



UNIVERSITÀ DI CATANIA  
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*Nuova Serie*

289

# PERCORSI INTERDISCIPLINARI IN TEMA DI RAPPORTO OBBLIGATORIO

*Atti delle giornate di studi*

(Catania, 10 ottobre 2019 - 9 luglio 2020 - 1 e 22 marzo 2021)

*a cura di*

**Giovanni Di Rosa, Sara Longo, Tommaso Mauceri**



**G. Giappichelli Editore**

PARTE I  
BUONA FEDE E CORRETTEZZA  
NELL'ATTUAZIONE DEL RAPPORTO  
OBBLIGATORIO

Catania, 10 ottobre 2019



# INTRODUZIONE

SARA LONGO

## *FIDES E BONA FIDES*

Il principio della buona fede illumina tutti i rapporti giuridici presenti nel codice civile, rappresentando, tanto nei diritti reali quanto nei diritti obbligatori, una clausola generale che indica alle parti l'atteggiamento da seguire in relazione all'interesse da raggiungere. Ciò dimostra come il diritto non sia solamente teso ad una esatta valutazione delle fattispecie, bensì è soprattutto esternazione di quei principi, etici e sociali, già presenti nella carta costituzionale, che consentono il regolare sviluppo della persona nei singoli rapporti fra consociati per il raggiungimento del bene comune.

Tali concetti di “buona fede” e “correttezza”, che nel Seminario di oggi abbiamo circoscritto quale parametro normativo di valutazione della condotta del debitore e del creditore, affondano le proprie radici già nell'esperienza giuridica romana.

Ma quando si parla di *bona fides*, da collocare dunque nella cornice giuridico-classica, dobbiamo preliminarmente volgere lo sguardo ancora più indietro e soffermarci anzitutto sulla *fides* arcaica, dalla quale la prima – come ora vedremo – trae le sue origini: la *fides* della cultura romana arcaica, che si traduceva nel valore impegnativo dei *verba*, nel principio di vincolatività della parola data, è insomma la qualità di un soggetto che appare “affidabile” rispetto ai suoi comportamenti e alle sue parole. Così intesa la *fides*, si comprende bene il rapporto spesso riscontrabile nei testi latini tra appunto il termine *fides* e concetti come quelli di *honor*, *fama*, *honestas*, *dignitas*, etc. In una società classista come quella romana, l'affidabilità di un soggetto si lega alle sue condizioni economiche e sociali: l'*honestas*, tanto per fare un esempio, in primo luogo non era l'onestà intesa quale qualità morale – questa si poneva, semmai, come accezione secondaria – bensì si riconosceva nel comportamento conforme all'*honor*, ovvero sia al rango del soggetto; rango che naturalmente imponeva dei doveri etico-giuridici.

Tale prospettiva determinava così una sorta di coincidenza tra “affidabilità” e “stabilità”: una stabilità che non era soltanto costanza di comportamenti, ma anche rispetto della posizione che a ciascuno spettava nella gerarchia cosmica.

Tutto ciò che cosa implicava? Implicava, come immediata e naturale conseguenza, che maggiore era il rango, maggiore sarebbe stato anche il “credito”; con la conseguenza che la *fides* finiva con l’identificarsi, fin da età risalente, in un attributo prevalentemente della classe dirigente, dei *boni*, dei *fortes*, dei *probi*. E questo non deve stupire affatto: che i notabili fossero maggiormente “affidabili” discende sia dal fatto che gli stessi potevano garantire protezione e tutela in misura maggiore dei deboli, sia dall’essere meno condizionabili, così da avere maggiore *auctoritas*, sia infine dalla circostanza che – per così dire – “*noblesse oblige*”: il *bonus vir*, per restare “affidabile” agli occhi del gruppo, doveva comportarsi correttamente, diventando in caso contrario totalmente “inaffidabile”. L’inaffidabilità, la violazione della *fides*, trasformava il *bonus* e il *probus* in “*malus et improbus*”: costui, in quanto tale, non avendo cioè alcun rango socio-giuridico, non aveva *fides* non potendo garantire con il proprio credito.

Ma il concetto di *fides* si presenta pure legato ai rapporti internazionali (previsti e regolati dallo *ius gentium*), dove lo si incontra anche alla base dei trattati, ad esempio con Cartagine.

Ciò, tuttavia, non deve indurre a credere che l’ambito di operatività della *fides* fosse limitato alla sola disciplina dei rapporti tra le città, che oggi definiremmo di “diritto internazionale pubblico”; al contrario, esso aveva portata più ampia, riguardando l’impegno a garantire la protezione degli interessi del cittadino dell’altra città, il *peregrinus* per antonomasia; dunque, la *fides* riguardava pure gli atti negoziali di “diritto internazionale privato”. In questa seconda esplicazione l’elemento distintivo della *fides* romana si concretizzava nel dovere di onestà e di rispetto degli impegni assunti; la sua principale caratteristica, in altre parole, risiedeva nell’affidamento sulla correttezza del comportamento di un’altra parte, che accomunava – occorre ripeterlo – tanto i rapporti fra le città quanto i rapporti tra i privati.

Cosa succede nel corso dell’evoluzione storica?

Tra il IV e il III sec. a.C. – ovviamente non è possibile inquadrare un preciso momento storico – dalla nozione unitaria di *fides* si autonomizza quella “privata” di *fides* (operante sul terreno contrattuale), non nel senso cioè che quest’ultima prende il posto della prima, bensì nel senso che costituisce una sua declinazione quasi esclusivamente nell’ambito del *ius privatum*; e da quest’ultima poi trae origine il concetto tecnico di *bona fides*.

La *fides* “privata” è strettamente connessa al contratto della *stipulatio*. Prendendo le mosse da quanto si apprende dalle *Institutiones* di Gaio (3.92-93), la *stipulatio* – dal giurista antonino contrapposta alla *sponsio* “*propria civium Romanorum*” – sorse nella prassi dello *ius gentium*, ovvero essa si affermò per poi essere riconosciuta dal *praetor peregrinus*. Essendo la *sponsio* accessibile ai soli cittadini romani per effetto della sua struttura sacrale, la quale richiedeva una comunità religiosa tra i contraenti, si impose ben presto l’esigenza di tutelare un rapporto analogo che intervenisse tra romani e peregrini; la *sponsio* e la *stipulatio*, in altri termini, si imposero per risolvere problemi analoghi in due diversi ordinamenti:

da qui trae origine quel parallelismo fra le due figure negoziali che pone capo alla loro ricomprensione nella sistematica dell'obbligazione contrattuale nascente *verbis*. Ma al di là di queste affermazioni generiche è possibile, però, enunciare una ipotesi sulla genesi della *stipulatio*: come la *sponsio* dello *ius civile* trovava la sua primitiva tutela nella religione, ossia ad opera delle norme dello *ius sacrum*, così è pensabile che nell'ambito dello *ius gentium* la *stipulatio* trovi la sua primitiva sanzione nella *fides*, la quale a sua volta si rispecchia nell'idea del semplice affidamento di cui le fonti parlano a proposito del commento della rubrica edittale "*de rebus creditis*", e che costituisce appunto il contenuto del "*credere*".

Sarà Ulpiano (in D. 12.1.1.1) a parlare della formazione della rubrica edittale "*de rebus creditis*", che annovera al suo interno il *mutuum*, il *commodatum* e il *pignus*: elemento "aggregante" di siffatte figure contrattuali è il trasferimento di cose generiche o specifiche ad alcuno, sulla cui fedeltà si fa affidamento per ottenerne la restituzione in un tempo successivo: così nel mutuo il mutuante trasferisce al mutuatario la proprietà di una determinata quantità di *res quae pondere, numero, mensura constant*, perché la controparte gli restituisca al tempo stabilito il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*; nel comodato e nel pegno, rispettivamente, il comodante e il debitore trasferiscono al comodatario e al creditore pignoratizio la detenzione e il possesso di una *res quae ipso usu non consumitur*, per ottenerne la restituzione dopo che il comodatario ne abbia fatto l'uso convenuto e il creditore pignoratizio sia stato soddisfatto del credito. È evidente come in tutti questi casi ricorra un concetto di affidamento, una nozione di fiducia nell'altrui comportamento ("*alinenam fidem sequi*"), che sono evidentemente a fondamento del rapporto contrattuale, e che inducono il privato a stringere il rapporto.

Non solo. Se per un attimo si richiama la figura più risalente di *stipulatio*, ovvero la *fidepromissio*, è agevole considerare come tale negozio riveli già dalla stessa terminologia di contenere a suo fondamento la *fides*: tanto è vero che la *stipulatio* – come il mutuo, il comodato e il pegno, ossia quei negozi che ho appena detto essere ricompresi nella rubrica edittale "*de rebus creditis*" – trovò la sua tutela in un'azione, l'*actio ex stipulatu*, la quale, analogamente alla *condictio* posta a tutela del mutuo e alle *actiones in factum* del comodato e del pegno, dava origine a un *iudicium* c.d. "*stricti iuris*". Anche la *fidepromissio*, quindi, si richiama alla semplice *fides*, nel senso che essa rinveniva la sua sanzione nella fedeltà del contegno del promittente; più specificamente, prima della sua recezione nell'ordinamento dello *ius civile*, la *fidepromissio*, nell'ambito della prassi dello *ius gentium*, aveva nella *fides* l'elemento sanzionatorio: l'impegno dello stipulante si accompagnava ad una idea di affidamento, emergendo evidente la simmetria con la *sponsio* dello *ius civile*: la *sponsio* si fondava sulla *religio*, presupponendo la comunità religiosa tra i contraenti; la *fidepromissio* si fondava sulla *fides* quale legame umano prossimo alla *religio*, idoneo a vincolare soggetti di diverse credenze religiose. Naturalmente, dopo l'intervento del diritto e la tutela della *fidepromissio* ad opera del processo, l'elemento della *fides* venne svalutato, allo stesso modo che, dopo la sanzione da parte dello *ius civile*, si svalutò l'elemento religioso della *sponsio*,

elemento che precedentemente era stato il fulcro e la sanzione del negozio.

Diversa è l'origine della nozione di *bona fides*.

È già nel III sec. a.C. che Roma diventa il “fulcro” del commercio richiedendosi, con una frequenza sempre maggiore, l'autonoma configurazione di una *iurisdictio* tra romani e stranieri, e tra stranieri tra di loro; lo conferma la creazione, nell'anno 242, di un secondo *praetor* che presuppone appunto l'intensificarsi delle controversie di siffatta natura: controversie le quali si moltiplicarono al punto tale che questo secondo magistrato giudicante finì con l'occuparsi “esclusivamente” di esse, giustificandosi in tal modo la successiva denominazione di *praetor peregrinus*. Ovviamente, si comprende bene come le negoziazioni tra privati indotte dai traffici commerciali imponessero notevoli problemi, relativi tanto alla qualificazione giuridica delle stesse – a fronte, peraltro, della varietà delle culture e delle genti coinvolte – quanto al loro assetto strutturale.

Un quadro, questo, che secoli dopo sarà presentato in una prospettiva unitaria dal giurista Ulpiano il quale, in termini retrospettivi, qualificherà le forme di giuridizzazione di un tale ampio spettro di negozi che davano vita al traffico commerciale, evidenziando uno schema unitario contraddistinto dalla qualifica “*conventiones iuris gentium*”: questa, come è noto, si sovrappone alla identificazione tipica dei singoli schemi negoziali – *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* e *mandatum* – attraverso una lettura unificante tesa a dare particolare rilievo alla *conventio*, alla quale venne connessa una vincolatività per le parti in termini di *oportere ex fide bona*.

Il dato significativo che emerge è la individuazione di un elemento comune, tra quei *negotia* produttivi di *obligatio*: sia la *venditio*, sia la *locatio*, sia la *societas*, sia il *mandatum* possono “*consensu nudo contrahii*”. La qualifica “*nudus*” che affianca il termine *consensus*, potrebbe sembrare eccessiva e dunque ridondante; in realtà, essa ha un significato ben preciso, essendo funzionale ad evidenziare la presenza di un elemento di novità che è appunto la mancanza di una forma del consenso tra le parti.

Questo allora fa agevolmente intendere che ci troviamo di fronte ad una prospettiva di certo diversa da quella ulpiana delle *conventiones iuris gentium*, in quanto espressione di un primo sforzo di lettura delle strutture negoziali prese in esame, cogliendosene appunto il minimo comune giuridico – diversamente dai contratti reali, verbali e letterali – nel consenso del tutto privo di forma.

Ed è un momento, questo, di grande significato per la storia del *contractus*, che permette pure di cogliere appieno la portata della scelta di dare veste e ruolo giuridici a tali nuove contrattazioni tra romani e stranieri nella *iurisdictio peregrina*, ritenendo sufficiente per la loro tutela in tale ambito il *nudus consensus*, requisito necessario e sufficiente per la nascita del rapporto obbligatorio. In altre parole, è quello consensualistico il principio che viene ritenuto dalla giurisprudenza romana del II sec. a.C. meglio rispondente alle esigenze economico-sociali che quegli schemi contrattuali servivano a soddisfare, tra persone di diversa etnia, di diversa cittadinanza, di diverse lingua e cultura.

Sennonché, in relazione ai *negotia* che nei III-II secc. a.C. si concludevano frequentemente nella prassi commerciale, la tipicità causale – che aveva orientato i *iurisconsulti* a valorizzare la *datio* nella ponderazione della *causae* produttive di un *certum oportere* sul piano della *condictio* – si orientò a dare rilevanza giuridica al nudo consenso idoneo ad espandere ai rapporti con i *peregrini* l'*oportere* civilistico in quanto *ex fide bona*. Ora, il ricorso a questo concetto di *bona fides* doveva servire a valorizzare l'accordo idoneo a costruire una struttura corrispettiva omologa (due *oportere ex fide bona* contrapposti); struttura che Labeone in età augustea qualificherà, unitariamente, in termini di “*ultra citroque obligatio, id est quod Graeci 'synallagma' vocant*”. Una volta che le parti avevano raggiunto il punto di equilibrio di tale struttura complessa sugli elementi essenziali, e al di là della formalizzazione di tale accordo in base ai diversi usi commerciali, la tutela nella *iurisdictio peregrina* si accordava in base al minimo comune giuridico del consenso privo di alcuna forma; così come il contenuto della obbligazione reciproca voluta dalle stesse parti restava aperto in chiave di *incertum* (“*quidquid dare facere*”), indipendentemente da quanto esse avessero fissato espressamente nell'accordo, fondandolo su un principio di lealtà e correttezza, la *bona fides* appunto.

Coerentemente alla *ratio* sottesa allo *ius gentium*, i giuristi romani diedero copertura tecnica ad un diritto che veniva da loro percepito in chiave consuetudinaria, come emerso nei rapporti tra romani e stranieri: il fatto che l'unico pretore, prima del 242 a.C., cominci ad esercitare la propria *iurisdictio inter cives et peregrinos* concedendo azioni non fittizie anche nei confronti degli stranieri, non deve far perdere la esatta percezione della natura di siffatto sistema produttivo di *ius*. Da questo punto di vista, è altamente significativo che la selezione operata dalla *iurisprudencia* guida le scelte del pretore, il quale includerà nel suo editto azioni tipiche a tutela di tali *negotia*, sentendo questi schemi giuridici come “diritto” già esistente e quindi proponendo azioni con *formulae in ius conceptae*.

Ciò che, a mio avviso, va valorizzato della ingegnosa e sorprendente esperienza giuridica romana è il ruolo riconosciuto dai *prudentes* al principio del consensualismo; un principio che, ancorché calato nel concreto della tipicità causale, si dimostra particolarmente adatto a gestire le contrattazioni commerciali tra persone che avevano diversa cittadinanza, che parlavano lingue diverse, e che non condividevano necessariamente gli stessi costumi commerciali.

Guardando alla odierna realtà – e qui concludo scusandomi per il prezioso tempo che inevitabilmente ho sottratto ai Relatori – a me pare, alla luce di quanto lasciatoci dall'esperienza giuridica romana, che il giurista moderno debba maturare una forza di analisi profonda della società in costante trasformazione, senza lasciarsi “intrappolare” dalle forme che tale contrattazione può assumere, bensì provando ad individuare in essa quali sono i necessari capisaldi, qual è il minimo giuridico che permetta un campo di regole idoneo ad evitare che tale ambito di contrattazioni sia la imposizione di un diritto di una parte sull'altra. Un diritto che resti, cioè, nei suoi principi ordinatori – come quello consensualistico e quel-



lo della tipicità causale – arbitro disinteressato degli interessi economici e dei fabbisogni soddisfatti attraverso il commercio internazionale.

È accanto a questi principi che, a mio avviso, va ribadita l'importanza del principio di buona fede come principio inderogabile del contratto, e l'obbligazione come struttura di eguaglianza.

GIOVANNI DI ROSA

DISCIPLINA DELL'OBBLIGAZIONE  
E DEL CONTRATTO E RUOLO  
DELLA CORRETTEZZA E DELLA BUONA FEDE

Il rapporto obbligatorio traduce una relazione che ha, quali termini di riferimento identificativi, da un lato, determinati soggetti o, come da taluni si ritiene, puntuali e specifiche situazioni giuridiche soggettive, e, dall'altro, un certo oggetto, che traduce la concreta prestazione ivi dedotta. Esso *“si pone dunque in funzione dell'esigenza del soddisfacimento dell'interesse di un soggetto – che assume, appunto, la posizione di creditore – interesse, che non potrebbe in astratto essere realizzato autonomamente, ma ha allo scopo bisogno della collaborazione di un altro soggetto, di colui che, cioè, assume la posizione di debitore”*<sup>1</sup>.

Proprio alla fase di attuazione del rapporto obbligatorio, che è per l'appunto finalizzata ad assicurare la realizzazione dell'interesse del creditore, è dedicata buona parte delle disposizioni contenute nel Titolo I del Libro IV del codice civile (artt. 1173-1320 c.c.). Ovviamente, atteso che è il debitore a essere tenuto (per l'appunto obbligato) a un certo comportamento nei confronti del creditore, particolare attenzione è dedicata, dal punto vista normativo, alla posizione del primo e, più specificamente, al comportamento di questi. Al riguardo infatti il rapporto obbligatorio sorge in previsione, per così dire, del proprio (successivo) venire meno, attraverso cioè l'ordinario percorso di estinzione dell'obbligazione in ragione del corrispondente adempimento, deputato a realizzare, per un verso, il risultato atteso dal creditore, titolare di una posizione di vantaggio, e assicurare, per altro verso, al debitore, il quale ha fatto quel che doveva, la liberazione dalla sua posizione di svantaggio.

In questo quadro, peraltro, non mancano previsioni normative i cui destinatari sono entrambe le parti del rapporto obbligatorio, ossia tanto il debitore quanto il creditore. Il riferimento è, in particolare, a due disposizioni. L'una, contenuta tra le disposizioni preliminari del Capo I del Titolo I del Libro IV, a norma della quale *“Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”* (art. 1175 c.c.); l'altra, contenuta tra le disposizioni generali relative agli

---

<sup>1</sup> L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 3.

effetti del contratto di cui al Capo V del Titolo II del Libro IV, a norma della quale “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*” (art. 1375 c.c.). Entrambe le previsioni si riferiscono indubbiamente al tratto attuativo della relazione obbligatoria (in termini generali, quanto all’obbligazione, la prima; in termini specifici, quanto al contratto, la seconda), ma il rapporto tra l’una e l’altra ha formato oggetto, nel tempo, di un vivace dibattito, rispetto altresì alle corrispondenti applicazioni giudiziali.

In merito, infatti, nel contesto di una esposizione riassuntiva ma assai puntuale, con opportuno richiamo agli autorevoli contributi sul punto, si è rilevato come appaia conclusione non contestabile che gli artt. 1175 e 1375 c.c. esprimano la medesima regola<sup>2</sup>. Si tratterebbe, più precisamente, di una regola (unitaria) che caratterizza l’attuazione della relazione obbligatoria, imposta dall’ordinamento a entrambe le parti, indipendentemente dalla posizione di ciascuna (se, cioè, debitore oppure creditore).

Ora, quantunque effettivamente il riferimento ai due termini, correttezza e buona fede, risulti generalmente accomunato dalla ritenuta medesima funzione sopra indicata, in una prospettiva di unificazione delle due formule, non si è mancato di mettere in luce che la relativa distinzione può, però, “*acquisire un senso preciso, e può essere d’aiuto per la razionalità del discorso giuridico, se si coltiva l’ipotesi che ‘buona fede’ e ‘correttezza’ rispettivamente designino, l’una, un criterio di sviluppo-specificazione del sistema di regole proprie dell’ordinamento pattizio e, l’altra, un criterio di sviluppo-specificazione (integrazione-adattamento) del sistema di regole proprie dell’ordinamento legale*”<sup>3</sup>. In tal senso, allora, si precisa ulteriormente che, quando è “*in gioco una questione attinente allo sviluppo del sistema di regole proprie dell’ordinamento pattizio*”, essa è di competenza dell’art. 1375 c.c.; mentre, quando è “*in gioco una questione attinente all’integrazione-adattamento*

---

<sup>2</sup> Così F. BENATTI, *Commento agli artt. 1173-1175*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Cendon, IV, 1, *Articoli 1173-1654*, Torino, 1991, *sub art.* 1175, p. 5. Da ultimo, in tal senso, F. MACARIO, *Introduzione al diritto privato. Parte generale. Soggetti, obbligazioni, contratto*, Bologna, 2021, p. 226 ss., rappresentando che, “*già in termini semantici generali, l’idea di comportamento corretto coincide con quella di condotta ‘secondo buona fede’ – quest’ultima formula ricorre in altre disposizioni: ad esempio, art. 1375, solitamente affiancato all’art. 1175, proprio per l’affinità espressiva – e dunque la correttezza, nel discorso giuridico, è sinonimo di buona fede*” (p. 226); A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, p. 43 ss., rilevando in particolare rispetto all’art. 1175 c.c. che se “*In passato, e tenuto conto della peculiare genesi normativa della disposizione in parola (la quale faceva originariamente espresso riferimento alla dimensione dell’ordinamento corporativo fascista), era forse possibile dubitare della sovrapposizione sostanziale tra buona fede e correttezza, (...) ad oggi, non sussiste più alcuna circostanza di fatto o di diritto idonea a smentire una simile conclusione*”.

<sup>3</sup> A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, IV, 1, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2003, p. 28 s., il quale richiama altresì un aspetto della storia dell’art. 1175 c.c., legato alla provenienza della formula oggi tradotta nella disposizione in esame (*ivi*, nt. 50), non ravvisando in ciò una mera curiosità “*Se si abbandona il pregiudizio che sia irrilevante l’analisi di tipo testuale, se cioè non si esclude a priori l’ipotesi di una valorizzazione del (diverso) tenore letterale degli enunciati degli artt. 1175 e 1375*” (*ivi*).

del sistema di regole proprie dell'ordinamento legale, (essa è) cioè di competenza dell'art. 1175”<sup>4</sup>. Ancóra, “La ragione d'essere (e la portata) della distinzione tra il criterio della correttezza (art. 1175) e il criterio della buona fede (art. 1375) può essere ribadita (e precisata) osservando che l'art. 1175 sancisce – e a differenza dell'art. 1375 – un vincolo esterno in ordine alla gestione delle posizioni attive e passive del rapporto, cioè un criterio di disciplina in forza del quale si può essere tenuti anche a condotte inesigibili in base alle specifiche logiche vuoi del regolamento patizio vuoi delle normative legali ‘se ciò (nei limiti in cui ciò) non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio’ (e v., per certi aspetti, la Rel. al re, n. 558)”<sup>5</sup>.

Pur muovendo dal condiviso rilievo secondo il quale la buona fede non introduce istanze etiche o solidaristiche, ma piuttosto si iscrive nella logica del principio *pacta sunt servanda*<sup>6</sup>, si è poi assegnato alla stessa di risolvere un tipo di problema che “non è propriamente di natura correttiva, ma di natura per così dire disapplicativa e suppletiva, nel senso che la buona fede non è affatto deputata ad un giudizio originario sulla regola negoziale (che anzi si suppone assolutamente legittima) né, perciò, incide in alcun modo sulla sua validità, ma è chiamata ad un giudizio sul comportamento esecutivo da tale regola eventualmente difforme, che può esistere nella sua disapplicazione e nella conseguente applicazione di una regola sostitutiva formulata dal giudice”<sup>7</sup>. Pertanto, “Alla buona fede è (...) assegnato di disapplicare e sostituire i parametri negoziali di valutazione dell'adempimento, ove la loro successiva osservanza, in rapporto alle circostanze specifiche della fase esecutiva, contraddica l'efficacia impegnativa conferita dall'ordinamento al contratto (c.d. effetto fondamentale) o frustri il piano economico cui sono rivolte le sue situazioni effettuali (cc.dd. effetti finali)”<sup>8</sup>. Ancóra, “il presupposto di operatività della buona fede in executivis non è affatto – come tradizionalmente si ripete – l'esistenza di una lacuna, ma, tutt'al contrario, l'insorgenza di una disputa sull'applicabilità puntuale di una regola esecutiva; (...) la funzione che la buona fede in executivis è chiamata a svolgere dall'art. 1375 non è – come pure tradizionalmente si ripete – di

<sup>4</sup> Si è provato a riassumere il pensiero di A. BELFIORE, *La presupposizione*, cit., p. 29, nt. 50, riportando testualmente, nel virgolettato, anche alcuni passaggi della relativa esposizione.

<sup>5</sup> A. BELFIORE, *La presupposizione*, cit., p. 30, nt. 50 (p. 29); in una prospettiva (che sembra) differente, in precedenza, L. MENGONI, *Le obbligazioni*, ora in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 367 s., il quale richiama, rispetto alla teoria della inesigibilità della prestazione (di cui l'art. 1175 c.c. offre una base positiva), la tavola dei valori costituzionalmente protetti.

<sup>6</sup> Per come riportato da M. BARCELLONA, *Commento agli artt. 1374-1375*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Cendon, IV, 1, *Articoli 1173-1654*, Torino, 1991, sub artt. 1374-1375, p. 626 e A. BELFIORE, *La presupposizione*, cit., p. 28 e, *ivi*, nt. 48, richiamando il risalente insegnamento di autorevole dottrina; *adde*, diffusamente, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 173 ss.

<sup>7</sup> M. BARCELLONA, *Commento agli artt. 1374-1375*, cit., p. 625.

<sup>8</sup> M. BARCELLONA, *Commento agli artt. 1374-1375*, cit., p. 625.

*natura integrativa o completiva, ma ha, invece, carattere eminentemente adattivo*"<sup>9</sup>. Quanto, invece, alla correttezza, la stessa dottrina propende per ritenere che essa, al pari sostanzialmente della buona fede prevista nell'art. 1375 c.c., "*è chiamata, innanzitutto, a disapplicare pretese, tanto positive che negative, discendenti stricto jure dal contratto*"<sup>10</sup>.

Ora, non può essere certamente questa la sede per affrontare adeguatamente ordini di problemi della portata di quelli ora meramente accennati. Alla stessa maniera, però, la rappresentazione fornita, evidenziando le differenti prospettive, può essere di una qualche utilità nell'approccio alle questioni relative all'attuazione del rapporto obbligatorio all'interno, in particolare, della relazione di garanzia personale del credito, a cui è dedicato, in buona sostanza, il contributo civilistico della cara amica e collega Professoressa Lucia Bozzi nell'odierno confronto interdisciplinare. Ciò, con specifico riferimento sia al tipo di garanzia personale del credito assunto a modello paradigmatico nel sistema del codice civile, ossia la fideiussione; sia alle nuove forme (cosiddette autonome) di garanzia personale del credito, espressione di quell'autonomia contrattuale, tradotta specificamente nell'art. 1322, comma 2, c.c., in virtù della quale "*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*".

In questo quadro, in fondo, si inscrivono alcuni dei problemi che hanno riguardato (entrambe) le fattispecie richiamate. Può, infatti, farsi riferimento, quanto alla fideiussione, essendo "*fideiussore colui che obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui*" (art. 1936, comma 1, c.c.), alla questione relativa, in ordine all'oggetto della garanzia fideiussoria, alle fideiussioni prestate per obbligazioni future. In merito, il testo originario dell'art. 1938 c.c. (unitamente alle obbligazioni condizionali) le consentiva senza particolari precisazioni, statuendosi che "*La fideiussione può esser prestata anche per un'obbligazione futura o condizionale*". Sul punto si riscontrava la diffusa pratica da parte degli istituti di credito di continuare nella erogazione a beneficio del debitore, anche per il periodo successivo al sorgere del rapporto fideiussorio e al relativo svolgimento, quantunque questi fosse ormai notevolmente esposto e non in grado di rientrare nella propria posizione. Si faceva ovviamente affidamento sul patrimonio del fideiussore, che così veniva successivamente escusso senza avere mai avuto in concreto la possibilità di esercitare alcun controllo sullo svolgimento del rapporto garantito. Ciò, come è di intuitiva evidenza, si prestava a veri e propri abusi a danno del fideiussore, con connesso significati-

---

<sup>9</sup>M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 155.

<sup>10</sup>M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 165, il quale peraltro evidenzia come solo successivamente, e se del caso, spetti alla correttezza colmare le lacune provocate dalla (previa) disapplicazione operata.

vo contenzioso, che peraltro i giudici avevano provato a dirimere richiamando proprio la clausola generale di buona fede per sanzionare il comportamento del creditore garantito (negandogli, dunque, tutela). Il successivo intervento normativo, ad opera della legge 17 febbraio 1992, n. 154, avrebbe poi introdotto una regola (codificata per l'appunto nel nuovo testo dell'art. 1938 c.c.) che sostanzialmente ancora la garanzia per l'assunta obbligazione, al momento non esistente in quanto futura, alla previsione dell'importo massimo garantito. Il nuovo (e attuale) testo dell'art. 1938 c.c. prevede che “*La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito*”.

Quanto, invece, al contratto autonomo di garanzia, la cui causa, secondo la giurisprudenza nomofilattica, consiste non tanto nel garantire il puntuale adempimento dell'obbligazione principale, quanto piuttosto nella copertura del rischio connesso all'oggettivo inadempimento del rapporto sottostante<sup>11</sup>, attraverso un meccanismo contrattuale nel quale trovano espressione e fusione, oltre a elementi propri della fideiussione, anche elementi del deposito cauzionale e dell'assicurazione, può richiamarsi (anche qui) il tema (classico) del comportamento del garante rispetto alla indebita escussione da parte del creditore. In particolare, a fronte della affermata indipendenza della garanzia prestata, ciò che differenzerebbe in termini generali le garanzie autonome dalla fideiussione, con la correlativa improponibilità da parte del garante di eccezioni che attengono al rapporto garantito, si è però ritenuto possibile proporre quelle eccezioni tendenti a evitare escussioni indebite (ad esempio nel caso di già intervenuto adempimento da parte del debitore). Ciò, in termini di vero e proprio obbligo *in executivis*, ritenuto gravare in capo al garante, a protezione dell'ordinante, in ordine alla proponibilità dell'*exceptio doli generalis* contro la richiesta fraudolenta o abusiva del creditore. Propriamente tale *exceptio* viene ricondotta alla clausola generale di correttezza e buona fede, nella prospettiva unificante già in precedenza evidenziata<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> In tal senso Cass., Sez. Un., 3 giugno 2013, n. 13900, in *Corr. giur.*, 2014, p. 184, con nota di G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia, prestazione caratteristica e giurisdizione applicabile al vaglio delle Sezioni Unite: alcune considerazioni critiche*.

<sup>12</sup> Per indicazioni al riguardo, per tutti, G.B. PORTALE, *Fideiussione e “Garantievertrag” nella prassi bancaria*, in AA.VV., *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, II, Milano, 1978, p. 1072 ss.

CONCETTA MARINO

## IL RUOLO DEL CREDITORE NELLA FASE ATTUATIVA DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

Il seminario odierno vede coinvolte tutte le discipline presenti nel progetto di ricerca su “Tutela del credito, sistema delle garanzie reali e cautele debitorie”, diretto da Giovanni Di Rosa.

Gli aspetti processualcivilistici saranno trattati dal collega Salvatore Boccagna, del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università Federico II di Napoli, che si occuperà dei profili processuali relativi alla tutela del rapporto obbligatorio, affrontando il tema particolarmente controverso della frazionabilità del singolo diritto di credito in più domande giudiziali.

Prima di passargli la parola vorrei ritornare su alcuni dei concetti richiamati da Giovanni Di Rosa nella sua introduzione, per evidenziare come i canoni della correttezza e della buona fede, che caratterizzano il rapporto obbligatorio nelle sue diverse fasi: delle trattative, della formazione, della interpretazione e dell’attuazione, assumono connotazioni diverse proprio nella fase attuativa. In questo momento del rapporto obbligatorio non si può negare infatti che, sebbene le parti siano chiamate ad una condotta vicendevolmente improntata alla correttezza, “osservato speciale” è l’obbligato, chiamato a tenere un comportamento idoneo a soddisfare le ragioni del creditore, dando esecuzione alla prestazione a questi dovuta al contempo liberandosi dal vincolo debitorio.

Ciò è quanto si evince dalle disposizioni del Titolo I del Libro IV del codice civile, come ricordava Giovanni Di Rosa, in cui la posizione del creditore e la sua tutela sono considerate con particolare riguardo, essendo destinato il rapporto obbligatorio a venir meno per effetto dell’adempimento spontaneo del debitore, in mancanza del quale il rapporto di reciproca collaborazione tra le parti entra in crisi, così come il meccanismo di tutela del diritto del creditore, al quale non resta che chiederne la tutela giurisdizionale, a dimostrazione dell’osmosi che caratterizza il rapporto tra diritto privato e processo civile.

Dunque è nel momento in cui l’attuazione del rapporto obbligatorio non abbia luogo spontaneamente che l’autorità giudiziale entra in gioco, per statuire su diritti e obblighi delle parti e per determinare i comportamenti che queste possono e debbono tenere vicendevolmente per ristabilire l’equilibrio alterato a causa della mancata collaborazione dell’obbligato.

È questo lo scopo della tutela cognitiva di condanna, sanzionare colui che non adempie ad un'obbligazione, sia contrattuale, che extracontrattuale o derivante da altra causa, per ricucire lo strappo causato dalla sua condotta. La tutela di condanna assolve alla funzione strumentale di garantire al titolare del diritto "*per quanto possibile tutto quello e proprio quello*" che ha diritto di conseguire in base alla legge sostanziale. L'intervento dell'ordinamento giuridico avviene in via sostitutiva e sussidiaria, mediante l'attività cognitiva del giudice, al quale spetta anzitutto accertare l'esistenza del credito, dunque la sua lesione, per pronunciare un provvedimento di condanna volto a garantire il pieno soddisfacimento del diritto leso, anche contro la volontà del soggetto passivo, per rimuovere gli effetti prodotti dalla situazione antiggiuridica accertata.

Se poi, nonostante la condanna, la parte soccombente rimanesse inerte, non costituendo il provvedimento di condanna strumento sufficiente a garantire l'adempimento dell'obbligato, si potrà iniziare contro di lui il processo esecutivo operando sul suo patrimonio, in virtù della responsabilità patrimoniale che garantisce la tutela dei creditori e costringe il debitore a subire un'invasione della propria sfera patrimoniale per consentire al creditore di conseguire, tramite gli organi esecutivi, il bene della vita che gli spetta. Emblematiche al riguardo le parole utilizzate nella relazione al codice di rito (cap. 31) dove leggiamo che "*tutto il procedimento esecutivo è ispirato a rafforzare la tutela del creditore contro la malafede del debitore inadempiente*".

Se la domanda giudiziale di condanna serve al titolare del diritto di credito per ovviare alla lesione del suo diritto, questi ha comunque il dovere di agevolare l'adempimento del debitore, astenendosi da condotte che possano aggravare la posizione del soggetto passivo anche nella fase patologica del rapporto.

Pertanto, se è principalmente al debitore che si presta attenzione nella fase attuativa del rapporto obbligatorio, non può trascurarsi di considerare il ruolo del creditore, che deve cooperare con l'obbligato per rendere possibile il comportamento solutorio (art. 1206 c.c.), evitando di tenere condotte che, senza procurargli alcun beneficio particolare, si traducano in un sacrificio in capo alla controparte. Ciò a conferma di come anche la fase di esecuzione del rapporto obbligatorio sia presieduta dal criterio della buona fede e della correttezza, da intendersi alla luce dei doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost., la cui rilevanza impone alle parti di tenere una condotta idonea a preservare l'interesse dell'altra parte, in quell'equilibrio tra i due diversi interessi che il rispetto di quel criterio garantisce per tutto il corso del rapporto obbligatorio, sia nella fase fisiologica che patologica.

Ricordiamo che lo stesso codice di rito all'art. 88 sancisce il dovere di lealtà e probità per le parti e i loro difensori, sanzionando i comportamenti dilatori e la malafede processuale. Si tratta di un dovere che molti autori oggi riconducono alla più ampia categoria dell'abuso del processo. Abuso che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di ravvisare anche nella condotta del creditore che scelga di frazionare il rapporto obbligatorio unitario in più domande giudiziali di adem-



pimento, tanto da giungere a ritenere inammissibile la domanda giudiziale con cui il creditore pretenda di chiedere la porzione residua del diritto fatto valere parzialmente in precedenza.

Il principio di correttezza e buona fede, invocato dalla giurisprudenza per stigmatizzare la condotta del creditore che abbia agito in giudizio parcellizzando il rapporto obbligatorio unitario, non può condurci però a ritenere tale condotta aprioristicamente come illegittima e abusiva, non potendosi trascurare di considerare la possibile meritevolezza dell'interesse del creditore ad agire per vantare in più riprese il suo credito.

Da queste poche battute è facile intuire come quello del frazionamento della tutela processuale del credito sia un tema particolarmente complesso, tanto da aver determinato ripetuti, contrastanti interventi delle sezioni unite della Corte di Cassazione, che nell'arco di pochi anni hanno riconosciuto in un primo tempo come legittimo il frazionamento del singolo diritto di credito in più domande giudiziali, alla duplice condizione che il creditore dimostri di avervi interesse e che si riservi, in ossequio al principio della domanda, di agire in giudizio per la parte residua del credito precedentemente azionato, per poi smentirsi, pochi anni dopo, qualificando la pratica del frazionamento del credito come abuso dello strumento processuale, contrastante sia con i principi di correttezza e buona fede sanciti dagli artt. 1175 e 1375 c.c., che con le garanzie costituzionali del giusto processo e della sua ragionevole durata.

Ricondurre il tema del frazionamento del credito nella prospettiva dell'abuso del processo non è però così scontato. Così come non è scontato ravvisare nella condotta del creditore che agisca in giudizio facendo valere soltanto una porzione del suo credito unitario un comportamento processuale riprovevole alla luce delle norme del codice civile e dei principi generali del processo.

È innegabile che la parcellizzazione della domanda giudiziale si traduce in una moltiplicazione dei processi, che è un fenomeno da evitare, anche perché in tal modo il creditore aggraverebbe la posizione della controparte, relativamente agli oneri processuali e di spesa, specie quando a ciò non corrisponda un suo interesse meritevole di tutela.

Fermo restando che la ripetuta iniziativa di chi agisce in giudizio per una porzione del suo credito, riservandosi di far valere in un successivo giudizio la frazione del proprio diritto non fatta valere in precedenza, finisce per inflazionare, almeno in potenza, il contenzioso civile, sarei più cauta però a ricondurre tale condotta processuale all'abuso del processo.

Che tale proposta interpretativa non sia pienamente soddisfacente, lo dimostra un ulteriore e più recente intervento dei giudici della Suprema Corte nel quale si torna alla tesi della meritevolezza della tutela frazionata del credito, purché il creditore abbia un interesse oggettivo in tal senso e le molteplici pretese siano riconducibili ad un medesimo rapporto o comunque siano fondate sullo stesso fatto costitutivo. Il riferimento è dunque ad un interesse oggettivamente valutabile al frazionamento giudiziale del credito, da verificare caso per caso.