



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dipartimento di Diritto Privato

Dottorato di Ricerca in Diritto Comparato XXII ciclo

L'OBBLIGAZIONE NATURALE NEL DIRITTO D'EUROPA

TESI DI DOTTORATO DELLA DOTT.SSA ANNALISA TARDINO

Coordinatore del Dottorato
Ch.mo Prof. G. Smorto

Tutor
Ch.mo Prof. G. Giaimo

A.A. 2010/2011

SOMMARIO

PREMESSA.....	4
CAPITOLO I.....	7
L'OBBLIGAZIONE NATURALE NELLA PROSPETTIVA STORICA.....	7
1. L'obbligazione naturale nel diritto romano.....	7
2. L'obbligazione naturale in epoca moderna.....	18
3. L'obbligazione naturale: a) punto di incontro tra diritto positivo e realtà.....	35
b). punto di incontro tra ordinamento statale e diritto dei privati.....	40
CAPITOLO II.....	52
LA FATTISPECIE DI CUI ALL'ART. 2043.....	52
1. Natura giuridica delle obbligazioni naturali.....	52
2. I doveri morali e sociali.....	62
3. La natura dell'adempimento.....	79
4. L'oggetto dell'adempimento.....	90
5. Obbligazione naturale e figure affini: donazione, liberalità d'uso, gentlemen's agreements.....	100
6. Singole fattispecie: giuoco e scommessa, adempimento del debito prescritto, esecuzione del contratto nullo.....	134
CAPITOLO III.....	157
L'OBBLIGAZIONE NATURALE IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA.....	157
1. L'obbligazione naturale nell'ordinamento francese contemporaneo.....	157

2. L'obbligazione naturale nell'ordinamento tedesco contemporaneo.	164
3. L'obbligazione naturale in <i>common law</i> : riconoscimento dell'obbligazione naturale nel XVIII secolo.....	171
4. L'opinione di Lord Mansfield <i>in Moses v. Macferlan</i> : il ruolo della giurisprudenza.....	173
5. Il declino dell'obbligazione naturale nel XIX secolo e la dottrina moderna.....	181
BIBLIOGRAFIA	185

Premessa

Il dibattito sull'opportunità di dotare l'Europa di una codificazione del diritto civile, scaturito dalla presa coscienza del nuovo fenomeno di convergenza dei diversi ordinamenti giuridici europei, denuda i contrasti linguistici, la diversità dei concetti costituenti il patrimonio tassonomico dei vari ordinamenti, nonché la differente "educazione legale" dei giuristi nei paesi europei.

Da timido lettore e spettatore delle numerose iniziative di codificazione uniforme in rami diversi del diritto privato, portate avanti dalla comunità scientifica nonostante le succitate difficoltà, ci si interroga sulla configurabilità di una disciplina comune o di un punto di contatto normativo di un istituto fortunato nella storia del pensiero giuridico, quale quello dell'obbligazione naturale.

L'obbligazione naturale, ex art. 2034 c.c., *“..se da un lato è meno di un rapporto giuridico, cioè un rapporto imperfetto, dall'altro è qualcosa di più perché nasce in quella regione dove sono le ragioni divine del diritto”*.

Imperniata sul concetto di dovere morale e sociale, l'obbligazione naturale appare particolarmente sensibile al cambiamento nei diversi ordinamenti giuridici europei.

Infatti un impiego equilibrato dell'ampia formula del primo comma dell'art. 2034 c.c., riesce a garantire uno stabile raccordo dell'ordinamento con le trasformazioni del costume sociale nel pieno rispetto delle scelte e dei valori di fondo cui esso ha inteso, nei suoi vari ambiti, ispirarsi.

L'elaborato si compone di tre capitoli. Il primo disamina l'istituto delle obbligazioni naturali nella prospettiva storica, dando contezza dell'evoluzione normativa e

dottrina dello stesso nel diritto romano ed in epoca moderna, con riferimento alla funzione svolta dall'istituto come punto d'incontro tra diritto positivo e realtà e come punto di incontro tra ordinamenti.

Il secondo capitolo è dedicato allo studio della norma nei suoi aspetti fondamentali: natura giuridica, i doveri morali e sociali, natura e oggetto dell'adempimento, nonché alle singole fattispecie, quali il giuoco e le scommesse, l'adempimento del debito prescritto, l'esecuzione del contratto nullo. Il terzo capitolo accenna alla disciplina vigente nell'ordinamento francese e tedesco e, premessa l'assenza di un istituto analogo negli ordinamenti di *common law*, esamina le soluzioni normative e casistiche prospettate in *common law* da recente dottrina sottese a fattispecie riconducibili ad ipotesi di obbligazioni naturali.

CAPITOLO I

L'OBBLIGAZIONE NATURALE NELLA PROSPETTIVA STORICA

SOMMARIO: 1. L'obbligazione naturale nel diritto romano; 2. L'obbligazione naturale in epoca moderna; 3. L'obbligazione naturale: a) punto di incontro tra diritto positivo e realtà- b) punto di incontro tra ordinamento statale e diritto dei privati;

1. L'obbligazione naturale nel diritto romano

Il tema delle obbligazioni naturali è parecchio controverso nel diritto romano, poiché dalle fonti non emerge un significato univoco dell'espressione "*obligatio naturalis*"¹.

¹ rileva R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni: corso di diritto romano*, Napoli, 1922, p.144, che le incertezze al riguardo esistenti <<sono determinate per un verso dalla stessa terminologia delle fonti oscillante ed ambigua, per l'altro dalle frequenti interpolazioni (secondo qualche scrittore, anzi, frequentissime e numerose e sistematiche), che nei testi relativi alla materia sono state operate dai tribonianeii>>; si sofferma sui molteplici significati assunti dall'*obligatio naturalis* M. MACHELARD, *Des obligations naturelles and droit romain*, Paris, 1861, p.3; anche V. SCIALOJA, *Lezioni di diritto romano*, Roma, s.d., p. 648; G. PACCHIONI, *L'obligatio naturalis nel diritto romano classico e nel diritto attuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1926, p. 39 e ss.;

La dicotomia obbligazione civile – obbligazione naturale veniva tradizionalmente ricondotta alla più ampia contrapposizione tra *ius civile* e *ius gentium*.

L'obbligazione naturale si poneva come emanazione dello *ius gentium* contrapposto allo *ius civile*.

Secondo Savigny si trattava di una distinzione affine a quella relativa ai modi di acquisto della proprietà (civili o naturali), nonché a quella relativa alla parentela (anch'essa civile o naturale). Tuttavia, non ogni obbligazione *ius gentium* poteva definirsi naturale, anzi, la maggior parte delle obbligazioni *ius gentium* erano riconosciute anche dal *ius civile* in quanto fornite di azione, mentre alcune di esse rimanevano prive di pretesa: solo in relazione a quest'ultime occorrerebbe parlare di obbligazioni naturali².

² F.C.SAVIGNY, *Le obbligazioni*, I, trad. con appendici a cura di G .PACCHIONI, Torino, 1912, p. 22 ss., ove ulteriormente si osserva: <<La distinzione fra obbligazioni civili e naturali si riferisce anzitutto alla origine delle medesime, poi alla capacità giuridica personale e, infine, al modo e al grado della loro efficacia>>; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, X ed., Torino, 1951, p. 394;

Tale impostazione tradizionale, secondo cui la figura dell'obbligazione naturale è caratterizzata dalla circostanza che il *ius civile* non abbia attratto al proprio interno, munendola di azione, ogni obbligazione *iuris gentium*, è stata tuttavia sottoposta a revisione critica. Ciò, soprattutto, per non aver saputo cogliere i profondi mutamenti che hanno caratterizzato il diritto romano ed aver fornito una visione unitaria di un fenomeno che, invece, presentava, notevoli elementi di differenziazione. Si è così posta una netta distinzione tra diritto giustiniano e diritto romano classico, negando che quest'ultimo conoscesse l'obbligazione naturale.

L'indagine di Perozzi, per il quale l'unica ipotesi di obbligazione naturale era quella che aveva per protagonista, sia come debitore che come creditore, un *servus*, portò a concludere che il termine *obligatio* doveva essere inteso in senso atecnico, trattandosi di

obbligazione nulla per il diritto e, come tale, dotata di esistenza di mero fatto³.

Un'obbligazione, quindi, che non rinveniva il proprio fondamento in principi di ordine morale, ma che, al pari delle obbligazioni civili, trovava la propria fonte nell'ordine giuridico: esisteva nella società, ma non per il diritto. Si deve a Giustiniano il raggruppamento, mediante ricorso all'espressione *obligatio naturalis*, delle altre *species* rispetto alle quali era preclusa la ripetizione, in precedenza non solo distinte ma altresì sottoposte ciascuna a regole proprie. Mentre per i giuristi classici *obligatio naturalis* significava obbligazione di mero fatto, per Giustiniano, secondo Perozzi, in virtù di una maturata contrapposizione tra diritto positivo e diritto naturale, essa diviene l'obbligazione sancita dalla natura⁴.

³ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 2^a ed., Milano, 1947, p. 3 ss; A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino, 1995, p. 121;

⁴ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 123, ove si osserva che Giustiniano <<seguiva nel far ciò le tendenze del pensiero greco, che oppone spesso e volentieri il diritto positivo al diritto naturale>>;

Secondo Siber, invece, tenuto conto che per i giuristi classici *ius naturale* era sinonimo di *ius gentium*⁵, *l'obligatio naturalis* del diritto classico era un'obbligazione in senso tecnico avente la sua fonte *nel ius gentium*⁶. Fu solo con i giustinianeï, che sostituirono alla dicotomia *ius civile/ius gentium* la tricotomia *ius civile/ius gentium/ius naturale*, che l'espressione *obligatio naturalis* assunse un nuovo significato, di obbligazione avente il proprio substrato nel *ius naturale*⁷. Si è obiettato sostenendo che, sebbene i tentavi di ricostruire una teoria generale dell'obbligazione naturale siano da attribuire principalmente a Giustiniano, tuttavia gli elementi

⁵ G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946, p. 254, nonché pp. 270-271: <<nel pensiero classico- basta riferirsi a Gaio- la natura e la *naturalis ratio* sono il fondamento del *ius gentium*>>; per un'equiparazione del *ius gentium* alla *naturalis aequitas* vd. G. MOSCATO, *Le obbligazioni naturali nel diritto romano e nel diritto moderno*, Torino, 1897, P. 182;

⁶ Contra V. DE VILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, Sassari, 1938, p. 22-23, ove si osserva: <<è decisivo a questo proposito il riflesso che l'unica volta in cui *l'obligatio naturalis* si trova menzionata in un testo classico e sicuramente classico (Gaio III- 119) contempla solo *l'obligatio* contratta da schiavi, la quale nulla ha proprio a che fare con lo *ius gentium*>>.

⁷ H. SIBER, *Die naturalis obligatio*, Leipzig, 1926, p. 1 ss.; per una condivisione della teoria di SIBER vd. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano: le obbligazioni*, III Milano, 1983, p. 63 nonché p. 81 ss;

essenziali erano già presenti nel diritto classico. Infatti, l'idea che è alla base dell'obbligazione naturale, valida secondo l'equità, ma priva di azione in virtù di necessità sociali- ancorché non conosciuta da Cicerone, sembra sia stata propugnata per la prima volta da Seneca ed introdotta in campo giuridico tra la fine del I sec. D.c. e gli inizi del II da Giavoleno e Giuliano⁸.

Certo è, ad ogni modo, che nel periodo classico mancasse una teoria organica dell'obbligazione naturale, giacché i singoli casi sono affiorati in tempi diversi, sotto l'impulso di regole ed esigenze particolari, mentre solo con la scuola bizantina si è assistito all'emersione di una tendenza sistematica frutto anche dell'attività di interpolazione⁹.

A differenza che nel diritto odierno, in diritto romano gli effetti derivanti dall'obbligazione naturale erano

⁸ R. MONIER, *Manuale elementare de droit romain*, II, Paris, 1936, p. 309; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1967, p. 636; A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino, 1995, p. 28;

⁹ R. DE RUGGERO, *Le obbligazioni*, op. cit., p. 171.

molteplici, sebbene non sempre coincidenti in relazione alle singole fattispecie di obbligazioni naturali¹⁰, e tali da porre il debitore, indipendentemente dalla sua volontà, nella necessità di pagare. Ciò induce a ritenere che *l'obligatio naturalis* generasse un vero e proprio vincolo, e dunque che si fosse nel vero parlando di obbligazione¹¹. Ed in effetti, al di là delle interminabili dispute circa l'evoluzione del concetto di obbligazione naturale nel corso dei secoli, vi è concordanza nel collocare le obbligazioni naturali in diritto romano nell'ambito dell'obbligazione giuridica e nel contrapporla nettamente

¹⁰E. MOSCATO, *Le obbligazioni naturali nel diritto romano e nel diritto moderno*, op. cit., p. 30 e ss << cose svariate e diversamente efficaci erano le cause per cui davasi luogo alla *naturalis obligatio*, così anche vari e più o meno numerosi erano gli effetti che ciascuna delle sue singole specie produceva, sia per indole propria, sia per necessità di adattamento al medesimo diritto positivo >>; F. JACOUCCI, *Sulle obbligazioni naturali in generale nel diritto romano e nel codice civile italiano*, Roma, 1876, p. 10, il quale osserva che << gli effetti delle leggi romane attribuiti alle obbligazioni naturali non sono generali e assoluti, ma debbono adattarsi alle singole relazioni giuridiche che hanno dato origine alle diverse obbligazioni naturali >>;

¹¹N. DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, II ed., Napoli, 1869, p. 276: << (...) l'obbligazione naturale esiste ed ha quasi tutti gli effetti di ogni altra (...) >>; cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit. p. 173: << nel diritto giustiniano *l'obligatio naturalis* sfornita di azione ha un'efficacia imponente. Si può dire che, tolta l'azione, tutti gli effetti scaturenti dalla obbligazione civile le sono riconosciuti >>;

agli obblighi morali e sociali il cui unico effetto consisteva nell'impossibilità di esercitare la ripetizione¹².

Oltre a produrre l'effetto della *soluti retentio*, l'obbligazione naturale poteva invero costituire valido substrato per la costituzione di un rapporto di garanzia reale o personale¹³.

Mediante un *constitutum debiti* poteva determinarsi la nascita di un'*actio* a difesa del rapporto, il quale per questa via diveniva azionabile.

¹² E. FADDA, *Teoria generale delle obbligazioni*, Lezioni di diritto romano raccolte da Cugia e Cugusi, Napoli, 1902, pp. 146-147; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca*, Torino, 1994, p. 396, il quale nel concepire l'obbligazione naturale come figura di debito senza responsabilità, afferma che <<l'aggettivo *naturalis* ha infatti spesso nel linguaggio delle fonti romano-classiche un significato che attenua la carica giuridica del sostantivo qualificato>>;

¹³ V. SCIALOJA, *Lezioni di diritto romano*, op. cit., p. 681, ove si osserva che <<nel caso del pegno o di ipoteca dato dallo stesso debitore naturale avviene che mentre il creditore non può esercitare l'azione personale, può invece esercitare le azioni nascenti dal diritto reale (azioni ipotecarie); cosicché si ha indirettamente un'azione data per la persecuzione del debitore per quanto limitata dall'oggetto su cui è costituita la garanzia>>;

Si poteva avere novazione, sicché si trasfondeva “la sostanza d’una obbligazione naturale preesistente in una obbligazione civile”¹⁴.

L’obbligazione naturale rappresentava, inoltre, un elemento del patrimonio, come tale da computarsi ogni qual volta in cui venisse in considerazione il patrimonio del debitore o del creditore naturale¹⁵. Infine, essa era suscettibile di compensazione¹⁶, “effetto gravissimo che rappresenta l’estremo limite possibile della indiretta coercibilità del vincolo naturale, poiché oltre di essa non resterebbe che concedere l’azione”¹⁷.

Per quel che concerne i singoli casi di obbligazione naturale, l’opinione prevalente ritiene che nel diritto

¹⁴ V. SCIALOJA, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 682; SAVIGNY, *Le obbligazioni*, op. cit. p. 47; E. MOSCATO, *Le obbligazioni naturali nel diritto romano e nel diritto moderno*, op. cit. pp. 39-40;

¹⁵ R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni*, op. cit., p. 175; G. LONGO, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino, 1939, pp. 283-284; E. MOSCATO, *Le obbligazioni naturali nel diritto romano e nel diritto moderno*, op. cit., pp. 38-39;

¹⁶ Anche se si trattava di un effetto non comune a tutte le ipotesi di obbligazioni naturale: V. SCIALOJA, *Lezioni di diritto romano*, cit. pp. 684-685; E. FADDA, *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit. p. 111;

¹⁷ R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni*, op. cit., pp. 186;

classico essi si identificassero principalmente negli impegni di natura patrimoniali che avevano per protagonisti i servi¹⁸ o i *filifamilias*.

La condizione giuridica di costoro impediva di porre in essere veri e propri rapporti obbligatori; se, tuttavia, il *servus*, anche dopo la manomissione, avesse pagato, sarebbe stata preclusa al *dominus* la *condictio indebiti*, così come, nell'ipotesi inversa, il soggetto libero che avesse adempiuto nei confronti del *servus* non avrebbe potuto agire in ripetizione¹⁹. Pur nella consapevolezza delle difficoltà di fornire un elenco preciso degli altri casi e, soprattutto, di indicarne con esattezza l'epoca di

¹⁸R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni*, op. cit., pp. 189: "questa è la figura più tipica, primigenia e duratura di obbligazione naturale: è la prima a sorgere nel diritto classico e perdura interrottamente fino al diritto giustiniano: è come il paradigma di tutte le altre"; ampiamente A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit. p. 30 ss. Il quale si sofferma sulle molteplici ipotesi prospettabili: *naturalis obligatio* dello schiavo verso l'estraneo, verso il padrone ovvero del *dominus* verso il proprio schiavo;

¹⁹ "In situazione simili doveva trovarsi il *filis familias*, che avesse assunto impegni di natura patrimoniale in base al proprio peculio sia con il proprio *paterfamilias*, sia con persone sottoposte alla *potestas* del comune *paterfamilias*, sia nelle più antiche epoche con persone *sui iuris*. Nelle stesse situazioni si trovavano quest'ultime ove avessero assunto impegni della medesima natura con un *filius familias*. E' dubbio se tali impegni venissero in diritto classico designati col nome di *obligationes naturales*". E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, op. cit., pp. 632-637;

emersione, la dottrina suole annoverare, come ipotesi maggiormente significative, l'obbligazione estinta per *litis contestatio*²⁰, quella estinta per *capitis deminutio*²¹, il mutuo contratto dal *filius familias* in violazione del Senatoconsulto Macedoniano, l'obbligazione assunta dal minore di venticinque anni dopo aver ottenuto l'*in integrum* restituito dal Pretore.

Resta invece controversa la possibilità di configurare un'obbligazione naturale a seguito della maturata prescrizione delle azioni personali²² ovvero a carico del debitore assolto ingiustamente, così come nel caso dell'obbligazione contratta dal pupillo senza l'*auctoritas*

²⁰ R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni*, op. cit., p. 197, che riconduce questo caso al diritto classico: "quando, infatti, esercitata l'azione, fosse intervenuta la *litis contestatio* e poi, pel decorso dei termini rigorosamente prescritti si fosse verificata la *ammissio litis*, al creditore si riconosceva tuttavia una ragione creditoria, che non poteva più farsi valere con l'azione, oramai consumata, trovava indiretta efficacia mercé la *soluti retentio*"; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, op.cit. p. 638.

²¹ In seguito alla *capitis deminutio* i debiti non derivanti da delitto si estinguevano, tuttavia il capite *deminutus* resta obbligato naturalmente; cfr. R. MONIER, *Manual élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 312;

²² Cfr. E. FADDA, *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit. p. 138 ss, ove si puntualizza che la configurabilità o meno di un'obbligazione naturale non riguarda il diritto classico, atteso che di "prescrizione vera e propria delle azioni si può parlare solo riguardo all'epoca di Teodosiano"; per la soluzione affermativa E. MACHELARD, *Des obligationes naturalles en droit romain*, cit. p. 23 ss.

del tutore²³. A queste si aggiungono ulteriori ipotesi controverse di adempimento di doveri morali, sociali e religiosi, in relazione alle quali il diritto classico prevedeva unicamente la *soluti retentio* e che solo dai Giustinianeî furono ricondotte, almeno tendenzialmente, nell'ambito delle *obligationes naturales*. Tra di esse il dovere del liberto di prestare *operae* al suo manomissore, il dovere di prestare gli alimenti da parte di soggetti non tenuti giuridicamente, il pagamento di interessi stabiliti con semplice *factum* e non dovuti in forza di *obligatio*.

2. L'obbligazione naturale in epoca moderna

L'obbligazione naturale emerge come categoria nell'elaborazione giusnaturalistica.

²³ Ampiamente R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni*, op. cit. p. 203 ss. Il quale afferma che "lo stato delle fonti è, in questo tema, veramente disperante"; v. anche E. FADDA, *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit. p. 112;

In epoca medioevale furono aggiunti numerosi casi di impegni morali e sociali a quelli già individuati dai giuristi romani: ciò spinse i glossatori a tentare di risolvere i numerosi contrasti con i principi generali vigenti in tema di obbligazione e di ricostruire una categoria in termini unitari²⁴.

La dottrina del diritto intermedio, ancorché conscia della mancanza di coercibilità dell'obbligazione naturale²⁵, pose inoltre in evidenza l'esistenza di casi in cui con *l'obligatio civilis* concorreva con *l'obligatio naturalis*, scorgendo in essi una valenza superiore. Questo particolare ruolo dell'obbligazione naturale fu posto

²⁴ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit. p. 635 nota 2, ove si aggiunge che "l'aggettivo *naturalis* con il quale si designano queste *obligationes* ha esercitato una potente attrattiva per gli interpreti: sulla base di esso, i giuristi intermedi le hanno poste in relazione con le varie teorie intorno al diritto naturale ed hanno sostenuto che le obbligazioni naturali sono create nella sfera che, secondo la dottrina comune, sarebbe propria di questo diritto e non di quella del diritto positivo, rappresentando esse il soddisfacimento di un'esigenza di giustizia e di equità che gli uomini aspirano a raggiungere, ma che non viene realizzata dal diritto positivo".

²⁵ Osserva G.GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I, rist. 7^a ed., Firenze, 1924, p. 39, che, nonostante la bontà degli studi effettuati in diritto comune, la giurisprudenza in quell'epoca "ebbe ben poche occasioni di cavarne profitto. Se si eccettua qualche raro caso di compensazione, la vita pratica delle obbligazioni naturali nel diritto comune si restrinse alla *soluti retentio*".

significativamente in luce dalla dottrina giusnaturalistica nell'elaborazione della teoria dell'obbligatorietà della promessa²⁶.

Il pensiero giusnaturalistico, tuttavia, dilatò i confini della categoria sino a comprendervi ogni fattispecie caratterizzata da elementi difformità rispetto allo schema tipico del rapporto obbligatorio, generando un'incertezza che la dottrina successiva, nella fase anteriore all'elaborazione del *Code Civil*, non riuscì a risolvere²⁷. In particolare, la diversità di posizione che si registra tra Domat e R. J. POTHIER riflette un differente modo di intendere il rapporto tra diritto e morale, rapporto costantemente in discussione.

Domat nell'inquadrare il fenomeno nell'ambito dell'obbligazione in senso tecnico, ne ravvisò il tratto

²⁶ A. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, I Torino, 1992, p. 115 ss. ove ulteriormente si osserva che "l'obbligazione naturale ha un ruolo centrale nella tematica della promessa e nell'ambito della dottrina del patto nudo; quest'ultimo inidoneo a produrre una *obligatio civilis* coercibile attraverso l'*actio* che le compete, determina peraltro l'insorgere di una *obligatio naturalis* del promettente ad adempiere la promessa".

²⁷ E. MOSCATI, voce *Obbligazioni naturali*, in *Enc. Dir.* XXIX, Milano, 1979, pp. 354-355;

distintivo nell'incoercibilità; elemento, quest'ultimo, capace di degradare l'obbligazione naturale al rango di obbligazione "imperfetta" o "degenerata"²⁸. Questa impostazione esercitò grande fascino sulla dottrina del XIX secolo, soprattutto tra gli appartenenti alla scuola delle esegesi, i quali operarono una netta distinzione tra l'obbligazione naturale ed il dovere morale e per tale via riconobbero, nell'ambito della categoria, l'esistenza di due specie: le obbligazioni civili *avortées*, che del tutto legittimamente avrebbero potuto essere assistite da una pretesa giuridicamente azionabile, ma che il legislatore in virtù di una valutazione di convenienza, aveva deciso di privare dell'elemento della coercizione, e le obbligazioni civili *degénérés*, che il legislatore per motivi di utilità sociale avrebbe sfornito di utilità sociale di azione solo in una fase successiva al loro riconoscimento pieno. Di

²⁸ G. DOMAT, *Le Leggi civili disposte nel loro naturale ordine*, trad. it. con note di PADOVANI, Pavia, 1825, p. 294, ove si parla di impegno.

entrambe, tuttavia, si sostenne l'intimo legame con l'obbligazione civile, tanto da reputarle possibili, nonostante l'unico effetto contemplato dal comma 2° dell'art. 1235 del *Code Napoléon* consistesse nell'esclusione della ripetizione dell'indebitto, la prestazione di una garanzia, la novazione, nonché la trasmissione dal lato sia attivo che passivo.

Alla base di questa costruzione, oltre che la precisa volontà di evitare, secondo la tradizione romana, qualsiasi interferenza tra diritto e morale, tenuto tra l'altro conto del metodo di analisi proprio della scuola dell'esegesi, poco incline ad oltrepassare la lettera della legge, vi era anche una ragione di ordine storico-politico: il timore che potessero consumarsi arbitri analoghi a quelli verificatesi durante l'*anciens régime* da parte dei Tribunali induceva infatti a circoscrivere l'ampiezza dei poteri riconosciuti all'organo giudiziario.

L'insoddisfazione verso l'ordine di idee sopra delineato, sia sul piano generale dei rapporti tra morale e diritto, sia su quello più squisitamente tecnico, condusse parte della dottrina francese a valorizzare, così accogliendo il suggerimento di R.J. POTHIER, l'idea di una netta separazione delle obbligazioni del foro esterno dai doveri della coscienza e dell'onore²⁹.

Al contrario di Domat, il quale aveva riprodotto idee e soluzioni accolte dal diritto romano, R.J. POTHIER si

²⁹ Afferma POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, 2^a ed. it., Livorno, 1841, p. 112: "dicesi obbligazione civile quella che un vincolo di diritto, *vinculum iuris*, e che dà a colui verso cui è contratta il diritto di esigere in giudizio ciò che in essa si contiene. Dicesi obbligazione naturale quella che nel foro dell'onore e della coscienza obbliga colui che l'ha contratta all'adempimento di ciò che in essa è contenuto. Ordinariamente le obbligazioni sono naturali e civili insieme. Ve ne sono però alcune che sono solamente civili senza essere al tempo stesso naturali, ed al di cui adempimento il debitore può essere forzato in giustizia, quantunque non vi sia obbligato nel foro della coscienza (...). Vi sono, altresì, delle obbligazioni solamente naturali, senza essere civili; queste obbligazioni nel foro di colui che le ha contratte ad adempirle; ma la legge civile nega ogni azione a quello verso cui sono contratte per dimandarne in giudizio lo adempimento. Queste sono chiamate impropriamente obbligazioni, perché non sono un vincolo di diritto, *vinculum iuris*. Esse non impongono a chi le ha contratte una vera e propria necessità di adempirle, mentre non può esservi costretto da quello in *favor* di cui le ha contratte; ed in questa necessità appunto consiste il carattere della obbligazione; *vinculum iuris quo necessitate adstringimur*; esse non sono che *pudorius et aequitatis vinculum*";

impegna in una sistemazione della materia difforme dallo *ius receptum*³⁰.

Muovendo dalla categoria generale dell'obbligazione, egli procede ad una duplice partizione: la prima, fondata sull'esigibilità o meno della pretesa, determina la scomposizione dell'obbligazione nelle due specie dell'obbligazione imperfetta (doveri di carità e di riconoscenza per i quali il debitore non è responsabile che di fronte a Dio) e dell'obbligazione perfetta (caratterizzata, viceversa, dal diritto del creditore di esigere l'adempimento). La seconda, che dalla prima si sviluppa, dà origine alla coppia obbligazione civile-obbligazione naturale ed è imperniata sul criterio della direzione della pretesa: l'obbligazione civile, infatti, vincola in foro esterno, mentre l'obbligazione naturale vincola nel

³⁰ L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, XII, Torino, p. 370.

foro della coscienza dando, in ogni caso, “*a colui verso il quale fu contratta il diritto di esigerne l'adempimento*”.

Pothier disamina la figura dell'obbligazione naturale, mettendone in luce il diverso modo di atteggiarsi nel diritto romano e nel diritto francese. Mentre per il primo, l'obbligazione naturale era un vincolo civile a tutti gli effetti, tranne *l'actio*, nascente da un patto privo dell'indispensabile *vestimentum*, per il secondo l'obbligazione naturale è un vincolo sprovvisto d'azione e di qualsiasi altro effetto, che ha origine in una causa negativamente valutata dalla legge o da un contratto stipulato da un incapace civile.

L'impostazione di Pothier invero, decreta uno strappo rispetto al diritto romano, ove netta era la distinzione tra doveri morali e obbligazioni naturali. Con Pothier inizia a farsi spazio l'idea di una profonda diversità tra l'obbligazione civile e quella naturale,

quest'ultima presupponendo unicamente il riconoscimento da parte della legge di alcuni effetti giuridici a seguito dell'adempimento di un dovere morale.

La tesi di Pothier, a parte il suo dubbio rigore storiografico³¹, è intrisa di una forte carica di ambiguità. Per un verso, infatti, l'obbligazione naturale moderna possiede caratteri che in nulla la distinguono da un'obbligazione civile (non a caso, al pari di quest'ultima e in opposizione ai doveri di carità o riconoscenza, è detta da Pothier perfetta): per altro verso, la dimensione puramente interiore della pretesa, rende labili i confini con l'obbligazione imperfetta risultando problematico distinguere tra ciò che vincola nel foro della coscienza e ciò che vincola verso Dio.

L'obbligazione naturale in Pothier ha un'anima doppia, di dovere morale strutturato però secondo lo

³¹.Che le *naturales obligationes* fossero soltanto quelle nascenti da patti privi dei necessari requisiti formali è affermazione non riscontrabile nelle fonti: v. al riguardo i rilievi critici di C. GANGI, *Le obbligazioni naturali*, Milano, 1951, p. 516 ss.

schema del *vinculum iuris*: e da questa duplicità di motivi ispiratori che sorge e si alimenta la querelle tra “classicisti” e “modernisti”.

La dottrina di Pothier, ponendo l'accento sulle differenze con il diritto romano, recupera all'obbligazione naturale una sua autonomia anche di disciplina, alludendosi alla esclusione di ogni effetto diverso dalla *soluti retentio*. Il legame con *l'obligatio*, dal punto di vista concettuale, non solo non viene reciso, ma viene rafforzato attraverso la previsione di una pretesa radicata nel foro della coscienza e, al contempo, modellata sulla falsariga della pretesa civile.

Tale duplicità di motivi ispiratori, percorre anche gli ulteriori sviluppi del dibattito scientifico: ove, da un lato, si registra la persistenza dell'idea che l'obbligazione naturale soddisfi gli estremi di una relazione doverosa tra soggetti determinati, uno dei quali, come ogni debitore, è

tenuto ad adempiere ad un vincolo preesistente, non coercibile ma idoneo a giustificare una valida *solutio*³²; dall'altro, si assiste al proliferare di opinioni, via via sempre più lontane, circa natura e disciplina giuridica di suddetta relazione. Sicché, il discorso sull'obbligazione naturale presenta un'immagine assai diversa, di sostanziale unitarietà o di profonda divisione, a seconda del punto di vista da cui si colloca. Sotto questo profilo, sembra potersi affermare che la controversia sull'obbligazione naturale, scarnificata e ridotta ai suoi termini elementari, rappresenta un episodio, certo significativo e ricco di suggestioni, ma pur sempre un episodio interno alla storia dell'obbligazione.

A tal proposito, infatti, la dottrina italiana della fine del XIX secolo si appassionò al tema delle obbligazioni naturali, dando vita ad un intenso dibattito sulla

³² Secondo J.R. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, 2^a ed. it., Livorno, 1841, p. 117, il pagamento effettuato in base ad un'obbligazione naturale è valida ed irripetibile appunto perché sorretta da una giusta causa, ovvero da desiderio di sgravarsi la coscienza.

sistemazione della *species* obbligazione naturale all'interno del *genus* obbligazione.

Eccezione fatta per gli abolizionisti, ad avviso dei quali l'obbligazione naturale accolta nei moderni codici era un relitto storico, che nulla aveva da spartire con l'istituto romanistico di cui usurpava il nome, dovendosi identificare, viceversa, con i meri obblighi di coscienza e, quindi, ricondurre alla disciplina delle liberalità. Il problema di sistemare la *species* obbligazione naturale all'interno del *genus* obbligazione, venne risolto in vario modo: ora riaffermando, come da tradizione, la giuridicità del vincolo naturale sulla scorta anche della dottrina tedesca che voleva il debito distinto dalla responsabilità³³; ora ammettendone, in quanto rapporto di fatto, una rilevanza parziale per il diritto, rilevanza destinata a

³³ Tra i fautori della tesi della giuridicità dell'obbligazione naturale, ovvero del suo essere un istituto radicato nel diritto positivo, v. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1916, 117 ss., per il quale il tratto distintivo dell'obbligazione naturale è la sua virtuale coercibilità alla stregua dei principi generali dell'ordinamento; nello stesso senso già K.S. ZACHARIAE; *Cours de droit civil française*, Parigi, I, p. 340; E. MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, IV, Firenze, 1920, p. 4;

manifestarsi solo a seguito della *solutio* e nella forma elementare della irripetibilità del prestato³⁴; ora, infine, escludendo recisamente che l'obbligazione naturale potesse, nonostante la *denegatio actionis*, considerarsi un'obbligazione civile e ravvisando in essa una mera obbligazione morale a contenuto patrimoniale³⁵. Ma al di là delle differenze sia di qualificazioni sia di trattamento della fattispecie, il terreno su cui la disputa si svolse fu

³⁴ V. SIMOCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza civilistica*, Camerino, 1890,29; G. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, II; Milano, Torino, Roma, 1912,5. Anche per il secondo F. CARNELUTTI, *Rapporto giuridico naturale*, Riv. dir. comm., 1936, I, 171, l'obbligazione naturale è, in origine, un rapporto di fatto che l'adempimento converte in una obbligazione *pleno iure* destinata ad estinguersi nel momento stesso in cui sorge; non diversamente nella sostanza, L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p.47.

³⁵ E' questa la posizione di P. BONFANTE (di cui si veda fondamentalmente *Le obbligazioni naturali ed il debito da giuoco* in Riv. dir. comm., 1915, I, p. 97 ss.), che in odor di eresia nel vigore del codice del '65, ha finito per prevalere sotto il codice del '42 esercitando una notevole influenza sulla formulazione dello steso art. 2034 c.c.. *prima facie*, sembrerebbe trattarsi di una mera variante della tesi abolizionista con la quale condivide la repulsa della dottrina classica dell'obbligazione naturale. In realtà i due indirizzi differiscono e non poco dal momento che per P. BONFANTE l'obbligazione naturale è il perfetto omologo – sul piano morale- dell'obbligazione civile (Le obbligazioni naturali, cit. p. 124, ove l'omologia è spinta al punto di affermare che la prima – al pari della seconda- è assistita da responsabilità patrimoniale sotto forma di <<coazione esercitata dalla società o dal foro della propria coscienza>>), sicché il suo soddisfacimento non è- come opinavano gli abolizionisti, facendo davvero piazza pulita di ogni parallelismo tra i due tipi di obbligazioni – donazione bensì pagamento. Questa idea di una piena corrispondenza di struttura tra obbligazione giuridica e obbligazione morale è penetrata profondamente nella cultura dei nostri giudici, che la utilizzano per discriminare l'obbligazione naturale dalle liberalità. Sulla scia di P. BONFANTE, sempre sotto l'impero del codice del '65, L. BARASSI, *Obbligazioni*, III, Milano, 1948, p. 812; R. NICOLO', *Esecuzioni indiretta di obbligazioni naturali*, in Foro it., 1939, I, p. 39;

quello della teoria generale dell'obbligazione, giacché, appunto, non si dubitò mai che il fenomeno presentasse i caratteri elementari del rapporto obbligatorio né che per un profilo diverso da questo il fenomeno acquistasse rilevanza agli occhi della legge.

Un ruolo decisivo nel processo di emersione delle obbligazioni naturali in epoca moderna è stato ricoperto dalla giurisprudenza francese, la quale sin dalla promulgazione del *Code Napoléon* ed a fronte di una dottrina tutta tesa a sancire una netta separazione tra diritto e morale, ha costantemente attinto nelle proprie decisioni ai principi della morale ed attribuito grande importanza alle c.d. obbligazioni morali.

Il consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale sulla specifica tematica, avutosi tra la fine dell'ottocento e gli inizi del novecento, ha condotto quindi parte della dottrina ad assumere posizioni più ardite, che si sono

spinte sino alla totale identificazione dell'obbligazione naturale con il dovere morale. In una materia in cui l'interprete non è vincolato al rispetto di particolari prescrizioni, le soluzioni accolte dai giudici hanno saputo recepire le profonde trasformazioni, a volte caratterizzate da repentine accelerazioni, che nel corso del tempo hanno contraddistinto la società moderna, offrendo un quadro fedele dell'evoluzione dei costumi.

L'opinione di Pothier, pur sottoposta a critica³⁶ e sia pure con tutte le incertezze cui almeno inizialmente diede luogo, ha rappresentato un momento importante per l'approdo alla formula accolta dal nostro legislatore del 1942 attraverso la codificazione dell'art. 2034 c.c.

Invero, il codice del 1865, sulla scia dell'art. 1235 *Code Napoléon*, adottò una formula neutra e, pertanto, inidonea a dissipare i dubbi già a quell'epoca

³⁶ V. ad esempio, in Italia F. JACOUCCI, *Sulle obbligazioni naturali in generale nel diritto romano e nel codice civile italiano*, Roma, 1876, p. 52-53: "a chi si faccia a considerare che razionalmente si distinguono morale e diritto, spontanea appare la differenza tra le obbligazioni di coscienza e le obbligazioni naturali";

prospettatesi circa l'opportunità di introdurre una distinzione tra i doveri di coscienza e dell'onore, da un lato, e quelli di carità e di beneficenza dall'altro (recitava l'art. 1237 c.c. 1865: "ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto, è ripetibile. La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte"). L'art. 1237 c.c. abr. si limitò a sancire l'irripetibilità di ciò che fosse stato volontariamente prestato in adempimento di un'obbligazione naturale; conseguentemente, in assenza di qualsivoglia indicazione ermeneutica circa l'esatta individuazione dell'obbligazione naturale, esso offrì pochi appigli per circoscrivere l'ambito di applicazione della previsione. Ciò determinò anche in Italia, sulla falsariga di quanto accaduto in Francia, una contrapposizione tra la giurisprudenza, proclive ad intendere l'obbligazione naturale come obbligazione morale, di coscienza, e la

dottrina, la quale, sulla base della ricostruzione dell'obbligazione naturale in diritto romano, tendeva invece ad avvicinare la figura all'obbligazione civile³⁷.

Per cui “i professori, sulle cattedre e nei libri, seguivano a costruire teorie, talune meravigliose invero per acutezza ed erudizione, circa l'obbligazione naturale fondata sul diritto positivo, ed i magistrati, senza preoccuparsi di quelle teorie, continuavano nei singoli casi della pratica giurisprudenziale, a trovare il fondamento della naturale obbligazione fuori del diritto positivo³⁸”.

³⁷ V. ad esempio VENZI, *Contributo alla teoria dell'obbligazione naturale*, in *Giur. It.*, 1907, IV, c. 129 ss. in part. c. 143, ove si propone la seguente tripartizione: 1) obblighi di pura coscienza, la cui disciplina appartiene alla morale; 2) obbligazioni giuridiche perfette; 3) obbligazioni giuridiche imperfette od obbligazioni naturali, la cui soddisfazione è pagamento, mentre l'adempimento degli obblighi di coscienza è donazione.

³⁸ E. BRUNETTI, *Le obbligazioni naturali secondo il codice civile italiano*, op. cit., p. 236. In chiara controtendenza, tuttavia, una parte della dottrina, constatato come l'esigenza propria del diritto romano e su cui poggiava la distinzione tra obbligazioni civili e naturali, di attenuare cioè il rigore del *ius civile* rendendolo permeabile ai principi di equità, fosse successivamente venuta meno, si induceva ad affermare la piena identificazione delle obbligazioni naturali con le obbligazioni morali di coscienza;

3. L'obbligazione naturale: a) punto di incontro tra diritto positivo e realtà.

Nella rilettura più moderna le obbligazioni naturali sono divenute un punto di riferimento per risolvere annosi problemi di teoria generale del diritto. Si è cominciato con il vedere nelle obbligazioni naturali un momento di incontro tra diritto positivo e realtà. Questo ruolo delle obbligazioni naturali è stato particolarmente valorizzato dalla dottrina pubblicistica e dai filosofi del diritto per chiarire i rapporti tra ordinamenti³⁹.

Le obbligazioni naturali assumono nell'economia del sistema un ruolo non dissimile da quello dei principi di buona fede (artt. 1337,1358,1366 e 1375 c.c.), di correttezza (art. 1175 c.c.) e di buon costume (art. 1343

³⁹ E. MOSCATI, *Le obbligazioni naturali*, estr. da *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, Padova, 1999, p. 39.

c.c.), clausole generali nella materia delle obbligazioni e dei contratti di natura extratestuale.

Questa funzione delle obbligazioni naturali nel sistema è stata più intuita che teorizzata dagli stessi filosofi del diritto, ai quali in ogni caso va riconosciuto il merito di aver visto nelle obbligazioni naturali, raccogliendo uno spunto di Francesco Carnelutti⁴⁰, “*gli organi respiratori dell’ordinamento*”⁴¹.

Proseguendo su questa strada, un finissimo civilista come Ludovico Barassi sottolineava negli anni Quaranta che “*le ipotesi di obbligazione naturale saranno tante quante il giudice crederà di rinvenire nella coscienza collettiva*”, precisando che per la natura e la funzione stessa delle obbligazioni naturali nel sistema nessuna formula legislativa potrà mai essere così precisa da “*eliminare il ricorso all’apprezzamento del giudice*”, il

⁴⁰ F. CARNELUTTI, *Rapporto giuridico naturale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p.171-172.

⁴¹ GI. DEL VECCHIO, *Sulle obbligazioni naturali*, in *Iustitia*, 1959, p. 26.

quale porterà nel diritto positivo l'eco dell'ambiente in cui vive ed è destinato ad operare.

In questa chiave di lettura le obbligazioni naturali si rivelano una “*valvola*” assai efficace attraverso la quale “*penetra l'ossigeno nel codice adattandolo alla vita e all'ambiente*”⁴². In tal modo le obbligazioni naturali portano una carica innovativa, divenendo uno degli strumenti più penetranti per l'adeguamento del diritto positivo alla società. Attraverso le obbligazioni naturali si supera la rigidità dell'ordinamento statale che altrimenti non sarebbe in grado di cogliere “*tutti quei fermenti che continuamente nascono, si rinnovano, per così dire 'in basso' e che di una società esprimono esigenze, aspirazioni, convincimenti, ideali*”⁴³. Questa funzione di punta di iceberg delle realtà emergenti, riconosciuta alle obbligazioni naturali, segna un ritorno al pensiero dei

⁴² L. BARASSI, *La teoria delle obbligazioni*, II, Le fonti, Milano, 1964, p. 406.

⁴³ Testualmente G.B. FERRI, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1969, II, p. 420.

giusnaturalismi, i quali, superando i particolarismi del diritto romano, avevano costruito una categoria di carattere generale, che doveva raccogliere tutte le ipotesi che presentassero qualche difformità rispetto allo schema tipico dell'obbligazione civile assicurando al tempo stesso la realizzazione di quelle esigenze di giustizia e di equità che il diritto positivo non era in grado di soddisfare⁴⁴. Questo riconoscimento è stato senza dubbio agevolato dal mutamento di prospettiva intervenuto in ordine al concetto stesso di obbligazione naturale. L'idea dell'estraneità della materia alla sfera del diritto statale, intuizione dei giusnaturalisti che diede lo spunto a Pothier per ricostruire le obbligazioni naturali come *“doveri della coscienza e dell'onore”*, ha gettato le basi per l'identificazione, a livello di diritto positivo, delle obbligazioni naturali con *“i doveri morali o sociali”*.

⁴⁴ E. VOLTERRA, *Istituzione di diritto privato romano*, Roma, 1967, pp. 635-636.

Questa identificazione delle obbligazioni naturali con i “*doveri morali o sociali*” è significativa da un altro punto di vista. L’elasticità della formula legislativa accolta dal nostro codice civile, impedisce che le obbligazioni naturali possano trasformarsi entità statiche ed immutabili⁴⁵, come sarebbe accaduto se il legislatore del 1942 avesse ceduto alle pressioni di chi, in riferimento al Progetto italo-francese per un codice delle obbligazioni e dei contratti, aveva proposto di elencare tassativamente le singole ipotesi di obbligazioni naturale.

I doveri morali o sociali, infatti, a causa della loro intrinseca mutevolezza si sottraggono per definizioni a qualunque tentativo di “tipizzazione”, tant’è vero che, in un determinato momento storico venisse meno la rispondenza di uno di questi doveri alla coscienza collettiva, si dovrebbe rimettere in discussione la stessa

⁴⁵ M. ALLARO, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1958, p. 459, sottolineando che, per stabilire se si tratta di un’obbligazione naturale, si deve tener conto “delle tradizioni, condizioni, idee, sentimenti dominanti in un dato tempo”.

idoneità di quel dovere a giustificare la *soluti retentio*⁴⁶. Il richiamo alla coscienza collettiva consente di escludere dal novero delle obbligazioni naturali i cosiddetti “doveri della morale individuale”, rispetto ai quali manca il carattere della “doverosità sociale” che giustifica la *soluti retentio*.

b). punto di incontro tra ordinamento statale e diritto dei privati.

Il momento di incontro tra diritto positivo e realtà si ha in occasione dell'adempimento dell'obbligazione naturale, ove l'ordinamento statale, prima di intervenire accordando la *soluti retentio*, riflette circa l'idoneità di quel dovere morale o sociale ad essere una valida causa

⁴⁶ E' il problema che si pone P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, op. cit. p. 362.

dell'attribuzione patrimoniale compiuta in esecuzione del dovere stesso⁴⁷.

E' merito soprattutto della dottrina pubblicistica aver evidenziato l'importanza delle obbligazioni naturali al fine di chiarire i rapporti tra diritto positivo e realtà giuridiche diverse⁴⁸.

E' la legge stessa a sottolineare la non giuridicità dal punto di vista del diritto positivo quando definisce le obbligazioni naturali come "*doveri morali o sociali*". Lo stesso intervento dell'ordinamento statale a posteriori, per dare stabilità all'adempimento spontaneo di questi doveri, è la riprova più eloquente di un qualche

⁴⁷ Il giudizio di meritevolezza comporta una valutazione positiva del dovere morale o sociale da parte dell'ordinamento statale. Infatti, la semplice non contrarietà alle direttive di fondo del sistema non sarebbe sufficiente a giustificare la *soluti retentio*, v.. E. MOSCATI, *Le obbligazioni naturali*, in *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, Padova, 1999, p.358.

⁴⁸ La rilevanza delle obbligazioni naturali in chiave di rapporti tra ordinamenti giuridici è un'intuizione di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, I, Pisa, 1918, p. 170 ss. La tesi romaniana ha avuto una larga fortuna anche tra i civilisti. Nella dottrina pubblicistica, ripresa da G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, p. 51 ss, ha avuto compiuto svolgimento per merito di F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963, p. 301 ss. Tra i civilisti v. soprattutto G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, op. cit. p. 8 ss. Di recente questa funzione delle obbligazioni naturali è stata affermata da E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, op. cit. art. 2034, p. 312.

riconoscimento degli stessi a livello di diritto positivo. Sempre nella dottrina pubblicistica, tale rilevanza delle obbligazioni naturali viene ricondotta al fenomeno del “riconoscimento indiretto” degli ordinamenti dei privati⁴⁹. Si parla di riconoscimento indiretto del diritto dei privati in quanto l'ordinamento dello Stato non arriva fino al punto di fare propria la norma extratestuale⁵⁰ che allora diventerebbe il modello di quella statale corrispondente (e avremmo qui un riconoscimento diretto), né dall'altro si limita ad un atteggiamento di indifferenza (e si dovrebbe parlare di assoluta irrilevanza dell'ordinamento dei privati)⁵¹. Il legislatore ha scelto, invece, una via

⁴⁹ Anche qui vi è alla base un'intuizione di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico, Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto, I*, Pisa, 1918, p. 170 ss, ripresa e sviluppata da F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963, p. 301 ss. L'espressione ha avuto fortuna anche tra i civilisti: da ultimo E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, op. cit, p. 316.

⁵⁰ Così G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, op. cit. p. 13. Nemmeno si ha un rinvio puro e semplice alla norma extratestuale (v. SALV. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, op. cit. p. 109). Sui possibili rapporti tra ordinamenti v. il quadro tracciato da F. MODUGNO, voce “Pluralità degli ordinamenti”, in *Enc. Del dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 34 ss.

⁵¹ Riconoscimento diretto o assoluta irrilevanza dell'ordinamento extratestuale sono le uniche ipotesi possibili per W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, p. 33, il quale coerentemente esclude il fenomeno del riconoscimento indiretto.

intermedia, poiché non si interessa affatto che il dovere morale o sociale non venga osservato da parte dei consociati, rimanendo questa fase confinata “nella sfera giuridicamente irrilevante”, sì che non vi è alcuna sanzione in caso di inosservanza del dovere morale o sociale⁵², ma interviene nella fase in cui sia adempiuto spontaneamente. E quel che più conta è che il controllo sulla meritevolezza del dovere morale o sociale presuppone anche che l'adempimento sia avvenuto in conformità delle regole del diritto dei privati.

Ciò significa ulteriormente che il dovere morale o sociale dev'essere un'obbligazione giuridicamente perfetta dal punto di vista dell'ordinamento extratestuale. Infatti, se non venissero rispettate le regole del diritto dei privati l'ordinamento statale non potrebbe intervenire per concedere la *soluti retentio* come è dimostrato proprio in materia di giochi dall'ammissibilità della ripetizione di

⁵² G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, op. cit. p. 15.

quanto spontaneamente pagato dopo l'esito di un gioco o di una scommessa nel caso in cui vi sia stata frode. La rilevanza delle obbligazioni naturali quali "giusta causa" dell'attribuzione si spiega proprio in conseguenza di questo "riconoscimento indiretto" di ordinamenti extratestuali. In tale prospettiva le obbligazioni naturali diventano il principale mezzo di collegamento tra l'ordinamento statale ed il diritto dei privati.

Al riguardo affermava Augusto Thon, più di un secolo fa, che esistono altri ordinamenti accanto quello statale e che ciascuno di essi si considera nel proprio ambito giuridicamente perfetto⁵³. Si pensi, ad esempio, all'ordinamento dei giochi⁵⁴ e delle regole cavalleresche⁵⁵,

⁵³ Diceva A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allegmein rechtsler*, Wiemar, 1878, p. X, "a me... sembra normale che ogni norma, la quale sia considerata da una società umana come obbligatoria per il reciproco contegno dei consociati, sia una norma giuridica, e che lo stato quindi non sia l'unico creatore del diritto". In tal modo donna mostra chiaramente di prendere le distanze dalla concezione dello Stato quale "unica sorgente del diritto" accolta da JHERING, *Der zweck im recht, I*, 1877, pp. 316-317, di cui l'autore si rammarica nella perfezione di non aver potuto tener conto essendogli pervenuta l'opera "quando alla stampa di questo libro mancavano solo gli ultimi fogli". Questa diversità di vedute prelude alla contrapposizione tra concezione "sociale" e concezione "statale" del diritto.

⁵⁴ Le piena giuridicità dell'ordinamento dei giochi è affermata con grande chiarezza da S.

che hanno entrambi la loro matrice nella coscienza sociale. I rapporti tra diritto positivo e queste norme extrastatali possono essere i più diversi, anche di aperto conflitto come accade, ad esempio, per la regola del codice cavalleresco che in determinati ipotesi impone- per la composizione della lite- il ricorso al duello, che, invece, è considerato dalla legge penale delitto contro l'amministrazione della giustizia (art. 394 c.p.)⁵⁶. In secondo luogo, questi rapporti non sono fissi ed immutabili, poiché si assiste ad una continua osmosi in una direzione o nell'altra. Così, ad esempio, rapporti che un tempo erano fonti di obblighi non giuridici sono stati progressivamente assorbiti e fatti propri dall'ordinamento statale, com'è avvenuto per la nozione di “buon

ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit. pag. 172. Nella sua scia di BRUNETTI, *le obbligazioni naturali*, op. cit., p. 55, ma soprattutto c'è W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, op. cit., pag. 34. Da ultimo E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, op. cit. Sub, p. 317 - 318.

⁵⁵Sulla giuridicità dell'ordinamento cavalleresco v. P. CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 229- 230, che si richiama esplicitamente alla concezione romaniana.

⁵⁶ L'esempio è di P. CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, op. cit., pag. 236.

costume” che, nata nella coscienza sociale, è stata recepita dal diritto positivo⁵⁷ divenendo uno degli indici di valutazione dell'illiceità della causa del contratto (art. 1343 c.c.).

Lo studio delle obbligazioni naturali è di indubbio interesse nell'ambito della teoria generale del diritto anche da un ulteriore punto di vista. Dalle vicende della categoria nella storia del pensiero giuridico e dall'atteggiamento assunto dai vari legislatori si evince con chiarezza che le obbligazioni naturali sono un banco di prova delle diverse concezioni del diritto dello Stato⁵⁸.

Al riguardo non si può fare a meno di sottolineare

⁵⁷ A. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, pag. 700. Di diverso avviso è F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pag. 188, che ritiene il “buon costume” un complesso di norme di carattere non giuridico e che tali rimangono malgrado il rinvio legislativo e la rilevanza giuridica conferite le stesse. La tesi non è nuova essendo stata prospettata nella dottrina pubblicistica da G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, op. cit., pag. 49. Ma l'espressione (che costituisce anche il titolo dell'opera) è stata considerata un controsenso dal recensore (v. F. CARNELUTTI, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1941, p. 156). Decisamente critico anche G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, op. cit., pag. 14.

⁵⁸ Per una prima informazione sulla letteratura pressoché sterminata in argomento si rinvia espressamente a F. MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. del Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pag. 391- 393

il singolare comportamento degli interpreti. Infatti, là dove la categoria non è disciplinata legislativamente, vivissima è l'aspirazione ad assicurare alle obbligazioni naturali uno spazio del sistema. Per converso, in presenza di una specifica previsione normativa, si manifesta la tendenza di ridurre il più possibile i casi di modi di applicazione. Forse questo singolare destino delle obbligazioni naturali è il riflesso della convinzione piuttosto diffusa, almeno in passato, che la *soluti retentio* presupponga necessariamente la giuridicità del dovere morale o sociale⁵⁹. Ma in tal modo, si è sottolineato, si vengono a sovrapporre profili che dovrebbe invece rimanere nettamente distinti: l'idoneità delle obbligazioni naturali ad

⁵⁹ sostenuta già all'epoca del codice del 1865 (v. FILOMUSI- GUELF, *Enc. Giur.*, Napoli, 1917, pag. 323-per 324) questa tesi è stata ripresa in tempi più recenti anche dalla giurisprudenza: v. App. Potenza, 8 marzo 1961, in *Giust. civ.*, 1961, I, pag. 1657; Trib. di Potenza, 4 marzo 1961, in *Temi nap.*, 1961, I, pag. 284; in dottrina v. GANCI, *Le obbligazioni*, op. cit., pag. 79-80; M. ROTONDI, *Alcune considerazioni sul concetto di obbligazione naturale e sulla sua evoluzione*, in *Riv. Dir. Com.*, 1977, I, pag. 217 - 218. Corollario di questa impostazione era la ricostruzione delle obbligazioni naturali come obbligazioni "imperfette" o "degenerate" assai diffusa nella dottrina francese dell'800 e anch'essa ripresa in Italia con varie sfumature: v., ad esempio, A. D'ANGELO, *Donazione remuneratoria*, Milano, 1942, pag. 34; GANCI, op. cit., pag. 82; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino 1962 pag. 9.

essere una "giusta" causa dell'attribuzione della natura giuridica delle medesime.

Quello che si può dire in prima approssimazione è che la tendenza riduttiva risponde all'esigenza di far coincidere la "giuridicità" con la "statualità" della norma. Si vuole in tal modo impedire che il diritto dei privati possa costituire la fonte di doveri morali sociali richiamati nel primo comma dell'articolo 2034 c.c.. Si ritorna così alla concezione del diritto come volontà statuale, che nella pubblicistica medioevale aveva avuto la sua manifestazione più alta nel dogma dell'imperatore quale unica fonte del diritto⁶⁰, che nella dottrina ottocentesca è stata riaffermata attraverso la concezione hegeliana dello Stato e dalla scuola storica tedesca⁶¹.

⁶⁰ Quale reazione al dogma della supremazia pontificia. Al riguardo ricorda E.A. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, pag. 34, che "la dottrina del diritto come leggi o volontà sovrana si riconnette con la dottrina curialista che riporta e prolunga nel campo dottrinale la lotta tra Papato e Impero".

⁶¹ Si è sottolineato che di solito si sottovaluta l'importanza della scuola storica tedesca in generale e di SAVIGNY in particolare, probabilmente perché si ricorda soprattutto la polemica savignana contro la codificazione: così E. A. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, op. cit., pag. 35.

Questa tendenza riduttiva non è estranea al codice del 1942, nonostante l'identificazione delle obbligazioni naturali con i "doveri morali sociali". È proprio la precisazione che le obbligazioni naturali "non producono altri effetti" in aggiunta alla *soluti retentio*, la riprova che neanche il legislatore del 1942 è riuscito a liberarsi dalla tradizionale diffidenza verso questa categoria. L'affermazione del secondo comma dell'articolo di 2034 c.c. è nella sostanza l'eco dell'antico timore che il riconoscimento più ampio delle obbligazioni naturali possa risolversi in una penetrazione di doveri morali o sociali nel sistema in misura tale da compromettere il carattere di statualità del diritto che gli ordinamenti moderni sono riusciti a conquistare a prezzo di secolari lotte con l'autorità ecclesiastica ed il potere feudale. Per di più in Italia causa ulteriore di questa impostazione restrittiva è da ritenersi l'influenza dell'ideologia dell'epoca, che

facendosi portavoce di una concezione autoritaria del diritto e dello Stato, tendeva ridurre lo “spazio” delle norme extrastatali.

La conferma di quest'atteggiamento è data da chi ammette l'esistenza di comunità intermedie, ma poi mostra difficoltà a riconoscere alle obbligazioni naturali un maggiore spazio nel sistema. Paradigmatica è al riguardo la giustificazione dell'irripetibilità del pagamento dei debiti di gioco con il principio della lealtà di “gruppo”⁶².

L'atteggiamento restrittivo del legislatore è in palese contraddizione con il riconoscimento delle obbligazioni naturali come istituto di diritto positivo, che comporta l'automatico e continuo adeguamento di quest'ultimo alla realtà.

In definitiva, la *soluti retentio* di doveri che sono

⁶² così P.RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, pag. 75

innegabilmente fuori dell'ordinamento statale presuppone necessariamente a livello di sistema il riconoscimento di una pluralità di ordinamenti giuridici. Forse il legislatore dell'epoca non ne ha avuto piena consapevolezza o, più probabilmente, l'identificazione delle obbligazioni naturali con "i doveri morali e sociali" è andata oltre le sue intenzioni.

Rimane il fatto che alla concezione "statale" del diritto, per la quale è giuridica solo la norma posta o autorizzata dallo Stato, sia affianca nel sistema quella "sociale", che si identifica appunto con la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici⁶³.

⁶³ per una sintesi di queste due concezioni v. F. MODUGNO, voce *Norma*, op. cit., p.342-343. Sulla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici esiste una vasta letteratura. Per i primi riferimenti v. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 34; E. A. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, op. cit., pag. 111 ss; W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, op. cit. pag. 321.

CAPITOLO II

LA FATTISPECIE DI CUI ALL'ART. 2043

SOMMARIO: 1. Natura Giuridica delle obbligazioni naturali; 2. I doveri morali e sociali; 3. Natura dell'adempimento; 4. Oggetto dell'adempimento; 5. Rapporti tra obbligazione naturale e donazioni, liberalità d'uso, *gentlemen's agreements*; 6. Singole fattispecie: giuoco e scommesse; l'adempimento del debito prescritto; l'esecuzione del contratto nullo;

1. Natura giuridica delle obbligazioni naturali.

L'art. 2034 del codice civile, anche già solo per la scelta collocativa dell'istituto dell'obbligazione naturale all'interno del sistema codicistico, è risultato innovativo⁶⁴, ancorché non sia andato esente da critiche.

La norma ha certamente contribuito a scardinare le

⁶⁴ La norma, si è osservato in dottrina, è stata collocata in una sede più appropriata, avendo il legislatore ravvisato nelle obbligazioni naturali un eccezionale principio della ripetibilità dell'indebito oggettivo: P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, In *Novis. dig. it.*, XV, Torino, 1968, pag. 1125; G. VISINTINI, *Obbligazioni naturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, p. 45. L'articolo 1237 del codice civile del 1865 era invece collocato, sulla falsariga del *Code Napoléon*, nel titolo delle obbligazioni, capitolo del pagamento.

tesi che riconducono, sebbene con aspetti diversi, l'obbligazione naturale nell'area dell'obbligazione giuridica: obbligazione giuridica imperfetta; adempimento come momento di giuridicizzazione dell'obbligo; obbligazione giuridica quiescente; mero obbligo giuridico considerando scindibili i due momenti del debito e della responsabilità; rapporto precostituito tra due persone virtualmente coercibile; infine, obbligazione giuridica perfetta e completa in rapporto ad un suo ordinamento.

Tuttavia ogni ricostruzione dogmatica dell'istituto passa necessariamente attraverso il raffronto con l'obbligazione civile

Anche la tesi oggi più accreditata, che nega la natura giuridica delle obbligazioni naturali, soggiace all'influenza di questo retaggio⁶⁵, laddove afferma che

⁶⁵ Numerosi sono gli Autori che sia pure con sfumature diverse più o meno rilevanti, negano qualsiasi equiparazione delle obbligazioni naturali alle obbligazioni giuridiche: vedi, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, op. cit., p. 126; MORÌ-CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Genova, 1947, p. 76, per il quale si è in presenza di una giusta

l'obbligazione naturale è un obbligo non giuridico, di guisa che il suo adempimento rappresenta un atto dispositivo *"che realizza un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.), che ha cioè una sufficiente causa giustificativa"*⁶⁶

Tale impostazione, pur negando la natura di obbligo giuridico, svincola l'obbligazione naturale dall'esecuzione, ravvisandone la sussistenza già in un momento antecedente ad essa⁶⁷.

Il dovere, sia pure soltanto morale e sociale e l'adempimento sono collegati in una sequenza fatto-effetto. L'unico effetto che la norma ricollega alla fattispecie è l'impossibilità, per colui che abbia già

causa dell'arricchimento dell'*accipiens*; opinione già espressa da G. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, op. cit., 57.

⁶⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1997, pag. 784.

⁶⁷ Il che offre supporto a chi ritiene che l'obbligazione naturale, pur non essendo un'obbligazione in senso pieno, dà vita ad una relazione che acquista rilevanza giuridica, "non al momento dell'adempimento, bensì in funzione di tale adempimento, con il quale essa si realizza si attua", con la conseguenza che di vicende modificative o istintive dell'obbligazione civile sono suscettibili di trovare applicazione anche con riguardo all'obbligazione naturale P. PERLINGERI, *le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, I, pag. 365.

adempito, di pretendere la restituzione: un effetto, pertanto, che presuppone ed è distinto dall'adempimento.

In verità, se ci si ferma sul ruolo assunto dall'ordinamento, che rimane semplice spettatore di ciò che accade intervenendo solo dopo l'adempimento e solo eventualmente per confermare l'accaduto, nei confronti dell'obbligazione naturale, emerge come questa non consista semplicemente in un obbligo morale e sociale ovvero non giuridico. Essa si atteggia piuttosto, secondo taluni, a fattispecie complessa⁶⁸ il cui effetto giuridico, consistente nell'irrevocabilità del *praestatum*, è determinato dall'esistenza di un dovere morale e sociale nonché dalla sua esecuzione spontanea da parte di un soggetto capace.

⁶⁸ La fattispecie complessa, intesa come ipotesi applicativa più importante, "Rende possibile la costruzione del concetto legale di ciascun fenomeno, identificandolo (...) nell'insieme degli elementi che, alla stregua del diritto, sono rilevanti per la sua efficacia": R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1954 pag. 331; per una critica alla contrapposizione tra fattispecie complessa e fattispecie semplice a vedi S. MAIORCA, voce *Fatto giuridico e fattispecie* in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, pag. 125-126, per il quale la nozione di fattispecie complessa può riferirsi ai casi in cui la priorità degli elementi componenti non sia omogenea bensì eterogenea.

Affinché l'effetto della *soluti retentio* si produca non è, dunque, sufficiente la preesistenza di un dovere morale e sociale, occorrendo altresì l'adempimento spontaneo⁶⁹. Il riferimento, per quel che concerne gli effetti, all'impossibilità di ripetere quanto spontaneamente prestato non vale certamente ad impedire di guardare all'obbligazione naturale come ad una fattispecie che si perfeziona con l'adempimento, dal quale scaturisce la definitiva attribuzione, sicché quando l'adempimento si concretizza in una *datio*, esso comporterà il trasferimento della proprietà.

Tanto osservato, può dirsi che l'obbligazione naturale, come fattispecie giuridicamente rilevante non

⁶⁹P. G. MONATERI, voce *Fattispecie*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 224, ove la precisazione che “*si deve badare alle condizioni necessarie e sufficienti al prodursi di un dato effetto, la scelta dell'unità fondamentali, da considerarsi come cause, dipende dalla selezione degli effetti di cui occuparsi*”.

preesiste l'adempimento, neppure in qualità di entità dotata di una limitata rilevanza giuridica⁷⁰.

Nella fase precedente all'esecuzione assume rilievo giuridico unicamente la situazione da cui promana il dovere morale e sociale (convivenza more uxorio, contratto di giuoco, ecc.) ed è questa situazione che consente di identificare il debitore naturale e il creditore naturale, e non già la circostanza che i doveri morali e sociali, già prima dell'adempimento, siano dotati di una qualche rilevanza giuridica.

Quelle situazioni, proprio perché inidonee a generare un'obbligazione civile, non sono in grado di produrre altro effetto se non in ragione dell'esecuzione, la quale,

⁷⁰ in questo senso, invece, P. PERLINGERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, op. cit., pag. 367, per il quale "l'art. 2034 c.c., dettando l'irripetibilità di quanto prestato in esecuzione di un dovere morale o sociali, già prima di tale esecuzione riconosce due posizioni soggettive. Da un lato quella del creditore, che manca della pretesa di esigere una prestazione ed il comportamento con facente alla possibile esecuzione della stessa, ma che pure si caratterizza da poter del potere di ricevere di ritenere illegittimamente quanto gli spontaneamente prestato; dall'altro alla situazione soggettiva del debitore, libero di comportarsi in modo da compromettere anche l'esecuzione (distruggendo ad esempio la *res* da trasferire) e quindi libero di vendere la prestazione, da parte sua pur sempre socialmente dovuta".

pertanto, si atpeggia a momento perfezionativo della fattispecie.

Fatte queste precisazioni, con la locuzione obbligazione naturale può comunque, secondo il linguaggio tradizionale, continuarsi a designare semplicemente il dovere morale e sociale, dissociando l'obbligazione naturale dal relativo adempimento, ma non allorché voglia farsi riferimento gli effetti giuridici che l'obbligazione naturale è in grado di produrre.

Ulteriore elemento nel dibattito sulla tematica è stato introdotto dalla previsione, nel comma secondo dell'art. 2034 c.c, di “*altri doveri*” accanto a quelli morali e sociali di cui al primo comma, per la cui esecuzione la legge non accorda azione.

La formulazione dei due commi, sembra evocare due tipologie di doveri tra loro diversi ancorché accomunati dall'identità di effetto.

I dubbi emersi alla riguardo, alimentati anche dalla Relazione al Codice Civile⁷¹, hanno indotto alcuni autori a postulare l'esistenza di due gruppi di obbligazioni naturali⁷².

Da un lato i doveri morali e sociali da estrapolare, a cura dell'interprete, dal particolare contesto storico sociale in cui si collocano i fatti che ne costituiscono la fonte e, dall'altro, le ipotesi legislativamente disciplinate, essenzialmente coincidenti con la fiducia testamentaria (art. 627, secondo comma, c.c.) il debito derivante da gioco (art. 1933 c.c.) ed il debito prescritto (art. 2940 c.c.).

L'opinione prevalente, invero, è dell'avviso che le ipotesi di cui al primo e al secondo comma debbano essere ricondotte ad unità, avendo legislatore, mediante il

⁷¹ Relazione al c.c. n. 557: "non è compito del legislatore stabilire se queste due categorie di dovere non coercibili abbiano lo stesso contenuto etico o si differenzino tra loro; il codice le ha raggruppate sotto l'unica denominazione di obbligazioni naturali esclusivamente perché ha dato ad entrambe un unico regolamento".

⁷² A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, op. cit., pag. 532, ove si riconosce alla fattispecie di cui al primo comma il carattere di obbligazione naturale; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile commerciale*, II, VIII edizione, Milano 1950, p. 173.

secondo comma, unicamente voluto disciplinare i casi più importanti di obbligazione naturale. I due commi in questione postulerebbero, dunque, una suddivisione dell'obbligazione naturale in atipiche e tipiche, queste ultime pur sempre consistenti "*in doveri rispondenti alla morale sociale aventi la tutela dell'irripetibilità di quanto spontaneamente prestato in esecuzione*"⁷³.

Il secondo comma costituirebbe, in definitiva, un *numerus clausus* di obbligazioni naturali, in quanto tale sottratto alla disponibilità dell'interprete poiché già frutto di una valutazione preventiva circa la sussistenza di un dovere morale o sociale⁷⁴. Tale ricostruzione, tuttavia, si espone a critiche nella misura in cui oblitera, sia pure solo con riferimento al secondo comma, la natura prettamente relativa della moralità e della socialità del dovere, la cui sussistenza non è assoluta, ma mutevole e,

⁷³ P. PERLINGERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit. pp. 362-363;

⁷⁴ Così E. MOSCATI, voce *Obbligazioni naturali*, op. cit., p. 368.

dunque, verificabile di volta in volta, nel particolare momento storico in cui il dovere stesso sia invocato.

Ciò posto, sembra emergere una contraddizione con l'idea che il legislatore abbia enunciato, una volta per tutti, l'esistenza del dovere: contraddizione che viene risolta affermando l'ammissibilità di una *interpretratio abrogans* ogniqualvolta si dimostrasse il venir meno nella coscienza collettiva della socialità del dovere. Trattasi tuttavia di soluzione che desta non poche perplessità, tenuto conto che in tal modo l'interprete verrebbe investito del compito di disapplicare la legge⁷⁵.

⁷⁵ P. PERLINGERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, op. cit. p. 326 nota 16.

2. I doveri morali e sociali.

I doveri morali e sociali, contrapposti ai doveri giuridici, sono quei doveri che, avvertiti come meno pressanti ai fini di un corretto svolgimento e miglioramento dei rapporti in seno alla società civile, sono consapevolmente affidati alla spontanea adesione dei consociati. La loro fonte consiste nel patrimonio morale comune alla stregua delle concezioni correnti della coesistenza sociale⁷⁶.

L'art. 2043 c.c. fa riferimento a doveri che sono ad un tempo morali e sociali, nel senso che: *“nella menzione fatta nell'art. 2043 c.c. i doveri sociali e i doveri morali non possono che intendersi che come la considerazione di un autonomo gruppo di doveri patrimoniali, i quali, essendo sociali pur non essendo morali, trovano il loro*

⁷⁶ In tal senso A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Dir. Civ. comm.*, diretto da CICU e F. MESSINEO, XXII, Milano, 1956, pp. 190-191.

fondamento in regole del costume, della cortesia e delle convenienze affermatesi nel convincimento sociale e (pur restando nel territorio di queste), sono riconosciuti di per sé idonei a fondare obbligazioni naturali”⁷⁷

Considerato, tuttavia, che ogni dovere sociale è anche morale, laddove invece vi sono doveri morali che non trovano riscontro a livello sociale, si preferisce far riferimento ai doveri della morale sociale⁷⁸. La locuzione si rileva utile per distinguere detti doveri da quelli della morale individuale, concernenti la sfera meramente interna dell'individuo (come i precetti religiosi), e vale ad evitare

⁷⁷ U. MORI-CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, op. cit. p. 29; in tal senso anche G. UGAZZI, voce *Obbligazione naturale*, op. cit. p. 370; G. LEVI, Milano, 1989, *Il pagamento dell'indebito*, p. 47;

⁷⁸ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, op. cit., p. 230: “anzitutto se la legge parla di doveri morali o sociali ciò non deve indurre a stabilire una contrapposizione tra i primi e i secondi quasi che essi si escludano a vicenda. Al contrario, se è chiaro che non ogni dovere morale è anche un dovere sociale, il dovere sociale è un dovere anche morale, secondo la morale di quell'ambiente nel quale il dovere si afferma: il dovere sociale non è che un dovere della morale sociale, e in ciò si distingue dai doveri della correttezza, del galateo, della cortesia, del decoro, che non costituiscono veri doveri sociali”; nello stesso senso F. CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, op. cit. p. 556; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, op. cit. p. 373; avverte E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, op. cit. p. 300, che “il riferimento alla ‘morale sociale’ non significa tuttavia, un ritorno ad ideologie del passato: sarebbe, infatti, quanto di più estraneo alla natura e alla funzione delle obbligazioni naturali ogni richiamo a principi immutabili, espressione di necessità deontologiche”;

che l'area delle prestazioni assistite da una doverosità morale, già notevolmente lasciata al governo della discrezionalità, assuma confini incontrollabili⁷⁹. Del resto, anche a proposito dei sentimenti, intesi come *“ogni processo attuale della nostra vita interiore cosciente”*, opportunamente si sottolinea che normalmente *“il sentimento, anche quando rileva come fatto di coscienza individuale, rileva nella misura in cui è collegato a un fatto non individuale appunto ad un modo di sentire sociale, a un'atmosfera emozionale socialmente diffusa e condivisa in più o meno larghi ambienti da un'intera comunità⁸⁰”*.

La delimitazione dell'esatto contenuto del dovere, affinché possa essere considerato morale ai sensi e per

⁷⁹ Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, 1991, p. 78; G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 391: *“se il dovere individuale fosse sottratto a qualunque valutazione di apprezzabilità sociale, sarebbe possibile, pur nel rispetto della liceità, mettersi comunque al di fuori della portata di tali limiti con un semplice atto di esecuzione, recuperando allora sul piano dell'obbligazione naturale quanto viene perduto a causa del formalismo. E tutto ciò ancora al costo di svuotare quest'ultimo della sua funzione”*.

⁸⁰ A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, ora in *Voci di teoria generale del diritto*, II ed., Milano, 1978, p. 443.

gli effetti propri dell'obbligazione naturale, ha da sempre costituito una delle questioni più intricate da sciogliere. E' certo, comunque, che gli anche gli Autori maggiormente propensi ad attribuire un contenuto ampio al dovere morale hanno avvertito la necessità di tenere fuori dall'area di operatività del regime dell'obbligazione naturale, per esempio, il dovere di carità nei confronti dei poveri; e questo, quantunque sia incontestabile che vi siano dei casi in cui taluno possa sentirsi tenuto, in virtù di un sentimento che promana dalla propria coscienza, ad arricchire gli altri. Il generico precetto dell'amore verso il prossimo e l'esigenza che l'esistenza di ciascuno si ispiri a basilari principi extragiuridici (quali l'altruismo, la pietà, la solidarietà, ecc...) non sono in grado di generare un dovere morale rilevante agli effetti dell'art. 2043 c.c..

Il dovere, invero, per assumere siffatta rilevanza, occorre che nasca da particolari circostanze e sia

giustificato da significative relazioni fra soggetti determinati⁸¹.

Alla luce di queste considerazioni, le stesse prestazioni etiche e superetiche, il cui rilievo risulta accresciuto in epoca moderna, appaiono segnate al massimo grado di spontaneità e, per questo, motivo, prive di qualsiasi doverosità morale⁸². Deve quindi sicuramente escludersi che l'attività di volontariato rappresenti

⁸¹ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, op. cit. p. 232, ove si aggiunge che un dovere che abbia almeno questa elementare determinatezza nel suo fondamento e nei suoi soggetti, non è entità giuridicamente come fonte di effetti giuridici"; per un'applicazione, v. Cass. 28 giugno 1980, n. 4069, in *Riv. Infort. Mal. Prof.*, 1981, II, p. 155 con nota di VARONE, ove si afferma che "la norma, presuppone, invero, che sussista tra le parti un precedente rapporto morale e sociale che costituisca la causa dell'adempimento".

⁸² Lo pone in evidenza A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, op. cit. p. 14, di cui si segnala il significativo pensiero a proposito della donazione d'organi: "E' quindi solo un impulso etico risalente alla coscienza di ciascuno ad imporsi sulla sua libertà, e la verità e l'evidenza del bene sono l'unica forza determinante dell'atto dispositivo in sé. Ciò perché la sua stessa sostanza è il sentire solidale, un comando etico che spinge ciascuno a ad aprirsi all'altro ed a prendersene cura. In questo senso può dirsi che la solidarietà nella donazione d'organi non va intesa nell'accezione propria dell'art. 2 Cost., ma rientra in quella categoria di prestazioni di natura solidale alle quali non corrisponde né un obbligo giuridico né della morale comune o religiosa, ma che traggono la loro unica fonte determinante nella coscienza personale"; cfr. anche G. FERRANDO, *Biotecnologie e 'atti di disposizione del corpo'*, in *Europa e dir. Priv.*, 2002 p. 780, ove si sottolinea come il principio di gratuità, in virtù della solidarietà che lo permea, assume una diversa valenza negli atti di disposizione del corpo rispetto agli atti a contenuto patrimoniale. Con specifico riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2034 c.c., M. C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2001, p. 845, esclude che gli atti relativi al corpo siano riconducibili nell'ambito delle obbligazioni naturali; diversamente E. MOSCATI, *Trapianti di organi*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di Irttil, Milano, 1980, pag. 809 ss., il quale, pur escludendo ogni profilo di patrimonialità, giunge a qualificare l'atto di disposizione del rene, volontario e gratuito, come obbligazione naturale.

adempimento di obbligazione naturale, tenuto conto della mancanza di un obbligo morale nonché di un pregresso rapporto che giustifichi l'adempimento del *solvens*.

La necessità, da un lato, di distinguere i doveri morali e sociali dalle regole del costume sociale e, dall'altro, dagli obblighi di coscienza (carità, pietà) ha peraltro indotto un Autore a tentare di impostare la problematica in termini parzialmente diversi. Si è così sostenuto che l'idoneità delle singole ipotesi ad integrare gli estremi dell'obbligazione naturale, più che desumersi dalle caratteristiche intrinseche del dovere, costituisce oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento; valutazione condotta secondo un peculiare criterio di giudizio, consistente nella riconducibilità del valore cui è collegata la prestazione all'insieme dei valori o dei principi già accolti dall'ordinamento e tuttavia “*inadeguati, nel caso particolare, a sostenere un pieno riconoscimento*”

della fattispecie quale fonte di obbligazione a causa di una controregola espressiva di esigenze di rango almeno equivalente⁸³”.

Quel che lascia perplessi, a fronte di siffatta ricostruzione, è la necessità che il dovere morale e sociale trovi riscontro in valori e principi già recepiti dall'ordinamento, laddove sembra più pertinente, in conformità all'esistenza stessa del fenomeno, richiamare l'interprete ad una valutazione di tipo diverso, che assuma come proprio punto di riferimento non già l'ordinamento giuridico bensì l'insieme delle regole osservate a livello sociale. Conseguentemente, e a titolo esemplificativo, l'esistenza di un'obbligazione naturale tra conviventi *more uxorio* non si fonda sulla contemporanea presenza di una regola (la solidarietà familiare) e di una controregola (il favore che deve essere riconosciuto alla famiglia fondata

⁸³ L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, op. cit. p. 380;

sul matrimonio)⁸⁴, ma sull'accertamento che nella coscienza sociale l'assistenza al convivente è avvertita come vero e proprio dovere.

Alla stregua dell'indicata delimitazione dei confini dell'obbligazione naturale, non appare condivisibile neanche l'opinione recentemente manifestata secondo i precetti della religione, così come quelli della politica, possono assumere la qualifica di doveri morali, *“cioè di doveri a carattere personale riconosciuti, però, dalla morale sociale, la quale avrà il compito, caso mai, di escludere tale riconoscimento a precetti religiosi di un certo contenuto o aventi determinati effetti con essa contrastanti”⁸⁵*.

Tale affermazione nasce dal convincimento che lo

⁸⁴ in questo senso, invece, L. NIVARRA, voce, *Obbligazione naturale*, cit. p. 380;

⁸⁵ L. GATT, *La liberalità*, op. cit., p. 381 nota 145, la quale al riguardo introduce una distinzione tra doveri sociali in senso proprio, e cioè a rilevanza pubblica- quando coinvolgono determinate relazioni tra due membri di una stessa collettività- e doveri sociali a rilevanza privata, che sono i “cosiddetti doveri di solidarietà, perché essi nascono e si alimentano nella sfera della coscienza individuale salvo poi essere riconosciuti dalla morale sociale come “doveri” appunto e non come prescrizioni di galateo, di cortesia, lealtà e fedeltà.

“spirito di solidarietà”, lungi dal contrapporsi al dovere morale, altro non rappresenti se non una *species* del *genus* interesse ad adempiere un dovere morale- sociale.

Orbene, si tratta di un'impostazione che allarga i confini della figura in esame in modo incontrollato senza offrire all'interprete l'ausilio di alcun criterio di sicura identificazione.

Il dovere morale, così come già posto in evidenza, presuppone un dovere nascente nell'ambito di una relazione tra soggetti determinati e dotato di una coazione, sia pure a livello soltanto morale, tale da fare apparire, agli occhi della generalità, il comportamento dell'inadempiente in palese contrasto con gli obblighi discendenti dalla morale; il che preclude l'attribuzione di ogni rilevanza, sotto il profilo dell'art. 2034 c.c., ai doveri di solidarietà quale quello di aiuto del prossimo, di carità, e così via. Perciò, mentre a sensi dell'art. 2034 c.c. non

può considerarsi tenuto moralmente l'estraneo nei confronti di colui che chiede l'elemosina, dovendo in tal caso le attribuzioni patrimoniali essere qualificate come liberalità, la prospettiva muta allorquando si tratti di soggetto legato da un particolare vincolo affettivo nei confronti del questuante. Il dovere morale, rispetto a quello di solidarietà, si colora di un'intensità tutta particolare in virtù della preesistente relazione tra i soggetti protagonisti; di modo che, se è indiscutibile l'importanza che l'agire solidale assume nella coscienza sociale, non è meno vero che esso assume le sembianze di un dovere morale soltanto allorquando tra il soggetto bisognoso e colui che gli viene in aiuto sussista una relazione in grado di trasformare e far apparire il comportamento come dovuto. Per quanto difficile risulti graduare l'intensità dei sentimenti, che ciascuno peraltro vive in modo e con sensibilità differente, per cui ben può

accadere che il singolo individuo si senta moralmente tenuto ad una prestazione c.d. superetica⁸⁶-, non vi è dubbio che normalmente l'uomo avverta interiormente una maggiore pressione allorquando in una situazione di bisogno versi, anziché un estraneo, una persona a cui è legato da un vincolo affettivo. Ed invero, se nell'indagine si supera l'angolo prospettico del singolo individuo, e ciò per la considerata necessità di valutare la sussistenza del dovere alla luce della morale collettiva, non possono avanzarsi dubbi sul fatto che il comune sentire sia portato a far discendere un dovere di agire unicamente dalle situazioni in cui sussistano particolari ed incisive relazioni tra determinati soggetti.

Ciò posto, la necessità di connotare il fenomeno in termini rigorosamente oggettivi induce la giurisprudenza

⁸⁶ G. B. Ferri, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, Il ed, Padova, 2005, p. 129, afferma che non infondatamente "le prestazioni superetiche sono state avvicinate ai doveri morali o sociali che possono emergere nelle obbligazioni naturali" ancorché si pongano "ad un livello di altruismo e di sacrificio che è del tutto estraneo ai doveri "avvertiti come doverosi dalla morale collettiva in un determinato momento storico".

ad affermare che *“una prestazione può configurare esecuzione di doveri morali e sociali (cosiddette obbligazioni naturali), con conseguente inammissibilità dell'azione di ripetizione, ai sensi dell'art. 2043 c.c., solo qualora corrisponda a regole correttamente e diffusamente osservate nella collettività in determinate contingenze”*⁸⁷.

Occorre, tuttavia, considerare che la sola circostanza che la prestazione sia collegabile a regole diffuse ed osservate nella collettività non è ancora idonea a delineare con precisione il fenomeno, dovendosi operare una differenziazione rispetto a quei doveri del

⁸⁷ Cass., 7 aprile 1975, n. 389 in *Foro it.*, 1975, I, c. 2301, con nota di FLORINO, Id., 12 febbraio 1980 n. 1007, ove si afferma che “l'indagine sulla sussistenza di un'obbligazione naturale è duplice, dovendo da un lato accertarsi se nel caso dedotto sussista un dovere morale o sociale in relazione alla valutazione corrente nella società attuale e dall'altro se questo dovere sia stato spontaneamente adempiuto con una prestazione che presenti un carattere di proporzionalità e adeguatezza in relazione a tutte le circostanze del caso”. Trib. Roma, 16 maggio 1982, n. 5375, in *Tem. Rom.*, 1982, p. 183 “l'individuazione della fattispecie costitutiva dell'obbligazione naturale postula (...) una valutazione obiettiva circa l'effettiva esistenza di un dovere morale o sociale in relazione al giudizio corrente nella società attuale (...), di talché non è sufficiente il convincimento del solvens ma è indispensabile che il suddetto dovere appaia tale secondo i parametri comunemente recepiti nella vita di relazione”; v. M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, in *Giur. Sist. Dir. Civ. e comm.*, I, Torino, 1992, p. 114.

costume sociale che pure sono espressione di un senso di moralità socialmente accettata (c.d. doveri di cortesia, di buona fede, di lealtà, di galateo, e così via). Rispetto a questi il *quid proprium* dell'obbligazione naturale è stato rinvenuto, non senza critiche, nella patrimonialità del dovere morale e sociale; si tratta di un criterio che, sebbene non previsto espressamente, viene desunto dalla previsione della *soluti retentio*⁸⁸

La tesi è ritenuta persuasiva, con la precisazione che l'elemento della patrimonialità deve essere riferito non tanto al dovere quanto piuttosto alla prestazione che, di volta in volta, si presenta come la correlativa modalità di adempimento. In altri termini, appare ingiustificato restringere l'area di operatività delle obbligazioni naturali soltanto ai doveri morali suscettibili di essere adempiuti mediante una prestazione patrimoniale, escludendo quei

⁸⁸ Tra i primi a far leva sul carattere della patrimonialità vi fu .G. BONFANTE, nota ad App. Genova 26 ottobre 1892;

doveri il cui adempimento può consistere anche, ma non soltanto, nell'esecuzione di una prestazione patrimoniale⁸⁹.

In senso opposto, intorno all'elemento della patrimonialità si sono incentrate le obiezioni di uno studioso, a più riprese occupatosi della tematica delle obbligazioni naturali, nel tentativo di porre in luce come l'adempimento mediante un atto di attribuzione non rappresenti l'unica forma di adempimento dei doveri morali e sociali⁹⁰.

In realtà, il fatto che vi siano doveri suscettibili di essere adempiuti mediante attività extrapatrimoniali, non significa che la fattispecie dell'obbligazione naturale possa prescindere dall'elemento della patrimonialità, ma soltanto che, allorquando il dovere sia adempiuto mediante una prestazione extrapatrimoniale, non può dirsi realizzata la fattispecie di cui all'art. 2034 c.c.

⁸⁹ A. MORACE PINELLI, *Adempimento di obbligazione naturale e forma*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1995, p. 44;

⁹⁰ E. MOSCATI, *Le obbligazioni naturali.*, op. cit., p. 372-373;

In senso contrario non può valere l'esempio relativo al dovere di assistenza nei confronti del figlio naturale, che potrebbe essere adempiuto provvedendo direttamente al mantenimento ovvero riconoscendo il figlio stesso. Al riguardo, non appare condivisibile la prospettazione secondo cui il riconoscimento del figlio naturale si attegga come adempimento di obbligazione naturale nel senso di cui all'art. 2034 c.c.⁹¹. Sebbene, non vi sia dubbio che in questo caso la morale sociale reclami il riconoscimento, non può richiamarsi la fattispecie di cui all'art. 2034 c.c., quest'ultima è caratterizzata dalla produzione di un effetto, la *soluti retentio*, dotato di caratteristiche sue proprie che la rendono, già a prima vista, incompatibile con la possibilità che l'adempimento consista in una prestazione priva dei caratteri presupposti dall'art. 2033 c.c. Senza poi contare che all'emersione del

⁹¹ inquadramento che, invece, secondo E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, op. cit., p. 375, troverebbe una conferma nell'art. 265 c.c. "che consente l'impugnazione solo in caso di violenza, cioè quando sia mancato il requisito della spontaneità".

rapporto di filiazione può pervenirsi anche “*coattivamente*” mediante la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale. Tutto ciò, unitamente alla considerazione sia della peculiarità della figura sia della molteplicità degli effetti che ne scaturiscono, vale dunque ad escludere che il riconoscimento di figlio naturale sia riconducibile alla fattispecie di cui all’art. 2034 c.c., trattandosi dell’estrinsecazione di una specifica situazione giuridica soggettiva⁹².

L’aver posto l’accento, al fine di delimitare l’esatto confine della fattispecie in esame, sul carattere patrimoniale della prestazione, pone in ogni caso la necessità di operare una distinzione rispetto a quei doveri del costume sociale, quali possono essere i doveri di cortesia, ugualmente suscettibili di essere adempiuti mediante una prestazione di carattere patrimoniale. La

⁹² Sulle differenze tra la *soluti retentio* di un debito naturale ed il riconoscimento da parte del padre naturale si è soffermato a suo tempo F. CARNELLUTTI, *Rapporto giuridico naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 171;

questione, come è ovvio, si pone unicamente con riguardo a quelle prestazioni che si inquadrano nell'ambito di una persistente relazione tra soggetti determinati. Orbene, come già posto in evidenza, ai fini della configurabilità dell'obbligazione naturale, non è sufficiente una relazione tra soggetti determinati, occorrendo altresì che detta relazione assuma caratteristiche tali da far apparire, nella visuale prospettica della generalità e quindi del comune sentire, la prestazione come dovuta.

Concepita in questo modo la particolare relazione che deve sussistere tra creditore e debitore naturale, emerge con sufficiente chiarezza il tratto distintivo rispetto alla generica doverosità insita a livello sociale in tutta una serie di comportamenti, così come valutati alla luce della correttezza, della lealtà o della cortesia. Il dovere morale e sociale ex art. 2034 c.c. scaturisce dal particolare rapporto esistente con il beneficiario della

prestazione, con la conseguenza che non qualsiasi soggetto può considerarsi moralmente tenuto, ma solo quel o quei determinati soggetti; laddove taluni doveri quali quelli di cortesia, lealtà o di correttezza, incombono su chiunque nei confronti di chiunque.

3. La natura dell'adempimento.

Dell'adempimento si rende innanzitutto necessario stabilire la natura giuridica. L'accertamento non è di poco rilievo sul piano pratico, atteso che l'opzione negoziale pone il problema dell'applicabilità, in caso di adempimento viziato, delle normali impugnative contrattuali.

La tesi della natura negoziale, propugnata da Oppo⁹³, ha trovato in epoca recente un nutrito numero di

⁹³ Cfr. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, op. cit., in part. p. 393 ss., ove si sostiene che la volontà del debitore naturale non riguarda solo l'atto, ma anche il contenuto e che nell'adempimento dell'obbligazione naturale è ravvisabile un vero e proprio contratto; sulla cui scia L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, op. cit., p. 395 ss.:

sostenitori ed è concepita come il corollario dell'assenza di giuridicità nei doveri morali e sociali e, in definitiva, nella stessa obbligazione naturale. Invero l'effetto della *soluti retentio* è conseguenza di un atto di disposizione mediante il quale colui sul quale grava il dovere morale, senza coazione, esegue una prestazione a favore di un altro soggetto⁹⁴. La volontà dell'effetto è l'elemento su cui poggia la propria opinione la dottrina più recente, nel senso che l'atto di autonomia privata- che si traduce in una prestazione traslativa isolata- è caratterizzato casualmente, in senso soggettivo, dallo scopo di realizzare l'adempimento dell'obbligazione naturale e, dal punto di vista oggettivo, dall'esistenza del dovere morale

"Spontaneamente qui non è solo un impulso di libera volontà, ma anche l'affermazione di una volontà consapevole, perché creatrice dell'effetto giuridico proprio della prestazione (trasmissione di proprietà), creatrice si intende come può esserlo la volontà nei negozi giuridici"; M.G. GIORGIANNI, *L'Obbligazione*, op. cit. p. 123; per la tesi negoziale anche G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da G. GROSSO e SANTORO PASSARELLI, II, 4, Milano, 1964, p. 115;

⁹⁴ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit. p. 785, per il quale si tratta di un negozio giuridico unilaterale; la tesi del negozio unilaterale era già stata sostenuta da DIONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 320 ss., nel quadro di una revisione critica del dogma dell'assoluta "intangibilità" dell'altrui sfera giuridica;

e sociale che giustifica esternamente l'attribuzione e costituisce il necessario presupposto per il verificarsi dell'atto traslativo⁹⁵.

Secondo un'altra opinione, il legislatore avrebbe riconosciuto i doveri morali e sociali come meritevoli di tutela, suscettibili di attuazione secondo le regole dell'autonomia contrattuale, la quale sarebbe, in questa prospettiva, libera di convertire il valore in norma, *“ovvero di trasferire la direttiva etica immanente alla situazione di partenza in una regola negoziale vincolante”*. L'adempimento dell'obbligazione naturale, anzi, rappresenterebbe il prototipo del negozio giuridico, in quanto con esso si vuole *“conseguire un risultato sul piano sociale attraverso lo strumento giuridico del*

⁹⁵ Così S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, op. cit., p. 158 ss. ove si aggiunge che “la natura di negozio giuridico dell'adempimento di obbligazione naturale non dovrebbe poter essere messa seriamente in discussione una volta che si consideri che l'atto è giuridicamente libero per quel che riguarda il suo compimento, produce effetti solo in quanto essi siano voluti e nella misura in cui sono voluti, consente all'adempiente- almeno in dati casi e comunque entro certi limiti, secondo quanto si è cercato di dimostrare- una valutazione discrezionale dell'entità del sacrificio cui sottoporsi ed esplica, in definitiva, la funzione, come già si è sottolineato, di atto di autoregolamento di privati interessi”.

trasferimento dei diritti di cui l'ordinamento si appropria, senza poter certo disconoscere la sua matrice originaria nella volontà delle parti".

Questa impostazione, tuttavia, non è in grado di cogliere la sostanza di un fenomeno rispetto al quale la preoccupazione del legislatore non è quella di consentire la trasformazione del valore in norma- e quindi di rendere il primo giuridicamente rilevante- ma, più semplicemente, di confermare qualcosa che si svolge al di fuori dell'ordinamento. Del resto, se l'obiettivo del legislatore fosse stato quello di lasciare all'autonomia privata il compito di rendere giuridicamente rilevanti i doveri morali e sociali, riuscirebbe difficile spiegare il perché del ricorso al solo negozio reale, con esclusione della possibilità di un negozio consensuale che, a differenza del primo, è in grado di realizzare gli intenti programmatici delle parti e, quindi, di consentire una maggiore emersione di quei

doveri. Esigenza, quest'ultima, a tal punto avvertita che spinge numerosi Autori a riconoscere validità al contratto con cui si assuma un'obbligazione civile in esecuzione di un dovere morale e sociale.

D'altra parte, configurare la prestazione come momento di qualificazione dei doveri morali e sociali, per il cui tramite questi si trasformano in un impegno negozialmente rilevante, comporta inevitabilmente uno svilimento di tali doveri⁹⁶, i quali, secondo questa prospettiva, finiranno per essere "filtrati" dalla valutazione delle parti. Così facendo la prestazione perde il proprio carattere meramente esecutivo, per divenire attuativa di un regolamento negoziale perfezionatosi con la stessa esecuzione ed avente ad oggetto la posizione di obblighi di derivazione morale e sociale.

A tale ricostruzione, inoltre, consegue una valutazione di tipo soggettivistico dei doveri morali e

⁹⁶ Come ammette L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, op. cit., p.368.

sociali: l'essere l'esecuzione della prestazione adempimento di un dovere morale e sociale ed al contempo momento attuativo di un regolamento negoziale, infatti, dovrebbe comportare, quale logica conseguenza, un accertamento da condurre alla luce della specifica sfera di relazioni di colui che la riceve- tenuto conto che sussiste in costui pur sempre il potere di rifiutarla- e non già alla stregua del comune sentire nella sua oggettiva evidenziazione.

Sotto un altro profilo, e con particolare riferimento alla c.d. volontà degli effetti, occorre considerare come la tesi della natura negoziale dell'adempimento si esponga ad un altro tipo di obiezione. La sussistenza della volontà di adempiere, mediante l'attribuzione, un dovere morale e sociale risulta difficilmente conciliabile con l'irrilevanza, corollario del requisito della spontaneità dell'adempimento, dell'errore sull'incoercibilità del vincolo.

Secondo altro Autore⁹⁷, la formulazione dell'art. 2034 c.c. impone una diversa ricostruzione dell'istituto dell'obbligazione naturale. L'esigenza a questo sottesa é quella di negare tutela alla pretesa di chi, dopo aver adempiuto un dovere morale o sociale, voglia agire per la restituzione di quanto prestato. Sembra allora difficile ravvisare nell'adempimento la traduzione del valore in norma, mediante la formazione di un regolamento negoziale vincolante tra le parti. L'esecuzione della prestazione va piuttosto inquadrata nel contesto in cui sono maturati i doveri morali e sociali: essendo questi privi di qualsiasi rilevanza giuridica, anche l'adempimento deve intendersi non in senso tecnico giuridico. L'ordinamento guarda ad esso come ad un semplice fatto che, prodottosi nell'area extragiuridica ed in concorso con i preesistenti doveri morali e sociali, dà luogo ad una

⁹⁷ L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004, p. 63;

fattispecie produttiva del solo effetto della *soluti retentio*. Effetto che ne racchiude altro, di certo non meno importante, consistente nella definitività dell'attribuzione operata mediante l'esecuzione.

L'attuazione, che non è riconducibile nell'alveo dell'adempimento dell'obbligazione civile, ancorché presupponga, in virtù del previsto meccanismo della *soluti retentio*, pur sempre una prestazione suscettibile di valutazione economica ai sensi dell'art. 1174 c.c. si atteggia, piuttosto, ad elemento avente carattere perfetto della fattispecie complessa delineata dall'art. 2034 c.c..

Volendo procedere ad un inquadramento nella classica tripartizione (fatti, atti, negozi) sembra, pur con tutte le avvertenze circa la chiara matrice naturalistica che presiede al fenomeno, appropriato qualificarlo come atto giuridico in senso stretto, considerato, da un lato, il particolare contenuto dei requisiti della spontaneità e

capacità e, dall'altro, l'irrelevanza di ogni errore sull'esistenza di un obbligo giuridico a prestare.

La natura dell'adempimento di obbligazione naturale deve essere accertata sotto il diverso e rilevante profilo dell'onerosità ovvero della gratuità. Autorevole dottrina ritiene che la qualificazione in termini di onerosità e gratuità sia prettamente giuridica e non possa conseguentemente applicarsi al rapporto naturale. L'adempimento di obbligazione naturale, per questi motivi, sarebbe da qualificare come atto neutro⁹⁸, la cui disciplina andrebbe comunque mutuata, nella maggior parte dei casi, da quella contemplata per gli atti gratuiti. Ciò avverrebbe non perché sia possibile un'equiparazione dell'adempimento dell'obbligazione naturale agli atti gratuiti, ma per la diversa ragione che la disciplina dell'atto a titolo gratuito, rivestendo la normativa sull'atto

⁹⁸ Secondo E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, op. cit. p. 281-282 nota 6 "è da ritenere che la tesi della neutralità colga pienamente nel segno se la si intende nel senso che per l'ordinamento statale è indifferente come sia sorto il dovere morale o sociale nella sfera della coscienza collettiva".

oneroso carattere particolare, vale per tutti gli atti che non siano onerosi.

Quanto detto, vale in linea generale, poiché sono ravvisabili delle norme che dettano per l'atto gratuito un regime particolare, nel qual caso la disciplina degli atti neutri sarebbe quella prevista per gli atti che non presentano l'elemento della gratuità. Così non sarebbero estensibili, almeno in modo generalizzato, agli atti "neutri" tutte quelle norme dettate per la donazione che si ritengono applicabili agli atti gratuiti o ad alcuni di essi.

La terza via prescelta, rispetto all'alternativa onerosità/gratuità, appare secondo taluni convincente. Ciò non per l'impossibilità di riferire le nozioni di onerosità e gratuità al rapporto naturale, considerato che, se si adotta come criterio il c.d. sacrificio patrimoniale, esse valgono ad etichettare l'acquisto più che la fonte dalla quale esso deriva. Piuttosto occorre osservare che la

qualificazione in termini di atto neutro non trova un sicuro aggancio normativo all'art. 64 l. fall., il quale esenta dalla sanzione di inefficacia genericamente prevista per gli atti gratuiti, quelli compiuti in adempimento di un dovere morale, a condizione che siano proporzionati al patrimonio del *solvens*. Probabilmente il legislatore, con l'espressa previsione della non applicabilità della disciplina fallimentare degli atti gratuiti, ha voluto sottrarsi alla sopra indicata rigida alternativa. Invero, escludendo in via d'eccezione per gli atti di adempimento di doveri morali la disciplina di quelli gratuiti, ha di fatto preso posizione in merito all'impossibilità di qualificarli come atti a titolo oneroso; d'altra parte, la maggiore assonanza con la gratuità che essi presentano, proprio in quanto comportamento non dovuto, ha giustificato, nel quadro di ragioni di politica del diritto ispirate ad un atteggiamento di favore verso tutti gli atti di espressione di un nobile

intento, la deroga di cui all'art. 64 l. fallimentare.

4. L'oggetto dell'adempimento.

L'ipotesi che l'oggetto dell'adempimento consista in un pagamento, quindi nella consegna di una somma di denaro, è quella più frequente, come testimonia la stessa terminologia legislativa, di cui al comma secondo dell'art. 2034 c.c., ancorché nessun ostacolo sussista con riguardo all'adempimento mediante dazione di una cosa di specie. Ciò anche alla luce del fatto che la nozione di pagamento non è circoscritta alla sola consegna di denaro ed anzi si presta a racchiudere ogni ipotesi di esecuzione della prestazione dovuta nelle obbligazioni di

dare⁹⁹.

La consegna di beni diversi dal denaro propone il problema della conciliabilità con la disciplina dei rimedi previsti per i vizi della cosa consegnata ovvero della garanzia in caso di evizione. L'ammissibilità di un obbligo in tal senso viene esclusa sulla scorta del rilievo che, in caso contrario, esso costituirebbe un effetto diverso ed ulteriore rispetto all'irripetibilità del prestatore. La presenza di un vizio, invero, può giustificare al limite un intervento spontaneo del debitore naturale volto a sostituire la cosa consegnata ovvero a ripararla; il tutto, nondimeno, rimane nell'ambito della doverosità morale senza che sia possibile ravvisare la nascita di alcuna pretesa giuridica.

Maggiori problemi sembrano profilarsi per le prestazioni consistenti in un *facere* atteso che, con riguardo ad esse, si è tradizionalmente esclusa

⁹⁹ P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, op.cit. , p. 1226; cfr. anche C. GANGI, *Le obbligazioni*, op. cit. p. 113. Sui rapporti tra adempimento e pagamento, v. in generale A. Di MAJO, voce *Pagamento (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.* XXXI, Milano, 1981, p. 548 ss.

l'applicabilità della disciplina dell'indebito, vale a dire di quella disciplina nel cui contesto si inserisce la fattispecie delineata dall'art. 2034 c.c. ed alla quale, pertanto, pare doversi attingere al fine di delineare esattamente i confini dell'obbligazione naturale. Occorre tuttavia osservare che, a prescindere dalle possibili obiezioni a tale tradizionale limitazione dell'ambito di operatività della disciplina dell'indebito, essenzialmente incentrate sulla considerazione che l'art. 2033 c.c. costituisce un rimedio generale nei confronti di tutte le prestazioni a carattere solutorio prive di una valida causa di giustificazione, resta l'inconvertibile rilievo per cui un dovere morale e sociale può essere adempiuto anche mediante l'esecuzione di una prestazione di fare (come emblematicamente nel caso delle prestazioni di assistenza). In tale ipotesi, qualora si escludesse la configurabilità di un'obbligazione naturale, dovrebbe riconoscersi la facoltà di esperire un'azione di

arricchimento senza causa. L'adempimento di un dovere morale e sociale, in questa prospettiva, sarebbe diversamente e ingiustificatamente regolato a seconda dell'oggetto della prestazione. Alla luce di queste osservazioni, può dunque sostenersi che anche una prestazione di fare sia idonea ad integrare gli estremi dell'adempimento di un dovere morale e sociale rilevante ex art. 2034 c.c., dovendo la disciplina dell'obbligazione naturale essere intesa come espressione di un principio per cui chi abbia spontaneamente adempiuto non può successivamente avanzare alcuna pretesa di natura in senso lato restitutoria.

Ritornando alle prestazioni di dare, la questione più delicata riguarda il trasferimento di un bene immobile, occorrendo accertare se esso debba rivestire la forma dell'atto scritto. La necessità della forma scritta per ogni trasferimento avente ad oggetto un diritto reale

immobiliare costituirebbe la conferma, secondo una parte della dottrina, della natura negoziale dell'adempimento dell'obbligazione naturale. In caso contrario, si andrebbe incontro all'assurda conseguenza per cui la consegna, e dunque l'attività meramente materiale del debitore naturale, sarebbe di per sé sola in grado di determinare l'effetto acquisitivo; conseguenza ancor più inaccettabile se si pensa che, al fine di rendere opponibile il proprio acquisto ai terzi, il creditore naturale si troverebbe nella necessità di promuovere un giudizio di accertamento dell'avvenuto acquisto, onde poter procedere ad una trascrizione – quella della sentenza – sulla cui ammissibilità avanza seri dubbi la stessa dottrina che propende per la necessità dell'atto scritto¹⁰⁰.

Alla base dell'opinione ora accennata vi è la

¹⁰⁰ S. DELLE MONACHE, *il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela della proprietà*, 1997, Padova, p. 161, il quale ritiene non trascrivibile la sentenza argomentando dall'orientamento minoritario, come lo stesso autore ammette, che esclude la possibilità di procedere alla trascrizione della sentenza di accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà di un immobile che trovi titolo in un atto avente la forma della scrittura privata non autenticata.

concezione tradizionale circa i modi di acquisto del diritto di proprietà, secondo cui quella di cui all'art. 922 c.c. costituisce un'elencazione "chiusa" dei modi mediante i quali può realizzarsi la fattispecie acquisitiva. In questa prospettiva, che finisce per svilire l'inciso finale della citata disposizione, il contratto e la successione *mortis causa* esauriscono i possibili modi di acquisto a titolo derivativo; in particolare, il contratto si pone come l'unico meccanismo in grado di consentire il trasferimento *inter vivos* del diritto di proprietà. La questione, per quel che riguarda i trasferimenti immobiliari è del resto intimamente legata a quella che concerne la portata dell'art. 1350 c.c., occorrendo stabilire se attraverso tale previsione il legislatore abbia inteso riservare l'effetto giuridico, per l'appunto il trasferimento del bene immobile, alle sole dichiarazioni di volontà poste in essere con il rispetto di determinate forme.

Al riguardo si registra, però, altra e più condivisibile opinione secondo cui la necessità della forma scritta nei trasferimenti di diritti reali immobiliari concerne i soli atti negoziali e non può, pertanto, estendersi all'adempimento dei doveri morali, collocandosi questi al di fuori dell'ordinamento giuridico ed essendo da quest'ultimo attratti al solo effetto di cui all'art. 2034 c.c.. A supporto di tale impostazione depongono, del resto, tutta una serie di previsioni normative che riconoscono l'idoneità di comportamenti esecutivi a produrre il trasferimento della proprietà, e ciò indipendentemente dal tipo di bene, mobile o immobile, che ne costituisca l'oggetto. Si intende in particolare fare riferimento agli artt. 590 e 799 c.c. che, nell'escludere la possibilità di fare valere la nullità di una disposizione testamentaria o di una donazione da parte di chi pur conoscendo la causa di nullità vi abbia dato volontaria esecuzione, esplicitamente ammettono che

un acquisto a titolo derivativo possa avvenire nel nostro ordinamento mediante un comportamento esecutivo e, in ogni caso, senza l'osservanza dei requisiti di forma di cui all'art. 1350 c.c.. Ulteriore conferma di ciò si ricava, secondo alcuni Autori, dall'art. 627 c.c., il quale al secondo comma sancisce l'irripetibilità dei beni spontaneamente trasferiti in esecuzione della disposizione fiduciaria testamentaria. Infatti, sebbene il termine trasferimento non precluda la possibilità di un atto negoziale, è evidente che qualora si sostenesse la necessità di un atto siffatto la norma in questione finirebbe col divenire inutile¹⁰¹. Il trasferimento della proprietà di un bene, nel caso in cui esso rappresenti l'adempimento di un dovere morale o sociale, è dunque da ricollegarsi alla *soluti retentio*- o meglio al perfezionarsi della fattispecie complessa da cui sorge un

¹⁰¹ E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 334-335;

tale effetto- che così viene a realizzare un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo. Invero, l'egemonia riconosciuta al contratto ai fini dell'acquisto della proprietà mediante trasferimento non può essere scambiata con un'attitudine in via esclusiva a produrre l'effetto sopra indicato.

La norma di cui all'art. 922 c.c., non contemplando un'enumerazione tassativa consente- in forza dell'inciso finale facente riferimento agli “*altri modi stabiliti dalla legge*”- di annoverare tra i modi di acquisto della proprietà anche quelli non previsti come tali in modo specifico da fonti legislative e tuttavia reputati idonei all'effetto alla stregua dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Orbene, secondo taluni, l'acquisto della proprietà non è un effetto della *soluti retentio*, quanto piuttosto della realizzazione della fattispecie complessa in cui si compendia l'obbligazione naturale. Nei casi in cui

l'adempimento consista in un dare, la *soluti retentio* è la logica conseguenza del fatto che il creditore naturale è divenuto proprietario, sicché alcun rimedio restitutorio può efficacemente esperirsi. Ciò posto, permane il problema di come possa darsi pubblicità dell'acquisto del diritto di proprietà da parte del creditore naturale. La dottrina, con riferimento alla fattispecie esecutiva della conferma, ha in primo luogo messo in luce la possibilità che le parti concordemente traducano il significato di un comportamento in forma scritta, la quale, a seconda del contenuto, realizzerà una funzione di accertamento o di ripetizione. In mancanza di tale atto scritto, si è proposto di applicare analogicamente- limitatamente al comportamento dichiarativo concludente- la norma di cui al terzo comma dell'art. 2648 c.c., in tal modo rendendo trascrivibile la dichiarazione (indiretta). La soluzione più rispondente alla realtà delle cose consiste certamente

nella proposizione di un giudizio di accertamento dell'avenuto acquisto, al fine di procedere successivamente alla trascrizione della sentenza la possibilità di procedere nel senso indicato risulta in virtù degli artt. 2657 c.c. e 2644 c.c. e non in base all'art. 2651c.c. il quale, ad avviso della dottrina, concerne unicamente gli acquisti a titolo originario.

5. Obbligazione naturale e figure affini: donazione, liberalità d'uso, gentlemen's agreements.

- Obbligazione naturale e donazione.

L'obbligazione naturale è quella fattispecie complessa in relazione alla quale l'ordinamento preclude la ripetizione di quanto spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali e sociali. In virtù dello

specifico meccanismo di cui all'articolo del 2034 c.c. è dunque ovvio che lo spostamento patrimoniale avvenga in una sola direzione. Sennonché, l'apparente semplicità del meccanismo è messa in crisi in sede di applicazione pratica dalle evidenti affinità che l'istituto in esame rivela con tutti gli spostamenti patrimoniali che avvengono anche essi in una sola direzione, soprattutto allorquando essi siano il frutto dello spirito di liberalità che anima il *tradens*. La questione, da sempre oggetto dell'attenzione degli interpreti, non è di poco rilievo giacché, a seconda della qualificazione operata, l'attribuzione potrebbe essere o no soggetta alle regole in tema di forma della donazione, collazione, riduzione, revocatoria. La particolare natura dell'adempimento dell'obbligazione naturale, come già rilevato, rende invero inapplicabile le norme previste in tema di donazione, ivi comprese quelle comunemente reputate estensibili agli atti gratuiti. Le

difficoltà di pervenire a soluzioni univoche derivano, oltre che dal carattere aperto della formulazione dell'articolo 2034 c.c., dalle incertezze in merito agli esatti confini della fattispecie donativa, tenuto anche conto delle figure particolari in cui questa si articola. In linea di principio, la distinzione tra obbligazione naturale e donazione appare semplice. Lo spirito di liberalità, di cui si nutre la donazione, manca nell'obbligazione naturale, il cui substrato è costituito dai preesistenti doveri morali e sociali; in questa prospettiva, si crea una vera e propria incomunicabilità tra i due istituti, potendosi parlare di donazione solo laddove si accerti l'inesistenza di doveri morali e sociali¹⁰². In effetti non può contestarsi che,

¹⁰² Che *animus donandi* e obbligazione naturale si escludano a vicenda è ben messo in luce da L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, op. cit., pag. 373: "questo non perché come spesso si tende a far credere, vi sia una sorta di incompatibilità logico-ontologica tra i due termini- nel senso che sia impossibile immaginare che taluno profitti della sua posizione di debitore naturale per eseguire un'attribuzione liberale, ovvero sostenuta in concreto da un intento liberale-; ma semplicemente perché, nella costruzione della fattispecie obbligazione naturale e nella determinazione della relativa disciplina, la legge non tiene in alcun conto l'*animus donandi* come dimostra, a tacer d'altro, la circostanza che la *traditio* operata del convincimento erroneo della sua obbligatorietà è comunque irripetibile"; vedi anche F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile commerciale*, op. cit., pag. 382; sotto la vigenza del codice del 1865, vedi ad esempio G. COTTINO, *Le donazioni nel*

almeno a prima vista, risulti difficile costruire- diversamente da quanto accade nella relazione tra dovere morale e pagamento- un nesso tra dovere morale e liberalità in quanto non esistono "*norme giuridiche scritte o non scritte che impongano liberalità, ma solo regolatrici dei relativi atti siano essi negozi o prestazioni a titolo di liberalità: riconoscenza, servizi resi, usanze possono costituire solo moventi che determinano l'impulso a compiere atti donazione o di altra liberalità, atti che una volta compiuti non sono più revocabili per loro natura*"¹⁰³.

Non di meno, ad un'analisi più attenta ci si rende subito conto della possibile insorgenza di equivoci sul piano pratico: innanzitutto perché mediante la donazione si può

diritto civile italiano, op. cit., pag. 26. In senso contrario, di recente, G.B. FERRI, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, op. cit. pag. 38-39, il quale, sulla scorta della relazione al codice civile 372 che descrive lo spirito di liberalità come la coscienza di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti, si domanda "come può negarsi che uno spirito di liberalità, così intenso, senza fare raffinati, ma improbabili, processi alle intenzioni da qualcuno paventato, sia tendenzialmente destinato (pur con diverse intensità, da caso a caso) ad aleggiare, non soltanto nella donazione remuneratoria (...), ma anche dell'adempimento spontaneo di un dovere morale sociale, nel pagamento spontaneo di un debito di gioco, nel pagamento spontaneo di un debito prescritto?"

¹⁰³ SALV. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, op. cit., p. 93.

assecondare anche un sentimento di pietà, di carità; inoltre perché, discostandosi dall'opinione sopra riferita, nella donazione remuneratoria l'intento di riconoscenza o di speciale remunerazione che muove il donante ben si presta ad essere ricondotto nell'ambito di doveri morali; infine, poiché ulteriori incertezze derivano dalla formulazione dell'art. 64 l. fall. che, come sottolineato, esplicitamente qualifica come liberalità l'adempimento di un dovere morale.

Del resto, la soluzione volta a configurare la riconoscenza come semplice motivo che genera un impulso alla donazione o verso altro tipo di liberalità, ricostruzione accolta dalla giurisprudenza, finisce col rivelarsi sfuggente: è invero ardito sostenere che un sentimento di riconoscenza, a tal punto intenso da rappresentare il motivo che dà impulso al compimento

dell'atto, non possa assurgere a contenuto di un dovere morale.

La complessità della problematica deriva dal fatto che gli istituti astrattamente invocabili si muovono tutti su un terreno sostanzialmente omogeneo, essendo fondati su concetti quanto mai elastici (doveri morali e sociali, spirito di liberalità, riconoscenza, speciale remunerazione, liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o in conformità agli usi), che, in quanto profondamente ancorati alle dinamiche sociali, sono soggetti a continua evoluzione. Di qui la difficoltà, non tanto di tracciare distinzioni sul piano teorico, ma di fornire validi criteri di ausilio all'interprete. In un contesto di questo genere, a prescindere dalle molteplici soluzioni elaborate è comunque innegabile che l'interprete, proprio a cagione della labilità del confine tra le figure richiamate, finisca sovente col farsi condizionare da una decisione maturata

senza una previa verifica della rispondenza della situazione concreta allo schema astratto. In presenza di controversie che, sebbene di carattere patrimoniale, hanno forti implicazioni di natura morale- come tipicamente accade nel caso della convivenza more uxorio- difficilmente si può rimanere esenti da veri e propri condizionamenti¹⁰⁴.

Può accadere che, al di là dei molteplici criteri di distinzione teoricamente prospettabili, siano le circostanze concrete, così come filtrate attraverso la particolare valutazione del giudice, a far protendere verso la sussunzione della singola fattispecie nell'ambito della donazione ovvero dell'adempimento di un'obbligazione naturale; di modo che, in questi casi, la decisione scaturisce, non tanto dalla decisa delimitazione degli elementi costitutivi dell'istituto all'interno del quale

¹⁰⁴ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, op. cit., p. 91, per il quale l'interprete potrà più semplicemente, essere indotto in tentazione.

collocare l'attribuzione, quanto piuttosto da un giudizio sulla complessiva situazione in cui quell'attribuzione è maturata.

Tanto premesso, nel tentativo di segnare i confini tra i diversi istituti, si deve procedere per gradi. Rispetto alla donazione semplice occorre porre in luce come nell'adempimento delle obbligazioni naturali sia del tutto carente lo spirito di liberalità, che, a prescindere dalle interminabili dispute circa i rapporti con la causa della donazione¹⁰⁵, viene comunemente individuato dalla giurisprudenza e da parte della dottrina nell'agire in assenza di coazione (*nullo iure cogente*), vale a dire in mancanza di qualsivoglia obbligo sia pure di natura soltanto morale e sociale. Questa visione essenzialmente oggettivistica rende pienamente compatibile lo spirito di liberalità con i motivi utilitaristici o i particolari calcoli che

¹⁰⁵ Da ultimo v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, pag. 49 ss.

possano animare il donante¹⁰⁶ e conduce, secondo un'autorevole opinione, all'annullamento stesso dello spirito di liberalità: questo, infatti, coincidendo con la mera assenza di obbligo, deve dirsi sussistente anche quando l'intento in concreto perseguito sia ignobile¹⁰⁷. Guai, avverte Jemolo, *"se la giurisprudenza si orientasse diversamente. Non si può neppure immaginare cosa avverrebbe se il giudice dovesse scendere ad impossibili indagini interiori dell'animo del donante, per ricercare se egli donò perché assillato da un rimorso, per il metus ab*

¹⁰⁶ Va sottolineando che secondo gli orientamenti più recenti allorché il *solvens* sia mosso da un interesse di natura economica occorre escludere lo spirito di liberalità e, dunque, la donazione; siffatto interesse esclude una qualifica dell'atto in termini di donazione sebbene non ne faccia venir meno la natura gratuita: per una documentazione v. A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale (ai limiti della donazione)*, Milano, 2002, pagina 140 ss.

¹⁰⁷ A. C. JEMOLO, *Lo spirito di liberalità, (Riflessioni su una nozione istituzionale)*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, I, II, Utet, Torino, 1960, pagg. 979-980; cfr. Anche M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969, p.p. 236-237, il quale a proposito dell'*animus donandi* afferma che esso "non descrive affatto la realtà delle cose e costituisce una pura e semplice formula di chiusura di un problema di qualificazione causale che al contrario è già difficile identificare se si pensa che, in ogni sua espressione storica, non ti ringrazio tanto una causa della donazione, quanto piuttosto una serie di accorgimenti intesi a realizzare altrimenti il controllo di legge. E, in ogni caso, tale problema non può certo trovare soluzione in un concetto che- come la gran parte di quelli informati ad un apprezzamento psicologico dei fenomeni giuridici- non è operativo nell'ampia misura in cui ciò che è psicologico sfugge a qualsiasi possibilità di controllo"; vedi anche G. GORLA, *Il contratto*, cit., pag. 99; per una recente critica v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., pag. 58 ss.

intrinseco che il fratello divenuto povero si suicidasse se non gli venisse ricostituito il patrimonio, perché non poteva sopportare il fatto di quel cugino, amico della prima infanzia, gli voltava le spalle per ciò che un comune ascendente aveva lasciato erede il donante e non lui ¹⁰⁸

La ricostruzione dello spirito di liberalità come assenza di obbligo deve essere tenuta ferma i nostri fini, quantunque siano state poste in rilievo la valenza puramente negativa e la non esaustività della stessa, occorrendo un'identificazione in termini positivi dell'intento che anima il donante. Resta tuttavia da chiarire come possa distinguersi tra i doveri morali che sottostanno all'obbligazione naturale e quegli impulsi di coscienza-pietà, spirito altruistico- che possono spingere a donare.

¹⁰⁸ Vedi le recenti considerazioni di E. MAZZONI, *Il dono è il dramma. Il dono anonimo e il dono dispotico*, op. cit. pag. 526, sul dono che si esprime nell'autocompiacimento, nel godimento di se stessi: "è il dono esibito, il dono espressione di potere. Il dono è il dramma. Potere, disprezzo, dominio, distruzione. Tutto per il godimento di chi dona. Il dono rovina che si fonda sull'ineguaglianza, sul disprezzo chi dona sa di essere superiore, maggiore, accanto. Anche per un momento degli potrà dire: io ho quel che ho donato. Il dono è il mezzo con cui si misura alla distanza sociale".

Si potrebbe al riguardo pensare di utilizzare come criteri distintivo quello della proporzionalità e della adeguatezza tra il dovere la prestazione di cui costituisce adempimento- criterio che, come già evidenziato, rappresenta un presupposto, ancorché implicito, dell'obbligazione naturale, in tal modo escludendo la sussistenza di un'obbligazione naturale ogni qualvolta la prestazione risulti sproporzionata rispetto al supposto dovere morale.

Tale criterio, che peraltro opererebbe con esclusivo riferimento ai doveri suscettibili di adempimento tramite una prestazione a contenuto non predeterminato, non appare risolutivo; in primo luogo perché l'esecuzione di una prestazione sproporzionata non esclude, nei limiti della proporzione, la configurabilità della fattispecie dell'obbligazione naturale.

In secondo luogo, e a prescindere dall'obiezione sopra riportata, parrebbe che, individuando il criterio discrezionale nell'elemento della proporzionalità, si finisca col confondere due piani tra loro diversi: infatti, o il dovere morale esiste (ed in tal caso sarà possibile verificare se la prestazione costituisca adempimento), oppure non esiste. Sovrapponendo il requisito della proporzionalità si corre il rischio di raggiungere, talvolta del tutto inconsapevolmente, un risultato erroneo, desumendo la sussistenza del dovere- piuttosto che da una valutazione compiuta in termini di corrispondenza dello stesso al comune sentire- dal mero rispetto del canone di proporzionalità e, più precisamente, dalla circostanza che la prestazione eseguita non sia in sé eccessiva¹⁰⁹.

Queste osservazioni inducono a porre l'accento sul fatto che nelle obbligazioni naturali c'è molto di più rispetto al generico impulso morale, all'obbligo di

109. L. BALESTRA, *Obbligazioni naturali e donazione*, op. cit., p. 598.

coscienza, che pure possono essere sottesi alla donazione. Nel tentativo di delimitare in modo soddisfacente il confine che separa le due fattispecie, deve porsi l'accento sul fatto che- come già posto in luce in sede di analisi del contenuto del dovere- elemento saliente all'obbligazione naturale è l'esistenza di "*un obbligo o dovere nascente da particolari circostanze, giustificato da particolari relazioni fra determinati soggetti*"¹¹⁰.

Un obbligo, dunque, che presenta elementi di concretezza ed un'intensità tale da porre il "debitore naturale" in uno stato di coazione, ancorché di natura semplicemente morale. Lo stato di coazione in cui versa il debitore naturale, d'altra parte, non elide di certo il requisito della spontaneità ogni qualvolta costui si induca

110 G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, op. cit., pag. 232-233, il quale esclude che posso concorrere a fondare un'obbligazione naturale il generico precetto dell'amore del prossimo o quello di soccorrere chi versi in stato di indigenza o di esser benigni verso gli amici; in precedenza, già V. POLACCO, *Le obbligazioni in diritto civile italiano*, op. cit., p. 64, aveva reputato che l'obbligazione naturale presupponesse un rapporto preconstituito tra due persone; in Francia, vedi SAVATIER, *Cours de droit civil*, op. cit., pag. 212;

ad adempiere, in quanto, attraverso la previsione di siffatto requisito, si intende evitare unicamente che l'adempimento possa venire a seguito delle pressioni esercitate dal creditore naturale o da terzi.

Solo dopo aver verificato, alla stregua del criterio evidenziato, l'esistenza di un dovere morale ai sensi dell'articolo 2034 c.c., occorre valutare l'adeguatezza del *praestatum* rispetto al contenuto del dovere: data l'esistenza di un dovere morale capace di giustificare in sé la *soluti retentio*, qualora si accettasse una sproporzione, potrebbe porsi il problema di qualificazione dell'eccedenza in termini di liberalità¹¹¹.

A questo riguardo, si è in verità sostenuto che, nei casi in cui l'attribuzione patrimoniale risulti sproporzionata, la prevalenza della causa liberale rispetto a quella

¹¹¹ U. MORI-CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, op. cit., pag. 27: "L'eccedenza del prestato rispetto dovuto cade quindi del tutto fuori dell'ambito dell'articolo 2034 c.c. e sarà da considerarsi eventualmente liberalità, se vi fu un *animus donandi*, e altrimenti un *indebitum ex re*, normalmente ripetibile, se fu fatta dall'autore nell'erroneo convincimento subiettivo di essere moralmente tenuto oltre la misura che la norma morale nella sua obiettività imponeva "

rappresentata dall'adempimento dell'obbligazione naturale determinerebbe un mutamento di qualificazione della fattispecie attributiva¹¹².

Può al riguardo osservarsi che le profonde differenti motivazioni che in certe situazioni animano il disponente non sono tra loro in antitesi, ma possono coesistere.

Ciò è particolarmente vero nel caso di chi esegua una prestazione di ammontare maggiore rispetto a quello giustificato dalla complessiva situazione in cui il dovere morale si colloca perché mosso *anche* da spirito di liberalità; sicché, in presenza di una pluralità di "cause" sembra preferibile sostenere l'assoggettabilità dell'attribuzione, per la parte proporzionale, alla disciplina della liberalità.

Appare, infatti, incongruo richiamare in questa sede l'applicabilità di una sorta di teoria dell'assorbimento che,

¹¹² Da ultimo, L. GATT, *La liberalità*, op. cit., pag. 384 ss, ove si aggiunge che "La liberalità è dunque soggetta ripetizione, in quanto l'atto da cui deriva, essendo giuridicamente una donazione, è nulla per mancanza di forma "

analogamente a quanto accade nei contratti con causa mista, riconduca la fattispecie nell'ambito della disciplina prevista per il negozio con causa prevalente. Causa prevalente che, in questo caso, risulterebbe peraltro determinata preventivamente ed astrattamente, accordando la prevalenza sempre e comunque alla causa *donandi*.

Trattasi, del resto, di una prospettiva rifiutata dalla stessa giurisprudenza che si rifà al criterio della prevalenza, in relazione al quale si pone in evidenza la necessità di stabilire in concreto la causa effettivamente prevalente.

-Obbligazione naturale e liberalità d'uso

Minori problemi pone la distinzione tra obbligazione naturale e di liberalità d'uso: ciò non perché il legislatore abbia disegnato nitidamente i confini della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 770 c.c., bensì per il fatto

che, se anche l'interprete cadesse in confusione, ciò non darebbe luogo a conseguenze particolarmente significative.

Le liberalità d'uso, infatti, non sono assoggettate né agli oneri di forma previsti per la donazione, né alla revocazione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli (art. 809 c.c.), come neanche alla riduzione per reintegrare la quota spettante ai legittimari (art. 809 c.c.), all'obbligo di collazione (art. 742, terzo comma, c.c.) e alla impugnazione *ex se* del legittimario (art. 564, c.c.); inoltre, se proporzionate al patrimonio del donante (*rectius*: disponente), al pari degli atti compiuti in adempimento di un dovere morale, non sono assoggettabili alla sanzione di inefficacia di cui all'art. 64 l. fall..

Con riguardo agli aspetti significativi della disciplina può, dunque, affermarsi che le liberalità d'uso si avvicinano notevolmente alle obbligazioni naturali e,

conseguentemente, si distaccano dalle liberalità donative. In effetti, gli aspetti maggiormente problematici in ordine all'identificazione della fattispecie in esame, si pongono con riferimento alla donazione, segnatamente quella remuneratoria. Ancora una volta la cartina di tornasole è rappresentata dalla figura della convivenza *more uxorio* e, più in generale, dei rapporti caratterizzati da un substrato a forte connotazione affettiva. Le incertezze che si registrano sul punto sono assai indicative e costituiscono una testimonianza dei condizionamenti cui l'interprete soggiace ogni qualvolta sia la stessa situazione da cui il dovere (ovvero l'uso) promana ad andare incontro ad una valutazione in termini di meritevolezza di tutela.

Circa la distinzione tra liberalità d'uso e adempimento di obbligazione naturale, già prima vista emerge l'aporia esistente tra liberalità- che in questo caso, tuttavia, non è donazione- e la doverosità, sia pure

soltanto morale o sociale, che è alla base della figura di cui all'art. 2034 cc. Dunque, se può certamente condividersi l'opinione secondo cui la liberalità d'uso ha un presupposto che non si riscontra nell'obbligazione naturale- in quanto nel primo caso vi è l'uniformarsi di un soggetto ad una pratica costantemente seguita che non incide, tuttavia, sulla sfera della morale¹¹³- resta nondimeno il problema di stabilire come si possa in concreto distinguere tra l'uso e il dovere morale e sociale, atteso che il confine tra le due figure può in alcuni casi presentarsi sfumato.

Al criterio della presenza o dell'assenza dell'obbligo- sia pure non giuridico -si è così tentato di aggiungere quello della proporzionalità ed adeguatezza tra il dovere e la prestazione eseguita al fine di adempierlo; dovrebbe

¹¹³ A. TORRENTE, *La donazione*, op. cit. pagina 101; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit. pag. 268; ANT. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, op. cit., pag. 33, ove si afferma che nella liberalità d'uso "non si rinviene alcuna imperiosa esigenza dell'ordine morale o sociale".

in tal modo configurarsi una liberalità d'uso ogni qualvolta manchi, oltre ad un obbligo, un'esigenza di corrispettività tra attribuzione e servizi resi. Sennonché detto requisito, pur presentando una certa utilità, ai fini della distinzione tra obbligazione naturale e donazione pura, perde di consistenza con riguardo soprattutto alla liberalità d'uso, caratterizzata anch'essa dall'esistenza di un parametro preventivo ed oggettivo di determinazione della prestazione¹¹⁴. Queste osservazioni mettono in evidenza un dato non trascurabile: l'erroneità sul piano metodologico e, conseguentemente, la difficoltà sul piano pratico-applicativo, insita nel procedimento volto a desumere la giustificazione dell'attribuzione dall'ammontare della medesima.

- Obbligazione naturale e gentlemen's agreements.

La regola morale, intesa in senso ampio, assume una significativa valenza anche con riguardo ai cosiddetti

114 L. NIVARRA, voce, *Obbligazione naturale*, cit. pagina 374 nota 49.

accordi d'onore o *gentlemen's agreements*. Alla base di siffatti accordi vi è il rifiuto della regola giuridica a causa della diffidenza maturata nel corso del tempo nei confronti delle *technicalities of the law*¹¹⁵ soprattutto nel mondo degli affari¹¹⁶, in relazione al quale non si dubita dell'esistenza di un vero e proprio codice di comportamento fondato sull'onore, è spesso ricorrente la convinzione che il discredito derivante dal mancato rispetto della parola data possa, meglio di ogni sanzione giuridica, costituire un deterrente efficace all'inadempimento. In certi ambienti sociali esiste, infatti, una particolare sensibilità nei confronti delle regole dell'onore che spinge gli appartenenti a determinate categorie o a cerchie ristrette di soggetti ad attribuire all'accordo un'efficacia morale non inferiore a quella

¹¹⁵ R. MARTINI, voce, *Gentlemen's agreements*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 643; CAMPANA, *il dubbio e fiducia nel diritto degli affari*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 295 ss.

¹¹⁶ L'espressione *gentlmnen's agreements* è stata acquisita in campo giuridico dal mondo di affari: D'AMELIO, voce *Gentlmen's Agreements*, in *Nuovo. Dig. it.*, VI, Torino, 1938, p. 226; G.CANSACCHI, voce *Gentlmne's Agreements*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 796;

giuridica. Al punto che l'impegno d'onore, in determinati rapporti d'affari, può divenire una questione di convenienza: l'impulso rispetto dell'accordo, in altri termini, scaturisce dall'interesse-e dunque dalla convenienza-a non rimanere isolati da certi contesti economici piuttosto che dall'esigenza di rispettare regole morali¹¹⁷.

Le parti, attraverso l'esclusione della sanzione giuridica, a sua volta derivante dalla manifesta volontà di vincolarsi unicamente sul piano dell'onore, mirano collocare l'accordo-che in circostanze normali sarebbe un contratto- sul versante posto della *non contract*; è ciò nella convinzione che l'accordo raggiunto sarà rispettato per la forza intrinsecamente posseduta nel particolare ambiente in cui si colloca e, dunque, indipendentemente da ogni rilievo giuridico.

¹¹⁷ E. MAZZONI, voce *Lettere di patronage*, in *Dig.. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, p. 568.

Il ricorso siffatta tipologia di accordi è sempre più frequente¹¹⁸ ed è da ascrivere, secondo un'opinione, al fatto che lo strumento contrattuale è al giorno d'oggi pervaso da un delicato è curioso paradosso: mentre si è arricchito dal punto di vista tecnico, si è contro impoverito sul piano dei rapporti umani al punto che la sicurezza delle reazioni contrattuali riposte in serio pericolo¹¹⁹.

Gli accordi d'onore, d'altra parte, evocano il più ampio e delicato problema dell'individuazione della fonte di effetti giuridici e, conseguentemente, dello spazio concesso con riguardo ad essi all'autonomia privata, inducendo ad interrogarsi se l'ordinamento, alla luce di principi che governano la materia, possa assecondare l'intento delle parti volto ad escludere la giuridicità del

¹¹⁸ Gli accordi in questione coprono "un importante ed esteso territorio che va dai rapporti interstatuali, a quelli tra privati, in una molteplicità di risvolti, tra i quali le *business transaction*, le *industrial relations*, i *cohabitation contracts* e così via": S. SICA, *Gentlemen's agreements ed intento giuridico*, Napoli, 1995, pp. 24-25;

¹¹⁹ S. DARMAISIN, *Le contract moral*, 1998 (Thèse publiée, LGDJ, 1999);

vincolo; di modo che nell'indagine diviene prioritario stabilire se e quale rilievo possa assumere il cosiddetto intento giuridico negativo e, più in generale, quelli sia il potere riconosciuto, rispettivamente ai singoli e all'ordinamento in ordine alla disciplina del negozio. Questione questa, che si presenta intimamente legata a quella, tanto dibattuta in *common law* della rilevanza *dell'intention to create legal relationship*¹²⁰.

Orbene, un orientamento ritiene che la problematica degli accordi d'onore sia da collocare l'interno della cosiddetta *abstention law*; in questa prospettiva, è lo stesso sistema che consente l'emersione di regole prive di rilievo giuridico purché non contrastanti con norme statali espressione di principi fondamentali. Ciò comporta, sul versante opposto, la legittimazione dell'ordinamento ad attribuire, avuto riguardo alla posizione dei contraenti ed

¹²⁰ G. ALPA, voce *Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, IV Torino, 1989, p. 165 ss.; S. MOCCIA, voce *Contract*, in *Enc. giur. VIII*, Roma, 1988, p. 24, ove si pone in luce l'irrilevanza *dell'animus contrahendi* nel diritto statunitense.

alla necessità di proteggere situazioni squilibrate, rilevanza giuridica anche all'accordo esplicitamente qualificato come *gentlemen's agreements*. Nelle situazioni descritte, la volontà delle parti di collocare l'accordo in una sfera diversa da quell'occupato dal diritto statale deve pertanto cedere a quest'ultimo, con la conseguenza che ben potrebbe un giudice attribuire efficacia obbligatoria ad un accordo regolato, in virtù di un'esplicita volontà in tal senso, nella sfera dell'onore.

Si tratta impostazione del nota, ancorché non integralmente, la tendenza-prevalente nell'aria continentale- ad escludere che la volontà delle parti possa giocare un ruolo di qualche rilievo nella produzione dell'effetto giuridico. Può, infatti, precedersi alla qualificazione formale di un dato comportamento solo in virtù dell'astratta previsione normativa. Pertanto, in presenza dei presupposti designati dalla fattispecie

normativa sarebbe sempre possibile, indipendentemente dall'esistenza di ogni intento delle parti, l'attribuzione di effetti giuridici da parte dell'ordinamento ad un dato comportamento.

In tutt'altro versante si colloca l'opinione che, pur ritenendo di competenza dell'ordinamento l'attribuzione di effetti giuridici ad una determinata fattispecie, ritiene rilevante il cosiddetto intento giuridico negativo. Al riguardo, si osserva preliminarmente che il regolamento di interessi diviso dai contraenti assumere valore percettivo in virtù di una valutazione dell'ordinamento del tutto indipendente dell'accertamento dell'intento giuridico positivo che possa eventualmente animare i contraenti. L'effetto giuridico, in altri termini, trova la propria fonte in un determinato assetto negoziale senza che al riguardo rivesta alcun significato l'intento precipuo delle parti diretto produrre quel determinato effetto. Tuttavia le parti,

attraverso la manifestazione di un'apposita volontà, possono escludere la rilevanza giuridica dell'accordo; si ammette pertanto che l'intento giuridico negativo, a differenza di quello positivo, sia giuridicamente rilevante e possa, conseguentemente, collocare l'accordo al di fuori della sua qualità. Le parti sono libere, nell'ottica delineata, di sottrarre l'intesa qualsiasi pretesa di ingerenza da parte dell'ordinamento giuridico. In questa direzione, nell'ambito di una più generale trattazione dei rapporti non vincolanti, si è avuto modo di sottolineare che il complesso fenomeno delle relazioni la cui matrice è costituita dalla convenienza, dal decoro, dall'amicizia, dalla benevolenza, dall'onore, dalla correttezza, si presta ad una lettura unitaria soltanto nella misura in cui si abbia riguardo al modo stesso in cui le parti pongono in essere un mondo o una promessa, attribuendo determinato significato, socialmente comprensibile, a loro

comportamento. È lo stesso concetto autonomia negoziale, da intendersi anche come liberalità di non avvalersi del mezzo negoziale, che deporrebbe per l'ammissibilità nel diritto privato di accordi non giuridici volti a regolare interessi patrimoniali. Il *gentlemen's agreements*, secondo l'impostazione in esame, rappresenta un'ipotesi pragmatica in quanto caratterizzata, differenza degli altri rapporti natura sociale (di cortesia o familiare), dal cosiddetto intento giuridico negativo puro.. L'intento in questione, in altri termini, viene in considerazione del solfato dell'esistenza di un rifiuto del vincolo giuridico e, dunque indipendentemente dal contesto sociale di riferimento. Di fronte alla constatata possibilità di attribuire un significativo ambito di rilevanza gli accordi di onore occorre verificare, attesa la sostanziale omogeneità del terreno d'emersione, quale siano i rapporti con le obbligazioni naturali. Uno studio su rapporti tra l'onore e

il diritto ha recentemente fondato la distinzione essenzialmente sul dato strutturale, nel senso che l'obbligazione d'onore può consistere in un'obbligazione naturale, quindi unilaterale, pure in un *engagement d'honneur*, in quanto tale bilaterale. Secondo dalle tesi, non essendole l'elemento della sanzione, perlomeno giuridica, con essenziale il concetto di obbligazione, l'obbligazione d'onore è un'obbligazione giuridica; conseguentemente, proverà giuridicità dell'obbligazione d'onore-sia essa unilaterale o in relazione sinallagmatica con altra- consente un controllo di leicità sulla stessa¹²¹

In effetti, tratto comune alle obbligazioni naturali ed agli accordi d'onore è la necessità che la loro esecuzione non si ponga in contrasto con una norma giuridica, e questo per l'esigenza che non si determini una prevalenza della morale rispetto agli interessi tutelati dall'ordinamento. Pur tuttavia, la circostanza che tanto la fattispecie

¹²¹B. BEIGNIER, *L'Honneur et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 534;

dell'obbligazione naturale quanto quella dell'accordo d'onore siano sottoposti ad un controllo di liceità non deriva dalla natura giuridica delle fattispecie in esame, bensì dalla necessità di governare il conflitto che può presentarsi tra morale e diritto ogni qualvolta si è invocata protezione giuridica. Proprio perché i rapporti tra morale e diritto possono talvolta delinearli su di un piano di totale contrapposizione, vi è l'esigenza che la controversia portata alla cognizione del giudice sia decisa assumendo come punto di riferimento imprescindibile l'interesse sotteso alla regola giuridica.

Le fattispecie in esame, nonostante l'indubbia omogeneità del terreno d'emersione, sottintendono in realtà esigenze diverse ed evocano un differente significato dell'agire privato. A fronte di un'obbligazione naturale l'ordinamento si astiene dall'intervenire, lasciando libero il debitore-tale in base al solo vincolo morale-di

adempiere; siffatta libertà, peraltro, non ha alcun rilievo sul piano giuridico se non nelle ipotesi in cui si controverta in seguito all'avvenuto adempimento. Tutto all'opposto, negli accordi d'onore l'ordinamento asseconda l'autonomia privata nella misura in cui essa è volta ad escludere che l'instauranda relazione soggiace alle regole giuridiche. In questa direzione, il massimo grado di contrapposizione si ha allorché il debitore naturale assuma contrattualmente, in esecuzione del dovere morale e sociale, un'obbligazione civile, il cui adempimento comporti l'estinzione del predetto dovere.

In tal caso, l'autonomia dei privati è volta alla realizzazione di un preciso interesse: la configurazione in termini giuridici di un rapporto che, in mancanza, rimarrebbe relegato sul piano extra giuridico; laddove nel caso degli accordi d'onore, secondo quanto già

osservato, l'autonomia privata persegue un obiettivo totalmente opposto.

È del resto evidente che obbligazione naturale e accordo d'onore possono altresì intersecarsi, così come accade allorquando il debitore naturale assuma l'impegno unicamente sul piano dell'onore di adempiere dovere morale. In questi casi, l'accordo realtà non mira ad escludere la norma giuridica di un rapporto, ma a rafforzare sul piano morale un impegno rilevante unicamente in quella dimensione. L'accordo d'onore può inoltre costituire la fonte di un'obbligazione naturale: il fondare l'impegnatività dell'accordo sull'onore non v'è dubbio che determini, per comune concezione sociale, un dovere morale di tener fede alla parola data. Sussistono, d'altra parte, tutti presupposti necessari per la configurabilità di un dovere morale ai sensi dell'art. 2034 c.c.: in vero, oltre alla forza morale cogente comunemente

attribuite alla legge dell'onore, in virtù dell'accordo viene crearsi quella relazione tra soggetti determinanti che vale a connotare in termini di particolare intensità il dovere. Sostenere la nascita di un dovere morale ex art. 2034 c.c. a seguito di un accordo d'onore comporta, notevoli conseguenze sul piano pratico. Allorquando l'impegno d'onore abbia per oggetto prestazioni che potrebbero rientrare nell'ambito di una pattuizione contrattuale, è evidente che la loro esecuzione potrà essere giustificata casualmente proprio alla luce dell'art. 2034 c.c.. In altre parole ciò che si vuole dire è che l'esecuzione della prestazione suscettibile di valutazione economica ai sensi dell'art. 1174 c.c. richiede pur sempre una giustificazione causale alla stregua dell'ordinamento giuridico. Orbene, se detta esecuzione- sempre sotto il profilo causale- rinvenisse il proprio fondamento unicamente nell'accordo d'onore potrebbe avanzarsi il dubbio che detto accordo,

in quanto estraneo alla sfera del diritto, non sia idoneo a giustificare dal punto di vista giuridico l'avvenuto adempimento. L'ordinamento, infatti, in quanto privato per volontà della parte dell'idoneità alla produzione dell'effetto giuridico, non potrebbe poi intervenire per attribuire efficace giuridica ad uno spostamento patrimoniale prodottosi come conseguenza di un patto privo di rilevanza giuridica. Valutando invece l'esecuzione della prestazione come adempimento del dovere morale di rispettare l'impegno d'onore, esso troverà la propria giustificazione nel principio di cui all'art. 2034 c.c..

6. Singole fattispecie: gioco e scommessa, adempimento del debito prescritto, esecuzione del contratto nullo.

*“Casi di obbligazioni naturale sono tanti quanti il giudice crederà di trovare nei limiti e due criteri cui posti. Il giudice, si noti: nessuna forma può essere così precisa da eliminare il ricorso all'apprezzamento del giudice. Di ciò si è fatto un'obiezione ma non insuperabile: il giudice attraverso alla propria coscienza porterà un'eco dell'ambiente in cui vive. È anche questa un'altra valvola attraverso alla quale penetra l'ossigeno nel codice, adattandolo alla vita e all'ambiente”*¹²² Con questa avvertenza ci si accinge ad analizzare le ipotesi di obbligazioni naturale maggiormente significative ovvero dubbie, ponendo l'accento ancora una volta sul fatto che, in questo delicato settore, compito primario dell'interprete è consentire un adeguamento del sistema al mutevole

¹²² L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., II, pag. 406;.

sentire sociale. L'ordinamento, infatti, tramite la formulazione aperta dell'articolo 2034 cc, si alimenta in modo continuativo delle istanze e dei convincimenti radicati nella collettività: tale situazione fa sì che all'interprete- primariamente il giudice-si richieda una sensibilità ed una capacità tutta particolare, la quale, scevra da condizionamenti personali, sappia porsi come momento di ascolto di ciò che accade all'esterno.

a) Il giuoco e la scommessa.

Giuoco scommessa sono tradizionalmente annoverati tra i contratti aleatori, in cui c'è dietro incertezza sulla esistenza sull'ammontare fisico ovvero sullo stesso soggetto tenuto ad eseguire la prestazione ho, ancora, in cui il giudizio di valore-che è alla base di ogni contratto- è stato espresso in modo incompleto dalle parti. In origine il termine alea è stato impegnato come per indicare il giuoco è, più precisamente, quello dei dadi

valendo dunque rappresentare l'incertezza insita nel gioco stesso. In virtù dell'articolo 1933 cc al vincitore, quantunque si tratti di gioco scommessa non proibiti, non compete azioni per il pagamento; tuttavia il perdente, che abbia pagato spontaneamente, non è legittimato all'azione di ripetizione se non nei casi in cui versasse in stato di incapacità al momento dell'adempimento o vi sia stata frode nel gioco. Questa disciplina, che almeno apparentemente richiama quella dell'obbligazione naturale, non si applica con riguardo ai giochi che addestrano al maneggio delle armi, alle corse di ogni specie e ad ogni altra competizione sportiva (1934 c.c.) nonché alle lotterie legalmente autorizzate (1935 c.c.). La normativa codicistica richiamata, peraltro, non esaurisce la regolamentazione riservata al gioco della scommessa, o correndo altresì considerare disciplina penalistica (artt. 718-723 c.p.) è l'abbondante legislazione di settore. In

conformità a tale complessivo quadro normativo la dottrina ha elaborato una tripartizione tra giochi non proibiti pienamente tutelati, giochi non proibiti ma tutelati soltanto in caso di adempimento spontaneo e giochi proibiti dalla legge penale. Questa tripartizione per esprimere la profonda incertezza circa l'atteggiamento da tenere nei confronti di un fenomeno che affonda le proprie radici nell'intima natura umana. In particolare, la legislazione civilistica sembra oscillare tra l'adozione di una regola generale, fondata sul tradizionale giudizio di disvalore verso il gioco, e la previsione di una serie di eccezioni che nel tempo avrebbero acquisito sempre maggiore importanza, al punto da far ritenere che l'articolo 1933 c.c. solo in apparenza fissi il principio generale cui è improntata tutta la disciplina legislativa delle convenzioni aventi causa di gioco.

La configurazione del debito di gioco (non proibito, ma tutelato solo indirettamente mediante la *soluti retentio* come dovere morale e sociale è risalente nell'elaborazione dottrinale e sembra trovare conferma nella formulazione dell'articolo 1933 c.c. la quale si pone in sintonia con l'art. 2034 c.c.

Ai fini dell'operatività del meccanismo dell'obbligazione naturale non è sufficiente che il pagamento sia spontaneo e provenga da un soggetto capace, occorrendo altresì che esso avvenga dopo l'esito di un gioco o di una scommessa in cui non vi sia stata frode. Il gioco, innanzitutto, deve essersi svolto onestamente, sicché la *soluti retentio* non può essere invocato ogniqualvolta si stata posta in essere una qualche *machinatio* o vi sia stata un'irregolarità riconducibile al comportamento di una delle parti. Al requisito della mancanza di frode è stato attribuito

grande rilievo perché, mediante l'implicito richiamo alle norme di un ordinamento non statale, il legislatore avrebbe ammesso la rilevanza dell'ordinamento dei giochi, sia pure limitato, al fine di accertare la regolarità del gioco e l'assenza di frode. Il fondamento della regola dell'onestà ha riposto sull'ovvia considerazione che la frode determina il venir meno di un elemento essenziale del contratto quale è il rischio.

È opinione comune che vi sia frode non solo quando qualche giocatore ha barato, ma anche nell'ipotesi in cui vi sia stato inganno in merito alla propria capacità e abilità di giocatore, ovvero si stato taciuto che l'evento dedotto in scommessa o altre circostanze rilevanti si erano già verificate. È invece discusso se alle medesime conclusioni debba pervenirsi qualora il gioco sia avvenuto con strumenti imperfetti o, in ogni modo, in condizioni di anormalità. All'opinione

secondo cui tale caso deve essere equiparato al gioco fraudolento, si contrappone quella della ripetibilità della prestazione non in virtù dell'articolo 1933 c.c., bensì come conseguenza del verificarsi di una alterazione del rischio, ancorché indipendente dal dolo o dalla colpa di giocatori. Affinché il perdente possa richiedere la restituzione di quanto pagato, occorre che momento dell'adempimento lo stesso non fosse conoscenza della frode con cui è stato condotto il gioco. Diversamente l'adempimento spontaneo e consapevole varrebbe ad escludere ogni rilevanza delle circostanze in cui è maturato il "debito naturale" e, sotto altro aspetto, integrerebbe gli estremi di una convalida del contratto. L'assoluzione, tuttavia, suscita non poche perplessità se solo si considera che l'effetto della *soluti retentio* consegue all'adempimento di un dovere morale, il quale, alla luce di quanto già osservato, esiste indipendentemente dalla valutazione che spinge il debitore

naturale pagare e, più in generale, dai principi della morale individuale. Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che l'irripetibilità non possa derivare dal semplice fatto che il perdente, pur consapevole della frode con cui il gioco è stato condotto, abbia pagato. Occorrerebbe piuttosto che, nonostante l'esistenza della frode, potesse configurarsi dovere morale; sul che, per quel che concerne il gioco condotto con frode, è lecito avanzare dubbi.

Il vizio in cui si incorre consisterebbe nell'equiparare il pagamento di cui all'articolo 1933 c.c. ad un qualsiasi adempimento di un contratto annullabile, senza tener conto che esso, in quanto adempimento di un'obbligazione naturale, non può produrre altre fette di fuori della *soluti retentio*. Ne consegue che appare incongruo affermare che il pagamento spontaneo consapevole di luogo dell'ipotesi di convalida tacita del

gioco realizzato fraudolentemente. Ai fini dell'operatività della *soluti retentio* l'art. 1933, secondo comma c.c., con una previsione che non trova riscontro il codice previgente- ne tantomeno nelle *code civil* o nel BGB- ha stabilito che il pagamento può avvenire soltanto l'esito del gioco. L'esplicita prese di posizione in tal senso è fatto sciogliere ogni dubbi su una questione fortemente dibattuto sotto la vigenza del codice del 1865 e concerne la possibilità di riconoscer rilevanza giuridica di una pratica largamente invalsa nel settore dei giochi: il deposito preventivo della posta sul tavolo del gioco ovvero la consegna d'un terzo allo stesso avversario. Trattasi, invero, di forme di pagamento anticipato condizionato all'esito del gioco che, già prima vista, sembrano porsi in contraddizione con l'essenza stessa dell'obbligazione naturale, di per sé caratterizzata da una successione logico-temporale inemendabile: la nascita del

dovere morale e il successivo adempimento. La spontaneità, requisito fondamentale finché possa operare lo specifico meccanismo predisposto dal legislatore, implica necessariamente la preesistenza del dovere morale. Il legislatore vuole che sia lo stato psicologico del perdente- e non quello di chi, sia pure consapevole del rischio di essere sconfitto, confida nella possibilità di vincere- a presiedere alla scelta se pagare oppure non pagare.

b. L'adempimento del debito prescritto.

Il codice civile del 1942, con disposizione innovativa, stabilisce all'art. 2940 c.c. l'irripetibilità di quanto spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto. La norma, che evidenzia una matrice comune con quella contenuta nell'art. 2937 c.c. in tema di

rinuncia alla prescrizione¹²³, sin dalla sua introduzione ha generato un acceso dibattito in merito alla possibilità di ravvisare un'ipotesi di obbligazione naturale.

ebbene, è indubbio che la *littera legis* riecheggi il meccanismo dell'obbligazione naturale laddove preclude la ripetizione dell'adempimento spontaneo e che, sul piano della *ratio legis*, non è privo di fondamento affermare che il debito, decorso il termine prescrizione, determini la nascita di un dovere morale sociale, come tale avvertito dalla coscienza sociale¹²⁴.

In una prospettiva opposta, i punti di contatto esistenti tra la fattispecie in esame e la figura dell'obbligazione naturale si dissolvono in virtù del

¹²³ P.VITUCCI, *La prescrizione*, in *Il codice civile*, comm. Diretto da P. SCHLESINGER, I, sub art. 2940, Milano, 1990, p. 239 ss, ove comunque si pongono in luce le differenze: "dal punto di vista della struttura, la rinuncia alla prescrizione consiste in una manifestazione di volontà, il pagamento spontaneo in un comportamento dichiarativo. L'una diversa dall'altra nella disciplina positiva. Ne sono coincidenti campi di applicazione". Non pochi Autori hanno ritenuto che l'adempimento del debito prescritto configuri di ipotesi di rinuncia tacita alla prescrizione: cfr. GAET. AZZARITI-SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di V. SCIALOJA E BRANCA, sub art. 2940, rist. II ed., Bologna- Roma, 1972, p. 245;

¹²⁴ La tesi dell'obbligazione naturale è sostenuta da A. BUTERA, *Il codice italiano commentato secondo l'ordine degli articoli*, sub art. 2940, Torino, 1942, pag. 520.

meccanismo operativo della prescrizione, la quale, non produce effetti in via automatica, ma presuppone che il debitore la faccia valere in via d'eccezione; nulla esclude, dunque, in difetto d'eccezione, che quest'ultimo possa essere condannato all'adempimento.

A differenza di quel che accade nell'obbligazione naturale, il creditore di un debito prescritto può pertanto utilmente esercitare il proprio diritto ed ottenere l'accoglimento della relativa domanda qualora il debitore non sollevi l'eccezione.

Da tale possibilità buona parte della dottrina ha tratto il convincimento che l'adempimento del debito prescritto rappresenti in realtà esecuzione di una valida obbligazione civile. La regola secondo cui i doveri contemplati dall'articolo del 2034 cc non producono effetti al di fuori della *soluti retentio*, è, per quel che concerne l'ipotesi in esame, apertamente contraddetta dal

fatto che il diritto prescritto possa essere opposto in via di eccezione. Si tratta, invero, di norma dalla quale emerge un effetto diverso ed ulteriore rispetto all'irripetibilità, come tale difficilmente giustificabile alla luce dell'inquadramento dell'adempimento del debito prescritto nell'alveo dell'obbligazione naturale.

La questione non è priva di conseguenze sul piano della disciplina applicabile, poiché qualora si ritenga che a seguito del compiersi del termine prescrizionale residui comunque l'obbligazione originaria, potrebbero assumere rilevanza tutte quelle vicende che, al di là dell'adempimento, sono idonee a caratterizzare l'obbligazione civile (la novazione, riconoscimento del debito, e così via).

Viceversa, sostenendo che il decorso del termine valga di per sé ad estinguere il diritto di credito (così come ogni altro diritto di cui sia possibile la prescrizione),

non vi è dubbio che verrebbe a configurarsi un dovere morale e sociale suscettibile di essere adempiuto spontaneamente ovvero di rivivere come obbligazione civile in virtù di due specifici comportamenti alternativamente posti in essere dal "debitore naturale": la rinuncia alla prescrizione ex art. 2937 c.c., ovvero la mancata proposizione della relativa eccezione in un giudizio promosso dell'adempimento del debito prescritto.

È vero che le due ultime norme richiamate sembrano, almeno a prima vista, mettere in crisi il sistema dell'obbligazione naturale basato, in virtù della previsione di cui al secondo comma dell'art. 2034 c.c., sui doveri morali e sociali che non producono effetti se non la *soluti retentio*. Occorre pur tuttavia considerare che la parte finale della previsione da ultimo citata (non producono effetti) non può di certo valere ad escludere che lo stesso legislatore consideri in particolare

circostanze doveri morali e sociali idonei a produrre altri effetti, di modo che detta previsione potrebbe considerarsi integrata dall'inciso finale "*se non nei casi previsti dalla legge*". Ancora, dall'opzione prescelta circa la riconducibilità o meno alla figura dell'obbligazione naturale, scaturiscono conseguenze diverse per il caso di adempimento da parte di soggetto incapace: negare la configurabilità dell'obbligazione naturale equivale a precludere la ripetibilità, dovendo trovare applicazione l'articolo 1191 c.c.

La mancanza di uno specifico riferimento al requisito della capacità, invero, renderebbe senz'altro applicabile la norma generale in tema di incapacità del debitore.

Infine deve rilevarsi che, configurando il pagamento del debito prescritto adempimento di un'obbligazione civile implicante una rinuncia alla prescrizione, occorrerebbe

riconoscere al creditore anche il diritto alla corresponsione degli interessi ed alla rivalutazione monetaria.

Una presa di posizione sulla spinosa questione richiederebbe un'analisi approfondite meccanismo operativo della prescrizione, che nonostante esorbiti dall'oggetto del presente lavoro, rende necessarie alcune considerazioni.

La doverosità, dal punto di vista morale e sociale, insita nel debito prescritto è fuor di dubbio ed è talmente intensa che giustifica il particolare trattamento previsto. In via incidentale può rilevarsi che sancire l'irripetibilità di quanto spontaneamente prestato in adempimento di un debito prescritto rappresenti un indizio di non trascurabile rilievo per ritenere che, nonostante la non rilevabilità d'ufficio, la decorrenza del termine prescrizionale determini l'estinzione del diritto. La preclusione di cui

all'art. 2940 cc, se intesa come deroga alla normale operatività dell'articolo dell'articolo 2033 c.c. nei casi in cui lo spostamento patrimoniale si avvenuto in una direzione causalmente non giustificata, si palesa incompatibile con l'idea della sopravvivenza dell'originaria obbligazione civile: poco senso avrebbe, infatti, sancire che non può spediti azione ex articolo 2033 c.c. con riguarda all'adempimento di un'obbligazione civile, come tale sorretto da una causa giustificativa.

Appare quindi priva di solido fondamento l'affermazione giusta la quale il pagamento per essere considerato tale e produrre gli effetti che gli sono propri, presuppone l'esistenza attuale di una situazione da estinguere, con la conseguenza che decorso il termine prescrizione avrebbe efficacia semplicemente preclusiva e non già estintiva¹²⁵.

¹²⁵ P. VITUCCI, voce *Prescrizione*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991, pag. 2.

Tale affermazione, in verità, è apertamente contraddetta dalla formulazione dell'articolo 2034 c.c., che esplicitamente prende in considerazione il pagamento con riguardo a situazioni addirittura prive di ogni rilevanza di fronte all'ordinamento giuridico. Tornando all'intensità che il dovere assumere nel caso di prescrizione del debito, essa si riverbera sul piano delle scelte consentite al debitore: egli può sottrarsi alla pretesa esercitata dal creditore eccependo la prescrizione; può, invece, determinare la reviviscenza dell'originaria obbligazione mediante la rinuncia alla prescrizione ovvero omettendo di sollevare l'eccezione; può infine adempiere spontaneamente. In quest'ultimo caso dovrà parlarsi di obbligazione naturale, che è fattispecie perfezionantesi solo al momento dell'adempimento. Sicché, mentre l'adempimento del debito prescritto successivo alla rinuncia alla prescrizione o all'ammissione della relativa

eccezione rappresenta attuazione di obbligazione civile, l'adempimento non preceduto dei fatti indicati, così come quello che si verifica a seguito della proposizione dell'eccezione ed al conseguente giudicato, vale a perfezionare una fattispecie di obbligazione naturale.

In conclusione, il debito prescritto, proprio per le implicazioni che può comportare a livello di coscienza, si presenta al cospetto del nostro ordinamento come figura ibrida: il debitore può decidere ugualmente di adempierlo, ma ciò in considerazione di una molteplicità di situazioni legislativamente previste che valgono a configurare l'adempimento, a seconda dei casi, come esecuzione di un'obbligazione civile ovvero come momento perfezionativo di un'obbligazione naturale.

c. L'esecuzione del contratto nullo per difetto di forma.

La possibilità di qualificare come adempimento di un'obbligazione naturale l'esecuzione di contratti nulli per difetto di forma ha costituito oggetto di vivace dibattito negli anni 40, allorché il r.d.l. 27 settembre 1941, n. 1015, sancì la nullità delle compravendite immobiliari che, sebbene stipulate per iscritto, non fossero state registrate nei termini di legge. Nonostante alcuni tribunali di merito si fossero pronunciati favorevolmente, la corte di cassazione a più riprese negò la configurabilità dell'obbligazione naturale.

La questione concernente l'esecuzione delle compravendite stipulate per iscritto ma non registrate tempestivamente si è posta per un limitato arco temporale, avendo il decreto legislativo 20 marzo 1945 n. 212, provveduto ad abrogare il suddetto regio decreto, ma non per questo il problema nella sua portata generale

può dirsi definitivamente venuto meno. La soluzione negativa è in ogni modo assolutamente prevalente e trova la propria giustificazione in due ordine di ragioni: in primo luogo, la prestazione in esecuzione di un contratto non potrebbe dirsi eseguita spontaneamente a causa della coazione propria del vincolo negoziale; in secondo luogo, l'adempimento determinerebbe un conflitto tra una norma di ordine pubblico ed un dovere di convenienza sociale, completo da risolversi necessariamente a favore della prima.

Se la prima giustificazione adotta si rivela non del tutto persuasiva, bene potendo accadere che chi esegue la prestazione sia perfettamente a conoscenza dell'improduttività di effetti del negozio e dunque dell'inesistenza dell'impegno giuridicamente vincolante, assolutamente condivisibile si rivela l'argomentazione volta a negare rilievo giuridico ex articolo 2034 c.c.

all'adempimento di un dovere morale sociale che si ponga in contrasto con la norma imperativa.

La configurabilità o meno di obbligazione naturale nel caso in esame è, d'altra parte, problema completamente diverso da quello relativo alla possibilità di adempiere un dovere morale e sociale mediante trasferimento di beni immobili. In quest'ultimo caso c'è senz'altro un dovere morale e sociale che non contrasta con alcuna norma giuridica, sicché l'unica *questio* è se l'adempimento possa consistere nel trasferimento di un bene immobile. Nel caso, invece, in cui il trasferimento sia frutto di un atto negoziale nullo, quand'anche si riuscisse a ravvisare l'esistenza di un dovere morale e sociale, l'adempimento di siffatto dovere, in quanto idoneo a frustare la previsione contenuta in una norma imperativa, non potrebbe ricevere neppure quel limitato

riconoscimento che è dato dalla possibilità di eccepire la
soluti retentio.

CAPITOLO III

L'OBBLIGAZIONE NATURALE IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

SOMMARIO: 1. L'obbligazione naturale nell'ordinamento francese contemporaneo; 2. L'obbligazione naturale nell'ordinamento tedesco contemporaneo; 3. L'obbligazione naturale in *common law*: riconoscimento dell'obbligazione naturale nel XVIII secolo. 3. L'opinione di Lord Mansfield in *Moses v. Mcferlan*: il ruolo della giurisprudenza; 4. Il declino dell'obbligazione naturale nel XIX secolo e la dottrina moderna;

1 L'obbligazione naturale nell'ordinamento francese contemporaneo.

Nell'ordinamento francese, nonostante la perdurante vigenza di una norma estremamente laconica almeno per quel che riguarda il contenuto, ormai da tempo si ritiene che l'obbligazione naturale consista nel riconoscimento giuridico di un dovere morale¹²⁶

¹²⁶ H-L.-J. MAZEUD CHABAS, *Lecons de droit civil*, I, 1, XI ed. a cura di Chabaas, Paris, 1996, p. 488: <<(…) on sanctionne la regole morale. par là il est possible aux tribunaux de contribuer très efficacement à la création du droit. Ils appellent à la viè juridique des devoirs qui auparavant n'étaient considèrès que comme les devoirs moraux; de cette facon, et par le stade intermédiaire de l'obligation naturelle, la morale pènètré progressivamente t profondément le droit.>>.

Può infatti disse definitivamente tramontata la teoria classica che intravedeva nell'obbligazione naturale un vincolo giuridico.

Alcuni studiosi hanno posto di luce un aspetto nuovo del fenomeno, tentando di accreditare un fondamento volontaristico dell'obbligazione naturale. Tale tentativo è reso possibile anche dal tenore dell'art. 1235, comma secondo, del codice civile, il quale prevede l'elemento della volontarietà quale requisito soggettivo dell'adempimento. A differenza di quanto accaduto in Italia, dove il passaggio dal vecchio al nuovo codice ha segnato, sotto questo specifico profilo un profondo cambiamento di prospettiva, oltralpe nessun dubbio sussiste sul fatto che lo stato psicologico del *solvens* debba essere caratterizzato dalla consapevolezza di non essere tenuto per la forza del diritto ma unicamente per quella della propria coscienza.

Corollario di tale impostazione, al quale pervengono sia dottrina che giurisprudenza, è che l'errore sulla giuridicità del vincolo esclude in radice che l'esecuzione della prestazione possa determinare gli effetti tipici dell'adempimento dell'obbligazione naturale. Tale conclusione reca tuttavia con sé non enormi difficoltà concrete nell'indagine dello Stato soggettivo che anima il *solvens*, sicché assai spesso la giurisprudenza desume il motivo che anima il disponente, e dunque la sua consapevolezza circa la non giuridicità del vincolo, dall'esistenza oggettiva del dovere morale. Il che finisce nei fatti con l'avvicinare, sotto il profilo applicativo, la disciplina francese dell'obbligazione naturale alla regola codificata dal codice civile italiano del 1942, il quale ha sostituito il requisito della volontarietà con quella della spontaneità.

In epoca odierna emergono tre punti fermi nella trattazione della tematica: a) colui che esegue volontariamente un'obbligazione naturale non è legittimato ad esperire l'azione di ripetizione dell'indebito; b) il debitore naturale che volontariamente si obblighi ad eseguirla è vincolato dalla promessa; c) l'esecuzione ovvero la promessa di esecuzione non costituisce una donazione¹²⁷.

Sotto il profilo degli effetti si sostiene dunque, senza particolari dissensi, che l'obbligazione naturale, sebbene di natura pacificamente non giuridica, non solo costituisca giusta causa di pagamento, ma che possa anche dar luogo, ed in ciò si ravvisa un elemento di sicura diversità rispetto al dibattito italiano sul punto, ad una valida promessa di adempimento. Tale possibilità non si fonda, almeno secondo l'opinione manifestata nella

¹²⁷ si veda J. CARBONNIER, *Théorie des obligations*, op. cit., p. 51 ss; GHESTIN-GOUBEAUX, *Introductio générale*, op. cit., p. 717

dottrina più recente, sul meccanismo della novazione, bensì sull'idoneità dell'obbligazione naturale ad ergersi a causa di una promessa, la quale a sua volta determina la nascita di un'obbligazione civilmente valida distinta da quella naturale. Anche la giurisprudenza, rigorosa in passato nell'accertamento dell'effettiva volontà di obbligarsi, non accontentandosi del riconoscimento da parte del debitore dell'esistenza di un proprio dovere morale, sebbene in qualche occasione sia giunta ad ammettere una vera e propria novazione dell'obbligazione naturale, in epoca più recente ha sottolineato che solo in termini impropri può parlarsi di novazione, richiedendo quest'ultimo pur sempre una preesistente obbligazione civile e potendo la trasformazione dell'obbligazione naturale in obbligazione civile senza alcun dubbio fondarsi sulla promessa unilaterale di eseguire un dovere morale.

L'orientamento in questione è foriero di implicazioni, soprattutto ove si pensi che la volontà di assumere un'obbligazione civile è stata desunta anche dalla semplice esecuzione della prestazione. Ciò comporta conseguenze di non poco rilievo nel caso di prestazioni continuative o periodiche, quali possono essere, ad esempio, quelle destinate al mantenimento: nella prospettiva tracciata, infatti, sarebbe sufficiente che l'obbligato naturale avesse adempiuto una sola volta soltanto al proprio dovere morale di mantenere un convivente per considerarlo tenuto civilmente anche per il futuro.

Sembra emergere in seno alla giurisprudenza francese la tendenza d'un ampio riconoscimento dell'ambito applicativo dell'obbligazione naturale, ambito che si accresce a dismisura se si tiene conto della riconosciuta possibilità che l'obbligazione naturale si

trasformi in obbligazione civile mediante una promessa, la cui esistenza è desumibile anche dalla stessa esecuzione della prestazione.

Passando all'analisi dei casi maggiormente ricorrenti, si ritiene che siano obbligati naturalmente l'incapace, il donante ovvero gli eredi in caso di donazione o testamento nullo per difetto di forma, l'imprenditore ammesso al concordato, il debitore da gioco o scommessa. Un'obbligazione naturale può inoltre nascere da un contratto nullo ogniqualvolta la sanzione sia comminata per ragioni di ordine fiscale, economico o monetario.

Notevole importanza riveste il regime dell'obbligazione naturale del diritto di famiglia che, per sua natura in continua evoluzione, ha costituito il banco di prova di non pochi ipotesi di obbligazioni naturali poi rese civili per effetto di interventi legislativi (obbligazione

del padre di mantenere il figlio adulterino; obbligazione di provvedere al mantenimento dei nipoti da parte degli ascendenti naturali). Si riconosce un'obbligazione naturale tra parenti non tenuti civilmente alla prestazione di alimenti ovvero tra conviventi *more uxorio*. In quest'ultimo caso, in particolare, l'indennità promessa o versata dal convivente determina l'assunzione dell'obbligazione civile, con la conseguenza che il creditore è legittimato ad agire in giudizio per ottenere il pagamento anche nei confronti degli eredi del debitore.

2. L'obbligazione naturale nell'ordinamento tedesco contemporaneo.

L'adempimento dei doveri morali è disciplinato nel codice civile tedesco da due norme di carattere generale,

§§ 534 e 814 BGB, al di là delle previsioni specifiche in tema di debito prescritto (214 BGB), mediazione matrimoniale (656 BGB) e gioco (762 BGB). In primo luogo viene in considerazione il § 534 BGB, secondo cui le donazioni che effettuate in adempimento di un dovere morale o per riguardo al decoro non sono suscettibili né di restituzione né di revoca; contro di essa non può inoltre essere esperita, ai sensi degli articoli 2325 ss BGB, l'azione di reintegrazione della legittima. In secondo luogo, il § 814 BGB prevede l'irripetibilità, in base alle norme sull'ingiustificato arricchimento, della prestazione eseguita in adempimento di un obbligo morale, qualora l'adempiente fosse consapevole di non essere obbligato ovvero la prestazione fosse rispondente a un dovere morale o al decoro.

Per quel che concerne l'identificazione dei doveri morali, secondo la giurisprudenza, occorre incentrare

l'attenzione sulle circostanze del caso concreto, e ciò anche allo scopo di valutare se il mancato adempimento determini, così come accade allorquando non si provveda al mantenimento dei fratelli in stato di bisogno, un palese contrasto con gli obblighi morali. Diverse sono le ipotesi in cui non il dovere morale bensì il contegno sociale impone l'esecuzione della prestazione (così come avviene per determinate ricorrenze quale il compleanno, il Natale le nozze): in tal caso la giurisprudenza appare propensa ad accertare, sempre caso per caso, se l'omissione del regalo sia idonea a determinare la perdita di stima con riguardo all'ambiente frequentato.

La questione più delicata che il tema propone è comunque legata alla contemporanea presenza di due norme che, da un punto di vista generale, disciplinano gli effetti dell'adempimento di doveri morali. Da un lato, l'articolo 534 BGB, riconducendo l'adempimento del

dovere morale nell'alveo della donazione, sembra postulare la necessità di un accordo sulla gratuità; dall'altro l'art. 814 BGB richiama il meccanismo tipico dell'obbligazione naturale, così prescindendo dalla necessità di un accordo e delineando una fattispecie giuridicamente rilevante per il sol fatto che una prestazione sia stata eseguita in adempimento di un dovere morale.

L'impossibilità di operare un distinguo nell'ambito dei doveri morali, derivante anche dall'identica formulazione delle disposizioni sopra citate, ha indotto a ritenere che, per risolvere l'insanabile contrasto ora evidenziato, occorre procedere all'*interpretatio abrogans* di una di esse. Con la conseguenza che, nell'alternativa tra essenzialità o meno della coscienza della gratuità, risulterebbe sicuramente maggiormente opportuno disapplicare la norma di cui all'art. 534 BGB, quantomeno

nei casi in cui rappresentino adempimento di un dovere morale, non siano in realtà donazioni essendo state “falsamente” qualificate dal legislatore in tal senso¹²⁸.

In tutt'altra direzione si colloca, invece, chi ritiene che l'articolo 814 BGB, nell'escludere le sterilità dell'azione di arricchimento nell'ipotesi in cui il *solvens* fosse a conoscenza di non essere obbligato, preveda un'eccezione all'articolo 812 BGB; per altro verso, il medesimo § 814 BGB costituirebbe un'eccezione all'eccezione nella parte in cui esclude, in presenza di doveri morali e sociali, le predette azione anche nell'ipotesi in cui il *solvens* non fosse a conoscenza dell'inesistenza dell'obbligo.

Ciò posto, l'ambito applicativo che residua all'articolo 534 BGB riguarda i casi in cui il *solvens* abbia

¹²⁸ LARENZ, *In Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 1, Munchen, 1995, p. 199 nota 12;

agito con la consapevolezza che l'adempimento rappresentasse esecuzione di un dovere morale sociale¹²⁹.

Altra dottrina risolve l'antinomia affermando che l'art. 534 BGB disciplina la donazione remuneratoria, mentre le vere e proprie obbligazioni naturali sarebbero regolamentate all'articolo 814 BGB¹³⁰; ciò rappresenterebbe una conferma, sotto il profilo comparatistico, dell'opinione secondo cui i confini tra donazione remuneratoria e obbligazione naturale sono così sfumati d'annullarsi, trattandosi di istituti appartenente alla medesima realtà socio economica¹³¹.

La dottrina italiana più recente, pur condividendo la distinzione delle due fattispecie nel senso da ultimo prospettato, pone in luce come nel diritto tedesco, anche

¹²⁹ PALADANT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62^a ed., München, 2003, sub § 814 e § 534; cfr MEDICUS, *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*, Köln- Berlin- Bonn- München, 2000, p. 224, il quale considera il § 534 norma speciale di applicazione del principio generale di cui al § 814;

¹³⁰ dottrina richiamata da L. GATT, *La liberalità*, I, Torino 2002, pag. 137 nota 148, nonché pag. 116 nota 107; cfr G.B. FERRI, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina*, in Riv. Dir. Comm., 1969, II, pag. 413;

¹³¹ G.B. FERRI, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina*, in Riv. Dir. Comm., 1969, II, p. 411.

alla luce dell'interpretazione teorico-giurisprudenziale, le obbligazioni naturali siano le *Unvollkommene Verbindlichkeiten*, vale a dire obbligazioni inesigibili ma eseguibili.

Un giudizio di compatibilità tra le due norme potrebbero raggiungersi affermando che l'articolo 814 BGB contempla due distinte ipotesi: per un verso, l'adempimento di obbligazioni naturali che, non essendo qualificabile come donazione, non richiede, per la preclusione della *condictio indebiti*, alcun accordo sulla gratuità; per altro verso l'adempimento di doveri morali nell'ipotesi in cui siano *eseguiti*. Invero in quest'ultimo caso, l'esecuzione sarebbe sufficiente a escludere l'azione di ripetizione per il sol fatto della conformità della prestazione al dovere morale o al decoro, a nulla rilevando le circostanze che l'adempiente fosse o non animato da *Schenkungsabsicht* (intenzione di donare),

condivisa altresì dal destinatario della prestazione. In questa prospettiva l'art. 814 BGB costituirebbe una norma di integrazione della disciplina che regola le attribuzioni patrimoniali effettuate in adempimento di un dovere morale.

3. L'obbligazione naturale in *common law*: riconoscimento dell'obbligazione naturale nel XVIII secolo.

Si è affacciata di recente l'idea che il concetto di obbligazione naturale, di chiara matrice romanistica, possa essere insita anche nel diritto di *common law*.

La ricognizione di quanto a tal proposito è stato detto e degli interrogativi che si sono posti costituirà l'oggetto di questa ultima parte del lavoro.

Alla fine del XVIII secolo il diritto inglese ha riconosciuto l'esistenza di un concetto di obbligazione naturale o di obbligazione fondata sull'onore. Questa aveva l'effetto di escludere la ripetizione di quanto pagato per errore, quasi sempre per errore di diritto, e spesso poteva anche fungere da "*consideration*" nel contratto.

Nel corso del XIX secolo emersero due tendenze.

Una prima, in presenza di obblighi morali tendeva ad escludere qualunque rimedio al recupero di somme pagate per errore, un'altra riconosceva la possibilità che la *consideration* avesse soltanto un substrato morale¹³².

Dunque, secondo taluni autori, in Inghilterra alla fine del XVIII secolo il concetto di obbligazione naturale era in uso, anche se non in forza di tale *nomen iuris*.

L'utilizzo delle obbligazioni naturali, o meglio del concetto di "*moral obligatio*", diminuì nel XIX secolo sì che è difficile trovare un dibattito dottrinario in materia.

¹³² D. SHEEHAN, *Natural Obligation in English Law*, 2004, L.M.C.L.Q., p. 172-196;

Ci sono, tuttavia, “*cases*” che possono essere spiegati solo in termini di obbligazione naturale.

L'obiettivo è, dunque, riconoscere che questi obblighi esistono e sono esistiti nel passato, nel diritto inglese.

4. L'opinione di Lord Mansfield *in Moses v. Macferlan*: il ruolo della giurisprudenza.

In Inghilterra la teoria dell'obbligazione è fatta risalire a Lord Mansfield che, sul finire del XVIII secolo, in alcune decisioni affermò l'impossibilità di agire per la restituzione di quanto pagato secondo equità e coscienza.

Il principio della mancata restituzione di quanto pagato in forza di un obbligo morale si rinviene nelle affermazioni espresse da Lord Mansfield nella sentenza

caso “Moses v. Macferlan”¹³³, *leading case* delle moderne *law restitution*.

Si tratta di un caso deciso nel 1760, il quarto dei lunghi trentadue anni in cui Lord Mansfield ricoprì la carica di *Lord Chief Justice* presso la *King's Bench*.

Mr. Moses firmò a suo nome quattro effetti cambiari a garanzia del debito di Jacob nei confronti di Mr. Macferlan. Tra il creditore e Mr. Moses, esisteva, tuttavia, espresso accordo in virtù del quale nessuna azione sarebbe mai stata intentata nei confronti di Mr. Moses, che di fatto non era debitore. Invero, rimanendo la pretesa creditizia di Mr. Macferlan non onorata da parte di Jacob, a causa di fallimento, contravvenendo a quanto pattuito, Mr. Macferlan convenne in giudizio Mr. Mose e vinse.

¹³³ *Moses v. Macferlan*, (1760) 2 Burr. 1005;

Mr. Moses pagò tutto quanto, ma convenne in giudizio innanzi la *King's Bench* Mr. Macferlain, ottenendo la restituzione di quanto indebitamente pagato¹³⁴.

Lord Mansfield, *Lord Chief Justice* presso la *King's Bench*, sostenne che la decisione, che consentiva a Mr. Moses di ottenere quanto indebitamente pagato, risultava “*most liberal one*”, fondandosi su principi di “*equity and justice*”, permettendo all'attore di poter recuperare quanto *ex aequo et bono* avrebbe dovuto avere¹³⁵.

Lord Mansfield fece, inoltre le seguenti osservazioni:
“It does not lie for money paid by the claimant, which is claimed of him as payable in point of honor and honesty, although it could not have been recovered from him by any course of law; as in payment of a debt barred by the “Statute of Limitations, or contracted during his

¹³⁴ P.B.H. BIRKS, *Restitutionary Damages for Breach of Contract: Snapp and the Fusion of law an equity*, (1987), LMCLQ 421, 429-430 argues that this can only be explained as an early case of restitution for breach of contract;

¹³⁵ (1760) 2 Burr. 1005, 1011. In dottrina v. D. SHEEHAN, *Natural obligation in English law*, 2004, LMCLQ, 174.

*infancy, or to the extent of principle and legal interest on an usurious contract, or, for money fairly lost at play; because in all these cases, the defendant may retain it with a safe a conscience, though by positive law barred from recovering*¹³⁶.

Il *dictum*, fu di indubbia rilevanza poiché riconosceva l'importanza delle “*moral obligations*” quale fondamento dell'azione che potremmo definire di ingiustificato arricchimento.

Ebbene, per quanto potrebbe *ictu oculi* apparire invertito il meccanismo di cui all'art. 2034 del c.c., che invece non consente la ripetizione di quanto spontaneamente pagato, tuttavia il fondamento dell'operatività della norma succitata e della decisione di Lord Mansfield è il medesimo.

¹³⁶ (1760) 2 Burr. 1005,1012;

In entrambi i casi vengono in rilievo obblighi morali o “*moral obligation*” che consentono la non applicazione delle norme di diritto.

Nelle obbligazioni naturali, ex art. 2034 c.c., gli obblighi morali e sociali fondano la non ripetibilità, per quanto non sussistente nessuna obbligazione civile di pagamento.

Lord Mansfield, sulla scorta della non esigibilità del credito “*in point of honor and honesty*” statuiva la restituzione all'attore di quanto indebitamente pagato.

P. Birks, insigne studioso delle *law restitutions*, ha affermato che Lord Mansfield nella pronuncia faceva inespreso riferimento alla dottrina di *civil law* delle obbligazioni naturali¹³⁷, non si potrebbe altrimenti giustificare la restrizione di responsabilità operata in casi,

¹³⁷ P. BIRKS, “*English and Roman Learning in Moses v. Macferlan*” (1984) 37 CLP 1, 17; S. MEIR, “Unjust Factors and Legal Grounds” ch 2 of R. Zimmerman and D. Johnson (eds), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (Cambridge, 2001) 37, 56.

come quello summenzionato, in cui l'obbligo di pagare era suscettibile di coazione all'adempimento.

Anche in materia di pagamento di debiti gioco o scommesse, Lord Mansfield limitò, attraverso le sue decisioni, notevolmente la coercibilità di tali obblighi, molto tempo prima dell'intervento statutario realizzato con il *'Gaming Act'* del 1845.

Come P. Birks ha dimostrato, la concezione del diritto propria di Lord Mansfield era molto influenzata dai principi e dagli istituti romanistici.

Inoltre, analizzando le pronunce di Lord Mansfield, in cui non si riconosceva azione a difesa del pagamento quasi sempre effettuato per errore di diritto, si intuisce che quasi tutte le i casi decisi coincidevano con ipotesi tipizzate di obbligazioni naturali nei sistemi di *civil law*.

Tant'è che nei *Burrow's Reports* vi è chiaro riferimento alle istituzioni giustiniane di A. Vinnius, prova

dell'influenza del diritto romano¹³⁸ nella formazione giuridica del giudice.

Numerosi altri casi vennero decisi riconoscendo effetti legali ad obblighi morali.

In *Bize v. Dickanson*, un caso in cui il debitore nonostante non fosse legalmente tenuto ad adempiere aveva ugualmente effettuato il pagamento ignorando la causa di estinzione del debito, venne stabilito che la prestazione eseguita per adempiere un dovere morale non poteva essere ripetuta: “..if a man paid what in equità he ought to pay, he could not recover, because there was no claim in conscience to it¹³⁹”.

*Farmer v. Arundel*¹⁴⁰ è fondamentale poiché l'obbligo morale, in virtù del quale si risolse il caso, costituì la *ratio decidendi* della sentenza, con espresso

¹³⁸ A. Vinnius, *In Quatuor libros institutionum imperialium commentaries* (1642) 720, cited at (1760) Burr. 1005,1011. Lord Mansfield was certainly learned in the Roman and civil law, and recommended the study of Vinnius; Birks (1984) 37 CLP 1, 11; E. Heward, *Lord Mansfield* (Chichester, 1979), 13; C.H.S., *Fifoot, Lord Mansfield* (Oxford 1936), 29.

¹³⁹ *Bize v. Dickason*, (1786) 1 Term Report 285, 99 Er 1097; D. Sheehan, *Natural Obligation*, op. cit., 176;

¹⁴⁰ *Farmer v. Arundel* (1772) 2 Black. W. 824;

riconoscimento della valenza giuridica delle *moral obligation*: “...the claimant’s obligation to pay in honour was part of the ratio decidendi; had the claimant would have been entitled to recover the money paid¹⁴¹”.

Ci furono, dunque, una serie di casi in cui, a fronte di obblighi non coercibili, si riuscì ad impedire il recupero delle somme pagate per errore.

Risulta certamente difficile, se non quasi impossibile, elencare quali siano stati tali obblighi, se non qualificandoli in generale come obblighi morali.

¹⁴¹ D. SHEEHAN, “Natural obligation in English law”, 2004, LMCLQ, 177

5. Il declino dell'obbligazione naturale nel XIX secolo e la dottrina moderna.

Nel corso del XIX secolo, tuttavia, le pronunce di Lord Mansfield, furono sostanzialmente ignorate dalla giurisprudenza, se non addirittura criticate¹⁴².

Salvo qualche decisione isolata¹⁴³, la rivalutazione ad opera della giurisprudenza, nonché della dottrina, è stata piuttosto recente¹⁴⁴.

In particolare taluna dottrina ritiene che le decisioni di Lord Mansfield costituiscano un grosso contributo al riconoscimento delle obbligazioni naturali nel diritto inglese, per quanto non definite con il loro *nomen iuris*.

¹⁴² Nel 1913 in *Baylis v. Bishop of London*, il giudice Hamilton bollò il *Mansfield's principle* in termini di *vague jurisprudence*; all'incirca negli stessi termini si espresse alcuni anni dopo il giudice Scrutton in *Holt v. Markham* (1922) 1 K.B. 504,513, il quale parlò di "*sloppines of thought*"; vd. in dottrina P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in Tratt. dir. comp., dir. da Sacco, Torino, 1997, p. 32.

¹⁴³ *Rhodes v. Rhodes* (1890) Ch. D. 94,105.

¹⁴⁴ *Fibrosa Spolka akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ltd* (1943) A.C. 32, 62.

P. Birks, in materia di *law restitution*, ha correttamente evidenziato che, dopo l'abolizione del “*mistake of law*”, bisogna riconoscere la possibilità di impedire la restituzione di quanto pagato, anche quando il pagamento è solo dovuto moralmente “*or naturally*”¹⁴⁵.

Invero verrebbe in rilievo sia come ostacolo alla ripetibilità di quanto pagato per errore, sia di diritto che di fatto, sia come “*moral consideration*” nel contratto a prestazioni corrispettive.

Si potrebbe ricorrere all'istituto nell'ipotesi in cui una volta aver adempiuto un contratto, con il quale era stato assunto un impegno, si scopra il vizio inficiante lo stesso. Ebbene, valutata preventivamente la meritevolezza dell'impegno assunto con il “*contract*” o l' “*agreement*”, la sussistenza di un obbligo morale impedirebbe la restituzione di quanto pagato.

¹⁴⁵ P. B.H. BIRKS, “*Mistake of Law*” (2000) CLP 205, 215; D. SHEENAN, *Natural obligations in English law*, op. cit., p. 185;

Parimenti nei casi in cui la considerazione è integrata da un'obbligazione morale, il motivo per cui si nega il recupero del pagamento effettuato nei casi di contratto nullo è il medesimo per cui si nega il recupero in presenza di un contratto eseguibile: non è possibile distruggere un accordo¹⁴⁶.

Fried¹⁴⁷, per esempio, sostiene che esiste una “*moral obligation*” dietro ogni promessa unilaterale o contratto, e che il contratto è vincolante per l'obbligo morale che in esso si cela.¹⁴⁸ se si ammette ciò, ne consegue che una promessa unilaterale una volta effettuata non ostacolerà il recupero del passaggio di proprietà nell'atto di trasferimento, quando questo viene effettuato per errore. Tanto è conforme con quanto sostenuto da Lord Mansfield in *Lee v. Muggeridge*¹⁴⁹.

¹⁴⁶ P. BIRKS, *Introduction*, op. cit. p. 160-161;

¹⁴⁷ C. FRIED, *Contracts as Promise: A Theory Of Contractual Obligation*, Cambridge, 1981, p. 2;

¹⁴⁸ C. FRIED, *Contract as Promise: a theory of contractual obligation*, Cambridge, 1981, p. 2;

¹⁴⁹ *Lee v. Muggeridge* (1813) 5 Taunt. 36, 46. Contro v. *Eastwood v. Kenyon* (1840) 11 Ad & 438, 450, per Lord Denman CJ.

Secondo Sheehan l'istituto delle obbligazioni naturali, quant'anche non menzionato, dovrebbe operare e sussistere nel diritto inglese in due ipotesi differenti: come mezzo di ostacolo alla ripetibilità di quanto prestato per errore, nonché per supportare, nella forma della *consideration* fondata su un obbligo morale, il contratto a prestazioni corrispettive.

Bibliografia

ALBERTARIO, *Corso di diritto romano: le obbligazioni*, III
Milano, 1983;

ALPA, voce *Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig.
disc. priv.* Sez. civ., IV Torino, 1989;

AZZARITI-SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in
Comm. Cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, II ed.,
Bologna- Roma, 1972;

BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino
1962.;

BEIGNIER, *L'Honneur et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1995;

BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969,

BIRKS, "English and Roman Learning in *Moses v.
Macferlan*" (1984) 37 CLP 1, 17;

BIRKS, "Mistake of Law" (2000) CLP 205, 215;

Bize v. Dickason, (1786) 1 Term Report 285, 99 Er 1097;

BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, X ed., Torino,
1951;

BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Judica
e Zatti, Milano, 1991, p. 78;

BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino, 1995;

BUTERA, *Il codice italiano commentato secondo l'ordine degli articoli, sub art. 2940*, Torino, 1942;

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1997;

CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965;

CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963;

CAMPANA, *il dubbio e fiducia nel diritto degli affari*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II;

CANSACCHI, voce *Gentlmne's Agreemnts*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961;

CARNELUTTI, *Rapporto giuridico naturale*, *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 171;

CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, II; Milano, Torino, Roma, 1912;

CIOCIA, *L'obbligazione naturale*, Milano, 2000;

CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940;

CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, II ed., Napoli, 1869;

D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, I Torino, 1992;

D'AMELIO, voce *Gentlemen's Agreements*, in *Nuovo Dig. it.*, VI, Torino, 1938;

DARMAISIN, *Le contract moral*, 1998 (Thèse publiée, LGDJ, 1999);

DE RUGGIERO, *Le obbligazioni: corso di diritto romano*, Napoli, 1922;

DE VILLA, *Studi sull' obligatio naturalis*, Sassari, 1938;

DELLE MONACHE, *il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela della proprietà*, 1997, Padova;

Di MAJO, voce *Pagamento (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.* XXXI, Milano, 1981;

DOMAT, *Le Leggi civili disposte nel loro naturale ordine*, trad. it. con note di Padovani, Pavia, 1825;

Eastwood v. Kenyon (1840) 11 Ad & 438, 450;

FADDA, *Teoria generale delle obbligazioni*, Lezioni di diritto romano raccolte da Cugia e Cugusi, Napoli, 1902;

FALZEA, *Fatto di sentimento*, ora in *Voci di teoria generale del diritto*, II ed., Milano, 1978, p. 443

Farmer v. Arundel (1772) 2 Black. W. 824

FERRI, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina*, in Riv. Dir. Comm., 1969, II, pag. 413;

¹*Fibrosa Spolka akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ltd* (143) A.C. 32, 62.

FIFOOT, Lord Mansfield (Oxford 1936), 29;

FRIED, *Contract as Promise: a theory of contractual obligation*, Cambridge, 1981;

GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in Tratt. dir. comp., dir. da Sacco, Torino, 1997;

GANGI, *Le obbligazioni naturali*, Milano, 1951;

GATT, *La liberalità*, I, Torino 2002;

GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale (ai limiti della donazione)*, Milano, 2002;

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I, rist. 7^a ed., Firenze, 1924;

JACOUCCI, *Sulle obbligazioni naturali in generale nel diritto romano e nel codice civile italiano*, Roma, 1876;

L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004;

LARENZ, *In Lehrbuch des Scludrechts*, II, 1, Munchen, 1995;

Lee v. Muggeridge (1813) 5 Taunt. 36, 46;

LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946;

LONGO, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino, 1939;

MACHELARD, *Des obligations naturelles and droit romain*, Paris, 1861;

MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995;

MARTINI, voce, *Gentlmen's agreemnts*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992;

MAZEUD CHABAS, *Lecons de droit civil*, I, 1, XI ed. a cura di Chabaas, Paris, 1996;

MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, IV, Firenze, 1920;

MAZZONI, voce *Lettere di patronage*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., VIII, Torino, 1992;

MEDICUS, *Grundwissen zum Burgerlichen Recht*, Koln- Berlin- Bonn- Munchen, 2000;

MEIR, "Unjust Factors and Legal Grounds" ch 2 of R. Zimmerman and D. Johnson (eds), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (Cambridge, 2001) 37, 56;

MESSINEO, *Manuale di diritto civile commerciale*, II, VIII edizione, Milano 1950;

MOCCIA, voce *Contract*, in *Enc. giur. VIII*, Roma, 1988;

MODUGNO, voce "Pluralità degli ordinamenti", in *Enc. Del dir.*, XXXIV, Milano, 1985;

MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. del Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pag. 391- 393;

MONATERI, voce *Fattispecie*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992;

MONIER, *Manuale elementare de droit romain*, II, Paris, 1936;

MORÌ-CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Genova, 1947;

MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998;

MOSCATI, voce *Obbligazioni naturali*, in *Enc. Dir.* XXIX, Milano, 1979, pp. 354-355;

MOSCATO, *Le obbligazioni naturali nel diritto romano e nel diritto moderno*, Torino, 1897;

MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942;

Moses v. Macferlan, (1760) 2 Burr. 1005;

NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, XII, Torino, p. 372;

PACCHIONI, *L'obligatio naturalis nel diritto romano classico e nel diritto attuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1926;

PALADANT, *Burgerliches Gsetzbuch*, 62^a ed., Munchen, 2003;

PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 2^a ed., Milano, 1947;

POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1916;

POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, 2^a ed. it., Livorno, 1841;

PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, con la collaborazione di F. Stizia e L. Vacca*, Torino, 1994;

RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, In *Novis. dig. it.*, XV, Torino, 1968;

¹*Rhodes v. Rhodes* (1890) Ch. D. 94,105.

ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, I, Pisa, 1918;

ROTONDI, *Alcune considerazioni sul concetto di obbligazione naturale e sulla sua evoluzione*, in *Riv. Dir. Com.*, 1977

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pag. 188;

SAVIGNY, *Le obbligazioni*, I, trad. con appendici a cura di G PACCHIONI, Torino, 1912;

SCIALOJA, *Lezioni di diritto romano*, Roma, s.d.;

SHEEHAN, *Natural Obligation in English Law*, 2004, L.M.C.L.Q., p. 172-196;

SIBER, *Die naturalis obligatio*, Leipzig, 1926;

SICA, *Gentlemen's agreements ed intento giuridico*, Napoli, 1995;

SIMOCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza civilistica*, Camerino, 1890,29;

TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, pag. 700;

VENZI, *Contributo alla teoria dell'obbligazione naturale*, in *Giur. It.*, 1907, IV, p. 129;

Vinnius, *In Quatuor libros institutionum imperialium commentaries* (1642) 720, cited at (1760) Burr. 1005,1011;

VISINTINI, *Obbligazioni naturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, p. 45;

VITUCCI, *La prescrizione*, in *Il codice civile*, comm. Diretto da P. SCHLESINGER, I, sub art. 2940, Milano, 1990

VITUCCI, voce *Prescrizione*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991;

VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1967;