung im geltenden Recht*, München und Berlin, 1911; *contra* SIBER, *Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht*, in *Jherings Jahrbücher*, 50 (1906) pp. 55, e, sostanzialmente, J. KOHLER, *Substanzrecht und Wertrecht*, in *Archiv. Für die civilistische Praxis*, 91 (1901), pp. 172 ss., il quale limita il contenuto dell'obbligazione al dovere di prestazione, e considera il diritto del creditore di convertire il patrimonio del debitore in denaro come uno strumento di realizzazione coattiva che l'ordinamento accorda al titolare in conseguenza dell'inadempimento, ma che non costituisce un potere già originariamente inerente al credito. Un'ampia e approfondita rassegna della dottrina tedesca in materia si trova in GANGI, *Scritti giuridici vari*, I, Padova, 1933, pp. 109-312.

⁶⁴ SCHULZ, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, in *Archiv. Für die civ. Praxis*, 105 (1909), p. 228.

⁶⁵ ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerliches Rechts*¹⁸, vol. I, parte 2°, Marburg, 1923, § 226, pp. 6 s., nel quadro di una ricostruzione che colloca la responsabilità patrimoniale al di fuori del contenuto del credito e del debito.

prestare” di un soggetto debitore.

Risultava quindi problematica la stessa assunzione di una correlatività tra posizione attiva e posizione passiva, unitariamente considerate, articolandosi il rapporto obbligatorio nella coppia di rapporti debito-credito e responsabilità-coercizione.

Per altro verso, se la costruzione del rapporto di responsabilità soddisfaceva alla esigenza di ricomposizione dell'unità della categoria del diritto soggettivo attorno all'idea della signoria, alla quale era riconducibile il potere di aggressione patrimoniale del creditore, la posizione attiva correlata al debito di prestazione rivelava tutta la sua debolezza coercitiva e la sua problematica riconducibilità a quella categoria, potendo essa solo avvalersi della proiezione sul rapporto di debito della forza delle prerogative creditorie inerenti a quello di responsabilità, in virtù del potenziale di coazione psicologica che si riverbera sulla fase anteriore all'inadempimento.

Nel contempo, la configurazione del diritto di aggressione patrimoniale del creditore sui beni del soggetto responsabile come diritto su cose, apriva un ulteriore fronte di dibattito circa la sua qualificazione in termini reali o personali, o come pegno sul patrimonio (secondo la discussa formulazione dell'art. 2093 del *code civil*) o come pegno su beni; mentre non mancò chi prospettò la sottrazione di questa posizione giuridica del creditore all'ambito del rapporto interprivato per ricondurlo all'area pubblicistico-processuale, implicando il ricorso alla forza dell'apparato coercitivo dello stato.

E l'indagine circa la relazione tra debito e responsabilità sollevò una problematica ulteriore circa la configurabilità dell'adempimento del terzo e della esecuzione forzata soddisfattiva come attuazione del rapporto di debito ovvero come suoi meri surrogati e, per quanto riguarda la seconda, come mero rimedio all'inadempimento. Così si evidenziava la problematicità della assunzione dello stesso diritto di aggressione patrimoniale quale mezzo di coercizione all'adempimento, e, quindi, quale elemento coattivo sul quale fondare la stessa vincolatività del rapporto di debito e la configurazione come diritto soggettivo della posizione di aspettativa creditoria anteriore all'inadempimento.

Il contenuto delle teorie, il metodo di costruzione delle medesime, la stessa considerazione di alcuni aspetti della disciplina dei rapporti come elementi problematici rispetto all'elaborazione di una dottrina generale dell'obbligazione, evidenziano i caratteri del comune atteggiamento mentale dei giuristi, e delle concezioni e assunzioni metodiche che lo fondano, dei quali già si è detto introducendo l'illustrazione della vicenda dogmatica che si sviluppò a partire dal pensiero di Savigny.

In questo senso, i temi cruciali del diritto comune e dell'esperienza giuridica francese consistenti nei mezzi di coercizione esperibili dal creditore per la realizzazione del proprio interesse veniva trasposto da problema di disciplina dei rapporti obbligatori e dei rimedi all'inadempimento in quello della costruzione, e scomposizione, dei concetti di obbligazione e di credito.

7. *La dottrina italiana nella vigenza del codice del 1865. La tradizione, il modello francese, le teorie degli autori tedeschi*

Il codice italiano del 1865 ha sostanzialmente recepito la disciplina del *code civil*.

Il principio secondo il quale la proprietà e gli altri diritti reali si trasferiscono e si costituiscono per effetto del consenso legittimamente manifestato è affermato dall'art. 1125, ma senza più alcun riferimento all'obbligazione di dare. In tal modo, con un significativo affinamento rispetto alle formulazioni del *code civil*, sembrano rimossi gli equivoci da esse suscitati circa la persistente intermediazione, nella vicenda traslativa, delle obbligazioni di dare.

Nell'assenza di una definizione legislativa di obbligazione, elementi di una nozione possono peraltro desumersi dall'art. 1218 che enuncia il vincolo del debitore all'adempimento e «in mancanza al risarcimento dei danni», omettendo la previsione di un generale rimedio coercitivo e apparentemente affidando una funzione di mera coazione indiretta e psicologica alla sanzione consistente nella, secondaria, obbligazione risarcitoria. In questo senso, appare recepito, in linea generale, il principio di diritto comune «*nemo ad factum praecise cogi potest*», limitato peraltro dai rimedi della esecuzione a spese dell'obbligato inadempiente delle prestazioni di fare fungibili (art. 1220) e della distruzione di ciò che sia stato realizzato in violazione di un'obbligazione di non fare (1222), nonché da altri, pur non espressamente enunciati dalla legge, ma ammessi dagli interpreti.

Come nel *code civil* manca una disposizione circa la coercibilità in via di esecuzione forzata della consegna di cose determinate, che peraltro, come si vedrà tra breve, viene comunemente ammesso, in conformità con le opinioni manifestate dai commentatori francesi e di un orientamento risalente del diritto comune.

Nel periodo interessato dalla vicenda dogmatica di cui si è riferito nel precedente paragrafo, in Italia continua a dominare la concezione personale

dell'obbligazione, che ne identifica l'oggetto nella prestazione, intesa come comportamento, del debitore⁶⁶, in consonanza con la dottrina classica della tradizione romanistica, e di quella francese. La coercibilità della prestazione e l'esigibilità della stessa da parte del creditore, nei limiti della possibilità pratica di attuazione forzosa, sono concepiti in modo non dissimile dalla tradizione di diritto comune e – con le innovazioni costituite dalla recezione del principio dell'effetto traslativo del consenso e dei rimedi di cosiddetta attuazione in forma specifica delle prestazioni fungibili di fare e di quelle di non fare – del diritto francese.

Sempre secondo la tradizione, la dottrina era aliena da sforzi di configurazione concettuale della situazione giuridica del creditore, né si preoccupava della sua corrispondenza simmetrica con quella del debitore e della sua relazione con la categoria del diritto soggettivo.

Ma i risultati delle ricerche storiche e di diritto attuale degli studiosi tedeschi ebbero rilevanti ripercussioni sulla dottrina italiana, suscitando fervore di studi e un vivace dibattito, mentre la stessa letteratura romanistica offriva inaspettati contributi.

L'importanza, «dal punto di vista della teoria giuridica e dal punto di vista storico», degli studi della dottrina tedesca fu dapprima segnalata ai giuristi italiani dal Pacchioni⁶⁷, il quale poi ne trasse spunto per sviluppare – in una serie di studi nei quali confluirono via via elementi dei precedenti scritti – una propria elaborazione costruttiva che, muovendo dalla trattazione storico-dogmatica, era riferita anche al diritto italiano allora vigente⁶⁸. E altre voci

⁶⁶ GIANTURCO, *Diritto delle obbligazioni, Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1894, pp. 7 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*⁷, vol. I, rist., Firenze, 1924 (la prima ed. è del 1876), pp. 2 ss.; F. RICCI, *Indole e fonti delle obbligazioni e dei contratti*, Torino, 1892, pp. 1 ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², Roma, 1915, pp. 7, 23 s., 34 ss., nonché 73-93, ove – nei paragrafi 16 bis, 16 ter e 16 quater aggiunti nella seconda edizione (la prima è del 1898) – sono confutate le concezioni cosiddette patrimoniali di giuristi tedeschi e italiani; e, in particolare, pp. 184 s., dove si identifica l'oggetto dell'obbligazione in una prestazione, «cioè un'azione del debitore in confronto del creditore», precisandosi che sono «contenuto» della prestazione od «oggetto mediato» dell'obbligazione le «cose» ovvero i «servigi (fatti)» che l'azione concerne; non senza peraltro avvertire della «perfetta indifferenza nei riguardi pratici» della questione, «onde il seguire l'una piuttosto che l'altra concezione è cosa che in fondo lascia il tempo che trova». E v. G. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*², in *Il diritto civile italiano*, a cura di P. Fiore, Napoli-Torino, X, rist., 1924, p. 23: «L'oggetto dell'obbligazione non è mai sempre direttamente una cosa determinata, ma solo un atto determinato, una prestazione che il creditore ha da chiedere dal suo debitore e dalla sua persona».

⁶⁷ PACCHIONI, *Sul concetto dell'obbligazione*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, Torino, 1898, pp. 203-214.

⁶⁸ PACCHIONI, *La successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto*

si espressero secondo le direttrici tracciate dalla dottrina tedesca⁶⁹, mentre da essa traevano spunti anche considerazioni di teoria generale del diritto in ordine alla classificazione delle norme e delle situazioni giuridiche soggettive⁷⁰.

Il pensiero di Pacchioni è particolarmente significativo sia per i contenuti della teoria espressa, che costituirono termini di riferimento del successivo dibattito, sia per le assunzioni dogmatiche e metodiche che esso presupponeva. Sotto questo secondo profilo, deve constatarsi come venga a impostarsi una comunicazione tra giuristi tedeschi e italiani il cui oggetto primario è costituito da concetti trattati come formazioni logico-giuridiche che trascendono i rispettivi ordinamenti positivi e che anzi improntano di sé la disciplina dei rapporti in virtù di logica necessità. Non si tratta dunque di uno scambio culturale mosso da intenti comparativi, ma di un impegno scientifico condiviso su di un oggetto che è assunto come comune perché investe i dogmi, mentre le discipline positive tendono a essere preminentemente riguardate come momento di svolgimento e di riscontro dei medesimi.

Questi saranno del resto le assunzioni e il metodo che larga parte della dottrina italiana per lungo tempo adotterà. Significativa in proposito è la perentoria affermazione secondo la quale la «distinzione fra il concetto di debito e quello di rispondenza» non è una «singolarità del diritto germanico», essa «non può, a ben vedere, essere estranea ad alcun diritto in quanto è concettualmente necessaria»⁷¹.

dell'obbligazione, in *Riv. dir. comm.*, IX (1911); *Concetto dell'obbligazione naturale*, nota a Cass. Torino 9 maggio 1911, in *Riv. dir. comm.*, X, (1912), II, p.400 ss.; *Il concetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. comm.* XXII (1924), pp. 209 ss., *Diritto civile italiano*³, parte II, vol. I, Padova, 1941, pp. 3-62; Appendice I alla sua già citata traduzione italiana del *Trattato sulle obbligazioni* di Savigny.

⁶⁹ ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, VIII (1910), I, pp. 669 ss. e 855 ss.; ID., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, *ibid.*, pp. 682 ss.; E. REDENTI, *Natura giuridica della cambiale e dell'obbligazione cambiaria*, in *Riv. dir. comm.*, X, (1912), pp. 933 ss.; GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto privato odierno*, Puntata I, Roma, 1914.

⁷⁰ BRUNETTI, nelle sue opere *Delitto civile*, Firenze, 1906, pp. 525-569 e 617-629 e *Norme e regole finali*, Torino, 1913, *passim*, distingue le norme giuridiche assolute che impongono incondizionatamente doveri, la cui violazione dà luogo alla comminatoria di una pena, da quelle che impongono regole di condotta solo relative che devono essere osservate solo in quanto si voglia conseguire un determinato fine, e la conseguenza dell'inosservanza delle quali consiste soltanto nel mancato conseguimento di quest'ultimo. La generalità delle norme che impongono obbligazioni civili appartenerebbero alla seconda categoria, in quanto la loro violazione non produrrebbe altro effetto che l'assoggettamento del patrimonio del debitore all'azione del creditore volta alla realizzazione del valore della prestazione, essendo il debitore libero di adempiere o meno, conseguendo nel primo caso lo scopo di sottrarsi all'esecuzione, v. spec. BRUNETTI, *Il diritto del creditore*, in *Riv. dir. comm.* XIV (1916), pp. 147 ss. e 282 ss.

⁷¹ PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., p. 218; e v. già C. SCHWERIN, *op. loc. ult. cit.*

La costruzione di Pacchioni⁷² può così riassumersi. L'obbligazione è composta di due distinti elementi, il debito e la rispondenza, i quali «danno luogo a due distinti rapporti e due coppie di termini correlativi». Il rapporto di debito consiste nel dovere del debitore, come «stato di pressione psicologica» indotto dall'esistenza di una norma che gli impone di eseguire la prestazione, e nella «legittima aspettativa» del destinatario della prestazione stessa, quale «stato di fiducia giuridica». Il rapporto di rispondenza è costituito da uno «stato di assoggettamento» di una o più cose o di un intero patrimonio e dal correlativo diritto del destinatario della prestazione di valersi di tale assoggettamento; diritto che, nella fase anteriore all'inadempimento, consiste nel potere di «controllo gestorio» volto ad assicurare che non siano pregiudicate le ragioni del credito, mentre, nella fase successiva all'inadempimento, consiste nel potere di aggressione diretta sulle cose o sul patrimonio assoggettato. Può darsi che la prescrizione di un dovere non renda debitore alcun soggetto, potendo essa implicare soltanto un «dover avere» di una determinata persona senza che vi corrisponda il «dover dare» di un'altra, come accadrebbe nell'ipotesi in cui un contraente garantisca all'altro un dato risultato indipendentemente da una propria attività volta a determinarlo.

Secondo questa prospettiva, solo riguardo al rapporto di rispondenza può parlarsi di «un vero e proprio diritto», il quale però, anche quando la responsabilità non investe singoli beni ma un intero patrimonio, non è rivolto verso la persona, ma cade sui beni, sul patrimonio e, in tal senso, ha natura di diritto reale, di garanzia⁷³. L'esercizio di tale diritto, peraltro, non comporta il conseguimento della prestazione, l'adempimento del debitore, ma solo un surrogato ottenuto in via di esecuzione forzata. Così, ripudiandosi la stessa distinzione tra diritti reali (tali essendo tutti quelli riconosciuti dalla legge sul «mondo esteriore») e personali, si identifica come elemento caratterizzante dell'obbligazione la centralità del dovere giuridico su cui si innesta il diritto di garanzia sul patrimonio.

Questa complessa costruzione contiene in sé tutti gli elementi cruciali di un dibattito che si svilupperà per circa mezzo secolo, e su di essi dovranno misurarsi le stesse dottrine personali, talché anche formule oggi correnti ne recano ancora l'eco, pur essendo quasi svanita la percezione della loro problematicità.

⁷² Mi riferisco in particolare a *Il concetto dell'obbligazione*, cit., e a *Diritto civile italiano*, cit.

⁷³ Anche A. ROCCO, nelle opere citate alla nota 69, afferma la natura reale del diritto del creditore che si realizza nel processo esecutivo, specificando che si tratterebbe di un pegno.

8. *Lo sviluppo del dibattito nella dottrina italiana sotto il codice del 1865*

Il dibattito che ne seguì nella dottrina italiana fu segnato, da un lato, da una vasta adesione alle nuove teorie, quantomeno nel senso del recepimento della distinzione tra debito e rispondenza – pur nella varietà degli orientamenti costruttivi, che già del resto si era manifestata in Germania –, e, dall'altro, da opinioni fortemente critiche, che però non poterono mancare di tener conto di profili problematici dell'analisi dei rapporti obbligatori che emergevano dagli studi degli autori tedeschi.

Le opposizioni alle nuove teorie si manifestarono – da subito e per lungo tempo –, prima ancora che sul merito, sul metodo, sull'astrattezza del linguaggio e delle costruzioni, sulla dubbia rilevanza pratica di queste ultime. Si parlò, con caustici accenti, di «svaghi innocenti»⁷⁴; di «filosofiche discettazioni», «nebulose astratte», «sport metafisico riservato ai più sottili ingegni» e di «perfetta indifferenza nei riguardi pratici» dell'una e dell'altra concezione⁷⁵; di «eccessi riprovevoli, che hanno piuttosto oscurato la nozione dell'obbligazione», dubitandosi che quelle dottrine siano «praticamente util(i) e dogmaticamente efficac(i)»⁷⁶; nonché, più recentemente, di «vuote astrazioni logiche», che trascurano «la vera natura del rapporto obbligatorio, quale è nella realtà della vita»⁷⁷ e di «abusi del costruzionismo infecondo» e di «trascendentalismo oscuro»⁷⁸.

Si manifestò dapprima l'autorevole voce critica di POLACCO. Egli innanzitutto chiarisce⁷⁹ l'opinione da lui precedentemente espressa⁸⁰, secondo la quale nelle obbligazioni si instaurerebbe «un vincolo tra due patrimoni considerati come personalità astratta», nel senso che con tale formula ci si limita a «personificare i patrimoni», senza porre in discussione

⁷⁴ PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 25.

⁷⁵ Sono tutte espressioni di POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., le prime due tratte dalla prefazione alla seconda edizione dell'opera, la terza, a p. 84, è riferita in senso generale alla giurisprudenza concettuale (*Begriffsjurisprudenz*), mentre l'ultima, a p. 185, concerne il contrasto di opinioni circa l'oggetto delle obbligazioni. Sulla parte avuta da POLACCO nel dibattito di fine '800, v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2000, p. 190. FADDA, *Teoria generale delle obbligazioni, Lezioni di diritto romano*, Napoli, 1902, p. 25 giunse a tacciare di «dispute di carattere piuttosto teologico» già il dissenso tra SAVIGNY e WINDSCHIED sul contenuto del diritto di credito.

⁷⁶ DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*³, II, Napoli, 1923, p. 12.

⁷⁷ COVIELLO (junior), *L'obbligazione negativa (contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Napoli, 1931, pp. 1 s.

⁷⁸ BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1946, pp. 10 e 48.

⁷⁹ POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., I, Roma, 1915, pp. 34 ss.

⁸⁰ POLACCO, *Dazione in pagamento*, I, Padova, 1888, p. 148.

la distinzione tra diritti reali e personali. Ribadisce quindi l'adesione «a distinzioni e dottrine ormai secolari»⁸¹, sviluppando una critica serrata delle teorie degli autori tedeschi, di Pacchioni e di Rocco, le quali, scomponendo l'obbligazione nei rapporti di debito e responsabilità, rompono l'unità del rapporto obbligatorio, rendono evanescenti le posizioni giuridiche anteriori all'inadempimento del debitore e risolvono in diritto reale le prerogative coercitive del creditore⁸².

Tuttavia, pur nella diffidenza per le esasperazioni concettualistiche delle nuove dottrine, si avverte uno sforzo di conciliazione, laddove si riconosce che «nello stadio esecutivo il vero ente vincolato è il patrimonio»⁸³ e che nel vincolo obbligatorio possono identificarsi, non due distinti rapporti, ma «due momenti distinti: 1° il vincolo generale del debitore ad una prestazione, sotto comminatoria, 2° di realizzare il vincolo sul patrimonio»⁸⁴, ferma però la consistenza giuridica del primo momento in virtù della forza coattiva del secondo, ma sottolineandosi il carattere normale e naturale dell'adempimento spontaneo.

Nella letteratura trattatistica e istituzionale vengono solitamente ribadite le concezioni classiche, segnatamente quella della prestazione come condotta del debitore; ma, pur criticandosi le nuove teorie, si riconosce che alcune delle considerazioni da queste proposte, come quelle sulla distinzione tra debito e rispondenza, possono valere a «lumeggiare il concetto dell'obbligazione»⁸⁵ e, in particolare, a mettere in evidenza il profilo della coazione, senza il quale non potrebbe riconoscersi la giuridicità del vincolo⁸⁶.

⁸¹ POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., p. 37.

⁸² POLACCO, *op. ult. cit.*, pp. 73-93.

⁸³ POLACCO, *op. ult. cit.*, p. 73.

⁸⁴ POLACCO, *op. ult. cit.*, p. 77. Per una analoga prospettiva di contemperamento tra aspetti personali e patrimoniali v. CARBONI, *Della obbligazione nel diritto odierno. Concetto e contenuto*, Torino, 1912, pp. 36 ss.

⁸⁵ DE RUGGIERO, *Istituzioni*, cit., p. 12.

⁸⁶ FERRARA (*senior*), *Trattato*, cit., p. 311: «Il dovere giuridico porta con sé come contenuto immanente la coazione, e perciò la responsabilità non è che una conseguenza del rapporto obbligatorio. Il debito non è semplicemente il *dover prestare*, ma il *dover prestare sotto la coazione dell'ordine giuridico*, e perciò conduce non solo alla volontaria prestazione dell'obbligato, ma in caso di inadempienza alla *coattiva esecuzione dell'obbligazione*, e dove questa non è possibile o non basti, al risarcimento (sostituzione od integrazione del debito primario). Il diritto di aggressione del creditore sul patrimonio dell'obbligato non è che un effetto normale ed essenziale del diritto di credito, senza il quale sarebbe questo un diritto illusorio». In un'analoga prospettiva si esprimerà MAROI, *Obbligazione*, voce del *Dizionario pratico del diritto privato*, vol. IV, Milano Appiano Gentile, 1913-1934, pp. 243 s., il quale riafferma la dottrina classica della natura personale, indicando nella responsabilità, che non scinde il contenuto unitario dell'obbligazione, il momento, successivo ed eventuale rispetto

Ecco dunque che le stesse voci ostili all'accoglimento delle nuove teorie devono tener conto di aspetti che le dottrine classiche erano solite trascurare; in particolare: la rilevanza del momento coercitivo, considerato non solo come dato della disciplina e come tratto di una descrizione realistica ed esauriente del fenomeno obbligatorio, ma anche nella prospettiva della definizione della situazione giuridica del creditore; la connessa precarietà di formule definitorie tutte incentrate sulla prestazione come comportamento del debitore e sul generico riferimento alla giuridicità del vincolo conseguente alla sanzione dell'inadempimento, rispetto alla quale si poneva il problema della effettiva coercibilità diretta e dei relativi limiti; la correlazione della tematica delle obbligazioni con quella dell'esecuzione forzata e della responsabilità patrimoniale (che del resto non avevano mancato di cogliere, già in via autonoma, e pur con accenti e opinioni differenti, autori francesi⁸⁷ e italiani⁸⁸, sulla scorta della formula – invero più suggestiva e metaforica che tecnica – dell'art. 2093 del *code civil*, che qualifica i beni del debitore come “*gage*” comune dei suoi creditori, come “garanzia comune” secondo l'espressione dell'art. 1949 del nostro codice del 1865.

Riguardo ai profili coercitivi, si è lamentato lo scarso contributo offerto dai processualisti⁸⁹ e l'insoddisfacente elaborazione della dottrina civilistica⁹⁰, che si sarebbe limitata a «blande teorizzazioni o meri auspici *de lege ferenda*»⁹¹.

Se è vero che i civilisti di orientamento tradizionale non si mostrarono inclini a una sistemazione dogmatica del complesso dei rimedi di attuazione del rapporto obbligatorio in caso di inadempimento del debitore, e del rapporto di questa con l'esecuzione forzata e con misure coercitive indirette, non può disconoscersi l'attenzione, quantomeno di alcuni di essi, alla ricostruzione organica delle regole pratiche applicabili a diversi casi e prestazioni. Non solo troviamo affermata, in apparente ribaltamento del principio enunciato dall'art. 1218, la regola generale dell'esecuzione diretta, limitata da eccezioni ricondotte all'impossibilità pratica di realizzarla, oltre che da ragioni assiologiche⁹², con un richiamo al principio della “libertà

all'inadempimento, che garantisce la coattività del vincolo personale.

⁸⁷ RIGAUD, *Le droit réel*, Toulouse, 1912, pp. 466 ss.; GAUDEMET, *Étude sur le transport des dettes à timbre particulier*, Paris, 1898; GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Paris, 1910, pp. 453 ss. e CORNIL, *Debitum et obligatio*, in *Mélanges Girard*, I, Paris, 1912, p. 203.

⁸⁸ POLACCO, *Dazione in pagamento*, *loc. cit.*; ID., *Le obbligazioni*, *cit.*, pp. 34 ss.

⁸⁹ V. l'analisi e le considerazioni di MAZZAMUTO, *L'attuazione*, *cit.*, pp. 69 ss.

⁹⁰ MAZZAMUTO, *L'attuazione*, *cit.*, pp. 65 ss.

⁹¹ MAZZAMUTO, *L'attuazione*, *cit.*, p. 67.

⁹² MAZZAMUTO, *L'attuazione*, *cit.*, p. 71.

umana⁹³; ma la dottrina più accorta e autorevole offre una illustrazione articolata ed esauriente della disciplina dei rimedi per l'inadempimento del debitore diversi dal risarcimento del danno⁹⁴. Pur riconoscendosi che «in pura teoria» i rimedi di esecuzione forzata non consentono propriamente di ottenere l'adempimento in natura, consistente nell'azione volontaria e personale, in sé incoercibile, del debitore, tuttavia si afferma che nella «realità pratica» può dirsi conseguita in forma specifica «la risultanza economica finale» ottenuta «*in executivis* proprio tal quale si sarebbe avuta dal fatto» dell'obbligato⁹⁵. Così, il creditore può ottenere, in via di esecuzione forzata, «un surrogato della mancata personale prestazione tanto prossimo ad essa da identificarsi nella pratica risultanza finale» nel caso dell'inadempimento dell'obbligazione di dare una cosa determinata «sempreché tuttora sussista la *species debita*»⁹⁶, mentre, per le obbligazioni di dare cose generiche, l'esecuzione potrà procurare al creditore solo il valore delle cose dovute; ma, in applicazione analogica dell'art. 1220, il creditore potrà essere autorizzato ad acquistare cose fungibili a spese del debitore⁹⁷.

Per le obbligazioni di fare «opere fungibili» il creditore potrà avvalersi dell'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 1220; mentre per le obbligazioni di non fare occorre distinguere: se si tratta di astensione che concerne «un solo dato momento», cosicché l'inadempimento non costituisca un fatto permanente⁹⁸, la violazione è irretrattabile, e opererà solo il rimedio risarcitorio; se si tratta di un'astensione duratura per un certo tempo, con effetti durevoli dell'inadempimento, sarà esperibile il rimedio dell'art. 1222, da interpretarsi estensivamente, oltre il caso dell'opera materiale, anche in altre ipotesi in cui sia possibile «la remissione in

⁹³ LOMONACO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 468, il quale riguardo alla *ratio* delle eccezioni consistente nell'impossibilità pratica rilevava che questa «nelle obbligazioni di fare è più frequente che nelle obbligazioni di dare», soggiungendo che «è una differenza di fatto piuttosto che di diritto», mentre sarebbe «di diritto» quella che «si riferisce alla libertà umana», la quale «è fuori causa quando trattasi di una obbligazione di dare: la forza pubblica si indirizza alle cose e non all'uomo».

⁹⁴ POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., pp. 559-577.

⁹⁵ POLACCO, *op. ult. cit.*, p. 560.

⁹⁶ POLACCO, *op. ult. cit.*, p. 561 s.; GIORGI, *Teoria*, cit., II, p. 160, giustifica la regola con l'acquisto della proprietà della cosa, qualificando l'azione come rivendicazione, e precisa che occorre che la cosa non sia passata legittimamente in proprietà di terzi.

⁹⁷ POLACCO, *op. loc. ult. cit.*; GIORGI, *op. loc. ult. cit.*; cfr. LOMONACO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 466, che distingue l'obbligazione di dare cosa determinata nella sua individualità, per la quale il creditore, in caso di inadempimento, può farsi autorizzare dal giudice l'immissione nel possesso, dall'obbligazione di dare cosa determinata solo nella specie, per la quale il creditore può procurarsela a spese del debitore inadempiente.

⁹⁸ Così, più chiaramente, si esprime GIORGI, *Teoria*, cit., II, p. 161.

pristino», purché «senza violenza sulla persona del debitore»⁹⁹. Ne risulta, in sintesi, che, nei casi indicati, l'esecuzione in forma specifica non può essere dal giudice rifiutata, dovendo la funzione giudiziaria, «sostituirsi all'opera del debitore» per «far conseguire al creditore, fintantoché è possibile, l'oggetto dovuto in natura»¹⁰⁰. Non è invece esperibile l'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento di obbligazioni di fare «nelle quali l'opera personale del debitore è assolutamente insurrogabile» e di quelle di non fare per le quali per impedire la violazione occorrerebbe porre «mano con la forza sulla persona» del debitore¹⁰¹.

Si accenna inoltre a rimedi adottati in altri ordinamenti per sopperire all'incoercibilità in forma specifica delle prestazioni, volti «a servire di stimolo al debitore perché egli adempia», ma si nega, nonostante qualche decisione in contrario, l'ammissibilità nell'ordinamento italiano dello strumento delle *astreintes*¹⁰², affermandosi peraltro che il giudice potrebbe liquidare preventivamente oltre ai danni già sofferti dal creditore «anche quelli futuri maturanti di giorno in giorno finché la mora continua»¹⁰³. Si pone, infine, la questione del rimedio esperibile in caso di inadempimento della promessa di compravendita: se operi soltanto il risarcimento del danno ovvero possa la sentenza del giudice surrogare il consenso della parte inadempiente, auspicandosene la soluzione legislativa in questo secondo senso¹⁰⁴.

Non può disconoscersi che, nell'opera dei giuristi che hanno seguito le vie della tradizione, tale organica ricomposizione delle regole pratiche relative ai mezzi di coercizione esperibili dal creditore in mancanza dell'adempimento spontaneo del debitore non si è tradotta in una costruzione dogmatica della situazione giuridica del diritto di credito e del rapporto obbligatorio, dell'oggetto del debito e del credito, in una sistemazione concettuale dell'esecuzione forzata e dei mezzi di coazione in rapporto all'attuazione dell'obbligazione e alla realizzazione dell'interesse creditorio. Ma tali mancanze sembrano corrispondere a consapevoli scelte di metodo, volte a preservare una rigorosa attinenza della riflessione dottrinale alla realtà pratica del diritto, sulla quale, dalle «nebulose astrattezze», «non può scendere che dannosa grandine e non già pioggia benefica»¹⁰⁵.

⁹⁹ POLACCO, *op. ult. cit.*, pp. 562 s.; GIORGI, *Teoria*, cit., II, p. 160 s.

¹⁰⁰ POLACCO, *op. ult. cit.*, p. 564.

¹⁰¹ POLACCO, *op. ult. cit.*, pp. 567 s.; cfr. LOMONACO, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 466 s.

¹⁰² POLACCO, *op. ult. cit.*, pp. 569 ss.

¹⁰³ POLACCO, *op. ult. cit.*, p. 572; cfr. GIORGI, *Teoria*, cit., II, p. 240.

¹⁰⁴ POLACCO, *op. ult. cit.*, pp. 572 s.

¹⁰⁵ Così POLACCO, *op. ult. cit.*, *Prefazione alla II edizione*, p. 2, che cita un'espressione di SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 941.

Altra autorevole dottrina¹⁰⁶ sviluppava un diverso ordine di critiche alle nuove teorie, dalle quali traeva tuttavia spunto per prospettare, in forte discontinuità con l'insegnamento tradizionale, una nuova concezione del rapporto obbligatorio, della prestazione, dei mezzi di coercizione e di realizzazione dell'interesse del creditore. Si riconosce la distinzione tra debito e responsabilità, ma si nega che a essi corrispondano distinti rapporti giuridici, affermando l'unità inscindibile del rapporto obbligatorio, rispetto al quale si riconosce piuttosto l'articolazione in fasi diverse corrispondenti, rispettivamente, a quella anteriore e a quella successiva all'eventuale inadempimento dell'obbligato¹⁰⁷.

Si critica peraltro la concezione tradizionale che vede nella prestazione, intesa quale oggetto dell'obbligazione, un contegno del debitore; e si afferma che questo consiste solo in atti preparatori, che costituiscono l'oggetto della prestazione e il contenuto, non l'oggetto, dell'obbligazione; quest'ultimo consiste, infatti, nella mera tolleranza del debitore, il quale deve «lasciar prendere» dal creditore il bene dovuto, lasciargli cioè godere il risultato dell'azione del debitore¹⁰⁸. In tal modo, il fulcro del rapporto viene a identificarsi con l'interesse del creditore, titolare del diritto soggettivo, personale e non reale, che ha per oggetto non già, secondo le nuove teorie, i beni, il patrimonio del debitore, ma il bene dovuto quale prestazione che il creditore ha diritto di conseguire¹⁰⁹.

Il diritto del creditore di ottenere la condanna e, quindi, di attivare l'esecuzione forzata, in caso di inadempimento del debitore, non si rivolge a quest'ultimo né ai suoi beni, ma è un diritto nei confronti dello Stato, o, se si vuole, delle persone che sono da esso a ciò preposti, e ha natura processuale¹¹⁰.

La supposta incoercibilità in forma specifica dell'obbligazione deriva dalla concezione della prestazione come azione, di per sé incoercibile, del debitore. Al contrario, se la prestazione si identifica nel bene dovuto, questo

¹⁰⁶ CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv.dir. comm.* 1915, I, pp. 525 ss.; Id., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Padova, 1927.

¹⁰⁷ CARNELUTTI, *Appunti*, pp. 548 ss., 551 ss., 558 s.; Id., *Diritto e processo*; cit., pp. 47 ss.

¹⁰⁸ CARNELUTTI, *Appunti*, pp. 528 ss., 536; Id., *Diritto e processo*, pp. 28-38.

¹⁰⁹ CARNELUTTI, *Appunti*, pp. 530 s., 536, 549 s., 558. La costruzione muove (pp. 525 ss.) dalla distinzione tra rapporti reali, regolati da "norme distributive" che disciplinano, mediante attribuzione, la "concorrenza" tra i consociati circa il godimento esclusivo dei beni, e rapporti obbligatori, regolati da "norme commutative" che attengono alla "cooperazione" tra consociati, mediante «attribuzione a taluno» (il creditore) «di poteri entro la sfera di godimento altrui» (del debitore, il quale è tenuto a lasciare che, dalla propria sfera di godimento, il creditore prenda il bene dovuto).

¹¹⁰ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 61-70.

potrà essere forzosamente conseguito dal creditore (si pensi alle prestazioni pecuniarie, alla consegna di cosa determinata o alla distruzione di ciò che sia stato realizzato in violazione di un obbligo), salvo soltanto che esso non esista in natura: in caso di inadempimento del *locator operarum*, non essendo venuto a esistenza il bene dovuto che è oggetto dell'obbligazione, il creditore non potrà conseguirlo¹¹¹.

Qualora l'esecuzione sia praticamente possibile, esistendo in natura il bene dovuto, essa assicura al creditore lo stesso bene che conseguirebbe con l'adempimento spontaneo e in entrambi i casi «quel che si realizza è veramente il diritto di credito»¹¹². Laddove, invece, ciò non è possibile, e non può aver luogo l'esecuzione, che consiste nell'ottenimento dello stesso effetto pratico che deriverebbe dal contegno del debitore, la coazione opera, in modo indiretto, mediante la comminatoria di una pena, che consiste in un contegno diverso imposto al debitore inadempiente dall'ordine giuridico¹¹³, o mediante le cosiddette misure coercitive, volte a determinare una pressione psicologica sul debitore per indurlo all'adempimento¹¹⁴.

Funzione di incentivo all'adempimento ha anche l'obbligazione risarcitoria, che deve essere tenuta distinta dall'obbligazione primaria¹¹⁵, e che peraltro si distingue anche dalla pena per la sua funzione satisfattiva¹¹⁶. In ogni caso, operando una sanzione, è assicurata la giuridicità del rapporto, e ciò fin dall'origine e non solo successivamente all'inadempimento, giacché la predisposizione della sanzione proietta la coattività e la giuridicità anche sulla fase anteriore all'eventuale inadempimento¹¹⁷.

9. Segue. *I prodromi della codificazione del 1942 e della dottrina successiva*

Il dibattito dottrinale si incentra, dunque, anche in Italia sulla distinzione tra debito e rispondenza, ma esso non sembra potersi ridurre, come spesso si è suggerito secondo una sintesi semplificatrice, a una contrapposizione tra

¹¹¹ CARNELUTTI, *Appunti*, pp. 535 ss. e 549; ID., *Diritto e processo*, cit., pp. 21s., 27 s.

¹¹² CARNELUTTI, *Appunti*, pp. 535 ss., 545 e 549; ID., *Diritto e processo*, cit., pp. 38 s.

¹¹³ CARNELUTTI, *Appunti*, p. 543

¹¹⁴ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 19 ss., ove, precisandosi l'opinione espressa nel precedente scritto, considerando le misure coercitive come forme intermedie tra l'esecuzione e la pena.

¹¹⁵ CARNELUTTI, *Appunti*, pp. 543 ss.; ID., *Diritto e processo*, p. 57.

¹¹⁶ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 39 s., ove si correggono affermazioni del precedente scritto.

¹¹⁷ CARNELUTTI, *Appunti*, p. 545.

concezioni patrimoniali e personali, giacché una più evoluta considerazione della responsabilità patrimoniale si è a volte risolta nella revisione, piuttosto che nel ripudio, di dottrine tradizionali.

L'attenzione particolarmente riservata alla rispondenza comporta la concentrazione dell'analisi sui contenuti delle prerogative del creditore volte alla realizzazione effettiva del suo interesse, mentre sembra sfocarsi la posizione del debitore, alla quale da sempre si erano prevalentemente riferite le nozioni e la terminologia in materia di obbligazioni, e ridimensionarsi la rilevanza costruttiva della prestazione quale condotta del debitore.

In realtà, la ricostruzione dello svolgimento storico della disciplina e del pensiero giuridico ci ha consentito di verificare come sia sempre stata cruciale la considerazione della coercibilità e dei mezzi di coercizione dell'obbligazione e, quindi, dei rimedi esperibili dal creditore in caso di inadempimento dell'obbligato. In questo senso, deve riconoscersi che, pur essendo debito e rispondenza termini che attengono alla posizione del debitore e al suo patrimonio, le innovazioni dottrinali consistettero essenzialmente nello sforzo e nelle proposte di concettualizzazione del regime dei rimedi creditori e nella correlata costruzione dogmatica della situazione giuridica soggettiva del diritto di credito.

Rispetto a questi referenti del dibattito dottrinale, si contrapposero due orientamenti, anch'essi non riducibili alla schematica contrapposizione tra teorie patrimoniali e personali: quello che li concepiva come due distinti rapporti, che pur normalmente si congiungono nell'obbligazione civile, ma che possono anche manifestarsi disgiuntamente¹¹⁸ e quello che li considerava due aspetti del rapporto obbligatorio, inteso come unitario e non scindibile o scomponibile¹¹⁹.

¹¹⁸ GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, in *Scritti giuridici vari*, I, Padova, 1933, pp. 317 ss., 343 ss., 354 ss. (lo studio fu dapprima pubblicato in *Riv. dir. civ.* 1927, pp. 521 ss., e fu preceduto da *Debito e responsabilità*, Roma, 1916, e Sassari, 192); e v. già ROCCO, negli scritti citati alla nt. 144, che attribuisce ai diritti inerenti ai due rapporti diversa natura, personale e reale.

¹¹⁹ FERRARA (*senior*), *Trattato*, cit., p. 311; MAROI, *Obbligazione*, voce del *Dizionario pratico del diritto privato*, vol. IV, Milano Appiano Gentile, 1913-1934, pp. 243 s., il quale riafferma la dottrina classica della natura personale, indicando nella responsabilità, che non scinde il contenuto unitario dell'obbligazione, il momento, successivo ed eventuale rispetto all'inadempimento, che garantisce la coattività del vincolo personale; CARNELUTTI, *Appunti*, pp. 548 ss., 551 ss., 558 s.; ID., *Diritto e processo*; cit., pp. 47 ss., dove si esclude che debito e responsabilità possano considerarsi come due distinti elementi di un "corpo composto", essendo l'obbligo un "corpo semplice". E v. già POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., pp. 90 ss., nonché, sia pure incidentalmente e in una particolare prospettiva costruttiva, NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pp. 96 s.

Nell'ambito del primo orientamento, al fine di argomentare la distinzione e di offrirne riscontri nella disciplina, ci si esercitò a esemplificare ipotesi di debito senza responsabilità (obbligazioni naturali) e di responsabilità senza debito (fideiussione, pegno e ipoteca a garanzia di un debito soggetto a condizione sospensiva o futuro, sussistendo al riguardo una responsabilità attuale per un debito non attuale) o di distinta imputazione a soggetti diversi dell'uno e dell'altro rapporto, prospettandosi ipotesi di debito senza propria responsabilità o di responsabilità senza proprio debito (fideiussione, pegno e ipoteca di cosa altrui a garanzia di obbligazione naturale; pegno e ipoteca a garanzia di debito altrui) o, ancora, di responsabilità limitata rispetto al debito o di sfalsamento temporale tra responsabilità e debito¹²⁰. In questo catalogo si riscontrano spesso configurazioni e qualificazioni controvertibili e si avvertono forzature volte a piegare l'analisi delle fattispecie e dei relativi regimi alla tesi che ci si propone di dimostrare, mentre la varietà dei rapporti e delle regole che vengono passati in rassegna sembrano piuttosto deporre nel senso della loro irriducibilità a uno schema ricostruttivo uniforme.

Gli spunti di revisione dogmatica offerti dalle teorie su debito e responsabilità vennero a riflettersi su di un ambito molto ampio di riflessione costruttiva, per certi versi esorbitante rispetto a quello dei rapporti obbligatori. La focalizzazione dell'attenzione sulla posizione creditoria, come specchio dei rimedi coercitivi, investiva, come già si è osservato, la problematica del diritto soggettivo e doveva cimentarsi con la difficoltà di ricondurre a una figura unitaria credito e diritti reali: per un verso si tendeva ad attrarre il primo nell'ambito dei secondi, così da ricomporre l'unità del concetto di diritto soggettivo alla stregua dei caratteri della realtà¹²¹, esaltando, come si è visto, il potere del creditore di aggressione sul patrimonio del debitore, in caso di suo inadempimento; per altro verso, e correlativamente, si prospettò, rispetto alla fase del rapporto anteriore all'adempimento o inadempimento, la riduzione della posizione del creditore a mera aspettativa e quella del debitore a mero onere.

Peraltro, l'affermazione della non scindibilità della relazione obbligatoria in distinti rapporti di debito e responsabilità, e della sua unità, consentiva di proiettare sulla fase anteriore all'eventuale inadempimento il valore dei rimedi coercitivi esperibili a seguito di questo, ma già implicati, fin dall'insorgere dell'obbligazione, dalla rispondenza e dall'inerente garanzia del patrimonio del

¹²⁰ GANGI, *Debito e responsabilità*, cit., pp. 354-365; cfr. MAROI, *Obbligazione*, cit., pp. 241 ss., ma v. la precisazione a pp. 243 s.

¹²¹ Nega la natura reale della responsabilità BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 240.

debitore, dovendosi riconoscere l'originaria coercibilità del vincolo¹²².

Tale riconoscimento permetteva di ribadire l'originaria giuridicità del rapporto obbligatorio fin dalla sua costituzione, e la qualificazione del credito come diritto soggettivo senza che occorresse attribuire allo stesso natura reale. E tuttavia la riflessione sulle nuove teorie costituì occasione per un ripensamento dei caratteri distintivi tra diritti – e, secondo alcuni, rapporti – personali e reali¹²³.

La concentrazione della riflessione sui rimedi coercitivi stimolò l'approfondimento della relazione che, rispetto ai rapporti obbligatori, intercorre tra la tutela implicata dalle regole di diritto sostanziale e i mezzi processuali di attuazione della medesima, e dunque tra diritto e processo¹²⁴. Ci si interrogò quindi: sui rapporti tra condanna ed esecuzione forzata¹²⁵; sull'ambito di quest'ultima rispetto all'espropriazione e alla cosiddetta esecuzione in forma specifica¹²⁶; sulla funzione satisfattiva dell'esecuzione e sui suoi rapporti con l'adempimento spontaneo¹²⁷; sugli strumenti di coazione indiretta e psicologica¹²⁸; sulla relazione tra obbligazione primaria di prestazione e obbligazione secondaria risarcitoria per l'inadempimento della prima¹²⁹.

Ne scaturisce una revisione dell'idea tradizionale di una rigorosa corrispondenza simmetrica tra obbligazione e credito e la valorizzazione dell'interesse del creditore¹³⁰, che contribuisce, da un lato, alla soluzione della questione del carattere patrimoniale della prestazione (distinguendosi la patrimonialità di questa da quella dell'interesse) e, dall'altro, alla maturazione di una concezione teleologica della condotta di attuazione

¹²² V., pur in diverse prospettive costruttive, FERRARA (*senior*), *Trattato*, cit., p. 311; MAROI, *Obbligazione*, cit., pp. 243 s.; CARNELUTTI, *Appunti*, p. 545; ID. *Diritto e processo*, cit., p. 104; COVIELLO (*junior*), *L'obbligazione negativa*, cit., pp. 9 ss., 46; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pp. 95 s.; CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948 (l'edizione originaria del corso è del 1921 e quella citata contiene qualche riferimento normativo al nuovo codice), pp. 223 ss., il quale peraltro, pur configurando l'originaria garanzia sui beni del debitore come diritto personale del creditore, afferma che esso si trasformerebbe in reale per determinate evenienze attinenti all'esecuzione.

¹²³ CARNELUTTI, *Appunti*, pp. 525 ss.; CICU, *L'obbligazione*, pp. 1 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 79 ss.

¹²⁴ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit.; BETTI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit.; A. CICU, *L'obbligazione*, pp. 117 ss.

¹²⁵ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 61 ss.; BETTI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit.

¹²⁶ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 21 ss.

¹²⁷ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 27 ss. e 38 ss.; CICU, *L'obbligazione*, pp. 117 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 43 ss., 58 ss.

¹²⁸ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 19 ss., 27 ss.; CICU, *L'obbligazione*,

¹²⁹ CICU, *L'obbligazione*, p. 119; NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 108 ss.

¹³⁰ NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 44 ss., 60 ss., 67 ss.

dell'obbligo¹³¹, che si salderà, nel nuovo codice, con l'enunciazione della regola di correttezza.

La prospettiva di superamento della corrispondenza simmetrica tra situazione attiva e passiva è avvalorata dalla considerazione di cause di estinzione dell'obbligazione e di liberazione del debitore che non corrispondono al soddisfacimento dell'interesse del debitore, come il pagamento al creditore apparente, e di ipotesi di soddisfacimento di tale interesse pur in mancanza dell'adempimento personale dell'obbligato, come nel caso di adempimento del terzo¹³².

E, affermandosi «la necessità di costruire il concetto di obbligazione non tanto dal lato passivo, quanto piuttosto dal lato attivo»¹³³, venne ripensata la stessa nozione di prestazione quale condotta del debitore e oggetto della sua obbligazione, prospettandosene la qualificazione come “bene dovuto”¹³⁴.

Inoltre, pur in una prospettiva ancora limitata agli aspetti giuridico-formali¹³⁵, emergono considerazioni che concernono la funzione del rapporto obbligatorio attinente alla dinamica del traffico economico, rappresentando un flusso di valore e di utilità¹³⁶, dovuto e atteso rispettivamente dal debitore e dal creditore. Viene in tal senso valorizzato il diritto di “conseguire” il bene dovuto¹³⁷, secondo le formule del “dover dare” e “dover avere” o “ricevere”, che contrappongono le situazioni obbligatorie a quelle reali (dello “avere”)¹³⁸, precisandosi peraltro che nel diritto reale il bene economico è «già in mani del titolare» e che, tuttavia, «anche il credito, in quanto è garantito giuridicamente, può essere e viene effettivamente considerato come bene già acquisito; e come tale esso assume il valore di bene non semplicemente giuridico, ma ad un tempo economico» e può essere a sua volta oggetto di diritti reali (usufrutto, pegno)¹³⁹.

Sono questi i lasciti del dibattito sviluppatosi nella vigenza del codice

¹³¹ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 29 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 85 s.; e v. CICU, *L'obbligazione*, cit., p. 228.

¹³² NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 51-66; e v. già BETTI, *Il concetto*, cit., pp. 226 ss.

¹³³ NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 50 s.

¹³⁴ NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 44. ss., 60 ss., 77 ss., 85 ss.; e già BETTI, *Il concetto*, cit., pp. 229 s., secondo il quale l'oggetto dell'aspettativa del creditore «non è tanto l'atto del debitore, quanto la prestazione in sé, nella sua consistenza obiettiva, anche adempibile da altri, considerata come apportatrice di un valore patrimoniale»; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 29 ss.; e v. CICU, *L'obbligazione*, pp. 228 ss.

¹³⁵ V., per esempio, NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 77 ss.

¹³⁶ BETTI, *Il concetto*, cit.,

¹³⁷ NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 89, 106 e *passim*.

¹³⁸ CICU, *L'obbligazione*, pp. 2 ss. e 8 ss.

¹³⁹ CICU, *L'obbligazione*, p. 5.

del 1865 alla dottrina che si formerà sotto quella del codice del 1942, manifestandosi al riguardo, come si vedrà, una certa continuità, favorita dalla sobrietà dogmatica della nuova codificazione. Nel codice civile del 1942 si rinuncerà alla formulazione di una definizione legislativa di obbligazione; non verrà definita la prestazione, alla quale sarà riferito il carattere patrimoniale, escludendosi che esso debba essere condiviso dall'interesse del creditore, peraltro menzionato dall'art. 1174; si introdurrà l'enunciazione del dovere di correttezza, imposto sia al debitore che al creditore dall'art. 1175; l'eco delle concezioni patrimoniali si risolverà, in certo senso attutendosi, nella scelta della separazione topografica-sistematica tra quarto e sesto libro, che rispettivamente accoglieranno la disciplina generale del rapporto obbligatorio e delle sue fonti e la tutela dei diritti, nel cui ambito troverà sede la disciplina della responsabilità patrimoniale.