

GIURETA

Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Vol. VII
Anno 2009

Fabrizio Piraino

**“La diversità di contenuto di debito e credito in
seno all'unitario rapporto obbligatorio”**

Data di pubblicazione: 15 aprile 2009.

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Università degli Studi di Palermo

© Fabrizio Piraino 2009
Università di Palermo
f.piraino@unipa.it

ISSN 1724-7322
Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente
Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)
Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506
giureta@unipa.it
www.giureta.unipa.it

LA DIVERSITÀ DI CONTENUTO DI DEBITO E CREDITO IN SENO ALL'UNITARIO RAPPORTO OBBLIGATORIO

*Fabrizio Piraino**

SOMMARIO: 1. La diversità di contenuto di debito e credito – 2. L'incidenza dell'art. 1180 c.c. sulla concezione dell'oggetto dell'obbligazione e i connessi risvolti in punto di disciplina – 3. La struttura dell'adempimento del terzo – 4. La teoria dell'adempimento del terzo come ipotesi di inesattezza *ex latere solventis* della prestazione – 5. L'art. 1180 c.c. ed il dibattito intorno all'oggetto dell'obbligazione – 6. *Segue*: critica della teoria dell'estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo. Il nesso di correlazione e di non identità di debito e credito – 7. La surrogazione del terzo nel diritto del creditore – 8. La teoria della prestazione come elemento necessario della dimensione statica dell'obbligazione, ma non anche della sua dimensione dinamica: critica e prospettiva corretta.

1. – La diversità di contenuto di debito e credito costituisce la caratteristica più significativa dell'obbligazione, ma nella letteratura più recente questo aspetto è trascurato. Al riguardo valga qualche esempio. L'obbligazione – com'è noto – non è fatta segno di una definizione legale e la dottrina non si è mostrata contraria a tale scelta, reputando che la fatica di individuare la nozione di obbligazione sia appannaggio della riflessione scientifica¹. La riflessione teorica ha, dunque, elaborato alcune definizioni per lo più caratterizzate da una certa genericità e in larga misura sbilanciate sul lato passivo del rapporto rappresentato dal debito. I due elementi in ogni caso evidenziati sono, infatti, il debito, con la connessa prestazione, e l'interesse del creditore. E così si legge che «l'obbligazione è quel rapporto giuridico in virtù del quale una persona determinata, chiamata debitore, è tenuta ad un comportamento patrimonialmente valutabile al fine di soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, di un'altra persona determinata, chiamata creditore, la quale ha diritto all'adempimento»². In cosa consista questo interesse del creditore

*Ricercatore di Diritto privato nell'Università di Palermo.

¹M. Giorgianni, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Novissimo Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 591; P. Rescigno, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 137; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1991, 22-23.

² Giorgianni, *Obbligazione*, cit., 591.

e che rapporto intercorra tra l'interesse e il diritto di credito non viene chiarito. Addirittura l'obbligazione è anche definita come «lo specifico dovere giuridico in forza del quale un soggetto, detto debitore, è tenuto ad una determinata prestazione patrimoniale per soddisfare l'interesse di un altro soggetto, detto creditore»³, il che significa attribuire un ruolo pervasivo al lato passivo dell'obbligazione, sebbene questa affermazione venga poi attenuata dalla successiva secondo cui «oltre a designare la posizione debitoria il termine obbligazione indica il rapporto che intercorre tra debitore e creditore. Questo rapporto prende comunemente il nome di rapporto obbligatorio e si può definire come il rapporto avente ad oggetto una prestazione patrimoniale che un soggetto, detto debitore, è tenuto ad eseguire per soddisfare l'interesse di un altro soggetto, detto creditore. Il rapporto obbligatorio si struttura in due posizioni correlative. Alla posizione passiva, il debito, corrisponde infatti una posizione attiva, il credito»⁴. La riconosciuta correlazione di debito e credito viene però concepita come identità a segno invertito: il contenuto del debito coincide con quello del credito ma l'uno è congegnato nella forma dell'obbligo e l'altro invece in quella della pretesa sicché il primo è il verso e il secondo il recto della medesima moneta, definita obbligazione⁵. L'opinione in esame concepisce, infatti, il diritto di credito come la pretesa della prestazione del debitore da parte del creditore e, quindi, esclude che quest'ultimo goda di un potere sul bene cui il rapporto obbligatorio mira poiché «il diritto primario del creditore è il diritto all'esecuzione della prestazione, cioè la *pretesa* all'adempimento. Il diritto del creditore, infatti, esiste in correlazione al debito: in tanto può riconoscersi al creditore un diritto in quanto il debitore è tenuto nei suoi confronti ad eseguire una data prestazione. Ed ancora: ciò che è dovuto dal debitore determina ciò che spetta al creditore»⁶. In quest'ottica, gli unici poteri che competono al creditore sono i «rimedi contro l'inadempimento. Essi non consistono quindi il diritto primario del creditore ma strumenti che sopperiscono alla violazione di tale diritto. Il creditore esercita questi poteri in quanto il suo diritto non è stato realizzato»⁷.

³ C.M. Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, 1

⁴ Bianca, op. cit., 2-3.

⁵ Bianca, op. cit., 38-40.

⁶ Bianca, op. cit., 39 ma nello stesso senso v. già M. Giorgianni, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, 217 e S. Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milano, 1938, 143.

⁷ Bianca, op. cit., 38-39.

Di punto morto su cui si arena la teoria classica dell'oggetto dell'obbligazione ha parlato Luigi Mengoni, evidenziandone così i limiti: «dal concetto di obbligazione come rapporto giuridico, ossia rapporto o legame fra due posizioni giuridiche tipicamente simmetriche o reciproche, si suole trarre la conseguenza che basti studiare un lato del rapporto, e precisamente il lato passivo, dopo di che non rimarrebbe altro da fare se non ripetere dal lato attivo, in termini invertiti, tutto ciò che si è predicato dal primo lato. Pertanto, siccome la sostanza dell'obbligo del debitore consiste in un determinato comportamento, si conclude corrispondentemente che l'essenza della posizione giuridica del creditore si esprime in un diritto a tale comportamento. Tuttavia lo spostamento dell'indagine al punto di vista del diritto del creditore, cioè del titolare dell'interesse protetto, fa sentire immediatamente il bisogno di una precisazione [...]. Il comportamento del debitore non è idoneo, per sé stesso, ad appagare l'interesse del creditore, ma soltanto attraverso il risultato cui mette capo: la produzione di questo risultato è ciò che interessa il creditore. Di qui a riconoscere che il contenuto dell'obbligo non ha ragione di scopo bensì di mezzo per scopo, non dovrebbero esserci difficoltà»⁸.

La ricostruzione dell'oggetto del diritto di credito e del contenuto dell'intero rapporto obbligatorio come relazione tra due figure soggettive perfettamente speculari si pone in aperto contrasto con la teoria della diversità di contenuto di debito e credito, che invece si presenta ben più rigorosa da punto di vista argomentativo e maggiormente razionale e coerente sul piano delle sue ricadute di carattere sistematico. E ciò vale con riferimento al diritto positivo italiano, ma la raffigurazione dell'obbligazione proposta dalla teoria della diversità di contenuto di debito e credito si lascia preferire anche in un contesto di teoria generale e, dunque, nell'ottica della concettualizzazione che prescinde da questo o da quell'ordinamento di riferimento. La preferenza va giustificata alla luce della maggiore solidità logica e della più forte credibilità.

L'elaborazione più compiuta della teoria della diversità di contenuto di debito e credito si deve a Rosario Nicolò, il quale muove dalla premessa che il diritto di credito è un potere su di un bene⁹ – e quindi sotto questo profilo non vi sarebbe diversità dai diritti reali – ed osserva che «il problema si riduce nel vedere se il *bene* in relazione al quale è predisposta la tutela giuridica e che costituisce l'oggetto del potere del titolare, sia l'attività dovuta dall'obbligato oppure ciò a cui è diretta tale attività, ossia ciò che

⁸ L. Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 168.

⁹ R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 72 s.

la legge prevede come risultato di tale comportamento. A mio avviso il problema va risolto nel secondo senso. Se si tiene presente infatti la struttura del rapporto giuridico, che [...] resta sempre il concetto centrale della sistematica giuridica, si dovrà necessariamente negare che oggetto del diritto sia il comportamento del soggetto passivo, comportamento che, in quanto attività volontaria, è un atteggiamento della personalità dell'obbligato e un'espressione della sua libertà. Il rapporto giuridico è infatti, sotto il profilo strutturale, la sintesi di due posizioni essenzialmente correlative, nel senso che la posizione attiva (diritto) non si concepisce senza l'esistenza di una correlativa posizione passiva (obbligo). Sia il diritto, il cui contenuto è dato da un *potere*, sia l'obbligo, il cui contenuto è dato da un comportamento del soggetto passivo, sono elementi costitutivi del rapporto giuridico, alla cui formazione essi concorrono sullo stesso piano. Nell'economia del rapporto giuridico entrambi tali elementi devono conservare la loro autonomia, per cui si deve pensare non che l'uno possa essere oggetto dell'altro, ma che entrambi facciano riferimento ad un elemento obbiettivo che sta in un certo senso fuori di essi¹⁰. La predicata diversità di contenuto di debito e credito presuppone,

¹⁰ Nicolò, op. cit., 80-81, il quale ritiene che «volendo considerare oggetto del diritto il comportamento dovuto dall'obbligato, si vengono ad assorbire arbitrariamente in una sola entità (diritto) due elementi che stanno sul medesimo piano, in una posizione di interdipendenza, ma provvisti di una propria individualità, si viene cioè ad eliminare il concetto di rapporto giuridico perché l'obbligazione diventa quasi un elemento intrinseco e costitutivo del diritto. Se infatti l'obbligo è *necessitas* di un dato comportamento e se questo comportamento che rappresenta tutto il contenuto dell'obbligo si pone come oggetto del diritto, ossia come il bene garantito al titolare, e quindi come elemento costitutivo (momento obbiettivo) del diritto, l'obbligo del soggetto passivo si riduce alla *necessitas* di porre in essere l'elemento obbiettivo del diritto. In altre parole il soggetto passivo sarebbe tenuto non tanto ad attuare l'obbligo, quanto a realizzare obbiettivamente il diritto; il suo comportamento non sarebbe più *un mezzo* per la realizzazione del diritto, ma ontologicamente, la stessa realizzazione. La *necessitas*, che è elemento formale dell'obbligo, diventerebbe allora pura e semplice *qualità* del diritto, una condizione di sicurezza del suo oggetto, ed allora potrebbe essere logico concludere addirittura che il diritto ha per oggetto l'obbligo». Nicolò si pone anche il problema della irriducibilità di una forma espressiva della volontà e dell'individualità del soggetto qual è il comportamento dovuto ad oggetto di un diritto: «non si può infatti considerare il comportamento del soggetto passivo come qualcosa che abbia esistenza concreta e indipendente dalla sua volontà, per modo che il comportamento possa qualificarsi come oggetto del diritto e la volontà come mezzo per la sua attuazione». Ne discende che il comportamento dovuto può soltanto rappresentare il mezzo per la realizzazione del diritto di credito, il cui oggetto va quindi identificato in un'entità diversa.

dunque, la centralità del concetto di rapporto giuridico¹¹, ossia della relazione tra situazioni giuridiche¹², e, più in particolare, la rappresentazione dell'obbligazione come rapporto¹³ al cui interno il debito costituisce il mezzo per il conseguimento di un risultato da individuare nel bene o nell'utilità attesi dal creditore, che invece rappresentano l'oggetto del diritto di credito, il quale, pertanto, si connota come diritto a struttura necessariamente relazionale. Va dunque ribadito che «la perfetta reciprocità del contenuto del diritto e di quello dell'obbligo non è in fondo che un pregiudizio. Il contenuto del diritto è infatti il *conseguimento* del bene dovuto, il contenuto dell'obbligo è il dovere di prestazione o meglio il comportamento dovuto, e le due entità non si corrispondono completamente. [...] Se il rapporto obbligatorio si considera nella sua esistenza concreta, è facile constatare che esso risulta dalla combinazione di due correlative e reciproche posizioni giuridiche esistenti in capo a due soggetti, delle quali si può dire che, da un punto di vista descrittivo, che l'una sia prevalente e l'altra subordinata. Il carattere fondamentale per cui la nozione di rapporto obbligatorio si adegua a quella più generale di rapporto giuridico, sta appunto nella *correlazione* esistente fra la posizione del creditore e quella del debitore. Tale correlazione deve però intendersi solo nel senso che l'esistenza dell'una è condizione necessaria dell'esistenza dell'altra, in guisa che, ove una si estingua, venga meno necessariamente anche l'altra, ma non già nel senso che il contenuto della posizione attiva sia rigorosamente reciproco al contenuto della posizione passiva»¹⁴.

¹¹ Sul punto cfr., di recente, G. Di Giandomenico, *La lesione del rapporto giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 625 s., in part. 630-633.

¹² A volersi limitare al tema che ci occupa, la riflessione di Nicolò non risente di quella accentuazione del ruolo del rapporto giuridico che ha caratterizzato la pandettistica e che ha assunto talora contorni tali da finire per rappresentare l'ordinamento come un sistema di rapporti: sul punto v. G. Lazzaro, *Rapporto giuridico*, in *Novissimo dig. it.*, Torino, 1967, 787; S. Palazzolo, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, 292 s.; L. Bigliazzi Geri-F.D. Busnelli-U. Breccia-U. Natoli, *Diritto civile*. 1*. *Norme soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, 306 s.; Di Giandomenico, *La lesione del rapporto giuridico*, cit., 630 s., il quale segnala che la moderna teorizzazione rintraccia il rapporto giuridico non solo nella relazione tra una situazione soggettiva attiva (diritto di credito, diritto potestativo, interesse legittimo pretensivo, potestà, aspettativa) ed una passiva (debito, dovere, onere, soggezione), ma anche tra situazioni entrambe attive (potestà-interesse legittimo)

¹³ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 82 afferma con convinzione che «La verità è che, partendo dall'idea di rapporto giuridico, queste trasposizioni di un elemento nell'altro non sono concepibili».

¹⁴ Nicolò, op. cit., 106-107 il quale precisa che «l'altro elemento che, insieme a quello riflettente i soggetti e le loro correlative posizioni giuridiche, completa la nozione unitaria del rapporto obbligatorio è l'oggetto, ossia il bene in ordine al quale la norma,

La diversità di contenuto di debito e credito e il loro nesso di correlazione funzionale dovrebbero costituire punti saldi della rappresentazione del rapporto obbligatorio ed essi hanno infatti incontrato il successivo avallo della migliore dottrina, la quale, pur compiendo alcune precisazioni assai importanti e alcune rilevanti correzioni di rotta rispetto all'impostazione or ora descritta¹⁵, conviene sul disegno complessivo e chiarisce inoltre che «la correlatività funzionale dei due termini del rapporto obbligatorio appartiene all'essenza dell'obbligazione: negarla significa corrompere il concetto di rapporto giuridico, in cui (fuor di metafora) si risolve il *vinculum iuris* [...]». Ma il principio della complementarità funzionale delle posizioni giuridiche, congiunte nel rapporto obbligatorio, non implica l'idea di un'identità simmetrica del contenuto dell'obbligo con l'oggetto del diritto, un riprodursi dell'intera materia dell'obbligazione da ciascun lato del

col riconoscimento del rapporto fra due subbietti, regola la loro rispettiva situazione di interessi. Oggetto del rapporto obbligatorio unitariamente considerato, in quanto cioè sintesi delle posizioni giuridiche correlative, non può essere che il bene o più in generale la situazione obbiettiva che deve essere procurata al creditore. È infatti in relazione a tale bene che la norma crea il rapporto obbligatorio come modo di regolamento e di composizione di una divergenza d'interessi esistente fra due subbietti. In tale composizione e in tale regolamento di un conflitto d'interessi, considerati come funzione di tutto il rapporto obbligatorio nel suo atteggiamento statico, si traduce in termini giuridici quella fondamentale idea della cooperazione che da un punto di vista pregiuridico è il principio animatore dei rapporti di obbligazione».

¹⁵ Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 174 s., il quale in particolare critica quella parte del pensiero di Nicolò che giunge in buona sostanza a negare l'esistenza tra obbligo e credito di una relazione funzionale tale che l'estinzione del primo si presenti correlativa alla realizzazione del secondo e ciò in quanto Nicolò reputa che la soddisfazione del credito rappresenti soltanto una conseguenza normale e non anche un estremo essenziale dell'adempimento, al punto da giungere ad affermare che l'adempimento dell'obbligazione si riduce alla sola attuazione dell'obbligo: «l'adempimento del debitore non tende necessariamente a procurare la realizzazione del diritto del creditore ossia l'attuazione del suo dovere ricevere, ma consiste solo nell'attuazione del contenuto dell'obbligo da cui deriverà necessariamente la estinzione di questo e normalmente la realizzazione del diritto» (Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 58). Mengoni segnala l'intima contraddittorietà di questa affermazione e dell'idea che l'oggetto del diritto di credito consista nel bene dovuto: «posto che gli elementi costitutivi dell'adempimento corrispondono alla materia dell'obbligazione, dire che la realizzazione del risultato atteso dal creditore non è essenziale per l'adempimento, val quanto dire che tale risultato non è oggetto della qualificazione giuridica. Ma allora non si vede come il Nicolò possa tuttavia sostenere, dal punto di vista giuridico, che oggetto del diritto di credito non è l'attività del debitore, bensì il risultato cui essa tende, e quindi il momento del dover ricevere, come elemento costitutivo del concetto di obbligazione, è altrettanto essenziale di quello del dover dare».

rapporto, quasi che il diritto di credito non fosse altro che il rovescio dell'obbligo, l'obbligo per così dire capovolto»¹⁶.

2. – La dimostrazione della diversità di contenuto di debito e credito può essere fornita per vie diverse: o analizzando l'obbligazione in chiave generale, magari anche alla luce delle diverse concezioni di diritto soggettivo e di rapporto giuridico via via susseguitesi, o soffermandosi sui profili specifici della disciplina dell'obbligazione dai quali questa diversità emerge in modo più lampante. Qui si è prescelta questa seconda via e il punto più adeguato da cui muovere per lo svolgimento dell'indagine è sembrato l'art. 1180 c.c., che disciplina l'adempimento del terzo.

L'adempimento del terzo rappresenta un tema classico di indagine sotto svariati profili: costituisce una vicenda dello sviluppo del rapporto obbligatorio idonea a soddisfare l'interesse del creditore, in tal modo realizzando il diritto di credito; attua una forma di attribuzione di natura controversa, giacché si discute vivamente se essa abbia la consistenza di atto negoziale o di atto giuridico in senso stretto; si presenta come una figura assai prossima ad altri istituti quali, ad esempio, la delegazione e l'indebito soggettivo «ex latere solventis»; innesca il problema della restituzione al terzo di quanto prestato al creditore in luogo del debitore e, sotto tale aspetto, interseca gli istituti della surrogazione, della *negotiorum gestio* e dell'azione generale di arricchimento¹⁷.

¹⁶ Mengoni, op. cit., 179.

¹⁷ Sul punto cfr. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., passim, in part. 60 s., 195 s.; Id., *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 566; Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 180 s.; Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., 213 s., in part. 230-232; P. Schlesinger, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1286 s.; Id., *L'indebito soggettivo «ex latere solventis» e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, 58 s.; Id., *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, in *Temi*, 1958, 572 s.; A. di Majo, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, sub art. 1180, Bologna-Roma, 1994, 41 s.; C. Castronovo, sub art. 1180, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Cendon, IV, artt. 1173-1654, Torino, 1991, 38 s.; Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 435 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 4, cit., 283 s.; B. Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 8 s.; C. Turco, *L'adempimento del terzo*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, sub art. 1180, Milano, 2002, passim, in part. 87 s.; e di recente E. Moscati, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2007, 28 s., ma già Id., *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 380; M. Bessone-A. D'Angelo, *Adempimento*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 6; nonché A. Ciccarelli, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, in *Ras. dir. civ.*, 2006, 392 s.; A. Albanese,

Questa molteplicità di aspetti si presta, tuttavia, ad una riconduzione ad unità tramite un'operazione di sintesi destinata a svelare l'incidenza dell'adempimento del terzo sul versante dell'oggetto dell'obbligazione. I margini di libertà riconosciuti al terzo per soddisfare l'interesse del creditore in luogo del debitore costituisce, infatti, uno snodo decisivo per la comprensione della struttura del rapporto obbligatorio e, in particolare, della relazione tra il debito ed il credito. Nel lungo ed articolato dibattito italiano sulla struttura del vincolo obbligatorio, l'art. 1180 c.c. ha rappresentato il banco di prova della reale consistenza delle teorie sull'oggetto dell'obbligazione susseguitesesi nel tempo.

Una lettura tradizionale è incline ad affiancare all'adempimento del terzo le norme sull'esecuzione forzata in forma specifica (artt. 2930 ss. c.c.) e l'elemento di aggregazione viene ravvisato nella comune caratteristica di forme di soddisfacimento dell'interesse creditorio che prescindono dal comportamento debitorio¹⁸. Da qui le spinte ad elaborare un'idea di obbligazione del tutto spersonalizzata in quanto strumento giuridico preordinato a garantire al creditore un risultato, quali che siano i mezzi per ottenerlo, nonostante l'evidente aggiramento dell'art. 1174 c.c. che tutto ciò determina, anche grazie alla reinterpretazione del concetto di prestazione volta a valorizzare il profilo del risultato e ad obliterare, tutt'al contrario, il profilo del comportamento¹⁹, sterilizzando così quella componente di poiesi che è connotato imprescindibile della nozione di prestazione. Il dato di partenza in proposito è rappresentato dalle osservazioni generali contenute nella Relazione al codice civile²⁰ in ordine alla rinuncia del legislatore a precisare il concetto di obbligazione a causa della natura prettamente dogmatica della questione, che

Profili dell'adempimento non dovuto nei rapporti trilaterali, in *Contr. impr.*, 2006, 455 s.

¹⁸ Cfr. sul punto Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 45 s. e di recente, seppur per accenno, M. Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, 106 e nt. 106.

¹⁹ La tendenza descritta nel testo è stigmatizzata da A. di Majo, *Obbligazione I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 20-21. Il problema è avvertito anche in Francia, ma da tutt'altra prospettiva: quella della presunta contraddizione tra gli artt. 1137 e 1147 *Code Civil* che ha indotto ad elaborare la distinzione tra *obligations "de moyens"* e *obligations "de résultat"*: cfr., per tutti, H. e L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Sirey, 1947, n. 661. *Contra* P. Wigny, *Responsabilité contractuelle et force majeure*, in *RTDCiv.*, 1935, 19, per il quale ogni obbligazione è di risultato, e A. Plancqueel, *Obligations de moyens, obligations de résultat. Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution*, in *RTDCiv.*, 1972, 334, in part. 336, per il quale, invece, tutte le obbligazioni sono di mezzi.

²⁰ Relazione al codice civile n. 557.

avrebbe viceversa spinto il legislatore in ambiti che esorbitano dal campo normativo suo proprio²¹. Ciò non ha impedito ai compilatori del codice civile di chiarire che l'oggetto dell'obbligazione è la prestazione, spingendosi anche a delinearne i contorni, sebbene nell'ottica limitata dell'individuazione di alcune sue caratteristiche: la patrimonialità e la corrispondenza ad un interesse meritevole di tutela²².

La laconicità del dettato codicistico al riguardo ha sollecitato la riflessione della dottrina civilistica che si è interrogata sugli elementi strutturali dell'obbligazione e, ad un certo punto dell'evoluzione del sistema di diritto privato, è sembrato addirittura che si fosse raggiunto un sostanziale accordo sulla consistenza della relazione tra il debito ed il credito, tanto da ritenere che si potesse senz'altro passare all'ordine del giorno. Il calcolo si è rivelato, con ogni probabilità, errato e il silenzio lentamente calato sull'oggetto dell'obbligazione, con ogni probabilità per una sorta di esaurimento della *vis polemica*, si deve quindi reputare prematuro. A ciò va aggiunta la tendenza – sviluppatasi nell'ultimo scorcio del secolo scorso e proseguita anche di recente – a rappresentare l'obbligazione con minore rigore dogmatico rispetto al passato, al punto che è legittimo parlare di un vero e proprio arretramento da quelle acquisizioni cui la dottrina è pervenuta nella stagione immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice sulla scorta del dibattito europeo sull'obbligazione e di quello nostrano maturato sotto il vigore del codice del 1865.

È allora opportuno riaprire il dibattito sulla struttura dell'obbligazione, tornando a riflettere sul suo oggetto, tanto più in un momento storico nel quale la cultura giuridica è chiamata a verificare quali delle categorie concettuali della tradizione si prestino meglio a rappresentare, razionalizzare e organizzare l'attuale realtà socio-economica e, tra di esse, quali vadano poste come fondamento del nascente diritto privato europeo, in veste di patrimonio comune del vecchio continente²³.

²¹ V. la recente sintesi di A. Fondrieschi, *Prestazione*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., agg., t. II, Torino, 2007, 964 s.

²² Sul punto cfr. A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, sub artt. 1173-1320, Bologna-Roma, 1988, 254; Id., *Obbligazione I) Teoria generale*, cit., 19.; C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1984, 13.

²³ Al tema del diritto privato europeo sono dedicati i classici fiumi di inchiostro, ma ora è stato portato a termine un tentativo di sistemazione del diritto privato prodotto in ossequio delle indicazioni provenienti dall'unione europea al fine di proporre una prima lettura sensibile alle ragioni della sistemazione organica dello sparpagliato

A tutto ciò si presta specialmente lo studio dell'istituto dell'adempimento del terzo per la sua posizione cruciale di profilo della disciplina del rapporto obbligatorio con cui si deve confrontare ciascuna concezione dell'obbligazione, com'è confermato dall'esame della letteratura specialistica nella quale all'art. 1180 c.c. è assegnato tradizionalmente il ruolo di snodo delle più disparate letture dell'obbligazione. Dalla ricostruzione dogmatica dell'adempimento del terzo dipende, però, non soltanto la conferma di una specifica ipotesi sulla struttura del rapporto obbligatorio, ma anche la soluzione di alcuni problemi d'indole squisitamente disciplinare, quali l'individuazione della tipologia di azione in mano del terzo-*solvens* per recuperare dal debitore il valore di quanto prestato al creditore-*accipiens*, su cui si registra una recente ed improvvida pronunzia della Suprema corte, e la sorte del pagamento del terzo in seno alla revocatoria fallimentare, che è questione, peraltro, interrelata con il tema della surrogazione.

3. – Il ritorno al tema dell'oggetto dell'obbligazione dalla prospettiva privilegiata, e problematica, dell'adempimento del terzo esige la preliminare indagine della struttura dell'istituto di cui all'art. 1180 c.c. «L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione. Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione».

Il primo approdo consiste nel rilevare che l'art. 1180 c.c. non disciplina l'adempimento del terzo come una fattispecie compiuta in tutti i suoi elementi costitutivi, bensì come una funzione o, meglio, come una direzione teleologica dell'agire di un soggetto, il terzo per l'appunto, il quale può in astratto porre in essere gli atti più disparati dal punto di vista della natura giuridica e, come tali, destinati a ricevere le qualificazioni più varie, ma tutti accomunati dalla idoneità, sotto il profilo teleologico, ad inserirsi nel rapporto obbligatorio con efficacia satisfattiva, realizzando il diritto del creditore²⁴. Per dirla in altri termini, l'adempimento del debito altrui può presupporre una varietà di rapporti tra *solvens* e debitore e da ciò può discendere la pluralità di qualificazioni giuridiche

materiale normativo e della connessa opera di concettualizzazione: il riferimento è a C. Castronovo-S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, I, II, III, Milano, 2007, il cui programma culturale emerge da C. Castronovo-S. Mazzamuto, *L'idea*, *ivi*, I, 3 s.

²⁴ Sottolinea, assai opportunamente, che la funzione dell'adempimento del terzo più che solutoria è satisfattivo-attributiva E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 413.

dell'atto del primo; ma la prestazione non dovuta, qualora sia tesa a realizzare il diritto di credito in assenza di un collegamento giuridico, diretto o indiretto, dotato di rilevanza esterna tra terzo adempiente e creditore accipiente – idoneo a produrre una qualificazione del *solvens* che risulti incompatibile con la posizione di terzo rispetto al rapporto in cui il suo atto si innesta – tale prestazione, si diceva, realizza, per l'appunto, un adempimento *ex art. 1180 c.c.*

La pur esigua giurisprudenza in materia concorda sul punto, anche se con alcune imprecisioni concettuali che pregiudicano in parte la qualità del discorso: «si ha adempimento del terzo, quando il suo intervento avviene al di fuori di ogni rapporto di rappresentanza, è spontaneo ed unilaterale, non determinato da precedenti accordi e convenzioni, ed è tale da costituire un sostanziale e formale adempimento dell'obbligazione, in modo che si possa escludere qualsiasi interesse del creditore a pretendere l'adempimento personale del debitore»²⁵.

Quel che si può recisamente escludere è che l'adempimento del terzo costituisca una variante dell'adempimento, distinta soltanto sotto il profilo soggettivo, perché, se le cose stessero in questi termini, si dovrebbe anche concludere che l'atto del *solvens* sia idoneo ad attuare il contenuto dell'obbligo del debitore²⁶. Ma così non è. L'adempimento del terzo è strumento giuridico di realizzazione del credito, ma non anche di attuazione del debito e tale affermazione è sorretta non soltanto dal rilievo che non sempre la prestazione del terzo porta alla liberazione del debitore, giacché potrebbe intervenire l'istituto della surrogazione, per volontà del creditore (art. 1201 c.c.) o per effetto di legge (art. 1203 c.c.)²⁷; ma anche dall'ulteriore circostanza che, ove pure non operi la surrogazione ed il debitore sia liberato dal proprio vincolo, l'estinzione dell'obbligo non è effetto diretto dell'adempimento del terzo, come lo sarebbe invece dell'adempimento vero e proprio, ma conseguenza della rottura dell'imprescindibile nesso di correlazione tra credito e debito.

Il tentativo di qualificare l'adempimento del terzo come una variante dell'adempimento e di attribuirgli, quindi, l'efficacia della realizzazione integralmente del rapporto obbligatorio viene esperito sin dal piano della sua qualificazione giuridica. È sin

²⁵ Cass., 7-07-1980, n. 4340, in *Giust. civ.*, I, 1981, 111.

²⁶ Così Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 287; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 111 s.; 160 s.

²⁷ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 98 s.; Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 183 nt. 3; Castronovo, *sub art. 1180*, cit., 39; *contra* Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 158.

troppo nota la contrapposizione che si registra in dottrina sulla natura dell'adempimento del terzo tra fautori della qualificazione negoziale²⁸, se non addirittura contrattuale²⁹, e fautori della qualificazione come atto giuridico in senso stretto³⁰, cui si affiancano i sostenitori della natura bina, in quanto al contempo atto esecutivo e negozio unilaterale³¹. L'incidenza della natura dell'adempimento del terzo sul problema della sua equiparazione all'adempimento si traduce, secondo alcuni, nella circostanza che la loro comune natura di atto giuridico in senso stretto costituirebbe una conferma dell'unicità della fattispecie dell'adempimento, a prescindere dall'identità di colui che la ponga in essere³². Il corollario di tale affermazione consiste nell'estensione di larga parte della disciplina dell'adempimento in

²⁸ Castronovo, op. cit., 39; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da A. Cicu-F. Messineo, t. 1, Milano, 1974, 179, 189; Schlesinger, *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, cit., 573, dopo una prima presa di posizione (Id., *L'indebito soggettivo «ex latere solventis» e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*, cit., 62 s.) favorevole alla natura di fattispecie complessa dell'adempimento del terzo perché sintesi di un comportamento esecutivo e di una dichiarazione di volontà di adempiere l'obbligo altrui; Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 12.; Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 439; Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 412 s. e sotto il vigore del c.c. 1865 v. Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 148-150.

²⁹ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 156 s., in part. 160 s., la cui ricostruzione dell'adempimento del terzo in termini di negozio giuridico bilaterale con efficacia reale (ibidem, 193) incontra qualche difficoltà sul versante della causa di tale negozio, di cui si predica l'astrattezza in deroga alla scelta di sistema di richiedere «come elemento essenziale di ogni negozio la causa ed è noto che tale principio, essendo di ordine pubblico, non può essere derogato dalla volontà dei privati; in tanto può essere riconosciuta l'esistenza di un negozio astratto nell'ambito del nostro ordinamento in quanto la legge stessa ci fornisca gli elementi stessi dell'astrattezza» (R. Nicolò, *Il negozio delegatorio*, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1993, 393-394). La premessa dell'affermazione della natura di negozio astratto dell'adempimento del terzo consiste nella circostanza che «il concetto di causa deve [...] riguardare lo schema negoziale in toto e non i suoi singoli elementi costitutivi, e inoltre deve essere un elemento intrinseco al negozio stesso, che non deve cioè far riferimento per la sua determinazione ad entità negoziali preesistenti» (*L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 188). Una pregevole ricostruzione della concezione della causa nel pensiero di Rosario Nicolò è ora in G.B. Ferri, *Il problema della causa nel negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 659 s.

³⁰ di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 72 s.; G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 33; Cannata, *Le obbligazioni in generale*, cit., 80.

³¹ Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 286 s.; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 155 s.

³² Cfr. G. Cian, *Pagamento*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 242, il quale non si pronuncia in ordine alla natura giuridica dell'adempimento ma ritiene che «aderendo alla prospettiva così delineata si riafferma ancora una volta una concezione unitaria della fattispecie dell'adempimento, cui non si è quindi costretti ad

quanto tale anche alla prestazione del *solvens*: le norme sull'adempimento parziale (art. 1181 c.c.), sul luogo (art. 1182 c.c.) e sul tempo dell'adempimento (art. 1183-1187, ad eccezione del primo comma dell'art. 1185 c.c.), sul destinatario di pagamento (art. 1188 c.c.), sul pagamento al creditore incapace (art. 1190 c.c.), sul pagamento eseguito con cose altrui (art. 1192 c.c.), sull'imputazione di pagamento (1193-1194 c.c.), sulla prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197 c.c.), sulla liberazione dalle garanzie (art. 1200 c.c.)³³. La natura di atto giuridico in senso stretto dell'adempimento del terzo implica la sua non assoggettabilità alla disciplina delle patologie del negozio, di cui viene tratta conferma anche dall'assenza del benché minimo richiamo al regime delle invalidità e dalla circostanza che le uniche norme invocabili nell'ipotesi di errore del *solvens* o di raggirio da parte del creditore accipiente appaiono gli artt. 2033 e 2036 c.c.³⁴.

Da tutto ciò si pretende di trarre, però, l'ulteriore conseguenza secondo cui la linea di pensiero favorevole alla qualificazione dell'adempimento del terzo come atto giuridico in senso stretto non possa che propendere per la sua equiparazione all'adempimento³⁵. Il ragionamento è, però, per lo meno curioso

attribuire struttura e caratteri diversi a seconda di chi sia il soggetto che compie la pur sempre identica prestazione».

³³ Così Cannata, *Le obbligazioni in generale*, cit., 82. In senso diametralmente opposto Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 189; M. Giorgianni, *Pagamento (dir. civ.)*, in *Novissimo dig. it.*, XII, Torino, 1965, 331; Castronovo, *sub art. 1180*, cit., 39-40, i quali, sul presupposto della natura negoziale dell'adempimento del terzo, segnalano piuttosto la non integrale applicazione alla prestazione del *solvens* delle norme sull'adempimento, sottolineando l'inapplicabilità degli artt. 1189 e 1191 c.c.

³⁴ di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 75; *contra* Navaretta, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 412 s., in part. 413-416, la quale segnala che il motore della fattispecie dell'adempimento del terzo è la volontà del *solvens* e, a ben vedere, ciò resta valido anche nella ricostruzione operata da di Majo, a dispetto della qualificazione dell'adempimento del terzo come atto giuridico in senso stretto, giacché secondo l'a. la limitata funzione che di Majo riconosce della volontà del *solvens*, in quanto esclusivamente volta ad imputare la prestazione al diritto del creditore, è tale da renderla pur sempre volontà degli effetti «posto che l'attribuzione viene conferita dall'esterno del rapporto giuridico. Ma allora la necessaria conclusione è che la volontà degli effetti è valutata alla stessa stregua di un qualunque altro elemento, che la legge ritenga di anteporre alla produzione del risultato traslativo».

³⁵ Ciccarelli, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, cit., 418-419, sembra ritenere che la conclusione prospettata *supra* nel testo costituisca il naturale precipitato della descrizione dell'adempimento del terzo come atto giuridico in senso stretto, soprattutto per le conseguenze sul piano dell'inapplicabilità della disciplina delle invalidità e sembra – così almeno siamo indotti a ritenere – rinvenire tale rapporto di inferenza nelle riflessioni di Adolfo di Majo (*Dell'adempimento in generale*, cit., 75), il quale, tuttavia, non perviene a tale

perché, se il giudizio precedente avesse fondamento, ne dovrebbe naturalmente conseguire che gli autori che propugnano la natura negoziale dell'adempimento del terzo si dovrebbero dichiarare convinti dell'irriducibilità dell'adempimento del terzo all'adempimento, tanto più alla luce della sostanziale convergenza in dottrina sulla configurazione di quest'ultimo come atto dovuto. Ma le cose non stanno così, poiché sono diversi – e tra di essi va annoverata l'opinione in esame³⁶ – i sostenitori della natura (anche) negoziale dell'adempimento del terzo che vi ravvisano una speciale forma di adempimento, idonea a realizzare compiutamente l'intero rapporto obbligatorio³⁷.

Si dovrebbe allora convenire sul fatto che la questione della natura giuridica dell'adempimento del terzo non fornisce alcuna indicazione utile sul versante dell'equiparazione della prestazione del *solvens* all'adempimento del debitore e, a ben vedere, la disputa sul carattere negoziale o meno della prima si risolve in ben poca cosa dal punto di vista della disciplina applicabile all'adempimento del terzo, visto che il riconoscimento della sua natura negoziale comporta in definitiva l'inapplicabilità dell'art. 1191 c.c.³⁸. Inapplicabilità che, però, è riconosciuta anche da chi propende per la qualificazione della prestazione del terzo come atto giuridico in senso stretto³⁹ e ciò perché la sua incompatibilità con l'art. 1191 c.c. viene motivata non tanto sulla base dell'opzione sulla natura giuridica, quanto piuttosto in ragione della non obbligatorietà della prestazione del *solvens*.

conclusione, limitandosi piuttosto a ravvisare identità di natura tra adempimento e adempimento del terzo e mantenendo ferma al contempo la loro distinzione funzionale. È evidente che l'a. da cui si sono prese le mosse, nel riconnettere alla lettura dell'adempimento del terzo come atto giuridico in senso stretto la sua equiparazione all'adempimento, compie congetture sulle opinioni altrui e non intenda esprimere la propria, la quale è di tutt'altro segno, legata com'è all'adesione alla tesi negoziale: «l'adempimento del terzo è atto negoziale, non solo perché effettuato spontaneamente ma soprattutto perché in esso la volontà rileva come carattere indispensabile a rendere stabile e definitiva la prestazione effettuata nelle mani del creditore. [...] In conclusione, sembra più corretto propendere per il carattere negoziale dell'attività del terzo anche in considerazione del fatto che l'ordinamento, non avendo espressamente negato l'applicazione della normativa sui negozi, ha implicitamente riconosciuto l'indispensabilità di una corretta formazione della volontà del terzo».

³⁶ Ciccarelli, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, cit., 401 nt. 26, 414.

³⁷ Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 286; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 93 s. in part., 157-158.

³⁸ Castronovo, *sub art. 1180*, cit., 40; Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 188-190; Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 288; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 141-143.

³⁹ Cannata, *Le obbligazioni in generale*, cit., 83.

La contrapposizione sulla natura negoziale o meno dell'adempimento del terzo va, dunque, ridimensionata e, forse, potrebbe essere risolta tenendo conto delle caratteristiche dell'art. 1180 c.c. Tale disposizione non delinea in maniera compiuta – lo si è anticipato – la fattispecie dell'adempimento del terzo, perché, ad esempio, non detta alcuna regola relativa ai rapporti tra debitore e terzo, ma si limita a conferire a quest'ultimo il potere di eseguire la prestazione dovuta e a segnalare che l'atto del *solvens* è destinato ad incidere sull'obbligazione, ponendosi in alternativa rispetto all'adempimento. L'art. 1180 c.c., pertanto, si preoccupa prevalentemente di accostare la prestazione del terzo all'adempimento, per lo meno *quoad effectum* nei confronti del creditore, sicché la scelta legislativa è evidentemente quella di considerare l'atto del *solvens* come vicenda dello svolgimento del rapporto obbligatorio e, dunque, di disciplinarlo come tale, concependolo come mero atto. Va, dunque, condivisa quella lettura che vede nell'art. 1180 c.c. «una pura regola dell'adempimento»⁴⁰, ma con la precisazione che, in tale formula, il termine adempimento replica l'atecnicismo dell'uso fattone dallo stesso art. 1180 c.c.⁴¹, poiché l'atto del terzo non è adempimento ma un'alternativa ad esso, e, pertanto, l'espressione va riformulata nei termini di una pura regola dello svolgimento del rapporto obbligatorio. Ciò è scontato nel diritto tedesco grazie all'accorta formulazione del § 267 BGB dedicato alla *Leistung durch Dritte*⁴²; mentre lo è meno nel diritto italiano dove al sintagma “adempimento del terzo” si potrebbe sostituire la formula semanticamente più adeguata di “pagamento del terzo” per il particolare valore tecnico-giuridico del termine pagamento⁴³, che

⁴⁰ Cannata, *Le obbligazioni in generale*, cit., 80.

⁴¹ Quell'atecnicismo che ha suggerito a S. Pugliatti, *Diritto civile (saggi)*, Milano, 1951, 588 nt. 4 di proporre che il linguaggio scientifico bandisca la formula imprecisa di “adempimento del terzo” a favore del termine “intervento” proprio della legislazione cambiaria. Di improprietà del sintagma “adempimento del terzo” parla anche Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 127.

⁴² § 267 Leistung durch Dritte «(1) Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. 2Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich. (2) Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht».

⁴³ Sulla nozione di pagamento v. A. di Majo, *Pagamento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 547 s. ora, con modifiche, in Id., *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 283 s., il quale sottolinea che, nonostante la sostanziale sinonimia che il codice sembra riconoscere ai termini “adempimento” e “pagamento”, quest'ultimo, nel linguaggio dei giuristi, è riferito alle obbligazioni di dare e, in particolare, alle obbligazioni pecuniarie, il che si ispira alla necessità di non concepire i problemi di adempimento nei termini generali e astratti che il codice civile ha prediletto, sulla scia del BGB, e in difformità dai precedenti costituiti dal *Code civil* e dal codice

sembra designare – nonostante la sostanziale equiparazione al termine adempimento che emerge dal codice⁴⁴, che a tratti si presenta addirittura come un uso promiscuo⁴⁵ – l'atto solutorio nella sua nuda ed oggettiva essenza, al di là della coloritura soggettiva legata all'identità di colui che tale atto pone in essere. Ne consegue che l'art. 1180 c.c. disciplina la prestazione del *solvens* come un atto reale del terzo, inserito in una precedente relazione di carattere obbligatorio, sicché l'effetto acquisitivo a vantaggio dell'*accipiens* non è frutto di un atto di volontà del terzo⁴⁶ ma della circostanza che il creditore *suum recepit*⁴⁷, e la scelta legislativa si giustifica poiché la norma privilegia la produzione dell'effetto della soddisfazione del diritto del creditore, il che non comporta però l'affermazione di principio che l'adempimento del terzo tuteli in via preferenziale l'interesse del creditore, dato che l'effetto sul rapporto obbligatorio si può produrre anche contro la sua volontà⁴⁸.

Sulla scorta di tale rilettura, va anche riconsiderata l'opinione, generalmente condivisa, dell'inapplicabilità all'adempimento del terzo dell'art. 1191 c.c., sulla quale pesa forse un non adeguatamente vagliato ossequio alla tradizione. La preferenza accordata all'effetto della prestazione del *solvens*, quale che esso sia⁴⁹, sul rapporto obbligatorio comporta che l'eventuale condizione di incapacità di agire di quest'ultimo non incida a

civile del 1865, ma di impostarli tenendo conto delle specificità che l'attuazione di alcune specie di obbligazioni – quelle pecuniarie in particolare – pongono. La scelta di metodo che l'a. suggerisce è quella di «individuare la serie di problemi che sono propri delle fattispecie di pagamento e rispetto alle quali vanno verificate le scelte normative. L'obiettivo è di evitare che problemi propri delle fattispecie di pagamento si tramutino in problemi comuni ad ogni ipotesi di adempimento e che, reciprocamente, problemi pensati in astratto per tale ipotesi vengano estesi meccanicamente alle fattispecie di pagamento».

⁴⁴ Nicolò, *Adempimento*, cit., 554.

⁴⁵ Giorgianni, *Pagamento (dir. civ.)*, cit., 321, il quale segnala il caso dell'art. 1182 c.c.

⁴⁶ Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 10 s.; Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 412-413.

⁴⁷ di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 74 s.; *contra* Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 10 nt. 2.

⁴⁸ Resta il problema se un'attribuzione patrimoniale possa essere realizzata per via non negoziale. Lo escludono L. Mengoni-F. Realmonte, *Atti di disposizione*, in *Enc. dir.* XII, Milano, 1964, 191, per i quali «l'atto di disposizione è essenzialmente un negozio. L'atto non negoziale è incapace di produrre una modificazione nei diritti soggettivi», cui *adde* Castronovo, *sub art. 1176*, cit., 20-21, 23, il quale, a sua volta, aggiunge che un atto di disposizione non può neppure assumere la veste del contratto con obbligazioni del solo proponente di cui all'art. 1333 c.c., dal quale, per l'appunto, sorgono soltanto obbligazioni di fare e non fare.

priori sulla validità dell'atto, decretandone senza dubbio l'annullabilità *ex art.* 1425 c.c., ma inneschi, tutt'al contrario, una valutazione caso per caso che sfocerà nell'inefficacia dell'atto soltanto se, in concreto, si verifichi lo stato di incapacità di intendere e di volere del *solvens* al momento della prestazione e ne risulti all'autore anche un grave pregiudizio economico *ex art.* 428, comma 1, c.c.

La prestazione del terzo può certo assumere talora la veste formale di atto negoziale⁵⁰, ma tale circostanza è del tutto irrilevante nei confronti del creditore accipiente per lo meno in punto di opponibilità dello stato di incapacità legale⁵¹, proprio perché l'art. 1180 c.c. non consente di attribuire a tale qualificazione alcuna incidenza sulla realizzazione del diritto di credito. L'irrelevanza della concreta natura dell'atto sulla questione dell'applicazione dell'art. 1191 c.c. all'adempimento del terzo e, quindi, sulla stabilità, sotto questo profilo, dell'effetto che la prestazione del *solvens* è destinato a produrre sul rapporto obbligatorio non deve stupire più di tanto giacché, anche con riferimento all'adempimento la dottrina è stata costretta a riconoscere la sostanziale variabilità della sua natura giuridica⁵², il

⁴⁹ Il ragionamento di cui *supra* nel testo vale tanto se si ravvisa l'effetto dell'adempimento del terzo nella sola realizzazione del diritto di credito quanto se lo si identifichi nell'attuazione dell'intero rapporto obbligatorio.

⁵⁰ Ciò ovviamente non autorizza a sostenere che l'adempimento del terzo abbia al contempo natura di negozio e di atto esecutivo poiché una qualificazione del genere è intimamente contraddittoria dal momento che un istituto non può essere qualcosa e qualcos'altro allo stesso tempo. Così non si fa dogmatica, ma si forniscono, tutt'al più, descrizioni fenomenologiche. Per sfuggire a tale rischio è necessario elaborare la qualificazione giuridica di un istituto a partire dal punto di vista della disciplina positiva, senza che ciò debba anche comportare la sottovalutazione delle sue incarnazioni empiriche. Soltanto che, se sorga contrasto tra quello e queste, deve prevalere la ricostruzione riconducibile alle scelte di politica del diritto desumibili dalla norma, sempre che essa si riveli compatibile con quella fenomenologia che fornisce indicazioni discordanti.

⁵¹ Ciò non toglie che la possibile natura negoziale in concreto assunta dall'adempimento del terzo possa condurre all'invocazione dell'annullabilità per vizi del consenso: tale profilo non è tenuto in considerazione da Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 415.

⁵² C. Castronovo, *sub art. 1176*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Cendon, IV, artt. 1173-1654, Torino, 1991, 19 sottolinea che la disputa sulla natura giuridica dell'adempimento si trascina per ragioni legate esclusivamente alla tradizione, giacché è impossibile attribuire alla prestazione del debitore natura unitaria e ciò lascia propendere per la sua definizione come atto dovuto, «figura nella quale la connotazione "dovuto" vuole essere più significativa di "atto" e sta ad indicare che l'attività solutoria si qualifica in quanto riferita ad un debito al quale essa dà esecuzione, piuttosto che sul terreno della propria natura giuridica. L'adempimento sarà allora atto in senso proprio o negozio, secondo che così esiga l'obbligazione da adempiere».

che ha indotto ad affermarne l'impossibilità di una qualificazione unitaria⁵³, visto che la prestazione del debitore può essere anche veicolata da un negozio (v. gli artt. 1706, comma 2, c.c. e 651, comma 1, c.c.); ma ciò non incide in alcun modo sulla regola dell'irrelevanza dello stato di incapacità del debitore sull'effetto satisfattivo dell'adempimento⁵⁴. Soltanto che le ragioni di tale inopponibilità sono diverse: l'applicazione dell'art. 1191 c.c. si giustifica, nel caso dell'adempimento, sulla scorta del suo carattere di atto dovuto e, nel caso dell'adempimento del terzo, sulla scorta dell'esigenza di rendere quanto più stabile possibile la sua incidenza sul rapporto obbligatorio⁵⁵.

Il problema della natura dell'adempimento del terzo non determina quindi conseguenze rilevanti sul piano dei suoi effetti e men che meno – come si è tentato di dimostrare – ne chiarisce la portata, la quale emerge soltanto dall'analisi dell'impatto sistematico della prestazione del *solvens* sulla disciplina e sulla concezione dell'obbligazione. Qui va, dunque, ribadito quanto si è già in parte anticipato: in chiave teleologica, l'adempimento del terzo si presenta come uno strumento di realizzazione dell'oggetto del diritto di credito senza contestuale attuazione del contenuto dell'obbligo.

4. – Una dottrina afferma, con una certa perentorietà, che la scissione tra attuazione del contenuto dell'obbligo e realizzazione dell'oggetto del diritto di credito, postulata in dottrina⁵⁶ come conseguenza dell'adempimento del terzo, sia concettualmente connessa alla ricostruzione della figura in discorso in termini negoziali⁵⁷.

Una tale inferenza non è convincente ed anzi sembra frutto di un travisamento, poiché trascura che la scissione tra attuazione del contenuto dell'obbligo e realizzazione del credito rappresenta la logica ed inevitabile conseguenza del carattere personale dell'obbligazione, la cui struttura non può prescindere dalla persona del debitore. Ciò ovviamente non equivale ad accreditare

⁵³ Giorgianni, *Pagamento (dir. civ.)*, cit., 329 s.; di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 378; Castronovo, op. cit., 19; Bessone-D'Angelo, *Adempimento*, cit., 2-3.

⁵⁴ Castronovo, op. cit., 19 riconosce che l'art. 1191 c.c. è anodino in ordine alla natura dell'adempimento: «la norma non risolve in generale il problema della natura dell'adempimento e comunque non esclude la possibile qualificazione negoziale».

⁵⁵ *Contra* Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 183 nt. 3.

⁵⁶ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 160 s.; Id., *Adempimento*, cit., 566; Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 180 s.; di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 41 s.

⁵⁷ Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 25 s., 154 s., in part. 156.

la vetusta idea del rapporto obbligatorio come forma di soggezione personale, ma se si vuole conservare al concetto di obbligazione il suo significato proprio e, dunque, assumere l'obbligazione per quel che essa autenticamente è, ossia un vincolo preordinato a limitare la libertà dell'obbligato nel senso, ben circoscritto, dell'imposizione a quest'ultimo di una condotta esclusivamente preordinata al soddisfacimento dell'interesse del creditore, non si può svalutare il profilo della cooperazione debitoria. Il rilievo della condotta strumentale del debitore impone, dunque, di considerare l'atto solutorio del terzo altro dall'adempimento⁵⁸, a meno di non voler avallare una nozione di prestazione particolarmente lata, fino quasi a degenerare nell'informe. Ma sul punto si tornerà nel prosieguo.

Va, dunque, ribadita l'irrilevanza dell'eventuale natura negoziale dell'atto del terzo sul diverso problema della sua incidenza sul rapporto obbligatorio: la conclusione sul punto si presenta, in ogni caso, nel segno della dissociazione della realizzazione dell'oggetto del credito dall'attuazione del contenuto dell'obbligo, anche qualora si acceda alla ricostruzione dell'adempimento del terzo come atto giuridico in senso stretto.

Non si deve, tuttavia, credere che la concezione dell'adempimento del terzo non già come mezzo di attuazione del contenuto dell'obbligo ma come strumento di realizzazione l'oggetto del credito tragga il suo fondamento dall'impossibilità di equiparare la condotta del terzo a quella del debitore sotto il profilo dell'efficacia satisfattiva. Questa conclusione non sarebbe altro che una banalizzazione dell'argomento favorevole alla suddetta scissione. Difatti, anche a voler accogliere l'idea che la mera attività di prestazione del terzo non sia idonea di per sé a realizzare il diritto di credito poiché essa deve essere supportata, a seconda delle diverse letture, dall'*animus* di realizzare il diritto del creditore⁵⁹, dalla consapevolezza del terzo di orientare la propria prestazione al soddisfacimento di tale diritto⁶⁰ o ancora da indici oggettivi della direzione dell'attività del *solvens* alla realizzazione del medesimo diritto⁶¹, la sostanza non muta: non è certo l'incidenza dell'apporto volontaristico del terzo o la necessità di

⁵⁸ Così P. Rescigno, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 183; adde Fondrieschi, *Prestazione*, cit., 968.

⁵⁹ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 136, 157; Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 12-13. Sul punto cfr. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 416 s.

⁶⁰ di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 76-77, 82.

⁶¹ Mayer, *Irrtümliche Zahlung fremder Schulden*, in *Arch. civ. Pr.*, 152, 1952-53, 97 s.

un'inequivocabile tensione a realizzare il credito ad escludere che l'attività del terzo determini l'attuazione dell'obbligo giacché – come si è già precisato – la mancata attuazione è il precipitato della coesenzialità al concetto di obbligazione della condotta dovuta del debitore in funzione poetica e, pertanto, l'attività del *solvens* non può certo costituire una variante della prestazione del debitore sotto il profilo soggettivo e, dunque, non può realizzare una forma di adempimento né, per altro verso, esservi assimilato, come sembrerebbe far supporre l'imprecisa rubrica dell'art. 1180 c.c.⁶².

La dottrina in commento rifiuta recisamente l'idea dell'incidenza diretta dell'adempimento del terzo sul solo diritto di credito e propone una ricostruzione dell'istituto nella quale l'adempimento del terzo comporta la piena esecuzione del contenuto del rapporto obbligatorio intercorrente tra debitore ed *accipiens*, poiché tale adempimento, parimente a quello proveniente dal debitore, si rivela «non solo soddisfacente dell'interesse creditorio, ma contestualmente attuativo dell'obbligo originario (di prestazione) del debitore medesimo nei confronti del proprio creditore»⁶³. E tutto ciò in ossequio ad una concezione dell'obbligazione in cui i due elementi del rapporto, il debito e il credito, sostanzialmente vengono ritenuti del tutto speculari, sino al punto di sovrapporsi perfettamente⁶⁴, all'insegna dell'idea della convergenza reciproca di comportamento del debitore e risultato dovuto. Una convergenza che finisce, però, per risultare sbilanciata verso il primo termine del binomio nel momento in cui si eleva «direttamente e più correttamente ad elemento qualificante dell'obbligazione medesima lo stesso comportamento in sé del debitore (prestazione), idoneo a soddisfare l'interesse del creditore ed oggetto di quest'ultimo»⁶⁵. L'identità di contenuto di debito e credito o, meglio, l'individuazione dell'oggetto del credito nel comportamento del debitore comporta la piena correlazione tra

⁶² Cfr. Castronovo, *sub art. 1180*, cit., 39; nonché Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 7 s., il quale respinge l'idea che la prestazione del terzo possa costituire una forma di adempimento in senso tecnico e ciò in quanto essa è priva dell'«elemento soggettivo della provenienza dell'atto dal debitore».

⁶³ Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 94 s., in part. 99, 154 s.

⁶⁴ Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 39 e nt. 42, secondo cui «il diritto del creditore [...] esiste in correlazione al debito: in tanto può riconoscersi al creditore un diritto, in quanto il debitore è tenuto nei suoi confronti ad eseguire una data prestazione» sicché «non può esservi attuazione del diritto del creditore senza adempimento di tale obbligo».

⁶⁵ Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 97.

realizzazione del credito e attuazione del debito⁶⁶. E poiché quella non può avvenire che per il tramite di questa e l'atto del *solvens* determina senza alcun dubbio la realizzazione del credito, se ne deve trarre la conclusione – in precedenza anticipata – che l'adempimento del terzo attui contestualmente anche l'obbligo di prestazione del debitore⁶⁷. Né varrebbe obiettare che la realizzazione integrale del rapporto obbligatorio non si verifica in ogni caso, non producendosi, ad esempio, nel caso di surrogazione a causa della permanenza in vita del debito originario nei confronti del terzo-*solvens* surrogato, poiché in tale ipotesi l'obbligo del debitore di reintegrare il terzo della perdita patrimoniale subita a seguito dell'esecuzione di quanto non dovuto non trova la sua diretta ed immediata giustificazione giuridica nel rapporto originario di debito-credito e, dunque, nella sopravvivenza dell'obbligazione originaria in capo al debitore, ma, tutt'al contrario, nell'atto di adempimento di quest'ultima da parte del terzo⁶⁸.

Il riconoscimento dell'attitudine dell'adempimento del terzo alla realizzazione di entrambi i lati del rapporto obbligatorio si traduce, quindi, nella piena equiparazione dell'atto del *solvens* alla prestazione del debitore, come è confermato anche dal rifiuto delle spiegazioni in chiave economica del funzionamento dell'istituto in esame⁶⁹. La lettura economica individua il profilo funzionale dell'adempimento del terzo nell'attribuzione al creditore ad opera del terzo di un risultato economicamente equivalente alle utilità inerenti alla prestazione; ma tale lettura non viene contestata sulla base del consueto argomento che fa leva sulla distinzione tra interesse creditorio e vantaggio economico intrinseco alla prestazione. Quest'ultimo è l'utilità economica che per il creditore riveste la prestazione (o, in altri termini, il valore di mercato del bene o del servizio dovuto) e di essa la dottrina in commento predica la sostanziale irrilevanza giuridica o, ancor meglio, l'estraneità formale al contenuto originario della prestazione, poiché rappresenta i risultati ed interessi economici ulteriori che il creditore aspira a realizzare tramite e a partire dalla prestazione⁷⁰.

⁶⁶ Turco, op. cit., 94-95.

⁶⁷ Turco, op. cit., 99.

⁶⁸ Turco, op. cit., 99.

⁶⁹ Al riguardo Turco, op. cit., 91-92 concorda con Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 60 s.

⁷⁰ Turco, op. cit., 92 s. sulla scia di C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, 9 s., 76 s., 179 s.; Id., *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 86 s. Di quanto affermato *supra* nel testo si ritiene di rinvenire una conferma nel fatto che l'interesse creditorio può anche

La conseguenza che discende da tali premesse consiste nel riconoscere nell'adempimento del terzo non certo un indice della fondatezza delle teorie "patrimoniali" dell'obbligazione, ma piuttosto la conferma della maggiore corrispondenza alla concezione moderna del rapporto obbligatorio delle teorie "personali"⁷¹, che – com'è noto – ravvisano nella condotta del debitore l'oggetto dell'obbligazione nonché dell'interesse del creditore. Su tale versante sono necessarie alcune precisazioni, per le quali si rinvia al prosieguo dello studio; mentre qui è opportuno verificare l'argomento a sostegno dell'opinione espressa dalla dottrina in esame, che è rappresentato dal limite imposto dall'art. 1180 c.c. all'attività solutoria del terzo consistente nell'interesse del creditore all'esecuzione personale della prestazione da parte del creditore. Un tale limite assegna rilevanza al comportamento dovuto e alla "persona" del debitore e, dunque, suffraga la concezione personale del rapporto obbligatorio⁷² e, soprattutto, comporta «il recupero normativo dell'incidenza dell'esattezza (anche) soggettiva della prestazione che [...] rappresenta una componente essenziale della clausola di "esatto-inesatto" adempimento *ex art. 1218 c.c.*»⁷³. Il recupero dell'esattezza soggettiva della prestazione avviene proprio rispetto alla deroga dell'art. 1218 c.c. introdotta dall'art. 1180 c.c. che, invece, legittima e rende idonea alla realizzazione del rapporto obbligatorio quell'ipotesi di inesattezza soggettiva *ex latere solventis* della prestazione rappresentata dall'adempimento del terzo⁷⁴. In altri termini il limite oggettivo dell'interesse del creditore alla prestazione personale del debitore comporta la riespansione del requisito dell'"esattezza soggettiva" dell'adempimento, che l'art. 1180 c.c. ha reso inoperante con riferimento alla prestazione del terzo, rendendo così illegittimo l'eventuale rifiuto da parte del creditore⁷⁵.

Alla concezione dell'adempimento del terzo come fattispecie di inesattezza soggettiva *ex latere solventis* della prestazione è

essere *ex art. 1174 c.c.* di natura non patrimoniale sicché è possibile che il vantaggio economico della prestazione (la c.d. utilità creditoria) sia riversato su di un terzo, come accade nella donazione modale di cui all'art. 793 c.c., pur restando il creditore il titolare del diritto di credito e il centro di imputazione dell'interesse all'adempimento.

⁷¹ Turco, *op. cit.*, 27, nel solco di M. Giorgianni, *Obbligazione (dir. priv.)*, in *Novissimo Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 598 s. e Rescigno, *Obbligazioni (nozioni)*, cit., 184 s.

⁷² Turco, *op. cit.*, 27-28 e così anche Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 9 s.; Rescigno, *Obbligazioni*, cit., 182 s.

⁷³ Turco, *op. cit.*, 28.

⁷⁴ Turco, *op. cit.*, 27, 111 s.

⁷⁵ Turco, *op. cit.*, 29.

possibile obiettare che il limite dell'interesse del creditore alla prestazione personale del debitore non assume il significato che l'opinione in esame ritiene di attribuirgli. All'interesse all'esecuzione personale non si può considerare connessa la rilevanza del comportamento e della "persona" del debitore come elemento imprescindibile del rapporto obbligatorio poiché tutto ciò è di già connotato al concetto di obbligazione, se correttamente inteso; mentre tale interesse si limita semplicemente ad attribuire rilievo all'eccezionalità rappresentata dalle prestazioni che fanno corpo con la persona del debitore, per l'esigenza, anche soggettiva purché oggettivamente accertabile, del creditore dell'esecuzione personale del soggetto passivo del rapporto⁷⁶ – che la migliore dottrina ritiene riduttivo ed astrattizzante esaurire nei rapporti connotati dall'*intuitus personae*⁷⁷ – nelle quali si sovverte la regola

⁷⁶ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 122 s.; di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 66; Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 284; Id., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 71-72; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 116 s.

⁷⁷ di Majo, op. cit., 60 s. segnala la tendenza tradizionale a ricostruire l'interesse del creditore all'esecuzione personale della prestazione da parte del debitore secondo parametri astratti, legati a categorie o classi di rapporti, invocando le figure dell'*intuitus personae* (che si rinviene per definizione nella prestazione del mandatario) e dell'infungibilità oggettiva (si pensi all'abusata ipotesi della prestazione dell'artista o alla prestazione di dare un bene infungibile) e soggettiva (è il caso della particolare affidabilità economica del debitore o della sussistenza di pregresse relazioni che hanno contribuito ad instaurare un clima di fiducia) della prestazione: sul punto v. l'attenta analisi – a tratti precorritrice della riforma dell'istituto da parte del codice civile del 1942 – di Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 119 s., in part. 122 s. L'a. suggerisce un approccio rinnovato al tema, inserendolo nel più ampio problema dell'indagine normativo-sistematica volta raccordare l'interesse del creditore all'esecuzione personale della prestazione da parte del debitore alla generale rilevanza dell'interesse creditorio in senso all'obbligazione *ex contractu*. Ciò induce a ritenere che la sussistenza dell'interesse del creditore all'esecuzione personale della prestazione da parte del debitore debba essere oggetto di un accertamento in concreto, il quale risulta superfluo nei casi di *intuitus personae* e di infungibilità della prestazione, in quanto questi ultimi sono criteri orientativi ed indicativi di tale sussistenza; mentre torna in campo nelle ipotesi di obbligazioni di fare e di dare fungibili ed anche in quelle di dare infungibile (ibidem, 65), ove, ad es., l'interesse contrario del creditore potrebbe discendere dalla particolari competenze tecniche del debitore, dalla maggiore affidabilità del debitore nell'esecuzione della prestazione in ragione di un rapporto di fiducia consolidatosi sulla base di rapporti pregressi; dalla maggiore solvibilità del debitore rispetto al terzo etc. In tal senso è anche Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 119 s., secondo cui l'apprezzamento in concreto della sussistenza dell'interesse del creditore va «condotto alla stregua di un criterio non certo esclusivamente soggettivo od individuale, bensì oggettivo e basato su un'altrettanto oggettiva e concreta analisi del contenuto e della natura della prestazione dovuta, peraltro riferita e "relativizzata" all'economia complessiva del rapporto e alle circostanze che ne accompagnano, oltretutto la nascita e il divenire, la relativa esecuzione». Di recente v. anche Ciccarelli, *L'adempimento del terzo*

secondo cui la *necessitas iuris* nell'obbligazione è rappresentata dal fatto che la prestazione sia attuata su impulso del debitore o anche soltanto a lui imputata (arg. ex artt. 1228, 1269, c.c.) e si introduce l'eccezione dell'esecuzione personale della stessa da parte del debitore, senza potersi neanche avvalere di ausiliari o di sostituti.

La dottrina in esame invoca la sostanziale diversità dell'interesse creditorio, specifico e concreto, all'esecuzione personale della prestazione da parte del debitore dall'interesse, generale ed astratto, del creditore alla realizzazione del credito⁷⁸ e con ciò l'opinione in esame si avvale della nota distinzione evocata da Giorgianni per difendere la propria concezione personale del diritto di credito dalle obiezioni che possono scaturire dall'art. 1180 c.c.⁷⁹ e criticata da Mengoni, il quale ha dimostrato, tutt'al contrario, che tale disposizione sospinge senza alcun dubbio all'individuazione dell'oggetto del diritto di credito non già nel *factum debitoris* bensì nell'*utilitas facti*⁸⁰. L'argomento non è, dunque, dei più solidi⁸¹, ma anche a volergli attribuire credito, la dottrina in esame non trae da esso le debite conseguenze sul piano della struttura dell'obbligazione. In chiave generale, si può affermare che l'obbligazione è figura giuridica della cooperazione volta a far conseguire al creditore un fine che è procurato dalla condotta del debitore, la quale qualifica il risultato dovuto. Il che equivale a dire che la cooperazione debitoria (i c.d. mezzi) rappresenta una componente imprescindibile dell'obbligazione, ma ciò non significa anche che tale condotta di cooperazione debba necessariamente identificarsi con il *facere* personale del debitore, potendo, anzi, consistere anche nell'apporto di un soggetto diverso, che venga tuttavia imputato alla sfera giuridica del debitore. L'art. 1180 c.c. si colloca invece al di là del *facere* non personale del debitore e pur tuttavia a lui imputabile⁸² e, dunque, non disciplina una forma eccezionale di

nel delicato equilibrio degli opposti interessi, cit., 398 s. L'idea della necessità di verificare caso per caso la consistenza dell'interesse del creditore contrario all'adempimento del terzo è già in A. Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 52 s.

⁷⁸ Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 119 e 123-124.

⁷⁹ Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., 205-206, 226 s.

⁸⁰ Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 181.

⁸¹ Il medesimo argomento è addotto da Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 10.

⁸² Nicolò, *Adempimento*, cit., 565, Giorgianni, *Pagamento (dir. civ.)*, cit., 330; Bessone-D'Angelo, *Adempimento*, cit., 6, i quali, sinteticamente, chiariscono che «Tuttavia, l'adempimento è esatto, se, pur non materialmente o personalmente eseguito dal debitore, sia riferibile alla persona di questi, per essere effettuato da un suo

adempimento⁸³. La prestazione è, infatti, posta in essere da un terzo, che è tale proprio perché il significato giuridico degli atti che compie non è riconducibile alla sfera del debitore. A ben vedere, se l'adempimento dell'obbligo altrui è ammesso in termini generali come potere del terzo di realizzare il diritto del creditore⁸⁴, è proprio perché l'identificazione dell'interesse del creditore con la ricezione della prestazione direttamente dal debitore non rappresenta il tratto caratterizzante dell'obbligazione, ma, ovviamente, ove essa diventi tale in circostanze particolari, è più che giustificata l'esclusione dell'intervento satisfattivo del terzo. Nella generalità dei casi, l'intervento del terzo, pur non assumendo i contorni di un adempimento in via eccezionale inesatto dal punto di vista soggettivo e ciononostante satisfattivo, non rappresenta un'incursione *ab externo* incompatibile con la struttura dell'obbligazione ed anzi viene disciplinato come un potere legittimo proprio perché il carattere personale del rapporto obbligatorio non si traduce nella rigida biunivocità della relazione tra debitore e creditore e nella sua insensibilità rispetto a fenomeni esterni. Ecco perché la migliore dottrina proclama che tra adempimento e adempimento del terzo vi sia identità di risultato⁸⁵.

Se le cose stanno in questi termini, appare abbastanza evidente che l'argomento a partire dall'interesse del creditore alla prestazione personale del debitore rischia di trasformarsi in una "trappola" per la dottrina in esame, perché destinata a sconfessarne

rappresentante, da u suo ausiliario o dalla sua organizzazione imprenditoriale. La disciplina legislativa dell'adempimento del terzo non attiene pertanto a tale ipotesi, ma soltanto a quella dell'adempimento di un terzo la cui attività sia autonoma e quindi non sia direttamente imputabile al debitore come attività propria di quest'ultimo».

⁸³ Così anche Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 437-438, il quale precisa che «di "adempimento" può parlarsi soltanto nell'ipotesi in cui il creditore consegua quel che gli spetta per il tramite del comportamento a cui il debitore è vincolato. L'interesse che è a fondamento del diritto può essere bensì soddisfatto in base al solo conseguimento del risultato atteso, ma in tal caso l'estinzione dell'obbligazione avviene "per altra via" Il vero "adempimento", invece, non si riduce al soddisfacimento con qualsiasi modalità o procedimento dell'interesse che è alla base del credito ma ricomprende innanzi tutto il comportamento, a tal fine strumentale, del debitore. Il contenuto di attività della prestazione dovuta si dirige all'"utilità" attesa dal creditore (quale oggetto da conseguire): ma resta al tempo stesso concettualmente distinto e inseparabile dal "fine" a cui tende». Adde Castronovo, *sub art. 1176*, cit., 18-19.

⁸⁴ Castronovo, *op. cit.*, 42; di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 60 preferisce parlare, invece, di autonomia e libertà del terzo.

⁸⁵ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 91; Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 181: «Tanto è vera l'identità del risultato dell'adempimento del terzo col risultato dovuto, che il terzo è legittimato ad eseguire l'offerta formale, ossia a porre in mora il creditore»; nonché Castronovo, *op. cit.*, 19, *contra* Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 9-10.

le conclusioni. La lettera dell'art. 1180 c.c. relega l'interesse del creditore alla prestazione personale del debitore a limite oggettivo dell'adempimento del terzo e tale scelta presuppone, secondo logica, che sussistano casi in cui tale limite non opera, perché, viceversa, l'eccezione coprirebbe integralmente l'ambito di applicazione della regola, svuotandola di significato⁸⁶. A voler prendere sul serio l'affermazione secondo cui da tale limite emergerebbe il rilievo assegnato in seno all'obbligazione alla condotta debitoria, se ne dovrebbe trarre la conseguenza che, in tutti i casi in cui il suddetto limite non opera, la "persona" del debitore perda di centralità e sia possibile concepire obbligazioni in cui il comportamento debitorio non acquista alcuna rilevanza, finendo per non costituire oggetto della prestazione. Si tratterebbe, però, di una conclusione prontamente smentita dalla nozione stessa di obbligazione, la quale – come si è già chiarito – non può mai prescindere da quel tratto caratterizzante costituito dall'attività poietica del debitore.

La centralità del comportamento del debitore viene, inoltre, smentita anche da quell'ulteriore limite dell'adempimento del terzo rappresentato dal rifiuto legittimo del creditore connesso alla manifestazione dell'opposizione⁸⁷ del debitore⁸⁸. La contrarietà del debitore all'adempimento del terzo non si ispira al principio *invito*

⁸⁶ Tale rischio è paventato da Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. I, cit., 185.

⁸⁷ Sull'efficacia dell'opposizione del debitore v. G. Romano, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, 312 s., con particolare riguardo al tentativo di dimostrare che tale opposizione non osta al riconoscimento della rilevanza dell'interesse all'esecuzione effettiva della prestazione.

⁸⁸ L'altro limite ancora è costituito – com'è ovvio – dall'inesattezza oggettiva della prestazione del terzo rispetto a quanto dedotto *in obligatione*. A questi limiti Romano, op. cit., 332, 334 affianca l'offerta della prestazione da parte del debitore contestuale all'offerta di adempimento del terzo, giacché, secondo l'a., quest'ultima circostanza non può costituire motivo legittimo di rifiuto della prima.

*beneficium non datur*⁸⁹ – come invece accade in *common law*⁹⁰ – e, pertanto, l'opposizione non acquista il significato di mezzo di realizzazione dell'interesse del debitore di adempiere personalmente e, anzi, la si può considerare animata dalla *ratio* opposta di favorire la realizzazione del rapporto anche contro la volontà del debitore⁹¹, dato che tale opposizione non produce l'effetto di impedire di per sé la prestazione del terzo, ma si limita soltanto a gettare la premessa che legittima il rifiuto del creditore⁹², cui è, dunque, rimessa, in ultima analisi, la scelta⁹³, che non è certo arbitraria ma soltanto discrezionale e, come tale, assoggettata al sindacato *ex fide bona*⁹⁴.

Un ulteriore indice della chiara preordinazione dell'adempimento del terzo all'esclusiva realizzazione del diritto

⁸⁹ Cfr. di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 70, che traduce tale principio come interesse del debitore a «rifiutare benefici non sollecitati». In senso contrario v. Romano, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., 327-328, «siccome l'atto del terzo incide direttamente la sfera patrimoniale del debitore, argomentando dalla disciplina di cui all'art. 1236, deve essere riconosciuto a quest'ultimo il potere di rifiutare il beneficio non voluto; e non potendo paralizzare gli effetti *ex art. 1180* il debitore, anche in mancanza di surrogazione, deve poter essere ammesso ad adempiere al terzo, con la possibilità di esperire i rimedi di cui all'art. 1206 s. c.c.»; nonché Ciccarelli, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, cit., 402 s. e nt. 31, che pure è disposta a riconoscere che il principio *invito beneficium non datur* non esprima un valore assoluto. Il c.d. principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica – ammesso che costituisca in effetti un criterio ordinante del sistema privatistico attuale – cede dinanzi all'adempimento del terzo poiché l'ordinamento ha concepito e disciplinato tale istituto come pura regola di realizzazione del credito, il che giustifica anche l'efficacia più incisiva dell'opposizione del debitore nell'ipotesi di remissione del debito, che invece costituisce un atto di mera disposizione del credito. Ciò è chiarito puntualmente da di Majo, *ibidem*, 71, il quale rileva che nella remissione del debito: «non è in gioco la realizzazione dell'interesse specifico del creditore a ricevere quanto gli spetta ma solo l'interesse di esso a rinunciare al proprio credito nei riguardi del debitore. Nell'art. 1180 c.c., invece, l'interesse del creditore è degno di maggior tutela, il che spiega perché l'interesse contrario del debitore abbia un peso minore».

⁹⁰ Friedman, *Payment for another's Debt*, in *The Law Quarterly Review*, 1983, 536 s.

⁹¹ Sul punto conviene anche Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 125 s.: «occorre dunque convenire che l'opposizione del debitore *ex art. 1180 c.c.* non solo non tutela l'interesse del medesimo ad adempiere personalmente, ma che l'adempimento del terzo non rappresenta neppure una "limitazione" dell'interesse generale del debitore, che sarebbe sotteso alla sua opposizione, a rifiutare benefici non sollecitati; e, correlativamente, ribadire come l'opposizione del debitore contemplata dalla norma in esame assolve piuttosto alla funzione specifica di legittimare e "autorizzare il creditore a rifiutare l'offerta del terzo"». L'a. aderisce sostanzialmente alla lettura offerta da di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 70 s.

⁹² Non ci sono invece appigli normativi sufficienti per sostenere che l'opposizione del debitore privi il terzo della legittimazione ad adempiere: Turco, *op. cit.*, 126-127; adde Ciccarelli, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti*

di credito e dell'impossibilità di trarre da tale istituto indicazioni favorevoli alla concezione personale dell'obbligazione è offerto dall'opinione, largamente diffusa in dottrina, favorevole all'estensione della *mora credendi* all'offerta di prestazione ex art. 1180 c.c.⁹⁵. A tal riguardo, anche la dottrina in commento è disposta a riconoscere che, tanto se applicato all'adempimento del debitore quanto se esteso all'adempimento del terzo, l'istituto della *mora credendi* mostra un comune denominatore «rappresentato dal soddisfacimento del credito anche contro la volontà del creditore: il che, a ben vedere, risponde alla più volte sottolineata e preminente esigenza di realizzazione dell'interesse creditorio generale rispetto all'interesse creditorio (ed altresì debitorio)

interessi, cit., 401 nt. 26.

⁹³ La disposizione normativa accoglie la soluzione prospettata sotto il codice civile del 1865 da Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 124-125: gli artt. 1238 e 1239 c.c. 1865 non prevedevano la possibilità del debitore di opporsi all'atto del terzo sicché in astratto era possibile immaginare tanto che a seguito dell'opposizione il creditore conservi la facoltà di accettare l'adempimento del terzo, ma sia al contempo legittimato a rifiutarlo; quanto che, tutt'al contrario, il creditore sia tenuto a rifiutarlo. Nicolò propende per il primo corno dell'alternativa: «il problema, a mio avviso, va risolto nel primo senso. Il creditore può sempre accettare la prestazione del terzo, la quale avrà sempre la sua efficacia satisfattiva nei confronti del titolare del diritto».

⁹⁴ Così di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 70 s.; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 128-130, il quale teme che rimettere il rifiuto della prestazione del terzo alla mera valutazione di convenienza del creditore comporti una surrettizia alterazione dell'istituto dell'adempimento del terzo poiché in tal modo, in presenza dell'opposizione del debitore, si subordina l'efficacia dell'atto del terzo alla libera scelta del creditore, che è esattamente quel che l'art. 1180, comma 1, c.c. vuole evitare, circoscrivendo l'ammissibilità del rifiuto del creditore all'ipotesi dell'interesse specifico all'esecuzione personale della prestazione da parte del debitore. Romano, *Interessi del debitore e adempimento*, 322, segnala che, a fronte dell'opposizione del debitore, il creditore è sì libero di accettare o meno l'adempimento del terzo, ma «deve farsi carico, secondo buona fede, delle eventuali ragioni del debitore, al quale è legato per l'appunto dal vincolo di correttezza nell'attuazione del rapporto obbligatorio: deve avere, cioè, un interesse apprezzabile a ricevere l'adempimento del terzo, tale che la sua soddisfazione risulti incompatibile con la contemporanea soddisfazione del controinteresse debitorio ma ne giustifichi, al contempo, il sacrificio».

⁹⁵ Cfr. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 190 s., il quale ravvisa nell'estensione al terzo della *mora credendi* il portato dall'ammissibilità dell'adempimento del terzo anche contro la volontà del creditore, nonché una scelta obbligata se non si vuole svuotare di significato l'ampio potere di intervento che l'art. 1180 c.c. riconosce al terzo, giacché viceversa il creditore potrebbe «non solo nei casi di eccezione [...], ma sempre rifiutare, senza conseguenze, l'offerta del terzo», il quale rimarrebbe così in balia dell'arbitrio del creditore (ibidem, 190). In tal senso anche: Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 115 s., per il quale la posizione del creditore dinanzi all'offerta del terzo è sostanzialmente di onere; A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 59, 107, 229 s.; Schlesinger,

individuale e contrario»⁹⁶. L'applicazione della *mora credendi* anche all'adempimento del terzo non giustifica però affermazioni, nella loro perentorietà scarsamente credibili, come quella dell'«inesistenza di un diritto *tout court* del creditore di pretendere l'adempimento dal debitore»⁹⁷. Tale diritto in realtà esiste e prende il nome di diritto di credito. Che poi il credito non si identifichi – o per lo meno non sempre – con la pretesa dell'esecuzione personale del debitore è certo vero, ma è tutt'altra cosa e, comunque, il riconoscimento del potere del terzo di eseguire quanto dovuto dal debitore non può comportare la negazione dell'evidenza rappresentata dalla pretesa del creditore alla prestazione del debitore – da intendersi in senso lato come adempimento imputabile al debitore – ma può, tutt'al più, indurre ad affermare che tale pretesa, a certe condizioni, cede dinanzi all'intervento del terzo.

Tutto quanto precede conduce al sovvertimento dell'approdo della dottrina da cui si sono prese le mosse ed offre, invece, la conferma che l'istituto dell'adempimento del terzo non si pone in contrasto né mette in discussione la simpatia di obbligazione e poiesi del debitore, ma anzi sta a testimoniare della possibilità che il diritto di credito venga realizzato tramite un'attività diversa dall'adempimento, ossia per il tramite dell'intervento di un terzo, che, pertanto, in nessun caso può essere considerato una forma, ancorché soggettivamente inesatta e tuttavia eccezionalmente soddisfattiva, di adempimento, in senso lato inteso, come, d'altro canto, è confermato da quell'opinione autorevole incline a ritenere che i termini “adempiere” e “adempimento” ricorrano nell'art. 1180 in senso non rigorosamente tecnico, ma indichino piuttosto

Adempimento del terzo e delegazione di pagamento, cit., 577; Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 436-437. In altri termini, c'è una sostanziale coincidenza tra le ipotesi di rifiuto legittimo del creditore dell'adempimento del terzo ex art. 1180 c.c. e le ipotesi di rifiuto legittimo del creditore ex art. 1206 c.c. Tanto ciò è vero che la dottrina, ove non ammette il rifiuto del creditore per la non operatività dei limiti oggettivi dell'interesse specifico del creditore alla prestazione personale del debitore e dell'opposizione di quest'ultimo, come accade nei casi di riconoscimento di un diritto potestativo del terzo di adempiere (artt. 2858, 2871, l'ipotesi del terzo acquirente dal debitore ed esposto all'azione esecutiva del creditore che agisce in revocatoria o del creditore pignorante e dei creditori intervenienti, ove ovviamente non siano state poste in essere le formalità per rendere l'acquisto opponibile: v. di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 53; Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 289; Romano, *Interessi del debitore e adempimento*, 319 nt. 36), considera anche preclusa al creditore la possibilità di rifiutare legittimamente l'offerta formale del terzo ex art. 1206 c.c.

⁹⁶ Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 134-135.

⁹⁷ Ciccarelli, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, cit., 411-412.

l'attitudine dell'atto del terzo alla valida realizzazione dell'interesse del creditore⁹⁸.

La preordinazione dell'adempimento del terzo alla realizzazione del diritto di credito non comporta anche una presa di posizione a favore dell'idea della tutela preferenziale dell'interesse del terzo⁹⁹ rispetto alla salvaguardia degli interessi del creditore e del debitore¹⁰⁰. Il gioco degli interessi coinvolti dalla triangolazione alla base dell'adempimento del terzo è più complesso ed investe bisogni che è necessario valutare in concreto, sicché non è prospettabile l'idea di un'unica funzione perseguita e di un unico interesse tutelato, senza che ciò significhi anche accreditare letture destrutturanti del concetto di obbligazione, disposte a sacrificare l'elaborazione dogmatica per l'ideale di una maggiore aderenza alla specificità del caso concreto, che si pretende pregiudicata dall'analisi – necessariamente astrattizzante – orientata alla elaborazione del concetto in un quadro di coerenza col sistema¹⁰¹. I conflitti di interesse sottesi possono, infatti, essere vari e lo stesso art. 1180 c.c. presuppone tutto ciò, indicando a tal fine alcuni criteri di prevalenza¹⁰². Quel che si può affermare è che la realizzazione del diritto di credito, al limite anche contro la

⁹⁸ Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 188 s., il quale trae da questa premessa la conclusione – peraltro condivisa in dottrina – secondo cui: «l'intervento del terzo non può, per il solo fatto che è stato caratterizzato con l'etichetta di "adempimento", essere ritenuto soggetto a tutte le regole che il codice civile detta per l'adempimento vero e proprio».

⁹⁹ L'adempimento del terzo appare a Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., 34 nt. 9 e 10 espressione della prevalente tutela dell'interesse del terzo.

¹⁰⁰ In posizione diametralmente opposta si collocano quanti reputano che l'art. 1180 c.c. non presupponga un interesse proprio del terzo. Sul punto v. Bessone-D'Angelo, *Adempimento*, cit., 6, i quali invece rilevano, in contrappunto a Cass. 20-05-1958, n. 1681, in *Giust. civ.*, 1950, I, 1498, che la pretesa irrilevanza dell'eventuale interesse del terzo condannerebbe l'adempimento del terzo ai margini della realtà giuridico-economica.

¹⁰¹ È la linea di recente suggerita da Ciccarelli, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, cit., 394-395, sulla scorta del richiamo, invero un po' retorico, alla c.d. "massima valorizzazione del fatto", sulla scia di P. Perlingieri, *Le obbligazioni: tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Ras. dir. civ.*, 1989, 83 s.

¹⁰² Romano, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., 318-319 riassume come segue i criteri regolatori dei conflitti di interesse desumibili dall'art. 1180 c.c.: «all'infuori delle ipotesi di prestazioni *intuitu personae*, l'interesse creditorio all'esecuzione personale della prestazione da parte del debitore soccombe rispetto alle contrapposte – qualora non configgenti – posizione di debitore e terzo, quale che sia l'interesse di cui questi si fanno occasionalmente portatori; l'eventuale interesse del creditore a ricevere l'attività solutoria del terzo prevale sull'interesse contrario del debitore; infine, l'aspettativa del terzo rimane frustrata in caso di contrario accordo debitore-creditore».

volontà del creditore, attiene alla dimensione degli effetti dell'adempimento del terzo ed, anzi, ne rappresenta la conseguenza indefettibile¹⁰³, senza che ciò comporti anche l'attribuzione all'istituto di predefinite connotazioni funzionali, il che, peraltro, è perfettamente in linea con l'osservazione, fatta in precedenza, secondo cui l'adempimento del terzo è disciplinato non come una fattispecie compiuta in tutti i suoi elementi costitutivi, bensì come una funzione o, meglio, come una direzione teleologica dell'agire di un soggetto.

Se avesse tenuto presente questo rilievo, la Suprema corte non avrebbe di recente affermato che l'art. 1180 c.c. «non disciplina affatto [...] i rapporti tra il debitore ed il terzo solutore. Nel senso che il terzo, per avere titolo d'azione nei confronti del debitore deve fare riferimento al rapporto diretto tra loro intercorrente»¹⁰⁴. Da ciò i giudici di legittimità traggono la conseguenza che l'art. 1180 c.c. «di per sé non conferisce azione al terzo che ha pagato nei confronti del debitore»¹⁰⁵, senza avvedersi però che la pretesa restitutoria del *solvens* che non sia supportata da una *causa petendi* ricollegabile ad uno specifico rapporto tra debitore e terzo trova comunque la sua giustificazione giuridica nel fatto in sé dello spostamento di ricchezza in assenza di una specifica giustificazione che produca nel suo autore un

¹⁰³ Sembra esprimere un giudizio analogo Romano, op. cit., 323 nt. 49 ove precisa che «la soddisfazione dell'interesse creditorio alla prestazione rappresenta un argine invalicabile che l'intervento del terzo non può mai superare [...] sì che, a ragione, il creditore deve accettare la prestazione del terzo quando gli siano assicurate le stesse utilità che avrebbe ricevuto dall'adempimento del debitore».

¹⁰⁴ Cass., 8-11-2007, n. 23292, in *Obbl. contr.*, 2008, 497 s. con nota di A. Tomassetti, *Adempimento del terzo e ripetizione della prestazione* e in www.ildirittopericoncorsi.it con nota di S. Ansuini, *L'adempimento del debito altrui ed i rapporti tra terzo e obbligato: l'azione restitutoria basata sul rapporto sottostante e la proponibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento*.

¹⁰⁵ L'affermazione di cui *supra* nel testo, nella sua perentorietà, non si può in alcun modo condividere e ciò rende Cass., 8-11-2007, n. 23292 assai deludente in punto di motivazione. La soluzione escogitata dalla corte si può, invece, anche condividere, purché la ragione che induce ad escludere la fondatezza della pretesa restitutoria del *solvens* venga rintracciata soltanto nel carattere *ultrapetitum* della sentenza di appello, la quale ha ritenuto di accogliere la domanda di restituzione delle somme pagate dall'appellante in qualità di terzo, invocando l'art. 1180 c.c. e, quindi, richiamandosi implicitamente all'azione di ingiustificato arricchimento, nonostante che la *causa petendi* della pretesa restitutoria fosse stata individuata in un asserito contratto di mutuo tra il *solvens* e il debitore, di cui il primo non è stato in grado di fornire la prova. Il punto è se il giudice di seconde cure possa procedere alla riqualificazione giuridica del fatto, in una assenza di una specifica domanda in via subordinata, tenendo presente che la giurisprudenza di legittimità esclude che la domanda di restituzione *ex art. 2041 c.c.* si possa ritenere proposta implicitamente in una differente pretesa.

depauperamento e va, dunque, ricondotta nella fattispecie dell'art. 2041 c.c.¹⁰⁶. E ciò in quanto, contenendo una disciplina degli effetti della prestazione non dovuta del terzo, l'art. 1180 c.c. non presuppone alcun specifico rapporto tra debitore e terzo ed anzi può del tutto prescindere, il che consente di comprendere la scelta legislativa di non disciplinare espressamente l'eventuale pretesa restitutoria del *solvens*, senza che ciò comporti una lacuna proprio alla luce della norma di chiusura contenuta nell'art. 2041 c.c.

La ricostruzione dell'adempimento del terzo come strumento di realizzazione del diritto di credito in assenza di adempimento presuppone, tuttavia, la diversità di contenuto di debito e credito, che sola giustifica la possibile scissione delle loro sorti, tramite la rottura del rapporto di correlazione funzionale e di non identità dei due lati del rapporto obbligatorio.

5. – L'affermata scissione tra realizzazione del credito ed attuazione del debito conduce l'analisi sul terreno del concetto di obbligazione, sul quale, infatti, la riflessione scientifica sulla figura dell'adempimento del terzo tradizionalmente scende, offrendo spunti a favore ora delle teorie patrimoniali¹⁰⁷ ora della teoria personale del rapporto obbligatorio¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Sul punto si rinvia ad A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 369 s.

¹⁰⁷ A. Brinz, *Der Begriff der «obligatio»*, in *Gr.Z.*, 1874, 11 s.; Id., *Lehebuch der Pandekten*, II, t. 1, Erlangen, 1879, 1 s. In Italia, pur con diversità, anche notevole, di accenti: F. Canelutti, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 528; Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 63; Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, 156 s., in part. 180 s.; E. Betti, *Teoria generale dell'obbligazione*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 28 s.; 153-155; R. Cicala, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, 58 s., 62 e nt. 128.

¹⁰⁸ V. Polacco, *Le obbligazioni*, I, Roma, 1915, 184 s. in esito di un percorso che ha condotto l'a. ad abbandonare la precedente adesione alla lettura patrimonialistica dell'obbligazione; L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*. I. *La struttura*, Milano, 1946, 45; A. Cicu, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 11 s.; Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., 213 s., in part. 217; Bianca, *Diritto civile*. 4. *L'obbligazione*, cit., 38 s.; L. Ferroni, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983, 69 s.; Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 9; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 97-99 e, di recente, C. Romeo, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008, 5. Rappresenta, invece, un autentico travisamento l'inclusione, operata da Romeo, ibidem, 2 nt. 2, di Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 171, tra i fautori della concezione personale dell'oggetto del diritto di credito. Basti a smentire tale inclusione una citazione tra le tante, in cui l'a. chiarisce che l'obbligazione si regge sulla relazione funzionale mezzo-scopo: «A questi due termini corrisponde la distinzione formale tra contenuto dell'obbligo e oggetto (o contenuto) del diritto correlativo: il primo è costituito dal comportamento dovuto, il secondo dalla soddisfazione dell'interesse tutelato, pensata come risultato da realizzare (futuro)».

La nomenclatura adottata per designare le contrapposte linee di pensiero è, però, assai inadeguata ed è destinata a generare equivoci. È opportuno chiarire che la contrapposizione tra natura patrimoniale e natura personale investe l'oggetto del diritto di credito e non già anche il contenuto dell'obbligo¹⁰⁹, di cui neanche i più convinti sostenitori delle teorie patrimoniali azzardano l'identificazione con il bene dovuto ossia con il risultato dedotto *in obligatione* o divisato dal creditore, riconducendo, invece, assai opportunamente, il contenuto dell'obbligo all'idea della condotta personale preordinata alla messa a disposizione del creditore del bene dovuto. La concezione patrimoniale dell'obbligazione si può sintetizzare con le parole di Mengoni, il quale, riallacciandosi a Donello¹¹⁰, afferma che «oggetto del diritto di credito non è il “factum debitoris”, bensì l’ “utilitas facti”, cioè il risultato in vista del quale si determina il contegno dovuto»¹¹¹.

Nella dicotomia teorie patrimoniali-teorie personali dell'obbligazione, il termine “obbligazione” diviene, dunque, paradossalmente, sinonimo di diritto di credito, il che è indice di un sostanziale travisamento semantico giacché l'obbligazione nel linguaggio giuridico invalso designa l'intero rapporto obbligatorio, quale relazione tra una posizione attiva – il credito – ed una posizione passiva – il debito –, anche se con un occhio privilegiato al lato passivo del rapporto, poiché – con ogni probabilità – la prospettiva del debitore meglio rappresenta l'intrinseca natura del diritto personale, di cui il diritto di credito è il prototipo se non addirittura la figura che esaurisce l'intera categoria. Un'intrinseca natura che consiste nella necessaria strumentalità dell'apporto del soggetto passivo del rapporto giuridico alla realizzazione dell'interesse del titolare, il cui diritto in definitiva si riduce all'utilità conseguibile tramite l'esatta e corretta attuazione della condotta strumentale al fine individuato come oggetto del diritto.

¹⁰⁹ Sul punto correttamente di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., 47; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 26 s.. L'equivoco di cui *supra* nel testo è abbastanza diffuso: cfr., ad es., Bessone-D'Angelo, *Adempimento*, cit., 1; P. Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 40 s., che, nonostante l'accuratezza dell'analisi, lega le teorie personali e patrimoniali dell'obbligazione al lato passivo del rapporto e, soltanto a partire da tale premessa, si comprendono le difficoltà dell'a. di inquadrare la concezione dell'oggetto dell'obbligazione di Mengoni, erroneamente accosta alle teorie personali, salvo poi precisare che «sotto altri profili, tuttavia, essa si discosta sensibilmente da tale orientamento»; Fondrieschi, *Prestazione*, cit., 967 s. dove, addirittura, con un capovolgimento della prospettiva corretta, la contrapposizione tra teorie personali e patrimoniali viene riferita alla prestazione.

¹¹⁰ Donello, *de iure civile*, lib. 15.

¹¹¹ Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 180-181.

Nonostante tale precisazione terminologica, non è possibile neanche affermare che nella distinzione tra conformazione personale e conformazione patrimoniale il termine “obbligazione” indichi l'intero rapporto obbligatorio perché in tal caso dovrebbe concludersi che per gli uni – i fautori della lettura patrimoniale – il vincolo obbligatorio abbia ad oggetto il bene dovuto, ossia il risultato dedotto in obbligazione, mentre per gli altri – i fautori della lettura personale – il vincolo si identifichi con la prestazione. Le teorie patrimoniali, tutt'al contrario, non si spingono mai sino a risolvere l'intero rapporto obbligatorio nel bene dovuto¹¹² giacché è viva la consapevolezza che l'oggetto dell'obbligo altro non possa essere dalla prestazione del debitore e in alcun modo, dunque, può finire per coincidere con il risultato, assunto come entità che prescinde dalla condotta dovuta, tant'è vero che Nicolò prefigura la possibilità della scissione dell'attuazione dell'obbligo dalla realizzazione del credito proprio nell'ipotesi di soddisfacimento dell'interesse creditorio senza la mediazione dello specifico apporto del debitore, qual è per antonomasia l'adempimento del terzo¹¹³.

Tutt'al più, appare più corretto affermare che la teoria personale postula l'identificazione del rapporto obbligatorio unitariamente inteso con la prestazione del debitore¹¹⁴, espungendone il bene dovuto, ma ciò si verifica esclusivamente a causa della completa sovrapposizione del contenuto dell'obbligo all'oggetto del diritto presupposta dalla linea di pensiero in discorso e dell'indisponibilità a riconoscere una diversità di contenuti tra debito e credito, che, tutt'al contrario, sono considerati nulla più che due facce di una medesima medaglia¹¹⁵.

¹¹² Un accenno in tal senso sembra, tuttavia, presente in D. Barbero, *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, 161-162.

¹¹³ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 60 s., in part.68.

¹¹⁴ Non si avvedono di ciò Ferroni, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., 70-71; Romeo, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., 2 s.; mentre quanto chiarito nel testo emerge in maniera assai chiara dalla pagina di Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., 215 s.

¹¹⁵ Giorgianni, op. cit., 217, sulla base di un ragionamento che si può sintetizzare in questi termini: 1) nessuno dubita che il contenuto dell'obbligo del debitore coincida con il comportamento dovuto; 2) la circostanza che l'ordinamento si sforzi di far pervenire al creditore, tramite l'esecuzione forzata, il medesimo bene atteso non è un indice sufficiente per concludere che l'oggetto del diritto di credito consista nel bene dovuto, tanto più che sovente un tale risultato non è conseguibile ed il creditore deve accontentarsi di un surrogato (somma di danaro); 3) ne consegue che il diritto di credito ha ad oggetto il comportamento del debitore: «A nostro avviso, la struttura dell'obbligazione deve essere adeguata al risultato che il rapporto obbligatorio è destinato a garantire al creditore. Ove si tenga conto di questo, non ci sembra dubbio che

Tale rilievo non è sempre colto in dottrina e infatti, ancora di recente, non manca chi ravvisa un collegamento di effetto a causa tra le teorie patrimonialistiche e la distinzione tra *Schuld* e *Haftung*¹¹⁶, senza avvedersi che nella concezione di Brinz il rapporto obbligatorio si riduce, in effetti, nel *teneri* ossia nella pretesa sul patrimonio del debitore (*Haftung*, rispondenza¹¹⁷); ma nell'applicazione di tale teoria alla fenomenologia dei rapporti obbligatori, prima nel campo del diritto nord-germanico e poi in quello della storiografia antica, la separazione del dovere di prestazione del debitore (*debitum*) dalla rispondenza con il proprio patrimonio (*obligatio*) si è rivelata funzionale a conferire al *debitum* maggiore e più autonoma importanza, al punto che per i germanisti l'obbligazione consisteva soprattutto in un *debitum* a cui si affianca la responsabilità patrimoniale in funzione squisitamente rafforzativa del vincolo di prestazione¹¹⁸.

La vera diversità tra le due teorie risiede, dunque, nella disponibilità ad identificare o meno il contenuto del debito con il contenuto del credito. Se ne trae una conferma dalla circostanza che, per una di quelle curiose inversioni logiche del discorso teorico, i sostenitori della teoria personale dell'obbligazione tendono a concepire l'adempimento del terzo come una forma di adempimento – chiaramente sul presupposto di una sua nozione alquanto lata¹¹⁹ o comunque come un atto del tutto equivalente all'adempimento, per lo meno sul versante del risultato ultimo¹²⁰, e, in entrambi i casi, come un strumento idoneo a realizzare

il punto di riferimento del diritto del creditore non può essere da altro costituito che dal contenuto del dovere del debitore. In altri termini, la misura del diritto del creditore non da altro può essere data che da ciò che il debitore *deve*, e cioè dal comportamento cui il debitore è tenuto». E sulla sua scia v. Bianca, *Diritto civile*. 4. *L'obbligazione*, cit., 39.

¹¹⁶ Ferroni, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., 72-73; Romeo, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., 4, il quale reputa che «le teorie “patrimoniali” traggono spunto dalla nota elaborazione tedesca dello *Schuld und Haftung* che fraziona il rapporto obbligatorio in debito e responsabilità giungendo a svalutare il profilo del comportamento dovuto (debito) a favore di quello del potere di ottenere, attraverso l'escussione del patrimonio del debitore, il soddisfacimento (per equivalente e mediante l'esecuzione forzata) dell'interesse creditorio (responsabilità). In tal modo la prestazione viene degradata sino a non essere ritenuta nemmeno un obbligo ma, piuttosto, un *dovere libero*»; nonché Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 101-102.

¹¹⁷ La precisazione terminologica è di E. Betti, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Studi nelle Scienze giur. e soc.* della R. Univ. di Pavia, V, 1919, 194; adde L. Coviello jr., *L'obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Napoli, 1931, 4.

¹¹⁸ Cfr. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., 43-44.

¹¹⁹ Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 99. Non è del tutto rigorosa sul punto la ricostruzione di Ansuini, *L'adempimento del debito altrui ed i rapporti tra terzo e obbligato*, cit., 8 nt. 14 e ciò conduce a fraintendere il pensiero di Turco.

l'obbligazione nella sua interezza, e dunque sia dal lato attivo sia dal lato passivo; mentre, in punto di pura logica, i fautori di tale teoria dovrebbero pervenire ad una conclusione diametralmente opposta: poiché l'oggetto dell'obbligazione consiste nella prestazione e l'adempimento del terzo non coincide con tutta evidenza con l'attuazione della condotta dovuta dal debitore, la prestazione del *solvens* non può per definizione realizzare l'intero rapporto obbligatorio¹²¹. E, per converso, alcuni autori favorevoli alla concezione patrimoniale dell'oggetto del diritto di credito escludono che l'adempimento del terzo attui l'obbligo del debitore; mentre, sempre in punto di pura logica, poiché l'oggetto obbligazione si identifica con il bene dovuto e l'adempimento del terzo consente al creditore proprio di conseguire il risultato dedotto in obbligazione, la prestazione del *solvens* dovrebbe essere considerata idonea a realizzare l'intero rapporto obbligatorio.

Ed in effetti la teoria patrimoniale più elaborata – quella di Nicolò – approda alla conclusione che l'adempimento del terzo, in via normale, realizza il rapporto obbligatorio, ma non come conseguenza naturale ed immediata della prestazione del terzo – mentre così postulano le teorie personali – ma come frutto della combinazione di una pluralità di effetti: la realizzazione del credito rende inutile la sopravvivenza dell'obbligo a meno che non intervenga la surrogazione del terzo nei diritti del creditore, che determina il sorgere in capo al terzo di un diritto identico a quello vantato dal creditore ma oramai realizzato, ed il permanere in vita dell'obbligo a carico del debitore¹²².

La singolare inversione nelle conclusioni cui approdano le teorie sull'oggetto dell'obbligazione dovrebbe contribuire a svelare che la concezione dell'adempimento del terzo, ora come mezzo di realizzazione del credito ma non anche di attuazione del debito ora come mezzo di attuazione di entrambi i lati dell'obbligazione e, dunque, del rapporto obbligatorio nella sua interezza, non dipende dalla natura personale o patrimoniale del diritto di credito a cui si intenda aderire – perché anzi, come si è tentato di dimostrare, la centralità di tale distinzione di per sé dovrebbe condurre ad esiti opposti – ma si ricollega direttamente al riconoscimento o meno della sostanziale identità di contenuto di

¹²⁰ Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 9-10, il quale muove dalla premessa che il diritto di credito ha ad oggetto la prestazione e perviene alla conclusione che l'adempimento del terzo offre al creditore un risultato che può essere giuridicamente equivalente a quello del debitore, il che comporta la realizzazione dell'interesse creditorio e l'inutilità della permanenza in vita del medesimo.

¹²¹ Così coerentemente Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., 230 s.

¹²² Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 91 s. in part. 100.

debito e credito. Difatti, l'accoglimento dell'idea della piena sovrapposizione delle due posizioni soggettive dell'obbligazione impone la conclusione che l'adempimento del terzo, determinando senza alcun dubbio il soddisfacimento del diritto di credito, non possa che attuare anche il contenuto dell'obbligo, che dell'oggetto del credito rappresenta la proiezione speculare.

Di tutto ciò si trae una conferma dall'analisi della ricostruzione dell'adempimento del terzo accolta da Emilio Betti: nonostante la concezione patrimoniale del rapporto obbligatorio da questi propugnata, l'adempimento del terzo appare a Betti un mezzo di estinzione di entrambi i lati dell'obbligazione in quanto idoneo, al contempo, a realizzare il credito e ad attuare la prestazione, il che potrebbe sembrare singolare alla luce della tendenza dei fautori delle teorie patrimoniali ad affermare proprio il contrario, disconoscendo all'adempimento del terzo l'effetto di estinzione del debito¹²³. La singolarità della soluzione è però soltanto apparente se solo ci si sofferma sulla circostanza che anche Betti, pur dalla sua specola orientata sul bene dovuto, finisce per far sostanzialmente coincidere l'oggetto del diritto di credito con il contenuto dell'obbligo: il primo viene, infatti, identificato nell'aspettativa di soddisfazione dell'interesse dedotto *in obligatione* ed ha ad oggetto non già l'evento di cui il debitore è chiamato a rispondere in sede di responsabilità in caso di inadempimento, quanto piuttosto il bene specifico al cui conseguimento è preposta la responsabilità¹²⁴; mentre il secondo consiste in «un contegno di cooperazione – più spesso positivo, talora negativo – sempre destinato, però, a produrre un certo effetto socialmente apprezzabile e dal creditore desiderato»¹²⁵. Il contegno di cooperazione in cui si sostanzia il contenuto dell'obbligo si articola, però, in due elementi: uno soggettivo e l'altro oggettivo. Il primo coincide con la condotta cooperativa del debitore strumentale alla realizzazione dell'interesse del creditore; mentre il secondo consiste nell'utilità tipica attribuita al creditore e, sovente, l'elemento soggettivo si rivela del tutto indifferente e, dunque, sostituibile. In tal caso assume rilievo esclusivo l'utilità dovuta e, pertanto, il contenuto dell'obbligo – del tutto oggettivo – finisce per sovrapporsi all'oggetto del diritto di credito. La conseguenza che ne discende sul versante degli effetti

¹²³ Cfr. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 103 s.

¹²⁴ Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, cit., 42-43.

¹²⁵ Betti, op. cit., 76, il quale prosegue precisando «un contegno di cooperazione il cui scopo immanente è di apportare alla sfera d'interessi del creditore un tipico vantaggio della vita di relazione come cooperazione svolta nell'interesse altrui e idonea a conferire ad altri (consociati) una tipica utilità».

dell'adempimento del terzo è che «la medesima tipica utilità che al creditore dovrebbe essere attribuita per opera del debitore, può essergli egualmente apportata anche per opera di persona diversa. In questi casi è evidente che, per opera del terzo, il creditore ottiene non un semplice surrogato della prestazione, ma la prestazione stessa, in quanto questa, considerata rispetto alla funzione di soddisfare un interesse del creditore, è, per l'appunto fungibile»¹²⁶.

L'idea dell'identità di contenuto di credito e debito circola anche al di fuori della contrapposizione tra teorie patrimoniali e teoria personale dell'obbligazione. Il caso più noto è rappresentato dalla concezione dell'obbligazione di Francesco Carnelutti come vincolo che impone ad un soggetto, il debitore, di tollerare l'invasione della sua sfera giuridica da parte di un soggetto determinato, il creditore e, dunque, come rapporto avente ad oggetto un *pati*¹²⁷. Ciò significa che all'interno del rapporto obbligatorio si consuma una sorta di conflitto tra due diritti: «tra il diritto del debitore ad escludere ognuno dal godimento del bene dedotto in obbligazione e il diritto del creditore a non esserne escluso». Ne discende che il diritto di credito ha ad oggetto non già una condotta positiva di cooperazione del debitore, bensì la sua astensione dall'esercizio del potere di esclusione che gli spetterebbe secondo le norme distributive. Il *pati* è, dunque, il contenuto – a segno invertito – tanto dell'obbligo del debitore quanto del diritto del creditore, che, infatti, è concepito come il “rovescio dell'obbligazione”, e tutto ciò incide sulla configurazione del soddisfacimento dell'interesse del creditore *invito debitore* – di cui l'adempimento del terzo è una possibile forma – che viene reputato da Carnelutti idoneo a realizzare il rapporto obbligatorio nella sua interezza: «Se dunque il creditore arriva a procurarsi, malgrado la resistenza del debitore, sul patrimonio di questo la identica *res debita*, questa è anzi la piena prova che il contenuto dell'obbligazione non consiste che in una tolleranza; e la natura giuridica del dovere del debitore è rigorosamente posta quando l'ordine giuridico gli impone la tolleranza a tal segno che, anche se egli non vuole tollerare,

¹²⁶ Betti, op. cit., 76-77, ove l'ulteriore rilievo secondo cui «ciò che viene surrogato in tali casi, non è la prestazione in sé stessa, sibbene il contegno di cooperazione dovuto dal debitore – contegno la cui individualità è irrilevante ai fini della prestazione. Ciò vale tanto per l'esecuzione volontaria della prestazione da parte di un terzo prestante in luogo e vece del debitore, quanto anche per l'esecuzione forzata in forma specifica».

¹²⁷ F. Carnelutti, *Appunti sull'obbligazione*, I, *Distinzione fra diritti reali e diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 533 s.

consente al debitore [leggi: creditore n.d.a.] di godersi ugualmente il bene, che pur rientra nella sfera giuridica di lui»¹²⁸.

In senso diametralmente opposto, il riconoscimento della diversità di contenuto tra debito e credito e della conseguente possibilità della dissociazione tra attuazione del contenuto dell'uno e realizzazione dell'oggetto dell'altro consente di concepire l'adempimento del terzo come ipotesi di soddisfacimento dell'interesse creditorio senza la correlativa attuazione del debito. In questa direzione si muove la ricostruzione dogmatica più rigorosa, la quale ravvisa infatti nell'adempimento del terzo una forma di realizzazione del credito equiparata dalla legge al conseguimento del risultato dovuto tramite l'attuazione dell'obbligo da parte del debitore¹²⁹. Una forma di realizzazione del credito – si badi bene – del tutto sganciata dall'attuazione dell'obbligo e concepibile proprio grazie alla distinzione concettuale di queste due posizioni soggettive, da cui discende l'ulteriore corollario secondo cui la correlazione funzionale tra obbligo e credito non sconfinava nell'identità dei due termini del rapporto. Tale epilogo appare certamente condivisibile, ma con una precisazione dogmatica di non poco conto: l'eventuale estinzione del rapporto obbligatorio a seguito della realizzazione del credito attuata dall'adempimento del terzo non è connessa alla sopravvenuta inutilità dell'obbligo determinata dal soddisfacimento dell'interesse creditorio¹³⁰, ma è la diretta conseguenza del dissolvimento del nesso di correlazione funzionale tra debito e credito, che è tale da instaurare un legame di interdipendenza delle due situazioni giuridiche soggettive in virtù del quale esse *simul stabunt simul cadent*.

6. – La teoria secondo cui l'adempimento del terzo determina l'estinzione dell'obbligazione per inutilità sopravvenuta dell'obbligo e, dunque, per conseguimento dello scopo conosce diverse varianti, la più radicale delle quali concepisce

¹²⁸ Carnelutti, op. cit., 542.

¹²⁹ Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 182, nonché Pugliatti, *Diritto civile (saggi)*, cit., 588 e Id., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 10, 129; Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 90; Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., 22.

¹³⁰ Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 141 ss.; Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., 229; Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 438, il quale tuttavia si mostra scettico in ordine all'idea della scissione della sorte del credito da quella del debito e considera l'adempimento del terzo una delle ipotesi di estinzione soddisfattoria dell'obbligazione per mezzo di una vicenda che non rientra nella normale attuazione del rapporto.

l'adempimento del terzo come strumento di realizzazione del solo interesse del creditore e non anche del suo diritto giacché quest'ultimo ha ad oggetto esclusivamente la prestazione del debitore e non certo il bene cui essa è finalizzata ed infatti «ciò che la legge tutela è il conseguimento del bene *per mezzo della prestazione del debitore*, e non già il conseguimento del bene per mezzo del terzo o il conseguimento comunque avvenuto. È la realizzazione dell'*interesse* del creditore che, nelle ipotesi di pagamento del terzo, produce la estinzione dell'*obbligazione*»¹³¹. Una tale conclusione trae alimento, con ogni evidenza, dall'adesione alla teoria personale del diritto di credito, il cui oggetto viene rinvenuto dall'opinione in esame non già nella signoria sul bene che la prestazione deve far pervenire al creditore¹³², ma nella prestazione medesima giacché «è a tale prestazione che il creditore ha diritto, e non già, direttamente, al bene. Una contraria deduzione in proposito non può trarsi [...] dalle disposizioni relative al c.d. adempimento del terzo»¹³³.

C'è però un ulteriore presupposto teorico alla base della posizione in commento: la critica della concezione normativa del diritto soggetto come atteggiamento concreto di una norma ossia come subbiettivazione di un imperativo giuridico¹³⁴ che attribuisce al titolare una signoria sul bene cui il diritto si riferisce¹³⁵ e la convinzione che l'interesse del titolare rivesta il ruolo di autonomo elemento costitutivo della struttura formale diritto soggettivo, al punto da giustificare la realizzazione dell'interesse anche ove venga conseguito in circostanze e con modalità diverse da quanto previsto dalla norma attributiva del diritto medesimo¹³⁶. La

¹³¹ Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 141-142.

¹³² Così Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 72 e 79-80.

¹³³ Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 143.

¹³⁴ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 75.

¹³⁵ Nicolò, op. cit., 72.

¹³⁶ Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 143 s. in dissenso da Nicolò (*L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 75-80), il quale, invece, ritiene che «il diritto soggettivo non è (se non da un punto di vista teleologico e descrittivo) una forma di tutela avente per oggetto l'interesse del titolare, ma consiste essenzialmente in un potere, accordato al soggetto, che originariamente è la subbiettivazione della tutela normativa e che in tanto diviene una autonoma situazione giuridica individuale in quanto l'effettiva attuazione è posta a disposizione del titolare» (ibidem, 76). E, pertanto, l'interesse si colloca al di fuori della struttura del diritto soggettivo, costituendo la materia della protezione giuridica; ma non ne diviene anche elemento costitutivo perché, viceversa, si finirebbe «con lo attenuare, fino quasi ad eliminare, l'elemento del potere riconosciuto al soggetto, elemento che pure rappresenta, a mio avviso, l'essenza formale, ossia propriamente giuridica, del diritto

concezione di diritto soggettivo presupposta dalla dottrina in esame poggia su di un elemento formale costituito dal riconoscimento e da due elementi materiali ravvisati nell'interesse tutelato e nella volontà del titolare, venuti meno i quali l'elemento formale non può sopravvivere poiché esso consiste, per l'appunto, nel riconoscimento di tali presupposti di fatto operato dalla norma¹³⁷.

Nell'opinione in esame si annida però un'incongruenza. Al fine della qualificazione dell'adempimento del terzo come ipotesi di realizzazione dell'interesse creditorio ma non anche del diritto di credito, per l'idoneità della prestazione del *solvens* ad estinguere sì il rapporto obbligatorio ma non per via diretta quanto piuttosto tramite il conseguimento per altra via del suo scopo, non si rivela

soggettivo» (ibidem, 73). Nicolò prende, dunque, le distanze da quella corrente di pensiero che da Jhering a Thon assegna all'interesse il rango di elemento autonomo del diritto soggettivo rispetto al quale la protezione giuridica si presenta come una mera «rete di sicurezza destinata a funzionare esclusivamente nel caso di mancata soddisfazione dell'interesse»: questa è la conclusione cui si perviene partendo sia dalla nozione di diritto soggettivo come interesse protetto sia dalla nozione di protezione giuridica di un interesse – che è la posizione di Thon e che diverge da quella del diritto soggettivo come interesse protetto perché segnala che il diritto soggettivo non è il frutto della giustapposizione di due elementi equiordinati poiché l'interesse protetto è assorbito nella protezione giuridica e ne ha assunto la forma. L'a. rileva, infatti, che, se così stessero le cose, «si verrebbe alla conseguenza che il diritto soggettivo non esiste (come entità autonoma) allo stato di quiete e che nel momento in cui l'interesse viene spontaneamente soddisfatto o di esso non viene richiesta la soddisfazione, non esiste ancora un potere del soggetto come signoria sul bene, ma solo un potere (eventuale) di far valere la protezione giuridica, ossia in altre parole il diritto alla tutela giuridica». In definitiva le formula interesse protetto si limita ad indicare il processo di valutazione da parte della norma, ma non anche il risultato di tale valutazione e, dunque, nulla dice sull'ampiezza e sul contenuto della struttura formale del diritto soggettivo. Nel pensiero di Nicolò il diritto soggettivo non va confuso con quella sua particolare qualità rappresentata dall'idoneità a reintegrarsi dopo una violazione, poiché esso è una derivazione di una norma e, dunque, esiste per il solo fatto che vi sia la norma che lo contempla, a prescindere quindi dalla sua effettiva attuazione, la quale potrebbe dipendere anche da ragioni di ordine pratico. L'a. ritiene infatti che «il diritto soggettivo non è (se non da un punto di vista teleologico e descrittivo) una forma di tutela avente per oggetto l'interesse del titolare, ma consiste essenzialmente in un potere, accordato al soggetto, che originariamente è la subiettivazione della tutela normativa e che in tanto diviene autonoma situazione giuridica individuale in quanto l'effettiva attuazione è posta a disposizione del titolare, e in secondo luogo che il potere del soggetto, se si fa valere coattivamente solo dopo che sia stato violato e se quindi solo in questo momento sembra acquistare efficacia concreta e visibile, in realtà esso esiste prima e dopo la violazione e non è quindi condizionato né dalla volontà del soggetto né dall'esercizio effettivo dei mezzi forniti dall'ordinamento giuridico per la sua realizzazione». Alla luce di queste affermazioni, risulta davvero incomprensibile – a meno di non immaginare un'exasperazione dell'intento polemico – il giudizio sulla concezione del diritto soggettivo di Nicolò espresso da Orlando Cascio (*Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 145 e nt. 338) stando

per nulla essenziale l'affermazione dell'autonomia dell'elemento materiale dell'interesse rispetto all'elemento formale del riconoscimento, sulla quale si può al limite anche convenire, senza che sia però necessario pervenire alla conclusione che l'adempimento del terzo costituisca una forma di estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo. Il nodo è, infatti, un altro e va individuato nell'identificazione dell'ampiezza e del contenuto dell'interesse creditorio cui riconoscere quel predicato rilievo autonomo in seno alla struttura del diritto soggettivo. La soluzione accolta dalla dottrina in commento dà luogo ad un quadro in cui l'interesse del creditore sporge rispetto al riconoscimento legale e ciò in quanto al creditore compete sì l'aspettativa dell'utilità dedotta *in obligatione*, ma per il solo tramite della prestazione del debitore¹³⁸, sicché l'interesse del creditore abbraccia il bene dovuto, quale che sia il canale tramite cui esso perviene al creditore, mentre il diritto di credito investe la

al quale sembrerebbe che Nicolò escluda dal contenuto del diritto soggettivo le facoltà di godimento e di disposizione esauendo la libertà che il diritto conferisce al titolare nella mera iniziativa volta alla reintegrazione del diritto violato; mentre è lampante che Nicolò non giunga affatto a tale conclusione ma anzi affermi che la libertà – *melius* il potere sul bene – che il diritto conferisce al titolare, nel momento della violazione e della conseguente reintegrazione coattiva della situazione violata, acquista soltanto quella visibilità esteriore che altrimenti resterebbe in ombra.

¹³⁷ Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 145, il quale precisa poi che «si potrà accentuare più o meno l'uno o l'altro dei detti elementi e dare prevalenza all'elemento della volontà, o a quello dell'interesse, ovvero, infine, a quello del riconoscimento. Ma non si potrà disconoscere che tutti quegli elementi sono elementi costitutivi del diritto subiettivo».

¹³⁸ Non è certo questo il significato del passo di Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 62 s. invocato da Orlando Cascio, op. cit., 146. Pugliatti si limita a segnalare l'inadeguatezza della costruzione del diritto soggettivo su basi esclusivamente formali e lo fa sulla scorta del rilievo che il riconoscimento rappresenta «l'elemento formale del diritto suriettivo, l'impronta dell'ordinamento giuridico, il suggello in virtù del quale interesse e volontà, *in quanto riconosciuti e nel senso in cui sono riconosciuti* [corsivo nostro], diventano, in sintesi, un potere giuridico. L'elemento formale, che imprime il carattere della giuridicità, ricollegandosi all'ordinamento giuridico e quindi alla norma, è certo il momento essenziale tipico; ma non si può considerare come il solo elemento costituente il diritto subiettivo. La fonte di ogni effetto giuridico è la norma, la quale però non è tutto il fenomeno giuridico. I presupposti di fatto e le condizioni alle quali l'applicazione della norma è subordinata, costituiscono elementi del fenomeno giuridico, considerato nel suo complesso integrale. Il fenomeno giuridico è un fatto storico-sociale giuridicamente qualificato: il nucleo (elemento sostanziale) sta nel fatto, l'elemento qualificativo (elemento formale) promana dalla norma». Il senso del pensiero di Pugliatti sembra assai distante dalla conclusione a cui approda Orlando Cascio: Pugliatti assegna rilevanza all'interere del creditore (elemento sostanziale) nei termini segnati dal riconoscimento e non già al di là di esso e, quindi, la posizione del Maestro messinese coincide perfettamente con quella

sola prestazione poiché «la tutela normativa è predisposta solo nei riguardi del debitore»¹³⁹. La conseguenza è la negazione al dato formale dell'attitudine di conformare l'interesse del creditore in modo tale da decretarne l'irrelevanza giuridica relativamente a quel segmento che non risulta coperto dalla protezione normativa. Il che, in punta di logica, si potrebbe anche accettare, sebbene ne uscirebbe fortemente ridimensionata la relazione dinamica mezzirisultato che costituisce la specificità dell'obbligazione e che induce ad affermare che lo scopo del diritto di credito è proprio quello e nulla più che è conseguibile mediante quella specifica attività strumentale dedotta *in obligatione*¹⁴⁰.

L'obiezione – difficilmente disinnescabile – che va opposta alla versione della teoria dell'estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo qui esaminata è, dunque, la seguente: perché mai il rapporto obbligatorio dovrebbe presentare uno scopo diverso dal contenuto del diritto di credito? A cui va aggiunto l'ulteriore rilievo – questo sì di pura logica – che, se è vero che il diritto di credito si compone anche del requisito dell'interesse e che tale requisito non risente dell'ampiezza del riconoscimento, al punto da poter conseguire la sua realizzazione anche al di fuori del meccanismo predisposto dalla norma, allora tale circostanza deve necessariamente incidere sulla determinazione del contenuto del diritto di credito, il quale, a questo punto, non può essere circoscritto alla prestazione del debitore, come vorrebbe l'opinione in esame¹⁴¹, perché l'identificazione del credito con il diritto alla prestazione smentisce la premessa della rilevanza in senso al diritto soggettivo dell'interesse e della volontà e finisce per confermare proprio l'assunto che si era inteso sovvertire, ossia l'eshaustività del momento formale in sede di conformazione dell'oggetto del diritto soggettivo¹⁴².

¹³⁹ Orlando Cascio, op. cit., 147.

¹⁴⁰ L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, I, *L'oggetto dell'obbligazione nelle due categorie di rapporti*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 190 e nt. 21, 193; Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 141; F. Piraino, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 117-119.

¹⁴¹ Orlando Cascio, op. cit., 147.

¹⁴² Quanto segnalato nel testo emerge con una certa chiarezza dal passaggio in cui Orlando Cascio, op. cit., 141 chiarisce che «ciò che – a mio modo di vedere – la prestazione del terzo realizza è soltanto l'*interesse* del creditore, non già il suo *diritto*. Il diritto del creditore è soltanto diritto alla prestazione del debitore, e non già diritto al bene, oggetto della prestazione. Ciò che la legge tutela è il conseguimento del bene *per mezzo della prestazione del debitore*, e non già il conseguimento del bene per mezzo del terzo o il conseguimento comunque avvenuto».

Sulla scorta di questa precisazione va respinta ogni giustificazione dell'istituto dell'adempimento del terzo legata all'idea – irrimediabilmente venata di empirismo¹⁴³ – del conseguimento altrimenti dello scopo dell'obbligazione ed è, invece, possibile delineare con maggiore precisione i caratteri del rapporto obbligatorio: il diritto di credito presenta un oggetto diverso dal contenuto del debito e tale oggetto si identifica con il bene dovuto o, più in generale, con l'utilità attribuita mediante il riconoscimento del diritto di credito; mentre il contenuto del debito consiste nella condotta dovuta, ossia nell'impegno di poiesi del debitore finalizzato a consentire l'acquisizione al creditore del bene o dell'utilità spettantegli. Non è legittimo, però, inferire dalla diversità di contenuti ora descritta l'autonomia di credito e debito, la quale è invece smentita dal rilievo che la sostanziale unitarietà delle due posizioni soggettive si riacquista all'interno del rapporto giuridico in cui esse acquistano significato e al di fuori del quale perderebbero il proprio senso e che, peraltro, la figura giuridica dell'obbligazione presuppone sino al punto di identificarsi sia dal punto di vista concettuale sia dal punto di vista semantico, con piena legittimazione del diritto positivo che assume e disciplina l'obbligazione non già come posizione debitoria ma come rapporto giuridico. Non v'è dubbio infatti che il Titolo I del Libro IV del codice civile custodisca lo statuto dell'intero rapporto obbligatorio e non già soltanto del suo lato passivo.

All'interno del rapporto obbligatorio si copie la sintesi del credito e del debito, ossia del risultato e del comportamento strumentale, e si stringe tra le due situazioni giuridiche quel nesso di correlazione ma di non identità, alla cui stregua acquista pieno senso l'insegnamento secondo cui «l'obbligazione tende non solo all'atto del debitore come tale, bensì all'atto con riguardo al risultato da prodursi mediante l'atto» (cit. da Windscheid, n.d.a.). Il comportamento del debitore non è idoneo, per sé stesso, ad appagare l'interesse del creditore, ma soltanto attraverso il risultato cui mette capo: la produzione di questo risultato è ciò che interessa il creditore. Di qui a riconoscere che il contenuto dell'obbligo non ha ragione di scopo bensì di mezzo per uno scopo, non dovrebbero esserci difficoltà¹⁴⁴. Non esistono, infatti, obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato: «il rapporto

¹⁴³ La critica secondo cui costituisce una spiegazione empirica quella che giustifica l'estinzione dell'obbligazione a seguito di adempimento del terzo come conseguenza del venir meno dell'interesse del creditore ossia del presupposto del rapporto obbligatorio è rivolta da Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit. 168-169 e nt. 1 a Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., 230-231.

¹⁴⁴ Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 168.

obbligatorio implica essenzialmente un “dover dare” e un “dover ricevere” funzionalmente complementari, giacché non ha senso una obbligazione in cui sia dedotto un comportamento produttivo di una utilità destinata al creditore. Questa utilità è precisamente il risultato dovuto, il bene assicurato dal diritto di credito¹⁴⁵. Nel rapporto mezzi-risultato prende corpo la simpatia tra l'interesse tutelato del creditore e l'attività poetica del debitore: ed è in tale relazione simpatica tra condotta e risultato che è racchiusa l'essenza dell'obbligazione, il suo tratto maggiormente caratterizzante, ancora più della cooperazione delle parti¹⁴⁶. L'essenza del nesso di correlazione e di non identità di debito e credito si rintraccia anche in quell'autorevole lettura unitaria del rapporto obbligatorio che, in controtendenza rispetto alla tradizione, assume il punto di vista del lato attivo del rapporto¹⁴⁷ e, quindi, direttamente nel diritto di credito rintraccia quella sintesi di mezzi e risultato che qui si è invece collocata all'interno del rapporto obbligatorio sul presupposto della diversità di contenuto di debito e credito. Nella prospettiva unitaria che muove dal diritto di credito, di quest'ultimo va distinto il contenuto dall'oggetto. Il primo coincide con la pretesa vantata dal creditore nei confronti del debitore e quindi descrive tanto il momento strumentale della prestazione quanto il suo termine rappresentato dal risultato finale¹⁴⁸. Il secondo si collega, invece, all'interesse del creditore al punto che è lecito identificare l'oggetto del credito con l'oggetto di tale interesse, che consiste nell'utilità che il creditore può legittimamente attendersi, sicché l'oggetto del diritto di credito

¹⁴⁵ Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), cit., 188; ma v. anche di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 100, 105 s., il quale precisa che «punto di riferimento dell'interesse del creditore è la prestazione del debitore, definita sia, nel suo aspetto soggettivo, di comportamento tendente a far conseguire al creditore un determinato risultato e sia, nel suo aspetto oggettivo, di bene o di utilità o di risultato». Sul punto sia concesso il rinvio a Piraino, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, cit., 83 s., in part. 111 s., 133 s.

¹⁴⁶ Il concetto di cooperazione è al centro della descrizione del rapporto obbligatorio offerta da E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzioni economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 9 s.; Id., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, cit., 49.

¹⁴⁷ Ferri, *Il negozio giuridico*, cit., 159 s.

¹⁴⁸ Ferri, op. cit., 159. Non altrettanto condivisibile è invece l'affermazione della completa identità tra contenuto dell'obbligo e contenuto del credito (ibidem, 159-160), ribadita sulla scorta dell'insegnamento di Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., 15 secondo cui «l'“obbligo” del “debitore” non è che la correlativa espressione di quella signoria, cioè del diritto di credito».

finisce per designare proprio il bene dovuto¹⁴⁹.

Nella diversa prospettiva del rapporto obbligatorio, che qui si privilegia, la struttura necessariamente relazionale di debito e credito traduce, sul piano della fattispecie, proprio quel legame di correlazione funzionale che segna la loro naturale predeterminazione a confluire nella cornice unitaria dell'obbligazione quale rapporto¹⁵⁰. La dimensione del rapporto giuridico produce la *reductio ad unitatem* di quelle due diversità rappresentate dal debito e dal credito. Ciò rappresenta senza dubbio la cifra dell'obbligazione, ma, secondo una lettura assai autorevole, sarebbe addirittura il connotato di qualsiasi diritto soggettivo, poiché il rapporto giuridico costituirebbe il concetto centrale della sistematica giuridica ed esso si presenta sotto il profilo strutturale come «la sintesi di due posizioni essenzialmente correlative, nel senso che la posizione attiva (diritto) non si concepisce senza l'esistenza di una correlativa posizione passiva (obbligo). Sia il diritto, il cui contenuto è dato da un *potere*, sia l'obbligo, il cui contenuto è dato da un comportamento del soggetto passivo, sono elementi costitutivi del rapporto giuridico, alla cui formazione essi concorrono sullo stesso piano. Nell'economia del rapporto giuridico entrambi tali elementi devono conservare la loro autonomia, per cui si deve pensare non che l'uno possa essere oggetto dell'altro, ma che entrambi facciano riferimento ad un elemento obiettivo che sta in certo senso fuori di essi»¹⁵¹.

Per tornare al tema che ci occupa, qual è allora il significato della predicata diversità di contenuto di debito e credito? Essa consente di concepire la possibilità che la sorte delle due posizioni soggettive correlate diverga e che pertanto il credito venga realizzato a prescindere dall'attuazione dell'obbligo e, a sua volta, quest'ultimo permanga in vita nonostante che il primo sia stato soddisfatto. Non è invece ipotizzabile adempimento senza realizzazione dell'interesse del creditore e ciò si giustifica alla luce della necessaria strumentalità della condotta rispetto al risultato dovuto, sicché, ove pure accada che il contenuto dell'obbligo si attui ma non ne consegua il soddisfacimento dell'interesse creditorio – come ad es. nel caso di offerta formale seguita dal deposito irrevocabile *ex art. 1210, comma 2, c.c. o di prestazione*

¹⁴⁹ Ferri, *op. cit.*, 159-160, il quale, nel prosieguo della trattazione, riproduce la distinzione tra contenuto ed oggetto nel campo del negozio giuridico.

¹⁵⁰ Anche Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 38-39 riconosce che la struttura dell'obbligazione può essere correttamente rappresentata soltanto in chiave di rapporto.

¹⁵¹ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 80.

al creditore apparente di cui all'art. 1189 c.c. – non di adempimento si tratterà¹⁵². Se ne deve trarre che l'adempimento è categoria dell'intero rapporto obbligatorio e non già del solo obbligo del debitore¹⁵³, il che non deve stupire più di tanto se solo ci si attiene al canone metodologico che predica l'esistenza di un nesso di stringente implicazione tra effetto giuridico e fatto, tale per cui il primo va commisurato sull'interesse che nel secondo prende vita¹⁵⁴. L'interesse che si costituisce nel fatto posto alla base di un vincolo obbligatorio consiste nel conseguimento da parte del creditore di un'utilità destinata ad essere prodotta dall'attività poetica del debitore, sicché risultato e mezzi sono correlati ma il primo esercita una efficacia polarizzante sul rapporto che è tale da potersi legittimamente escludere che vi sia adempimento se non in presenza della realizzazione dell'interesse creditorio, sempre che propiziata dalla cooperazione debitoria.

7. – Un banco di prova decisivo tanto della predicata diversità di contenuto dell'oggetto del credito e del contenuto dell'obbligo quanto della suggerita estinzione del rapporto obbligatorio a seguito di adempimento del terzo per rottura del rapporto di correlazione funzionale di debito e credito è offerto dall'istituto della surrogazione. Com'è noto, il terzo adempiente può essere surrogato nella posizione che il creditore-accipiente vanta nei confronti del debitore o per scelta del creditore al momento della prestazione (art. 1201 c.c.) o per effetto di legge *ex art. 1203 c.c.*¹⁵⁵. Il nodo da sciogliere va ravvisato nel significato dogmatico della surrogazione e il problema può essere ridotto al quesito se il diritto in cui è surrogato il *solvens* sia il diritto originario del creditore o rappresenti, piuttosto, un diritto nuovo ma di contenuto identico alla pretesa del creditore soddisfatto, che sorge a seguito della prestazione del terzo, che ne rappresenta dunque il titolo.

¹⁵² Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 174 s.

¹⁵³ Lo chiarisce Mengoni, op. cit., 175 nt. 1, sulla scia di P. Kretschmar, *Beiträge zur Erfüllungstheorie*, in *Jherings J.*, 85, 1935, 184 s., in part. 210-211, 224.

¹⁵⁴ Cfr. di recente V. Scalisi, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, 303 s., sulla scia del magistero di A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 62 s.

¹⁵⁵ All'adempimento del terzo non si può applicare la surrogazione per volontà del debitore di cui all'art. 1201 c.c. poiché in questa fattispecie è formalmente il debitore e non già il terzo mutuante ad eseguire la prestazione.

In prima battuta, va decisamente contestato che la surrogazione determini una novazione dell'originario rapporto obbligatorio, con estinzione dell'obbligazione precedente e nascita di un'obbligazione nuova¹⁵⁶. Questa lettura capovolge la corretta prospettiva poiché il punto di partenza – quale dato incontrovertito – è che il fatto del terzo determina la realizzazione del credito, sicché il vero dubbio investe proprio il diritto del creditore, che o si estingue o sopravvive, ma in quest'ultimo caso ci si deve domandare come sia possibile che il diritto permanga nonostante il soddisfacimento dell'interesse del creditore di cui esso costituisce la forma di tutela. Peraltro, la disciplina positiva – in aperta discontinuità rispetto all'art. 1267 del c.c. 1865¹⁵⁷ che la Relazione al Re che accompagna il codice civile del 1942 addirittura condanna come fonte di «confusa promiscuità» – non offre appigli per costruire la figura della novazione soggettiva attiva¹⁵⁸,

¹⁵⁶ Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 46 nt. 60.

¹⁵⁷ «La novazione ha luogo in tre maniere: 1. Quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito, il quale viene sostituito all'antico, che rimane estinto; 2. Quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, il quale viene liberato dal creditore; 3. Quando in forza di una nuova obbligazione un nuovo creditore viene sostituito all'antico, verso cui il debitore rimane liberato» (art. 1267 c.c. 1865). P. Lambrini, *La novazione*, in *I modi di estinzione*, a cura di A. Burdese-E. Moscati, in *Tratt. obbl.*, diretto da L. Garofalo-M. Talamanca, III, Cedam, 2008, 453-454 segnala che la disposizione del codice previgente, oltre a ricalcare l'art. 1271 *Code civil*, riproduce una tradizione giuridica millenario che risale al diritto romano nel quale la novazione costituiva un istituto unitario caratterizzato dalla trasformazione dell'obbligazione in una nuova, che conservava il medesimo *debitum*, ma presentava anche un *aliquid novi* che poteva consistere tanto nella sostituzione del debitore o del creditore quanto nell'inserimento o nell'eliminazione di un elemento accessorio al debitore, come ad es. una condizione, un termine etc. La previsione della novazione soggettiva, attiva e passiva, contenuta nel codice del 1865 era peraltro perfettamente coerente con un sistema in cui le obbligazioni non erano trasmissibili a titolo particolare, per l'assenza di un meccanismo di cessione del credito concepito come istituto del diritto generale delle obbligazioni giacché la cessione veniva disciplinata come sottotipo della vendita (artt. 1538-1548 c.c. 1865).

¹⁵⁸ Sul punto v. ora E. Moscati, *I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende estintive liberatorie*, in *I modi di estinzione*, a cura di A. Burdese-E. Moscati, in *Tratt. obbl.*, diretto da L. Garofalo-M. Talamanca, III, Cedam, 2008, 15 s.; Lambrini, *La novazione*, cit., 453 s., in part. 456-457: «Il legislatore sembra aver avuto l'intenzione di escludere dal sistema la novazione soggettiva attiva, sostituendola completamente con la cessione del credito, con la quale non si produce, però, la perdita delle garanzie, dei privilegi e degli altri accessori (art. 1263)». L'a. ricorda tuttavia quella linea di pensiero favorevole alla realizzazione della novazione soggettiva attiva mediante un contratto atipico: cfr., *ex multis*, P. Rescigno, *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 980; F. Carresi, *Debito (successione nel)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 747; Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 699; N. Di Prisco, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, IX.1, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984, 289; ed ora anche V. Mannino, *Cessione del credito e novazione soggettiva dal lato attivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 718

limitandosi a nominare la novazione soggettiva passiva, peraltro al solo fine di compiere un rinvio alla disciplina delle modificazioni del lato passivo del rapporto obbligatorio, con il che il legislatore ha probabilmente inteso chiarire due punti: che la sostituzione della persona del creditore non è idonea a determinare l'estinzione del rapporto obbligatorio per propiziare il sorgere di uno nuovo e che, invece, soltanto la sostituzione della persona del debitore può – a certe condizioni – condurre alla sostituzione della precedente obbligazione per ragioni legate al profilo soggettivo del rapporto, come conferma l'art. 1235 c.c., che risolve la novazione soggettiva nella sostituzione del debitore con uno nuovo e, sul versante della disciplina, non fa che rinviare alle ipotesi disciplinate dagli artt. 1268 ss. c.c.¹⁵⁹, il che ha indotto parte della dottrina a proclamare l'annullamento di qualsivoglia differenza tra novazione soggettiva e successione nel debito attuata tramite la delegazione, l'espromissione o l'accollo¹⁶⁰, giacché la scelta di trattare la seconda quale fenomeno novativo viene interpretata come un indice significativo dell'impossibilità di concepire la successione nel debito come figura autonoma¹⁶¹. La novazione soggettiva è,

ss.

¹⁵⁹ P. Greco, *Delegazione*, in *Novissimo Dig. it.*, V, Torino, 1960, 332 segnala la formulazione infelice dell'art. 1235 e aggiunge che, «se si dovesse prendere alla lettera il titolo dell'art. 1235 e soprattutto se si potesse attribuirgli di per sé un valore normativo», dovrebbe pervenirsi alla conclusione «che esso dica: la novazione soggettiva è quella in cui per delegazione, espromissione od acollo, il debitore originario venga sostituito con un altro, e rimanga con ciò liberato». Cfr. le diverse letture di Di Prisco, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, cit., 285 e P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 166.

¹⁶⁰ Sulla controversa figura della successione nel debito per atto tra vivi cfr.: N. Coviello, *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, in *Arch. giur.*, 1895, 334 s. e 1896, 287 s.; G. Pacchioni, *La successione singolare nei debiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 1045 s. e 1913, 82 s.; Id., *Delle obbligazioni in generale*², Padova, 1935, 345 s.; Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 279 s.; W. Bigiavi, *Novazione e successione particolare nel debito*, in *Dir. prat. comm.*, 1941, 129 s. e 1942, 116 s.; P. Rescigno, *L'assunzione dell'obbligo altrui*, in *Arch. giur.*, 1951, 79 s.; Id., *Debito (successione nel)*, in *Novissimo Dig. it.*, V, Torino, 1960, 191 s.; Carresi, *Debito (successione nel)*, cit., 744 s.; Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 622 s.; Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 757 s.

¹⁶¹ Rescigno, *Debito (successione nel)*, cit., 191; *contra* Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 625, il quale ritiene ancora valida la distinzione tra novazione soggettiva e cessione del debito e, in particolare, oltre all'ipotesi di cessione del contratto di cui agli artt. 1406 s. c.c., ravvisa nella delegazione, sia essa privativa sia essa cumulativa, uno schema che di regola è idoneo a realizzare la novazione passiva; mentre nell'espromissione e nell'accollo due strumenti di trasferimento del debito, giacché il nuovo debitore può opporre al creditore le medesime eccezioni invocabili dal debitore originario, il che è indice del fatto che il nuovo debitore subentra nella medesima

pertanto, soltanto quella passiva e questa, peraltro, non si può più considerare come una fattispecie autonoma¹⁶²: ne discende che non vi sono margini per ipotizzare altre forme di novazione, tanto più ora che il fenomeno novativo inteso come istituto autonomo coincide con la novazione oggettiva, la quale presuppone – com'è sin troppo noto – un accordo tra i soggetti originari del rapporto obbligatorio volto alla sua sostituzione con un'obbligazione diversa per oggetto o titolo, del che non è dato rintracciare nulla nell'adempimento del terzo. A ciò si aggiunga che la novazione produce come effetto naturale l'estinzione delle garanzie di cui era corredato il diritto originario, salvo un accordo espresso volto al mantenimento (art. 1232 c.c.); mentre la surrogazione comporta la conservazione delle garanzie ed anzi è proprio in vista di tale risultato che l'istituto trova la sua giustificazione (arg. ex artt. 1203, nn. 1, 2, 3 e 1204, comma 1, c.c.), oltre che, ovviamente, nel costituire un mezzo di recupero della somma pagata più efficace e spedito dell'azione di regresso nel caso di prestazione compiuta dal condebitore o dal garante¹⁶³.

obbligazione del debitore originario. Moscati, *I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento*, cit., 16-17 ritiene che l'art. 1235 sia impreciso in quanto la delegazione, l'espromissione e l'accollo non danno origine necessariamente ad un fenomeno novativo poiché anzi il loro effetto tipico è quello di affiancare all'originario debitore uno nuovo, creando un vincolo solidale destinato a rafforzare la posizione del creditore. Ed anche laddove le tre figure di modificazione del lato passivo del rapporto obbligatorio determinino la liberazione del debitore originario ciò non si traduce necessariamente in una novazione soggettiva, ben potendo rappresentare un successione nel debito, come accade quando alla liberazione del debitore originario non si aggiunga un accordo espresso volto all'estinzione della precedente obbligazione. L'a. reputa, dunque, che, perlomeno a livello concettuale, la distinzione tra successione nel debito e novazione soggettiva permanga valida ed inoltre «poiché la sostituzione di un nuovo debitore a quello originario non dà luogo necessariamente a un effetto novativo, l'art. 1235 è la riprova che il legislatore del 1942 ha inteso privilegiare la continuità del rapporto obbligatorio rispetto ai fenomeni di tipo novativo». La disciplina della delegazione, espromissione e accollo e l'art. 1235 c.c. sembrano però indicare il contrario per le ragioni esposte *supra* nel testo, cui qui si può aggiungere che la *ratio* della riorganizzazione della disciplina della novazione e il rinvio operato dall'art. 1235 c.c. si incaricano di dimostrare che il legislatore ha inteso eliminare la distinzione tra successione nel debito e novazione soggettiva tramite una disciplina uniforme che sopprime qualsivoglia conseguenza pratica tra l'ipotesi di modificazione soggettiva passiva a carattere liberatoria cui sia annesso un accordo novativo e la medesima ipotesi che sia però sprovvista di tale accordo.

¹⁶² È questa l'opinione prevalente in dottrina: cfr. A. Magazzù, *Novazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 782; A. Zaccaria, *Novazione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 282; Lambrini, *La novazione*, cit., 455. In giurisprudenza l'orientamento è il medesimo: Cass., 25-01-1978, n. 377, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Obbligazioni*, n. 43; Cass., 14-12-1974, n. 4277, in *Giur. it.*, 1976, I.1, 690 s.

Quest'ultimo rilievo appare già di per sé sufficientemente probante della qualificazione dogmatica della surrogazione come ipotesi di successione nel credito, giacché del subingresso in un precedente diritto la surrogazione esibisce tutte le principali caratteristiche, sostanzialmente riconducibili alla circostanza che «quando si ha successione, in senso lato, suol dirsi che il subingresso nella posizione precedente comporta che questa continui con gli accessori: come non si estingue il diritto ma continua nel nuovo titolare così non si estinguono le garanzie ma si trasferiscono al nuovo titolare. È questa una regola generale che trova puntuali conferme nella “surrogazione per pagamento” [...] oltre che, naturalmente, nella cessione del credito»¹⁶⁴. Il punto è che gli artt. 1201 ss. c.c. disciplinano la surrogazione in modo tale da presupporre una valutazione del diritto del surrogato come situazione giuridica formalmente coincidente con quella del precedente titolare e ciò perché la successione in una situazione giuridica rappresenta un fenomeno squisitamente formale, il cui meccanismo di funzionamento è ad appannaggio esclusivo della norma e, quindi, sottratto al dominio dell'autonomia privata, proprio per l'intrinseca natura del fenomeno successorio, il quale poggia su di un rapporto di identità. Rapporto di identità che però è tale non in senso materialistico ma in senso giuridico per la semplice ragione che un rapporto giuridico non resta, a stretto rigore, lo stesso quando muti uno dei soggetti, ma non per questo la norma non può considerare «il rapporto giuridico riannodato in capo ad un nuovo soggetto, come se fosse il rapporto originario»¹⁶⁵.

Alla luce della puntualizzazione dell'alterità materiale ma dell'identità formale della situazione giuridica oggetto di successione tra il prima e il dopo, si può sottoporre a revisione critica l'opinione che ravvisa nella surrogazione un fatto impeditivo della estinzione dell'obbligo che opera tramite l'insorgere di un nuovo diritto a favore del *solvens* di contenuto perfettamente identico rispetto al diritto del creditore, che, invece, si estingue a seguito dell'adempimento del terzo¹⁶⁶. La premessa è

¹⁶³ Sul punto v. E. Betti, *Teoria generale dell'obbligazione*. III, 2. *Vicende dell'obbligazione*. IV. *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, 1955, 65, il quale ne rintraccia l'origine storica nell'istituto del *beneficium cedendarum actionum*.

¹⁶⁴ Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 759.

¹⁶⁵ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 281-282.

¹⁶⁶ Nicolò, op. cit., 99 s.: «Che fra il diritto del creditore originario e quello del surrogato vi sia perfetta equivalenza dal punto di vista economico è verissimo; ma ciò si spiega non in base ad un legame di successione (in senso tecnico) fra l'uno e l'altro, ma piuttosto in base al rilievo che, permanendo immutata la posizione del debitore, è a

nota e del tutto condivisibile: l'adempimento del terzo non va equiparato all'adempimento del debitore e, infatti, non attua il contenuto dell'obbligo, ma si limita a soddisfare l'interesse del creditore, in ragione della diversità di contenuto di debito e credito¹⁶⁷. Il successivo svolgimento del discorso va invece respinto sulla base del rilievo che l'adempimento del terzo è di per sé certamente satisfattivo dell'interesse del creditore e ciò determina anche l'estinzione del diritto, ma tale effetto può essere impedito tanto dalla dichiarazione del creditore di surrogazione del terzo nel proprio diritto, che deve per questa ragione essere contestuale al pagamento (art. 1201 c.c.), quanto dall'automatismo escogitato dalla legge (art. 1203 c.c.).

In presenza di tali presupposti si verifica, pertanto, il subingresso del terzo nel diritto del creditore e, alla luce delle peculiarità del fenomeno successorio, può essere sciolto il nodo – segnalato in esordio – della possibile incompatibilità logica tra il passaggio di titolarità del diritto e l'affermata realizzazione dell'interesse creditorio a seguito dell'adempimento del terzo. Poiché la successione è un fenomeno eminentemente formale e consiste nella scelta legislativa di considerare identico ciò che in realtà identico non è, si rivela pienamente concepibile che alla soddisfazione dell'interesse creditorio non faccia seguito l'estinzione della struttura formale che a tale interesse forniva la veste giuridica, la quale sopravvive per conferire tutela all'interesse del terzo a ricevere dal debitore quanto prestatato al creditore. Al di là di qualsivoglia infingimento, l'interesse del

questa che si deve adeguare la posizione attiva riconosciuta al nuovo titolare, dato che la posizione di questo non può essere che un correlato della posizione di quello». Non vi sono ragioni per intravedere nell'opinione di Nicolò una ricostruzione della surrogazione come fenomeno novativo. Il giudizio è di Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 357 ed è stato poi reiterato in maniera sostanzialmente pedissequa (v. Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 199); ma c'è da chiedersi che novazione sia mai quella che comporta l'estinzione del diritto di credito ma la conservazione dell'obbligo originario: una conclusione questa che rappresenta il cuore della teoria di Nicolò. La novazione è vicenda dell'obbligazione intesa come rapporto e pertanto comporta l'estinzione di entrambe le posizioni soggettive originarie e non già di una sola. La riconduzione dell'opinione di Nicolò alla novazione è, pertanto, incongrua.

¹⁶⁷ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 99. Neanche la premessa può essere, invece, condivisa dell'ulteriore opinione favorevole all'idea che la surrogazione determini l'insorgere di un diritto nuovo in favore del surrogato: O. Buccisano, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, 37, 81, secondo il quale l'adempimento del terzo ha efficacia estintiva dell'obbligazione, esattamente come l'adempimento del debitore, sicché, nell'ipotesi di surrogazione per volontà del creditore, si verifica il duplice effetto dell'estinzione del rapporto obbligatorio originario a seguito della prestazione del *solvens* e della contestuale nascita di uno nuovo, del tutto identico al precedente, tra il debitore originario e il terzo surrogato.

terzo è altro rispetto a quello originario del creditore, pur coincidendone per contenuto, ma la forma giuridica è la medesima per volontà di legge, perché soltanto così è possibile trattare formalmente l'interesse del terzo come se fosse quello originario del creditore. Una tale conclusione presuppone ovviamente la possibilità che venga meno la piena identificazione del momento formale con quello sostanziale in seno al diritto soggettivo: di regola, infatti, la connotazione dell'interesse del titolare compiuta all'atto del riconoscimento del diritto e la consistenza sostanziale dell'interesse medesimo coincidono e camminano di pari passo, ma, in casi particolari, tale perfetta coincidenza può anche cessare per conferire autonomia alla struttura formale del diritto soggettivo e alla connessa tutela rispetto all'originario sostrato materiale che ha rappresentato la base del riconoscimento della situazione soggettiva. Ciò non significa però relegare l'interesse del titolare al di fuori del contenuto del diritto e, dunque, in una dimensione extragiuridica o, meglio, pregiuridica, come accade quando l'interesse del titolare viene fatto degradare a mero presupposto, ossia a semplice ragione giustificatrice, di quella particolare forma di tutela in cui il diritto soggettivo si traduce, cessando così di essere un elemento costitutivo di quest'ultimo¹⁶⁸. Non si rivela

¹⁶⁸ A. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, trad. it. *Norma giuridica e diritto soggettivo*, a cura di A. Levi, Padova, 1951, 207 s., il quale respinge nella sfera del pregiuridico tutto ciò che non si traduce nell'intervento statale di disciplina della fattispecie. Per Thon il diritto soggettivo è la protezione legale dell'interesse ed è pertanto evidente il mutamento di prospettiva legato all'assunzione del punto di vista del diritto di origine statale, al punto tale che la prevalenza dell'elemento normativo della protezione dell'interesse induce l'a. a negare alla proprietà la rilevanza di diritto soggettivo e a riconoscergliela soltanto a seguito della sua lesione poiché soltanto a seguito di questa la proprietà si trasforma in pretesa protetta nei confronti dell'offensore, ossia nel potere di richiedere l'intervento degli organi giudiziari per riparare alla lesione. Sul punto cfr. la ricostruzione di A. Gentili, *Pretesa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 2-3. La prospettiva di Thon è accolta in Italia, ma con un significativo apporto di originalità da Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 71-72 e ss. – basti pensare al parziale ripudio della definizione di Thon del diritto soggettivo come protezione di un interesse – secondo cui l'interesse del titolare del diritto soggettivo è l'espressione sintetica del rapporto di tensione fra la volontà del soggetto e un determinato bene della vita ed tale interesse, «più che un elemento costitutivo (materiale) della struttura del diritto soggettivo, è un presupposto di quella particolare forma di tutela normativa che si è estrinsecata nel diritto subbietivo, costituisce in altri termini la ragione giustificativa, e in un certo senso ancora extragiuridica, della valutazione che la norma fa di una data situazione del soggetto. Non è esatto, a mio avviso, dire che l'interesse, ossia quella tensione della volontà umana (aspettativa) verso un bene della vita, ritenuto idoneo al soddisfacimento di un bisogno [...] rappresenti l'oggetto immediato della tutela predisposta dall'ordinamento giuridico. Se infatti l'interesse non è in fondo che un rapporto tra la persona e un bene che si manifesta in quell'atteggiamento di tensione della volontà, mi pare che dal punto di vista

necessario, pertanto, concepire il diritto soggettivo come un fenomeno eminentemente formale – in definitiva coincidente con la protezione accordatagli dall'ordinamento – per riuscire a conferire un fondamento teorico all'idea che la surrogazione determini la soddisfazione dell'interesse del creditore senza comportare anche l'estinzione del diritto di credito e non risulta neppure corretto attribuire all'adempimento del terzo l'effetto di rendere impossibile al creditore soddisfatto l'invocazione della tutela giuridica offerta dal diritto soggettivo¹⁶⁹. La surrogazione comporta, infatti, la sostituzione dell'interesse del *solvens* all'interesse del creditore nell'immutata struttura formale del diritto di credito e la sostituzione avviene tra interessi di per sé diversi ma considerati identici dall'ordinamento proprio grazie al ricorso alla medesima veste giuridica – il c.d. diritto del creditore – sicché il credito, a seguito di adempimento del terzo, non resta pura forma ma conserva una sostanza che però non è più quella originaria. Ed anzi questa lettura offre una conferma che il diritto soggettivo non può prescindere dall'interesse sostanziale e non si riduce a mera struttura formale, tant'è vero che se la forma sopravvive all'originaria sostanza e soltanto perché ad essa se ne sostituisce, senza soluzione di continuità, un'altra assunta come identica.

logico non si possa dire che tale rapporto sia un elemento intrinseco del diritto subiettivo ed anzi l'oggetto immediato di questo, perché o l'interesse si considera in un momento concettualmente preliminare alla valutazione della norma e allora esso rappresenta un elemento teleologico che giustifica quella valutazione ma che rimane sempre al di fuori di essa, oppure esso si considera in un momento successivo alla valutazione della norma e allora non si tratta più di isolare l'interesse come elemento costitutivo del diritto ma di vedere come si è trasformato, nell'ambito della norma, quel rapporto di tensione in un quid *formale*. Si vedrà allora che, in virtù di una tutela particolarmente intensa, quel semplice stato di aspettativa del soggetto rispetto al bene si è trasformato in una signoria del soggetto sul bene. Non si può dire che all'interesse si sia aggiunto un elemento che lo garantisce e lo rafforza, ma piuttosto che l'interesse si è trasformato, attraverso il processo di assorbimento della norma, in un potere particolarmente qualificato ossia in un diritto soggettivo».

¹⁶⁹ Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 14 s. in part. 16-17, il quale sostiene che se «l'interesse costituisce esclusivamente il fondamento della tutela normativa, la ragione giustificatrice della tutela medesima, ne segue che il venir meno dell'interesse, lungi dall'estinguere il diritto soggettivo, determina esclusivamente l'impossibilità, per il titolare del diritto medesimo, di invocare la tutela giuridica di esso. [...] Applicando queste conclusioni al diritto di credito ne segue che la rilevanza formale del soddisfacimento dell'interesse creditorio consiste nell'impossibilità di invocare la tutela giuridica del diritto di credito che continua ad esistere, conservandone il titolare la disponibilità, il che sul piano processuale si estrinseca nella carenza di interesse ad agire».

Nella surrogazione si riscontrano, dunque, i connotati di una successione, ma si tratta di un fenomeno successorio che, in effetti, diverge dalla cessione del diritto¹⁷⁰ giacché la seconda presuppone che l'interesse del titolare cedente non abbia ancora trovato realizzazione e, pertanto, il contenuto sostanziale non si dissocia dalla veste formale ed entrambi passano al nuovo titolare (arg. ex artt. 1260 ss. c.c.); mentre il primo opera a seguito della realizzazione del contenuto sostanziale del diritto e, quindi, si rivela nulla più che un'operazione di equiparazione dei diversi compiuta dal legislatore per conservare ad un interesse sostanziale nuovo la struttura formale dell'interesse precedente oramai soddisfatto.

L'idea che la surrogazione attui una successione legale nel diritto, distinta però dalla cessione vera e propria¹⁷¹, consente di parare l'obiezione che «il creditore non può trasmettere una qualità che, nel momento in cui il terzo esegue la prestazione, egli perde definitivamente»¹⁷² e, infatti, non è per effetto di un atto di autonomia del creditore che si verifica il subingresso del terzo nel suo diritto¹⁷³ e, se ciò è evidente nel caso di surrogazione legale, vale anche per la surrogazione per “volontà” del creditore, poiché la successione non trova certo il proprio titolo nell'atto negoziale del creditore, ma è frutto di una pluralità di presupposti (pagamento del terzo, dichiarazione espressa del creditore, contestualità dei due requisiti precedenti) al cui verificarsi la legge, e soltanto la legge, riallaccia la conseguenza del subingresso del

¹⁷⁰ Sotto questo profilo ha ragione Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 99 quando osserva che «Vero è che si potrebbe dire che la surrogazione non importa neppure realizzazione del diritto del creditore, in quanto essa si potrebbe costruire come un trasferimento del credito (cessione), il cui prezzo sarebbe rappresentato dalla prestazione che il surrogato compie e che è economicamente identica alla prestazione dovuta dal debitore; ma non vi è chi non veda quanto artificiosa e arbitraria sia tale costruzione. A differenza della cessione infatti che presuppone un prezzo qualsiasi, la surrogazione presuppone l'adempimento del terzo e non può trovare applicazione se non nei limiti in cui è possibile l'adempimento del terzo; nella cessione si opera un trasferimento del credito, dominato perciò dal principio consensuale, per la cui efficacia di fronte ai terzi sono necessari requisiti ulteriori».

¹⁷¹ Cfr. in tal senso Betti, *Teoria generale dell'obbligazione*. III, 2 – IV, cit., 22-23, 65 s., secondo cui nella surrogazione il credito non viene trasferito da chi l'ha a chi l'acquista, ma, tutt'al contrario, deferito dalla legge sulla base dell'avvenuto pagamento, attuando un fenomeno di subingresso di un nuovo soggetto in un rapporto giuridico precedente che rimane identico, senza che ciò comporti un acquisto a titolo derivativo attuato mediante negozio traslativo. Detto altrimenti si ha nesso di derivazione della posizione del surrogato dalla posizione del creditore soddisfatto senza che si abbia anche trasferimento.

¹⁷² Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 99.

¹⁷³ Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 766-767.

terzo tramite un'operazione di equiparazione formale di due interessi diversi e successivi.

Giusta la lettura suggerita, per spiegare l'effetto conseguente alla surrogazione non è neppure necessario immaginare, per un verso, la natura non soddisfattiva del pagamento del terzo e, per altro verso, la nascita di un nuovo diritto in capo al *solvens*-surrogato. La prima impostazione postula la distinzione tra un pagamento soddisfattivo, perché sorretto da *animus solvendi*, e un pagamento non soddisfattivo, perché compiuto con *animus recipiendi*, a scopo di riscatto del credito dall'*accipiens* sostanzialmente espropriato¹⁷⁴, e già Betti ha liquidata la distinzione come irricevibile, anche perché espressione del dogma della volontà¹⁷⁵, per l'attitudine riconosciuta all'intento del soggetto agente di imprimere connotati differenziali ad un'attività che dal punto di vista oggettivo è sempre uguale a sé, sicché desta un certo stupore la recente riproposizione di una concezione eminentemente soggettiva dell'adempimento del terzo, secondo la quale la prestazione del *solvens*, ove faccia seguito la surrogazione, non costituisce un pagamento in senso tecnico e dunque con efficacia estintiva perché per definizione privo dell'*animus* di realizzare il credito¹⁷⁶, che invece l'opinione in esame considera l'imprescindibile sostrato volitivo dell'istituto del pagamento del debito altrui¹⁷⁷.

La seconda impostazione ruota attorno all'idea, diametralmente opposta, che la prestazione del *solvens* abbia la consueta efficacia soddisfattiva e, dunque, estintiva del credito e che, pertanto, insorga in capo al *solvens*-surrogato un nuovo diritto di contenuto identico rispetto a quello del creditore soddisfatto. Questa tesi va, però, respinta sia per l'evidente contraddizione con il dato positivo che, nel prevedere la sopravvivenza degli accessori e l'opponibilità delle eccezioni invocabili nei confronti del creditore originario, considera il diritto del surrogato lo stesso

¹⁷⁴ U. Magini, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano (Studio sulle obbligazioni)*, Firenze, 1923, 90 s. in part. 92, secondo cui il terzo, ove operi la surrogazione, non esegue la prestazione per soddisfare l'obbligazione, ma per realizzare un risultato giuridico ulteriore costituito dal recupero della somma sborsata. Ed il creditore non cede volontariamente il credito, ma ne subisce l'espropriazione in favore del terzo.

¹⁷⁵ Betti, *Teoria generale dell'obbligazione*. III, 2 – IV, cit., 67.

¹⁷⁶ Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 18 s., in part. 20.

¹⁷⁷ Carpino, op. cit., 12-13.

diritto di credito originario¹⁷⁸; sia per la petizione di principio che mina tale ricostruzione.

Quanto alla contraddizione con il dato normativo, va segnalato che l'ordinamento, in tutti gli ambiti in cui è prevista, disciplina la surrogazione come un fenomeno di successione in un diritto che sopravvive alla soddisfazione dell'interesse dell'originario. Basti pensare, nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, all'art. 1916 c.c. o, in materia di fideiussione, agli artt. 1949 e 1955 c.c.; ma ancora più significativa è la previsione dell'art. 2036, comma 3, c.c., che, in ipotesi di indebito soggettivo, riconosce al *solvens*, privo dell'azione di ripetizione, il diritto di subingresso nei diritti del creditore per il recupero di quanto prestato. Qui emerge senza alcun dubbio che il diritto del surrogato è il medesimo diritto vantato dall'*accipiens* giacché esso viene riconosciuto soltanto se il pagamento non dovuto del *solvens* è inidoneo, per carenza delle condizioni prescritte dalla legge, a determinare la nascita di un diritto nuovo, qual è certamente la pretesa restitutoria, sicché, ove non sorga tale nuova pretesa, non si comprende come si possa giustificare l'insorgere di un presunto diritto ulteriore, quale si vorrebbe che sia il diritto del surrogato, volto anch'esso al recupero del valore economico della prestazione eseguita erroneamente. Se davvero la surrogazione determinasse la nascita di un diritto di contenuto identico rispetto a quello soddisfatto dal *solvens* per assicurare a quest'ultimo la restituzione di quanto prestato, piuttosto che rappresentare un'ipotesi eccezionale di successione legale nel medesimo diritto realizzato, avrebbe poco senso la previsione di una specifica azione di ripetizione dell'indebito, che si rivelerebbe nulla più che una superfetazione.

Un'ulteriore conferma della natura successoria della surrogazione proviene dal diritto fallimentare, dove ci si interroga su chi debba essere il soggetto passivo dell'azione revocatoria ex art. 67 l. fall. nell'ipotesi in cui uno dei creditori sia stato soddisfatto da un terzo, il quale, surrogatosi nel diritto del primo, abbia poi agito con successo nei confronti del debitore, prima della

¹⁷⁸ La circostanza che il diritto del surrogato sia il medesimo diritto del creditore soddisfatto comporta che, nell'ipotesi di adempimento del terzo di un credito prescritto, il *solvens*, per lo meno nella surrogazione per volontà del creditore, acquista il diritto di credito nelle condizioni in cui esso versava al momento del pagamento, il che comporta che il terzo surrogato rimane esposto all'eccezione di prescrizione da parte del debitore: sul punto Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 42, il quale sottolinea peraltro che, privato dall'art. 2940 c.c. dell'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti del creditore accipiente, il terzo non avrà altra tutela che il risarcimento dei danni, qualora risulti che il creditore gli abbia maliziosamente celato l'intervenuta prescrizione.

dichiarazione di fallimento. L'opinione tradizionale, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ritiene che l'azione revocatoria vada indirizzata nei confronti del creditore, piuttosto che del terzo, giacché l'atto pregiudizievole per la massa dei creditori è proprio il pagamento ricevuto dal creditore dato che, pur effettuata formalmente dal terzo, la prestazione è sostanzialmente riconducibile al patrimonio del debitore fallito, che è stato costretto a restituire quanto fornito dal terzo al creditore effettuando nei confronti del primo, che agisce in surrogazione, la propria prestazione¹⁷⁹. Questa soluzione è contrastata da parte della dottrina sulla base del rilievo che il diritto in cui è surrogato il terzo è il medesimo diritto del creditore soddisfatto, sicché si rivela del tutto ingiustificata la scelta di non sottoporre a revocatoria la prestazione effettuata dal debitore a vantaggio del *solvens* oramai divenuto il nuovo creditore, tanto più che in tal modo si colpisce un atto – la prestazione del terzo – che non è compiuta dal fallito; mentre si preserva l'atto – la prestazione del debitore al terzo – che, in concreto, determina la lesione della *par condicio creditorum*, come viene confermato dalla circostanza che, se il terzo non agisse in surrogatoria, la revocatoria contro il creditore non sarebbe certo proponibile¹⁸⁰.

Quanto alla petizione di principio, va sottolineato che concepire la surrogazione come un elemento impeditivo dell'estinzione dell'obbligo postula necessariamente l'idea che l'adempimento del terzo non attui il rapporto obbligatorio, ma determini piuttosto la scissione tra credito e debito, realizzando il primo e conservando il secondo. Tale affermazione dovrebbe, tuttavia, nelle intenzioni della dottrina in esame¹⁸¹, trarre dall'istituto della surrogazione una conferma e, quindi, ne dovrebbe rappresentare una conseguenza e non già la premessa.

¹⁷⁹ Cass. 3110/1991, in *Foro it.*, 1992, I, 166 s.; Cass. 2899/1994, in *Fall.*, 1994, 842 s.; App. Milano, 14-06-1996, in *Banca Borsa Tit. cred.*, 1997, II, 674 s.

¹⁸⁰ G. Rago, *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*², Padova, 2006, 492-493; G. Tarzia, *Considerazioni sulla revocatoria fallimentare del pagamento del terzo*, in *Fall.*, 1999, 651 s.; Apice, *Pagamenti eseguiti dal terzo e revocatoria fallimentare*, in *Fall.*, 1985, 54 s. Il tema della revocatoria delle attribuzioni indirette è ovviamente assai più ampio e complesso e sul punto si rinvia a R. Mangano, *La revocatoria fallimentare delle attribuzioni indirette*, Torino, 2005, passim e Id., *Revocabilità del pagamento del terzo (intermediario) ed irrevocabilità del pagamento del fideiussore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, II, 489 s.

¹⁸¹ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 98-99: «Del resto ad ammettere in generale questa perfetta identità funzionale rispetto all'attuazione dell'obbligo, fra la prestazione del debitore e quella del terzo, si oppone, per il nostro sistema, un ostacolo, a mio avviso insormontabile, costituito dall'istituto della surrogazione nelle due forme conosciute dalla nostra legge».

L'idea qui proposta che la surrogazione determini una successione legale nel diritto del creditore non trae, invece, alimento dalla raffigurazione dell'adempimento del terzo come strumento di realizzazione del credito in assenza di attuazione dell'obbligo, il che la affranca dal vizio di circolarità logica, ed anzi l'idea resta valida anche nell'ipotesi opposta, perché, anche ove si attribuisca all'adempimento del terzo efficacia attuativa dell'intero rapporto, una tale ricostruzione si mostra compatibile con la sopravvivenza del diritto di credito, se si è disposti ad ipotizzare un'estinzione relativa dell'obbligazione, la quale viene meno, dunque, soltanto nei confronti del creditore e non anche nei confronti del terzo.

La teoria dell'estinzione relativa del rapporto obbligatorio era già stata avanzata sotto il codice civile del 1865¹⁸², sulla scia di Hartmann¹⁸³, ed ora è riesumata per spiegare l'attuale relazione sistematica tra adempimento del terzo e surrogazione¹⁸⁴. Nella sua riedizione, l'estinzione relativa muove dall'assunto che l'adempimento del terzo espliciti una funzione attuativa dell'intero rapporto obbligatorio e suppone la perfetta compatibilità tra l'effetto estintivo proprio del pagamento del *solvens* ed il trasferimento del diritto di credito in capo a quest'ultimo poiché «il credito non è una cosa animata che debba vivere o perire, ma una posizione giuridica che può venir meno in capo ad un soggetto e proseguire in capo ad un altro»¹⁸⁵. Più nel particolare, la coppia pretesa-obbligo cessa di esistere esclusivamente sotto il profilo della «sua riferibilità “soggettiva” (attiva) all'originario creditore»

¹⁸² Ne fa cenno per criticarla Nicolò, op. cit., 100. Cfr. G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*⁷, VII, Torino, 1930, 190.

¹⁸³ G. Hartmann, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck u. Bau*, Erlangen, 1875, 46 s., il quale ha enunciato l'idea che l'adempimento non comporta inevitabilmente l'estinzione dell'obbligazione, la quale consegue all'effettivo raggiungimento dello scopo del vincolo. E non c'è consecuzione logica tra adempimento e raggiungimento dello scopo, come accade, ad esempio, nel caso della fideiussione dove l'esatta prestazione del fideiussore non esaurisce il fine del rapporto obbligatorio, comportandone il conseguimento soltanto relativo, ossia con riferimento al diritto del creditore garantito, e dunque determinando l'estinzione relativa dell'obbligazione. In tal caso, la prestazione principale assolve ad uno scopo ulteriore rispetto al soddisfacimento dell'interesse del creditore poiché volto alla realizzazione dell'interesse del fideiussore al recupero di quanto prestato.

¹⁸⁴ Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 358-359, 426 s., il quale ritiene che «l'estinzione relativa esprime precisamente un dato di diritto positivo, ossia la possibilità che il rapporto obbligatorio prosegua in capo a soggetti diversi pur quando la prestazione sia stata eseguita e il debitore liberato nei confronti del creditore»: vale a dire, principalmente, in caso di surrogazione; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 155 s., 198 s.

¹⁸⁵ Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 358; Turco, *L'adempimento del terzo*, cit., 200.

e, per effetto dell'adempimento del terzo, passa, «sempre per quanto attiene al profilo “soggettivo” della titolarità del diritto», al terzo surrogato¹⁸⁶.

L'invocazione dell'estinzione relativa del rapporto obbligatorio è un argomento poco rigoroso, non foss'altro perché non riesce a spiegare le ragioni ed il meccanismo giuridico alla base di quel che a tutti gli effetti si presenta come un'ipotesi eccezionale di estinzione del rapporto obbligatorio, perché destinata a prodursi soltanto nei confronti del creditore-accipiente. Peraltro, l'idea che il rapporto obbligatorio, per un verso, si estingua e, per altro verso, permanga da più parti sembra poco credibile¹⁸⁷. Resta irrisolto, infine, il problema relativo a come un diritto che si considera pienamente realizzato possa poi essere trasferito a colui che di tale realizzazione è l'artefice¹⁸⁸.

L'unica spiegazione plausibile della surrogazione resta, dunque, quella legata alla sua qualifica di ipotesi di successione legale nell'originario diritto di credito tramite la formale equiparazione dell'interesse del terzo a quello del creditore soddisfatto, anche perché tale lettura consente di svelare l'equivoco in cui incorrono le teorie di segno opposto: il trascorrere indifferentemente dal concetto di soddisfacimento dell'interesse a quello di estinzione del diritto che a tale interesse conferisce forma giuridica¹⁸⁹, senza avvedersi invece che i due concetti vanno tenuti distinti¹⁹⁰. La ricostruzione dogmatica che fa leva sulla successione nel diritto del creditore sembra non solo la più idonea a conciliare la disciplina della surrogazione con quella dell'adempimento del terzo e, più in generale, con l'intera materia

¹⁸⁶ Turco, op. cit., 200.

¹⁸⁷ Cfr. Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 23; ma già M. Allara, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio. Corso di diritto civile*, Torino, 1948-1952, 19, ove l'ipotesi è bollata come assurda; P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 6; Buccisano, *La surrogazione per pagamento*, cit., 30.

¹⁸⁸ Tale nodo è individuato ed evidenziato con il giusto risalto da Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 357, il quale tuttavia finisce per non affrontarlo adeguatamente.

¹⁸⁹ Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 100; ma anche Bianca, op. cit., 356.

¹⁹⁰ Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 15, ma sulla scorta di argomenti diversi rispetto a quelli di cui *supra* nel testo. L'a. porta l'esempio dell'indebito soggettivo: ove il *solvens* sia legittimato alla ripetizione, non si può certo escludere che il creditore conservi il proprio diritto nei confronti del debitore ancorché il suo interesse sia stato almeno temporaneamente soddisfatto: sul punto v. E. Moscati, *pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legittimazione a ricevere la prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 181 s.

delle obbligazioni; ma scongiura anche il rischio insito nell'individuare nella surrogazione la fonte di un diritto di credito nuovo, dal contenuto identico rispetto a quello originario, e nel ritenere al contempo che, nonostante l'estinzione del diritto del creditore accipiente, l'obbligo in capo al debitore permanga nella sua identità. Se l'obbligazione è nella sua essenza un rapporto – una dimensione, quest'ultima, che proprio la diversità di contenuto di debito e credito, congiunti tuttavia nel nesso di correlazione funzionale, contribuisce ad esaltare – risulta logicamente inammissibile che un lato della relazione si estingua senza travolgere anche l'altro lato. Ecco perché, in assenza di surrogazione, l'adempimento del terzo, pur non attuando anche il contenuto dell'obbligo, determina comunque l'estinzione del rapporto: una volta infrantasi la correlazione funzionale tra credito e debito, l'uno non può, infatti, sopravvivere all'altro, pena l'irrimediabile sconfessione della natura necessariamente relazionale dell'obbligazione. Ed ecco perché, se la surrogazione comporta la permanenza in capo al debitore dell'obbligo, essa non può che tradursi nel mantenimento del diritto di credito originario, destinato a fornire la forma giuridica all'interesse del *solvens* ad ottenere dal debitore la prestazione che il primo a posto in essere a favore del creditore accipiente.

8. – Alla luce delle considerazioni che precedono, va respinta l'idea di recente sostenuta che l'adempimento del terzo segni l'equiparazione dell'«esecuzione del terzo a quella del debitore in ordine all'attuazione del vincolo obbligatorio» e che, pertanto, «nelle ipotesi in cui la soddisfazione dell'interesse del creditore non avviene mediante l'esecuzione della prestazione dedotta, è ugualmente lecito discorrere di piena attuazione del rapporto obbligatorio in quanto, alla stregua del principio logico di non contraddizione, la realizzazione integrale del diritto del creditore non può non reagire sull'entità totalmente orientata verso tale risultato, determinandone l'estinzione per raggiungimento dello scopo»¹⁹¹. L'idea dell'estinzione del rapporto obbligatorio per raggiungimento dello scopo – lo si è visto ampiamente in precedenza – è già stata criticata da Mengoni¹⁹² con riferimento alle analoghe spiegazioni addotte già da Windscheid¹⁹³ e tacciate di

¹⁹¹ Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 47.

¹⁹² Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 168-169.

¹⁹³ In Italia il pensiero di Windscheid è stato ripreso da Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 141 s. e da Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., 230-231 ed ora anche da Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 438.

empirismo a causa della pretesa di giustificare l'estinzione dell'obbligazione anche se lo scopo finale è raggiunto altrimenti dall'attività del debitore, invocando il venir meno dell'interesse-presupposto del rapporto obbligatorio, che determina la sopravvenuta inutilità del rapporto medesimo, come, per l'appunto, nelle ipotesi di adempimento del terzo e di *concursum duarum causarum lucrativarum*¹⁹⁴. Mengoni osserva che «posto che il modo di comportamento dovuto è determinato in base al criterio della diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.), se oggetto del diritto di credito fosse appunto il comportamento obbligatorio, si dovrebbe arrivare all'assurda conclusione che non è una conseguenza del concetto di obbligazione, ma soltanto del venir meno dell'interesse del creditore (realizzazione del c.d.

¹⁹⁴ Sul punto v. Hartmann, *Die Obligation*, cit., 1 s.; P. Klein, *Untergang der Obligation durch Zweckerreichung*, Berlin, 1905, 6 s. e in Italia Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 15 s. Sulla teoria del *concursum duarum causarum lucrativarum* cfr. Donello, *De concursu duarum causarum lucrativarum*, in *Comm. jur. civ.*, lib. 16, cap. 5; F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht. I. (Unmöglichkeit der Leistung)*, Braunschweig, 1853-1855, 413 s.; K. Schmidt, *Erklärung der Rechtsregel über das Zusammentreffen zweier causae lucrativae*, in *Jherings Jahrbücher*, 20, 1882, 414 s.; F. Schulz, *Die Lehre vom «Concursum Causarum» im klassischen und justinianischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte*, XXXVIII, 1917, 114 s.; C. Ferrini, *Intorno al «Concursum duarum causarum lucrativarum»*, in *Rend. R. Ist. Lombardo*, 1891, XXIV, 325 s.; L. Bove, "Concursum causarum", in *Novissimo Dig. it.*, III, Torino, 1964, 1065. Il *concursum duarum causarum lucrativarum* veniva annoverato dai Romani tra i modi di estinzione dell'obbligazione, ma le fonti, salvo qualche raro spunto (Ulpiano D. de leg. I, 30, l. 34, § 1, 3 e Africano Inst. de act. 4, 6), non specificano il perché ciò avvenga. La *causa lucrativa* è la causa giuridica in virtù della quale una cosa viene acquistata gratuitamente e senza alcun sacrificio. Il *concursum* si verifica quando un credito nascente da causa lucrativa si estingue in conseguenza dell'ottenimento da parte del creditore della medesima prestazione per effetto di un'altra causa lucrativa. La seconda causa lucrativa può consistere in un acquisto a titolo di eredità o a titolo di legato ovvero in un modo legale di acquisto della proprietà (accessione, specificazione, ritrovamento etc.) ed essa di regola assume la forma giuridica di un ulteriore credito dello stesso creditore; mentre l'identità debitore può anche mutare. Quel che conta è che la cosa pervenuta al creditore mediante la seconda causa sia la medesima dedotta in obbligazione, nonché sia cosa determinata nella specie; ed inoltre l'acquisto della cosa ad opera della seconda causa deve avvenire in maniera egualmente completa, incondizionata ed irrettabile rispetto a quanto previsto dalla prima causa lucrativa. Secondo un'ulteriore ricostruzione, il presupposto di operatività del *concursum* è legato non soltanto al sopravvenire di una causa lucrativa ma anche di una causa onerosa e, tuttavia, va distinto il caso in cui tanto il diritto di credito quanto la causa diversa siano entrambe gratuite od onerose dal caso in cui una delle due sia a titolo gratuito e l'altra a titolo oneroso: nella prima ipotesi l'obbligazione si ritiene senz'altro estinta mentre nella seconda il vincolo obbligatorio permane e si tramuta nell'obbligo di pagare al creditore l'equivalente della cosa acquistata *aliunde*. Bove (ibidem) ripropone questa esemplificazione: se l'onorato da una liberalità consegua la cosa donatagli per altra via ma a titolo oneroso, egli è legittimato

scopo finale), anche l'estinzione dell'obbligazione collegata all'ipotesi in cui il debitore raggiunga il risultato da produrre con un'attività informata a una diligenza concreta inferiore o superiore a quella dovuta»¹⁹⁵.

La pretesa di stringere un legame indissolubile di interdipendenza tra debito e credito, tale che il soddisfacimento dell'interesse creditorio tramite adempimento del terzo determini inevitabilmente l'attuazione dell'intero rapporto obbligatorio e non già la sola realizzazione del credito, appare invero apodittica e, in sostanza, giustificabile solo se, in ultima analisi, si attribuisce al risultato a cui tende l'interesse creditorio un ruolo prevalente all'interno del rapporto obbligatorio. Un rapporto obbligatorio nel quale la dottrina in esame ritiene, correttamente, imprescindibile la condotta del debitore, tanto da elevarla ad autentico elemento identificativo dell'obbligazione rispetto ad altre figure, quale ad esempio la garanzia¹⁹⁶; ma la medesima dottrina si rivela poi disposta ad annacquare il ruolo attribuendo al risultato, per lo meno nella fase di attuazione del rapporto, una sorta di efficacia polarizzante a tal punto accentuata da rendere il risultato medesimo il momento centrale della vita dell'obbligazione e certamente il parametro alla cui stregua stabilire se il rapporto possa considerarsi attuato o meno. Ciò comporta che la realizzazione del credito, anche ove non si verifichi per il tramite della condotta debitoria, implica per necessità logica la piena attuazione dell'obbligazione e, per questa china, l'opinione in commento finisce, in buona sostanza, per identificare l'oggetto

ad agire contro il debitore-donante per ottenere l'equivalente del valore del bene e, a sua volta, se il bene è dovuto a titolo di compravendita e il creditore-acquirente lo acquista gratuitamente (ad es. in virtù di un legato), a quest'ultimo compete l'*actio empti* nei confronti del venditore. Non è qui possibile procedere ad ulteriori approfondimenti, ma quel che ai nostri fini conta chiarire è che il *concursus duarum causarum lucrativarum*, a differenza dell'adempimento del terzo, non è vicenda del rapporto obbligatorio e, al pari sempre dell'adempimento del terzo, non si può giustificare dal punto di vista dogmatico, per difetto di giustificazione tecnico-giuridica, in termini di estinzione dell'obbligazione per sopravvenuta inutilità della medesima.

¹⁹⁵ Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 169 nt. 1.

¹⁹⁶ Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 48, il quale opportunamente rileva che «può [...] escludersi che un vincolo il quale non preveda la realizzazione dell'interesse del creditore tramite il comportamento personale (attività) dell'obbligato possa essere ricondotto all'interno dello schema dell'obbligazione desumibile dalle strutture normative del nostro sistema, a meno che non si intenda ampliare notevolmente l'area concettuale del modello sino a ricomprendere qualsiasi tipo di vincolo giuridicamente rilevante assunto dal soggetto passivo»; ma già in tal senso cfr. A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 530 s. cui adde F. Piraino, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, *ivi*, 2006, 543 s., in part. 609-610.

dell'obbligazione con il risultato dovuto. Questa costruzione rappresenta l'omologa a segno invertito di quella rappresentazione del rapporto obbligatorio nella quale la condotta diligente del debitore costituisce l'elemento imprescindibile dell'obbligazione al punto da potersi concepire un vincolo che sostanzialmente si esaurisce nell'attività del debitore, come accade tipicamente nelle cosiddette obbligazioni «di mezzi», nelle quali pertanto il risultato dovuto coincide con l'oggetto della prestazione e quest'ultima si presenta come elemento necessario ma anche sufficiente dell'intero rapporto obbligatorio¹⁹⁷. A tale genere di concezioni del rapporto e alla loro inconsistenza si è dedicato un precedente studio e, quindi, qui vi si fa rinvio¹⁹⁸.

Nel tentativo di non smentire le proprie premesse, saldamente ancorate alla rilevanza della condotta debitoria, ma, al contempo, di accentuare il ruolo pervasivo del risultato, per lo meno ai fini dell'accertamento dell'attuazione del vincolo, la dottrina da cui si sono prese le mosse reputa opportuno scindere l'arco evolutivo del rapporto obbligatorio in due fasi: la fase statica o programmatica e la fase esecutiva e/o attuativa¹⁹⁹.

La prima rappresenta lo stadio iniziale del rapporto obbligatorio e si contraddistingue per la compresenza di entrambi gli elementi strutturali dell'obbligazione, il risultato e la condotta, poiché in questo momento della vita del rapporto è preminente l'esigenza che il vincolo sia conformato in termini analitici e precisi così da distinguerlo da altre tipologie di vincolo. Ed infatti la conclusione cui si perviene è quella di escludere che «un vincolo nel cui ambito, sin dalla fase statica o programmatica – ossia sulla base della conformazione che esso presenta all'atto di nascita – fosse contemplata la possibilità di raggiungere il risultato previsto a prescindere dall'attività del debitore, possa rientrare nello schema dell'obbligazione secondo la valutazione normativa del modello compiuta dal legislatore italiano»²⁰⁰.

¹⁹⁷ Fondrieschi, *Prestazione*, cit., 969, su spunti tratti da Schlesinger, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., 1281.

¹⁹⁸ Piraino, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, cit., 83 s.

¹⁹⁹ Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 43 s.

²⁰⁰ Corrias, op. cit., 43-44, il quale cerca di mettere a frutto l'insegnamento di Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, cit., 188; di Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 107, il quale discorre della centralità della cooperazione nell'obbligazione vista nel suo atteggiamento statico; di A. Luminoso, *La compravendita*⁴, Milano, 2004, 211 e Id., *Chiose in chiaroscuro in margine al d.lgs. n. 24 del 2002*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M. Bin-A. Luminoso, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da F. Galgano, XXXI, Padova, 2003, 24.

La seconda fase attiene, invece, essenzialmente all'attuazione del rapporto e si caratterizza per il mutamento di conformazione del vincolo, il quale cessa di presentarsi in equilibrio sui due pilastri della condotta e del risultato e si sbilancia verso la sua parte attiva, la quale acquista una centralità – che si potrebbe definire di carattere funzionale – tale da elevare la realizzazione del diritto del creditore a momento tipico della fase di attuazione dell'obbligazione al punto da sovrapporsi e da identificarsi con l'esecuzione della prestazione²⁰¹. Detto altrimenti: nell'attuazione del rapporto obbligatorio quel che davvero conta è la realizzazione dell'interesse del creditore, il che è il portato della struttura stessa dell'obbligazione, che si connota come rapporto frutto della sintesi di un lato attivo e di uno passivo ma dotato di una chiara impronta funzionale che mira alla realizzazione dell'interesse del creditore²⁰².

²⁰¹ Il passaggio non è del tutto lineare e la formulazione linguistica prescelta denuncia forse un certo pudore nell'affermare in termini espliciti la sostanziale identificazione della realizzazione del credito con l'esecuzione della prestazione, definita come una «compenetrazione funzionale dei due lati del rapporto». Corrias, op. cit., 44 infatti afferma che, nella fase esecutiva e/o attuativa del rapporto obbligatorio, l'estinzione del vincolo risulta imperniata «sulla realizzazione del diritto di credito con particolare riguardo, in particolare, al legame relazionale che si ritiene di scorgere, all'interno delle dinamiche evolutive della struttura complessa, tra le vicende attinenti o, comunque, riconducibili a siffatta realizzazione del diritto e il momento esecutivo della prestazione».

²⁰² Così Corrias, op. cit., 39 s., sulla scia di S. Pugliatti, *La «cessio bonorum» e la realizzazione dei diritti di credito*, in *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica (Saggi)*, Milano, 1951, 587, 592, il quale premette che «nel rapporto detto obbligatorio, dunque, acquista preminenza il diritto del creditore, per la cui realizzazione il rapporto è predisposto» e pertanto ciò giustifica la netta prevalenza assegnata al profilo della realizzazione del credito rispetto all'adempimento dell'obbligo: «per intendere bene il meccanismo del rapporto giuridico, in relazione alla sua tipica funzione, occorre considerare la realizzazione del diritto di credito, e non già l'adempimento dell'obbligo del debitore»; e di Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 87-89, il quale tuttavia perviene a conclusioni ben diverse rispetto alla presunta «compenetrazione funzionale» tra credito e debito prospettata nel testo perché si limita ad affermare che «il comportamento del debitore è un mezzo per l'attuazione del diritto del creditore ma non il solo» giacché, oltre che tramite la prestazione, il credito può trovare la sua realizzazione mediante la sanzione contro l'inadempimento e in particolare tramite l'esecuzione forzata, che «si risolve infatti, sotto il profilo funzionale, in un mezzo idoneo (esecuzione in forma specifica) alla attuazione del diritto». Ma si badi bene: l'a. si riferisce soltanto all'attuazione del credito e non anche all'attuazione del debito e, quindi, alla realizzazione dell'intero rapporto obbligatorio. Il pensiero di Nicolò riguarda peraltro i rapporti tra dimensione sostanziale e dimensione processuale del diritto di credito o meglio tra diritto di credito ed azione esecutiva volta alla sua attuazione coattiva e mira a svelare l'inconsistenza delle concezioni del credito come diritto sui beni del debitore o diritto (processuale all'esecuzione forzata) verso lo Stato o diritto potestativo alla sanzione. Non sembra lecito, pertanto, trarre indicazioni a suffragio della

La ricostruzione del rapporto obbligatorio nei termini ora precisati si rivela però artificiosa poiché non è concepibile la scissione dell'obbligazione, sia pure in termini di analisi astratta, in una fase statica ed una dinamica²⁰³ e ciò in quanto il rapporto obbligatorio è, dal punto di vista dell'inquadramento dogmatico, un effetto e si colloca, quindi, in una dimensione che non può che essere dinamica. Anche l'analisi strutturale, tanto cara alla dottrina in esame, offre delle conferme in tal senso: la prestazione è categoria dell'azione²⁰⁴ e quindi non può essere pensata se non nella dinamica del conseguimento del risultato dovuto piuttosto che nella statica della descrizione a bocce ferme del piano dell'obbligazione. In altri termini, l'obbligazione è una sintesi di obblighi di condotta e, pertanto, anche a volere immaginare come possibile la distinzione tra un momento statico ed uno dinamico del rapporto, è giocoforza che quest'ultimo finisca per assorbire il primo giacché la dimensione della poiesi risulta di gran lunga prevalente rispetto ad un'ipotetica fase di mera determinazione del contenuto del vincolo. È evidente, pertanto, che la sofisticazione rappresentata dall'isolamento di una fase statica da una dinamica non ha altro effetto – lo si è anticipato – che di sbilanciare il

“compenetrazione funzionale” di debito e credito ed anzi, se proprio si vuole forzare le parole dell'a. per trarre spunti che vadano al di là del contesto in cui sono stati formulati, sembra piuttosto che esse smentiscano l'idea della scissione dell'obbligazione in una fase statica e in una attuativa, come svela il passo in cui l'A. afferma che, «considerando il diritto del creditore come potere di conseguire il bene dovuto, non è possibile distinguere un momento statico (che consisterebbe in un'aspettativa di prestazione) e un momento dinamico (che consisterebbe in un'aspettativa di soddisfazione) del diritto di credito. Questo, dal punto di vista formale, esiste allo stesso modo e cogli stessi caratteri prima e dopo la violazione. Solo si può dire che quando il diritto sia stato violato, il titolare è in una situazione di libertà rispetto alla possibilità di attuazione coattiva del diritto. Ma tale possibilità non è affatto un momento autonomo rispetto al diritto o comunque un momento intermedio fra il diritto e l'azione esecutiva» (ibidem, 87-88). Resta, ad ogni modo, forte il convincimento che le riflessioni di Nicolò ora ricordate non forniscano alcun significativo apporto alla dimostrazione della fondatezza – come d'altronde dell'infondatezza – della tesi della “compenetrazione funzionale” di debito e credito.

²⁰³ Peraltro il tentativo di scindere l'obbligazione in due fasi, l'una statica e l'altra dinamica, non è nuova, essendo già stata prospettata sotto la vigenza del codice civile del 1865 da quelle concezioni del diritto di credito del tutto sbilanciate sulla sanzione dell'inadempimento e disposte a riconoscerci ora un diritto sui beni del debitore ora un diritto processuale verso lo Stato all'esecuzione forzata ora un diritto potestativo alla sanzione. Tale tentativo ha incontrato, però, la critica puntuale di Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 87-88.

²⁰⁴ Sul punto v. Castronovo, *sub art. 1176*, cit., 17, ove peraltro si rinviene la precisazione concettuale sulla nozione di adempimento: l'art. 1218 c.c. induce la dottrina a definire l'adempimento l'esatta esecuzione della prestazione dovuta, ma «prestazione ed esecuzione sono ambedue categorie di azione, onde è preferibile stabilire che l'adempimento consiste nella prestazione dovuta».

rapporto obbligatorio verso lo scopo a scapito della condotta di prestazione, cercando tuttavia di non smentire la premessa della necessaria correlazione tra mezzi e risultato, additata anzi come il tratto caratterizzante dell'obbligazione. Di regola, però, un connotato si rivela rappresentativo di ciò di cui è parte, al punto da divenirne addirittura il dato qualificante – ossia quello in grado di renderlo riconoscibile come tale – proprio perché tale connotato si presenta come una costante del tutto indispensabile dal punto di vista strutturale. Nel nostro caso, però, si è pronti a rintracciare nella correlazione mezzi-risultato, e più in particolare nella condotta debitoria, l'elemento identificativo dell'obbligazione rispetto ad altre figure, ma si è poi disposti a ritenere che, nel concreto svolgimento del rapporto, tale condotta sia surrogabile e che, pertanto, quel che davvero conta al fine dell'integrale attuazione del vincolo sia la realizzazione dell'interesse del creditore, con ciò finendo per elevare a cifra dell'obbligazione quest'ultimo e non già la correlazione condotta-scopo, visto che il risultato dovuto resta centrale tanto nella c.d. fase statica quanto nella c.d. fase dinamica. Tale conclusione è sorretta proprio dall'idea che la prestazione del debitore sia sostituibile da altrui strumenti idonei, al pari della prima, a realizzare integralmente l'interesse creditorio e un'ipotesi paradigmatica viene rintracciata proprio nell'istituto dell'adempimento del terzo, concepito nei termini già in precedenza chiariti²⁰⁵.

Il sostanziale esaurimento dell'obbligazione nel conseguimento dello scopo per cui il vincolo è sorto non è certo un approdo inedito. A tanto era già pervenuto Gustav Hartmann, il quale aveva finito per accentuare il ruolo dello scopo dovuto rispetto alla condotta strumentale al suo conseguimento, peraltro muovendo anch'egli dalla premessa che l'obbligazione sia un mezzo per uno scopo²⁰⁶. Da ciò la conclusione che l'attività del debitore, poiché non necessaria, per lo meno in molti casi, per il conseguimento dello scopo dovuto, non può essere considerata un momento essenziale del concetto di obbligazione.

La riduzione della condotta del debitore a presupposto necessario dell'obbligazione soltanto dal punto di vista empirico, ma non anche dal punto di vista giuridico – che sostanzialmente è anche l'approdo della dottrina da cui si sono prese le mosse – è andata incontro alla critica di Mengoni, incentrata sul rilievo che tale conclusione si rivela possibile solo a condizione di sottovalutare il punto di vista formale poiché, se per un verso è

²⁰⁵ Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 46-47.

²⁰⁶ Hartmann, *Die Obligation*, cit., 32 s.; ma anche H. Siber, *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, II, Berlin, 1927, 329.

innegabile che, in chiave materiale-teleologica, nell'obbligazione è soltanto il termine finale a rivelarsi necessario, mentre risulta indifferente il contegno del debitore ove esso possa venire sostituito da un'altra serie di mezzi, come ad es. l'attività di un terzo, parimente adeguati al conseguimento dello scopo, per altro verso, è altrettanto innegabile che «la qualificazione formale, operando una scelta tra i possibili mezzi, attribuisce al comportamento del debitore carattere di *necessitas* giuridica, cioè di regola direttiva, e perciò soltanto per il tramite di un'attività conforme alla regola viene adempiuta l'obbligazione»²⁰⁷. Ne discende che di adempimento si può parlare soltanto se si è attuata la dipendenza funzionale dei due termini del rapporto. Per dirla in altri termini: l'adempimento dell'obbligazione è funzione dello svolgimento della condotta del debitore e del conseguimento del risultato atteso. L'attuazione dell'obbligo e la realizzazione del credito sono, dunque, due fenomeni distinti dal punto di vista concettuale e formale giacché il contenuto del primo non coincide con l'oggetto del secondo²⁰⁸, ma essi sono legati da una

²⁰⁷ Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 183, il quale ulteriormente precisa che «Coordinare la *solutio* del vincolo alla realizzazione del risultato, indipendentemente dall'attuazione dell'obbligo, significa, in parole schiette, trasformare l'obbligazione in una figura di garanzia, il che proprio lo Hartmann, con energia verbale pari alla sostanziale incoerenza, si è rifiutato di ammettere». Alla luce di quanto precede, non si può dunque tentare di trarre dalle riflessioni di Mengoni utili indicazioni a favore della ricostruzione del rapporto obbligatorio in termini di prevalenza del risultato sui mezzi. Vero è che Mengoni afferma che «l'interesse al comportamento del debitore, considerato in un momento anteriore all'inadempimento, rifluisce senza residui nell'interesse al risultato, e quindi svanisce non appena un terzo, nonostante la scelta della norma non sia caduta su di lui, offra tempestivamente il bene dovuto, al posto del debitore» (ibidem, 181-182), ma tale rilievo si giustifica nel contesto dell'equiparazione *quoad effectum* sul diritto di credito dell'adempimento del terzo all'adempimento. Detto altrimenti, il risultato dovuto deve essere prodotto dalla condotta obbligatoria e solo in tal caso si ha attuazione del rapporto obbligatorio; ciò non toglie che la prestazione del terzo possa produrre il medesimo risultato della prestazione del debitore, mostrando la medesima idoneità strumentale della condotta dovuta, ma questo non significa che si sia in presenza di adempimento né che sia abbia attuazione del rapporto in entrambi i suoi lati.

²⁰⁸ Il punto è magistralmente illustrato da Mengoni, op. cit., 179: «È vero che mezzo e scopo sono termini simmetrici, si rispecchiano l'uno nell'altro, in quanto i mezzi non sono se non gli elementi analitici del fine, e reciprocamente il fine la sintesi (funzionale) dei mezzi. Ma è anche vero che non sempre, e anzi non di regola, la materia dell'obbligazione è tale che la sintesi degli atti dovuti dal debitore coincide senz'altro col risultato da realizzare, essendo necessario un mezzo ulteriore e conclusivo, costituito dalla collaborazione (accettazione) del creditore. Cosicché non è possibile, in linea strettamente dogmatica, identificare il comportamento dovuto con la produzione del risultato, il contenuto dell'obbligo del debitore col bene che forma oggetto del diritto del creditore».

correlazione funzione giacché non possono sussistere se non in un rapporto reciproco, il quale anzi in codesta correlazione si esaurisce, al punto che è legittimo affermare che la compiuta attuazione dell'obbligazione si deve interamente realizzare nella dimensione del rapporto²⁰⁹. Il che, peraltro, offre una spiegazione della sostanziale sinonimia dei termini "obbligazione" e "rapporto obbligatorio", che vada al di là della mera influenza della tradizione²¹⁰.

Come si è già anticipato, l'adempimento – inteso come strumento di integrale attuazione del rapporto obbligatorio con contestuale liberazione del debitore e soddisfazione dell'interesse del creditore – è categoria del rapporto unitariamente inteso e pertanto si realizza solo ove la correlazione funzione segua il suo

²⁰⁹ In ciò va ravvisato il punto di distacco della concezione dell'adempimento dell'obbligazione di Nicolò (*L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 57 s.) e di Mengoni (*L'oggetto della obbligazione*, cit., 174 s.). Nicolò ritiene che l'adempimento « non tende necessariamente a procurare la realizzazione del diritto del creditore ossia l'attuazione del dover ricevere, ma consiste solo nell'attuazione del contenuto dell'obbligo da cui deriverà necessariamente la estinzione di questo e normalmente la realizzazione del diritto» (*L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 58) e nell'affermare ciò fa leva sugli artt. 1189 c.c. e 1210, comma 2, c.c., concepiti come ipotesi di attuazione dell'obbligo in assenza di realizzazione del credito. Mengoni, di contro, giudica intimamente contraddittoria questa concezione dell'adempimento del debitore e ve ne contrappone un'altra contrassegnata dalla correlazione funzionale tra debito e credito, che è tale da indurre a ritenere che «la proposizione per cui l'attuazione dell'obbligo non è per sé stessa ragione sufficiente dall'estinzione del medesimo, discende dal principio dell'interdipendenza funzionale che lega i due termini dell'obbligazione. Obbligo e diritto di credito sono espressioni simultanee della norma, senza che l'uno possa dirsi derivato dall'altro, ma sono congiunti in un rapporto tale che il valore dell'uno è funzione dell'altro. Corrispondentemente il valore dell'attuazione dell'obbligo, all'effetto della rimozione del vincolo, è una funzione della realizzazione del diritto di credito» (*L'oggetto della obbligazione*, cit., 180). Ne consegue che si ha adempimento dell'obbligo, con effetto attuativo dell'intero rapporto obbligatorio, solo ove la prestazione del debitore abbia assolto alla sua funzione strumentale ed abbia prodotto la realizzazione dell'interesse del creditore. Questo è il senso della contrapposizione tra le due costruzioni teoriche e non se ne può trarre l'ulteriore conclusione secondo cui «Il Mengoni, invece, pur ribadendo la profonda differenza concettuale tra l'attuazione dell'obbligo e la realizzazione del diritto e sottolineando allo stesso tempo l'idoneità dell'adempimento del terzo a realizzare la sola seconda vicenda, parrebbe, invece, negare che l'intervento del terzo possa provocare l'estinzione del complessivo vincolo obbligatorio, a causa della necessaria correlazione funzionale tra i due momenti»: così Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 45 nt. 58. Il giudizio è del tutto infondato: Mengoni non si è pronunziato sul punto e dalla centralità rivestita dalla correlazione funzionale nella sua teoria non è lecito trarre le conclusioni cui è pervenuta la dottrina in esame. Difatti, la correlazione costituisce il nucleo del concetto di realizzazione del rapporto obbligatorio, il quale non è concepibile se non in presenza della correlativa attuazione del contenuto dell'obbligo e realizzazione dell'oggetto del credito, ma ciò non significa che la correlazione funzionale debba in ogni caso segnare

corso²¹¹ e si dispieghi, dando così luogo «ad un fenomeno complesso, risultante dallo svolgimento concreto del comportamento obbligatorio nella realizzazione dello scopo qualificato oggetto del diritto di credito»²¹².

l'estinzione dell'obbligazione. L'estinzione si può produrre pure al di fuori del dispiegarsi della correlazione funzionale di debito e credito, soltanto che in tali ipotesi non si potrà parlare di adempimento. Basti pensare alla concezione mengoniana dell'offerta reale seguita dal deposito irrevocabile: «non implicano il concetto che l'attuazione dell'obbligo è sufficiente per la liberazione del debitore, astrazione fatta dalla realizzazione dell'interesse tutelato, ma si fondano proprio sul concetto opposto» (*L'oggetto della obbligazione*, cit., 176-177). Il concetto opposto va così formulato: la liberazione del debitore non si può compiere in assenza della realizzazione dell'interesse tutelato. Come ciò possa implicare quanto affermato dalla dottrina in esame, ossia che, nella prospettiva mengoniana, l'adempimento del terzo non comporti l'estinzione del rapporto obbligatorio e la conseguente liberazione del debitore, non è dato comprendere. Se l'attuazione del contenuto dell'obbligo in assenza di realizzazione dell'interesse del creditore non comporta la liberazione del debitore, non significa anche che la realizzazione dell'interesse del creditore per mano diversa da quella del debitore non produca la liberazione di quest'ultimo. Mengoni non si sofferma sul dispositivo tecnico di tale estinzione, ma ha cura di escludere decisamente che l'intervento del terzo si possa considerare adempimento in senso tecnico, proprio perché manca l'attività strumentale del debitore (ibidem, 183 nt. 3).

²¹⁰ Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 3.

²¹¹ Tale aspetto è sottovalutato da Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 51 s., in part. 53, ove l'a. riconosce la centralità della correlazione tra debito e credito nella struttura del rapporto obbligatorio, ma poi afferma che «l'esistenza correlativa dei due termini (diritto e obbligo) è indispensabile perché il rapporto permanga in vita, ma che il nesso di correlazione tra estinzione dell'obbligo e realizzazione del diritto non è, per lo meno, essenziale», giacché la realizzazione del risultato dovuto è semplicemente una conseguenza normale, ma non anche una componente essenziale dell'adempimento e, quindi, della liberazione del debitore, il che equivale a dire che l'adempimento coincide integralmente con la sola attuazione del contenuto dell'obbligo. *Contra* Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 175.

²¹² Mengoni, op. cit., 182, il quale, nella consueta ottica della correlazione mezzi-scopo, fornisce una diversa spiegazione dell'attuazione dell'obbligazione, muovendo dagli attributi di "obbligatorio" e "dovuto". «Il risultato da produrre non fa corpo col contenuto dell'obbligo, e quindi può qualificarsi come risultato (bene) dovuto solo a patto che sia chiaro che "dovuto" non è qui sinonimo di obbligatorio. Il predicato dell'obbligatorietà compete all'attività del debitore diretta a produrre il risultato, non al

risultato per sé considerato. La qualifica di “dovuto”, riferita al risultato, è invece espressione di un giudizio oggettivo di valore (*dover ricevere*), che completa l'essenza dell'obbligazione dal lato attivo, nel senso che il risultato deve sopraggiungere all'attuazione del contenuto dell'obbligo, affinché sia integrato il presupposto della liberazione del debitore».