

L'IMPORTANZA DEL LEGAME TRA CONTRATTO E OBBLIGAZIONE NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA*

R. CARDILLI

(Università degli Studi di Tor Vergata)

1. *Note introduttive.* - I contemporanei processi di unificazione del diritto delle obbligazioni in Europa sembrano evidenziare una tendenza, consapevole o meno, ad indebolire il nesso fondativo esistente tra contratto e obbligazione, tra atto ed effetto precipuo che esso produce¹. Indagare le ragioni profonde di questa tendenza in connessione con l'indebolimento di indirizzi, per così dire, 'dogmatici' nell'attuale scienza giuridica esula le brevi considerazioni di questo intervento.

Nei confronti di essa questo intervento vuole, però, reagire, perché ritengo che lo schema giuridico dell'«obbligazione» come effetto caratteristico del contratto sia una delle espressioni più alte del sapere giuridico, il cui svilimento è indice di un declino della scienza del diritto.

* Il testo riproduce l'intervento tenuto al *I Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito civil comparado*, organizzato dalla *Fundação Getulio Vargas*, alla *Escola de direito de São Paulo* della FGV nei giorni 13-16 settembre 2004. Pubblicato in italiano in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, Milano, 2005 e in *Modelli teorici e metodologici di storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, 1-21.

¹ È sufficiente rileggere, confrontandoli, i diversi progetti, tutti con una marcata matrice dottrinale, tesi a disegnare un quadro comune del diritto dei contratti in Europa: i *Principles of European Contract Law Parts I and II (Combined and Revised)*, Ed. by O. LANDO – H. BEALE, The Hague – London – Boston, 2000, all'art. 6:101 presuppongono che l'effetto precipuo del *contract* sia una «*contractual obligation*», e non realizzano una contaminazione tra effetto (*obligation*) e fonte (*contract*), situandosi quindi, come è stato giustamente notato, entro un preciso filone della nostra tradizione giuridica (C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, xlvii-xlviii), pur dovendo rappresentare anche istanze di sistemi giuridici nei quali tale connessione di elementi autonomi non è tradizionale; il *Code européen des Contrats. Avant-Projet*, Coord. G. GANDOLFI, I, Milano, 2001, all'art. 42 conserva l'enfatica formula del «*contrat a force de loi entre les parties*», svalutando poi la caratterizzazione fondativa del nesso contratto – obbligazione entro un quadro ampio degli *effets du contrat* (art. 45 *effets obligatoires*; art. 46 *effets réels*). L'operazione dimostra di essere conseguenza di una consapevole scelta: «Le plan du code italien n'a pas été suivi parce qu'au cours du colloque pavesan de 1994 notre groupe académique de travail a décidé de ne pas accueillir le concept technique d'«obligation», ainsi qu'il se présente dans les codes continentaux et surtout dans le code italien. Il s'agit en effet d'une notion inconnue dans l'aire de *common law* et à laquelle il n'est absolument pas indispensable d'accorder un rôle fondamental dans le système. Par voie de conséquence, on a établi qu'il n'y avait pas lieu de consacrer une partie du projet à l'«obligation en general»... et de traiter en revanche les arguments contenus dans ce titre à propos des effets et de l'accomplissement du contrat» (p.157); vd. d'altrocanto G. GANDOLFI, *Fra l'obligatio di origine romana e la liability di common law: un problema per il legislatore europeo*, in *Iurisprudentia universalis. Festschr. Mayer-Maly 70 G.*, 2002, 228 ss., dove si accentua la necessità di un compromesso tra i due sistemi. Il problema non è sfuggito ad un giurista attento come G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Rivista di Diritto civile*, XLVIII-4, 2002, (Dottrina), 491 ss

Scelgo la via di *exempla*, a mio modo di vedere, significativi, nell'individuazione degli elementi strutturali e della funzione dello schema giuridico della obbligazione entro una dimensione storica dell'esperienza giuridica, non per un franteso positivismo storico, ma perché una tale strada mi sembra ricca di suggestioni e spunti di riflessione sul presente e sul futuro.

2. *Obbligazione e Codici civili* – Guardare dall'angolatura dei Codici civili lo schema giuridico dell'obbligazione, cioè «una struttura ben più complessa e artificiosa»² dei rapporti giuridici espressi nell'ambito dell'appartenenza, significa sostanzialmente toccare con mano quella «estrastatualità del diritto civile» (così in un famoso titolo di un importante saggio di Filippo Vassalli), solo in parte intaccata, invece, dal collegamento - ideologicamente condizionato - di un diritto civile positivo come unica espressione della volontà dello Stato. Soffermandoci, cioè, ad una lettura descrittiva dei maggiori Codici civili afferenti al sistema giuridico a tradizione romanistica, si avverte una certa ritrosia a toccare, riplasmandone in chiave di enunciazione definitoria, quanto, riguardo alla nozione di obbligazione, la tradizione e le dottrine consegnavano ai codificatori.

La scelta di superare l'originaria formulazione del *premier projet* di Cambacères (art. 1 del libro sulle obbligazioni «*L'obligation est le lien par lequel une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*»), nella quale si riprendeva, falsandola nei suoi punti essenziali, la definizione di Pothier della obbligazione («...*un lien de droit, qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose*»)³, comporta l'assenza di una definizione dello schema giuridico nel *Code Napoléon* del 1804, sebbene in esso se ne ribadisce il nesso col contratto, in chiave di sua fonte (art.1101).

L'«animata discussione» in Germania, in rapporto all'art. 5 del cd. Progetto di Dresda del 1863, sulla scelta di fissare una definizione del «rapporto obbligatorio» e non della «obbligazione», come quel «rapporto giuridico tra almeno due persone, grazie al quale una, il creditore, ha titolo a pretendere una prestazione (credito), l'altra, il debitore, è obbligato a questa prestazione (obbligazione)»⁴, troverà eco nella Commissione del BGB, dove Franz Philip von Kügel, pesate le varie dottrine, seguirà poi nella sostanza quella del Windscheid, interpretando lui stesso il paragrafo 241 come espressione di una nozione di «rapporto obbligatorio» come soggezione volontaria di un soggetto, il debitore, alla volontà di un altro, il creditore, con lo

² E. I. BEKKER, *Über die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse*, in ZSS. 23, 1902, 2.

³ R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, cito dalla ed. Leide, 1873, 1.

⁴ *Protokolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes*, I-LXII, Dresden, 1863, in rapporto all'art.5, pp.16 ss., discussione ripresa poi, ed ampliata, nella commissione di redazione del BGB: vd. W. SCHUBERT (ed.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1. Allgemeiner Teil*, Verfasser: F. Ph. VON KÜBEL, Berlin- New York, 1980, 2 ss. Sul problema connesso a cosa definisca il § 241 BGB. vd. J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, in *Handbuch des Schuldrechts*, 8, Tübingen, 1989, 7. [Sulle ragioni del significativo passaggio dalla nozione di obbligazione a quella di rapporto obbligatorio nel diritto tedesco, vd. ora F. DORN, *Begriff des Schuldverhältnisses und Pflichten aus dem Schuldverhältnis*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241-304*, Hrsg. M. SCHMOECKEL - J. RÜCKERT - R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2007, 137 ss.].

scopo e il fine limitato di obbligarsi ad una prestazione. La ritrosia, però, a dare voce esplicita ad una tale concezione nel codice è evidente con la lettura del § 241 BGB, ritrosia riconfermata anche nella recente riforma tedesca del diritto delle obbligazioni, nella quale il paragrafo in questione non viene modificato o integrato.

La rinuncia dei codici a precisare a livello definitorio il concetto di obbligazione, da loro nei più disparati particolari poi codificato, sembra segnare un confine, quello di «un argomento schiettamente dogmatico», nel quale bisogna che il legislatore si ritragga esorbitando «il campo normativo entro cui deve strettamente mantenersi»⁵.

Qualcosa di analogo ha sostenuto in Brasile per l'*Esboço* Teixeira de Freitas, quando ritiene le definizioni «improprie» in un codice di leggi, nel senso poi chiarito da Vélez Sársfield nel *Código civil* Argentino (*nota* all'art.495): «la definizione esatta dei termini dei quali si serve il legislatore per esprimere la sua volontà, non entra nelle sue attribuzioni».

La linea si conferma nella sostanza anche nei codici civili del Brasile, quello del 1916 e quello del 2002, sebbene con contesti e ispirazioni diverse e storicamente da precisare (si pensi alle due diverse concezioni della obbligazione sottese ai due codici)⁶. E l'elenco potrebbe continuare.

Va però, sottolineato, come una lettura descrittiva, come quella qui fatta, degli enunciati normativi può essere sostituita con una interpretazione più profonda del dettato codicistico, che potrebbe far riemergere con connessioni e spunti sparsi un quadro della struttura e della funzione dello schema giuridico dell'obbligazione nei Codici meno reticente di quanto è stato fin qui sottolineato. Per fare un esempio significativo, basterebbe pensare agli articoli relativi alla prestazione o alla responsabilità del debitore in caso di inesecuzione dell'obbligazione (si veda ad esempio l'art. 391 del nuovo Codice civile del Brasile, che statuisce la responsabilità patrimoniale di «*todos os bens do devedor*», facendo cadere la precisazione del *Código de Processo civil* art. 591 «*presentes e futuros*»).

Ma il punto ritengo sia proprio quello di raccogliere nel senso più ampio questa indicazione, per ora meramente indiziaria, di una reticenza dei Codici civili a toccare lo schema giuridico dell'obbligazione con enunciazioni definitorie che risentirebbero inevitabilmente delle dottrine presenti nel contesto storico di loro realizzazione. Ciò, peraltro, non deve indurre a ritenere che non sia possibile tracciare una linea

⁵ Così la *Relazione ministeriale*, del Ministero di Grazia e Giustizia, al Codice civile italiano del 1942, Istituto poligrafico dello stato, 116, aggiungendo: «Il nuovo codice, nel precipuo proposito di dare elementi per la configurazione pratica del rapporto obbligatorio, ha preferito precisare il concetto della prestazione, nella quale si concreta l'oggetto dell'obbligazione»

⁶ Per il CcBras. del 1916 vd. C. BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro, ed. histórica, 11 ss. Per quello del 2002, vd. le rapide indicazioni di M. REALE, *Visão geral do novo Código civil*, in *Novo Código civil brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002)*, São Paulo, 2002², p.XIII-XIV in rapporto all'art. 421 e 422 e XVII-XVIII sul rapporto tra obbligazioni civili e commerciali. Importante ora la lettura delle «direttrici sistematiche» del diritto delle obbligazioni nel nuovo Codice civile brasiliano e le «sue conseguenze dogmatiche» di J. MARTINS COSTA, *Comentários ao novo Código civil do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*, V.1 Arts.304 a 388, coord. S. DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rio de Janeiro, 2003, 1 ss. dove si accentua l'importanza della nozione di obbligazione come processo, introdotta in Brasile con lo studio classico di C. V. DO COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, São Paulo, 1976.

strutturata d'individuazione dello schema giuridico qui in esame, ma soltanto che per rintracciarla dobbiamo abbandonare i sentieri falsamenti sicuri di una concezione positivista del diritto, e reimmergerci in un dibattito scientifico che coinvolge la nostra tradizione giuridica.

3. *L'obbligazione come «Herrschaft über eine einzelne Handlung» in Savigny e la scissione 'Handlung' - 'Freiheit'.* – L'approfondimento in chiave dialettica tra obbligazione e libertà si deve soprattutto al giusnaturalismo⁷. La preoccupazione che ne sta alla base non lascia però trasparire alcuna consapevolezza storica del radicamento di un tale rapporto nella *Urstruktur* dello schema giuridico ed esprime, piuttosto, un condizionamento interno alla costruzione del sistema giusnaturalistico⁸. Esso peraltro porta essenzialmente ad una svalutazione delle caratteristiche della nozione, in altri termini un indebolimento di una adeguata consapevolezza dogmatica, a favore di una più ampia visione dei rapporti tra gli uomini. In questa prospettiva, il giusnaturalismo sembra quasi ribaltare i termini storici nei quali si era concretamente posto il rapporto tra obbligazione naturale e civile, accentuando la caratterizzazione della categoria in base alla prima piuttosto che alla seconda⁹.

In particolare, per la sua importanza in rapporto alla costruzione di Savigny, si deve evidenziare la costruzione di Grozio sugli effetti della *promissa faciendi* come *alienatio particulae nostrae libertatis*, da tenere distinta dalla *promissa dandi* quale *via ad alienationem rei*¹⁰.

Ma è sicuramente con la scuola storica che ed in particolare con Savigny che il rapporto tra obbligazione e libertà viene colto e risolto in una chiave nuova, con uno sforzo costruttivo concettuale possente, condizionando il sapere giuridico successivo fino ad oggi.

Seguiamone da vicino alcuni passaggi:

Savigny, Pandektenvorlesung (1824/25), 279 [= 201]

«Vom Begriff der Obligatio...

Hier wird eine Person der Willkür einer andern partiell beschränkt unterworfen, so daß ihre Freiheit nicht aufhört...

⁷ Puntuale L. LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di «obligatio»*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, 1971, 168 n.4. Importanti le pagine di F. WIEACKER, *Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts*, in *Festschr. Welzel*, Berlin - New York, 1974, 7 ss.

⁸ Vd. S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1759 [Rist. Frankfurt a.M., 1967], 357 ss.

⁹ A riguardo, vd. H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*, München, 1982, 79-81; F. WIEACKER, *Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts* cit., 11 ss. (Grotius, Hobbes, Pufendorf); vd. anche K. LUIG, *Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff*, in *Libertas (Symposion 80. G. F. Wieacker)*, Hrsg. O. BEHRENDTS – M. DIESELHORST, Ebelsbach, 1991, 209 ss., che approfondisce il contributo di Christian Wolff. In generale, sopra Pufendorf, si veda ora lo studio di G. HARTUNG, *Die Naturrechtsdebatte. Geschichte der Obligatio vom 17. bis 20. Jahrhundert*, München, 1999², 34 ss. [Un approfondimento sul giusnaturalismo si trova ora anche in F. DORN, *Begriff des Schuldverhältnisses* cit., 148-151.].

¹⁰ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis. Libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Neudruck Aalen, 1993 editionis anni 1939 curavit B. J. A. DE KANTER - VAN HETTINGA TROMP, II, 11 § 4.1, 329. Sopra i presupposti di questa immagine, vd. F. WIEACKER, *Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts* cit., 148-151.

Ein Verhältnis zwischen zwei bestimmten Individuen, worin eine einzelne Handlung des einen der Willkür des andern unterworfen wird, ist das Wesen der Obligatio.»¹¹

Savigny, *System I* (1840), 338-339

«Nicht so einfach sind diejenige Rechtsverhältnisse, deren Gegenstände fremde Personen sind, da wir zu solchen in zwei ganz ungleichartigen Beziehungen stehen können. – Die erste mögliche Beziehung zu einer fremden Person ist die, worin dieselbe, auf ähnliche Weise wie eine Sache, in das Gebiet unserer Willkür herein gezogen, also unserer Herrschaft unterworfen wird. Wäre nun diese Herrschaft eine absolute, so würde dadurch in dem Andern der Begriff der Freiheit und Persönlichkeit aufgehoben; wir würden nicht über eine Person herrschen, sondern über eine Sache, unser Recht wäre Eigentum an einem Menschen,[/] so wie es das Römische Sklavenverhältnis in der Tat ist. Soll dieses nicht sein, wollen wir uns vielmehr ein besonderes Rechtsverhältnis denken, welches in der Herrschaft über eine fremde Person, ohne Zerstörung ihrer Freiheit besteht, so dass es dem Eigentum ähnlich, und doch von ihm verschieden ist, so muss die Herrschaft nicht auf die fremde Person im Ganzen, sondern nur auf eine einzelne Handlung derselben bezogen werden; diese Handlung wird dann, als aus der Freiheit des Handelnden ausgeschieden, und unserem Willen unterworfen gedacht. Ein solches Verhältnis der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir Obligatio.»¹²

Savigny, *Obligationenrecht I* (1851), 4-7

«Sie [die Obligatio] besteht in der Herrschaft über eine fremde Person; jedoch nicht über diese Person im Ganzen (wodurch deren Persönlichkeit aufgehoben sein würde), sondern über einzelne Handlungen derselben, die als aus ihrer Freiheit ausscheidend, und unserem Willen unterworfen, gedacht werden müssen.

...

¹¹ «Sul concetto di obligatio... In questo caso una persona è limitata parzialmente sottoposta alla volontà di un'altra, così che la sua libertà non cessa... Un rapporto tra due determinati individui, in base al quale una singola prestazione di uno è sottoposta alla volontà dell'altro, <ciò> è la sostanza dell'obligatio».

¹² «Non così semplici sono quei rapporti di diritto, che hanno per oggetto persone, imperocché noi possiamo trovarci con una persona, si è quella in cui essa è sottoposta, in modo simile alle cose, alla nostra volontà, ed è quindi soggetta al nostro dominio. Se questo dominio fosse assoluto, non sarebbe più concepibile, in colui che vi soggiace, la esistenza della libertà e della personalità; questo nostro dominio non cadrebbe più sopra una persona, ma sopra una cosa, il nostro diritto sarebbe proprietà sopra un uomo, tale quale era in realtà il rapporto di schiavitù nel diritto romano. Ma se così non deve essere, se anzi noi vogliamo che si tratti di un rapporto giuridico particolare, che consista nel dominio sopra una persona senza che ne rimanga annientata la sua libertà, sicché esso sia simile alla proprietà e tuttavia differente, questo dominio non potrà necessariamente estendersi alla totalità della persona, ma sarà limitato solamente ad un singolo atto della medesima; questo atto viene allora ad essere come sottratto alla libertà dell'agente e considerato come sottoposto alla nostra volontà. Un tale rapporto di dominio sopra un singolo atto di una persona vien chiamato obbligazione»; da F.C. DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Trad. dall'originale tedesco da V. SCIALOJA, I, Torino, 1886, 341-342.

In jeder Obligation finden wir zwei Personen, die einander in ungleichem Verhältnis gegenüber stehen. [/5] Auf der einen Seite erscheint die persönliche Freiheit erweitert über ihre natürliche Grenze hinaus, als Herrschaft über eine fremde Person; auf der anderen Seite erscheint die natürliche Freiheit eingeschränkt, als ein Zustand der Unfreiheit oder Notwendigkeit.

...

[6] Die Handlungen, deren Notwendigkeit das Wesen der Obligation bildet, wurden bezeichnet als einzelne, im Gegensatz der persönlichen Freiheit im Ganzen, und als ausscheidend aus der eigenen Freiheit des Handelnden.

...

Die Bezeichnung der Handlungen als einzelner ist nicht so zu beschränken, als ob durch jede Obligation stets nur eine einzige Handlung notwendig werden könnte; sie kann vielmehr auch auf mehrere einzelne gerichtet sein, ja auch auf solche die eine fortgesetzte, zusammenhängende Tätigkeit darstellen. Nur müssen sie stets im Verhältnis zum ganzen Unkreis der Freiheit des Schuldners als ein minimum erscheinen, weil nur durch dieses Verhältnis die in der Obligation enthaltene Unfreiheit gedacht werden kann, ohne die Persönlichkeit des Schuldners selbst aufzuheben.

...

Dann durch ihre Dauer, indem meist die Erfüllung der Obligation ihre augenblickliche Auflösung herbeiführt, in welchen Fällen es augen-[/7]scheinliche ist, dass das Ziel der Obligation nicht die Unfreiheit der Person an sich, sondern nur die Gewissheit des Erfolges ihrer Tätigkeit sein soll.»¹³.

La strada intrapresa dal rinnovato interesse su Savigny¹⁴, condizionato anche dalla pubblicazione di nuovo materiale, mi sembra che si colleghi - precisandola e

¹³ «Il concetto dell'obbligazione venne già da noi altrove definito (a) come una signoria sopra una persona; ma non sulla sua totalità (poiché in questo caso ne resterebbe soppressa la personalità), ma sopra singoli atti della medesima che vengono concepiti come sottratti alla sua libertà e assoggettati al nostro volere.

... In ogni obbligazione figurano almeno due persone che si trovano l'una di fronte all'altra in un rapporto di ineguaglianza. Da una parte la libertà personale del creditore resta allargata oltre i suoi confini naturali, trasformandosi in una signoria sulla persona del debitore; dall'altra parte, per contro, la libertà naturale del debitore resta ristretta, venendo egli a trovarsi in uno stato di soggezione o necessità.

... Gli atti, la necessità dei quali costituisce l'essenza dell'obbligazione, vennero da noi indicati come atti singoli (in contrapposto alla libertà personale considerata come un tutto), e come sottratti alla libertà propria dell'agente.

... Dall'aver noi indicati gli atti che il debitore deve compiere come atti singoli, non deve trarsi l'illazione che ad ogni obbligazione debba corrispondere un solo atto; al contrario ogni obbligazione può essere rivolta a più atti e tali da costituire una attività continuata e complessa. Ma di fronte alla complessiva sfera della libertà del debitore, essi devono consistere in un *minimum*, giacché solo a tale condizione si può concepire quella soggezione che costituisce l'essenza della obbligazione, senza distruggere la personalità del debitore»; da F. C. DI SAVIGNY, *Le obbligazioni*, Trad. dall'originale ted. con Appendici di G. PACCHIONI, I, Torino, 1912, 4; 6.

¹⁴ Particolarmente ricco di suggestioni, il seminario internazionale *Su Federico Carlo di Savigny*, promosso da P. GROSSI, i cui Atti sono in *Quaderni fiorentini* 9, 1980. Da segnalare poi, almeno, A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1976; ID., *Jurisprudenz als Wissenschaft*, in F. C. VON SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie (1801-1842)*, Frankfurt am Main, 2004, 1-56; J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984; D. NÖRR, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*, Frankfurt am Main, 1994; su cui vd. le letture di K. LUIG, in T. LXV, 1997, 189 ss.; e di A. MANTELLO, *Ancora su Savigny*, in BIDR. C, 1997 [pubbl.2003], 361 ss.

demitizzandone alcune derive - efficacemente al quadro delineato nei primi decenni postbellici da alcuni importanti studi¹⁵.

Il punto che emerge con evidenza è la problematicità, agli occhi di Savigny, nel «rapporto giuridico» con altre persone (diverso quindi dal «rapporto giuridico» con sé medesimo e da quello con porzioni limitate della «*unfreie Natur*», cioè con le cose), della dialettica *Herrschaft-Freiheit*. Il nodo si pone già nella *Pandektenvorlesung* del 1824-25, sebbene la sua più compiuta verifica va riconosciuta nel *System*, con importanti e ulteriori precisazioni nel *Obligationenrecht*.

L'oscillazione negli accenti che attraversa l'uso di parole chiave come «*Willkür*», «*Herrschaft*» e «*Freiheit*» nelle tre opere, abbisogna - come momento dialettico fondamentale - un approfondimento attraverso la nozione di «*persönliches Recht*» di Kant delle *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* del 1797:

«[96] Vom persönlichen Recht.

Der Besitz der Willkür eines Anderen, als Vermögen sie, durch meine, nach Freiheitsgesetzen zu einer gewissen Tat zu bestimmen / [97] ist ein Recht.

...

[101] Was ist aber das Äussere, das ich durch den Vertrag erwerbe ? Da es nur die Kausalität der Willkür der Anderen in Ansehung einer mir versprochene Leistung ist...

Durch den Vertrag also erwerbe ich das Versprechen eines Anderen (nicht das versprochene) und doch kommt etwas zu meiner äusseren Habe hinzu; ich bin vermögender (*locupletior*) geworden, durch Erwerbung eine activen Obligation auf die Freiheit, und das Vermögen des Anderen. Dieses mein Recht aber ist nur ein persönliches, nämlich gegen eine bestimmte physische Person und zwar auf ihre Kausalität (ihre Willkür) zu wirken, mir etwas zu leisten, nicht ein Sachenrecht, gegen diejenige moralische Person...»¹⁶.

Da un lato è stato evidenziato come la costruzione kantiana sia tutta incentrata sulla «volontà dell'individuo», mentre il *System* savigniano, costruito sul *Rechtsverhältnis*, accentua il (aggiungerei naturale) «vincolo sociale della persona»¹⁷. Da questo punto di vista, le due posizioni sono distanti. Si può però andare oltre e cercare di cogliere alcune sfumature, come il rapporto *Besitz* (Kant) – *Herrschaft* (Savigny), l'identità

¹⁵ Mi riferisco soprattutto a F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, Göttingen, 1959, 107 ss.; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963, 467 ss.; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966.

¹⁶ «Del diritto personale. Il possesso dell'arbitrio di un altro, come facoltà di determinarlo, per mezzo del mio proprio arbitrio e secondo le leggi della libertà, a una certa azione (...) è un diritto.

... Che cosa è ora l'esterno, che io acquisto per mezzo di contratto ? Siccome non si tratta qui che della causalità dell'arbitrio di un altro relativamente a una promessa che mi è fatta... Per mezzo del contratto, dunque, io acquisto soltanto la promessa di un altro (non la cosa promessa), e perciò si aggiunge qualche cosa al mio avere esterno; io sono diventato più ricco (*locupletior*) in forza dell'acquisto di un'obbligazione attiva, che io posso imporre alla libertà e alle facoltà di un altro»; da I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Trad. di G. SOLARI – G. VIDARI, ed. postuma a cura di N. BOBBIO – L. FIRPO – V. MATHIEU, Torino s.d., 452; 455. [Ora, F. DORN, *Begriff des Schuldverhältnisses* cit., 151-152, vede in Kant il punti di partenza della costruzione di Savigny].

¹⁷ H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts* cit., 82 e 84. [F. DORN, *Begriff des Schuldverhältnisses* cit., 152 parla invece di «relazione (di convivenza) da persona a persona, determinata da una regola giuridica»].

dell'importanza per entrambi della limitazione dell'altrui «libero arbitrio» e il suo coordinamento con la «libertà», la scissione kantiana tra «persona fisica» e «persona morale» in rapporto alla distinzione savignyana tra «*natürliche Freiheit*» e la «*Persönlichkeit*».

Un dato mi sembra indubitabile: Kant vede l'obbligazione come estensione della volontà dal punto di vista del creditore, mentre Savigny è coerente alla linea tradizionale radicata nel diritto romano che tende a guardare la cosa, almeno nel suo campo di incidenza, dal lato del debitore. Kant è proiettato sulla estensione del mio, e quindi è proiettato verso una lettura in positivo del rapporto in termini di «possesso dell'altrui libero arbitrio» allo scopo di determinarne una condotta. Ma le conseguenze di ciò non sfuggono al filosofo, che precisa come ciò comporterà per me l'acquisto di «una obbligazione sulla libertà di un'altra persona». La natura personale del diritto si caratterizzerebbe, per Kant, nel limitare la persona nella sua fisicità impossessandosi del suo libero arbitrio limitatamente ad un singolo comportamento, e non un diritto reale incidente sulla persona intesa nella sua dimensione morale.

Savigny, sebbene si trovi, direi per vocazione, proiettato a guardare al rapporto giuridico in esame da una prospettiva debitoria, viene condizionato dal modello kantiano e quasi guidato da una analoga linea dalla combinazione tra diritti reali e obbligazioni entro il *Vermögensrecht* del *System*, i quali «appaiono come forme diverse di estensione del potere..., la cui creazione e modificazione può essere diretta dalla volontà»¹⁸. *Besitz* e *Herrschaft* sono espressione, quindi, di due diverse risposte ad una medesima esigenza, che ha condizionamenti in parte verificabili.

La prospettiva debitoria che caratterizza l'impostazione di Savigny, sembra condurlo ad accentuare non l'estensione della volontà del creditore (che si impossessa di quella del debitore relativamente ad una specifica prestazione), ma la limitazione della volontà del debitore. Il nodo della questione, intuito già da Kant, quando scinde limitazione del libero arbitrio della persona fisica del debitore e conservazione integerrima della persona dello stesso nella sua accezione morale, trova quindi pieno risalto in Savigny nel rapporto problematico tra *Herrschaft* del creditore e *Freiheit* del debitore. E qui, credo, emerge il sottile filo che lega debolmente il discorso intessuto da Savigny con la diversa costruzione di Kant. La via seguita dal giurista ha un che di minore finezza, rispetto al rigore della distinzione kantiana tra persona nella sua fisicità e persona nella sua identità morale, ma ne è in qualche modo condizionata: si distingue cioè la libertà fisica della persona che potrà subire una limitazione quantitativamente limitata (ad es. vd. l'accentuazione del *minimum* nel *Obligationenrecht*) attraverso l'incidenza su una determinata prestazione, ma che non intacca qualitativamente la «personalità» del debitore. Direi che emerge a riguardo una cosciente maturazione del pensiero savignyano dalla *Pandektenvorlesung* del 1824-25, attraverso il primo tomo del *System* del 1840, fino al *Obligationenrecht* del 1851.

¹⁸ M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Su Federico Carlo da Savigny*, cit., 265 ss. in particolare p.281.

La via aperta dal criterio quantitativo attinge, consapevolmente¹⁹, alla distinzione di Hegel tra concessioni di singole produzioni e usi limitati nel tempo della propria attività, che non inciderebbero sulla «personalità», caratterizzata dalla «totalità» e dalla «generalità»²⁰. L'elemento quantitativo permetterebbe di escludere una disposizione di sé, nella propria totalità di essere umano. Al di là dell'importanza che la costruzione hegeliana ha in rapporto al riconoscimento della coerenza del contratto di lavoro subordinato in rapporto alla salvaguardia della libertà del lavoratore - a differenza del rapporto padrone-schiavo -²¹ essa permette di coordinare, nel disegno di Savigny, il momento della «signoria» con quello della «libertà», eludendo, attraverso il rilievo quantitativo, la contraddizione evidente sul piano ontologico.

Cosa questa definizione dell'obbligazione rappresenta storicamente per il nostro sapere giuridico? Essa sembra aver nascosto, velato, risolvendolo in un modo coerente ai presupposti da cui essa partiva, ma storicamente contestualizzabili, la questione di fondo, il nodo problematico che aveva mosso fin dal giusnaturalismo l'approfondimento del rapporto tra libertà del debitore e contenuto del potere del creditore. La soluzione, quella di astrarre la libertà dalla persona e limitarla, in modo quantitativamente accettabile, attraverso il concetto di libertà alla prestazione, sembra idonea a salvaguardare la libertà della persona nella sua accezione morale soltanto, però, se si parte dai presupposti filosofici kantiani. In ogni caso, coniugata ad una concezione del diritto privato tra uomini formalmente liberi ed eguali, essa ha trovato un sostanziale accoglimento.

La critica postsavignyana, infatti, che stigmatizza l'incoerenza e l'irrealtà di una «signoria su una prestazione»²² (critiche confermate anche nella variante del «diritto ad una prestazione» del Puchta)²³, sostanzialmente non intacca le linee di fondo della soluzione data. Essa inciderà solo sull'oggetto, che nella variante del Windscheid non sarà più la prestazione, ma la «volontà» del debitore ad eseguire la prestazione, variante che condizionerà indirettamente il § 241 del BGB, che non definisce

¹⁹ F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht* cit., 6 n.d.

²⁰ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in *Werke [Auf der Grundlage der Werke von 1832-1845]*, Frankfurt a.M., 2000, 7, § 67, 144-145: «Von meinem besonderen, körperlichen und geistigen Geschicklichkeiten und Möglichkeiten der Tätigkeit kann ich einzelne Produktionen und einen in der Zeit beschränkten Gebrauch von einem anderen veräußern [d.h. den ein anderer davon machen kann], weil sie nach dieser Beschränkung ein äußerliches Verhältnis zu meiner Totalität und Allgemeinheit erhalten. Durch die Veräußerung meiner ganzen durch die Arbeit konkreten Zeit und der Totalität meiner Produktion würde ich das Substantielle derselben, meine allgemeine Tätigkeit und Wirklichkeit, meine Persönlichkeit zum Eigentum eines anderen machen. Es ist dasselbe Verhältnis wie... zwischen der Substanz der Sache und ihrer Benutzung; wie diese, nur insofern sie beschränkt ist, von jener verschieden ist, so ist auch der gebrauch meiner Kräfte von ihnen selbst und damit von mir nur unterschieden, insofern er quantitativ beschränkt ist; - die Totalität der Äußerungen einer Kraft ist die Kraft selbst - ... - der Besonderungen das Allgemeine».

²¹ A riguardo è significativa la diversa impostazione, più radicata a mio avviso nella realtà delle cose, che emerge dalla regola maturata nella scuola dei Glossatori di un divieto di *locare operas in perpetuum, ne inutilis esset libertas*; sul punto vd. l'insegnamento di Irnerio ricordato da Accursio, nella gl. 'reverti' a D.7, 1, 3, 2, su cui T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn, 1994, 52-53.

²² A. BRINZ, *Begriff der Obligation*, in *Kritische Blätter civilistischen Inhalts*, n.3, Erlangen, 1853, 3-11.

²³ Vd. l'ironia sulla nozione puchtiana di *obligatio* in R. V. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1885, 10 e 261.

l'obbligazione ma, come la dottrina tedesca ha puntualizzato, semmai il rapporto obbligatorio²⁴:

«Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern..»

4. *Definizioni romane dell'obbligazione e immagine strutturale 'sproporzionata' che se ne trae.* - Le definizioni romane dell'obbligazione, quelle di:

I. 3, 13 pr.

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

e di:

D. 44, 7, 3 pr. *Paulus libro secundo institutionum: Obligationum substantiam non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

sulle quali è stata misurata fino alla scuola storica la nozione²⁵, veicolano un'immagine «sproporzionata» della struttura dello schema giuridico²⁶. In sostanza, sebbene l'elemento del dovere ad una prestazione sia presente in entrambe - con caratterizzazioni diverse - esse sembrano rappresentare uno sbilanciamento a favore della responsabilità rispetto al debito (*iuris vinculum quo necessitate adstringimur / obligationum substantiam ... consistit ... ut alium nobis obstringat*). La stonatura, puntualmente colta in dottrina, rappresenta un protagonismo dell'elemento della 'responsabilità' che è il sintomo non necessariamente di un originario 'vincolo' effettivo, materiale del debitore, costruzione che così tanto ha pesato nelle ipotesi ricostruttive della scienza romanistica sui prodromi della obbligazione²⁷, quanto della difficoltà originaria che i *pontifices*, come custodi e elementi guida del *ius* arcaico, ebbero nell'elaborare uno schema giuridico che permettesse di imporre un dovere alla prestazione a chi godeva della pienezza degli *status*, cioè il *pater familias*, senza in alcun modo intaccare tale pienezza. La indicata sproporzione non ha mai comportato nel diritto romano e poi nella tradizione civilistica su esso maturata la scissione tra i due elementi strutturali del

²⁴ Si veda per altro la discussione sull'opportunità di una definizione codicistica della obbligazione già nel c.d. «Progetto di Dresda», sopra n.4.

²⁵ Sulle due definizioni romane di *obligatio* si segnalano nella dottrina più recente in particolare G. SCHERILLO, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, (1971), 95 ss.; L. LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di «obligatio»* cit., 165 ss.; C. A. CANNATA, *Le definizioni romane dell'«obligatio»*. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, 131 ss.; M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in ED. XXIX, 1 ss. in particolare 18-20; B. ALBANESE, *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J. 3, 13 pr.*, in SDHI. L, 1984, 167 ss.; A. GUARINO, *Obligatio est iuris vinculum*, in SDHI. LXVI, 2000, 263 ss. = in *Iuris vincula. Studi in onore M. Talamanca*, IV, 343 ss.; e ora la monografia di G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2004.

²⁶ Sebbene l'indubbia «sproporzione tra prestazione e sanzione» non deve necessariamente condurre al disconoscimento della natura di obbligo allo schema giuridico in favore dell'onere; vd. G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 208-209; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato) a) Nozioni generali*, in ED. XXIX, 1979, 133 ss., in particolare 142.

²⁷ Per un ridimensionamento della lettura 'materiale' e per una caratterizzazione, per opposizione, dell'*obligatio* come *iuris vinculum*, rispetto, invece, a «situazioni vincolanti riconducibili all'ambito dell'*officium*», vd. ora G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum* cit., 99 ss.

‘debito’ e della ‘responsabilità’ - a differenza dell’antico diritto germanico – e conserva in ogni caso con nettezza la intima interconnessione tra essi²⁸.

Potrebbe, altresì, non essere corretto insistere sulla autonomia degli elementi del debito e della responsabilità nella struttura della obbligazione, in quanto la loro intima connessione ha in sé anche una coloritura funzionale²⁹. La responsabilità ha lo scopo di spingere il debitore ad adempiere, cioè, nelle obbligazioni da contratto, a rispettare il dovere di prestazione assunto. Essa, però, in qualche modo assume adeguato senso all’interno di meccanismi di coazione indiretta che partano dal necessario rispetto della piena indipendenza e libertà del soggetto passivo. Tanto più sentita è la posizione di autonomia e di – per così dire – ‘sovranità’ della persona che deve prestare qualcosa, quanto più la responsabilità è sproporzionata al debito al quale si connette indissolubilmente.

A riguardo, la definizione delle *Institutiones Iustiniani*, quasi una «definizione autobiografica formulata dai debitori»³⁰, esprime in pieno questa unicità e compattezza della *persona* del debitore (<nos> *adstringimur*). Ma anche nella prospettiva creditoria emergente in Paolo il dato è sicuro (*ut alium nobis obstringat*). Ciò è conforme con quanto emerge a livello strutturale da quello che potremmo ritenere l’archetipo dell’obbligazione che, meglio di altri, ne ha caratterizzato lo schema nella nostra tradizione giuridica: cioè l’*oportere ex sponsione*³¹.

Pesando gli elementi di struttura dello schema giuridico qui in esame in una dimensione storica, si scorge come essi abbiano subito trasformazioni, cambiamenti e precisazioni nei numerosi secoli da esso attraversati, fino a noi. In particolare sia per quanto riguarda i tipi di prestazione dovuta (dal *certum dare* al *dare facere praestare*), sia per quanto attiene al tipo di responsabilità minacciata (personale [*manus iniectio*; prigionia ecc.], patrimoniale [*bonorum venditio*; esecuzione patrimoniale ecc.]; responsabilità sproporzionata o proporzionata al valore della prestazione dovuta ecc. ecc.). Mai, però, si incontra una frattura reale dello schema giuridico della «obbligazione» nella sua essenza prima, o tale da ritenere di non potersi parlare di «continuità»³². La intima connessione tra responsabilità e debito (almeno per comodità di immagine così possiamo rappresentarcela) rimane elemento

²⁸ Vd. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. II. Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, 59-60; M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit., 20-21.

²⁹ Puntuale F. HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones. Concepto estructura vicisitudes*, Bogotá, 2002, 73-74: «Débito y responsabilidad, debitum y actio, Schuld und Haftung, momentos de la obligación, sin los cuales el concepto no sería completo ni su funcionamiento se podría entender a cabalidad».

³⁰ L. LANTELLA, *Note semantiche* cit., 180.

³¹ Fondamentale, a riguardo, M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit., 8-11, in particolare, cogliendo la differenza degli effetti della *sponsio* col fenomeno dei *vades* e dei *praedes*: «L’aspetto religioso serve ad un determinato momento, per superare le difficoltà di ordine eminentemente pratico offerte, per l’appunto, dall’immediato asservimento materiale, e per creare un vincolo che sia esclusivamente potenziale, destinato ad attuarsi quando l’aspettativa creditoria sia frustrata» (p.11).

³² La diversa conclusione di A. M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, 1999² = cito da trad. it. *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, 13 n.1, mi sembra condizionata da una sopravvalutazione delle dottrine romanistiche sui prodromi della obbligazione nel diritto arcaico e, in ogni caso, anche se la si volesse seguire segnerebbe una discontinuità non tanto tra diritto odierno e diritto romano, quanto tra diritto romano arcaico e diritto romano classico, quando la nozione di obbligazione mostra oramai strutturalmente e funzionalmente la caratterizzazione poi consueta.

caratterizzante la nozione, e dimostra come il «colpo d'ali» della giurisprudenza pontificale nella società agricola e aristocratica della Roma del VI-V sec. a.C.³³, rappresentato dalla creazione di un *certum dari oportere ex sponsione*, conserva intatta un'esigenza attualissima, quella di disporre di uno schema giuridico idoneo a creare tra due persone, che per definizione si pongono su un piano di parità ed eguaglianza formale, un rapporto giuridico che impone ad una di esse un comportamento in favore dell'altra avente un contenuto patrimonialmente valutabile, senza intaccarne la condizione giuridica, senza quindi in sostanza mai sfociare nell'assoggettamento. Si tratta, come è stato autorevolmente ribadito, di un «rapporto tra soggetti di diritto che stanno, l'uno di fronte all'altro, su piede di eguaglianza: un rapporto tra pari»³⁴. Questa esigenza, sorta in rapporto alla salvaguardia della pienezza degli *status* dei *patresfamilias* della Roma arcaica, per i quali, per così dire, la ontologica eguaglianza giuridica di posizioni nella *civitas* emergeva *in re ipsa*, ha poi dimostrato una grande vocazione universalista nei rapporti tra tutti gli uomini, tanto più entro una concezione di eguaglianza formale tra essi, come quella ereditata dai diritti codificati dal giusnaturalismo. Con un'immagine provocatoria, potremmo dire che la storia dell'obbligazione riflette una partecipazione di tutti gli uomini ad un diritto che era esclusivo dei rapporti aristocratici tra *patres familias* nel *ius civile* arcaico³⁵. Un'assimilazione *in melius* per tutti noi, per così dire.

Una tendenza contraria potrebbe dimostrarsi, invece, quella relativa agli attuali processi di unificazione del diritto, coerenti a spinte di globalizzazione. Essi sembrano segnare una tensione che potrebbe sfociare in un indebolimento del legame strettissimo tra schema giuridico (obbligazione) e sua fonte (contratto), indebolimento che fa del contratto atto giuridico ad efficacia variabile, ma accentuando di quest'ultima solo la coercibilità per le parti. *Pacta sunt servanda* prevale sulla caratterizzazione dello schema giuridico nato dal contratto e sulla autonomia che esso avrà dal contratto stesso.

³³ «Il diritto romano acquistò ali con l'introduzione della nozione di obbligazione. Quello dell'obbligazione è uno schema da diritto altamente scientificizzato: i diritti consuetudinari medievali, precedenti la recezione del diritto romano, soffriranno ancora della grande lacuna del diritto delle obbligazioni, conoscendo praticamente solo schemi di responsabilità» C. A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto IV, Disc. Civ.*, 1995, 409 ss., le parole riportate sono a 416. Lo stesso studioso colloca nel secolo precedente della Legge delle XII Tavole l'«invenzione» pontificale della obbligazione, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003, 61 ss.

³⁴ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955 (Rist. dell'edizione del 1919), 55 (più estesamente sul punto 53 ss.); ID., *Diritto romano I. Parte generale*, Padova, 1935, 471-472. Rapidi spunti anche in L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, 74 (in rapporto alla *potestas* unitaria arcaica del *pater familias*, precisa che «Natürlich kann diese einheitliche Herrschaftsgewalt nur dort eine ausreichende Grundlage des Rechtssystem bilden, wo es an Beziehungen zwischen gleichberechtigten Individuen – Obligationen – fehlt; denn der Begriff der Verpflichtung findet in jenem Gewaltverhältnis keine Unterkunft» e in G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana (Lezioni universitarie)*, Torino (s.d. ma 1944), 218 (che parla di una «posizione di indipendenza»).

³⁵ Va notato, per altro, che tali tendenze 'assimilatrici' di partecipazione sempre più ampie ad un diritto in origine esclusivo non è cosa scontata e nasconde, lo si voglia o meno riconoscere, una certa vocazione universalista di quel diritto, vocazione che da un lato può essere insita già nel tipo di schema giuridico interessato da tale processo, e d'altro lato può derivare dall'uso che di esso viene fatto nell'attuazione concreta di quel diritto. Un esempio anche altamente significativo in rapporto al diritto romano delle obbligazioni è quello dell'*oportere ex fide bona*; vd. ora F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2003, 115 ss., in particolare 137 ss.

Il contratto, quindi, che nel modello giusnaturalistico penetrato ampiamente nel processo di codificazione, si limita a porre in risalto dei suoi elementi quello dell'accordo e tende a svalutare quello della *causa*³⁶, può riempirsi dei più svariati contenuti che vanno in ogni caso rispettati, anche quando essi concretizzerebbero forme di assoggettamento. Si assiste, quindi, ad un possibile snaturamento della vera funzione del contratto.

Ciò ha conseguenze dirette anche sul ruolo della buona fede, sebbene ad essa venga nei moderni progetti di unificazione retoricamente riconosciuto il rango di principio, in quanto una volta separata dall'obbligazione essa perde la sua capacità non solo di guidare le parti nella realizzazione di quanto promesso, buona fede come regola di condotta, ma altresì di integrare il contenuto dell'obbligazione nata dal contratto³⁷.

5. *L'obbligazione come 'unità complessa' e come 'processo'.* – La generalizzazione – che include anche una astrazione – individuante modelli tipici di prestazione, permette a livello teorico di isolare aspetti di una realtà complessa, concretamente realizzatasi con la conclusione di un determinato contratto³⁸. Questa realtà complessa è stata ricostruita dalla scienza giuridica, soprattutto nel XX secolo, svelando il momento caratterizzante dello schema giuridico (l'obbligazione) sul quale si impiantava e accentuandone – su un piano più alto d'astrazione – il momento di «rapporto giuridico». In questo modo, se da un lato si è riusciti a superare un'analisi di tipo per così dire unilaterale del rapporto tra debitore e creditore, recuperando il significativo intreccio di obbligazioni al quale danno vita la maggior parte dei contratti, d'altro lato sembra che questa lettura stia intaccando alle fondamenta lo statuto speciale di questo particolare rapporto giuridico, ben caratterizzato dal suo nascere nella struttura e nella funzione, sì da non permetterne, salvo lo snaturamento, una contaminazione con altri schemi giuridici.

Fin quando, ad esempio, la prestazione oggetto dell'*oportere* restò delimitata ad un *certum dare*, la tensione tra creditore e debitore finalizzata all'adempimento si caratterizzò nella istantaneità della soddisfazione creditoria con l'adempimento. La distanza coi rapporti di natura reale era concretamente marcata. Ma l'estensione a prestazioni continuative, come il *facere*, ma soprattutto il *non facere* e il *praestare*, oscurò – come è stato autovelmente detto – «anche il rilievo che l'obbligazione è destinata ad estinguersi e si estingue coll'adempimento, che ne realizza lo scopo»³⁹.

Ciò si intreccia con l'importanza del principio di buona fede nel nostro sistema giuridico. L'invenzione che risale con alta probabilità al III-II sec. a.C., «che aveva dalla sua il futuro»⁴⁰, di agganciare la clausola *ex fide bona* all'*oportere* (*OPORTERE EX FIDE BONA*) è espressione di *concepta verba* elaborati dalla *iurisprudentia*. Essa è frutto

³⁶ Puntuale F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 7, 1999, 17 ss. in particolare 44 ss.

³⁷ Per il mio punto di vista, vd. «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino, 2004, 26 ss.

³⁸ Fondamentale G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 225 ss.

³⁹ G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali* cit., 222; ; su questo punto di vista vd. anche P. RESCIGNO, *Obbligazioni* cit., 192-193.

⁴⁰ D. NÖRR, *Die 'fides' im römischen Völkerrecht*, Heidelberg, 1991, 44.

della trasposizione del *solemne verbum*, che indicava l'obbligazione tra romani nella tradizione delle *legis actiones*, in un ambito, quello delle contrattazioni commerciali tra stranieri e romani, al quale questo schema giuridico è ritenuto dai giuristi romani del III-II sec. a.C. sostanzialmente consono, sebbene sentano la necessità di richiamarne il collegamento con la *fides bona*. Soltanto una *iurisprudencia* di livello poteva, a fronte di accordi (*pacta conventa*) tra romani e peregrini, che venivano nel traffico commerciale a tipizzarsi in *emptiones*, *venditiones*, *locationes*, *conductiones*, *mandata*, *societates*, maturare una tutela tipica in termini di *formulae* di azioni in *ius conceptae* (abbandonando o forse mai tentando la strada della *formula in factum*)⁴¹, nelle quali la pretesa si considera omogenea (sempre *QUIDQUID DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA*) sebbene connessa ai diversi tipi negoziali attraverso la *demonstratio*.

È da precisare che questa scelta consapevole (databile intorno al III-II secolo a.C.) è un momento fondamentale nella storia della obbligazione, tanto quanto la costruzione pontificale di un *oportere ex sponsione*. Considerare, infatti, idoneo lo schema dell'*oportere*, connesso alla *fides bona*, ai rapporti tra gli uomini senza delimitazione di *civitas*, significa applicare universalmente uno schema giuridico caratterizzato per definizione della parità giuridica dei soggetti coinvolti (in origine appunto, nel *ius civile* arcaico, le *personae sui iuris*).

Con l'accentuazione da parte dei giuristi nel XX secolo della complessità unitaria del fenomeno dell'obbligazione se ne è colto, nuovamente, con più sensibilità il momento dinamico (obbligazione come processo), che pone in risalto la funzione e che presenta sicuramente anche riflessi di struttura. In particolare il trattarsi di un rapporto giuridico finalizzato per vocazione all'adempimento e alla sua conseguente estinzione, caratterizza strutturalmente la sua configurazione di «stato eccezionale di tensione tra due soggetti»⁴², sebbene poi sia necessario rileggere le obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di durata come processi ad intensificazione differenziata, maggiore nei momenti di adempimento della prestazione nel tempo.

6. *L'obbligazione e suo significato nel diritto privato poststatalista del XXI secolo: un'ipotesi di lavoro* – La dottrina dei giuristi, di cui si deve riveicolare nel sistema il ruolo imparziale e autonomo, e la finalità di perseguire, con soluzioni migliori in continuo adeguamento alla realtà, la giustizia sostanziale (questo il significato profondo delle definizioni romane di *iustitia*⁴³ e di *ius*⁴⁴ a noi tramandate dai *Digesta* di Giustiniano), è posta nel XXI secolo di fronte ad un paradosso, quello di un mercato sovranazionale fronteggiato con le armi a volte spuntate di un ordine giuridico statale. La rilevata

⁴¹ Convergono su questo risultato, ora, F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, II, Padova, 2003, 115 ss., in particolare 146 ss.; e R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 221-222, sebbene da presupposti e svolgimenti differenziati.

⁴² G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali* cit., 218.

⁴³ Ulp. 10 reg. D. 1, 1, 10 pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* [I.1, 1 pr. tribuens]. Vd., a riguardo, per una critica e una ripulitura concettuale della *definitio* dalle sedimentate letture formalistiche di essa F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in SDHI. LIV, 1988, 1 ss.

⁴⁴ Ulp. 1 inst. D. 1, 1, 1 pr.: *Iuri operam daturum prius nosse oportet unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. Anche per questa *definitio* importanti gli approfondimenti di F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in SDHI. LIII, 1987, 6 ss.

extrastatualità del diritto civile, che in parte mi sembra abbia storicamente dimostrato di superare e guardare oltre l'età dello statuallegalismo, potrebbe invece non resistere all'invasività di un mercato che detta regole non a misura d'uomo ma a misura delle imprese. Di fronte ad esso seguire acriticamente o, peggio, consapevolmente assecondare tendenze di svilimento del nesso tra contratto e obbligazione, nesso la cui necessità segna almeno nel nostro sistema giuridico un carattere distintivo della tradizione civilistica, significherebbe, a mio avviso, rinunciare allo schema giuridico che strutturalmente, sul piano effettuale, segna, insieme al principio di buona fede, i veri confini del potere del contratto. Nel momento in cui questi confini, strutturalmente segnati dalla parità giuridica delle persone parti del rapporto e funzionalmente caratterizzati da una tensione verso l'adempimento come fisiologico momento di estinzione del vincolo, venissero superati senza consapevoli resistenze, verrebbe messo a disposizione del mercato sovranazionale uno strumento, il contratto nella sua accezione giusnaturalistica, ad altissima potenzialità di assoggettamento materiale dei debitori - esseri umani, velato da strumento di espressione massima del principio di autonomia privata.