

## Capitolo Primo

# LA NOZIONE

### Sommario

---

1. Profili storici e comparatistici. – 2. Il concetto di obbligazione. – 3. Questioni terminologiche. – 4. Le fonti delle obbligazioni. – 5. Il rapporto obbligatorio. – 6. La prestazione. – 7. La patrimonialità della prestazione. – 8. Le obbligazioni della pubblica amministrazione. – 9. Le obbligazioni di durata. – 10. Diritto internazionale privato.

### 1. *Profili storici e comparatistici*

Obbligazione significa vincolo <sup>1</sup>. Storicamente il concetto di obbligazione

---

<sup>1</sup> SAVIGNY, *Le obbligazioni*, tr. it. a cura di Pacchioni, 2 voll., Torino 1912; POLACCO, *Le obbligazioni*, 2 voll., 2<sup>a</sup> ed., Roma 1914-1915; CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, RDCo, 1915, I, 525-569; BRUNETTI, *Il diritto del creditore*, RDCo, 1916, I, 137-145; I, 282-307; BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920; Id., *Teoria generale delle obbligazioni*, 4 voll., Milano 1953-55; GANGI, *Debito e responsabilità*, in *Studi Saresi*, 1921, 178-331; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, 8 voll., 7<sup>a</sup> ed., Torino 1930; ALLARA, *Delle obbligazioni*, Torino 1939; CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano 1948; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 3 voll., 2<sup>a</sup> ed., Milano 1948; PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino 1927; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Catania 1945; Id., *Obbligazione (diritto privato)*, NNDI, XI, Torino 1965, 581-614; G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino 1950; SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, RTDPC, 1959, 1273-1297; Franc. ROMANO, *Obbligo (nozione generale)*, ED, XXIX, Milano 1979, 500-508; RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, ED, XXIV, Milano 1979, 133-211; DE LORENZI, *Obbligazioni, Sintesi di informazione*, RDC, 1982, II, 93-115; RDC, 1985, II, 193-210; RDC, 1990, II, 243-271; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1988; Id., *Obbligazione, Teoria generale*, EG, XXIV, Roma s.d., 1-43; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Iudica e Zatti, Milano 1991; BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Milano 1993; CHIANALE, *Obbligazione*, Dig. sez. civ., XII, Torino 1995, 337-353; CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, ivi, 407-457; GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova 2007; LIPARI e RESCIGNO (Cur.), *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, Milano 2009; *Delle obbligazioni*, in E. GABRIELLI (Cur.), *Commentario del codice civile*, Torino 2012, sub art. 1173, p. 5.

RANIERI, *Europaisches Obligationenrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Vienna 2003; MUSIO, *Obbligazione in diritto comparato*, Dig. sez. civ., Agg., Torino 2016, 575-591.

Sulla riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: COLOMBI, CIACCHI, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: Prime osservazioni*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2001, 89; CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, RDC, 2002, I, 1; AA.VV., *Le nouveau*

faceva riferimento a vincoli di natura materiale che si riferivano alla persona stessa dell'obligato (*obligatus*)<sup>2</sup>. L'obligato era cioè un soggetto che veniva tenuto materialmente in catene da parte di altri soggetti, o per garantire l'adempimento dell'impegno assunto da altre persone, o per consentirgli di affrancarsi con il proprio lavoro. Nei tempi antichi le stesse persone potevano essere considerate alla stregua di beni; con la conseguenza che in caso di inadempimento l'esecuzione poteva avere ad oggetto la stessa persona dell'inadempiente, che perdeva la sua libertà in modo definitivo o per lo meno fino al momento in cui con il suo lavoro fosse riuscita a saldare il debito. In seguito il concetto di obbligazione si è smaterializzato ed è passato ad indicare il vincolo giuridico che lega il debitore al creditore; la possibilità di essere arrestati per debiti si è peraltro protratta fino al XIX secolo<sup>3</sup>; in Italia essa era ancora contemplata dal codice civile del 1865 (artt. 2093 ss.) ed è stata definitivamente abolita solo a partire dal codice civile del 1942.

Questo ha determinato notevoli dubbi interpretativi circa l'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione; specie in passato prevalevano ricostruzioni che tendevano a ravvisare un parallelismo tra proprietà ed obbligazione; in questa prospettiva l'obbligazione avrebbe avuto una struttura per certi versi comparabile a quella del diritto di proprietà ed avrebbe avuto come oggetto, nei tempi più antichi, la persona stessa del debitore o per lo meno, nei tempi più moderni, il comportamento dovuto<sup>4</sup>. In alcuni casi la dottrina ha talmente accentuato questo parallelismo tra diritti reali ed obbligazioni da svalutare del tutto il comportamento dovuto dal debitore e da ravvisare nell'obbligazione un mero obbligo di tolleranza da parte del creditore<sup>5</sup>. Il superamento di queste concezioni estremistiche non è però valso a sopire del tutto le dispute tra coloro i quali ravvisano l'oggetto dell'obbligazione nel comportamento dovuto dal debitore (prestazione in senso soggettivo: concezioni personali), ora prevalenti<sup>6</sup>, e coloro che viceversa ravvisano

---

*droit allemand des obligations*, RIDC, 2002, 935; CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova 2003; SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, RDC, 2004, I, 57-76; DIURNI, KINDLER, *Il codice civile tedesco modernizzato*, Torino 2004; ZIMMERMAN, *The New German Law of Obligations*, Oxford 2005.

Sulla riforma del diritto francese delle obbligazioni: RIVOLLIER, *L'influence du droit européen et international des contrats sur la réforme française du droit des obligations*, RIDC, 2017, 757-777; SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano?*, ODCC, 2018, 19-46; LATINA, *La réforme du droit des contrats en pratique*, Paris 2017.

<sup>2</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, I, 489 ss.; BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Camerino 1919.

<sup>3</sup> Riferimenti in SALONO, *Debiti (arresto personale per)*, Dig. sez. civ., V, Torino 1989, 122.

<sup>4</sup> Questa impostazione era ancora molto evidente in SAVIGNY, *op. cit.*, I, 4, il quale parlava di signoria sopra una persona, non nella sua totalità, ma sopra singoli atti della medesima.

<sup>5</sup> CARNELUTTI, *op. cit.*, 529, 542; in senso critico: BRUNETTI, *op. cit.*

<sup>6</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 184.

l'oggetto dell'obbligazione nel bene dovuto (prestazione in senso oggettivo: concezioni patrimoniali)<sup>7</sup>, con conseguente svalutazione del ruolo dell'attività del debitore, come sembrerebbe dimostrare da un lato la possibilità dell'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) e dall'altro lato l'esecuzione coattiva (artt. 2910 ss. c.c.).

Il codice civile italiano del 1942, seguendo quello tedesco, disciplina l'obbligazione in termini generali, a prescindere quindi dalla fonte concreta<sup>8</sup>; disciplina che in seguito alla fusione tra diritto civile e diritto commerciale si applica indistintamente a tutte le obbligazioni<sup>9</sup>; la disciplina generale è poi integrata da quella dedicata a singoli tipi di obbligazioni, tra i quali spiccano le obbligazioni pecuniarie.

Una disciplina generale delle obbligazioni è viceversa tradizionalmente assente nei paesi di *common law*, dove la materia è ripartita in tre grosse branche: *contracts, torts, restitution*; è infatti solo negli ultimi tempi che anche in questi ordinamenti è possibile ravvisare tentativi di trattazione generale delle obbligazioni<sup>10</sup>.

## 2. Il concetto di obbligazione

In base all'opinione più diffusa, per obbligazione si intende dunque un vincolo di natura giuridica in virtù del quale un soggetto è tenuto ad effettuare una certa prestazione di dare, fare o non fare nei confronti di un altro soggetto<sup>11</sup>. La giuridicità del vincolo è dovuta al fatto che in caso di inadem-

---

<sup>7</sup> Diffusamente: SCHLESINGER, *op. cit.*, 1274, il quale con concorda con Allara nel ritenere che solo l'attività *cum effectu* costituisca la prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio, 1283, *ivi*, riferimenti.

<sup>8</sup> In questo si differenzia rispetto al codice del 1865, a modello francese, nel quale la disciplina delle obbligazioni, unitamente a quella delle successioni e delle donazioni era contenuta nel libro terzo, dedicato al trasferimento della proprietà: GIORGIANNI, *op. cit.*, *NNDI*, XI, 581-582; segue il nuovo modello anche il DCFR, art. 3.1.101: "This book applies, except as otherwise provided, to all obligations within the scope of these rules, whether they are contractual or not, and to corresponding rights to performance".

<sup>9</sup> Molto spesso l'unificazione tra diritto civile e commerciale ha comportato la generalizzazione delle regole commerciali, si pensi per esempio alla presunzione di solidarietà che un tempo trovava applicazione solo in ambito commerciale: BRUSCHETTINI, *Obbligazioni (diritto commerciale)*, *NDI*, VIII, Torino 1939, 1235-1253, 1238; OPPO, *Su alcuni contributi del codice di commercio italiano del 1865 allo sviluppo del diritto delle obbligazioni*, in *Studi Volterra*, Milano 1971, I, 167-178.

<sup>10</sup> TETTENBORN, *An Introduction to the Law of Obligations*, London 1984.

<sup>11</sup> Poiché nel codice manca una definizione di obbligazione, occorre far riferimento alle definizioni dottrinali; POLACCO, *op. cit.*, I, 184; BARASSI, *op. cit.*, I, 129; secondo GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 13, col termine obbligazione viene indicata una categoria di situazioni giuridiche nelle quali si assiste al fenomeno per cui un soggetto è tenuto ad un dato com-

pimento, l'ordinamento può imporre l'esecuzione forzata della prestazione o per lo meno il risarcimento del danno. Sotto questo profilo le obbligazioni devono pertanto essere distinte dai doveri sociali, nascenti per esempio da rapporti di cortesia, i quali sono vincolanti esclusivamente sul piano sociale e non sono suscettibili di esecuzione forzata da parte dell'ordinamento. In una posizione intermedia si collocano le obbligazioni naturali, le quali sebbene non siano azionabili in giudizio, in caso di adempimento spontaneo escludono la possibilità di ripetere quanto prestato (*soluti retentio*)<sup>12</sup>.

Tradizionalmente il fulcro del sistema era costituito dalla proprietà e dalle altre forme di appartenenza. Tutto ruotava intorno alla proprietà, considerata la fonte principale di ricchezza, sotto il profilo di frutti, rendite, e così via. In queste condizioni le obbligazioni svolgevano un ruolo del tutto strumentale, funzionale all'acquisto della proprietà, o accessorio rispetto al godimento di essa; si pensi per esempio ai contratti di lavoro, locazione, e così via. In seguito la situazione si è però profondamente modificata. La rivoluzione industriale ha infatti gradualmente spostato il fulcro del sistema dalla proprietà alle obbligazioni<sup>13</sup>. Attualmente la ricchezza di una persona non si misura più in ettari di terreno posseduto, ma piuttosto in termini di attività imprenditoriali, partecipazioni societarie, valori mobiliari, e così via. Di fatto le attività più lucrative non sono sicuramente più quelle connesse allo sfruttamento agricolo dei terreni, ma piuttosto quelle commerciali, imprenditoriali, e così via.

### 3. Questioni terminologiche

Dal punto di vista terminologico l'espressione obbligazione in senso stretto, deve essere distinta da quella di obbligo, onere e dovere<sup>14</sup>; mentre l'obbligazione si riferisce alla sfera dei rapporti patrimoniali, l'obbligo a quella dei rapporti non patrimoniali; si pensi per esempio agli obblighi familiari; l'onere costituisce un adempimento posto a carico di chi intende esercitare un suo diritto, ed al quale non corrisponde una situazione di credito a favore di terzi; si pensi per esempio all'onere di denunciare i vizi occulti nei termini previsti in materia di compravendita; il dovere si riferi-

---

portamento nei confronti di un altro soggetto, 231; in senso conforme anche il DCFR art. 3.1.102.1: "An obligation is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor".

<sup>12</sup> NIVARRA, *Obbligazione naturale*, Dig. sez. civ., XII, Torino 1995, 366-388; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2008.

<sup>13</sup> SCHLESINGER, *Il primato del credito*, RDC, 1990, I, 825-830.

<sup>14</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 138 ss.

sce infine a comportamenti che in genere non vengono imposti a beneficio di un soggetto determinato; si pensi per esempio ai doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Nel XIX secolo in area tedesca era stata sviluppata la distinzione tra debito e responsabilità, in base alla considerazione che vi potrebbero essere debito senza responsabilità e responsabilità senza debito; impostazione che, sebbene non abbia mancato di avere riscontri anche in Italia<sup>15</sup>, può considerarsi superata.

#### 4. *Le fonti delle obbligazioni*

Ai sensi dell'art. 1173 c.c. le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico<sup>16</sup>. Si tratta di un'elencazione non chiusa, ma volutamente aperta al fine di consentire la configurazione di fonti delle obbligazioni anche ulteriori rispetto a quelle specificamente previste<sup>17</sup>.

L'elencazione di cui all'art. 1173 c.c. riproduce integralmente la classificazione di Gaio, autore di un famoso manuale di istituzioni in epoca romana, il quale parimenti distingueva le obbligazioni a seconda che nascessero da contratto, da fatto illecito o da altre cause previste dall'ordinamento. Sotto questo profilo il codice del 1942 si differenzia rispetto al codice Napoleone ed al codice civile italiano del 1865 i quali, in conformità alla sistematica delle istituzioni di Giustiniano, distinguevano tra contratti e quasi contratti, delitti e quasi delitti. La dogmatica moderna ha infatti evidenziato l'ambiguità delle figure tradizioni del quasi contratto e del quasi delitto; i quasi contratti indicavano le obbligazioni nascenti da indebito, gestione d'affari ed arricchimento senza causa; figure che non sempre possono essere agevolmente ricondotte al contratto, si pensi in particolare all'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Questo ha condotto ad un definitivo superamento della terminologia tradizionale dei quasi contratti<sup>18</sup>. Un discorso comparabile può essere ripetuto per quel che riguarda i quasi delitti; terminologia con la quale si indicavano i casi di responsabilità non intenzionale e per fatto altrui; anche in questi casi si trattava di una termi-

---

<sup>15</sup> Si veda in particolare GANGI, *op. cit.*

<sup>16</sup> A. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, RDCo, 1904, I, 520-530; GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, RDC, 1965, I, 70-75.

<sup>17</sup> Anche il testamento può essere fonte di obbligazione: GIORGIANNI, *op. cit.*, RDC, 1965, I, 74.

<sup>18</sup> Più ampiamente: P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2008.

nologia ambigua che può ormai considerarsi del tutto superata; la dottrina più moderna preferisce parlare genericamente di responsabilità civile, salvo poi distinguere in questo ambito a seconda che si tratti di responsabilità per colpa, oggettiva, per fatto altrui, da custodia, e così via.

Ne è pertanto conseguita l'eliminazione di tali categorie dal codice ed il ritorno alla sistematica di Gaio; la sistematica accolta dal codice è peraltro aperta; questo consente all'interprete di classificare a suo piacimento le fonti delle obbligazioni. In questa prospettiva è possibile ravvisare per lo meno cinque fonti principali di obbligazioni:

- 1) i contratti (art. 1321 c.c.);
- 2) le promesse unilaterali (art. 1987 c.c.);
- 3) l'apparenza (artt. 534, 2° comma; 1189, 1° comma, c.c.);
- 4) i fatti illeciti (art. 2043 c.c.);
- 5) l'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.).

Sebbene il legislatore disciplini unitariamente l'obbligazione in generale, una tale disciplina deve essere di volta in volta coordinata con quella delle singole fonti<sup>19</sup>.

## 5. *Il rapporto obbligatorio*

Mentre il godimento dei diritti reali non implica una cooperazione attiva da parte di altri soggetti, il soddisfacimento della pretesa creditoria implica necessariamente la collaborazione del debitore. Da un punto di vista strutturale le obbligazioni implicano la presenza per lo meno di due soggetti<sup>20</sup> e di un oggetto:

1. vi è in primo luogo un soggetto attivo, vale a dire il creditore, il quale ha diritto ad ottenere l'adempimento della prestazione pattuita<sup>21</sup>;
2. vi è in secondo luogo un soggetto passivo, vale a dire il debitore, il quale è tenuto ad effettuare la prestazione pattuita<sup>22</sup>;
3. vi è infine un oggetto dell'obbligazione, vale a dire la prestazione dovuta.

Nulla impedisce peraltro che sia sul lato attivo che su quello passivo del rapporto vi sia una pluralità di soggetti. Si pensi per esempio ai casi di solidarietà attiva e passiva, alle obbligazioni soggettivamente complesse, e così via.

<sup>19</sup> SCHLESINGER, *op. cit.*, RDC, 1965, I, 827.

<sup>20</sup> In senso critico PUGLIATTI, *Assegno bancario e rapporto unisoggettivo*, RTDPC, 1966, I, 433-457, il quale sostiene che in alcuni casi la confusione non estingue il rapporto obbligatorio, con conseguente configurabilità di rapporti unisoggettivi, 436.

<sup>21</sup> GIORGIANNI, *Credito e creditore*, NNDI, IV, Torino 1959, 1111-1114.

<sup>22</sup> GIORGIANNI, *Debito e debitore*, NNDI, V, Torino 1960, 197-200.

I soggetti sono normalmente determinati fin dal momento del sorgere dell'obbligazione; sebbene parte della dottrina si sia espressa in senso contrario<sup>23</sup>, è peraltro sufficiente che essi siano determinabili; basti per esempio pensare al contratto per persona da nominare (art. 1401 c.c.), al contratto a favore del terzo (art. 1411 c.c.), alle promesse al pubblico (art. 1989, 1° comma, c.c.), ai titoli di credito<sup>24</sup>, alle disposizioni modali<sup>25</sup>; si pensi in particolare alle disposizioni a favore dell'anima<sup>26</sup>, normalmente intese a favore della parrocchia, dei poveri, intese a favore dell'ente comunale di assistenza, degli animali, intese a favore dell'ENPA, e così via<sup>27</sup>.

In dottrina ha dato adito ad alcuni problemi ricostruttivi l'individuazione della natura dell'obbligazione modale. Parte della dottrina aveva assimilato la donazione con onere a favore di una persona determinata ad un vero e proprio contratto a favore del terzo<sup>28</sup>. Poiché peraltro nella donazione modale l'adempimento può essere chiesto non solo dal beneficiario, ma anche dal donante, il rapporto obbligatorio si duplicherebbe<sup>29</sup>. Queste conclusioni sono state peraltro contestate da altri autori, i quali hanno escluso che la posizione del beneficiario dell'onere possa essere in qualche misura assimilata a quella del terzo beneficiario nel contratto a favore del terzo<sup>30</sup>.

L'unico elemento identificabile con certezza è il soggetto passivo dell'obbligazione; più problematica è l'individuazione del soggetto attivo. In questa prospettiva si è sostenuto che creditore sarebbe unicamente il donante, mentre il beneficiario sarebbe unicamente legittimato ad esigere l'adempimento in quanto appartenente alla categoria degli interessati. Solo il donante sarebbe dunque legittimato a disporre del credito ed eventualmente a liberare l'onere mediante remissione<sup>31</sup>.

Non particolari problemi sotto il profilo della determinabilità si pongono

---

<sup>23</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 163, secondo il quale il rapporto obbligatorio non può considerarsi costituito fino a quando non sia avvenuta l'individuazione dei soggetti.

<sup>24</sup> BARASSI, *op. cit.*, I, 119.

<sup>25</sup> Cass., 11 giugno 1975, n. 2306, *FI*, 1976, I, 758: "Mentre la legittimazione all'azione per l'adempimento del modo spetta a qualunque interessato (e quindi al beneficiario del modo), la legittimazione ad agire per la risoluzione della disposizione testamentaria modale spetta a colui che beneficerà della risoluzione e cioè all'erede legittimo, nell'ipotesi di istituzione ereditaria modale, o all'erede testamentario, se l'onere sia apposto a una disposizione a titolo particolare".

<sup>26</sup> OLIVERO, *Le disposizioni a favore dell'anima nella legislazione vigente*, Milano 1942.

<sup>27</sup> BRECIA, *op. cit.*, 129, *ivi*, riferimenti.

<sup>28</sup> CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano 1969, 11 ss.

<sup>29</sup> COSÌ GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano 1968, 64 ss.

<sup>30</sup> LA PORTA, *Alcune questioni in materia di donazione modale e stipulazione a favore del terzo*, *RDC*, 2007, II, 15.

<sup>31</sup> LA PORTA, *op. cit.*, 29.

no anche in materia di obbligazioni *propter rem*, la cui peculiarità consiste nel fatto che si trasferiscono automaticamente con il bene a cui si riferiscono; si pensi per esempio all'obbligo di riparare il muro confinante, e così via <sup>32</sup>.

Anche l'oggetto della prestazione è normalmente determinato fin dal momento della nascita del rapporto obbligatorio; è peraltro sufficiente che esso sia determinabile; si pensi per esempio alla vendita dell'intero raccolto di olive prodotto da un uliveto. I soggetti possono altresì affidare la determinazione dell'oggetto della prestazione ad un terzo (art. 1473, 1° comma; 1349, 1° comma, c.c.), il quale dovrà procedere con equo apprezzamento (*arbitrium boni viri*); ne consegue che le parti possono rivolgersi al giudice ogniqualvolta la determinazione dell'arbitratore è manifestamente iniqua o erronea (art. 1349, 1° comma, c.c.). Se invece le parti si sono rimesse al mero arbitrio del terzo (*arbitrium merum*), la sua determinazione è impugnabile solo in caso di mala fede (art. 1349, 2° comma, c.c.).

Mentre i codici ottocenteschi erano ispirati in più occasioni al principio del *favor debitoris* (termine di grazia, assenza di presunzione di solidarietà, e così via), il codice civile del 1942 appare più equilibrato, né a favore del debitore, né del creditore <sup>33</sup>.

## 6. La prestazione

La prestazione consiste nel comportamento dovuto dal debitore. Essa può consistere in un comportamento di dare, fare o non fare.

A) Per obbligazione di dare in senso tecnico si intende l'obbligo di far acquistare la proprietà di qualche cosa a qualcuno <sup>34</sup>. Nel nostro ordinamento una tale figura deriva dal contratto preliminare di vendita (art. 1351 c.c.), dal mandato senza rappresentanza relativo all'acquisto di immobili o beni mobili registrati (art. 1706, 2° comma, c.c.), dal legato di cosa altrui o dell'onerato (art. 651, 1° comma, c.c.), nonché da molte altre fattispecie.

Qualche dubbio interpretativo è sorto con riferimento agli atti solutori, la cui causa deve ravvisarsi in un rapporto esterno (causa esterna) <sup>35</sup>. Si

<sup>32</sup> FUSARO, *Obbligazione propter rem ed onere reale*, Dig. sez. civ., XII, Torino 1995, 390-394; più ampiamente, vol. IV.

<sup>33</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 175.

<sup>34</sup> CHIANALE, *Obbligazione di dare e di fare in diritto comparato e italiano*, Dig. sez. civ., XII, Torino 1995, 353-366.

<sup>35</sup> Ipotesi teorizzata per la prima volta da GIORGIANNI, voce *Causa*, cit.; MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, CeI, 1986, 908; MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, CeI, 1988, 735; BOZZI, *Note preliminari sull'ammissibilità del trasferimento astratto*, RDCo, 1995, I, 221; DI MAJO, *Causa ed imputazione negli atti solutori*, RDC, 1994, I, 781; SACCO, DE NOVA, *op. cit.*, 3<sup>a</sup> ed., I, 797; LA

pensi per esempio nel mandato senza rappresentanza al trasferimento di un bene immobile acquistato in nome proprio dal mandatario a favore del mandante (art. 1706, 2° comma, c.c.); al trasferimento in esecuzione di un contratto fiduciario, o ancora alla conclusione del contratto definitivo in esecuzione del preliminare, al trasferimento di un diritto ai fini del risarcimento del danno in forma specifica (art. 2058 c.c.), e così via.

Il problema è stato discusso specie in materia di accordi di separazione, quando uno dei due coniugi assume l'impegno di trasferire un bene immobile a favore dell'altro o dei figli. Giustamente la giurisprudenza ha escluso che nei casi di questo genere si tratti di donazione, per assenza di *animus donandi*<sup>36</sup>; piuttosto si è ritenuto che l'impegno assunto dal marito nei confronti della moglie costituisca un contratto preliminare a favore del figlio; e che quindi la successiva dichiarazione scritta con cui il coniuge obbligato dichiara la sua volontà di trasferire il bene al figlio, costituisce una proposta di contratto unilaterale atipico che si perfeziona ai sensi dell'art. 1333 c.c., anche in assenza di accettazione formale<sup>37</sup>. Sentenza sicuramente interessante sia perché risolve positivamente i dubbi circa l'operatività dello schema di cui all'art. 1333 c.c. anche nel settore dei diritti reali; sia perché ai fini del trasferimento della proprietà immobiliare non ritiene necessaria un'accettazione scritta<sup>38</sup>. In senso analogo è stato deciso che la proposta scritta di trasferire la proprietà di un immobile a titolo satisfattivo di un preesistente debito del proponente, costituisce una proposta di *datio in solutum*, soggetta al regime dell'art. 1333 c.c.<sup>39</sup>.

---

PORTA, *op. cit.*, 51 ss.; ROPPO, *op. cit.*, 371; CARUSI, *op. cit.*, 623 ss.; ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, Padova 2009, 57-115; LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano 2007.

<sup>36</sup> A. Torino, 9 maggio 1980, *GM*, 1982, 1220; Cass., 14 marzo 2006, n. 5473; si veda però anche Cass., 12 aprile 2006, n. 8516, entrambe in *NGCC*, 2007, I, 371, con nota di MARTINO, *Collegamento negoziale e pagamento traslativo nella revocatoria dei trasferimenti realizzati tra coniugi in occasione della separazione consensuale*.

<sup>37</sup> ALIBRANDI SCIARRONE, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, *RDC*, 1989, II, 536; ROLLI, *op. cit.*, *CeI*, 2001, I, 525, 539.

<sup>38</sup> Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500: "Allorché un coniuge, in sede di separazione consensuale, assume l'obbligo nei confronti dell'altro coniuge di provvedere al mantenimento del figlio, impegnandosi a tal fine a trasferirgli un bene immobile, pone in essere con il detto coniuge un contratto preliminare a favore del figlio, con la conseguenza che l'atto scritto con cui il coniuge obbligato in esecuzione di tale contratto, dichiara di trasferire al figlio quel bene, essendo privo dello spirito di liberalità, non configura una donazione, ma una proposta di contratto unilaterale, gratuito ed atipico, che, ai sensi dell'art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario in un termine adeguato (alla natura dell'affare o stabilito dagli usi), determina l'irrevocabilità della proposta e quindi la conclusione del contratto, nonostante che la volontà di accettazione non risulti da atto scritto, dovendosi ritenere assolto l'obbligo della forma attraverso le modalità con cui è stata formulata la proposta".

<sup>39</sup> A. Cagliari, 20 marzo 1984, *RGSarda*, 1988, 1: "La proposta scritta di trasferire la proprietà di un immobile a titolo satisfattivo di un preesistente debito del proponente costi-

Qualche dubbio in più è sorto anche con riferimento alla natura del pagamento traslativo; si discute infatti se tale atto abbia natura negoziale o meno e se abbia struttura unilaterale o contrattuale. Posto che finalità dell'adempimento traslativo è quella di trasferire la proprietà di un bene in conformità ad una causa esterna, sembra preferibile ritenere che si tratti di un atto di natura negoziale che necessita di supporto sul piano della volontà<sup>40</sup>; ove poi si consideri che ai fini dell'acquisto della proprietà del bene non sarebbe possibile prescindere dal consenso anche dell'acquirente, ne consegue la natura contrattuale dell'adempimento traslativo<sup>41</sup>; salva ancora la precisazione che ai fini del perfezionamento della fattispecie traslativa ben può trovare applicazione la fattispecie semplificata di cui all'art. 1333 c.c.<sup>42</sup>; del resto proprio questa è la soluzione che in più occasioni è stata formulata da parte della giurisprudenza, specie in materia di atti esecutivi di impegni assunti nell'ambito di accordi di separazione tra coniugi.

Tenuto conto del fatto che si tratta di un negozio con causa esterna, occorre ovviamente che risulti in modo evidente la causa del trasferimento (c.d. *expressio causae*); secondo parte della dottrina occorrerebbe a questi fini una dichiarazione espressa, con conseguente invalidità del trasferimento effettuato in sua assenza; in realtà sembra preferibile ritenere che, anche in mancanza di una dichiarazione espressa, l'atto solutorio sia valido ove risulti evidente la causa del trasferimento<sup>43</sup>.

Ancora diverso è il problema di quali effetti possa produrre l'atto solutorio in mancanza di un'idonea causa giustificativa sottostante; secondo parte della dottrina l'atto solutorio sarebbe in ogni caso idoneo di per sé a produrre l'effetto traslativo, anche in mancanza di un'idonea causa giustificativa sottostante<sup>44</sup>; l'effetto traslativo si produrrebbe cioè in modo astratto, in modo indipendente dalla presenza o meno di un'idonea causa giustificativa sottostante, salva la ripetizione dell'indebito. Preferibile è peraltro ritenere che la causa, ancorché esterna, sia un elemento essenziale dell'adempimento traslativo, con conseguente nullità della fattispecie traslativa.

Se infatti il pagamento traslativo ha struttura contrattuale, ancorché si perfezioni in virtù della fattispecie semplificata di cui all'art. 1333 c.c., ne consegue che non è possibile prescindere dalla presenza di un'idonea causa

---

tuendo una proposta (non di compravendita) bensì di *datio in solutum*, rimane disciplinata dall'art. 1333 c.c. e quindi per un verso diventa irrevocabile non appena giunge a conoscenza del creditore destinatario, e, per l'altro in mancanza di rifiuto del destinatario stesso nel termine richiesto dall'affare o dagli usi, determina il perfezionarsi del contratto tra le parti".

<sup>40</sup> ABATANGELO, *op. cit.*, 73.

<sup>41</sup> ABATANGELO, *op. cit.*, 70 s.

<sup>42</sup> ABATANGELO, *op. cit.*, 72.

<sup>43</sup> ABATANGELO, *op. cit.*, 96.

<sup>44</sup> ABATANGELO, *op. cit.*, 91 ss., 97.

giustificativa, ancorché esterna; si consideri ancora che la causa è un elemento essenziale di tutti i contratti (art. 1325 c.c.), non esclusi quelli di cui all'art. 1333 c.c.

Si consideri ancora che non vi sarebbe ragione di diversificare rispetto al regime normale dell'indebito; se la fattispecie contrattuale che mira al trasferimento è nulla per carenza di un elemento essenziale, sia esso interno o esterno, non può prodursi l'effetto traslativo, con conseguente possibilità per il *solvens indebiti* di avvalersi non solo della ripetizione dell'indebito, ma anche della rivendicazione<sup>45</sup>; salvi ovviamente i casi di acquisto a *non domino* previsti dall'ordinamento.

B) Le prestazioni di fare contemplano qualsiasi altra obbligazione con un contenuto positivo del debitore. In primo luogo rientrano in questa categoria le prestazioni di consegnare materialmente i beni mobili o di rilasciare i beni immobili di cui si è trasferita ad altri la proprietà (artt. 1209, 1216, 2930 c.c.). Rientrano inoltre in questa categoria le obbligazioni di fare in senso stretto, nascenti da un contratto di lavoro subordinato, d'opera, e così via (artt. 2060, 2222 c.c.). In questo ambito può essere ricondotta anche l'obbligazione di concludere un contratto, suscettibile di esecuzione in forma specifica (art. 2932 c.c.), nonché quella di prestare una garanzia (art. 1179 c.c.)<sup>46</sup>, che viceversa parte della dottrina considera separatamente.

C) Le prestazioni di non fare si riferiscono infine a qualsiasi impegno in virtù del quale il debitore assume l'impegno di non fare qualche cosa<sup>47</sup>. Si pensi per esempio all'obbligo di non concorrenza tra imprenditori (art. 2596 c.c.).

In dottrina si distingue altresì a seconda che chi ha assunto l'impegno si sia impegnato o meno a raggiungere un certo risultato; nel primo caso si parla di obbligazioni di risultato, nel secondo di mezzi<sup>48</sup>. Per esempio chi assume l'impegno di pagare una certa somma di denaro è liberato solo nel caso in cui riesca a raggiungere il risultato promesso (obbligazione di risultato); se viceversa un medico assume in cura un paziente assume ovviamente l'impegno di fare il possibile per curarlo, ma non anche quello di guarirlo in ogni caso (obbligazione di mezzi). Si tratta di una contrapposizione il cui accoglimento può comportare notevoli conseguenze specie sotto il profilo dell'inadempimento. Si tratta peraltro di una distinzione non del tutto pacifica in dottrina ed in parte in via di superamento<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti, i rimedi restitutori*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2008.

<sup>46</sup> Riferimenti in CHIANALE, *op. cit.*, *Dig. sez. civ.*, XII, 342.

<sup>47</sup> L. COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, Napoli 1931; DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, Napoli 2014.

<sup>48</sup> DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, *Dig. sez. civ.*, XII, Torino 1995, 397-407.

<sup>49</sup> Più ampiamente: Cap. VIII, sez. I, § 5.

Sotto un altro profilo le prestazioni possono essere distinte in fungibili ed infungibili. Sono fungibili le prestazioni che possono essere effettuate da chiunque, nel senso cioè che non rileva la specificità del soggetto che adempie. Si pensi per esempio all'obbligo di consegnare un carico di cemento; nei casi di questo genere il creditore non è ovviamente interessato a chi in concreto effettuerà la consegna, ma unicamente a che la consegna abbia luogo nei modi e nei tempi pattuiti. Sono viceversa infungibili le prestazioni in relazione alle quali rileva il soggetto che adempie; si pensi per esempio ad un dipinto, ad una scultura, ad un affresco, ad un brano musicale, all'attore protagonista di un film, e così via. Nei casi di questo genere non è assolutamente indifferente chi in concreto dipingerà il quadro, modellerà la statua, suonerà gli strumenti, o interpreterà il ruolo di protagonista nel film. Ne consegue che ogniqualvolta assume rilevanza la persona di chi ha assunto l'impegno (*intuitus personae*), non sarà possibile che altri si sostituisca nell'adempimento (art. 1180, 1° comma, c.c.).

L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile (art. 1346 c.c.); sebbene questa disposizione non sia specificamente richiamata con riferimento all'oggetto dell'obbligazione si ritiene comunemente che anche la prestazione debba essere: a) possibile; b) lecita; c) determinata.

A) Poiché nessuno può assumere l'impegno di fare un qualche cosa di impossibile, come per esempio consegnare l'ippogrifo, andare a piedi fino al centro della terra, e così via l'obbligazione è priva di effetto (*ad impossibilia nemo tenetur*).

B) L'obbligazione non può inoltre essere illecita, per contrasto alla legge all'ordine pubblico ed al buon costume.

C) L'obbligazione deve infine essere determinata o quanto meno determinabile. In conformità ai principi generali non potrebbe infatti considerarsi valido l'impegno di dare, fare o non fare un qualche cosa di indeterminato.

Per i necessari approfondimenti si rinvia peraltro alla disciplina dell'oggetto del contratto<sup>50</sup>.

## 7. La patrimonialità della prestazione

In base a quanto stabilisce l'art. 1174 c.c. la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse<sup>51</sup>, anche non patrimoniale, del credito-

<sup>50</sup> P. GALLO, *Trattato del contratto*, Torino 2010, vol. II.

<sup>51</sup> NICOLUSSI, *L'interesse del creditore e il risultato dell'obbligazione*, in CAPOGROSSI COLOGNESI, CURSI (Cur.), *Obligatio-obbligazione, Un confronto interdisciplinare*, Napoli 2011, 109.

re<sup>52</sup>. Gli elementi che entrano in gioco sono dunque due: a) l'interesse del creditore e b) la patrimonialità della prestazione<sup>53</sup>.

A) Per quel che riguarda il primo punto, specie in passato parte della dottrina aveva enfatizzato la rilevanza dell'interesse del debitore, sia sotto il profilo della nascita dell'obbligazione che del suo permanere nel tempo<sup>54</sup>; in questa prospettiva, al pari che in materia contrattuale, dove l'art. 1322, 2° comma, c.c. subordina espressamente la possibilità di concludere contratti atipici alla presenza di un interesse meritevole di tutela, l'obbligazione non potrebbe sorgere se non supportata da un apprezzabile interesse in capo al creditore; in questa prospettiva anche il venir meno dell'interesse avrebbe comportato inevitabilmente l'estinzione dell'obbligazione. Evidente era il tentativo di subordinare l'autonomia privata non solo alla liceità, ma anche alle meritevolezza dell'interesse perseguito; in questa prospettiva l'ordinamento giuridico sarebbe stato chiamato ad effettuare un controllo non solo sugli accordi illeciti, ma anche su quelli futuri o finalizzati a perseguire interessi non meritevoli di tutela. Questa stagione della civilistica italiana, di cui Betti può essere considerato il maggior rappresentante<sup>55</sup>, può peraltro considerarsi completamente superata<sup>56</sup>. L'ordinamento giuridico in genere non può entrare nel merito e deve limitarsi ad un controllo di mera liceità del contratto e più in generale degli atti di autonomia privata<sup>57</sup>; in questa prospettiva anche il problema dell'interesse in materia di obbligazioni è

---

<sup>52</sup> BARASSI, *op. cit.*, I, 148; GIORGIANNI, *op. cit.*, 29; il requisito della patrimonialità non compariva nell'art. 1098 codice civile del 1865, nonché nelle definizioni di illustri studiosi del passato, come per esempio SAVIGNY, *Le obbligazioni*, tr. it., Torino 1915, II, 6; G.B. FERRI, *op. cit.*, 18, *ivi* riferimenti; sulla nozione di patrimonialità si veda inoltre: CARRESI, *Contratti e atti unilaterali*, in *Studi Vassalli*, Torino 1960, I, 269 ss., secondo il quale la formazione della categoria del negozio giuridico ha determinato una progressiva svalutazione del requisito della patrimonialità, 272; DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli 2000; SACCO, *Patrimonialità del rapporto giuridico, requisito del contratto*, Dig. sez. civ., agg., Torino 2010, 877; riferimenti al dibattito europeo in FRANCISETTI, *Danno non patrimoniale e inadempimento*, Napoli 2014, 60 ss., 190 ss.

<sup>53</sup> Si veda in particolare l'approfondita analisi di CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, RDC, 1969, I, 197-257; ANGELONI, *La patrimonialità della prestazione*, *CeI*, 2001, 893-911; ROLFI, *La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. Brevi note sull'art. 1174 c.c.*, J, 2006, 485-512; TRAVAGLINO, *Carattere patrimoniale della prestazione*, in E. GABRIELLI (Cur.), *Commentario del codice civile*, Torino 2012, sub art. 1174, p. 49.

<sup>54</sup> Così BIANCA, *op. cit.*, 43; seguito da ROLFI, *op. cit.*, 504 ss.

<sup>55</sup> BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, IV vol., Milano 1953-55.

<sup>56</sup> Così CIAN, *op. cit.*, il quale giunge ad escludere che la mancanza o il venir meno dell'interesse del creditore impediscano il sorgere o determinino l'estinzione del rapporto obbligatorio, 214, 220, 225.

<sup>57</sup> Sulla nullità per illiceità della causa del contratto di scambio tra promessa di adozione e prestazioni lavorative: Cass., 10 aprile 1964, n. 835, RDCo, 1965, II, 333, con nota di G.B. FERRI, *Promessa di adozione e di istituzione di erede e prestazione di lavoro*.

destinato a ridimensionarsi; la nascita dell'obbligazione prescinde infatti dall'accertamento in concreto dell'interesse del creditore; parimenti il venir meno dell'interesse è in linea di principio privo di rilevanza<sup>58</sup>, salvo che esso determini la caducazione della fonte da cui deriva l'obbligazione; si pensi in particolare alla rilevanza che può avere la presupposizione in ambito contrattuale. Si consideri ancora l'assenza di ogni riferimento al requisito dell'interesse nella dottrina tedesca, e la difficoltà a prendere in considerazione fattori puramente interni, quali appunto l'interesse del creditore, che in genere non devono essere enunciati e sono privi di rilevanza, come dimostra la tradizionale irrilevanza dei motivi nel diritto privato ed in particolare dell'errore sui motivi.

Questo non significa che la prestazione deve necessariamente essere finalizzata al soddisfacimento di interessi di natura patrimoniale del creditore, o comunque attinenti alla sfera della vita materiale o al soddisfacimento di bisogni primari<sup>59</sup>. Come dice specificamente l'art. 1174 c.c. la prestazione può anche essere finalizzata a soddisfare interessi di natura non patrimoniale del creditore. Si pensi per esempio a chi acquista un biglietto per sentire un concerto, per vedere una rappresentazione teatrale, o a chi acquista un libro di poesie, e così via<sup>60</sup>. La musica, il teatro, la letteratura, e così via non attengono infatti alla vita materiale dell'uomo, ma sono finalizzati a soddisfare bisogni di natura più elevata.

Il riferimento all'interesse del creditore non è peraltro del tutto privo di rilevanza; da un punto di vista sistematico, esso consente infatti di distinguere l'obbligazione dall'onere<sup>61</sup>. Anche l'onere costituisce un adempimento posto a carico di un soggetto; mentre però l'adempimento dell'obbligazione si risolve in un vantaggio per il creditore, l'adempimento dell'onere va a vantaggio del soggetto stesso sottoposto all'onere; se l'acquirente è intenzionato a far valere la garanzia per vizi occulti, ha l'onere di denunciarli entro i termini di decadenza previsti; se un contraente è intenzionato a risolvere il contratto, ha l'onere di agire in giudizio, e così via; ne consegue che l'onere non fa sorgere pretese creditorie a favore di terzi<sup>62</sup>.

B) L'art. 1174 c.c. precisa peraltro che la prestazione deve in ogni caso

<sup>58</sup> Si veda però anche A. Firenze, 23 aprile 2008, la quale in materia di contratto di viaggio stabilisce che l'impossibilità sopravvenuta di usufruire del viaggio determina l'estinzione dell'obbligazione per venir meno dell'interesse del creditore.

<sup>59</sup> DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli 2000, 13 ss.; FONDRIESCHI, *Prestazione*, in *Dig. sez. civ.*, Appendice, \*\*\*, Milano 2007, II, 962.

<sup>60</sup> Cass., 20 ottobre 1984, n. 5324, in *Q.*, 1986, 176, con nota di FURGIUELE, *Il problema della patrimonialità della prestazione con riferimento all'attività di culto e di assistenza spirituale svolte dal religioso per contratto in casa di cura privata*; *DFP*, 1984, 942; *DE*, 1985, II, 170; *FI*, 1985, I, 807.

<sup>61</sup> GIORGIANNI, *Obbligazione*, cit., *NNDI*, 583.

<sup>62</sup> IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli 1973.

essere suscettibile di valutazione economica. Il requisito della patrimonialità della prestazione avrebbe la funzione di consentire di distinguere i rapporti giuridici dalle relazioni sociali. In realtà il significato e la portata della regola di cui all'art. 1174 c.c. è assai controverso. Si discute infatti se la patrimonialità della prestazione debba essere accertata in base alle valutazioni correnti nell'ambiente sociale (criterio oggettivo)<sup>63</sup>, o se viceversa tutto sia rimesso alle valutazioni delle parti (criterio soggettivo). In pratica la giurisprudenza propende nettamente per questa seconda soluzione, ritenendo sufficiente che sia stato pattuito un corrispettivo per la prestazione, ovvero una clausola penale per l'inadempimento<sup>64</sup>. Questo svuota il requisito della patrimonialità dell'obbligazione, dato che qualunque prestazione, ancorché finalizzata a soddisfare bisogni di carattere non patrimoniale, per la quale sia stato comunque pattuito un corrispettivo, può integrare gli estremi di un valido scambio<sup>65</sup>. Per patrimonializzare una prestazione è infatti sufficiente prevedere un corrispettivo o una penale in caso di inadempimento.

Il requisito della patrimonialità non serve dunque per distinguere gli impegni giuridicamente vincolanti da quelli vincolanti esclusivamente sul

---

<sup>63</sup> Così ANGELONI, *op. cit.*, 895, *ivi*, ulteriori riferimenti, nota 6.

<sup>64</sup> Cass., 18 giugno 1968, n. 1995, in *GI*, 1969, I, 1, 1558; Cass., 8 febbraio 1961, n. 265, in *GC*, 1961, I, 585: "Il carattere patrimoniale della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione, si stabilisce in relazione alla possibilità della sua valutazione in una somma di denaro, in quanto la sua esecuzione richieda l'impiego di beni o di servizi, ovvero in quanto il suo inadempimento comporti, per patto contrattuale, l'applicazione di una sanzione pure di contenuto patrimoniale. L'interesse di un Comune ad assicurare alla popolazione una duratura fonte di reddito lavoro costituisce un interesse non patrimoniale, ma tuttavia apprezzabile e meritevole di tutela (nella specie, il Comune aveva assunto l'impegno di acquistare un terreno sul quale un'impresa avrebbe dovuto impiantare uno stabilimento industriale, assumendo per il 90 % mano d'opera locale", con nota critica di BRIGNOLA, *Donazione modale, negozio oneroso e patrimonialità della prestazione*, 588.

<sup>65</sup> Cass., 27 aprile 1914, *FI*, 1914, I, 1446, con nota di BARASSI; A. Milano, 16 febbraio 1915, *RDCo*, 1915, II, 470, con nota di SRAFFA, *Volontà di obbligarsi e pecuniarietà dell'oggetto*: "Il musicista che prima di iniziare la musicazione di un'opera su libretto tratto da un dramma incarica delle necessarie trattative coll'autore del dramma medesimo un amico artista di canto, promettendogli in compenso di assegnargli una parte adatta alle sue attitudini nell'esecuzione dell'opera futura, è tenuto a mantenere siffatta promessa qualora, ottenuto il consenso dell'autore in seguito a tali trattative, l'opera sia effettivamente rappresentata e contenga il personaggio previsto"; Cass., 18 giugno 1968, n. 1995; Cass., 4 maggio 1982, n. 2756: "Il contratto con cui una parte si obbliga in favore dell'altra ad una prestazione d'opera avente per contenuto l'assistenza materiale o morale, anziché ad una prestazione di denaro o di altre cose fungibili, pur non costituendo contratto di rendita vitalizia, è pienamente ammissibile nel nostro ordinamento"; sempre in materia di contratti di assistenza atipica: Cass., 19 febbraio 1996, n. 1280, *Contr*, 1996, 464, con nota di BONILINI; *FI*, 1996, I, 1241; *GI*, 1996, I, 1, 1048; si veda inoltre: Cass., 20 ottobre 1984, n. 5324, *FI*, 1985, I, 807: "L'accordo con il quale il sacerdote si impegna a svolgere continuativamente una determinata attività spirituale e religiosa in favore di un soggetto privato o di un ente pubblico, dietro corrispettivo, ha per oggetto una prestazione essenzialmente professionale, suscettibile di valutazione patrimoniale dal momento che il compenso è giustificato dall'impegno devoluto dal sacerdote ...".

piano dell'onore e della cortesia, non costituisce un limite all'autonomia privata, dato che qualunque prestazione può considerarsi suscettibile di valutazione economica se è previsto un corrispettivo <sup>66</sup>.

Il requisito della patrimonialità dell'obbligazione (art. 1174 c.c.) e del contratto (art. 1321 c.c.) non può peraltro considerarsi privo di utilità; esso consente infatti di distinguere l'ambito patrimoniale da quello che non è; consente in altre parole di distinguere il contratto dal matrimonio, l'obbligazione di pagare una somma di denaro, dall'obbligo di coabitazione, di assistenza, di fedeltà tra i coniugi, e così via <sup>67</sup>; questo non significa porre limiti all'autonomia privata diversi rispetto a quello della liceità; anche obblighi di assistenza reciproca, di coabitazione e così via possono essere resi patrimoniali, se è previsto un corrispettivo; questo significa peraltro che in determinati contesti sorgono rapporti, vincoli ed obblighi che rispondono ad una logica differente rispetto a quella dei rapporti patrimoniali, con conseguente inapplicabilità del regime generale dei contratti e delle obbligazioni; da un punto di vista definitorio il matrimonio non è un contratto e gli obblighi che nascono nell'ambito del matrimonio non sono obbligazioni. Caso per caso occorrerà peraltro verificare se la disciplina generale delle obbligazioni possa trovare applicazione analogica o meno in materia di obblighi non patrimoniali <sup>68</sup>.

## 8. *Le obbligazioni della pubblica amministrazione*

Un discorso a parte deve essere fatto con riferimento alle obbligazioni di cui la pubblica amministrazione costituisce un soggetto <sup>69</sup>. Tradizionalmente si esclude infatti l'inadempimento della p.a. nel caso in cui il ritardo sia dovuto alla mancata conclusione del procedimento di erogazione della spesa pubblica <sup>70</sup>; ora la giurisprudenza distingue peraltro a seconda che si tratti di ritardo imputabile o meno <sup>71</sup>, con conseguente obbligo di devolvere

<sup>66</sup> CIAN, *op. cit.*, 248; nel DCFR non compare nessun riferimento né all'interesse del debitore, né alla patrimonialità della prestazione (artt. 3.1.101 ss.).

<sup>67</sup> CIAN, *op. cit.*, 248; anche da un punto di vista terminologico il concetto di obbligazione deve essere distinto da quello di obbligo: Franc. ROMANO, *op. cit.*, 500 ss.

<sup>68</sup> CIAN, *op. cit.*, 253.

<sup>69</sup> G. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Milano 1960, con recensione di RESCIGNO, *RDC*, 1962, I, 313; M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma 1964; BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche*, *ED*, XXIV, Milano 1979, 383-409; M. PALMIERI, *Lo Stato debitore. Profili delle obbligazioni pecuniarie della Pubblica amministrazione*, Milano 1990, con recensione di MANCINI, *RDC*, 1992, I, 139; FALCON, *Obbligazioni pubbliche*, *EG*, XXIV, Roma, s.d., 1-7.

<sup>70</sup> Cass., 24 gennaio 1987, n. 690.

<sup>71</sup> Cass., 27 luglio 1982, n. 4330; Cass., 17 giugno 1986, n. 4047.