

***“ GENUS NUMQUAM PERIT”?***  
**PRESTAZIONE E RESPONSABILITA' DEBITORIA**  
**NELL'OBBLIGAZIONE DI GENERE**

## INTRODUZIONE

Secondo una prospettiva di carattere tradizionale, le obbligazioni il cui oggetto sia costituito da cose determinate solamente attraverso il riferimento ad un genere di appartenenza sarebbero sottoposte a talune regole speciali, che ne disciplinerebbero le vicende e le sorti.

A tale proposito, si è rilevato come, tra queste particolari norme che disciplinerebbero la materia, sia il caso di operare alcuni distinguo di fondo, in quanto non tutte le regole che si è soliti ritenere operanti nel campo del debito di genere trovano esplicita e puntuale menzione all'interno del codice civile od altre leggi speciali, in quanto esse sono, talora, presentate come un portato della tradizione, “su cui si presume, non sempre con valutazione criticamente avvertita, sia fondato il sistema”<sup>1</sup>.

Certamente, rientra tra questa discutibile – e non sempre adeguatamente discussa – categoria di portati tradizionali, l'insegnamento che si concentra intorno al brocardo secondo cui *genus numquam perit*.

Attraverso la tralatizia ripetizione dello stesso si intende, di massima, significare il principio per cui il debitore di genere non sarebbe mai liberato dalla responsabilità assunta nei confronti del creditore, neppure per il caso del perimento incolpevole e a lui non imputabile degli esemplari singoli, appartenenti al genere dovuto, destinati all'adempimento dell'obbligazione. Una tale regola discenderebbe dalla considerazione, anch'essa tralatizia, secondo la quale il *genus in obligationem deductum* sarebbe per definizione insuscettibile di scomparire radicalmente dal mondo fisico e, dunque,

---

<sup>1</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 216.

sarebbe sempre astrattamente possibile, per il debitore, procurarsi dei beni idonei all'adempimento, cosicché egli rimarrebbe indiscutibilmente responsabile dello stesso sino all'ipotesi – sempre presentata come estrema e irragionevole – del perimento totale e fisico del genere stesso.

Tanto la suggestione di un principio del quale non v'è traccia nelle fonti romane, prodotto di una malintesa analisi delle stesse operata nel corso del medioevo, rimane, nonostante la perdurante assenza di qualsiasi traccia dello stesso anche nel nostro codice civile vigente, di estrema forza e attualità, quanto la reale dimensione, il concreto significato, il fondamento dogmatico teorico del medesimo appaiono spesso coperti da un singolare silenzio.

La dimensione della regola di responsabilità – o quantomeno del principio di regola – che si celerebbe dietro al brocardo che vuole il genere dedotto in obbligazione non suscettibile di perenzione non emerge con chiarezza né nelle trattazioni classiche di diritto civile, né nei trattati aventi ad oggetto lo studio del rapporto obbligatorio, né essa è stata, per quanto concerne il mondo giuridico italiano, oggetto di specifico esaustivo studio monografico volto a chiarirne i contorni.

Eppure, il mero riferimento al brocardo *genus numquam perit* ci pare di gran lunga insufficiente a fondare un qualsiasi discorso concreto e razionalmente fondato sul sistema del diritto delle obbligazioni, che voglia indagare il complesso tema concernente la misura della responsabilità del debitore di genere.

Il brocardo, dunque, non può che costituire un punto di partenza, per un'indagine che, dopo aver inquadrato storicamente il tema del debito di genere indagandone a fondo i caratteri costitutivi e peculiari, passi a valutare i profili della responsabilità debitoria concernenti tale particolare tipo di obbligazioni partendo dalla considerazione di quel brocardo ma, in un certo senso, prescindendo dallo stesso, valutandone i possibili asserti sottesi senza farsi tuttavia sviare dalla pronta forza suggestiva che esso continua a svelare.

Peraltro, un'indagine che voglia approfondire il tema del debito di genere non deve prescindere, riteniamo, da un'attenta considerazione del rilievo concreto che l'argomento presenta, sul piano del diritto applicato e del diritto vivente.

Il problema che la nostra ricerca si prefigge di affrontare può essere ben chiarito da una esemplificazione pratica.

Tizio intende acquistare, per la sua azienda, presso il suo fornitore di fiducia, Caio, una certa quantità di computers di un certo marchio, prodotti in serie limitata. A tal fine, stipula un contratto con Caio stesso, rivenditore autorizzato del marchio informatico in questione, il quale dovrà procurarsi da terzi la merce con cui adempiere, in quanto i computers, di ultima generazione, sono ancora in fase di fabbricazione presso il produttore. Successivamente alla conclusione dell'affare, la casa produttrice decide di vendere la serie limitata dei computers attraverso una particolare rete di distributori, invece che presso i consueti rivenditori autorizzati. Caio non si trova più nella possibilità di adempiere; o, meglio, egli potrebbe ancora procurare la merce, ma con difficoltà estreme e costi di molto accresciuti, il tutto in una dimensione chiaramente esorbitante rispetto ai termini originari dell'affare concluso con Tizio. Ciononostante, Tizio, creditore, chiede l'adempimento, affermando che, in fin dei conti, Caio aveva concluso un negozio su cosa determinata solo nel genere e che, quindi, qualunque cosa sia accaduta, egli, essendo ancora la prestazione naturalisticamente possibile, rimane responsabile, sulla base del principio per il quale *genus numquam perit*, e dunque deve procurarsi e fornire i computer promessi, costi quello che costi, subendo qualsiasi tipo di sacrificio. *Quid iuris* per un caso simile?

E' proprio all'analisi di fattispecie quali quella qui sommariamente descritta che la presente ricerca è rivolta ed è con riguardo ai problemi, evidenti, insite nelle medesime che essa si prefigge di offrire una risposta o, quantomeno, una chiave di lettura che vada al di là delle apparenze, delle suggestioni e della semplificazione costituita dal richiamo ad un antico brocardo e a una non meglio specificata regola tradizionale, della quale

l'unico aspetto realmente chiaro parrebbe essere costituito dalla tensione ad estendere e accrescere, in qualche misura (ma in quale?), la responsabilità gravante in capo al debitore.

Se quello sommariamente descritto è il tema dell'indagine, quanto al profilo strutturale il nostro studio si dipanerà attraverso tre fasi, corrispondenti alle tre sezioni nelle quali si divide il lavoro.

Nella prima fase, considereremo le radici e lo sviluppo storico della figura del debito di genere, in maniera tale da evidenziarne in profondità i tratti e le problematiche.

Nella seconda fase prenderemo in considerazione gli specifici profili della responsabilità del debitore di genere in relazione ad un ordinamento, quale quello tedesco, nell'ambito del quale il legislatore, in passato, aveva sancito, *expressis verbis*, una particolare disciplina per la responsabilità del debitore di genere.

Da ultimo, nella terza fase, procederemo al tentativo di ricostruzione di uno schema della responsabilità gravante in capo al debitore di genere che, tenendo conto degli approfondimenti svolti nella prima e nella seconda parte del lavoro, risulti conforme e aderente al sistema del diritto italiano delle obbligazioni.

Volendo concludere queste annotazioni preliminari, possiamo ricordare come si sia osservato acutamente in dottrina che l'atteggiamento acritico con cui la massima *genus numquam perit* suole essere ripetuta in maniera indifferenziata rispecchia una presa di posizione più generale nei confronti della categoria, la cui cospicua e crescente importanza commerciale mal si addice alla semplice replica di formule di chiaro tenore scolastico<sup>2</sup>.

Proprio in considerazione di questi dati si è deciso, nel dare un titolo a questa ricerca, di riproporre quell'antico brocardo in una dimensione interrogativa, facendone così, più che espressione ermetica di una pretesa regola di responsabilità i cui termini non sono stati mai del tutto chiariti, il punto di partenza di una riflessione critica.

---

<sup>2</sup> BRECCIA, *op. cit.*, 219.

## **I. IL *GENUS IN OBLIGATIONEM DEDUCTUM*: CONCETTO E PROFILI STORICI.**

**SOMMARIO: 1. IL NEGOZIO SU COSA GENERICA. PROFILI GENERALI. 2. L'OBBLIGAZIONE GENERICA NELLE SUE ORIGINI: IL DIRITTO ROMANO. 3. (SEGUE) IL GENUS IN SENSO LOGICO E IN SENSO GIURIDICO. 4. (SEGUE) PARTIZIONI: COSE GENERICHE E COSE FUNGIBILI. GENUS PURO E GENUS LIMITATO. 5. LA VENDITA COME PRECIPUO NEGOZIO SU COSA GENERICA: IL DIRITTO ROMANO. 6. IL DIRITTO INTERMEDIO. EQUIVOCI E APORIE. 7. SIGNIFICATO GIURIDICO DELL'APPARTENENZA DELLA COSA AD UN GENERE NELLA TEORIA DELL'OBBLIGAZIONE. 8. OBBLIGAZIONE DI GENERE E OBBLIGAZIONE PECUNIARIA. 9. L'OBBLIGAZIONE DI GENERE E LA RESPONSABILITA' DEL DEBITORE.**

### **1. IL NEGOZIO SU COSA GENERICA. PROFILI GENERALI.**

Il codice civile italiano prevede testualmente la possibilità che vengano assunte ad oggetto di una obbligazione cose designate meramente secondo la loro appartenenza ad un genere, dunque non specificate secondo un criterio di individualità ed identità materiali.

I riferimenti all'obbligazione avente per oggetto una cosa generica sono molteplici; a questa ipotesi alludono in maniera esplicita gli artt. 1178, 653, 1378, 1465, comma terzo, del codice civile vigente .

Curiosamente, tali riferimenti, nel tempo, si sono ampliati: e già una dottrina risalente rilevava come, se nel codice del 1865, e nella legislazione commerciale, il negozio su cosa generica veniva preso in considerazione unicamente con riguardo alla vendita (all'art. 1450 del codice civile e all'art. 61 del codice di commercio), per il legislatore del 1942, diversamente, la cosa indicata solamente nel genere può formare oggetto di un qualsiasi negozio traslativo della proprietà<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Si veda MAJELLO, *L'individuazione nella vendita di genere*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 180 ss. L'autore apre il lavoro con tale considerazione, che egli trae dal tenore testuale dell'art. 1378 c.c., laddove si parla di "contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose

Non si può negare, tuttavia, che l'interesse pratico e l'analisi teorica finiscano, ancora oggi, con il concentrarsi sulla specifica figura della vendita di genere, lasciando maggiormente in ombra le altre ipotesi di negozio concluso su cosa generica.

Proprio trattando della principale ipotesi concreta che viene in rilievo, nel traffico commerciale, rispetto a questa materia, la dogmatica moderna descrive come vendita generica un'operazione economica nella quale la merce che il venditore deve procurare al creditore è descritta in astratto, secondo caratteristiche di genere<sup>4</sup>. Quale che sia, poi, la definizione di obbligazione generica che si scelga di accogliere, tra quelle, per vero tra loro piuttosto simili, ma non uguali, che i diversi autori propongono, sono sempre due elementi fondamentali a contraddistinguere la figura, vale a dire la definizione del dovuto attraverso una rappresentazione astratta e la sua sussunzione, da parte dei contraenti, in un genere più o meno ampio di cose. Basterebbe tuttavia andare anche solo un poco al di là di queste indicazioni di massima per avvedersi di come l'analisi della struttura, delle implicazioni e delle conseguenze riferibili al debito "di genere" sia affrontata spesso dalla dottrina per un verso in misura insufficiente e per altro verso seguendo linee interpretative eccessivamente influenzate da consolidate e tralattive opinioni, non sempre sorrette da adeguato vaglio critico.

Mantenendosi, per ora, sempre sul piano generale, è bene osservare come il tema dell'obbligazione generica in rapporto agli impegni traslativi non dappertutto e non in tutte le epoche sia stato affrontato concentrando l'attenzione sui tre elementi (astrattezza dell'impegno, sussumibilità della cosa in un genere più ampio, negozio di vendita) cui ci siamo sin qui riferiti.

Parlando di vendita di cosa generica, si assumono già a presupposto di qualsiasi ragionamento successivo due idee che non devono tradursi in preconcetti o precomprensioni, vale a dire quella secondo cui indiscutibilmente una vendita può avere ad oggetto una cosa definita

---

determinate solo nel genere".

<sup>4</sup> ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, in *ZeuP*, 1999, 588.

solamente attraverso la sua riconduzione ad un genere e quella secondo cui l'operazione economica avente per oggetto il trasferimento di una cosa definita nel genere vada necessariamente pensata nei termini di una vendita vera e propria.

Entrambe queste proposizioni devono, invece, suscitare alcune riflessioni. Esse non sono da valutarsi, a ben guardare, alla stregua di postulati, ma devono essere sottoposte a vaglio critico ed essere oggetto, semmai, di dimostrazione, come accade per i teoremi.

Astrattamente, il negozio a finalità traslativa su cosa generica potrebbe essere, infatti, ricondotto o meno al concetto di vendita<sup>5</sup>. Un'attenta dottrina ricostruisce lo sviluppo storico della cosiddetta vendita generica proprio fondando l'analisi sul dubbio – sempre presente, in realtà, sullo sfondo della disciplina di questa figura del diritto civile – se il negozio avente per oggetto una cosa generica e rivolto al trasferimento della stessa vada o meno ricondotto alla fattispecie che il singolo ordinamento individua e definisce come vendita<sup>6</sup>.

Si distinguono, in questa prospettiva, due modelli base: da un lato, lo schema di quegli ordinamenti che intendono la vendita come fenomeno unitario al quale ricondurre anche il negozio su cosa generica; dall'altro, una sorta di modello binario, che vorrebbe due regolamenti del tutto distinti,

---

<sup>5</sup> Per una panoramica su problemi di carattere generale e specifico in tema di negozio su cosa generica si veda, di recente, SCHÜRHOLZ, *Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht*, Baden – Baden, 2005, 89 ss.; nell'ambito di un'ampia e interessante analisi volta ad indagare le tematiche connesse all'adempimento dell'obbligazione nell'ottica della riforma del diritto tedesco delle obbligazioni del 2001, l'autrice sviluppa anche una riflessione sulle sorti della distinzione tra vendita di cosa specifica e generica ponendo in luce una serie di rilevanti aspetti di cui daremo conto, per quanto concerne la materia del nostro studio, nel prosieguo del lavoro.

<sup>6</sup> Sotto il profilo dell'analisi sincronica e diacronica della figura del negozio concluso su cosa generica, il maggiore studioso della materia riterei essere l'ERNST. Si veda in particolare *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, *op. cit.*, 584 ss., ma non solo: in più sedi, l'autore ha sviluppato ricerche volte all'indagine dei profili di maggiore interesse dell'istituto nonché delle numerose forme escogitate, nella storia, per conseguire l'effetto negoziale della vendita di genere, senza tuttavia impiegare lo strumento contrattuale della vendita propriamente intesa. Si vedano, al riguardo e in una prospettiva di ampio respiro, ID., *Die Konkretisierung in der Lehre vom Gattungskauf*, in SCHÖN, *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, 1997, 49 ss.; ID., *Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht*, in ZSS, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung*, 114, 1997, 272 ss.; interessante per la comprensione di taluni aspetti connessi anche ID., *Das Lieferungsgeschäft als Vertragstyp*, in Lieb, Manfred/Noack, Ulrich/Westermann, Harm, *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Band II, 1998, *passim*.

spingendosi a considerare il negozio “generico” come estraneo rispetto al concetto giuridico del contratto di vendita<sup>7</sup>. I modelli unitari, a loro volta, possono essere considerati come inclusivi o esclusivi, a seconda che il negozio su cosa generica sia ricondotto ad un modello normativamente individuato come vendita o che al modello della vendita siano affiancate delle forme negoziali sostitutive (*Ersatzformen*) per il caso in cui la contrattazione riguardi una cosa definita solo per la sua appartenenza al genere<sup>8</sup>. La classificazione di cui si vuole dare conto in questa sede va, poi, completata con un’ultima bipartizione, in seno ai modelli negoziali unitari inclusivi. Essi potranno (e l’esperienza mostra come pressoché sempre siano stati) essere imperniati su una ipotesi concettuale di vendita che viene assunta come principale (vendita generica o vendita specifica), alla quale vengono spesso apportate delle deviazioni e specificazioni, attraverso l’inserimento di regole particolari, per l’altra ipotesi, che, quindi, viene intesa come secondaria<sup>9</sup>.

Il modello negoziale unitario inclusivo, nella maggior parte dei sistemi, risulta orientato, in misura maggiore o minore, alla disciplina della vendita di cosa specifica; ma si commetterebbe un errore se si assumesse tale

---

<sup>7</sup> Mentre del modello unitario, come vedremo, esistono numerose manifestazioni reali, è assai dubbio se il modello binario teoricamente delineato dall’ERNST abbia mai trovato una concreta estrinsecazione. L’autore ha creduto di rintracciarne esempi nell’*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794 (Teil 3, II, 2) e nel codice civile russo del 1995 (artt.506 ss.). In tali casi, la legge descriverebbe, sostanzialmente, un *Lieferungsvertrag* previsto come tipo negoziale diverso e peculiare rispetto alla vendita, che verrebbe in gioco per il trasferimento di cose generiche (ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, 584). Al riguardo, tuttavia, condividerei le perplessità manifestate dalla SCHÜRHOLOZ, *op. cit.*, 95; perché anche in tali casi non si ravvisa, a ben guardare, altro se non una particolare modalità di manifestazione di una vicenda traslativa che sinquadra, a buon diritto, nel concetto di vendita, sebbene caratterizzata peculiarmente in ragione dell’oggetto del contratto.

<sup>8</sup> Come esempio saliente del cosiddetto modello esclusivo tipico riterrei di poter indicare, anche sulla scia di molteplici considerazioni espresse sia dall’ERNST che da altri autori, l’insieme di schemi che il diritto romano dovette prevedere per raggiungere lo scopo del trasferimento di cose individuate solo nel genere, senza dover ricorrere alla *emptio venditio* vera e propria. Questo profilo sarà sviluppato specialmente nel paragrafo 5 della presente sezione.

<sup>9</sup> Per ragioni di fluidità, non mi soffermerei eccessivamente sull’ulteriore distinzione operata dall’ERNST tra modelli unitari modificati o meno; basti in questa sede fornire qualche esempio di modello unitario inclusivo orientato alla disciplina della vendita di cosa specifica: in tale ottica sono concepite quantomeno le discipline del nostro codice civile, del BGB tedesco, dell’ABGB austriaco, del *Code civil* francese.

orientamento come assoluto e scontato: l'analisi storico comparatistica consente, infatti, di rinvenire modelli orientati verso la disciplina della vendita di genere assunta come ipotesi base, soprattutto nelle legislazioni di stretto diritto commerciale e in talune discipline di portata internazionale<sup>10</sup>. In questo senso, va altresì osservato come una certa dottrina tedesca abbia ritenuto di ravvisare, in talune ipotesi, persino delle fattispecie destinate alla regolamentazione di negozi *esclusivamente* destinati ad essere conclusi su cosa generica<sup>11</sup>.

Accennare a questo modo di vedere le cose significa mostrare come uno stesso problema (nel nostro caso la negoziazione su cosa determinata solo attraverso l'indicazione di appartenenza ad un genere), che la dottrina suole affrontare partendo da basi in qualche modo consolidate (il riferimento all'ambito della vendita), possa, e probabilmente in realtà debba, essere considerato partendo invece da più punti di vista differenti.

Ciò, soprattutto in passato, è, infatti, avvenuto: e risulta opportuno soffermarsi sul fatto che se, per un verso, la determinazione dell'oggetto della vendita non in termini specifici ma in termini generici ha sempre recato con se una serie di problemi di non agevole soluzione, nonché di correlate perplessità dottrinali, per altro verso laddove non si sia ritenuto di ricondurre la fattispecie del negozio volto al trasferimento di cose determinate solo nel genere al concetto di vendita, non per questo si è dovuto rinunciare all'effetto giuridico cui la vendita di cosa generica mira.

Si parla, in questo senso, di quelle forme sostitutive (*Ersatzformen*) cui ho già accennato e che hanno avuto grande importanza nella storia del negozio con finalità traslativa concluso su cosa generica; al punto da giungere alla condivisibile affermazione secondo cui la storia dell'obbligazione generica si lega, in gran parte, alla storia dell'elaborazione di forme negoziali volte a

---

<sup>10</sup> In questo senso militerebbero talune previsioni dell'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB) del 1861; dell'*Uniform commercial code* (UCC) americano del 1952 e dell'*UN-Kaufrecht* del 1980.

<sup>11</sup> L'ERNST, ritiene tale, ad esempio, il caso di taluni commerci di borsa. Osserva l'autore (*Kurze Rechtsgeschichte*, op. cit., 585, n. 8) come “ *Normierungen des Börsenhandels sind, soweit sie Lieferverpflichtungen in Natur regeln, notwendig und ausschließlich auf Gattungsgeschäfte zu beziehen*“.

rendere possibile il trasferimento di beni individuati solo con riferimento ad un genere di appartenenza, senza dover necessariamente forzare, a tal fine, lo schema della vendita.

Alcune figure negoziali sostitutive della vendita su cosa generica affondano le radici in epoche remote e risultano di particolare interesse e suggestione, per cui riteniamo opportuno offrirne una breve esemplificazione<sup>12</sup>.

In molti ordinamenti arcaici, nel concetto di compravendita dovette rientrare solamente un negozio che comportasse l'immediato trasferimento, tra le parti, della cosa contro il prezzo. Se la compravendita veniva intesa solamente come *Barkauf*, allora dall'ambito di essa andavano giocoforza esclusi tutti quei negozi che, pur impegnando al trasferimento di beni, tuttavia richiedevano un differimento dello scambio di prestazioni.

Più ampiamente, riteniamo, è verosimile che in epoca arcaica si rifuggisse da qualsiasi astrazione dell'impegno assunto, ritenendo giuridicamente possibile ed efficace solamente l'operazione di trasferimento istantanea e immediata, *hic et nunc*: nei casi di impossibilità, o anche solo di mancanza di volontà di realizzazione di un simile meccanismo, si doveva determinare la fuoriuscita dal concetto di compravendita e, a quel punto, il ricorso ad altri strumenti giudici doveva risultare obbligato.

Stante quanto detto, il presente discorso deve essere, per vero, necessariamente condotto su di un piano più ampio e più generale rispetto alla sola ipotesi della vendita generica, riguardando, la pratica delle *Ersatzformen*, verosimilmente tutti i casi che esulavano dal vero e proprio *Barkauf*; e dunque sia gli impegni volti al trasferimento di cose determinate solo nel genere, sia i negozi a esecuzione necessariamente differita o a distanza.

Sul fronte degli impegni traslativi ad esecuzione differita, si ha traccia di impieghi strumentali, a tale fine, di figure risalenti modellate sulla struttura di un prestito fittizio: il fornitore riconosceva – attraverso una lettera di

---

<sup>12</sup> Dalla presente trattazione è esclusa, comprensibilmente, una puntuale indagine storica che vada oltre il diritto romano, ad indagare ulteriori soluzioni adottate nei diritti dell'antichità; tuttavia, per quanto concerne le vicende del diritto greco in materia, di veda quantomeno KÜHNERT, *Zum Kreditgeschäft in den hellenistischen Papyri Ägyptens bis Dioketian*, Freiburg, 1965, 149 ss.

debito – di aver ricevuto una determinata quantità di cose in prestito, e s’impegnava alla restituzione entro un termine convenuto. In realtà, il fornitore non riceveva merci bensì denaro, e la corresponsione successiva avveniva, invece, realmente in natura<sup>13</sup>. Operazioni simili, realizzate attraverso negozi a termine con predeterminazione del prezzo di vendita “rivestiti” dalla forma di prestiti o mutui, pare fossero caratteristici di molti diritti antichi; l’analisi storica ha condotto, peraltro, a rinvenirne tracce ricorrenti in fonti assai eterogenee, dalle decretali<sup>14</sup> ai documenti dei commercianti dell’area anseatica<sup>15</sup>.

Il molteplici riferimento storico all’ingegnoso arnese delle *Ersatzformen*, nel loro complesso considerate, rende conto di due dati di fatto: il primo è costituito dall’evidente difficoltà degli ordinamenti antichi a ricomprendere, nel concetto di vendita vera e propria, il negozio di trasferimento di beni individuati astrattamente in virtù del solo riferimento all’appartenenza ad un genere; il secondo consiste nella necessità di riconoscere alla figura del negozio concluso su cosa generica particolarità tali da renderlo solo molto approssimativamente riconducibile all’unico paradigma del contratto di vendita, in qualunque modo esso sia stato concepito dai vari sistemi, nelle diverse epoche<sup>16</sup>.

Per comprendere la portata di tali particolarità, e studiare i riflessi che le stesse determinano in tema di responsabilità del debitore, occorre previamente chiarire, sul piano storico, le ragioni delle difficoltà cui ci

---

<sup>13</sup> Una simile operazione viene talvolta qualificata come “*Darlehensvertrag mit Objektwechsel*” (da prestazione in denaro a prestazione in natura); si veda RUPPRECHT, *Kleine Einführung in die Papyruskunde*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1994, 119. L’autore offre, nella seconda parte del terzo capitolo del lavoro, una interessante panoramica sul diritto privato egiziano in raffronto con quelli greco e romano.

<sup>14</sup> Il riferimento all’estrema diffusione di forme negoziali sostitutive quali quella che segnalo nel testo è ben sottolineato dall’ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte*, op. cit., 588.; l’autore riprende, ad esempio, una Decretale del XII secolo recante riferimenti a tali fattispecie e osserva, sempre con riguardo ad esse, come “*San Nicolò hat sogar von einem universalrechtlichen Gedanken der antiken Welt gesprochen*”.

<sup>15</sup> NEUMANN, *Geschichte des Wechsels im Hansagebiet bis zum 17. Jahrhundert nach archivalischen Urkunden*, Enke, Erlangen, 1863, 48 ss.

<sup>16</sup> In questo senso occorre ricorrere ad un’analisi che non dia per scontato il ricorso allo strumento della vendita; giustamente si richiama la necessità di “*wechselnden phänomenologischen Gesichtspunkte zur Erfassung desselben Geschäfts*”, cui allude l’ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte*, op. cit., *ibidem*.

siamo da ultimo riferiti. L'indagine sulla problematica riconduzione del negozio su cosa generica allo schema giuridico della vendita implicherà, necessariamente, anche un'indagine concettuale in merito a quale realtà, effettivamente, si alluda quando ci si riferisce alla nozione di *genus in obligatione deductum*.

Si renderà necessario, dunque, nella prima parte del lavoro, concentrare l'attenzione sulla genesi della figura del negozio con finalità traslativa avente riguardo alla cosa determinata solo nel genere e sviluppare un *excursus* storico che prenda in esame, nelle sue varie fasi, lo sviluppo della figura della vendita, e, in particolare, quello della vendita di cosa generica, per rendersi conto di come siano state proprio le vicende storiche riferibili all'elaborazione di tale figura a determinare quella serie di problemi ed equivoci che rende necessaria un'indagine volta a chiarire la misura della responsabilità del debitore per l'ipotesi in questione. Tale *excursus*, lungi dal costituire una inutile digressione, rappresenta il fondamento di tutto il ragionamento che intendiamo condurre nelle successive sezioni, in materia di responsabilità del debitore di cosa determinata solo con riferimento ad un genere di appartenenza.

## **2. L'OBBLIGAZIONE GENERICA NELLE SUE ORIGINI: IL DIRITTO ROMANO.**

Già nel diritto di Roma antica, tra le obbligazioni di dare, trovavano una particolare considerazione le obbligazioni generiche e quelle alternative<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> La letteratura sulla materia risulta molto ampia e ragionevolmente pare opportuno limitarsi a richiamare le trattazioni più significative, così come i lavori che risultino di specifico interesse ai fini del presente studio. Ognuno dei seguenti richiami, e di quelli che verranno, dunque, va inteso anche come richiamo ad ulteriore bibliografia ivi citata. Si vedano, in generale sul tema, quantomeno GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Giappichelli, Torino, 1966, *passim*; BURDESE, *Diritto privato romano*, Utet, Torino, 1993, 565 ss.; VOCI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>6</sup>, Giuffrè, Milano, 2004, 410 ss.; GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Jovene, Napoli, 2001, 797 ss.; HAUSMANINGER, SELB, *Römisches Privatrecht*<sup>9</sup>, Böhlau, Wien-Köln-Weimar, 2001, 226 ss.; KASER, KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*<sup>12</sup>, Beck, München, 2003, 212 ss.; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Jovene, Napoli, 1998, 414 ss.; VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in *Studi giuridici*, vol. III, tomo I, Milano 1960, 136 ss., MAJELLO, *op. cit.*, 180 ss.

Rispetto al complesso dei rapporti obbligatori che avevano come oggetto la prestazione di una cosa o di una quantità delle medesime<sup>18</sup>, in altri termini, venivano in rilievo tutte quelle ipotesi accomunate sostanzialmente dai due elementi di una non perfetta determinazione iniziale dell'oggetto e della determinabilità dello stesso in un momento successivo, momento solo eventualmente coincidente con quello dell'adempimento, essendo ben possibile che tale determinazione avvenisse in un tempo intermedio<sup>19</sup>.

Prescindendo, in questa sede, dalla considerazione delle obbligazioni alternative, occorre comunque rilevare come talune difficoltà già sorgono quando si voglia andare al di là di questa indicazione di carattere generalissimo, onde mettere a fuoco una esaustiva definizione che possa adeguatamente rendere conto di cosa i romani, nelle varie fasi di sviluppo del loro diritto, abbiano realmente inteso con obbligazione generica e attraverso quali strumenti giuridici quel concetto venisse poi tradotto in realtà operante.

Con riguardo al diritto romano, un'autorevole dottrina descrive l'obbligazione generica come quella rispetto alla quale la prestazione sarebbe stata determinata solamente nel *genus*, laddove, in altre parole, fosse stata dovuta una cosa o una quantità di cose rispondente a note di

---

<sup>18</sup> Mi riferisco ad obbligazioni di dare in quanto, in relazione alla distinzione tra cose generiche e specifiche, le fonti paiono riferirsi esclusivamente ad esse. Anche su questo punto, tuttavia, sussistono dei dubbi di carattere generale e ci si chiede ad esempio se distinzioni consimili potessero valere anche per il *facere*. Certamente si avevano delle assimilazioni: così alle stipulazioni nelle quali *genera comprehenduntur* venivano avvicinate quelle d'opera, dove l'attività lavorativa veniva considerata come soggetta ad un regime simile (Giuliano, D. 45,1, 54). Ma qui si rileva agevolmente l'accavallarsi di nozioni e problemi non sempre adeguatamente isolati dai giuristi del tempo. Da un lato, le obbligazioni di *operae* venivano considerate alla stregua di obbligazioni di dare; e dall'altro, l'assimilazione veniva intesa nel senso del dare cose rilevanti per la loro quantità o per il periodo di durata della prestazione lavorativa. Tale riconduzione del *facere* alle categorie e alle dinamiche proprie del dare mi sembra conduca ad un parallelismo di carattere più intuitivo che giuridico. Se, infatti, per la prestazione di fare sarebbe probabilmente possibile, in chiave generale, segnare talvolta una differenziazione tra designazione generica e specifica, risulterebbe tuttavia quasi impossibile isolare una linea di confine quale si individua per le cose. Questo perché il fare viene sempre descritto mediante i suoi caratteri che possono consentire una individuazione più o meno precisa, come osserva il GROSSO, *Obbligazioni, op. cit.*, 232.

<sup>19</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, 414 ss.

determinazione inizialmente non miranti a designare la cosa singola nella sua individualità, bensì attraverso una categorizzazione più o meno ampia<sup>20</sup>. Secondo altra prospettiva, obbligazione generica sarebbe stata quella avente per oggetto una categoria più o meno ampia di cose infungibili, all'interno della quale si sarebbe poi dovuto operare la individuazione della cosa effettivamente destinata alla prestazione. Cose infungibili, si diceva: che non sarebbe stata da assumersi come generica un'obbligazione avente per oggetto una quantità di cose fungibili quando fosse stata indicata la qualità delle cose in questione, in quanto, in detta ipotesi, si sarebbe ragionato nel senso che, in virtù del carattere della fungibilità medesima, la determinazione sarebbe risultata già quanto più completa possibile<sup>21</sup>.

Ora, a monte di una ricerca che voglia occuparsi delle problematiche riferibili alla responsabilità del debitore connessa all'assunzione di obbligazione generica in epoca moderna, occorre soffermarsi brevemente su due considerazioni, quasi a mo' di premessa.

Una prima riflessione riguarda l'importanza, per una corretta impostazione delle questioni *de quibus*, di un'attenta valutazione storico – comparatistica della genesi e delle vicende di quel fenomeno che noi oggi indichiamo come obbligazione riferita a cosa generica. Più che in altri campi del diritto privato e dello stesso diritto delle obbligazioni, infatti, il tema, non ben isolato, definito, disciplinato nelle fonti antiche, si è prestato ad equivoci, fraintendimenti, deformazioni che con il passare dei secoli, attraverso la sovrapposizione, l'interpolazione, la manipolazione dei testi e dei concetti, si sono tradotti nella sostanziale alterazione, prima ancora che delle soluzioni pratiche adottate, dei termini stessi dei problemi di cui si va qui a trattare. La mancata comprensione del reale significato assunto, nel tempo, dal concetto di obbligazione di cosa generica ha condotto, in sostanza, a parlare, assai spesso, di questioni che nulla hanno a che vedere con il tema propriamente e correttamente inteso.

---

<sup>20</sup> GROSSO, *Obbligazioni*, *op. cit.*, 231.

<sup>21</sup> E', questa, la definizione accolta, tra gli altri, dall'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 414. Coerentemente, rileva l'autore, veniva d'altro canto considerata generica l'obbligazione qualora la detta qualità non fosse stata indicata, dato che in tal caso sarebbe risultata indubbia l'imperfetta determinatezza dell'oggetto. Cfr. D. 45.1.75.1.

La seconda considerazione si lega strettamente alla prima, e singolarmente costituisce, in certa maniera, ad un tempo una precisazione ed un presupposto.

La letteratura giuridica moderna in tema di obbligazione generica nel diritto romano si è affannata nel tentativo di stabilire in quale misura la pratica e la concezione del proprio diritto che i romani ebbero nelle varie epoche della loro storia si siano avvicinate alla figura cui noi oggi attribuiamo il nome di vendita di cosa generica.

Ma una simile prospettiva di ricerca corre il rischio di svilupparsi all'ombra di un errore metodologico: per vedere sino a che punto, nel tempo, l'elaborazione giuridica abbia rivelato tensioni verso un esito *x* che noi oggi conosciamo, si è finito con il leggere in una chiave distorta i dati contenuti nelle fonti operando, di fatto, una sorta di interpretazione orientata al futuro di notizie spesso lacunose e comunque assai lontane dal modo in cui attualmente viene concepito il sistema negoziale dell'autonomia privata. Per un verso, quanto all'epoca dell'età di mezzo, non di rado i glossatori fecero dire alle fonti ciò che esse effettivamente non dicevano; per altro verso, molto spesso pare di intravedere, nelle riflessioni degli autori che in epoca moderna si sono accostati al problema, l'accavallarsi di un doppio pericoloso filtro: quello della lettura che delle fonti diedero i glossatori, prima, e quello di un atteggiamento volto a indagare, in qualche modo, che cosa i romani conoscessero dei meccanismi negoziali che noi oggi siamo soliti adoperare, piuttosto che tentare di comprendere, puramente e al riparo da pregiudizi, come effettivamente i romani affrontassero quei medesimi problemi nascenti dalle esigenze dei traffici e dallo sviluppo dei rapporti economici tra privati.

Se si riflette su queste premesse, non sarà difficile avvedersi di come la ricorrente domanda se il diritto romano conoscesse o meno la vendita di cosa generica costituisca, a ben guardare, un quesito mal posto.

Ciò che occorre capire, piuttosto – ed è da questo punto che mi pare opportuno muovere – è se e in che termini sia possibile ricostruire l'atteggiamento, le prospettive e le soluzioni che, nelle varie fasi dello

sviluppo civile ed economico della comunità in cui operavano, i giuristi romani assunsero dinanzi al problema del trasferimento di beni non definiti nella loro individualità e non presenti al momento della conclusione dell'accordo economico di cui proprio essi costituivano oggetto. Solamente una argomentata ed articolata risposta a questa domanda può porre le basi per la comprensione di ogni sviluppo successivo e per la soluzione dei problemi che, da tali sviluppi, sarebbero inevitabilmente sorti.

### 3. (SEGUE) IL GENUS IN SENSO LOGICO E IN SENSO GIURIDICO.

Per valutare quale definizione di obbligazione generica sia da accogliersi occorre primariamente soffermarsi sul concetto di genere e sulla rilevanza che esso assume rispetto al rapporto obbligatorio.

Appartiene al linguaggio dei logici, il concetto di genere: *genus* è un insieme più o meno ampio di oggetti ricollegati per talune qualità comuni, che assurgono a *natura* o *substantia* del gruppo medesimo<sup>22</sup>. Il genere, insomma, è il complesso che contiene in sé più gruppi di oggetti simili, aventi quelle qualità comuni cui accennavo; la *species* logica è sempre gruppo, ma non risulta ulteriormente scomponibile in sottogruppi, bensì solamente in individualità<sup>23</sup>.

La migliore dottrina romanistica, correttamente, osserva come sia pressoché inevitabile, dinanzi ad un argomento quale quello delle definizioni del concetto di genere, la tentazione di ricercare nelle fonti giuridiche le influenze dei logici e dei filosofi<sup>24</sup>. Ma occorre tenere presente che rivolgere l'attenzione al modo in cui i filosofi antichi e moderni abbiano indagato

---

<sup>22</sup> A questo aspetto fa significativamente cenno MADDALENA, voce "*Genus*" (*diritto romano*), in *Novissimo Dig. It.*, VII, 1961, 797.

<sup>23</sup> Trattasi di un insegnamento di matrice principalmente aristotelica; ma i riferimenti filosofici sarebbero, sul punto, talmente ampi da renderne inopportuna, in questa sede, anche solo una modesta sintesi. Si veda, dunque, quantomeno ARISTOTELE, *Metaphysica*, libro II, cap. 3, n. 4

<sup>24</sup> Si veda su questo e su numerosi significativi aspetti l'importante lavoro di VASSALLI, *op. cit.*, 131. L'autore, in questo studio, per molti versi insuperato, offre una ampia documentata riflessione sul tema dell'obbligazione generica nel diritto classico, a partire dai profili concettuali sino al complesso problema della concentrazione.

concettualmente le figure del genere e della specie significa trarre, al più, una rosa di indicazioni assai vaghe e certo affascinanti, ma altrettanto certamente poco giovevoli ad una ricerca che si prefigga attualmente lo scopo di trattare di alcuni peculiari aspetti dell'obbligazione di genere<sup>25</sup>.

Con ciò non si intende affatto sminuire l'importanza di una riflessione che voglia muovere dalla dimensione filosofica dei concetti in discorso; la base teorica, il fondamento logico su cui poggia quella realtà giuridica che noi indichiamo come obbligazione di cosa generica trae certamente origine anche da una dimensione speculativo – astratta in cui dovettero assumere un'importanza chiave le idee di appartenenza ad una categoria e di scelta all'interno di un insieme più o meno ampio di enti<sup>26</sup>. Ed è innegabile come svariate dottrine, per lo più risalenti, abbiano operato articolati e pregevoli tentativi di inquadrare e spiegare il fenomeno dell'obbligazione generica proprio partendo da criteri molto generali di matrice eminentemente filosofica<sup>27</sup>.

In questo senso, si partiva da una considerazione che, oltre ad essere limpidamente basata sull'osservazione empirica, trova riferimenti testuali anche nelle fonti giuridiche: le cose singole, “che sono l'esterna apparenza [*species*] dell'indistruttibile materia”<sup>28</sup>, sono ricollegabili, sulla base di loro

---

<sup>25</sup> Occorre osservare come si rinvengano anche posizioni dottrinali, per lo più assai risalenti, volte a rigettare *in toto* la prospettazione di una teoria dell'obbligazione generica che attribuisca un qualche valore alla categoria logica di genere. In questo senso si vedano FERRINI, *Manuale di pandette*, III, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1917, 225; BUCHHOLTZ, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1831, 14.

<sup>26</sup> Pur ritenendo insufficiente, e forse per certi versi fuorviante, un approccio puramente logico al tema, non riterrei, tuttavia, inopportuno o inutile il ricorso strumentale a talune categorie elaborate nell'ambito della scienza logica, al fine di chiarire alcuni specifici aspetti delle dinamiche che si instaurano quando l'oggetto dell'obbligazione sia determinato solo attraverso il riferimento al *genus*. Su questo specifico punto, quindi, torneremo ripetutamente, nel corso del presente lavoro. E', d'altro canto, proprio rivolgendo attenzione al modo in cui, in logica, si ricostruisce il rapporto tra soggetti, enti individuali ed enti genericamente intesi, e si strutturano i relativi giudizi, che agevolmente si scorgono le basi concettuali da assumersi per affrontare alcuni particolari problemi concernenti il trattamento giuridico del genere riguardato sotto il profilo dell'oggetto dell'obbligazione.

<sup>27</sup> Per una riflessione conforme all'approccio cui mi riferisco nel testo, si vedano quantomeno SOKOLOWSKY, *Die Philosophie im Privatrecht*, Halle, 1902, specie i capitoli I e III; MORIANI, *La filosofia del diritto nel pensiero dei giureconsulti romani*, Firenze, 1876, 53 ss.

<sup>28</sup> VASSALLI, *op. cit.*, 131.

comuni qualità, a dei gruppi; attraverso tale collegamento, si delineano delle comuni nature, cui partecipano numerose cose singole: del *genus unum* che chiameremo *X* partecipano *species infinitae* costituite dai singoli elementi *a, b, c, d, e, f* e così via<sup>29</sup>. L'impiego dei termini è significativo: *natura* e *genus* sono vocaboli indicati scambievolmente nelle fonti, proprio perché le qualità attraverso cui viene stabilita l'appartenenza al genere costituiscono il collante, la natura del gruppo<sup>30</sup>.

Ma ogni discorso che volesse proseguire lungo questa strada non approderebbe a soluzioni che rendano conto della reale portata, e in fin dei conti del significato proprio, che la figura dell'obbligazione generica veniva in passato e viene oggi ad assumere. E ciò in virtù della basilare ragione che il *quid* assunto ad oggetto dell'obbligazione generica non è, in realtà, mai stato, se non forse ai primordi del fenomeno, qualcosa di sovrapponibile al genere dei logici, bensì è sempre consistito in un concetto di genere proprio del diritto delle obbligazioni, in seno ad esso elaborato, e distante, sotto vari rilevanti profili, rispetto al genere logicamente inteso.

Per rendersi conto di ciò, bastino due considerazioni, a margine di quanto detto.

In primo luogo, già in epoca remota ci si dovette rendere conto ben presto che l'impiego, nel ramo del diritto, di una figura di *genus* acriticamente "importata" dal ramo logico della filosofia si prestava facilmente ad equivoci e che, in definitiva, esso avrebbe tradito, nei fatti, il senso che il concetto di genere assume nel campo dei rapporti obbligatori.

Questo perché se il genere costituisce solamente il gradino più alto di una classificazione di cose, se esso altro non è che l'apice di una scala espressione di una gerarchia oggettiva, allora il nome di specie spetta all'ultimo gradino, laddove non v'è più un gruppo da scindere in gruppi, ma solamente in singoli elementi. Ma quest'ultimo gradino, che per la scienza

---

<sup>29</sup> Paul., 54 ad ed., fr. 3 § 21 D. 41, 2.

<sup>30</sup> Traccia di ciò si rinviene quantomeno in alcuni testi attribuiti a Gaio e Pomponio, dove l'uso dei termini appare promiscuo. Si vedano Gai., 3, 90 e pr. I. 3, 14; Gai. 4, 66; Pomp., 27 ad Sab., fr. 3 D. 12, I.

logica sarebbe specie, per i giuristi può ancora ben essere considerato genere.

Riportando un celebre esempio chiarificatore, pensando alla vendita di uno schiavo, potremmo dire che l'indicazione *homo* avrebbe potuto essere di genere per i giuristi, mentre *Stichus* avrebbe indubbiamente indicato una specie; non così per i logici<sup>31</sup>.

Accadeva quindi che il *genus* assunto come concetto giuridico potesse talvolta ricomprendere in sé la *species* dei logici, indicando, per contro, la *species* giuridica semplicemente il concetto di cosa individuata.

Di questo aspetto, gli autori romani dovettero avere quantomeno sommaria coscienza; osserva Seneca come “...*cetera genera quidem sunt, sed specialia, tamquam homo genus est. Habet enim in se nationum species, graecos, romanos, parthos: colorum albos, nigrum, flavos: habet singulos, Catonem, Ciceronem, Lucretium...*”<sup>32</sup>, e in questi termini non si riporta altro che un risultato già appartenente ai testi aristotelici.

Ma la riflessione centrale per chiarire l'insufficienza, o forse, più correttamente, la non coincidenza del concetto logico di genere rispetto al genere giuridicamente inteso, va ricercata su un altro piano, più sostanziale. E' vero che talune fonti giuridiche arcaiche, nel riferirsi a gruppi riconducibili alla nozione logica di genere, sembrano parlare di concetti afferenti alla dottrina delle cose; mentre non è, in effetti, a questa dottrina, non è a questo ambito tematico, che si deve guardare quando si tratta del genere inteso come oggetto dell'obbligazione.

Non mi sentirei, con ciò, di dire che l'appartenenza di un dato bene ad una categoria oggettiva di cose non rivesta, ancora oggi, alcun significato per il diritto privato, e che tale oggettiva appartenenza non importi alcuna conseguenza di rilievo<sup>33</sup>; solamente, ciò che occorre comprendere è come la

---

<sup>31</sup> Il concetto, filosoficamente inteso, è icasticamente segnato da ARISTOTELE, *Metaphysica*, libro II, cap. 3, n. 10, “Ού γάρ ἐστι γένος ὁ ἀνθρώπος τῶν τινῶν ἀνθρώπων...”.

<sup>32</sup> SENECA, *Epistulae*, 58.

<sup>33</sup> Un risvolto giuridico diretto della presenza o meno di una riconducibilità oggettiva di un singolo bene ad una categoria più ampia è ravvisabile agevolmente in seno alla nota diatriba che concerne la distinzione tra vizio della cosa, mancanza di una qualità promessa e *aliud pro alio*. Si veda, a mero titolo esemplificativo, Cass., 3 febbraio 1998, n. 1038, in *Contratti*, 1999, 146 ss., con nota di PURICELLI, laddove si afferma che “ il

riconducibilità categoriale riferibile ai singoli beni sia tema che nulla ha a che vedere con i peculiari problemi relativi all'obbligazione contratta su cosa determinata solo nel genere.

E ciò che, al riguardo, si vuole sottolineare, per tornare al nostro discorso, è che, qui come in altri campi specifici, la lente del diritto, già in epoca remota, non dovette filtrare i concetti traendoli da altri ambiti del sapere e lasciandoli inalterati: è, dunque, da supporre che ben presto proprio quel filtro abbia, per così dire, riconsiderato il concetto di genere, elaborandone uno proprio del diritto delle obbligazioni. E se è certo che già i giuristi romani, come abbiamo accennato, ricorrendo all'idea di genere per descrivere una particolare ipotesi relativa all'oggetto dell'obbligazione<sup>34</sup>, riferivano di una indicazione generica che si aveva quando l'oggetto dell'obbligo veniva indicato solo attraverso la categoria di appartenenza, e di una determinazione specifica che si aveva quando l'oggetto veniva invece indicato nella sua individualità<sup>35</sup>, ciò che non è stato, nel tempo, sempre rettammente compreso e adeguatamente valutato è quanto la nozione

---

criterio distintivo fra i vizi redibitori della cosa compravenduta, i quali se tempestivamente denunciati, danno luogo ai rimedi di cui agli art. 1492, 1495 c.c., e la consegna di *aliud pro alio* che dà luogo all'ordinaria azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., va individuata nell'appartenenza o non della cosa consegnata allo stesso *genus* della cosa pattuita, determinato alla stregua di quei criteri merceologici in base ai quali si stabilisce la collocazione di un bene in una categoria o tipologia commerciale del tutto diversa rispetto alle altre". Questo aspetto, in qualche misura, si ritrova anche in Cass., 16 novembre 2000, n. 14865, ove si ragiona nel senso secondo cui "nella compravendita, laddove l'oggetto della prestazione del venditore rappresenti non un bene dotato di proprie peculiari qualità individuanti ma solo una delle plurime *species* riconducibili ad un più vasto *genus* prodotto o commercializzato dallo stesso venditore, questi, nel dedurre il contratto a prova della pretesa al pagamento del prezzo fatta valere in giudizio, a fronte della contestazione dell'acquirente circa la difformità fra quanto pattuito e quanto consegnatogli (*aliud pro alio*), non può esimersi dallo specificare e provare il detto oggetto in relazione alla particolare *species* pattuita (salvo dedurre, invece, e quindi anche adeguatamente provare, attesa l'anomalia dell'ipotesi rispetto all' *id quod plerumque accidit*, la genericità della pattuizione al riguardo), diversamente risultando esso indeterminato e, di conseguenza, sfornito l'adempimento di prova idonea".

<sup>34</sup> L'antitesi tra genere e specie è limitata, nelle fonti, ai diritti di obbligazione. Agli occhi dei giuristi romani, appariva chiaro come un diritto reale fosse concepibile solamente con riguardo ad un bene determinato; estrinsecandosi tale diritto in un potere immediato sulla cosa, occorreva, appunto, un oggetto determinato su cui esercitare tale potere. Si veda D.6,1,6,pr. "Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat".

<sup>35</sup> MADDALENA, voce "Genus", *op. cit.*, *ibidem*.

di genere rilevante per il diritto delle obbligazioni già fosse allora, in realtà, probabilmente assai distante dall'idea del genere logicamente inteso.

Sulla base di questa riflessione, ci troviamo in pieno accordo con quella autorevole dottrina che, già più di quarant'anni orsono, riteneva che proprio su questo equivoco di fondo si sia poi appoggiata e sviluppata buona parte degli errori e delle divergenze che hanno sempre contraddistinto la materia di cui ci stiamo occupando<sup>36</sup>.

E' peraltro immaginabile che la discrasia tra il concetto di genere elaborato dai logici e quello rilevante per il diritto romano delle obbligazioni non si sia manifestata in un preciso momento bensì che si sia sviluppata e precisata in una logica di durata; che essa abbia subito un'evoluzione, e che, forse meglio ancora che attraverso quella di una distanza, essa sia da rappresentarsi attraverso l'immagine di un allontanamento progressivo<sup>37</sup>. E se riteniamo che non si sia, a causa della carenza e ambiguità delle fonti sul punto, ragionevolmente in grado di ripercorrere nel dettaglio le tappe di tale allontanamento, possiamo però indicarne due risultati a noi noti.

Da un lato, anche in età risalente, ciò che era dovuto, nell'obbligazione di genere, non consisteva, evidentemente, in una *universitas*: sempre una o più singole cose erano, effettivamente, dovute, solo che esse venivano a priori definite attraverso la rappresentazione di alcune caratteristiche per le quali venivano in rilievo, e, in quanto tali, assunte ad oggetto della prestazione.

Come rileva un'attenta dottrina, si dovette giungere ad una sineddoche, "uno scambio dell'associazione prodotto fra termini che tra loro differiscono per comprensione, sì che per *genus* fu possibile intendere una sola cosa, pel fatto che in esso non cadevano in considerazione che quelle caratteristiche per cui apparteneva ad un *genus*"<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> VASSALLI, *op. cit.*, 133.

<sup>37</sup> Questo aspetto non ci consta essere stato adeguatamente approfondito dagli studiosi, ma probabilmente le difficoltà sul punto sono dovute al silenzio delle fonti; accenni al tema, di cui dà peraltro conto anche il VASSALLI, *op. cit.*, 134, n.1, si rinvengono in poche risalenti trattazioni tedesche. Si veda BUCHHOLTZ, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1831, 14 ss. ; e, in qualche modo, anche se *contra*, HOFMANN, *Über den Einfluss allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners*, Darmstadt, 1830, *passim*.

<sup>38</sup> VASSALLI, *op. cit.*, 134.

D'altro lato, ed è questo che più conta, il concetto di *genus in obligatione deductum* finì con lo staccarsi del tutto dal genere dei logici, per seguire un suo libero sviluppo concettuale la cui analisi e comprensione rivestono un ruolo fondamentale nello studio dell'intera materia in discorso.

L'indicazione generica divenne, ad un certo momento, solamente un modo di determinazione pattizio della prestazione dedotta in obbligazione, completamente avulso da quel concetto di genere per così dire ontologico, che si era voluto, sino ad allora, appartenente alla dottrina delle cose.

Il genere giuridicamente rilevante sul piano della determinazione della prestazione divenne, insomma, solamente un'idea astratta coltivata dalle parti, le quali assunsero dunque ad artefici di infiniti possibili *genera*, slegati dai caratteri intrinseci alle cose, essendo possibile costruire un insieme di riferimento sulla base dei più svariati parametri oggettivi e soggettivi.

E', in realtà, l'esito di questo passaggio ciò che ancora oggi si vuole indicare quando, da più parti, si afferma che il concetto giuridico di genere, rapportato all'oggetto dell'obbligazione, non corrisponde in effetti a un modo di essere oggettivo delle cose, né ne indica alcuno<sup>39</sup>.

Ecco che dal piano della dottrina delle cose, il concetto di genere si sposta su quello dell'accordo tra le parti, dal piano dei fatti si passa a quello del volere, dal concreto si passa alla rappresentazione astratta, dove risulta, in effetti, possibile la costruzione di un infinito numero di *genera* da dedursi in obbligazione e dove, per converso, impossibile diviene il contenimento e la determinazione a priori dei parametri in base ai quali i generi sono suscettibili di essere creati e delimitati<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> In questo senso, attraverso affermazioni esplicite o ragionamenti implicanti tale asserto, si esprime pressoché l'intera letteratura in tema di obbligazione generica. A mero titolo d'esempio, si vedano per il diritto romano GROSSO, *Obbligazioni, op. cit.*, 232; per il diritto moderno GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen. Drittwirkungen*, Tübingen, 1989, 213 ss.; in generale, si veda MAJELLO, *L'individuazione nella vendita di genere*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, in particolare 183 ss. Si vedrà, tuttavia, più avanti nel lavoro, come, al di là di molte affermazioni di principio, la materia sia percorsa da equivoci e travisamenti tali da svuotare di significato, talvolta, le basi stesse delle posizioni che vengono sostenute. Non sempre, infatti, a determinate premesse seguono coerenti esiti argomentativi.

<sup>40</sup> Da questo passaggio che ho segnalato deriva, direi, l'opinione moderna, pressoché da tutti condivisa, sulla signoria delle parti in merito alla definizione del genere e sulla conseguente impressionante latitudine di possibilità di estrinsecazione concreta di tale principio. Dice bene il GERNHUBER, *op. cit.*, 214, " *Die Zahl der verwertbaren*

Con un'espressione efficace, si potrebbe dire che, giunti a quel punto, i soli veri limiti riferibili all'obbligazione generica rimasero i limiti dell'astrazione<sup>41</sup>.

#### **4. (SEGUE) PARTIZIONI: COSE GENERICHE E COSE FUNGIBILI. GENUS PURO E GENUS LIMITATO.**

Le considerazioni sin qui sviluppate devono sgombrare il campo da un primo fondamentale equivoco e devono condurre ad una riflessione.

Quanto al primo aspetto, l'equivoco è noto e affrontato dalla dottrina. Di esso si fa menzione sovente nella manualistica: bisogna distinguere nettamente il binomio genere – specie dai concetti di cosa fungibile e infungibile.

Fungibilità e infungibilità indicano un modo d'essere oggettivo delle cose, un carattere ad esse intrinseco. Genericità e specificità indicano, invece, un modo di determinazione e rappresentazione dell'oggetto dell'obbligazione<sup>42</sup>.

Potremmo dire, facendo propria una risalente e sapiente definizione, che la caratteristica della fungibilità appartiene a quelle categorie di beni rispetto

---

*Gattungsmerkmale ist unbgrenzt. Es gibt keinen geschlossenen Kreis möglicher Gattungsschulden; den Vertragsparteien bleibt es unbenommen, Gattungen zu bilden, die ungewöhnlich oder gar einmalig sind, mag es sich nun um eine fortschreitende Generalisierung (im immer abstrakteren Gattungsbegriffen) vorgenommenen werden (Relativität des Gattungsbegriff).*”

<sup>41</sup> L'espressione ricalca quanto afferma anche il GERNHUBER, *op. cit., ibidem*. Di “limiti esterni”, nel senso di limiti dati dalla sola astrazione, mi sembra parli anche il JAHNKE, *Die Durchsetzung von Gattungsschulden*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 93, 1980, 49.

<sup>42</sup> Mi pare corretto sostenere che la fungibilità è qualità obiettiva delle cose, mentre la genericità è qualità soggettivamente assunta. Occorre tuttavia notare come la dottrina non sia interamente concorde sul punto. Il dibattito è risalente. Si è sostenuto che anche la fungibilità, in realtà, sarebbe da considerarsi qualità soggettiva corrispondente al comune volere delle parti. In tal senso si veda PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 839 ss.; ID., *Osservazioni sulla fungibilità dei beni*, in *Bancaria*, 1955, 931 ss. Ma in questo modo, inevitabilmente, genericità e fungibilità finirebbero per coincidere. Che la fungibilità della cosa possa assumere una dimensione soggettiva e che il comune apprezzamento sociale possa influire sul piano della rilevanza giuridica rispetto alla distinzione tra cosa fungibile e infungibile è sostenuto dal MAJELLO, *L'individuazione nella vendita di genere*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 182. L'autore tuttavia mantiene ferma la distinzione concettuale tra cosa generica e cosa fungibile, richiamandosi pur sempre ai profili della soggettività e oggettività delle qualità in questione.

alle quali ciascun esemplare risulti, dal punto di vista economico, equipollente all'altro e possa tener luogo anche giuridicamente di un altro, in special modo nell'adempimento dell'obbligazione<sup>43</sup>.

Una certa dottrina ha intuito la presenza di un riscontro testuale della differenza di cui stiamo trattando nel disposto dell'art. 1243 c.c., laddove, in materia di compensazione, si parla di “*una quantità di cose fungibili dello stesso genere...*”; ma poi quella stessa dottrina superava la distinzione in parola, svilendone la portata e, anzi, sopprimendola, ravvisando una chiave di volta concettuale comune ad entrambi gli insiemi (cose fungibili e cose generiche) nel profilo della sostituibilità, gli uni con gli altri, dei singoli esemplari da destinare all'adempimento<sup>44</sup>.

Secondo noi, la pretesa contiguità tra i concetti è frutto di una generalizzazione empirica e di una risalente precomprensione dei due fenomeni<sup>45</sup>, probabilmente corroborata anche dalla considerazione che in presenza di una obbligazione con oggetto individuato solo nel genere diviene necessaria e complementare anche una determinazione di carattere quantitativo – numerico; e tuttavia l'elemento dell'indicazione quantitativa non è certo collante bastevole a implicare l'assimilazione dei due concetti.

---

<sup>43</sup> La definizione che accolgo nel testo è ispirata a quella proposta dal MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957, 397. L'autore ha cura di precisare come “anche i beni fungibili possono non essere perfettamente identici fra loro; anche beni del medesimo tipo...hanno sempre qualcosa che differenzia un esemplare dagli altri; soltanto che, il più delle volte, la differenza non acquista rilievo per le parti”.

<sup>44</sup> Si veda BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni, Vol. I, La struttura*, Giuffrè, Milano, 1963, 246, 247. In relazione al disposto di cui all'art. 1243 del codice, l'autore osserva come “...l'espressione «fungibile» in apparenza sembra differire dal genere. In realtà, la prima vale «sostituibili», e si insiste chiarendo che tale sostituibilità è appunto tra beni dello stesso genere.” Nella medesima sede, il Barassi precisava come, a suo avviso, “in un'obbligazione di genere, la omogeneità, derivante da identità di qualità tipiche dei beni, deve essere una omogeneità ammessa nel comune commercio (fungibilità).” Abbiamo già chiarito come una simile prospettiva sia, a nostro giudizio, da respingere.

<sup>45</sup> La dottrina romanistica, consapevole di tale errore, lo ricollega tradizionalmente ad un fraintendimento in cui sarebbe incorso la Zasius nell'interpretazione di un passo delle fonti ove si legge, con riferimento alle cose fungibili, che esse “*in genere suo functionem recipiunt*” (D.12,1,2,1). Ma sono le fonti stesse a svelare l'equivoco, laddove si accenna alle distinzioni delineate nel testo: “*certis vero corporibus et his ipsis ita relictis: pecuniam, quam in illa arca, vinum, quod in illis doleis, pondus argenti, quod in illis horreis habeo*”(D. 35,2, 30, 4; cfr. anche D. 30, 30, 6). Si vedano CASAVOLA, *Emptio pondere numero mensura*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954, 551, n.2; MADDALENA, voce “*Genus*”, *op. cit., ibidem*; SENSINI, *La specificazione nella compravendita di genere*, Firenze, 1934, 7, n. 1.

Si osserva spesso come la vendita di genere riguardi per lo più cose fungibili, nel senso di cose che nel comune apprezzamento socio economico entrerebbero in considerazione non per la loro concreta identità, bensì per i loro caratteri generici<sup>46</sup>.

Ma questo dato empirico non deve, come d'altro canto numerosi autori osservano, condurre ad un travisamento del concetto di vendita di cosa generica, né ad una indebita fusione tra concetti dissimili.

Le cose fungibili, le quali *numero, pondere, mensura consistunt* possono infatti ben venire in rilievo come oggetto di una obbligazione su cosa specifica; e si pensi al caso, ad esempio, che il rapporto abbia per oggetto una massa individuata di tali cose. D'altro canto, è certo anche che le cose infungibili possono essere assunte dalle parti semplicemente come appartenenti ad un genere<sup>47</sup>.

Stanti questi rilievi, pare da accogliersi la prima delle due definizioni di obbligazione generica proposte al principio. Non è possibile, infatti, escludere a priori l'obbligazione di dare una cosa fungibile dal concetto di obbligazione generica affermando che, in siffatta ipotesi, verrebbe meno il profilo della non perfetta determinatezza dell'oggetto. Anche qualora si abbia un *certum*, con determinazione quantitativa certa e irrilevanza dell'individualità della *species*, se la determinazione dell'oggetto è assunta

---

<sup>46</sup> BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, 289.

<sup>47</sup> Il rilievo (già presente in WINDSCHEID, *Pandette*, § 141) è espressione di un risultato oramai acquisito dalla dottrina, sia in Germania che in Italia. Che le cose infungibili possano essere dalle parti considerate per la loro appartenenza ad un genere, o meglio, che le parti possano costituire generi nei quali trovino posto cose ontologicamente infungibili, è affermazione riportata da molti autori e, a mio avviso, sottesa già nelle fonti (si veda, ad esempio, con riguardo alla *datio* di uno schiavo, Marcello, D. 46, 3, 72, 4); in questo senso BURDESE, *op. cit.*, 569; VOGLI, *op. cit.*, 411; e così pressoché tutti gli autori citati. Le ragioni alla base di questo punto, peraltro, vengono messe incisivamente a fuoco, tra i molti, da ENNECERUS, LEHMANN, *Schuldrecht*, Mohr, Tübingen, 1954, 396, attraverso il perentorio e decisivo rilievo secondo cui "*Entscheidend ist die Parteibestimmung, nicht die Werkehrsanschauung*": Gli autori chiariscono come il punto essenziale da valutarsi per decidere se l'obbligazione assunta abbia ad oggetto una cosa generica o specifica sia costituito dalla volontà negoziale piuttosto che da una pretesa natura o considerazione corrente delle cose in seno ai traffici commerciali. *Contra*, parrebbe di capire, il RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu – Messineo*, Milano, 1971, 95, specie la nota 18 – bis, laddove si afferma, tra le altre cose, la pretesa impossibilità di assumere, nemmeno in chiave convenzionale tra le parti, a genere una pluralità di cose infungibili.

dalle parti come generica, l'obbligazione rimane, appunto, generica, con tutte le conseguenze del caso<sup>48</sup>.

*In secundis*, la riflessione cui accennavo è la seguente: non è possibile, rispetto al concetto giuridico di genere, operare una distinzione ontologica generale tra cose che per propria natura si deducano in obbligazione per i loro caratteri generici di appartenenza ad una categoria e cose che siano, invece, suscettibili di divenire oggetto del vincolo solamente in ragione dei relativi caratteri individuali.

Se la genericità è solo un modo di rappresentazione astratto, essa non può ragionevolmente trovare la propria ragione e la propria essenza in un carattere proprio e peculiare delle cose che, per mezzo di essa, si vogliono indicare.

Chi, in passato, ha manifestato opinioni divergenti sul punto, lo ha fatto, presumibilmente, sulla scorta delle molte suggestioni di cui abbiamo tentato di rendere sinteticamente conto in queste pagine<sup>49</sup>.

Per passare a un altro criterio di classificazione, occorre considerare una importante e nota divisione solitamente operata nell'alveo del concetto di genere, quella tra genere limitato e genere illimitato.

Concettualmente, l'obbligazione generica presuppone, di massima, il riferimento ad una categoria più o meno estesa di cose. E già nella percezione che i Romani avevano del fenomeno, è da ritenersi che non venisse posta in dubbio la variabilità della latitudine del concetto di *genus*

---

<sup>48</sup> Di diverso avviso, come accennato, è ARANGIO-RUIZ, *op. et loc. cit.*

<sup>49</sup> Singolare e per molti versi illuminante per avvedersi di quanto suggestioni ed equivoci abbiano inquinato, nel tempo, il terreno del tema del quale ci stiamo occupando, è la posizione del RUBINO, *op.cit.*, 95ss. L'autore ammette, con espressione sibillina, che la distinzione tra cosa generica e specifica riguarda *anche* il modo in cui la cosa è stata dedotta in contratto. Anche, ma non solo: perché nella visione del Rubino la genericità non potrebbe prescindere, ci sembra d'intendere, da una qualche nota di fungibilità intrinseca agli oggetti appartenenti al genere dedotto in obbligazione. E pur ammettendo, il Rubino, la possibilità che l'oggetto dell'obbligo sia definito attraverso il riferimento ad un 'genere convenzionale', "*che cioè non è comunemente considerato come genere, ma viene configurato e dedotto come genere in un singolo contratto e ai soli effetti di questo*", egli considera tale genere convenzionale necessariamente come sottogenere di quel *genus* ampio, connotato dalla fungibilità, cui si accennava poc'anzi. In questo modo, si confondono i piani tematici riferibili alla fungibilità, alla genericità, alla definizione pattizia dell'oggetto del contratto, in una amalgama nella quale è arduo orientarsi, con il rischio di gravi fraintendimenti.

così come esso veniva in rilievo nei termini che si sono sommariamente descritti.

Quello che pare certo, peraltro, è che, rispetto al tema dell'obbligazione di cosa generica, il diritto romano dovette porre a baricentro ideale della medesima il concetto del *genus limitatum*, diffidando, se non escludendola esplicitamente, dalla possibilità concreta e reale di configurare un rapporto obbligatorio che fosse riferito ad un *genus illimitatum*, e ciò probabilmente in omaggio non solo, come s'è accennato e meglio si vedrà in seguito, ad una istanza di determinatezza dell'oggetto del contratto, bensì anche, se pure embrionalmente e, forse, pressoché inconsciamente, ad una determinatezza del consenso e a una certa serietà dell'impegno assunto<sup>50</sup>. Così gli autori riferiscono di *genera* talmente ampi da privare, di fatto, del requisito della determinatezza – determinabilità l'oggetto del rapporto obbligatorio cui inerivano, al punto, secondo taluni, da doversi dubitare proprio di quella serietà della *voluntas* che si pretendeva posta alla base di quei rapporti. In tal senso, i moderni riportano, quale esempio, casi di immobili che le parti avrebbero tentato di cedere senza specificarne né la ubicazione, né le dimensioni<sup>51</sup>.

Alla sponda opposta della casistica, gli scrittori rendono conto di ipotesi nelle quali la limitazione eccessiva del *genus* avrebbe inevitabilmente condotto alla specificità effettiva dell'obbligazione già *ab origine*. Così, si riteneva che l'impegno di Tizio a vendere uno schiavo greco, pur in sé e per sé suscettibile di essere ricondotto al concetto di obbligazione generica, non avrebbe potuto poi concretamente tradursi che in una fattispecie di obbligazione specifica qualora nella *familia* di Tizio medesimo si fosse trovato esclusivamente un soggetto che assommasse in sé la qualifica di schiavo e la provenienza ellenica.

Ma, come spesso accade quando si operano delle astrazioni, i traffici della vita e dei commerci dovettero già in epoca remota generare evenienze con riguardo alle quali la limpidezza delle partizioni tendeva a sbiadire, e le

---

<sup>50</sup> BURDESE, *op. cit.*, 569.

<sup>51</sup> ARANGIO-RUIZ, *op. et loc. cit.* Si veda, ad esempio, quanto affermato da Papiniano (D. 23, 3, 69, 4) "...fundo non demonstrato, nullum esse legatum vel stipulationem..."

tinte finivano col mischiarsi, così da determinare l'addensarsi di dubbi sulle distinzioni qui accennate.

Certo è che, con i limiti di cui s'è detto, fin dai primordi concettuali riferibili alla figura di cui ci occupiamo, il genere dedotto in obbligazione poteva risultare più o meno ampio, essendo esso suscettibile di molteplici limitazioni. Ricorrono così, nei manuali dei romanisti, gli esempi sul punto, quali le fonti tramandano: promesse di cavalli, di cavalli arabi, di cavalli aventi una data età; promesse di schiavi, di schiavi africani, di schiavi pedagoghi, di schiavi greci pedagoghi e così a seguire.

Tuttavia, se già a quel tempo si assumeva e si isolava, nell'alveo del concetto di *genus*, quello di *genus limitatum*, allo stesso modo non poteva non porsi, quasi a cascata, il problema della delimitazione generale di quei concetti.

E qui non ci si può che arrestare, limitandosi a dar conto di quelle note discrepanze tra le fonti, rilevate in più sedi da risalente dottrina romanistica, le quali rivelano mai sopite perplessità riguardanti la definizione e qualificazione di quelle situazioni nelle quali le cose comprese nel *genus* esistessero in numero assai ristretto, al punto da far dubitare che di genere, in effetti, si potesse parlare. Si chiedeva, in particolare, se, in casi siffatti, il rapporto andasse inquadrato tra le obbligazioni alternative più che tra le generiche<sup>52</sup>.

Ma lasciando da parte, una volta accennati al riguardo i termini salienti del problema, questi aspetti di dubbio, che al più potrebbero, in qualche misura, essere considerati come inevitabili corollari della sussunzione delle realtà fattuali nella più ampia dimensione concettuale, e dunque manifestazione di

---

<sup>52</sup> Qualora Tizio avesse contratto l'impegno a cedere un cavallo arabo di quattro anni, e tra i suoi animali si fossero potuti rinvenire solo due esemplari aventi tali caratteristiche, gli studiosi antichi tendevano a dire che l'obbligazione senza dubbio divenisse alternativa. Ma *quid iuris* per il caso che i cavalli fossero stati più di due ma non tanti da individuare un vero e proprio genere? Discorsi di tal fatta parevano sottendere l'idea, coltivata quasi a livello intuitivo, che per formare un *genus* occorresse non solamente una pluralità di elementi, ma che tale pluralità dovesse venire ad avere necessariamente una certa, peraltro mai precisata, consistenza. Sul problema, di non facile soluzione, BESLER, *Riv. Fondaz. Savigny*, 45, 1925, p. 233; VASSALLI, *Studi economico giuridici*, Cagliari, 1916, p. 2; DE RUGGIERO, *Diritti di obbligazione, diritto ereditario*<sup>6</sup>, Messina, 1930, pp. 55 ss.

un problema – quello dell’astrazione dei concetti giuridici – certamente non limitato alla materia di cui ci stiamo occupando, è da chiedersi piuttosto quale applicazione concreta potesse trovare, nelle varie fasi del diritto di Roma, il concetto di *genus in obligatione deductum*. Rispetto a questo punto, i margini di incertezza aumentano ulteriormente; se, da un lato, la figura dell’obbligazione generica pare trovasse radicamento nel pensiero giuridico romano - o quantomeno pare fuor di dubbio che se ne avesse contezza – d’altro lato non sempre emerge con nitore la posizione dei giuristi romani rispetto allo specifico problema concernente una *emptio venditio* che assumesse a suo oggetto una cosa generica. E’ di questo problema che passeremo ora a trattare.

## 5. LA VENDITA COME PRECIPUO NEGOZIO SU COSA GENERICA: IL DIRITTO ROMANO.

La disputa concernente la conoscenza o meno, in diritto romano, della figura della vendita generica, disputa sorta già in epoca risalente, appare a tutt’oggi infinita e insoluta<sup>53</sup>. Né, d’altro canto, essa potrebbe, in effetti, se

---

<sup>53</sup> Limitandosi a rinviare alle più importanti trattazioni in merito occorre considerare pressoché tutte le opere citate nel presente capitolo, oltre ad altre che qui di seguito si segnalano, con particolare attenzione, in **senso favorevole** all’ammissibilità, in tempi recenti e in maniera piuttosto netta, riprendendo temi risalenti, JÖRS, KUNKEL, WENGER, *Römisches Recht*<sup>4</sup>, opera curata da HONSELL, MAYER-MALY, SELB, Berlino, Heidelberg, New York, ecc., 1987, 305 ss.; si vedano anche VASSALLI, *op. cit.*, 136 ss. e certa risalente letteratura d’oltralpe, HAYMANN, *Haben die Römer den Gattungskauf gekannt?*, in *Jehring’s Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, 1928/29, 79, 95 ss.; KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1939, 59, 1 ss.; ben più di recente, HONSELL, *Römisches Recht*<sup>5</sup>, Berlin, 2002, 125 ss.; in **senso contrario**, la migliore trattazione volta a negare l’esistenza della vendita generica in diritto romano è forse quella di SECKEL, LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1927, 47, 117 ss. Si vedano anche ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1954, *passim* e specialmente 54 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Boston, South Africa, 1992, 236 ss. Una posizione del tutto particolare è, poi, assunta dal CASAVOLA, *Emptio pondere, numero, mensura*, *op. cit.*, 549 ss.: l’autore propone, sostanzialmente, di non considerare, per il diritto romano, la distinzione tra vendita di cosa specifica e di cosa determinata solo nel genere, sostituendola con la bipartizione tra vendita di quantità e vendita di cose singole. Tale ricostruzione, che non ha convinto certa dottrina (si veda TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1993, 360, n. 574, e letteratura ivi richiamata), pare volta più ad evitare il problema che ad affrontarlo in una chiave realmente innovativa.

posta in termini netti e semplicistici, trovare un punto d'approdo definitivo: perché in realtà le fonti non riportano, come è stato innumerevoli volte notato in dottrina, alcun esempio sicuro di un simile negozio, non rinvenendosi in esse alcun caso certo di negozio formale di vendita che avesse ad oggetto un insieme di cose isolato attraverso il riferimento all'appartenenza di genere.

La discussione finisce, quindi per svilupparsi su due piani paralleli; per un verso, gli autori si sono sforzati di interpretare il silenzio delle fonti sul punto; per altro verso, s'è tentato di rinvenire indizi per così dire indiretti dell'esistenza di un'ipotetica vendita di genere e della sua non estraneità, anche teorica, rispetto all'elaborazione romana della figura dell'*emptio venditio*.

In questa sede, occorre sviluppare alcune riflessioni rispetto ad entrambi questi piani argomentativi.

Quanto alla prima questione, le fonti narrano, ad esempio, di casi nei quali si procedette alla vendita di quantità di vino, di legname, di olio, nell'ambito di vicende che, intuitivamente, appaiono suscettibili di sussunzione nel concetto di vendita generica. Nel solco di questa considerazione, ci si è, in passato, sforzati di individuare, proprio in quella casistica riportata dalle fonti, alcuni esempi certi di vendita di cosa generica propriamente intesa, quantomeno nella sottospecie riferibile al *genus limitatum*<sup>54</sup>; e di tale tentativo s'è ritenuto di aver conseguito esito positivo che troverebbe riscontro in taluni esempi dei giuristi<sup>55</sup>. Ma un attento vaglio

---

<sup>54</sup> E' da condividersi, al riguardo, lo scetticismo del TALAMANCA, *op. cit.*, 361, il quale osserva che "non hanno rilevanza quei passi, in cui si parla della vendita di una certa quantità di cose fungibili (...) senza che si indichino quali siano stati i concreti referenti dell'operazione, dato che potrebbe trattarsi sia del caso di una vendita di una partita di merce preventivamente sottoposta ad un processo di individuazione (e da considerarsi, dunque, cosa di specie) sia – preferibilmente – di quello di prestazione di cose di genere da eseguirsi mediante prelievo da una determinata provvista dal genere stesso".

<sup>55</sup> Si ricordano usualmente al riguardo pretese vendite generiche, quantomeno riconducibili all'idea del *genus limitatum*, di legname (Paul., 3 *epit. Alf.*, D. 18, 6, 15, 1) o di olio (Diocl. et Max., C. 4, 50, 7) o di *triticum Africanum optimum* (Ulp., 60 *ad ed.*, D. 5, 1, 19, 1). Gli esempi, tuttavia, non appaiono decisivi in quanto, di volta in volta, non è possibile sapere se la vendita fosse a effetto immediato o meno e se le cose fossero intese e trasferite come *species*; a volte, quest'ultima soluzione appare la più verosimile. In quest'ultimo senso, quanto alla vendita descritta da Paolo nel passo sopra citato, si veda il lavoro del THIELMANN, *Traditio und Gefahrübergang*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*

critico di quegli stessi passi non può realisticamente condurre a conclusioni dirimenti; perché, come accade anche per altri esempi che ci sono stati tramandati, non v'è modo di capire, in effetti, se quelle contrattazioni avessero ad oggetto una cosa definita nel genere o una scorta intesa come cosa specifica, e su questo punto, tanto decisivo quanto inafferrabile, la discussione tornerebbe ad involuparsi per sempre<sup>56</sup>.

Silenzio delle fonti sul tema della vendita generica significa, dunque, a nostro giudizio, non solo carenza di riferimenti esemplificativi espressi alla medesima, ma soprattutto impossibilità materiale di rinvenimento di testimonianze certe dell'esistenza di un simile concetto di vendita nel diritto romano, e, dunque, assoluta incertezza sul punto.

Passando alla seconda questione cui mi riferivo in principio, una tradizionale, consolidata e piuttosto diffusa opinione dottrinale tende a negare l'esistenza, in seno al diritto romano classico, di una vera e propria vendita di cosa definita solo attraverso il riferimento ad un genere di appartenenza. L'argomentazione supera il problema del silenzio dando il massimo rilievo a quanto, invece, si considera pressoché assodato in relazione alle origini della compravendita romana, diffidando che il suo sviluppo in fasi più evolute possa aver condotto a quel massimo grado di astrazione che, in fondo, l'idea della vendita di cosa generica comporta.

Non è questa, evidentemente, la sede per esaminare a fondo i complessi problemi che gli storici del diritto hanno ampiamente indagato con riguardo allo sviluppo e alla struttura della vendita romana. Ci limiteremo a dei cenni relativi al nostro specifico tema; e per fissare l'attenzione, in chiave

---

*für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1989, 106, 292 ss.

<sup>56</sup> In verità, come meglio esporremo in seguito, a chi scrive continua a sembrare più verosimile l'opinione di quanti negano che il diritto romano, quantomeno ancora in epoca classica, abbia propriamente conosciuto la vendita di cosa generica. Nel silenzio delle fonti sul punto, v'è un argomento che mi pare renda più resistente tale opinione rispetto ad altre impostazioni di pensiero. Mi riferisco ad una certa importanza da attribuirsi, in assenza di significativi referenti contrari, al dato – questo sì, certo – per il quale la compravendita romana pare abbia conservato, nel corso della sua storia, almeno per certi aspetti una radicata adesione alle proprie origini, all'idea dello scambio contestuale di cosa contro prezzo. Fu soprattutto quest'idea a frenare, almeno per talune caratteristiche, lo sviluppo dell'istituto nel senso dell'astrazione dell'impegno traslativo, che pure raggiunse e oltrepassò la soglia della vendita con effetti meramente obbligatori. Il punto è ben evidenziato nel discorso complessivo sul tema della vendita romana tratteggiato dallo ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, op. cit.*, 236 ss.

sintetica, su un solo problema, finiremo inevitabilmente con il tralasciarne molti altri, seppure parzialmente connessi, ai quali è possibile agevolmente accostarsi attraverso la lettura di talune trattazioni di carattere generale che paiono, a tutt'oggi, insuperate<sup>57</sup>.

Il dato di partenza, reso maggiormente verosimile dai riferimenti operati al riguardo dagli stessi giureconsulti romani, consiste nel carattere di contestualità di scambio e realtà di effetti che dovette caratterizzare la più antica forma romana di compravendita. E' da ritenere che la funzione socio – economica della vendita si sia estrinsecata, nel diritto romano arcaico, in un negozio che si sostanziava in uno scambio fisico e contestuale della cosa contro il prezzo; di ciò rimase un segno tangibile nell'idea posta alla base della *mancipatio*, che, infatti, una volta evolutasi, venne indicata come una *imaginaria venditio*<sup>58</sup>: dove quell'*imaginaria* richiamava qualcosa (di non immaginario) che era stato, in passato, alla radice del fenomeno della vendita<sup>59</sup>.

Vendere e comprare erano verbi che, a quel tempo, dovevano assumere un significato solamente sul piano dell'*hic et nunc*, solamente nella dimensione dei diritti reali<sup>60</sup>. Lo strumento della compravendita serviva a trasferire la proprietà della cosa, e il problema finiva con l'essere solo quello del momento del passaggio della proprietà sulla stessa. E tale momento si faceva coincidere con quello del pagamento del prezzo, della corresponsione dell'*aes rude* per avere la *res empti*. Ciò avveniva in quanto non si ammetteva che l'accordo raggiunto dalle parti avesse una valenza obbligatoria. Ecco che, come attenta dottrina ha osservato, attraverso il

---

<sup>57</sup> Tra queste trova certamente posto quella del TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, *op. cit.*, 303 ss. ove l'autore ripercorre, in un quadro ad un tempo ampio e sintetico, ma sempre chiaro e convincente, la storia delle vicende cui in questa sede possiamo solo accennare. Con riguardo al nostro specifico punto di vista, è di fondamentale rilevanza anche la trattazione dell'ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, *op. cit.*, specie 590 ss.

<sup>58</sup> Gai. 1, 113, 119.

<sup>59</sup> Su questi problemi, per un quadro d'insieme, si veda quantomeno il fondamentale lavoro di KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, München, 1971, 131 ss.; 413 ss. e successive edizioni dello stesso.

<sup>60</sup> Il punto è ben chiarito dall'ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, *op. cit.*, 593, laddove l'autore precisa che l'antica vendita romana non era suscettibile di produrre alcun *Leistungsprogramm*.

rilievo decisivo dello scambio di cosa contro prezzo si evitavano “quelle complicazioni che potrebbero derivare dal passaggio della proprietà stessa, senza che il trasferente acquisti, per il solo fatto di tale volontario passaggio, un diritto di credito per il prezzo non ancora versato”<sup>61</sup>.

Ora, è noto che, da un sistema simile, si passò poi, quantomeno dal III secolo a.C., alla *emptio venditio* consensuale e obbligatoria, dunque all’impiego di uno strumento assai diverso rispetto a quell’arcaico sistema di scambio contestuale, con uno scarto evolutivo, anche sotto il profilo teorico, assai notevole, le cui dinamiche, ragioni e progressioni sono state indagate in maniera estremamente ampia dalla dottrina romanistica, al punto di poter dire che la storia degli studi sulla compravendita romana è in gran parte storia dell’indagine di questo problema complesso e sostanzialmente mai ben chiarito, vale a dire il problema della ricostruzione del percorso che portò a congiungere il momento anteriore, quello della compravendita a dinamica contestuale e effetti reali, con il momento posteriore della *emptio venditio* consensuale e obbligatoria<sup>62</sup>.

Molte teorie sono state proposte per spiegare una simile evoluzione e un tanto radicale mutamento; teorie alle quali occorre fare cenno per comprendere, quantomeno, i caratteri e la portata del problema.

Taluni autori<sup>63</sup> hanno ritenuto di trovare la base della spiegazione della dinamica di sviluppo della compravendita romana in una estensione ed evoluzione della figura della *mancipatio*, che da atto non propriamente

---

<sup>61</sup> TALAMANCA, *op. cit.*, 304.

<sup>62</sup> In dottrina, sebbene la letteratura in merito sia sterminata, mi sentirei di segnalare, oltre alle altre trattazioni citate nelle note successive, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, *op. cit.*, 54 ss.; PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, e CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, entrambi in AA.VV., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991, I, 34 ss. e II, 415 ss. Interessante la risalente trattazione del KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1902, 612 ss., che ricostruisce il fenomeno dell’evoluzione della compravendita come tutto interno al diritto romano per così dire “puro”, senza ritenere decisivo ai fini dell’introduzione del consensualismo nella vendita alcun influsso dell’ampliamento dei traffici commerciali.

<sup>63</sup> E’ la tesi del MEYLAN, *La g n se de la vente consensuelle romaine*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1953, 133 ss., poi ripresa, in ampia misura, da un suo allievo, lo STURM, *Origine et évolution de la mancipation Synthèse rétrospective de l’enseignement de Ph. Meylan*, in *Mélanges Piotet*, Berna, 1990,, 567 ss.

traslativo della proprietà<sup>64</sup>, bensì solo della disponibilità materiale del bene, si sarebbe trasformata, nel tempo, in fattispecie di carattere obbligatorio, astraendosi, di fatto, da quelle dimensioni di atto prettamente concreto che si ritiene abbia costituito il perno dell'arcaica vendita romana<sup>65</sup>.

Tale teoria è stata presentata in molteplici varianti, accomunate, parrebbe, dall'idea che all'origine dell'accordo-base della vendita obbligatoria sarebbe stata, appunto, la struttura della *mancipatio*, rivisitata e, per così dire, aggiornata onde risultare applicabile, ad esempio, alla vendita di immobili<sup>66</sup>; in tal caso l'*emptio* non avrebbe più, di per sé, condotto all'ottenimento della vera e propria disponibilità del bene, ma avrebbe generato solamente una obbligazione in tal senso. Teorie di questo genere, si è rilevato in dottrina, risultano del tutto arbitrarie rispetto al contenuto delle fonti, nelle quali non pare possibile trovare alcun indice convincente in tal senso<sup>67</sup>.

Altri ha cercato, attraverso una ricostruzione suggestiva, di ricondurre l'evoluzione della compravendita romana ai rapporti tra diritto privato e diritto pubblico, argomentando nel senso che il modello della vendita consensuale romana tra privati sarebbe stato ricalcato sullo schema delle vendite pubbliche concepite in ambito erariale<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Ai fini dell'acquisto della proprietà, si ritiene, nella ricostruzione, occorresse il decorrere di una sorta di termine prescrizione, al di là del quale l'*usus* si sarebbe mutato, appunto, in effettiva titolarità del bene. Il Meylan, qui, è costretto, come in svariati altri punti, a operare sulle fonti un dubbio intervento di carattere ortopedico, la cui fondatezza rimane indimostrata. Osserva il TALAMANCA, *op. cit.*, 308, in un breve commento alla tesi in discorso, che “nei relativi *verba* [della *mancipatio*] era per il Meylan assente l'affermazione solenne di proprietà che apre il formulario della *mancipatio* come noi lo conosciamo”. In qualche modo, dunque, oltre che al di là delle fonti, la tesi tende a portare anche contro le medesime, sollevando ulteriori perplessità.

<sup>65</sup> Di tutta questa fase, tuttavia, non v'è alcuna testimonianza che possa suffragare gli argomenti della tesi. Il Meylan, nei suoi scritti, era costretto a superare tale grave ostacolo affermando che le parti dei formulari atti a dimostrare i suoi assunti sarebbero andati perduti nelle varie fasi della trasformazione dell'istituto in parola, non risultando, in pratica, più necessari. E' inutile sottolineare come anche queste siano affermazioni, in effetti, del tutto arbitrarie.

<sup>66</sup> Ciò stante il fatto che, per l'autore che ha elaborato la tesi in discorso, la fase arcaica della *mancipatio* avrebbe avuto ad oggetto solamente cose mobili.

<sup>67</sup> Si vedano quantomeno, sulle critiche alla tesi del Meylan, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, *op. cit.*, 51 ss.; LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 911 ss.

<sup>68</sup> E' la teoria portata avanti in Italia dal Cancelli, che riprendeva, tuttavia, quella, più risalente e famosa, di Theodor Mommsen. Il CANCELLI, *L'origine del contratto*

Nel tentativo di ricostruzione di un simile legame, si è posto l'accento sul fatto che le vendite pubbliche, dette *auktiones*, non richiedevano quei particolari requisiti di forma che venivano richiesti, invece, al fine di perfezionare la vendita tra privati: ciò ha portato a ritenere possibile una sorta di applicazione analogica delle caratteristiche delle vendite pubbliche alle vendite tra privati, fatto che sarebbe stato determinante nell'evoluzione e nello sviluppo della vendita consensuale<sup>69</sup>.

Ma la tesi trova il suo punto debole, oltre alla solita incognita legata all'assenza di prove concrete al riguardo e di tracce nell'ambito delle fonti<sup>70</sup>, nella considerazione secondo cui non pare esattamente rispondente al vero che le *auktiones* fossero negozi non formali; esse richiedevano sì formalità diverse rispetto alla vendita tra privati, ma ciò, evidentemente, non equivale a dire che per esse non fossero chiesti dei requisiti di forma: il che sminuisce di molto la portata e il rilievo dell'idea che voleva le *auktiones* come avanguardie del sistema puramente consensuale di trasferimento dei diritti. Se a questo si aggiunge, come è stato osservato in dottrina, che l'effetto delle *auktiones*, per di più, non era nemmeno meramente obbligatorio<sup>71</sup>, l'intera struttura della tesi comincia a incrinarsi

---

*consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, 116 ss., struttura la sua tesi soprattutto su di una puntuale documentazione del percorso, per così dire, parallelo compiuto nel tempo dalla vendita privatistica e dalle *auktiones* pubblicistiche. Per la teoria originaria del MOMMSEN, si veda il lavoro dello stesso, *Die römische Anfänge von Kauf und Miete*, in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, 132 ss.

<sup>69</sup> In senso critico, a vario titolo, verso la tesi del Cancelli, e quindi verso quella del Mommsen, si sono pronunciati WIEACKER, *Recensione* [all'opera di Cancelli], in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1964, 444 ss.; LUZZATTO, *op. cit.*, 907 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, *op. cit.*, 49 ss.; TALAMANCA, *op. cit.*, 309 e ulteriori bibliografie citate da questi.

<sup>70</sup> Critica alla quale il LUZZATTO, *op. cit.*, 908, aggiunge una considerazione di carattere prettamente storico che finisce, però, col minare il nucleo essenziale della teoria del Mommsen; la considerazione, cioè, secondo cui lo sviluppo delle aste erariali si sarebbe svolto, in realtà, in un momento successivo a quello al quale Mommsen e Cancelli legavano la loro tesi, creandosi così una discrasia temporale difficilmente conciliabile con uno sviluppo comune delle figure di vendita pubblica e privata. Cade, qui, l'idea centrale della tesi: perché evidentemente l'ipotesi che le vendite erariali avessero costituito un esempio sul calco del quale si sarebbe instaurato il "nuovo corso" della compravendita consensuale sembra implicare necessariamente che il diffondersi delle prime, con i caratteri loro peculiari, sia stato anteriore o quantomeno contemporaneo al mutamento intervenuto sulla seconda.

<sup>71</sup> TALAMANCA, *op. cit.*, 309, sottolinea che "caratteristica delle *auktiones* dell'erario, quando si trattasse di compravendita e non di contratti di appalto o di affitto, era (...)

pericolosamente, lasciando non pochi dubbi in merito alla sua validità e, in definitiva, all'impianto stesso sul quale essa si fonda.

Maggior seguito ha comprensibilmente avuto, invece, la teoria secondo cui la vendita consensuale obbligatoria si sarebbe sviluppata attraverso un particolare impiego della figura della *stipulatio*<sup>72</sup>.

Secondo questa tesi – quantomeno nelle sue proposizioni fondamentali, lasciando qui da parte le molteplici varianti – si sarebbe avuta una sorta di mutazione genetica all'interno del sistema traslativo dei diritti, dove elementi dell'arcaica vendita si sarebbero fusi con l'agile e versatile strumento delle *stipulationes* reciproche.

Attraverso una progressiva applicazione pratica dello strumento delle stipulazioni alle finalità della vendita, sarebbe sorta l'*emptio venditio consensu contracta*, che avrebbe trovato un suo assetto abbastanza stabile alla fine dell'epoca della Repubblica.

La tesi che trova nella *stipulatio* la chiave di volta del problema dell'evoluzione della compravendita romana, se non risulta del tutto persuasiva, quantomeno risulta congruente, verosimile e immediatamente comprensibile; la *stipulatio* era negozio attraverso il quale si potevano promettere prestazioni del più vario contenuto: potevano darsi stipulazioni aventi per oggetto un dare ovvero stipulazioni finalizzate ad un fare o persino ad un *non facere*, stipulazioni di un *certum* e di un *incertum*. A ciò

---

l'efficacia reale dell'*addictio* magistratuale, eventualmente subordinata al pagamento del prezzo od alla dazione di garanzia per lo stesso, senza che, però, si venisse a creare mai una posizione debitoria dello Stato venditore, tenuto a *possessionem tradere*".

<sup>72</sup> La tesi ha riscosso il favore di numerosissimi autori nell'arco di un secolo, sia in Italia che all'estero. Espressa in molteplici varianti, essa ha finito con il trasformarsi in un *topos* della dottrina romanistica, per la sua forza di suggestione e la verosimiglianza degli asserti di base non facilmente contestabili anche se nemmeno agevolmente verificabili. Si vedano, a mero titolo d'esempio, WATSON, *The Origin of Consensual Sale: A Hypothesis*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1964, 245 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, *op. cit.*, 58 ss. e ID., *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano*, in *Festschrift Koschaker*, II, Weimar, 1939, 157 ss.; DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945, 5; GIRARD, *Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain*, II, Paris, 1923, 48 ss.; JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1889, II, 2<sup>4</sup>, 549 ss. e III, 1<sup>5</sup>, 1906, 201 ss. Alcuni autori, nel tempo, dopo aver aderito inizialmente alla tesi, hanno mutato avviso; tra questi il TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954, 110 ss. e ID., voce *Vendita (dir. rom.)*, *op. cit.*, 306.

si aggiunga che la stipulazione poteva essere realizzata con l'impiego di varie lingue, ed era accessibile ai peregrini.

Appaiono, allora, anche solo *prima facie*, chiare le ragioni che possono aver portato certa dottrina a ritenere che proprio dall'evoluzione di un negozio così versatile, così suscettibile di ampia diffusione perché strutturalmente e contenutisticamente duttile, sia potuta derivare la vendita consensuale nella sua configurazione definitiva<sup>73</sup>.

Anche qui si tratta, tuttavia, più di suggestioni e intuizioni che di conseguenze dedotte da dati concreti cristallizzati nelle fonti. Certamente si può ritenere che gli effetti delle vendite di tipo obbligatorio, quali la vendita di cose generiche, potessero essere conseguiti attraverso l'impiego dello strumento della *stipulatio*<sup>74</sup>: e su questo punto, in effetti, la dottrina ritiene di avere individuato precisi riscontri testuali, che documenterebbero prassi in tal senso<sup>75</sup>.

Ma questo non equivale a dire che la *stipulatio* sia stata la figura dalla quale si sarebbe sviluppata la vendita consensuale, in quanto il diritto romano era pieno di forme sostitutive della vendita, che consentivano il passaggio della

---

<sup>73</sup> Sebbene taluni (si veda ad esempio il LUZZATTO, *op. cit.*, 908) abbiano ritenuto di ravvisare nell'unilateralità dello strumento stipulatorio un ostacolo ad un impiego della *stipulatio* così ampio quale quello cui accenno nel testo, tale obiezione pare vanificata, a ben guardare, dal tenore stesso degli esempi riportati nelle fonti; con un convincente supporto delle fonti, il TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, *op. cit.*, 306, rende conto della versatilità delle stipulazioni attraverso un efficace riferimento anche all'"impiego di *stipulationes* configurate in modo tale da poter far giocare – nella produzione delle rispettive *obligationes verbis contractae* – anche i profili derivanti dall'interdipendenza delle prestazioni quale, più o meno marcatamente, si manifesta nel contratto consensuale di società e non solo di vendita".

<sup>74</sup> Sul tema risultano particolarmente interessanti, e di estrema importanza ai fini del nostro discorso, le considerazioni del CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003, specie 198 ss. L'autore dà conto, tra l'altro, delle discrasie tra le posizioni dei singoli giuristi in merito al tema della definizione del *genus in obligatione deductum*, e svolge delle significative riflessioni in merito alle gravi questioni ermeneutiche che si legano all'imperfetta determinazione dell'oggetto al centro della vicenda traslativa. Questo profilo, in particolare, sarà ripreso nel capitolo III del presente lavoro.

<sup>75</sup> Per l'indicazione di tali fonti, si rinvia ad ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, *op. cit.*, 63 ss. Un'articolata opera esegetica avrebbe rinvenuto tracce a suffragio della tesi anche nei cosiddetti formulari catoniani, testi contenenti una sorta di raccolta di modelli di *proscriptiones* probabilmente riferiti alle vendite ad incanto. Su questo specifico tema, evidentemente troppo complesso e specialistico per essere trattato in questa sede, si veda lo studio di VON LÜBTOW, *Cato leges venditioni et locationi dictae*, in *Eos*, 1956, 3, 227 ss.

proprietà attraverso dinamiche anche diverse da quella propriamente realizzata attraverso la *emptio venditio*. E se si è esattamente osservato come “l’assunzione mediante *sponsio* o *stipulatio* dell’obbligazione di pagare il prezzo era lo strumento che, se non scambiamo il nostro modo di vedere con quello dei Romani, doveva spontaneamente apparire il più semplice e il più adeguato per garantire il venditore, nel caso in cui il compratore non potesse pagare immediatamente il prezzo in epoca precedente al riconoscimento dell’*obligatio consensu contracta*” è importante anche sottolineare che “ancora in piena epoca classica si hanno vari passi che mostrano come, anche al di fuori di situazioni particolari (...), le parti addivengano a stipulazioni che sostituiscono in tutto od in parte, od eventualmente si aggiungono, al regime delle *actiones empti e venditi*”<sup>76</sup>.

A tacere del resto, tale permanere dell’alternatività dello schema operativo volto a conseguire il risultato avuto di mira delle parti, non milita nel senso di far ritenere che proprio da uno degli strumenti attraverso cui si sopperiva alla mancanza della figura della vendita obbligatoria si sia passati, attraverso passaggi che rimarrebbero comunque ignoti e di cui non vi sarebbe in ogni caso alcuna documentazione testuale, alla creazione della stessa<sup>77</sup>.

Ora, senza voler esprimere alcun argomentato e puntuale giudizio in merito alle teorie delle quali pare in questa sede giusto rendere conto – risultando tale disamina, in fondo, esorbitante rispetto all’economia del presente lavoro – va segnalato come sembri, nel complesso, più convincente l’opinione di quanti hanno scorto nella vendita consensuale semplicemente una creazione del diritto magistratuale, prodotto dell’opera del pretore, “il quale concedeva azioni non rilevanti dal sistema del *ius civile* a tutela delle

---

<sup>76</sup> TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, *op. cit.*, 307.

<sup>77</sup> Si veda su questo aspetto, che riterrei essenziale, molto concisamente ma chiaramente TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, *op. cit.*, *ibidem*, “...bisogna (...) prendere le distanze da un’accentuazione della portata di questa prassi che voglia configurarla come il tramite per il riconoscimento della *emptio venditio* consensuale nei rapporti tra *cives* (...). Il ricorso alle reciproche stipulazioni era uno dei modi in cui si poteva sopperire all’assenza della vendita (consensuale e) obbligatoria, ma non è stato certamente il tramite che ha condotto all’*obligatio consensu contracta*”.

aspettative creditorie derivanti da transazioni di compravendita non formalizzate con una *mancipatio* né assicurate mediante una *stipulatio*<sup>78</sup>; e non è impensabile che proprio l'opera pretoria di creazione evolutiva di nuovi strumenti giuridici sia stata influenzata, con riguardo allo specifico tema della vendita, dagli elementi posti dagli studiosi al centro delle diverse tesi cui si è fatto cenno, nell'ottica di un'evoluzione progressiva realizzatasi attraverso il passaggio graduale attraverso varie fasi, delle quali, per vero, manca una puntuale documentazione.

Con il trascorrere dei secoli e la considerazione del complesso del funzionamento del sistema e dell'evolversi delle sue finalità, dimensioni e dinamiche, non sembra improbabile che le scelte dei pretori siano state in qualche modo orientate dalla diversità formale delle *functiones*, dai mutamenti intervenuti nella *mancipatio* e dalla dimostrata versatilità pratica delle *stipulationes* e così via, sino a delineare una figura giuridica di vendita assai diversa dall'arcaica vendita *inter presentes* pensata e conclusa con contestuale scambio di cosa contro prezzo senza che vi potesse essere assunzione di obbligazioni a trasferire in un secondo momento la titolarità del bene o a differire il pagamento del corrispettivo.

Sembra, in sostanza, probabile che l'evoluzione del sistema giuridico abbia condotto allo sviluppo di una serie di figure e strumenti diversi e più sofisticati, attraverso semplificazioni, ridefinizioni e rimodulazioni delle categorie un tempo assunte come tradizionali, la morfologia e l'essenza delle quali sarebbe rimasta alterata, in un processo di mutazione e rinnovamento<sup>79</sup>. E le vicende della vendita sarebbero da collocarsi e valutarsi proprio all'interno di una simile ottica di trasformazione progressiva e di adattamento ai tempi nuovi, quando occorreva ormai dare risposta ad esigenze e sensibilità precedentemente ignote.

---

<sup>78</sup> TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, 309.

<sup>79</sup> Non era su questo piano assurda, e anzi conteneva, a mio giudizio, non pochi elementi di plausibilità, per la parte in cui descriveva uno sviluppo graduale di per sé indimostrabile se non attraverso le esemplificazioni che ne avrebbero costituito traccia, la oramai piuttosto risalente tesi del PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, 445 ss.

Se questa ipotesi non ci pare avventata, è anche perché essa riflette, in definitiva, una dinamica che non sarebbe stata, in questo senso, peculiare del mondo romano, costituendo, l'evoluzione del sistema attraverso trasformazioni fondate su prassi ripetute e scelte giurisprudenziali, un dato comune in ogni epoca e, vorremmo dire, anche prepotentemente attuale<sup>80</sup>.

Venendo, poi, al nostro specifico tema d'indagine, è da chiedersi, una volta esposte sommariamente le principali tesi in materia di evoluzione della compravendita romana, se sia pensabile che tale evoluzione si sia spinta fino ad ammettersi una compravendita in senso proprio di merci che le parti avessero determinato solo con riferimento all'appartenenza ad un genere.

Una tale evoluzione avrebbe voluto dire andare persino oltre il principio dell'*obligatio consensu contracta*, spingersi ad un'ulteriore soglia di astrazione, lasciando da parte, oltre alla realtà degli effetti, anche la perfetta determinazione dell'oggetto dell'impegno.

La migliore e più onesta risposta al quesito, la più rispettosa del tenore delle fonti e dell'insieme delle riflessioni degli studiosi, è che non è dato sapere se mai il diritto romano classico giunse ad ammettere la vendita su cosa generica intesa come operazione con finalità traslativa da attuarsi su un *genus* puro.

Per parte nostra, riteniamo di esprimere solamente due riflessioni al riguardo.

La prima è che ci sentiamo d'accordo con quella dottrina la quale ha osservato che, con riguardo al sistema delle fonti, degli esempi sensati con riguardo al nostro tema si possono riscontrare solo se il *genus* della determinazione è quello che la dottrina moderna denomina *genus limitatum*<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Per una riflessione in chiave generale su questa prospettiva di lettura delle cose, e in particolare sull'evoluzione dei sistemi e sulla perdita, o quantomeno la modificazione dell'identità degli stessi, si veda, di recente, l'affascinante lavoro di VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, 2007, *passim*.

<sup>81</sup> CANNATA, *op. cit.*, 200 ss. affronta il tema trattando della *stipulatio*. Chi scrive, invero, si sente altresì di condividere, più in generale, un'altra fondamentale osservazione dell'autore, quella che richiama l'attenzione sulla necessità di una certa delimitazione del genere ai fini della sensatezza economica dell'operazione che le parti pongono in essere. E', questo, un aspetto centrale nell'economia del nostro lavoro, sul quale torneremo nei capitoli successivi. Afferma giustamente il Cannata come "è evidente che, nella

La seconda è che, paradossalmente, se la presenza dell'*emptio venditio* consensuale e obbligatoria è da considerare come la caratteristica peculiare della fenomenologia della compravendita nell'esperienza giuridica romana<sup>82</sup>, distanziandola da altre esperienze dell'antichità proprio in relazione alla differenziazione che venne a crearsi tra contratto produttivo di effetti obbligatori e atti traslativi della proprietà<sup>83</sup>, è proprio l'insieme di tale straordinaria e documentata evoluzione e del silenzio sulla compravendita generica vera e propria a far pensare che a quest'ultima non si sia, in seno a quel sistema, mai realmente giunti.

E non paiono infondate le osservazioni di quanti ritengono che un'attitudine, per così dire, conservatrice con riguardo al tema che stiamo esaminando potesse trovare contemporaneamente ragioni storiche e ragioni concrete ed attuali<sup>84</sup>, e che le prime si siano fuse con le seconde, facendo sì che non si giungesse alla formalizzazione dell'idea di vendita conclusa su cosa generica per un insieme di ragioni più sottintese che realmente espresse e meditate.

In questa prospettiva, per un verso i giuristi romani potrebbe essere stati indotti a continuare a ritenere inconcepibile ciò che, da un certo tempo in poi, doveva essere, invece, divenuto teoricamente possibile: essi avrebbero, in sostanza, perpetuato una restrizione del concetto di vendita che, applicato ad una economia risalente e fondata sugli scambi *inter presentes*, aveva

---

*normalità dei casi almeno, un oggetto determinato col solo genere (genus illimitatum) e la quantità non è soggetto a perimento: se io prometto 10 litri di vino, qualunque cosa accada ci saranno sempre al mondo 10 litri di vino disponibili; diversamente, se io prometto 10 litri di vino prodotto dalle mie vigne, perché qui il genus è limitatum, circoscritto in un insieme che può perire. Ora, anche con riguardo alla sensatezza economica della definizione dell'oggetto della stipulazione in se stessa, è ovvio che la promessa di dare "uno schiavo fra quelli della mia familia", "un cavallo della mia stalla", e persino "un fondo tra quelli appartenenti alla lottizzazione effettuata sul versante sud di tal collina" diventano indicazioni economicamente accettabili". La questione, che ci pare di estrema importanza e di rilevante interesse, sarà ripresa con riguardo al diritto moderno.*

<sup>82</sup> In questo senso si veda TALAMANCA, *op. cit.*, 303.

<sup>83</sup> Sulle vicende storiche della bipartizione tra *titulus e modus acquirendi* si veda quantomeno FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, Basilea, 1952, 90 ss.

<sup>84</sup> Si veda, sull'idea secondo cui i Romani avrebbero, da una certa epoca in poi, avvertito non tanto la necessità di un mutamento di sistema, quanto più il bisogno di una vendita a realizzazione differita, anche il GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli, 2001, 882 ss.

costituito una delimitazione ovvia e naturale, mentre non lo sarebbe più stata in un tempo successivo e in un mercato strutturato anche sulla dinamica degli scambi a distanza e degli impegni da eseguirsi in un momento differito<sup>85</sup>.

Per altro verso, è da ritenere anche che l'esigenza di uno strumento quale la vendita di cosa generica non si ponesse in termini pressanti. Da un lato, le vendite di tipo tradizionale dovettero continuare a costituire il paradigma di riferimento e le operazioni più praticate anche nel tardo diritto romano; d'altro lato, attraverso il ricorso allo strumento delle *stipulationes* doveva essere possibile ottenere un risultato molto simile a quello di una vera e propria vendita di cosa generica, senza la necessità di coniare un apposito strumento a tal fine<sup>86</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, occorre tenere conto che anche il diritto romano conobbe, per tutta la sua storia, quelle forme sostitutive cui ci siamo riferiti precedentemente, presenti, solitamente, laddove il modello tipico della vendita pare escludesse il negozio concluso su cosa generica. Si trattava di forme sostitutive che andavano anche ben al di là dello strumento delle *stipulationes* semplicemente intese, le quali, certo, dovettero rimanere

---

<sup>85</sup> Si veda sul punto ZIMMERMANN, *op. cit.*, 238, ad avviso del quale, con riguardo al permanere, anche nel tardo diritto romano, di talune caratteristiche della vendita arcaica, si deve osservare che “*One of these features was the fact that the sale of generic goods never came to be accommodated within the framework of emptio venditio by the Roman lawyers. As a matter of course, every sale in the olden days was the sale of one or a number of specific things; for in a system where the parties get together on the marketplace and exchange their performances on the spot, it is evident that the object of the sale are those specific items which the vendor has actually brought along. A generic sale, under these circumstances, is a logical impossibility. The lawyers, however, retained what had once been a natural restriction, even at a time when it had become possible to envisage and conceptualize this type of transaction.*”

<sup>86</sup> ZIMMERMANN, *op. cit.*, *ibidem* osserva giustamente che “*there does not seem to have been a great practical need for the purely generic emptio venditio. Big business (and whoever else might have been involved in such transactions) could (and actually did) avail itself of two stipulations in order to achieve the same practical result That was convenient enough and it also allowed the parties to stipulate, in the same breath, all the terms they deemed necessary in the individual circumstances*”. L'autore riprende qui un pensiero non nuovo in dottrina, già espresso con chiarezza da SECKEL, LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 47, 1927, 137 ss.

comunque il più diffuso e nitido strumento sostitutivo, in virtù di quella versatilità sulla quale ci siamo soffermati<sup>87</sup>.

Non ci soffermeremo a lungo su tali forme sostitutive; risultando esse le più disparate, riteniamo opportuno e necessario descrivere solo le principali.

Basti dire che esse si sostanziavano, ad esempio, nella conclusione di accordi per una fornitura successiva di merci, non necessariamente presenti ancora nella sfera di dominio del debitore, accordi costruiti in maniera tale che, ad un patto di inesigibilità per un certo periodo di tempo, se ne aggiungesse un altro posto a garanzia del creditore, attraverso la previsione di una sanzione autonomamente stabilita dalle parti<sup>88</sup>. In pratica, il futuro fornitore delle merci otteneva una somma di denaro a titolo di anticipo, in relazione alla sua promessa, la quale, per il momento, non si convertiva in effettiva pretesa, rimanendo inesigibile. Dal canto suo, il fornitore si impegnava, per il caso del proprio inadempimento, con una stipulazione

---

<sup>87</sup> Sintomo e prova ad un tempo di quanto si afferma nel testo è costituito dal caso, peculiarissimo, della cosiddetta *stipulatio triticaria*, un negozio che dovette assumere una certa autonomia nel diritto romano, all'interno del *mare magnum* delle *stipulationes*, e che consisteva in uno strumento previsto per i traffici commerciali di cereali. Oggetto immediato della stipulazione era una promessa di granaglie, delle quali occorreva stabilire con precisione qualità, tipo e provenienza, in quanto, secondo certi giuristi, in mancanza di una determinazione più precisa, il debitore avrebbe potuto adempiere anche con gli esemplari peggiori del *genus in obligatione deductum* (si veda, su questo, BERETTA, *Qualitas e bonitas nell'obbligazione di genere*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 9, 1943, 202 ss.). Alla *stipulatio triticaria* era legato l'editto pretorio *De eo quod certo loco dari oportet*, previsto per la determinazione di un luogo definito per l'adempimento dell'obbligo assunto con la stipulazione: di fatto, si fissava la "piazza" di scambio delle merci. Non è ben chiaro come venisse collegata la stipulazione di fornitura delle granaglie con l'impegno a pagare il relativo prezzo. Riflettendo su questo punto, l'ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, *op. cit.*, 601, ritiene improbabile che la vicenda potesse risolversi in un mutuo scambio di stipulazioni per le merci, dall'un lato, e il prezzo, dall'altro, in quanto manca qualsiasi riferimento al riguardo nelle fonti e (fatto che colpisce anche noi) qualsiasi cenno alle discussioni riguardanti le molteplici questioni giuridiche che una tale meccanica operativa avrebbe certamente destato, venendo a modificare, almeno per certi versi, le 'orologerie' della *stipulatio*. L'autore, dunque, ritiene più verosimile, anche considerando le altre forme sostitutive che venivano impiegate al fine di realizzare negozi con finalità traslativa di cose non immediatamente disponibili, che il pagamento delle merci avvenisse al momento stesso della promessa, quasi che il creditore pagasse, appunto, l'impegno. Precisa, quindi, l'Ernst, *op. cit.*, 602, che "Angesichts der Praxis der Lieferungsgeschäfte unter der Geltung anderer antiker Rechte, ist eher anzunehmen, daß auch in Rom das Versprechen späterer Warenlieferung mit einer sofortigen Barzahlung erkaufte wurde, daß also die Pränumeration üblich war. Bei Nichtlieferung reichte dann dem „Käufer“, der vorausbezahlt hatte, die Klage aus der Stipulation. Die Lehrbuchhypothese von den wechselseitigen Stipulationen von Ware und Geld sollten wir fallen lassen".

<sup>88</sup> ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, *op. cit.*, 600 ss.

consistente nella promessa di corresponsione di una ammenda, condizionata all'evento della mancata fornitura di merci. In tal modo, si raggiungeva il risultato di una vendita di cosa generica senza dover ricorrere allo strumento della *emptio venditio* propriamente intesa.

Altra forma sostitutiva di cui è documentato l'esistenza consisteva in un peculiare impiego del *constitutum debiti*, al fine di realizzare l'operazione traslativa di cose determinate in un genere o in una quantità<sup>89</sup>. Sostanzialmente, veniva fornita una somma di denaro in ragione di un prestito ed essa veniva poi restituita dalla controparte, attraverso un mutamento dell'oggetto dovuto<sup>90</sup>, sotto forma di merce. Il debitore, attraverso il *constitutum debiti*, si impegnava a restituire la prestazione corrispondente al valore della somma dovuta sotto forma di una certa quantità di una merce individuata d'accordo con il creditore. In questo modo, si badi bene, l'acquirente della merce risultava tutelato dal fatto che, formalmente, egli risultava creditore di una somma, e qualora il venditore non fosse poi stato in grado di fornire la merce, avrebbe dovuto comunque restituire il denaro che, sulla carta, era stato dato a prestito e che, in realtà, aveva costituito il pagamento della merce stessa.

Ancora, alle ipotesi salienti che qui si sono segnalate, è da aggiungersi il ricorso ad ulteriori strumenti la cui documentata presenza rende verosimile la tesi secondo cui, ancora in epoca piuttosto tarda, il negozio con finalità traslative di beni determinati con riferimento al solo genere non doveva aver assunto propriamente le forme della vendita. In questo senso assumono un particolare interesse certi documenti, di provenienza greca, nei quali si stabiliva, contro pagamento, un obbligo di prestazione di merci in restituzione<sup>91</sup>. Il dato interessante è che quando la giurisprudenza romana venne a contatto con tali documenti, nel III secolo, non li considerò quali vendite rientranti nello schema della *emptio venditio*, bensì affrontò il problema se, alla base di quegli accordi, vi fossero delle stipulazioni valide e perfette oppure ciò che noi oggi chiameremmo dei negozi simulati. Da

---

<sup>89</sup> Si veda ZIMMERMANN, *op. cit.*, 511 ss.

<sup>90</sup> Per un caso del genere, si veda, nelle fonti, D. 13, 5, 1, 5.

<sup>91</sup> Si veda quantomeno KÜHNERT, *op. cit.*, 149 ss.

questo fatto, una dottrina a mio avviso condivisibile ha desunto il dato per il quale, ancora al tempo di Diocleziano, il negozio su cosa generica non veniva considerato alla stregua di una vendita vera e propria, persistendo l'uso esclusivo delle forme sostitutive<sup>92</sup>.

D'altro canto, come considereremo nei capitoli successivi del presente lavoro, l'impiego delle forme sostitutive dava conto anche del fatto che il negozio con finalità traslativa di cose determinata esclusivamente attraverso il riferimento al genere di appartenenza non è sempre e solo, in effetti, espressivo di una mera operazione economica di trasferimento. Occorre ripensare, in questo senso, a quanto s'è accennato all'inizio: il negozio con finalità traslativa di cosa generica può essere letto e inquadrato giuridicamente anche attraverso la ricomprensione di esso in schemi diversi da quello della vendita, perché esso presenta dinamiche causali e caratteri che spesso vanno oltre quelle riferibili ad un mero trasferimento di beni, potendo sovente ricomprendere anche un dovere di procurare, il quale finisce con l'assumere un ruolo centrale, come vedremo, specie in tema di responsabilità del debitore.

Questo aspetto, sul quale ci soffermeremo diffusamente con riguardo al diritto moderno, emerge, in misura embrionale ma con sorprendente chiarezza, già nelle fonti romane, laddove, in talune fattispecie e in circostanze particolari, si affaccia l'idea che l'obbligazione di fornire cose determinate solo nel genere non costituisca un obbligo di dare, bensì piuttosto un obbligo di fare, nel senso, appunto, del procurare<sup>93</sup>.

Narra Livio che, nel corso della seconda guerra punica, l'approvvigionamento delle truppe di stanza in Spagna venne realizzato attraverso degli accordi conclusi con delle società di Publicani, il cui oggetto sarebbe stata una attività, specificata come “*conducere*”<sup>94</sup>. Da ciò, è

---

<sup>92</sup> ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, op. cit., 603.

<sup>93</sup> BEHREND, *Formality and Substances in Classical Roman Law*, in KRAWIETZ, MACCORMICK, VON WRIGHT, *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems, Festschrift für Summers*, Berlin, 1994, 218 ss.

<sup>94</sup> LIVIUS, *Ab urbe condita*, 23, 48-49; la precisa definizione giuridica degli accordi in questione, a metà tra il diritto privato e il diritto amministrativo, presenta degli elementi di dubbio. Afferma l'ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, op. cit., 604, “man kann darin ein der locatio conductio ähnliches Geschäft des

lecito inferire che, tra le forme sostitutive della vendita di genere, non vi furono solamente dei surrogati del dare, bensì anche degli accordi di fare, nella forma di contratti d'opera assimilabili alla *locatio conductio operis*, laddove l'*opus* dedotto in contratto era costituito, appunto, dalla fornitura di merci individuate attraverso il riferimento al genere<sup>95</sup>.

L'episodio risulta particolarmente significativo sia perché esso offre una prova, vorremmo dire, persino plastica dell'ampiezza della latitudine che le forme sostitutive presentavano, sia perché – lo ripetiamo – consente di isolare un aspetto, quello relativo al dovere di procurare, che rende il negozio con finalità traslativa di cosa generica del tutto peculiare e lo pone, a ben guardare, su un piano non propriamente coincidente con quello del contratto di vendita, in quanto l'impegno che sta alla base del primo spesso si pone in termini diversi e, almeno apparentemente, più gravosi di quello che si pone a base del secondo.

Su questi specifici problemi, e sul loro rilievo nel diritto moderno, torneremo in seguito, trattandosi, ora di continuare ad esaminare l'evoluzione del negozio su cosa generica in stretto rapporto con la vendita romana.

Stante, dunque, il quadro di riferimento che si è tracciato, l'atteggiamento scientificamente più congruo rispetto ai dati delle fonti, e dunque quello meno esposto a errori e fraintendimenti, mi parrebbe consistere, per un verso, nella presa d'atto di un dato fattuale e, per altro verso, nel riconoscimento di un dubbio pressoché insolubile.

Sotto il primo profilo, il dato di fatto è costituito dalla presenza, nelle fonti, di casi nei quali oggetto dell'obbligazione viene definito attraverso il

---

‘Verwaltungsprivatrechts‘ sehen“; riprende una osservazione del SIRKS, *Food for Rome, Food for Rome: the Legal Structure of the Transportation and Processing of Supplies for the Imperial Distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam, Gieben, 1991, 31; si veda anche la HÖBENREICH, *Annona – Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz, 1997, 105.

<sup>95</sup> GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen. Drittwirkungen*, op. cit., 223 ss.; ERNST, *Das Lieferungsgeschäft als Vertragstyp*, in LIEB, NOACK, WESTERMANN, HARM, *Festschrift für Zöllner*, Köln, 1999, II, 1115 ss.

riferimento ad una certa quantità di cose fungibili, laddove la determinazione del dovuto avviene per il tramite di un'indicazione quantitativo/qualitativa e non con l'indicazione delle singole, concrete cose dedotte in obbligazione; le ipotesi di tal sorta, inoltre, si bipartiscono tra casi in cui l'oggetto dell'obbligazione viene individuato all'interno di una scorta già nella disponibilità del debitore<sup>96</sup> e ipotesi configuranti, invece, un vero e proprio dovere di procurare<sup>97</sup>.

Quanto al secondo profilo, il dubbio concerne l'inquadramento sistematico del negozio concluso su cosa individuata nel genere, in seno al diritto romano, non essendo possibile, sulla base delle fonti e dei principi, pervenire ad alcuna certezza in merito: se le fonti, come più volte rimarcato, tacciono, in effetti, su ipotesi realmente e chiaramente riconducibili all'idea di una vera e propria "vendita" di cosa generica, i principi cardine della vendita romana – quanto meno riferibili alla sua fase più antica - fanno dubitare della possibilità che l'evoluzione giusprivatistica di allora possa essere giunta a coniugare il meccanismo della vendita con l'idea del debito di genere.

Quanto sin qui riferito concerne, con evidenza, la materia del diritto sostanziale, in una prospettiva volta alla ricerca, nelle singole fonti, nei riferimenti e nelle corrispondenze in esse contenute, delle tracce relative ai singoli istituti privatistici e, nel nostro caso, specificamente alla vendita di cosa generica.

Ma v'è un'ulteriore chiave d'analisi, di fondamentale rilievo, che la struttura del diritto privato romano stessa impone di considerare attentamente, vale a dire quella che muove dai profili processuali, da ricollegarsi alla tutela dei diritti attraverso il sistema delle *actiones*<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Trattasi soprattutto di fattispecie riconducibili alla nota casistica riferibile a quantità di vino contenuto in una data cantina; sul punto, tra i molti, si veda già JÖRS – KUNKEL, *Römisches Privatrecht*<sup>2</sup>, Berlin, 1935, 227ss.

<sup>97</sup> Ne riferisce KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>6</sup>, München – Berlin, 1968, 135; si veda, nelle fonti, quantomeno Paolo, in D. 12, 1, 2,1, laddove si reputa oramai certo, come già precedentemente riferito, che il riferimento fosse alle cose che noi chiamiamo fungibili e non alla definizione generica in sé considerata.

<sup>98</sup> Questo profilo, con riguardo al tema dell'obbligazione generica, è sviluppato efficacemente dal LEMPPENAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, Berlino, 1972, 31 ss. In Italia, la stretta connessione tra le questioni concernenti l'evoluzione dell'*emptio*

Se, per un verso, s'è considerato come non si sia, di fatto, in grado di sapere con esattezza se lo sviluppo della compravendita romana sia mai giunto a ricomprendere in detta fattispecie il negozio a fini traslativi concluso su cosa generica, per altro verso abbiamo anche detto che, in qualche misura, al diritto romano era tuttavia nota la distinzione tra obbligazione su cosa determinata solo nel genere e cosa specifica, nei termini di una variabilità concernente il *quantum* di determinatezza dell'oggetto della prestazione<sup>99</sup>.

Ora, per valutare se la differenza relativa alla determinatezza dell'oggetto dedotto in obbligazione presentasse una qualche ricaduta sul piano della responsabilità del debitore, pare impossibile prescindere dalla considerazione del sistema romano delle *Leistungsstörungen*, il quale, tuttavia presentava una strettissima connessione con quel sistema della tutela dei diritti, peculiare del diritto romano, che si bipartiva, come noto, in azioni di stretto diritto (*actiones stricti iuris*) e azioni di buona fede (*actiones bonae fidei*)<sup>100</sup>.

La distinzione, per quanto specificamente riguarda il nostro tema, va valutata in primo luogo sotto il profilo degli 'spazi di manovra' riservati al giudice nella sua potestà di pronuncia rispetto a quanto richiesto dall'attore e, in secondo luogo, con riguardo al regime dell'impossibilità della prestazione.

Rispetto alle azioni di stretto diritto, il margine di discrezionalità del giudice rispetto alla pronuncia risultava essere molto limitato, in quanto questi poteva semplicemente accogliere o respingere la pretesa attorea, rigidamente cristallizzata nella formula<sup>101</sup>.

Diversamente, nei giudizi di buona fede, laddove la formula era resa aperta dalla clausola, appunto, di buona fede, l'oggetto dell'azione non era fissato

---

*venditio* e i problemi relativi alla nascita e allo sviluppo dei *iudicia bonae fidei* è stata riconosciuta in termini limpidi dal TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, *op. cit.*, 304 e voce *Società in generale (diritto romano)*, in *Enc. del diritto*, XLII, 818 ss.

<sup>99</sup> KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>6</sup>, *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>100</sup> Si veda su questo punto e in generale sulla questione KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>6</sup>, *op. cit.*, § 115, 408 ss.

<sup>101</sup> KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>6</sup>, *op. cit.*, § 114, 405 ss.

con assoluta immutabilità, in quanto il giudice poteva, nel pronunciarsi, intervenire modificando, di fatto, il contenuto dell'obbligo del debitore<sup>102</sup>.

Una dottrina che si è occupata specificamente del rilievo della distinzione rispetto al tema del negozio con finalità traslative di cosa generica, ha posto questa distinzione in parallelo con il diverso regime dell'impossibilità cui erano assoggettate le due ipotesi<sup>103</sup>.

Lo stretto diritto romano conosceva come figura di impossibilità solamente quella che presentasse i caratteri della fisicità e dell'assolutezza<sup>104</sup>: cosicché, si è rilevato, sussisteva una strettissima connessione tra le sorti dell'obbligazione e quelle della prestazione dedotta in oggetto. Valeva il principio per cui *impossibilium nulla est obligatio*: e dunque la perenzione dell'oggetto recava con sé anche l'estinzione dell'obbligazione<sup>105</sup>.

Ma allo stretto diritto, anche se sul punto vi sono state alcune discussioni che oggi paiono superate<sup>106</sup>, rimanevano estranee tanto le figure della impossibilità soggettiva e dell'inesigibilità quanto qualsiasi altra ipotesi di liberazione del debitore che fuoriuscisse dal caso dell'impossibilità assoluta ad adempiere.

Diversamente, nei giudizi di buona fede quell'indivisibile collegamento tra l'esistenza dell'oggetto della prestazione e l'obbligo assunto mancava; e neppure valeva la regola per cui solamente l'impossibilità oggettiva potesse essere addotta dal debitore al fine di liberarsi dal vincolo, in quanto quella parte del diritto romano legata alla buona fede non presentava una rigida catalogazione delle *Leistungstörungen*, bensì poneva al centro della discussione non il fatto, per così dire, neutro dell'inadempimento, quale che

---

<sup>102</sup> KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>6</sup>, op. cit., § 115, 408 ss.; § 115, 411;

<sup>103</sup> LEMPPENAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, op. cit., 31 ss.

<sup>104</sup> La certezza sul punto è maturata già in epoca oramai risalente. Si veda, per tutti, VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen, römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, 384.

<sup>105</sup> Si veda LEMPPENAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, op. cit., 31 ss.

<sup>106</sup> Si scontravano al riguardo la posizione del MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, I. Abteilung: die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, 32, con quelle, poi risultate prevalenti, del KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>6</sup>, op. cit., 146; dello HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Obligationenrechts*, Marburg, 1913, 22 ss.; del GENZMER, *Der Subjektive Tatbestand des Schuldnersverzugs im klassischen römischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 44, 1924, 123 ss.

fosse la circostanza che l'avesse determinato, bensì proprio un'attenta valutazione di quelle circostanze. Ciò in quanto l'obbligato doveva solamente *quidquid dare facere oportet ex fide bona*: e dunque egli, qualora si fosse comportato secondo buona fede, sarebbe stato considerato liberato dal proprio obbligo. In pratica, ai fini della valutazione della responsabilità del debitore risultava decisivo che costui adempisse gli obblighi contrattualmente assunti nel senso di un comportamento conforme a buona fede tenuto conto del senso del contratto, e quindi che egli non avesse cagionato con colpa l'evento impeditivo della prestazione dedotta in obbligazione. Si è, in questo senso, acutamente osservato come il concetto di colpa rilevante ai fini dei giudizi *ex fide bona* fosse da parametrarsi solamente in relazione alla responsabilità assunta dal debitore attraverso la stipulazione del contratto<sup>107</sup>.

Ora, il riassunto, volontariamente conciso e schematico, che abbiamo qui proposto con riguardo alla distinzione tra i due tipi di giudizi assume una portata estremamente importante ai fini dell'inquadramento della figura dell'obbligazione contratta su cosa generica, del negozio con finalità traslativa di beni individuati solamente con riferimento all'appartenenza al genere e della valutazione dello sviluppo storico successivo in materia di responsabilità del debitore di cosa generica.

Questo in quanto, come si è sottolineato in dottrina, le obbligazioni aventi per oggetto cose determinate solo per l'appartenenza al genere usualmente si collocavano, nel diritto romano, nel campo degli obblighi soggetti alle regole dello stretto diritto<sup>108</sup>. Conseguenza di ciò era il fatto che l'unico evento patologico preso in considerazione dal diritto romano ai fini della liberazione del debitore di cosa generica finiva con l'essere, nella stragrande maggioranza dei casi, l'impossibilità oggettiva assoluta.

Se i Romani non conobbero la vendita di genere propriamente intesa, abbiamo visto come essi conoscessero certamente un ampio numero di forme sostitutive, incentrate e costruite soprattutto sullo strumento della

---

<sup>107</sup> LEMPPENAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, op. cit. , 32.

<sup>108</sup> LEMPPENAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, op. cit. , 33.

*stipulatio*; a questo dato occorre accostarne un altro, rilevato già in attenti studi del passato<sup>109</sup>, secondo cui, sebbene mai estesa al *genus* come noi lo intendiamo, *la emptio venditio* dovette in qualche modo essere impiegata anche in vendite di scorte e di quantità di merci prese da più ampie scorte e considerate come cose specifiche. In entrambe queste ipotesi (*stipulatio* impiegata con finalità traslative ed *emptio venditio*), sempre, la tutela delle pretese creditorie avveniva nell'ambito dello stretto diritto, e dunque risultava inconcepibile la liberazione del debitore inadempiente a meno che essa non dipendesse da effettivo e oggettivo perimento delle cose dovute.

Seguendo questa linea di pensiero, che coniuga in maniera armonica i dati sostanziali delle fonti con il regime processuale proprio del diritto romano classico, si comprende come, ad un dato momento, si sia finito con il delineare, nei fatti e per diritto, un regime di responsabilità aggravata per il debitore di cosa determinata solo con riferimento al genere.

Questi era chiamato a procurarsi e fornire cose che poteva non avere nella propria disponibilità al momento dello scambio delle promesse: e qualora non se le fosse procurate, ben difficilmente avrebbe potuto opporre l'impossibilità oggettiva fisica e assoluta di procacciare merci di quel medesimo tipo sostenendo tutti i sacrifici necessari. Le regole giuridiche, come abbiamo da ultimo considerato, non gli concedeva via d'uscita, perché, seguendo i crismi dello stretto diritto, non si sarebbe andati a valutare gli obblighi effettivi contrattualmente assunti dal debitore, né tutte quelle cause atipiche di liberazione dello stesso proprie del regime dei giudizi di buona fede, ma la possibilità o impossibilità ad adempiere quell'esatto impegno su di un piano oggettivo e assoluto.

Certo, ciò che va osservato è che più che dall'oggetto dell'obbligo, l'aggravio della sua posizione derivava, per il debitore di cosa generica, da un sistema rigido che non teneva conto in misura adeguata dei referenti concreti dell'operazione<sup>110</sup>, in quanto, se per un verso quel sistema era sorto

---

<sup>109</sup> SECKEL, LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Rechts*, op. cit., 117 ss.

<sup>110</sup> Doveva, in questo, trovare un certo peso già allora l'equivoco per il quale si poteva erroneamente essere portati a ritenere che la genericità fosse un attributo delle cose più che un modo di considerarle assunto dalle parti ai fini del contratto.

ed era stato pensato per fattispecie diverse da quella peculiare cui ora finiva con l'essere applicato, per altro verso la forte tipicità che quel sistema di tutela conservava impediva che ad esso potessero essere applicati gli adeguati correttivi onde ricondurlo ad una soglia di responsabilità che non sfiorasse il piano della responsabilità oggettiva e potesse rimanere aderente, di volta in volta, al senso degli eventi e degli accordi conclusi.

Nell'impossibilità di trovare un punto di equilibrio adeguato e nella non raggiunta consapevolezza dei problemi che la conclusione di accordi con finalità traslativa conclusi con riguardo a cose definite solo attraverso la loro appartenenza al genere sollevava, il sistema dovette finire col generare una forma abnorme di responsabilità aggravata, di portata evidentemente esorbitante per il debitore, in quale sarebbe stato chiamato a procurarsi le cose dovute praticamente in qualsiasi modo e con qualsiasi sforzo, non potendo conseguire diversamente il risultato della propria liberazione dall'obbligo assunto.

Anche se non enunciata, cominciava ad emergere un'idea di responsabilità aggravata del debitore di cosa generica legata in maniera molto stretta all'assunto, di cui vedremo tra breve l'origine e la portata iniziale, per il quale *species perit ei cui debetur, genus perire non censetur*.

## 6. IL DIRITTO INTERMEDIO. EQUIVOCI E APORIE.

Come noto, l'età del diritto intermedio conobbe molte fasi ed ebbe molte anime. Con riguardo al diritto e alla disciplina della compravendita, in generale, occorre ricordare quantomeno le vicende legate all'operare dei glossatori e alla lettura per così dire integrativo - interpretativa del *Corpus iuris civilis*; lo sviluppo della scienza giuridica canonistica; l'importanza crescente delle prassi commerciali che progressivamente iniziarono a regolare, di fatto prima ancora che sul piano del diritto, i traffici in molte città e molti porti d'Europa<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Sulle vicende dello sviluppo della vendita dal tardo diritto romano ai tempi recenti mi pare, di fatto, nonostante l'ovvia impressione complessiva di vetustà, insuperata la

Un simile intrecciarsi di fattori non poté che contribuire a confondere ulteriormente il quadro, già piuttosto complesso, cui ci siamo riferiti nelle pagine che precedono, determinando un singolare stato di confusione e di incertezza con riguardo alla nostra materia, stato di incertezza del quale occorre offrire quantomeno uno spaccato indicativo, in quanto è proprio all'età di mezzo che risale il principale equivoco in tema di negozio su cosa generica, destinato a produrre gravi conseguenze in tema di definizione della responsabilità del debitore nelle legislazioni successive, in particolare per quanto concerne il diritto tedesco.

Nel lungo periodo in esame, vennero a contatto l'uno con l'altro, e contemporaneamente anche si succedettero, alcuni elementi chiave dei quali non è possibile non tenere conto nell'inquadramento del nostro discorso; tra i molti rilevanti, ci limiteremo a segnalare in chiave estremamente riassuntiva quelli essenziali alla comprensione dei ragionamenti che seguiranno.

I sistemi altomedievali, se in un primo tempo conservarono (specie quelli afferenti l'area franco-longobarda) formalismi e caratteri rigidi nelle operazioni traslative della proprietà, ben presto andarono operando una generalizzazione della figura tipica del contratto di scambio<sup>112</sup>, individuata nella vendita o in figure similari e, in sostanza, equivalenti; e tuttavia a mutare, nel tempo, furono tanto l'oggetto possibile della vendita, quanto il concetto di responsabilità del venditore.

Sotto il primo profilo, quale cosa trasferibile per mezzo del contratto di compravendita si cominciò a intendere anche un bene immateriale, purchè si trattasse di un ente "socialmente valorizzato". Vendita, a questo punto, divenne "ogni attribuzione di una cosa, da un soggetto ad un altro, che si

---

trattazione del BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, München, I-IV, 1874-1908, *passim*; essa, prodotto ed espressione, per certi versi, di un modo di pensare e intendere la materia oramai piuttosto lontano dal nostro, rimane tuttavia, sorprendentemente, anche la più citata, ancora ad oggi: ma con ragione, in quanto essa rappresenta forse l'unico reale tentativo autorevolmente esperito di affrontare, sul piano generale e sistematico, i nodi storiografici essenziali di una materia pressoché indominabile.

<sup>112</sup> Si veda SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover, 1992, *passim*.

compia volontariamente, verso attribuzione di una cosa diversa, assunta con funzione di corrispettivo”<sup>113</sup>.

Sotto il secondo aspetto, la dimensione della responsabilità assunse una portata di estremo rilievo, anche se in termini assai confusi, come d'altra parte risultava confusa anche la costruzione giuridica sulla base della quale venivano assunti gli impegni traslativi.

In realtà, la complessa e sfaccettata tematica afferente le costruzioni giuridiche negoziali, con tutti i loro corollari problematici, dell'epoca altomedievale, che non può essere qui compiutamente affrontata, va letta e intesa sulla base della considerazione, appunto, dell'estrema confusione, varietà e asistematicità delle fonti e delle prassi. Al punto che già descrivere succintamente il fenomeno riferendosi a concetti quali “negozio”, “responsabilità” e così via, finisce per costituire un'operazione sterile e probabilmente priva di senso, in quanto in tal modo si svela solamente la nostra tensione a categorizzare e definire in astratto figure e concetti che non erano propri né della sensibilità né della consapevolezza di quei tempi<sup>114</sup>.

A questo dato, va attribuito il peso – notevole – che esso merita: il tentativo di inquadramento delle strutture giuridiche medievali nelle categorie moderne è operazione sconsigliabile in tanto in quanto essa finisce col rendere riferibili alla realtà di quei tempi idee, prima ancora che figure, che rispetto a quelle epoche dovevano essere del tutto estranee.

---

<sup>113</sup> DIURNI, PECORELLA, voce *Vendita (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1993, 476.

<sup>114</sup> Mi sembrano, in questo senso, illuminanti le considerazioni generali di DIURNI, PECORELLA, voce *Vendita (dir. interm.)*, *op. cit.*, laddove si chiarisce che “sono stati attribuiti soprattutto al primo periodo dell'Alto Medioevo tutti quei caratteri, per lo più negativi, che in un modo o in un altro costituiscono (e non possono essere altro che) le contraddizioni di qualsivoglia sistema giuridico, anche di quelli attuali, considerati, per altro più maturi, anzi “più evoluti”, perché teoricamente pensati e di conseguenza organizzati in ordinamenti. Metaforicamente, dunque, la scienza sia di ieri sia di oggi ha eletto come proprio inconscio o ha scelto come camera oscura l'epoca intermedia, in cui occultare, trattenere e rendere inoffensivi il diverso, l'incomprensibile o l'incompreso, il vero o presunto irragionevole, le forme e i modi di essere singolari o dimessi o inattuali; in cui inoltre conservare, anche se impolverati o devitalizzati, le regole, le forme e gli istituti, da evocare alla bisogna come appartenenti ad una mitica “età dell'oro” del diritto, che li rende per definizione seri e giusti e di conseguenza ancora applicabili o utilizzabili.”

Stante queste avvertenze di carattere generale, occorre comunque considerare in sintesi alcuni aspetti dell'evoluzione del negozio di vendita con riguardo particolare alla problematica che ci interessa.

In primo luogo, si deve ritenere che i meccanismi giuridici che disciplinavano, nell'alto medioevo e anche in seguito, i traffici tra le varie città intese come piazze commerciali dovessero in qualche modo prevedere la figura del negozio con finalità traslative concluso su cosa determinata solo nel genere: a tal fine, venivano probabilmente impiegate le *Ersatzformen* di cui abbiamo dato conto precedentemente, trattando del diritto romano vero e proprio<sup>115</sup>.

In particolare, è da ritenere che venisse impiegata come prassi quella che in dottrina viene oggi indicata con il termine di *Vorkauf*, vendita di merce a consegna differita, nella quale il pagamento precedeva la *datio* effettiva delle cose<sup>116</sup>: testimonianza di ciò è costituita dai divieti molteplici che venivano posti dalle autorità rispetto a questi negozi, considerati per molti versi insicuri e guardati con sfavore in quanto suscettibili di ledere la buona fede e l'affidamento della controparte<sup>117</sup>.

Se tali negozi indiscutibilmente venivano praticati, è da credere che essi potessero essere impiegati in vece della vendita di genere, secondo uno stratagemma già noto alla prassi romana.

In secondo luogo, va tenuto conto della portata dell'intervento dei glossatori nella riconsiderazione della Compilazione giustiniana intesa come sistema attualmente vigente; la vendita venne ricollocata nell'alveo delle *obligationes consensu contractae*<sup>118</sup>, ma allo stesso tempo quella risistemazione dei materiali antichi dovette tenere conto anche delle esperienze successive, delle contaminazioni intervenute, del mutato

---

<sup>115</sup> Si vedano al riguardo, per un esauriente quadro d'insieme, ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, op. cit., 607 ss; cfr. anche il risalente lavoro di STOBBE, *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts*, Leipzig, 1855 - Neudruck, 1969, specie 108 ss.

<sup>116</sup> SIEMS, op.cit., 125, 739, 744; ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, op. cit., 608 ss.

<sup>117</sup> ERNST, *ivi*, 609, con bibliografia di riferimento.

<sup>118</sup> Si veda, su questo punto, anche per una significativa bibliografia, ASTUTI, voce *Obbligazioni (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1993, 78 ss. e in particolare 103 ss.

contesto dei traffici e delle sensibilità: ragion per cui è stato osservato come sia da ritenere che nell'intervento dei glossatori non sia dato scorgere alcuno sviluppo della teoria delle obbligazioni contrattuali sulla base del principio consensuale<sup>119</sup>. Non a caso, peraltro, come vedremo tra breve, è propria alle conclusioni tratte da un glossatore su quel materiale inattuale che si deve il principale equivoco in materia di vendita generica.

In terzo luogo, la riscoperta e lettura delle fonti giustinianee dovette condurre, stante quanto detto e come meglio vedremo tra poco, ad una inclusione definitiva del negozio con finalità traslative di cose determinate solo con riferimento al genere nello schema della vendita romana come reinterpretata nella nuova lettura; in questo modo, si cristallizzavano due risultati; il primo: il negozio traslativo di cose di genere veniva inglobato nella compravendita; il secondo: tale negozio veniva reinterpretato come una variante della *emptio venditio* romana.

Siamo qui ad un passaggio della massima importanza: riunendo e intrecciando l'insieme di dati sin qui raccolti, è possibile ipotizzare quanto nessuna fonte, in realtà, apertamente descrive, vale a dire la dinamica per la quale, ad un dato momento, il negozio con finalità traslativa concluso su cosa determinata solo in relazione all'appartenenza ad un genere ha iniziato ad essere costantemente e certamente ricompreso nel concetto di vendita vera e propria<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Si leggano le significative riflessioni, al riguardo, di DIURNI, PECORELLA, voce *Vendita*, *op. cit.*, 483: "ma se gli schemi desunti con un'approfondita e pertinente analisi delle fonti dagli interpreti sono conformi alle tipologie contrattuali della Compilazione, non di meno essi vivono e si arricchiscono nell'esperienza, costituendo da un lato fondamento e causa di soluzioni nuove, discendenti dalle esigenze di una società in continuo fermento, e dall'altro lato applicazione logica e necessaria di una disciplina già compiuta, che costituisce il naturale alveo dove collocare le più diverse e disparate fattispecie concrete per renderle efficaci strumenti di regolamentazione degli interessi".

<sup>120</sup> Per capire la latitudine in cui dovette iniziare ad essere inteso il concetto di vendita, soccorrono le parole del CAPRIOLI, *Rescissione del contratto (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1993, 938, il quale, seppure con riferimento ad un periodo un poco successivo, afferma che "ogni posizione soggettiva e non soltanto l'oggetto cui essa ineriva, ogni atto bilaterale mediante il quale era costituito od estinto o trasferito un diritto veniva inteso come affare di scambio; e la controprestazione portava il nome di pretium. Ed in specie la costituzione od il trasferimento d'un diritto reale veniva a figurarsi come l'alienazione a titolo oneroso di quella cosa, che era il godimento, limitato ma protetto, dell'oggetto; calzava preciso nello stampo della compravendita, che fungeva così da figura generale dello scambio. Con altre parole, una moltitudine di negozi apparivano compravendita".

E' verosimile cioè che, in un'epoca non ben precisata, sia accaduto, attraverso il convergere di più indicazioni di diversa provenienza, quanto era, allo stato dei fatti, assai prevedibile se non, in parte, già in atto: per il tramite di un inconsapevole, disorganico e sostanzialmente anomico processo evolutivo, del quale è impossibile dare conto se non nei termini di un affastellarsi di concetti e materiali eterogenei condensati, per così dire, nel calderone del diritto intermedio, si giunse a ritenere che la compravendita di cosa generica non solo fosse possibile – non solo, cioè, che tale operazione integrasse senza dubbio un contratto di compravendita – ma che essa si inquadrasse, in sostanza, nello schema di un modello unitario inclusivo di vendita propriamente intesa<sup>121</sup>.

La vicenda traslativa di beni individuati esclusivamente attraverso il riferimento ad un genere andava considerata, insomma, alla stregua di una compravendita alla quale apporre taluni adattamenti, in considerazione del particolare oggetto del negozio.

Il punto è che uno di tali adattamenti dovette essere individuato nel regime di responsabilità cui andava assoggettato il debitore di cosa generica; la considerazione confusa del dato di fatto per il quale l'impegno del debitore di cosa generica non si limita a singoli beni ma si estende ad un concetto pattiziamente determinato, e dunque finisce con l'allargarsi ad un insieme più ampio di beni dovette condurre all'elaborazione intuitiva di un'altra idea, derivante direttamente dalla prima: quella per cui la responsabilità del debitore di cosa determinata solo nell'appartenenza al genere di riferimento si estende oltre i limiti del consueto, laddove per "consueto" doveva assumersi il paradigma di quella che, da sempre, era stata riconosciuta come la "vera" vendita, la compravendita di cosa specifica.

E' da riconoscere come non vi sia, in effetti, sicura prova di un percorso quale quello qui delineato. Esso risulta tuttavia coerente – e mi pare il solo coerente – con i dati di cui si dispone e, soprattutto con l'esito del processo, che è a noi noto e costituisce la base e il titolo del presente lavoro.

---

<sup>121</sup> Si veda, su tale concetto, il paragrafo 1 della presente sezione.

Si giunse, infatti, all'affermazione letterale per la quale *genus enim perire non potest*: essa si rinviene nella Glossa di Accursio<sup>122</sup>, ribadita, attraverso varie ma inequivoche formulazioni, in più punti, riferita, tra l'altro, ad esempi romani della cui reale riconducibilità al concetto di obbligazione generica pare, ad una diretta lettura, lecito dubitare.

E' dalla Glossa che si desume, dunque, il brocardo secondo cui *genus numquam perit* nelle sue varie versioni, tutte parimenti vaghe nell'individuare una sorta di doppia regola, operante l'una direttamente in relazione all'oggetto dell'impegno e indirettamente, l'altra, sul piano della responsabilità; regola vaga e acritica, priva di un convincente fondamento teorico, nascente dal commento a passi risalenti ad un'epoca nella quale l'ordinamento, come abbiamo visto, nemmeno pare riconoscesse la figura della vendita generica propriamente intesa. Regola netta e brachilogica, di pronta suggestione e di certa fortuna in un'epoca, non è inutile ripeterlo, priva di certezze e densa di brocardi. E quella regola, nella quale si condensavano l'irrazionalità del periodo in cui essa fu enunciata e l'estraneità dell'istituto che pretendeva di disciplinare rispetto all'ordinamento di origine dei passi dai quali si era creduto di desumerla, si sarebbe imposta come principio assiomatico pressoché sino ai giorni nostri, suscitando i problemi e le discussioni che avremo modo di considerare.

La riflessione sin qui condotta sul piano dello sviluppo sostanziale del negozio di compravendita non può, tuttavia, ritenersi bastevole ai fini della nostra trattazione.

Si rende, infatti, necessario integrare il quadro con una riflessione concernente la tutela dei diritti e, dunque, i meccanismi processuali, così come abbiamo scelto di fare per il diritto romano.

Occorre, in questo senso, considerare il rilievo che continuò, per certi aspetti, ad assumere la dicotomia tra giudizi di stretto diritto e giudizi di buona fede cui ho accennato trattando della vendita nella prospettiva romanistica.

---

<sup>122</sup> ACCURSIUS, *Glossa Non moriturum*, al Codice di Giustiniano, 8, 37 e 38, 8; Id., *Glossa Demonstrabat*, a Digesto 31, 61, 1; Id., *Glossa Certum* a Digesto 45, 1, 23. Si veda anche, sulle fonti, LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*<sup>6</sup>, München, 1998, 91.

S'è ricordato, infatti, come, secondo una chiave di analisi che pare persuasiva e che trova fondamento nella teoria e nella meccanica processuale romana, una responsabilità aggravata per il debitore di cosa determinata solo attraverso il riferimento al genere potesse derivare, di fatto, soltanto sulla base della costruzione dei giudizi di stretto diritto<sup>123</sup>.

In tale ambito, infatti, l'unica causa riconosciuta di liberazione del debitore che non si fosse trovato più in grado di adempiere al proprio debito consisteva nell'impossibilità oggettiva di fornire la prestazione. E un simile stato di cose, almeno secondo una lettura tradizionale della figura del debito di cosa generica, ben difficilmente poteva determinarsi per quest'ultimo caso, sulla base dell'idea secondo cui un genere che sia dedotto in obbligazione come illimitato assai di rado perisce nella sua totalità.

Il nodo essenziale della questione risiede, però, proprio nella considerazione dottrina, a mio giudizio non priva di fondamento, per cui, in assenza di qualsiasi elaborazione teorica sostanziale della figura del debito di cosa generica, era soprattutto dalla bipartizione tra differenti tipi di azione e correlate tecniche di giudizio a discendere l'aggravio effettivo che veniva a subire, sul piano della responsabilità, il debitore di cosa generica rispetto al suo omologo che si trovasse a dover prestare, invece, una cosa specificamente pattuita nella sua individualità<sup>124</sup>.

Occorre rilevare, in questo senso, come, sino ad epoche relativamente recenti (seconda metà dell'Ottocento)<sup>125</sup>, nella scienza giuridica d'oltralpe si sia sviluppata una complessa e articolata discussione in merito alla necessità di tenere ferma o meno, nel diritto tedesco, la distinzione romanistica tra azioni di buona fede e azioni di stretto diritto e,

---

<sup>123</sup> Cfr. LEMPPENAU, op. cit., 37 ss.

<sup>124</sup> Nell'esiguo panorama degli studi monografici sul tema della responsabilità del debitore di cosa generica, questo aspetto viene accennato dal LEMPPENAU, op. cit., *ibidem*, che, seppure in termini concisi, finisce col vedervi la chiave della comprensione del problema per quanto concerne l'epoca romana. Oltre a rispecchiare una dicotomia fondata su dati positivi più che su mere illazioni, la prospettiva del Lempennau costituisce, a mio giudizio, un valido punto di partenza anche per l'analisi e la comprensione della problematica così come essa si pone ai giorni nostri.

<sup>125</sup> Quantomeno sino al principio del diciannovesimo secolo; si veda sul punto quantomeno WÄCHTER (herausgegeben von), *Pandekten*, I Band, Allgemeiner Teil, Leipzig, 1880, 517 ss.

conseguentemente, quella correlativa tra *iudicia bonae fidei* e *iudicia stricti iuris*.

Sebbene una compiuta disamina di quel dibattito non risulti conforme né opportuna rispetto all'economia del nostro discorso, occorre sottolineare come la diatriba debba aver costituito un punto centrale all'interno della costruzione del sistema della responsabilità del debitore nel sistema tedesco, e come, in questo senso, essa presenti un profilo d'interesse nello studio del tema di cui ci stiamo occupando.

L'opinione maggioritaria, derivante, peraltro, dallo sviluppo del diritto dell'età di mezzo, nel quale, come abbiamo visto, s'erano contrapposte e composte le divergenti tensioni ad un appianamento delle differenze e delle partizioni, da un lato, e all'accrescersi dei particolarismi, dall'altro, era nel senso che la distinzione tra giudizi di buona fede e giudizi di stretto diritto fosse da considerare superata, e che essa avesse perduto di ogni significato con la fine del modello processuale romano<sup>126</sup>.

Questa posizione trovava argomenti convincenti in un insieme di svariati fattori; per un verso, la conclusione dell'esperienza processuale romana aveva fatto perdere di qualsiasi rilievo pratico la distinzione tra azioni di stretto diritto e azioni di buona fede: quello che era venuto meno, vorremmo dire, era soprattutto il concetto profondo di "stretto diritto", in quanto la parte più arcaicamente formale del diritto romano (quantomeno di carattere processuale) non avrebbe potuto trovare alcuna ragione di sopravvivenza in un sistema di traffici e rapporti che si poneva oramai in termini decisamente incommensurabili – per entità, localizzazione, coinvolgimento di culture e oramai di tradizioni giuridiche dissimili, ecc. – con gli antichi schemi dello *ius civile*<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Cfr. quantomeno DERNBURG, *Pandekten, II Band, Obligationenrecht*, Leipzig, 1880, 6, 297 ss.; WÄCHTER (herausgegeben von), *Pandekten, II Band, Besonderer Teil*, Leipzig, 1881, 184 ss.; KELLER, *Der Römischer Civilprozeß und die Actionen*<sup>5</sup>, Leipzig, 1876, § 88.

<sup>127</sup> L'ostinazione nel tentativo di applicare ancora la dicotomia tipica del sistema romano derivava con tutta probabilità da un istinto conservativo fondato sulla tradizione e sull'opera dei glossatori; per un verso non si voleva che il patrimonio del diritto romano – studiato, non dimentichiamolo, come diritto vivente – andasse perduto; per altro verso, le categorizzazioni arcaiche dovevano apparire come un sicuro approdo in tempi nei quali le categorie, come le certezze, erano – al modo in cui abbiamo accennato nel testo – state scavalcate dalle prassi: il recupero delle categorie antiche veniva da taluni probabilmente

Per altro verso, il criterio-guida che, tra le mille spinte e contraddizioni dell'età intermedia, aveva avuto la meglio nella materia contrattuale era indiscutibilmente quello ispirato alla buona fede: diciamo criterio “che aveva avuto la meglio” per indicarne la sopravvivenza, e anzi l'affermazione e la diffusione, nell'età di mezzo e nel diritto comune: la buona fede, per la sua flessibilità e modulabilità applicativa, nonché, allo stesso tempo, per quella sua intrinseca comprensibilità e aderenza al “buon senso comune” – ammesso, si badi bene, che la stessa venga applicata correttamente e *cum grano salis* – dovette rimanere l'unico baluardo di un'epoca priva di certezze: in assenza di un sistema condiviso, se ne finì con l'elaborare uno fondato, appunto sulla buona fede.

Se a questa considerazione si aggiunge il fatto che, nella logica stessa del diritto consuetudinario, la distinzione tra i vari tipi di azione era, dell'intero diritto romano, forse quella che per prima aveva ceduto alle ovvie spinte innovative che venivano dall'esperienza, dalla dinamica dei traffici commerciali e dalle influenze dei vari sistemi giudici – al punto che si è osservato come quella distinzione fosse andata perduta già allora da più di cento anni<sup>128</sup> – si comprendo già in maniera bastevole gli argomenti di quanti ritenevano che la distinzione tra azioni di buona fede ed azioni di stretto diritto fosse oramai, nella costruzione di un diritto tedesco codificato, certamente da abbandonare.

Ad ogni modo, trovandoci d'accordo con una certa dottrina che accenna a questo aspetto – sebbene in termini più specifici rispetto a quelli in cui ne riferiamo nella nostra riflessione – , va osservato come la considerazione che pare essere stata decisiva per il ritenuto superamento dei due regimi differenziati processual-sostanziali debba essere stata quella incentrata, ancora una volta, su una più generale perdita di significato delle categorizzazioni e delle distinzioni.

All'interno della teoria del contratto e dell'accordo, la dimensione obbligatoria aveva soppiantato, in misura sempre crescente con il

---

visto come una sorta di ritorno alla sistematicità e alla stabilità giuridiche.

<sup>128</sup> Si veda LEMPPENAU, *op. cit.*, 38

trascorrere dei secoli e l'affastellarsi delle esperienze, qualsiasi tipizzazione e formalizzazione; il nudo patto aveva sostituito i contratti formali, divenendo espressione di una economia oramai di stampo europeo, anche se comprensibilmente ancorata, per certi versi, a particolarismi di derivazione autoctona, e, dunque, insofferente rispetto all'enorme giogo costituito dai vincoli che il sistema dello stretto diritto romano aveva posto, in un tempo che oramai si percepiva come irreparabilmente perduto, antico e inattuale<sup>129</sup>. E' chiaro che, dinanzi a questo quadro, a molti dovette sembrare impensabile una realistica riproposizione della differenza in questione all'interno del sistema di diritto privato tedesco che si andava definendo; al punto che una sommaria ricognizione della dottrina tedesca di metà Ottocento porta ad avvedersi immediatamente del fatto che la discussione se mantenere o meno la bipartizione delle azioni e dei giudizi era, in realtà, una discussione concernente una scelta percepita oramai come assolutamente inevitabile: la scelta tra l'uno o l'altro dei due modelli giuridici romani, l'uno ispirato ai criteri dello stretto diritto, l'altro aperto al respiro della buona fede<sup>130</sup>.

Ma a quel punto – e qui veniamo al momento precipuamente significativo ai fini del nostro ragionamento – la scelta tra due modelli azione diveniva giocoforza anche una scelta tra due modelli di responsabilità, in quanto, come abbiamo considerato nei paragrafi che precedono, la responsabilità del debitore era stata “scolpita” in maniera diversa in presenza dell'uno o dell'altro tipo di giudizio, dal momento che solo il sistema dello stretto diritto implicava una rigida categorizzazione delle *Leistungstörungen*.

---

<sup>129</sup> Illuminante, su questo punto, una considerazione del LEMPPENAU, *ibidem*, laddove l'autore, in una sola frase, esprime il concetto chiave cui ci si richiama nel testo: “Das Prinzip der Typen- und Vertragsfreiheit, das jeden Vertrag, auch den, der nicht einem den Parteien vom Recht angebotenen Typ entsprach, zu einer klagbaren Obligation werden ließ, machte die stipulatio und damit auch die Unterscheidung endgültig überflüssig”.

<sup>130</sup> Per avere un'idea del dibattito, basterebbe considerare alcune riflessioni del WÄCHTER, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht*, II Heft, Stuttgart, 1864, 102: “Manches, was lediglich Ausfluß des strictum ius war, könnte sonst auf ungeschickte Weise noch angewendet werden, weil man es nicht als solchen Ausfluß erkannte, und die bei den Quellen bei gewissen Klagen ausgesprochenen Grundsätze könnte man irrig auch jetzt noch anwenden wollen, weil man übersah, daß jene Klagen bei den Römern stricti iuris actiones waren”

Parrebbe, tuttavia, che questo fondamentale punto di snodo non sia stato nitidamente inteso in tutta la sua portata da molti e significativi studiosi del tempo, i quali, pur esprimendo la loro inclinazione verso l'uno o l'altro dei due tipi di giudizio intorno ai quali s'era imperniato il sistema romano della responsabilità, finivano per assumere decisioni che, in un certo senso, si rivelavano "inconsapevoli", mentre per altro verso risultavano irrimediabilmente "impure", se solo si pensa che assai difficilmente si rinviene, tra i giuristi tedeschi, traccia di un pensiero ottocentesco che propriamente e in maniera ortodossa fosse ancora propenso all'accoglimento, per il futuro, del modello delle azioni di stretto diritto romano.

Al riguardo, in estrema sintesi, si può rilevare come, nel corso dello sviluppo del diritto intermedio, si fosse imposta, anche nella riflessione di molti studiosi, l'idea secondo cui al centro della teoria e anche della fenomenologia del diritto delle obbligazioni si collocasse oramai non tanto la sorte dell'oggetto della prestazione quanto il contegno esigibile dal debitore: più che considerare, ai fini dello sviluppo del rapporto obbligatorio, se l'oggetto fosse o meno in assoluto possibile da prestare, occorreva, in quest'ottica, andare a guardare che cosa si sarebbe potuto chiedere al debitore secondo buona fede<sup>131</sup>.

Abbiamo già precedentemente segnalato come questo spostamento del baricentro teorico dall'assoluto al relativo, vorremmo dire – senza essere fraintesi – dalla dimensione del debito alla misura della responsabilità<sup>132</sup>, abbia trovato un banco di prova significativo rispetto alle vicende del contratto di compravendita.

---

<sup>131</sup> Chiarissima, sul punto, l'osservazione del LEMPPENAU, *op. cit.*, 39: "Entscheidend für den Bestand der Obligation war hier nicht mehr das Schicksal des Leistungsgegenstandes, sondern das vom Schuldner nach der bona fides zu erwartende Verhalten".

<sup>132</sup> Impieghiamo tali espressioni senza riferimento alla nota teoria del debito e responsabilità elaborata dal Gierke e dallo Schupfer; è però vero che la tensione dei sistemi medievali verso la dimensione della responsabilità non deve essere stata priva di influsso sulle teorie di questi due autori: e basterebbe considerare alcuni lavori degli stessi per avvedersene con completezza; cfr. in generale GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910; più in particolare si veda SCHUPFER, *Studio critico sulla gadia longobarda*, in RISG, 1915, LVI, 239 ss.

Eppure, per quanto lo sviluppo dei commerci, unitamente al confronto operativo diretto tra sistemi differenti nonché ad una mutata concezione dell'idea stessa di obbligazione trovassero significativi riscontri nella riflessione dei giuristi, rimaneva costante, presso gli stessi, la tendenza a percepire le classificazioni romane come un dato fermo tra tante incertezze, un punto di partenza indiscutibile sul quale fondare le basi del sistema; allo stesso modo in cui altri risolvevano l'estrema incertezza dell'intero sistema con il ricorso al canone di buona fede.

Dovendo coniugare l'evidenza del mutamento dei tempi e del dissolversi delle costruzioni antiche con una certa quale intrinseca fedeltà a quelle stesse costruzioni, i giuristi finirono con l'unire entrambe le prospettive in una amalgama mal riuscita, latrice di errori, fraintendimenti, irrazionalità inspiegabili perché prodotto di una fusione impossibile.

Si ha riscontro di ciò, ad esempio, in talune incongruenze nelle quali sarebbe, come un'attenta dottrina già notava<sup>133</sup>, incorso lo stesso Mommsen, ritenendo di assumere come centrale per il sistema delle *Leistungstörungen* la considerazione dell'impossibilità effettiva di soddisfare l'interesse creditorio (concetto da ricondursi con tutta evidenza all'idea di impossibilità assoluta come unica causa di liberazione del debitore, idea propria dello stretto diritto) e di considerare quel concetto come applicabile e, vorremmo dire, "travasabile", in un sistema di diritto comune che riconosceva oramai la buona fede come elemento centrale e dunque tendeva ad individuare la soluzione dei problemi concernenti l'inadempimento e la relativa imputabilità alla luce più di una attenta considerazione del contegno esigibile in concreto dal debitore che di una verifica di tipo assoluto e oggettivo.

Ma poi, e qui si conferma l'idea di una sostanziale sovrapposizione progressiva, anche sul piano teorico, dei due sistemi, era Mommsen stesso a dover evocare, per certe ipotesi, in qualche modo, il rilievo dell'impossibilità di carattere soggettivo ai fini della liberazione del

---

<sup>133</sup> LEMPPENAU, *op. cit.*, 39.

debitore<sup>134</sup>. Ciò che colpisce, al riguardo – e lo si è marginalmente osservato in dottrina<sup>135</sup> – è come gli esempi citati dal Mommsen quali sintomo del rilievo dell'impossibilità soggettiva (rapine, incendi, ecc.) finissero per essere più correttamente sussumibili, in realtà, comunque e sempre in ipotesi di impossibilità di carattere oggettivo.

Si è ritenuto di citare questo esempio per dimostrare lo stato di incertezza palese e conclamato nel quale si muoveva l'analisi teorica anteriormente all'elaborazione e all'entrata in vigore del B.G.B., stato di incertezza che trovava una ragione ulteriore, al di là dell'incapacità di scegliere una precisa strada da seguire nella costruzione di un coerente sistema di responsabilità del debitore, nel fatto che le fonti che venivano assunte, di volta in volta, a suffragio dell'una o dell'altra tesi che si voleva argomentare, erano fonti frammiste, infiltrate l'una con l'altra, spesso frainnese *de relato* nel loro significato reale quando non equivocate (o persino letteralmente errate, per sbagli nella copiatura dei testi, omissioni, discrepanze, ecc.) già sul puro piano linguistico.

Non potendo soffermarsi in maniera analitica su tutti gli aspetti significativi – e sarebbero numerosi – di questo discorso, occorre rimarcare come il quadro scientifico che si presentava all'osservatore nella fase anteriore all'elaborazione del codice tedesco del 1900 fosse costituito da un affresco denso di elaboratissimi equivoci e infarcito di erronee deduzioni e convinzioni, legate ad una malinteso ruolo di quello che si credeva fosse stato il diritto romano.

In questo modo, continuando ad attribuire un rilievo diretto e significativo – secondo taluni persino centrale – alle categorie proprie dello stretto diritto romano, solo mitigato da qualche indulgenza legata all'innegabile rilievo dell'elemento della buona fede – assai rilevante per il diritto intermedio e consuetudinario – il diritto tedesco nascente ripartiva, in qualche modo,

---

<sup>134</sup> MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abteilung: die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, 32.

<sup>135</sup> LEMPENAU, *op. cit.*, 41. In realtà, il modello di Mommsen mischiava tra loro i due sistemi di responsabilità del diritto romano senza oramai riuscire più ad applicare, nemmeno quando quella era l'intenzione, una dicotomia che palesemente aveva perso ogni ragione d'essere.

daccapo: era come se si tornasse all'antico diritto romano, azzerando il percorso fatto dalla storia e dalla riflessione dei giuristi, come se quel percorso dovesse ripetersi, essere verificato attraverso svolgimenti futuri; e una dottrina ha giustamente osservato come questa vicenda sia stata in certa misura propria e tipica del diritto tedesco, in quanto su di esso ebbe un'influenza determinante e assai pregnante, oltre al canone di buona fede, anche il diritto romano arcaico inteso quale stretto diritto; mentre le cose sarebbero andate diversamente rispetto ad altri sistemi, quali quello francese, che sarebbe, per così dire, partito, nella costruzione del relativo sistema della responsabilità, dalla diversa radice pura del principio buona fede<sup>136</sup>.

Per quanto specificamente concerne, poi, la vendita di cosa determinata solo attraverso il riferimento ad un genere di appartenenza pattiziamente definito, è chiaro che, con il venire meno della distinzione tra giudizi di buona fede e giudizi di stretto diritto, avrebbe dovuto perdere ogni ragione d'essere, stante quanto abbiamo detto in precedenza sul tema, la previsione di una responsabilità aggravata per il debitore di cosa generica rispetto a quello di cosa specifica: la presa d'atto dell'uniformarsi del sistema della vendita nei termini che abbiamo sopra riassunto, la considerazione del peso determinante che era venuto, nel tempo, ad assumere il principio di buona fede e la conseguente attenzione al comportamento esigibile dal debitore avrebbero dovuto condurre ad una tendenziale parificazione del tipo di responsabilità debitoria per i due casi.

Invece, sulla base di una ingenuità teorica che ha segnato la storia della figura della vendita generica, una responsabilità aggravata per il debitore di cosa generica continuò ad essere concepita, e superficialmente teorizzata, facendola cripticamente discendere da reiterati richiami alla natura stessa di quell'obbligazione, senza comprenderne a fondo l'essenza e le caratteristiche, e fondando precipuamente il convincimento in tal senso sul brocardo accursiano, impiegato a mo' di formula magica, quasi che a quel punto qualsiasi affermazione lapidaria che richiamasse, ancorché

---

<sup>136</sup> LEMPPENAU, *op. cit.*, 40.

vagamente, l'attenzione sulle fonti o su studi operati su di esse, potesse costituire un elemento d'ordine all'interno di quella galassia di dati, principi, regole, consuetudini che si andavano disordinatamente affastellando e sovrapponendo l'una sull'altra.

Ora, se si sommano i dati che abbiamo ricostruito con riguardo alla genesi del brocardo *genus numquam perit* alle riflessioni da ultimo sviluppate relativamente al sistema della responsabilità che si andava elaborando, per così dire, a tentoni attraverso il diritto intermedio e le dottrine ottocentesche, non riuscirà difficile comprendere come sia stato possibile il determinarsi di quanto avvenne dopo, vale a dire l'elaborazione di una norma quale quella contenuta nel § 279 B.G.B. (nella formulazione anteriore alla riforma del 2001), che sarebbe stata latrice di ulteriori problemi, irrazionalità ed equivoci perpetrati sino ai giorni nostri, quasi cristallizzando *per tabulas* il prodotto di una non lieve svista (quella operata nella lettura delle fonti e di cui v'è prova nella Glossa accursiana) e il portato di un intero modo di pensare la responsabilità avvolto nell'incertezza e nel disorientamento tra due poli: quello che tendeva a porre al centro della valutazione giuridica da operarsi ai fini della liberazione del debitore il comportamento esigibile da costui secondo buona fede e quello incentrato, invece, sulla considerazione di un sistema categoriale chiuso e imperniato, in particolare, sul concetto di impossibilità assoluta, oggettiva e non imputabile quale unica ragione di possibile liberazione del debitore che non si trovasse più nelle condizioni di soddisfare l'interesse creditorio.

Operato questo inquadramento storico della materia e svolte alcune ulteriori considerazioni di carattere generale, nei paragrafi che seguono, al fine di precisare alcune nozioni e di chiarire la delimitazione della presente trattazione, si passerà, nella seconda sezione, ad analizzare l'esito degli equivoci sui quali ci siamo soffermati da ultimo, attraverso una riflessione sulla portata del § 279 B.G.B. e sulla latitudine reale della responsabilità del debitore di cosa generica nel sistema tedesco attuale.

## 7. SIGNIFICATO GIURIDICO DELL'APPARTENENZA DELLA COSA AD UN GENERE NELLA TEORIA DELL'OBBLIGAZIONE.

La partizione attraverso cui si dividono le obbligazioni in *Gattungsschuld* e *Stückschuld* ha riguardo all'oggetto della prestazione così come rappresentato dalle parti, secondo quanto siamo, sin qui, venuti dicendo.

Occorre, tuttavia, precisare in quale misura effettivamente la delimitazione dell'oggetto dovuto attraverso un'indicazione di appartenenza ad un genere influenzi e modifichi il modo d'essere dell'obbligazione.

Il tema sarà precisato e affrontato nel prosieguo del lavoro, specie nelle sezioni seconda e terza, ma richiede alcune considerazioni preliminari di carattere generale.

a) In primo luogo, come abbiamo visto, l'indicazione generica della prestazione non costituisce concetto giuridico che abbia alcuna attinenza o, meno che meno, afferenza alla dottrina delle cose.

Anche considerando quello scostamento inevitabile che abbiamo visto essersi, sin da epoche remote, necessariamente prodotto tra il concetto di genere in senso logico e quello di genere in senso giuridico e, in particolare, con riferimento alla teoria delle obbligazioni, rimane punto fermo il fatto che le cose, di per sé, non sono né generiche né specifiche, bensì, al più, infungibili o fungibili. La genericità o la specificità, dunque, *sono modi di considerare le cose, non attributi ontologici propri delle stesse*, dal quale fatto derivano numerose e importanti conseguenze, la prima delle quali consiste nel fatto che la parziale determinazione dell'oggetto del rapporto attraverso il riferimento ad un genere di appartenenza è questione che trova la propria *sedes materiae* d'analisi nell'ambito della teoria dell'accordo: essa, dunque, va letta alla luce della disciplina generale che norma la conclusione dell'accordo, la fisiologia e la patologia dell'obbligazione nei rispettivi aspetti generali.

b) In secondo luogo, è da chiedersi se l'indicazione generica dell'oggetto della prestazione dedotta in obbligazione possa comportare, di per sé, un aggravio necessario sul piano della responsabilità del debitore.

E' nostra convinzione che si debba rispondere in senso negativo, per le ragioni che emergeranno chiaramente più avanti nel corso del nostro ragionamento.

Basti preliminarmente anticipare come non vi siano alcun dato normativo o alcuna logica di sistema in grado di fondare, sul mero fatto della determinazione del dovuto in termini di appartenenza ad un genere, una forma di responsabilità aggravata in capo al debitore.

Con ciò intendo dire che il fatto dell'essere dovuta una cosa determinata solo attraverso il riferimento all'appartenenza ad un genere, oppure una cosa specificamente individuata, non può in alcun modo comportare un mutamento qualitativo nel modo di essere della responsabilità del debitore: conseguentemente, ed è questo il corollario fondamentale sul quale incentreremo il nostro ragionamento nelle successive sezioni del lavoro, non è pensabile che le regole generali stabilite, in maniera unitaria, per la disciplina del sistema teorico-codicistico delle obbligazioni all'interno dell'ordinamento vengano derogate, tra l'altro in maniera pressoché implicita, per l'ipotesi dell'obbligazione di cosa generica.

Con ciò vogliamo dire che le regole alla luce delle quali valutare la portata della responsabilità del debitore di cosa generica rimangono le stesse da applicarsi all'obbligazione contratta su cosa specifica, se si voglia accogliere la ricostruzione del concetto di determinazione generica della cosa dovuta che abbiamo proposto nelle pagine che precedono. Ciò che va discusso, dunque, **non è se vi sia un particolare “statuto”, per così dire, dell'obbligazione generica in quanto tale, domanda che troverebbe, alla luce di quanto detto e di quanto si dirà, risposta certamente negativa, bensì come si strutturi, in effetti, l'obbligazione di procurare e dare una cosa determinata solamente attraverso il riferimento all'appartenenza al genere all'interno del sistema generale della responsabilità che il codice costruisce.**

A tal proposito, va qui precisato un'ultima volta, con qualche ulteriore chiarimento, il significato giuridico della determinazione della cosa dovuta dal debitore solamente attraverso un'indicazione di genere.

In realtà, l'indicazione dell'oggetto dell'obbligazione attraverso il riferimento all'appartenenza ad un genere è concetto che riguarda propriamente la volontà delle parti e la dimensione dell'accordo e come tale va valutato. E per rendersi conto del reale significato giuridico della rappresentazione dell'oggetto dell'obbligazione attraverso il riferimento ad un genere di appartenenza pattiziamente fissato ricorreremo ad alcune espressioni impiegate da un celebre filosofo della logica trattando delle universalità empiriche e delle oggettività universali.

Sin dal principio del presente lavoro abbiamo messo in guardia dalla facile tentazione di scivolare, nell'analisi del concetto di genere, sul piano della filosofia; e abbiamo considerato una simile tentazione come improduttiva tanto rispetto all'economia del presente lavoro quanto rispetto alla considerazione complessiva della figura del genere così come viene in rilievo nel diritto delle obbligazioni.

Non intendiamo, ora, smentirci: solamente, il riferimento che riteniamo di impiegare costituisce uno strumento linguistico più che un arnese sostanziale, ai fini di un migliore chiarimento del concetto di genere che viene in rilievo all'interno del nostro discorso.

Potremmo, in questo senso, dire che il genere costruito dalle parti ai fini della determinazione dell'oggetto del dovuto si costruisce come un'astrazione, allo stesso modo in cui “le universalità possono essere non solo costituite sul fondamento di ciò che è precostituito nell'esperienza già passivamente come tipo noto ma non ancora colto, ma possono anche essere liberamente configurate nella spontaneità”<sup>137</sup>.

Occorre tuttavia considerare il fatto che “al grado sommo ciò porta alle universalità pure o di essenza, e a giudizi su di questi fondati che non sorgono più dalla tematizzazione del rapporto degli oggetti al loro tipo

---

<sup>137</sup> HUSSERL, *Erfahrung und Urteil*, Hamburg, 1999, trad. italiana *Esperienza e giudizio*, Milano, 2007, 779.

empirico di conoscenza, ma dalla tematizzazione del rapporto alla loro essenza pura”<sup>138</sup>. E’ questa dimensione che chiameremmo di universalità astratta che, a nostro avviso, rimane estranea al concetto di genere così come assunto all’interno del diritto delle obbligazioni.

Se è vero, infatti, che dovuto, nel caso dell’obbligazione generica, è il genere ancora prima del singolo componente, e dunque potrebbe sorgere l’idea – errata, per la dimensione giuridica del concetto – che “l’universale non sia legato ad alcuna singola realtà”, è anche vero che, quale oggetto del rapporto obbligatorio, l’insieme attraverso l’indicazione del quale avviene l’assunzione dell’impegno deve presentare i caratteri normativi richiesti per la prestazione e per l’oggetto del contratto.

In questo senso, riservandoci di chiarire meglio questo punto nella sezione terza, riteniamo che l’obbligazione non possa avere ad oggetto un *genus totalmente illimitato*: anche il genere cosiddetto puro, infatti, deve essere quantomeno suscettibile di delimitazione sulla base di un’opera interpretativa, come preciseremo meglio in seguito.

Per il momento, è importante chiarire il dato per il quale il genere pattiziamente definito consiste in un’astrazione delle parti, che tuttavia deve fondarsi su insiemi concreti di cose che devono comunque essere idonee a farsi prestazione, secondo i criteri dettati dal codice civile.

## **8. OBBLIGAZIONE DI GENERE E OBBLIGAZIONE PECUNIARIA.**

Una particolare considerazione viene tradizionalmente riservata all’obbligazione pecuniaria intesa come obbligazione di cosa generica<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> HUSSERL, *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>139</sup> Si vedano, tra i molti, in chiave sintetica ma chiarificatrice della posizione del problema, VON MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert*, Beck, München, 1974, 8 ss.; HEERMANN, *Geld und Geldgeschäfte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 23 ss.; K. SCHMIDT, *Geld und Geldschuld im Privatrecht. Eine Einführung in ihre Grundlagen*, in *Juristische Schulung*, 1984, 737 ss.; VON STREBUT, *Geld als Zahlungsmittel und Rechtsbegriff*, in *Jura*, 1982, 561 ss.; SIMITIS, *Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 159, 1960/61, 410 ss.; per un profilo di sintesi accurato, anche sotto il profilo storico, si veda DORN, *Geldschuld*, in *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, I*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 432 ss., con ulteriore bibliografia ivi indicata; per la dottrina italiana, si vedano, oltre al

Il riferimento presenta una pronta forza evocativa: l'obbligazione pecuniaria, è come noto, l'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro; i pezzi monetari, si è a lungo sostenuto, circolerebbero, di massima, in virtù della loro appartenenza ad un genere<sup>140</sup>; e questa idea, per molto tempo, ha contribuito a influenzare la riflessione degli studiosi, facendone talora deviare il corso verso l'inquadramento del fenomeno nell'alveo dell'obbligazione assunta su cosa generica.

Ancora, si rinvencono sovente reiterate allusioni, quando non esplicite indicazioni dottrinali, ad un peculiare atteggiarsi delle obbligazioni pecuniarie in tema di responsabilità per inadempimento<sup>141</sup>: sarebbe, in particolare, pressoché inconcepibile l'idea della liberazione del debitore per impossibilità sopravvenuta della prestazione pecuniaria<sup>142</sup>.

In questo senso, secondo una prospettiva di cui v'è traccia anche nella giurisprudenza di Cassazione<sup>143</sup>, nell'obbligazione pecuniaria si scorgerebbe la piena e nitida portata tradizionale del principio *genus numquam perit*,

---

risalente e famoso lavoro di ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928, e alla successiva, ampia e assai nota trattazione dello stesso autore, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1959, quantomeno BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Zatti e Iudica, Milano, 1991, 265 ss.; BIANCA, *Diritto civile*<sup>4</sup>, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 141 ss. e, in particolare, le pagine da 143 a 147; DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 222 ss.; MASTROPAOLO, voce *Obbligazione*, III, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990; per una disamina concisa ma puntuale e informata delle principali questioni afferenti al tema si veda l'interessante lavoro di INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro nella società contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 693 ss.

<sup>140</sup> Di massima, diciamo: perché evidentemente i singoli esemplari monetari potrebbero circolare anche quali cose specifiche, se assunti a questo modo nella considerazione delle parti. Si pensi anche solo al caso, classico e pressoché tratteggio in dottrina, del commercio numismatico.

<sup>141</sup> La questione affonda le sue radici in un lontano passato, nel solco di quanto siamo venuti dicendo in merito ai troppi fraintendimenti sorti in virtù di una insufficiente comprensione del fenomeno del debito di cosa generica. Per rendersi conto dell'avvitamento della materia su se stessa, e offrire anche solo un esempio di quei confusi richiami cui faccio cenno nel testo, basti pensare che già il KISCH, *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, in *Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des Deutschen Reiches*, Jena, 1900, Band 7, Heft 2, 108, parlava del denaro come di un genere, riferendosi nebulosamente all'obbligazione pecuniaria come ad un'obbligazione contratta su cosa generica alla quale, tuttavia, non sarebbe stata applicabile la disciplina prevista per questa figura, *in primis* il § 279 BGB. Evidentemente, la difficoltà, comprensibile, già individuata all'inizio del secolo scorso dall'autore, trovava la sua basilare ragione nel fatto che, come vedremo, l'obbligazione pecuniaria non pare inquadrabile tra quelle contratte su cosa generica.

<sup>142</sup> BIANCA, *op. cit.*, 146.

inteso nel suo più radicale e letterale significato, al punto che l'obbligazione pecuniaria finirebbe col costituire manifestazione della dimensione concreta e plastica del principio stesso.

Ritengo, tuttavia, che una matura riflessione, che tenga conto della portata attuali dei concetti giuridici e dello stato effettivo delle cose, debba condurre, in verità, a separare nettamente la considerazione della materia dell'obbligazione pecuniaria da quella relativa all'obbligazione di cosa generica, per molteplici e articolate ragioni.

Il fatto di cui occorre rendersi conto è che la stessa ampia tematica concernente la distinzione tra obbligazione generica e specifica risulta incommensurabile rispetto alla particolare fattispecie dell'obbligazione pecuniaria, in quanto, in relazione a quest'ultima, essa perde di significato, costituendo, quantomeno nella nostra epoca, l'obbligazione monetaria una categoria a sé stante all'interno della teoria generale dell'obbligazione<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Gli accenni al tema, spesso poco e male argomentati, sottendono l'idea cui mi riferisco nel testo. In Cass. 17 giugno 1980, n. 3844, ad esempio, si escludeva che il mancato pagamento di una somma dovuta per forniture di merci fosse giustificato dalla occupazione della fabbrica della società debitrice da parte delle relative maestranze e dal conseguente blocco totale della vendita dei prodotti della stessa società, argomentando nel senso che "l'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., estingue l'obbligazione o giustifica il ritardo nell'adempimento è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente o temporaneamente l'adempimento; il che, alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit*, può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato, e non già quando si tratta di una somma di denaro". Similmente, in Cass. 16 marzo 1987, n. 2691 si legge quanto segue: "l'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., estingue l'obbligazione è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente l'adempimento; il che, alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit*, può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato, e non già quando si tratta di una somma di denaro." E' da notare come, sebbene essa sia da desumere giocoforza dal senso e dal contesto del discorso, sia in entrambi i casi evitata l'affermazione esplicita dell'inquadramento del debito di denaro in quello di genere illimitato. Curiosamente, lo stesso atteggiamento, che vorrebbe l'applicazione delle regole riferibili all'obbligazione di cosa generica come dato certo anche con riguardo al debito pecuniario senza, al contempo, affermare esplicitamente l'appartenenza di quest'ultimo alla categoria, si ritrova, come vedremo, con maggiore consapevolezza, anche in taluni contributi dottrinali d'oltralpe.

<sup>144</sup> La complessità della materia si riflette nelle molte trattazioni che assumono a loro oggetto specificamente l'obbligazione pecuniaria, quando non si estendono, più ampiamente, all'analisi del concetto giuridico di denaro in sé inteso. I due temi non coincidono, ma certo il primo costituisce un elemento importante del secondo, come rilevava una risalente e autorevole dottrina affermando che "*Die Lehre von der Geldschuld wird vielfach als das eigentliche oder gar als das einzige Problem des*

La dottrina tedesca ha dedicato a questa peculiare questione un'attenzione maggiore di quanto non sia avvenuto altrove, giungendo talvolta a risultati contrastanti, ma finendo con il riconoscere, specie attraverso talune riflessioni particolarmente nitide<sup>145</sup>, la sostanziale discrepanza di fondo che separa il tema dell'obbligazione pecuniaria da quello dell'obbligazione di cosa generica, rendendo impossibile, in fin dei conti, una convincente sussunzione della prima nell'alveo della seconda.

L'avvicinamento tra i due fenomeni, operato soprattutto in passato, si fonda, a mio avviso, su due errori prospettici.

Il primo è riconducibile a quel forte elemento istintivo – intuitivo cui accennavo al principio del discorso.

Esso riposa, in definitiva, sull'evidente fungibilità che caratterizza, nella dinamica comune dei traffici, il denaro, e che tende ad essere tradotta in una malintesa genericità di oggetto dell'obbligazione pecuniaria *tout court*<sup>146</sup>;

---

*Geldrechts angesehen. Sie ist noch bei Knapp der Ausgangspunkt für seine Bestimmung des Geldbegriffs. Dieses Verfahren ist nicht berechtigt. Aber die Lehre von der Geldschuld ist unzweifelhaft ein Hauptstück der juristischen Geldlehre, und sie ist dogmengeschichtlich ihr ältester Teil*". Si vedano su questi argomenti, NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925, specie 64 ss.(da ultimo citato); FRAUENFELDER, *Das Geld als allgemeiner Rechtsbegriff*, Stämpfli & Cie., Bern, 1938, *passim*; per un lavoro pensato in chiave comparatistica con il sistema di *common law*, si veda l'interessante scritto di MANN, *Das Recht des Geldes*, Frankfurt a. M. – Berlin, 1960, ai nostri fini specie i capitoli I ( 1-25) e III (55-98). La letteratura dedicata all'analisi dell'essenza e del ruolo giuridico del denaro, peraltro, presenta un'ampiezza tale da rendere illusoria la possibilità di darne anche sommariamente conto in questa sede. Pare tuttavia importante segnalare, anche ai fini dei discorsi cui si accenna nel testo, quantomeno INZITARI, *La moneta*, in *Moneta e valuta*, nel *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO, vol. VI, Padova, 1983, 3 ss.; QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Obbligazioni e contratti*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da RESCIGNO, vol. 9, 1, Torino, 1984, 433 ss.; per una visione complessiva delle questioni giuridiche involgenti il denaro nella materia privatistica, si veda AA. VV., *Diritto monetario*, a cura di IRTI e GIACOBBE, Milano, 1987, *passim*.

<sup>145</sup> Si vedano quantomeno il famoso lavoro di SIMITIS, *op. cit.*, specialmente 445 ss. e, limpidamente, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil*, XIII Aufl., Beck, München, 1982, § 12, III, 156 ss. (ci si esprime, nel medesimo senso, anche nelle edizioni precedenti dell'opera di Larenz, ad esempio cfr. la decima edizione, München, 1970, §12, III, 132 ss.)

<sup>146</sup> Esempio chiaro di ciò si ha nella risalente trattazione di SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, 68 ss. Emblematica l'affermazione secondo cui "ben a ragione è generalmente riconosciuto che il debito di denaro costituisca l'esempio classico delle cose fungibili. Nulla importa la materia concreta della quale il pezzo risulti formato; nulla importa il numero portato dal biglietto di Stato o di banca. Il possessore delle unità monetarie non distingue tra i singoli pezzi, i quali per lui sono la stessa cosa, in quanto sono capaci di adempiere la stessa funzione. Ed alla fungibilità del

quest'idea, associata al dato fenomenico secondo cui assai difficilmente, in effetti, l'obbligazione pecuniaria viene a scontrarsi con una impossibilità intesa in senso proprio, ha condotto, talvolta, a ravvisare, a torto, nell'obbligazione pecuniaria il vero e autentico archetipo dell'obbligazione assunta su cosa generica.

Il secondo errore, d'altro canto, trova terreno fertile in un atteggiamento dottrinale appartenente per lo più al passato, ma resistente, in misura maggiore di quanto solitamente si creda al trascorrere del tempo e all'evolversi dello studio della materia, anche in tempi recenti: quello di quanti vorrebbero rintracciare, nel concreto operare dei traffici, una sorta di mitico modello ontologico di obbligazione generica, che non possa essere se non tale, e di cosa suscettibile di essere rilevante, nella dinamica dei traffici commerciali, solo per l'appartenenza ad un genere. E talora s'è ritenuto di rinvenire una sorta di concretizzazione di un simile paradigma nell'obbligazione pecuniaria, non comprendendone a pieno l'essenza<sup>147</sup>.

Ai fini della nostra trattazione, pare opportuno soffermarsi, almeno in chiave sintetica, sul rapporto tra obbligazione di genere e obbligazione pecuniaria in quanto un chiarimento in merito alla sostanziale estraneità della prima figura rispetto alle dinamiche che governano le sorti della seconda risulta utile anche rispetto alla precisazione dei contorni di quest'ultima. Capire le ragioni che conducono ad escludere che l'obbligazione pecuniaria appartenga al novero delle obbligazioni contratte su cosa determinata solo in relazione al genere di appartenenza significa, insomma, anche comprendere meglio che cosa si intenda esattamente quando ci si riferisce a queste ultime.

---

*denaro si ricollega la natura essenzialmente generica dell'obbligazione pecuniaria.*” Ritorna, in queste parole, con evidenza la confusione operata tra i concetti di genericità e fungibilità, sui quali ci siamo precedentemente soffermati.

<sup>147</sup> La riconducibilità dell'obbligazione pecuniaria all'ambito della categoria del *Gattungsschuld* è stata sostenuta da BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin – Frankfurt, 1969, § 13, 2, 57; da FIKENTASCHER, *Das Schuldrecht*, Berlin, 1969, § 29, 1, 142; da ERMAN, sub § 279, in *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Münster, 1967; da RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Band. I und II, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Berlin – Tübingen, 1958, Band I, 340.

Punto di partenza e di arrivo, punto fermo nella qualificazione giuridica dell'obbligazione pecuniaria, deve rimanere, a mio avviso, la considerazione del Larenz secondo cui *die Geldschuld ist keine Sachsuld und aus diesem Grund auch keine Gattungsschuld*<sup>148</sup>.

Questa affermazione va al cuore del problema, perché ne individua l'esatto punto di crisi. L'obbligazione pecuniaria non può essere un'obbligazione su cosa determinata in virtù della sua appartenenza al genere denaro per il semplice fatto che il denaro, nella nostra epoca, non viene, in effetti, giuridicamente in rilievo come "cosa" intesa quale sostrato materiale di per sé rilevante bensì esso assume un altro e ben diverso significato, al quale occorre qui accennare per scolpire adeguatamente la differenza rispetto alla materia oggetto del presente lavoro.

In questa sede, evidentemente, non è possibile indagare in profondità i numerosi e affascinanti aspetti che il problema della qualificazione giuridica del denaro involge, al punto che un illustre giurista tedesco giunse ad accennare ad una *fast geheimnisvollen Eigenschaft* che sarebbe stata, appunto, caratteristica dello stesso<sup>149</sup>.

Dovendo rendere conto in termini concisi del perché non ci sentiamo di assimilare l'obbligazione pecuniaria a quella generica, e dunque riteniamo i problemi concernenti la seconda in gran parte diversi da quelli, peculiari, sollevati dalla prima, occorrerà considerare, intanto, come solo "in un primo periodo dello sviluppo del fenomeno monetario, il denaro venne ad identificarsi con specifici beni, quali i metalli, particolarmente quelli preziosi. In questo caso, la funzione di intermediazione degli scambi si basava sul fatto che ciascun pezzo monetario coniato era caratterizzato da uno specifico valore intrinseco"<sup>150</sup>.

Attraverso una serie articolata di passaggi che certa dottrina si è sforzata di ricostruire e dividere in fasi<sup>151</sup>, si è passati, in seguito, dai pezzi incorporanti

---

<sup>148</sup> LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, op. cit.*, XIII Aufl., 156.

<sup>149</sup> VON SAVIGNY, *Das Obligationrecht als Teils des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, 406.

<sup>150</sup> INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro, op. cit.*, 697.

<sup>151</sup> KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, München-Leipzig, 1923, 46 ss.

fisicamente un valore sino alla moneta cartacea, ancora con possibilità effettiva di conversione.

Fino a questo punto dello sviluppo della vicenda, si è ritenuto che l'assimilazione effettiva del debito pecuniario con una certa idea dell'obbligazione generica – idea che qui si respinge, ma che è stata, comunque, molto diffusa – potesse essere mantenuta e giustificata: in fondo, quando ci si trovava dinanzi ad un debito di denaro ci si trovava di fronte, comunque, ad un debito consistente, in un certo qual senso, nella prestazione effettiva di cose: o perché i pezzi monetari venivano considerati in quanto incorporanti, ancora, un effettivo valore tangibile, o perché le banconote consentivano la conversione del bene, per così dire, rappresentato attraverso il denaro, in un bene reale<sup>152</sup>.

Se, a giudizio di chi scrive, una simile prospettiva risultava comunque assai discutibile, in quanto aderendo ad essa si continua a confondere il dato della fungibilità – afferente alla dottrina delle cose – con il concetto di genericità nella determinazione – proprio della teoria dell'accordo – pur tuttavia pare non doversi negare alla ricostruzione appena riassunta una qualche patente di superficiale verosimiglianza, in quanto essa si fondava, quantomeno, su dati di fatto (uno per tutti, il valore intrinseco della moneta) che potevano oggettivamente ricollegare il concetto di denaro a quello di cosa inteso come bene giuridico.

Ma poi, venuto meno, nel tempo, anche il meccanismo della convertibilità, attraverso un processo di progressiva smaterializzazione della moneta, la quale ha cessato di avere qualsiasi valore intrinseco e, in fondo, anche di essere la rappresentazione fisica di un altro valore effettivamente ottenibile per il tramite di una conversione, ciò che è rimasto altro non sembra essere se non una unità quantitativa astratta, puramente ideale<sup>153</sup>; il denaro, così

---

<sup>152</sup> Il riferimento allo scambio di una certa quantità di un bene genericamente inteso era diffusamente presente in dottrina, non solo in Italia. Affermava il CARBONNIER, *Droit civil, Les Obligations*, Paris, 1976, 18, “A premiere vue, ce n'est que l'obligation de transférer la propriété d'une certaine quantité d'instruments monétaires, donc une obligation de donner des choses de genre”.

<sup>153</sup> Il riferimento all'unità astratta era già in NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, op. cit., 6: “Wir können also als Geld diejenigen Sachen definieren, die im Verkehr nicht als das gegeben und genommen werden, was sie

viene a realizzare una mera funzione di scambio, la quale indiscutibilmente ha ben poco a che vedere con quella pregnante dimensione di corporeità tipica dello scambio di cose.

Una dottrina che ha voluto ripercorrere l'evoluzione storica e teorica del concetto giuridico del denaro in termini sintetici ma convincenti, ha posto l'accento sui fatti che abbiamo qui sommariamente riassunto affermando che “ finché (...) i pezzi monetari si caratterizzavano per la loro *bonitas* intrinseca, e quindi erano immediatamente rapportabili con valori del mondo fisico universalmente accettati (quali, appunto, i metalli preziosi), l'oggetto del debito di somma di danaro appariva realmente consistere nella prestazione di fornire tanti pezzi monetari, ognuno dei quali esprimeva un valore di sicura e semplice identificazione nel mondo fisico. La peculiarità del denaro era in sostanza data dal fatto che, attraverso la coniazione delle monete, o il corso legale di moneta convertibile, i privati venivano ad avere a disposizione uno strumento di scambio dotato, data la suddivisione in infiniti pezzi portatori o rappresentativi di un concreto valore, di relativa flessibilità.

Venuta meno successivamente la possibilità di considerare ciascun pezzo monetario come un valore in se stesso (...), l'oggetto della prestazione pecuniaria venne a consistere non più in un insieme di distinti pezzi monetari, ciascuno dei quali espressione di un determinato valore verificabile e suscettibile di apprensione, bensì in un oggetto dai caratteri assai più astratti, cioè in una somma di denaro che rappresentava unicamente l'indicazione numerico-quantitativa di una *unità*”<sup>154</sup>.

In questo senso va letta, mi sembra, l'affermazione del Larenz di cui si diceva poco sopra: nel senso di una perdita di significato giuridico del riferimento al concetto di cosa se applicato al debito pecuniario, in quanto la moneta, da cosa considerata in sé, è passata ad uno stadio dimensionale ulteriore e del tutto particolare, stadio nel quale la sua stessa realtà residua

---

physisch darstellen, sondern lediglich, als Bruchteil, Einfaches oder Vielfaches ( x-Faches) einen ideellen Einheit“; in Italia, il riferimento è ripreso, ampliato e ben argomentato da INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro*, op. cit., 698.

<sup>154</sup> INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro*, op. cit., *ibidem*.

di simbolo è stata superata, vinta e inglobata dalla funzionalità, assurta ad unica effettiva essenza della moneta e, conseguentemente, del debito pecuniario.

Il denaro, insomma, ha subito un processo di mutazione tale da rendere necessario un ripensamento complessivo della sua dimensione giuridica, del concetto stesso che esprime, in tanto in quanto esso, seppure ha continuato, in certa misura, a consistere in una cosa, ha tuttavia cessato di costituire un bene giuridico assimilabile agli altri nel significato che comunemente, e anche tecnicamente, il vocabolo evoca.

Certa dottrina ben si è espressa su questo punto: *“Die Geschichte des Geldes ist die seiner Emanzipation vom Sachgut und seines Weges vom materiellen Gebrauchswert zum ideellen Tauschwert”*<sup>155</sup>.

Se poi a questo discorso aggiungiamo il dato, rilevato giustamente dalla medesima dottrina, secondo cui *“das Sachschuld ist das logische Prius der Gattungsschuld”*<sup>156</sup>, allora la ricostruzione della discrasia che intercorre tra i concetti giuridici di obbligazione pecuniaria e di obbligazione generica si precisa in termini netti e inequivocabili.

Il fraintendimento che ha portato ad avvicinare i due fenomeni deve aver trovato un fondamento apparente anche nei due elementi del ruolo essenziale assunto dall’astrazione in entrambe le vicende e della sostituibilità dei singoli elementi dovuti, che caratterizzerebbe entrambe le tipologie di debito.

Ora, quanto al secondo aspetto, abbiamo già preso una posizione nei paragrafi precedenti: la fungibilità è cosa diversa dalla genericità quale modalità di determinazione dell’oggetto dell’obbligazione ad opera delle parti; la prima fa parte della dottrina delle cose, la seconda afferisce alla teoria dell’accordo. Quanto al primo aspetto, invece, va qui chiarito che anche nella costruzione del genere di riferimento ad opera delle parti, abbiamo detto, si opera un’astrazione. Ma mentre nell’obbligazione pecuniaria il processo di astrazione ha operato sul piano del valore, che è

---

<sup>155</sup> SIMITIS, *op.cit.*, 414;

<sup>156</sup> SIMITIS, *op.cit.*, 445;

stato estrapolato dall'oggetto fisico, in sé divenuto del tutto irrilevante, nell'obbligazione generica l'astrazione ha colpito l'oggetto dell'impegno, che tuttavia continua ad assumere come riferimento il mondo dei beni e, dunque, la *Sachschuld* propriamente intesa.

Invero, come risalenti dottrine già correttamente mettevano in luce, pur con il mutare delle espressioni impiegate, nella maggioranza delle operazioni economiche l'idea centrale rimane quella del denaro inteso come mezzo di pagamento, rilevante solamente se ed in quanto funzionale a tale fine<sup>157</sup>. Ancora, nel denaro si è ravvisata la natura di un potere patrimoniale incorporeo, per quanto rappresentato da cose corporee<sup>158</sup>; s'è scorta una misura del valore di altri beni, nella chiave di una mera indicazione di valore quantitativo<sup>159</sup>; s'è ritenuto, secondo una lettura e una concezione oramai assai risalenti e certamente superate, di vedere la rappresentazione concreta di un capitale<sup>160</sup>.

La congerie di ricostruzioni proposte per venire a capo del problema dell'inquadramento giuridico del fenomeno pecuniario risulta talmente ampia e singolare da confermare le perplessità che trasparivano dalle intuizioni e dalle riflessioni, assai note e sovente citate, che svilupparono, al riguardo, già grandi teorici quali Marx<sup>161</sup> e Olivecrona<sup>162</sup>.

Noi riteniamo convincente la posizione di quanti vedono predominante, nel denaro, l'elemento funzionale inteso quale essenza stessa del fenomeno monetario al suo attuale stadio di sviluppo; peraltro, è proprio in questo

---

<sup>157</sup> SCADUTO, *op. cit.*, 68.

<sup>158</sup> WOLFF, *Das Geld*, in EHRENBURG, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, vol. IV, Reiland, Leipzig, 1917, 637.

<sup>159</sup> CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II, Mohr, Tübingen, 1902, § 149, 53 ss.

<sup>160</sup> SCHEY, *Die Obligationsverhältnisse*, vol. I, Manz, Wien, 1890, 96.

<sup>161</sup> MARX, *Zur Kritik der Politische Ökonomie*, in ENGELS, MARX, *Werke*, Berlin, 1981, 13 Band, 49 ss., nel corso di un ampio affresco sul tema del denaro e della sua circolazione, ricorda, tra le altre cose, alcune pittoresche osservazioni del Gladstone, il quale sarebbe giunto ad affermare, in un dibattito parlamentare, che gli uomini si sarebbero, nella loro storia, scervellati persino di più sulla natura del denaro che sull'idea e sul concetto dell'amore.

<sup>162</sup> OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1972, 311 ss., giunge ad avvicinare il problema della definizione della portata del concetto giuridico di denaro e di moneta a quello dell'inquadramento della polimorfa e sfuggente figura del diritto soggettivo. L'accenno è ricordato anche da INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro, op. cit.*, 693.

riconoscimento del ruolo eminentemente funzionale assunto dal denaro nella grande maggioranza dei moderni scambi che trova la migliore e più compiuta spiegazione la riflessione di Larenz sulla quale mi sono, in precedenza, soffermato. E se proprio non si volesse giungere, come chi scrive riterrebbe opportuno e convincente, ad affermare che il denaro non è un bene a sé, bensì una funzione<sup>163</sup>, si dovrebbe almeno ammettere la preponderanza e la portata decisiva, anche in senso giuridico, del ruolo rappresentativo-solutorio della moneta, la quale, pur rimanendo una cosa, viene scambiata come rappresentazione di un valore, non certo in virtù del suo intrinseco essere materiale<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> E' di questo avviso, peraltro, anche INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro*, *op. cit.*, 699.

<sup>164</sup> Il problema relativo al rilievo da attribuirsi alla materialità del denaro e al suo valore nominale, e quello dei rapporti intercorrenti tra i due aspetti, non risultano bene affrontati in dottrina, in quanto la complessità, già notevole, del tema viene accresciuta da ricostruzioni che tentano di giungere alla quadratura del cerchio e lasciano, tuttavia, comunque perplessi. Per dare un'idea dell'atteggiamento con il quale vengono affrontate tali questioni, basti citare due tesi, quella dell'ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, *op. cit.*, 65 ss. e quella del LEMPPENAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, 109 ss. Non potendomi, evidentemente, soffermare in questa sede analiticamente sul punto, mi limiterò a pochi cenni bastevoli a dare un'idea della dimensione delle problematiche affrontate. Per quanto concerne la prima delle segnalate trattazioni, va detto che l'ASCARELLI, nella sua riflessione sulla natura del debito monetario, ritiene di separare la questione relativa all'oggetto della prestazione (a suo avviso da individuarsi nei "pezzi monetari"), da quello relativo alla misurazione quantitativa della stessa. Attraverso una argomentata analisi, egli ritiene di poter, attraverso la corretta applicazione di tale distinzione, sostanzialmente superare l'*empasse* costituita dal fatto che il denaro, nei traffici, rileva soprattutto per il suo valore nominale, essendo invece sostanzialmente irrilevante la sua natura di bene materiale. "Il principio del valore nominale" afferma l'ASCARELLI (*op. cit.*, 69) "non costituisce che l'espressione del ricorso ad una unità legale di misura dei valori nella determinazione quantitativa della prestazione"; ed essendo la determinazione quantitativa coesenziale, a dire dell'autore, al concetto di obbligazione generica, tale principio finisce col confermare e non con lo smentire la tesi della genericità del dovuto nell'ipotesi dell'obbligazione pecuniaria. La trattazione dell'ASCARELLI, di cui qui si segnala solo uno tra i molti spunti di interesse, si sviluppa attraverso un pregevole *excursus* analitico avente riguardo al principio del valore nominale e al rilievo da esso assunto nei sistemi privatistici moderni (*op. cit.* 94 ss.). Ciò che colpisce, in qualche misura, è come, da simili premesse non venga poi tratto il riconoscimento della sostanziale peculiarità della figura in questione, nei termini di un *tertium genus*. Passando a considerare il secondo autore, è da segnalare la decisa contrarietà, nel discorso del LEMPPENAU, alla tesi che vorrebbe l'accoglimento dell'idea secondo cui l'obbligazione pecuniaria sarebbe da annoverare tra i debiti di cosa generica. L'esclusione di tale asserto è testuale nel lavoro del Lemppennau (*op. cit.*, 111 "...*Damit kann aber wohl nicht bezweifelt werden, daß die Geldschuld keine Sachsschuld und damit keine Gattungsschuld im Sinne des § 243 Abs. I ist. Mit Sicherheit kann davon ausgegangen werden, das der Gesetzgeber den Begriff Gattung einheitlich gebrauchen wollte.*"); ciò su cui l'autore si sofferma a ragionare, semmai, è l'ipotesi di un'applicazione analogica, al debito pecuniario, della norma, contenuta nel codice civile

D'altro canto, l'idea che il momento chiave per la comprensione dei problemi concernenti l'inquadramento giuridico e la natura effettiva del denaro si collochi nei paraggi, per così dire, del ruolo solutorio che esso principalmente riveste trova una pronta conferma all'interno del codice civile; per la precisione, all'art. 1277, laddove si dispone che "i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale".

Il punto decisivo, dunque, è che il denaro rappresenta una unità simbolica il cui significato e valore giuridico è consacrato dal legislatore attraverso l'attribuzione della qualifica di strumento solutorio, qualifica che, di per sé, potrebbe essere attribuita a qualsiasi cosa: e per avvedersi di ciò basterebbe pensare al fatto che, in momenti di particolare crisi, nei quali anche la portata simbolica del denaro ha finito con il rimanere sommersa dagli eventi, si è ricorsi ad ulteriori simboli sostitutivi, a nuove unità atipiche cui ricondurre la stessa funzione<sup>165</sup>.

Ma poi, soprattutto, si dovrebbe riconoscere che le molte peculiarità dell'obbligazione pecuniaria discendono proprio da quel ruolo funzionale che il denaro certamente riveste<sup>166</sup> e che noi riteniamo sia al centro della sua dimensione e rilevanza giuridiche; e né tali peculiarità, né tale ruolo, discendono, invero, da un determinante rapporto con una realtà categoriale più estesa, di genesi e definizione pattizia, che caratterizza, invece la vicenda dell'obbligazione contratta su cosa determinata solo nel genere<sup>167</sup>.

La prova, sul piano teorico-sistematico dell'estraneità, o, per meglio dire, dell'incommensurabilità del debito pecuniario rispetto a quello avente per

---

tedesco, anteriormente alla riforma del 2001 (e che sarà oggetto di ampia attenzione nel prosieguo del presente lavoro), che prevedeva una sorta di responsabilità aggravata per il debitore di cosa generica (§ 279 BGB). Tuttavia, anche rispetto a detta prospettiva, il LEMPPENAU conclude nel senso di un deciso scetticismo (*op. cit.*, 109 – 116).

<sup>165</sup> Si veda, al riguardo, FÖGEN, *Geld und Währungsrecht*, München, 1979, 1 ss. laddove si ricorda come, in quei casi sovente riconducibili a crisi successive a gravi eventi bellici (come il dissesto che colpì la Germania nei primi anni Venti, con enormi sconvolgimenti tristemente noti) nei quali il sistema monetario finisce col tracollare proprio sotto il profilo della sua capacità rappresentativa di un valore, si sia ricorsi a strumenti alternativi e ulteriormente simbolici, quali, ad esempio, delle certificazioni rappresentative di determinate quantità di merci o derrate.

<sup>166</sup> Cfr. BRECCIA, *op. cit.*, 272.

<sup>167</sup> In questo senso, si vedano, oltre evidentemente a LARENZ, *op. cit.*, XIII Aufl., 156 ss., GERNHUBER, *op. cit.*, 220; INZITARI, *La moneta*, *op. cit.*, 24 ss.; DI MAJO, *op. cit.*, 226 ss.

oggetto cose determinate solamente con riferimento all'appartenenza ad un genere, può essere fornita semplicemente, anche limitandosi a dare conto di alcuni dati normativi che, con evidenza, rendono manifesta tale discrepanza.

In primo luogo, è evidente che, con riferimento all'obbligazione pecuniaria, non può logicamente e giuridicamente assumere alcuna rilevanza il dettato normativo per il quale il debitore di cosa generica è obbligato a prestare cose di qualità non inferiore alla media (art. 1178 c.c.); allo stesso modo, sarebbe da considerare inapplicabile anche l'art. 1378 c.c., laddove si disciplina la figura dell'individuazione “fatta d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti”.

Se, per un verso, mi pare che l'inammissibilità di una qualsiasi differenziazione qualitativa tra i singoli pezzi monetari – e, più in generale, all'interno dell'insieme concettuale che chiamiamo “denaro” – derivi, oltre che da evidenti considerazioni di carattere logico ed empirico, pressochè *per tabulas* dall'art. 1277 c.c. sul quale ci siamo già soffermati, per altro verso l'idea di una qualche figura o fatto operativo che possa assumere il senso di una “individuazione” nell'ambito pecuniario mi sembra andare inevitabilmente contro al senso stesso degli eventi, in quanto, se l'individuazione trova il suo significato nel passaggio della proprietà e del rischio dal debitore al creditore, comunque un simile atto presuppone che il debito abbia per oggetto cose che vengono in rilievo per la loro appartenenza ad un genere di beni pattiziamente determinato<sup>168</sup>; il che non è

---

<sup>168</sup> A monte degli argomenti che sostengo nel testo, si pone, inoltre, la questione, di estremo interesse, se, in effetti, il denaro possa essere considerato quale oggetto del diritto di proprietà. Il tema, che evidentemente non può essere sviluppato in questa sede, meriterebbe, da parte della dottrina italiana, maggiore attenzione di quanta non gliene sia stata dedicata in passato. Un accenno al problema viene proposto dall' INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro*, *op. cit.*, 705, secondo il quale “il denaro, in quanto unità ideale, astratta, priva di corporeità, unità aritmetica di misurazione e scambio di valori patrimoniali, risulta tutt'altro che idoneo ad essere ricompreso tra i possibili oggetti del diritto di proprietà e in generale nell'ordine sistematico dei diritti reali”. La questione emerge anche – forse soprattutto – nella dottrina tedesca, dove si è giunti a negare la possibilità di una convincente collocazione del denaro all'interno delle “orologerie” del sistema dei diritti reali, al punto da giungere all'affermazione del SIMITIS, *op. cit.*, 455, secondo cui “das Geld ist zwar Vermögensgegenstand, nicht aber Eigentumsobjekt”. Questo specifico aspetto, all'interno della più ampia dottrina giuridica del denaro, dovrebbe essere oggetto di nuove analisi anche sulla base dell'avanzatissimo processo di

possibile se il debito è di somma di denaro, perché, come abbiamo visto, dovute non sono, in effetti, le singole banconote in quanto tali, bensì dovuto è un valore che esse rappresentano; ed è appena il caso di osservare, come sintomo estremo della perdita di senso degli eventi che deriverebbe dall'assimilazione del debito pecuniario ad un debito di genere, l'assoluta inconcepibilità di un "accordo" sull'individuazione che risulterebbe, qui, privo di senso al pari dell'individuazione stessa<sup>169</sup>.

In secondo luogo, la conferma della distanza che separa il debito pecuniario da quello di cosa generica è ricavabile dallo sviluppo ulteriore di un concetto sul quale ci si è già soffermati in precedenza, vale a dire quello per cui il debito pecuniario non è propriamente un debito che ha per oggetto cose intese come beni. Se un chiarimento su questo punto, per quanto riguarda il nostro ordinamento, può essere ricavato sia, per così dire, dalle "pieghe" del sistema che dall'analisi di quanto indirettamente presuppongono norme quali l'art. 1277 c.c., nell'ordinamento tedesco pare importante ricordare il disposto del § 90 B.G.B., laddove si afferma che la cosa, in senso giuridico, è solamente quella che presenti un rilievo oggettivo di carattere corporeo<sup>170</sup>.

Ecco che, riflettendo su questo dato, è agevole trarre delle conclusioni di carattere generale, anche sulla base di quanto siamo venuti sin qui dicendo, nei termini seguenti: se il denaro costituisce una funzione, e dunque assume un significato e un valore giuridico che non trovano il loro fondamento nella dimensione materiale delle singole banconote o dei singoli pezzi

---

smaterializzazione della moneta, che oggi ha raggiunto soglie tali da rendere questi problemi ancora più rilevanti e interessanti.

<sup>169</sup> Osserva INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro, op. cit.*, 702, come l'unico momento, riferito al debito pecuniario, astrattamente assimilabile a quello dell'individuazione per le cose determinate solo nel genere sarebbe forse quello del pagamento, inteso come "trasmissione materiale dei pezzi monetari". Ma poi è l'autore stesso a dover ammettere che esso "è escluso che possa riuscire di qualche utilità al fine di stabilire la liberazione del debitore per impossibilità sopravvenuta, in quanto il pagamento già esprime di per sé la liberazione del debitore".

<sup>170</sup> Il § 90 B.G.B. è lapidario sul punto: "Begriff der Sache. Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände". La norma sembra voler segnare una netta distinzione tra il concetto di cosa e il concetto di bene. I termini della questione sono affrontati in maniera interessante in una risalente trattazione del WIEACKER, *Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung*, in *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 148, 1942, 57 ss.; si veda anche BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1978, 10 ss.

monetari, bensì esso vale come mera unità astratta, allora lo stesso, pur costituendo, in qualche modo, una cosa, non costituisce, in sé, un bene in senso giuridico, e non può essere assunto – almeno nella sua consueta e propria funzione – ad oggetto di una obbligazione finalizzata al trasferimento di beni, seppure individuati solamente attraverso il riferimento al genere di appartenenza.

Escluso, quindi, che l'obbligazione pecuniaria possa essere assimilata a quella di dare cose generiche, anche l'idea per cui proprio nel campo di essa troverebbe piena conferma il brocardo per cui *genus numquam perit* si appalesa per ciò che è, vale a dire il prodotto di una illusione ottica, la cui spiegazione si colloca più sul piano della suggestione che su quello della scienza giuridica, trovando, l'inconcepibilità dell'ipotesi per cui il debitore di una somma di denaro potrebbe invocare l'impossibilità della prestazione al fine di liberarsi, fondamento non nell'appartenenza del debito pecuniario alla categoria teorica del debito di cosa generica, bensì in altre ragioni, legate, per un verso, a mio avviso, alla funzione solutoria della moneta, a quella dimensione di unità astratta che rende impensabile l'idea del perimento così come inverosimile il concetto di impossibilità<sup>171</sup>, e per altro verso, come d'altronde hanno intuito attente dottrine, alla convertibilità potenziale di ogni obbligazione in obbligazione di risarcimento per equivalente<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> Mi pare, in questo senso, felice la scelta terminologica del NUSSBAUM, *Money in the law national and international*, Brooklyn, 1950, 144, che parla di una obbligazione pecuniaria che presenterebbe un carattere “*indestructible*”; e proprio tale “indistruttibilità” rappresenta un profilo proprio e particolare del debito pecuniario, che, insieme ad altre peculiarità, lo rende atipico e non assimilabile ad altre categorie di obblighi.

<sup>172</sup> Nella nostra dottrina, l' INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro*, op. cit., 703, ritiene decisiva ai fini della spiegazione dell'esclusione dell'idea stessa di impossibilità con riguardo alla prestazione pecuniaria la “stretta connessione tra responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.) e patrimonialità della prestazione (art. 1174 c.c.)” nell'ottica della “susceptibilità a quantificare e realizzare gli interessi patrimoniali nella forma pecuniaria”. Il denaro, insomma, presenterebbe una funzione di liquidazione e rappresentazione di ogni valore patrimoniale, rappresentando l'essenza stessa dell'ideale del “valore”, depurato da qualsiasi caratteristica fisica che sarebbe d'impaccio alla pura funzione di scambio. L'idea è diffusa nella dottrina tedesca; si vedano, tra i molti, ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 1 Band, Karlsruhe, 1976, 131; HEFERMEHL, in SCHLEGELBERGER, *Handelsgesetzbuch*, München, 1976, IV Band, 313 ss.

Stanti queste brevi riflessioni, escluderemo dal prosieguo del nostro discorso lo specifico caso dell'obbligazione di somma di denaro, ritenendo che esso non integri, per così dire, una specie all'interno del tema del genere, in considerazione della sostanziale diversità di problemi e prospettive che vengono in rilievo per l'una ipotesi e per l'altra.

## **9. L'OBBLIGAZIONE DI GENERE E LA RESPONSABILITÀ DEL DEBITORE.**

Il predicato della riconducibilità dell'oggetto dell'obbligazione ad un *genus* pattiziamente delimitato non rispecchia, come abbiamo detto, un carattere intrinseco alla natura dell'oggetto della prestazione, bensì esso si sostanzia solamente in una particolare modalità di determinazione dell'oggetto da parte dei contraenti.

Abbiamo avuto modo di considerare, infatti, come, anche se il genere può essere dalle parti precisato e definito – ed è ciò che il più delle volte avviene – attraverso la descrizione di una serie di caratteri che l'oggetto destinato all'adempimento dovrà poi presentare, tuttavia non si può in alcun modo sostenere che l'appartenenza ad un genere costituisca un carattere relativo all' "in sé" della cosa. E' questa la fondamentale ragione per cui il concetto di genericità rimane estraneo rispetto alla teoria giuridica delle cose, non trovando posto, in essa, la classificazione tra cose generiche e non generiche.

A ben guardare, la denominazione "cosa generica" si rivela, in effetti, assai approssimativa se non errata; e sarebbe meglio indicare questa realtà con l'espressione "cosa rientrante nel genere definito dalle parti", essendo il significato giuridico dell'appartenenza della cosa ad un dato genere solo quello riferibile alla sua corrispondenza o meno a quei requisiti che, nell'insieme individuano e delimitano il genere che le parti hanno assunto come riferimento determinante l'impegno obbligatorio.

Ciò che tuttavia occorre chiedersi è quale ripercussione presenti la delimitazione dell'oggetto dell'obbligazione attraverso il riferimento ad un

genere di appartenenza rispetto al tema della responsabilità che il debitore si assume al riguardo.

In particolare, si tratta di stabilire se la determinazione dell'oggetto dell'obbligazione con mero riferimento ad un genere di appartenenza definito dalle parti determini un aggravio della responsabilità del debitore, nella logica che il brocardo *genus numquam perit* sembra, seppure grossolanamente e in qualche modo maldestramente, sottendere.

Un dato di carattere quasi empirico e di pronto apprezzamento teorico balza agli occhi: se dedotto in obbligazione è un genere, e non un singolo, specificato bene, il debitore sarà chiamato, di massima, ad adempiere attraverso la prestazione di un bene riconducibile al genere, in qualsiasi modo procurato. Specularmente, egli non potrà liberarsi accampando come giustificazione la perenzione incolpevole o l'impossibilità di prestare un singolo elemento del genere, potendo (e dovendo) egli adempiere attraverso la prestazione di un altro esemplare appartenente al *genus in obligatione deductum*.

Ciò che va chiarito, tuttavia, è se il brocardo secondo cui il genere sarebbe insuscettibile di perenzione sia impiegato per indicare una speciale regola di responsabilità da collocarsi e precisarsi su un piano che va al di là delle elementari considerazioni da ultimo svolte, oppure se la massima sia semplicemente descrittiva del dato per cui l'impossibilità riferita ad un singolo bene appartenente al genere non può liberare il debitore rispetto all'impegno assunto.

Con questi brevi cenni riteniamo di aver riassunto **l'oggetto dell'indagine che si pone ad obiettivo del presente lavoro: la definizione della misura della responsabilità del debitore di cosa determinata dalle parti solo attraverso il riferimento ad un genere di appartenenza.**

Questo problema, come vedremo, si struttura diramandosi poi in una serie di quesiti ulteriori: nel chiarire la portata della regola o delle regole sottese al brocardo che dà il titolo al presente lavoro, si dovrà, qualora si concluda nel senso dell'esistenza di talune peculiarità in tema di responsabilità derivanti dalla parziale determinazione dell'oggetto, evidentemente

procedere a chiarire i caratteri di tali peculiarità, le regole operative che le governano, il fondamento teorico-dogmatico delle soluzioni adottate.

Poco studiato dalla dottrina italiana moderna, nemmeno accennato da quelle più risalenti, il tema del rapporto tra delimitazione del genere, delimitazione del dovere di procurare e, in definitiva, delimitazione della responsabilità del debitore per l'ipotesi in questione è oggetto, in letteratura, al più di cenni dai quali non è quasi mai agevole desumere un pensiero articolato sul punto; la civilistica tedesca si maggiormente addentrata nella problematica in questione, ma gli esiti raggiunti (anch'essi, per certi versi, come vedremo, frammentari) non sono stati adeguatamente recepiti in Italia, dove non si rinviene pressoché alcuno studio puntuale in materia.

Delimitato è il genere, non l'obbligazione, sottolinea una autorevole dottrina d'oltralpe<sup>173</sup>. Il quesito cui questo lavoro intende tentare di offrire una risposta ribalta la prospettiva: se l'impegno assunto presenta un oggetto solo parzialmente determinato, e potenzialmente – almeno in teoria – illimitato nella sua estensione, che limiti incontra l'obbligazione intesa come vincolo e quindi con specifica attenzione alla responsabilità del debitore? E' questo il punto che intendiamo affrontare nelle pagine che seguono, dapprima attraverso una panoramica sulla riflessione che, al riguardo, si è sviluppata in Germania (sezione II), per poi passare a considerare la questione nella prospettiva del diritto italiano.

---

<sup>173</sup> “Beschränkt oder begrenzt wird nicht die Schuld, sondern die Gattung, aus welcher geschuldet wird“ afferma il GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, 216.

## II. L'OBBLIGAZIONE DI GENERE E IL RISCHIO DI PROCURABILITÀ DELLA COSA. PROFILI COMPARATIVI.

**1. POSIZIONE DELLE QUESTIONI PRINCIPALI. 2. LA PAROMIA GENUS NUMQUAM PERIT NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA FRANCESE. CENNI. 3. IL PARAGRAFO 279 BGB A.F. PROFILI PROBLEMATICI. 4. ALCUNI "LEADING CASES" NELLA GIURISPRUDENZA TEDESCA E SVIZZERA. UN CASO "CLASSICO". LE UOVA DELLA GALIZIA. 5. (SEGUE) IL *PORSCHEFALL*. 6. (SEGUE) LO *CHÂTEAU-PETRUS-FALL*. 7. *VORRATSSCHULD* E GENERE LIMITATO. 8. OBBLIGAZIONE GENERICA E OBBLIGO DI PROCURARE. STRUMENTALITÀ DI QUEST'ULTIMO. 9. (SEGUE) ANCORA SULL'OBBLIGO DI PROCURARE COME OBBLIGO STRUMENTALE. 10. I LIMITI DEL RISCHIO NELL'OBBLIGO DI PROCURARE E LA RESPONSABILITÀ NELLA DOTTRINA TEDESCA. 11. LA DISCIPLINA IN MERITO DEL § 276 BGB DOPO LA RIFORMA.**

### 1. POSIZIONE DELLE QUESTIONI PRINCIPALI.

Il tema della quantificazione e delimitazione della responsabilità del debitore nell'ipotesi di obbligazione avente ad oggetto cose determinate solo con riferimento ad un genere di appartenenza, inteso quale autonomo tema d'indagine all'interno della teoria dell'obbligazione, è stato affrontato dalla dottrina tedesca con maggiore consapevolezza rispetto a quella italiana<sup>174</sup>.

Ciò è dovuto ad una serie di ragioni, di cui la principale consiste, presumibilmente, nel fatto che all'interno di quel sistema v'era, almeno sino alla riforma del diritto delle obbligazioni intervenuta nel 2001, una norma dedicata specificamente a questo problema, contenuta nel paragrafo 279 del

---

<sup>174</sup> Oltre alle trattazioni tedesche già citate nella prima sezione, cui integralmente si rinvia, è il caso di segnalare, senza pretese di completezza, ma concentrandosi solamente su alcuni lavori particolarmente rilevanti ai nostri fini, DORN, *Gattungsschuld*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband*, Tübingen, 2007, 366 ss.; BALLERSTEDT, *Zur Lehre vom Gattungskauf*, in *Festschrift für Nipperdey*, Berlin, 1955, 272, ss.; MEDICUS, *Die konkretisierte Gattungsschuld*, in *Jus*, 1966, 297 ss.; BAUER, *Periculum emptoris: eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 23)*, 1998, 98 ss.; GSELL, *Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht – Die Haftung des Gattungsverkäufers beim Eintritt nachträglicher Erfüllungshindernisse (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, 180)*, 1998; nonché il fondamentale contributo di CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, in *Norm und Wirkung, Festschrift für Wiegand zum 65. Geburtstag*, Bern – München, 2005, 179 ss.

codice civile tedesco<sup>175</sup>, la quale affermava, sostanzialmente, l'inapplicabilità del concetto di impossibilità soggettiva al campo dell'obbligazione generica.

Con l'inserimento di una simile regola all'interno del tessuto normativo, nel codice tedesco il problema della misura della responsabilità del debitore di genere trovava una soluzione non chiara; e finiva col tradursi nell'emersione di una sorta di contraddizione normativa quell'ampio margine di dubbio che, come abbiamo visto, aveva contraddistinto il dibattito intervenuto nella seconda metà dell'Ottocento in merito a quale sistema di responsabilità accogliere, *de iure condendo*, nel diritto tedesco delle obbligazioni.

Se per un verso, infatti, trovava spazio nel codice il concetto di impossibilità soggettiva, e veniva sancito nel § 242 l'accoglimento del principio di buona fede – destinato a fondare, sulla base dello sviluppo dottrinale e giurisprudenziale, un vero e proprio *sistema della buona fede* con ricadute applicative ben diverse e maggiori che altrove, come, ad esempio, in Italia - per altro verso si scolpiva una eccezione di notevole importanza affermandosi, al § 279, che il debitore di cosa generica non sarebbe stato da considerarsi liberato dal suo debito fino a quando la prestazione fosse stata ancora possibile (“...*solange die Leistung aus der Gattung möglich ist...*”), laddove il concetto di “possibile” pareva, almeno in relazione al quadro storico-sistematico che abbiamo descritto nella sezione prima, dover essere inteso nell'ottica del richiamo al sistema dello stretto diritto romano più che in quella, temperata, aderente al principio di buona fede.

La regola contenuta nel § 279 B.G.B., come vedremo, venne a costituire sin dalla promulgazione del codice una fonte di non lievi dubbi sul piano interpretativo e di gravi perplessità dottrinali. In un primo tempo emerse la

---

<sup>175</sup> La norma di cui al paragrafo §279 BGB, rubricata “*Unvermögen bei Gattungsschuld*”, recitava “*Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt*”.

tensione a sminuirne o pressoché ignorarne la portata, attraverso una serie di valutazioni e di correttivi sui quali ci soffermeremo tra breve.

Successivamente, lo studio della materia finì col subire una battuta d'arresto in relazione al consolidarsi, sul piano giurisprudenziale, di tutte quelle soluzioni di ripiego e correzioni di carattere equitativo che vennero a costituire, nel tempo, una soluzione del problema di carattere, per così dire, pretorio.

Ciò ha fatto sì che il tema della responsabilità del debitore di cosa determinata solo con riferimento al genere di appartenenza sia rimasto, per certi versi, negletto anche in Germania, dove tuttavia, periodicamente, il problema continuava a riemergere nelle trattazioni sistematiche di diritto civile e dove, di tanto in tanto, veniva realizzato qualche approfondimento di carattere monografico sulla questione<sup>176</sup> che svelava, come accennato in principio, quantomeno una maggiore consapevolezza dell'esistenza del problema e della sua complessità.

Solo recentemente, l'argomento ha suscitato di nuovo l'attenzione di un'autorevole dottrina che, seppure nell'ottica di un discorso che ci pare di intendere più ampio, è tornata sul punto, cercando di riesaminare, ancora una volta, le peculiari questioni inerenti la responsabilità del debitore di cosa determinata solo nel genere<sup>177</sup>.

Nelle pagine che seguono, si affronteranno i nodi essenziali del problema nella prospettiva del diritto tedesco, con l'avvertenza che quanto si verrà dicendo non intende costituire, evidentemente, una panoramica completa e generale su un tema che presenta peculiari profili di delicatezza e, diremmo così, un elevato numero di sotto – questioni, in relazione all'intero diritto

---

<sup>176</sup> Riterrei che, quanto ai contributi monografici tedeschi sul tema, volendo fornire una indicazione minimale e certo assai riduttiva ma significativa, di portata fondamentale ai fini del nostro discorso risultino essenzialmente i contributi del LEMPPENAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, *op. cit.*, e quello del CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*. In essi, meglio e più approfonditamente che altrove, emergono i profili fondamentali del problema su cui si concentrerà la nostra attenzione nelle pagine della seconda e della terza sezione del lavoro.

<sup>177</sup> Mi riferisco al lavoro del CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, *op. cit.*, *passim*.

tedesco delle obbligazioni in sé considerato, che non è possibile in questa sede affrontare<sup>178</sup>.

La scelta di dedicare una sezione del presente studio a chiarire la posizione del problema con riguardo al diritto tedesco trova una ben precisa giustificazione: una volta considerati, nella prima sezione del lavoro, i profili storici della materia e i fondamenti della stessa, l'analisi si sposta sul piano di un ordinamento nell'ambito del quale la questione della responsabilità del debitore di genere è stata affrontata in termini, riteniamo, quantomeno di maggiore consapevolezza di quanto ciò, per molte ragioni alle quali avremo modo di accennare, non sia stato fatto nella civilistica italiana.

Questa parte del nostro discorso, dunque, va intesa come propedeutica e fondante rispetto al ragionamento che articoleremo nella terza sezione del lavoro.

## 2. LA PAROMIA *GENUS NUMQUAM PERIT* NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA FRANCESE. CENNI.

Occorre osservare, preliminarmente alla riflessione che andremo a sviluppare, come la tradizione giuridica francese non abbia manifestato particolare interesse rispetto all'analisi della paromia secondo cui *genus numquam perit*.

Volendo limitarci ad alcune osservazioni essenziali, diremo che alla problematica della responsabilità del debitore di genere vengono dedicati pochi cenni nelle trattazioni tradizionali, specie in quelle risalenti, senza che tali generalissimi spunti si sviluppino mai realmente in una riflessione più articolata o compiuta<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> Mi riferisco, ad esempio, all'idea, avanzata da qualche autore, di un sostanziale superamento della distinzione tra vendita di genere e vendita di cosa specifica. Si veda in particolare sul punto l'interessante riflessione della SCHÜRHOFF, *Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht*, Baden – Baden, 2005, *op.cit.*, *passim*.

<sup>179</sup> Per rendere l'idea dello stato dell'arte, basterebbe osservare come forse la più estesa trattazione del tema dell'obbligazione generica contenuta in un manuale di diritto delle

Il brocardo, d'altro canto, sparisce dall'orizzonte dell'analisi teorica francese già nel medioevo e Pothier non né fa, nell'intera sua opera, nemmeno menzione.

L'impressione generale che si trae dalla scarna elaborazione sul punto è che in Francia, forse ancora maggiormente che in Italia, l'argomento sia stato oggetto di un sostanziale oblio; e i problemi che, evidentemente, anche in quel sistema inevitabilmente sorgono in relazione al debito di genere sembrano risolti attraverso una commistione di vaghi riferimenti tradizionali del carattere trattatizio e di riferimenti ai principi generali, cosicché l'analisi di quel sistema non offre, di fatto, spunti utili all'approfondimento del tema della responsabilità del debitore di genere.

In chiave ancor più generale, siamo d'accordo con quella dottrina che ha osservato come “le codificazioni che si ispirano a quella francese non danno eccessiva importanza alle obbligazioni di genere. Vi figura privilegiata, com'è noto, l'obbligazione (...) di cosa determinata («un corps certain et déterminé», art. 1245 *code civil*), segno evidente di una fase della produzione o degli scambi in cui oggetti scambiati non sono prodotti in serie o cose fungibili. L'obbligazione di genere è invece prototipo di una economia più evoluta, ove appunto interesse del consumatore od utente non è di ottenere la disponibilità di una cosa individua ma di cosa appartenente a genere o specie, avente determinate caratteristiche o qualità”<sup>180</sup>.

### **3. IL PARAGRAFO 279 BGB A.F. PROFILI PROBLEMATICI.**

Passando direttamente alla considerazione del sistema tedesco, abbiamo accennato, poche righe sopra, che la norma contenuta all'interno del § 279 B.G.B. ha costituito, sin dalla promulgazione del codice, un dato problematico per gli interpreti.

---

obbligazioni generale francese rimanga ancora oggi quella del CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, (trad. da ASCOLI e CAMMEO) Milano, 1908, 59 ss.

<sup>180</sup> DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1994, 18.

a) La scelta di sottrarre la materia dell'obbligazione generica alla regola dell'impossibilità soggettiva, infatti, sottende un'idea di fondo dell'obbligazione generica che poggia più sull'impressione immediata che l'ampiezza variabile del *genus in obligationem deductum* solleva anche in relazione al piano della responsabilità debitoria, e dunque oltre la tematica dell'oggetto del debito puramente inteso (lasciando intuire che il debitore non sarà da considerarsi liberato per il solo fatto del perimento del singolo esemplare riconducibile al genere di appartenenza e dunque incorrerà in un aggravio sul piano, appunto, della responsabilità che si assume), che su una razionale considerazione della complessità di tale figura.

Tale scelta, tuttavia, fu sin dall'inizio fonte di notevoli perplessità dottrinali, in quanto essa, con tutta evidenza, non poteva che condurre a risultati iniqui sul piano del diritto applicato, non lasciando, sostanzialmente, al debitore alcuna "via di uscita", per il caso di inadempimento incolpevole, che si ponesse al di fuori del caso dell'impossibilità oggettiva assoluta<sup>181</sup>.

b) In realtà, la considerazione per cui il debito di genere sarebbe stato da considerarsi comunque estinto, in base quantomeno ad una valutazione ancorata al principio di buona fede, una volta che il genere medesimo, se limitato, fosse perito o una volta che i beni idonei all'adempimento fossero scomparsi dal mercato di riferimento o fossero stati rinvenibili solo con estrema difficoltà e sacrificio per il debitore, la considerazione, insomma, dell'omogeneità al sistema di un principio che appariva non aderente né alla regola sottesa dal brocardo *genus numquam perit* né al disposto del paragrafo 279 B.G.B., si legge già nelle riflessioni dello Hartmann<sup>182</sup>, dunque in epoca persino anteriore alla promulgazione del codice.

La convinzione di cui sopra, peraltro, trovava un'ampia diffusione in dottrina: solo un gruppo limitato di autori, che comunque si poneva in contrasto con una diversa opinione di gran lunga prevalente, era disposto, già ai primi del Novecento, ad accogliere e ad ammettere una lettura della

---

<sup>181</sup> Per una riflessione critica si veda LEMMPENAU, *op. cit.*, 13 ss.

<sup>182</sup> HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, 255 ss.; similmente anche UBBELOHDE, *Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches in zweiter Lesung*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1896, 85, 118 ss.

norma in discorso che risultasse perfettamente aderente al tenore testuale della stessa; e, comunque, anche coloro che parevano, sulla base delle loro ricostruzioni, meno ostili alla regola del § 279 B.G.B., ne ammettevano la portata, *bongré malgré*, sempre con la precisazione che essa conduceva e avrebbe condotto a “risultati iniqui nella dinamica della circolazione commerciale”<sup>183</sup>.

c) Taluni, in una prospettiva parzialmente diversa, hanno tentato di giustificare e inquadrare il disposto della norma nei termini di una eccezione quantomeno apparente al principio della responsabilità fondata sulla colpa del debitore<sup>184</sup>.

L’idea che l’eccezione fosse, in certa misura, apparente discendeva dalla considerazione per cui, nei confronti del debitore che si fosse impegnato a procurare un bene idoneo all’adempimento e poi vi si fosse rivelato impossibilitato, sarebbe stato in ogni caso da operarsi un giudizio fondato, *lato sensu*, sul principio della colpa, in quanto, attraverso la stipulazione del contratto, il debitore s’era assunto comunque la responsabilità di garantire l’esito virtuoso dell’operazione economica (vale a dire il reperimento del bene idoneo all’adempimento dell’obbligazione).

In sostanza, seguendo una simile linea di pensiero, la struttura della responsabilità del debitore di cosa generica così come scolpita dal § 279 non si sarebbe, in realtà, discostata, di fondo, dal principio di responsabilità fondata sulla colpa, in quanto il giudizio sul contegno colposo del debitore avrebbe dovuto essere condotto tenendo conto dell’obbligo di garanzia da questi assunto al momento della conclusione dell’accordo<sup>185</sup>.

d) Ancora, è stato esperito il tentativo di valutare la reale portata del § 279 B.G.B. alla luce della relazione al codice civile tedesco, pretendendo di

---

<sup>183</sup> BIERMANN, *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1901, 91, 100; similmente TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, Leipzig, 1900, 92 ss.

<sup>184</sup> PAECH, *Die Leistungsverzug*, Berlin, 1912, 92 ss.

<sup>185</sup> Un simile argomento sembrava trovare solide basi dottrinali anche nella ricostruzione di altri autori. In fondo, già lo Jehring aveva affermato che l’impossibilità, di carattere anche non oggettivo, ad adempiere un debito di genere riposava, di fondo, comunque e sempre sul principio della colpa. Si veda JEHRING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jehring's Jahrbücher*, Band 4, Berlin, 1861, 39 ss.

trarre dai *Motive* l'idea che la disposizione fosse espressione di una sorta di garanzia particolare assunta dal debitore di genere con riguardo alla sua capacità di adempiere e fare fronte all'impegno assunto<sup>186</sup>.

Tale tentativo – sul quale, alla luce della soppressione, nel 2001, della norma in discorso occorrerebbe forse riflettere più a fondo<sup>187</sup> – se valutato in relazione allo stadio di sviluppo della riflessione sulla materia raggiunto al tempo in cui esso fu esperito, non pare convincente.

Si è giustamente osservato, infatti, come, nei *Motive*, il riferimento alla garanzia della capacità adempitiva non fosse affatto limitato al caso dell'impossibilità soggettiva in relazione al debito di genere, o dettato in termini particolari per il medesimo, essendo, tale principio, riferito invece a tutti i tipi di obbligazioni e a tutti i casi di impossibilità soggettiva<sup>188</sup>; il che finiva con lo smentire il tentativo di soluzione del problema di cui si è da ultimo dato conto. Del resto, come autorevole dottrina non ha mancato di osservare, un simile tentativo di spiegazione finiva inevitabilmente col risolversi o in una mera esegesi dei dati normativi accompagnata da qualche riferimento ai *Motive*, oppure in una sorta di finzione: perché l'eventuale assunzione di una garanzia in relazione all'impegno assunto avrebbe dovuto trovare il suo fondamento pur sempre nell'accordo delle parti, mentre, andando per la via cui s'è accennato poche righe sopra, tale speciale misura delle responsabilità si sarebbe risolta in una garanzia imposta *ope legis*, dai contorni incerti e dalla portata, comunque, esorbitante, al punto che una spiegazione fondata su queste basi non avrebbe fatto altro che riportare al centro della discussione il problema di partenza<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Si veda in particolare *Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Band, 2, 45.

<sup>187</sup> Accenneremo a questo aspetto, seppure in termini contenuti, nel paragrafo conclusivo di questa sezione.

<sup>188</sup> Il rilievo è ripreso dal LEMPPENAU, *op cit.*, 45.

<sup>189</sup> Si veda KISCH, *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem burgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Band 7, Heft 2*, Jena, 1900, 110, il quale fa espresso riferimento, sempre sul piano della considerazione per cui la ricostruzione di una garanzia particolare da parte dell'obbligato avrebbe comunque dovuto riposare sulla dimensione pattizia dell'accordo, alla necessità che della garanzia assunta fosse conscio il debitore stesso, aspetto che non collimerebbe con la lettura del § 279 in termini di una particolare garanzia prevista *ope legis*.

e) Una rosa limitata di studiosi, da ultimo, si rassegnarono, per così dire, al tenore letterale della norma, che, a loro avviso, non lasciava spazio a argomentazioni e interpretazioni, per così dire, “adeguatrici”, a pena di elaborare spiegazioni e trarre conclusioni inevitabilmente *contra legem*<sup>190</sup>. Pur non trovandosi d’accordo, pare di capire, con l’assunto del disposto normativo, questi autori, non accettando di privarlo di un contenuto applicativo di diritto positivo, ritennero che esso andasse applicato comunque, in maniera ortodossa e rigorosa<sup>191</sup>.

f) Se questo era, sostanzialmente, lo stato della discussione a cavallo e poco dopo l’entrata in vigore del B.G.B., successivamente il problema della disomogeneità del contenuto del § 279 rispetto alla logica del sistema – disomogeneità che altro non costituiva se non il pernicioso portato del dibattito sulla responsabilità di cui abbiamo dato conto nella sezione prima del lavoro – fu affrontato e, ad avviso di alcuni, risolto, applicando e sviluppando considerazioni non molto dissimili a quelle che erano state svolte non appena il codice era entrato in vigore.

In particolare, molti scrittori hanno ritenuto giustamente che la lettera del § 279 non fosse da riferirsi a tutti i tipi e le categorie di impedimento che venissero a fraporsi quali ostacoli tra la conclusione dell’accordo e il momento dell’adempimento, bensì solamente a quelli legati, in qualche maniera, ai profili intrinsecamente caratteristici del debito di genere<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Quale doveva apparire quella elaborata da TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, op. cit., 93, il quale, per salvare il principio di buona fede nell’ambito del debito di genere, finisce, in effetti, per interpretare il disposto di cui al § 279 in maniera antiletterale; si veda anche KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Band 7, Heft 1*, Jena, 1900, 125.

<sup>191</sup> BIERMANN, *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht*, op. cit., 108, scriveva: “*Der klare Wortlaut des § 279 bindet. Eine extensive Interpretation des § 279 ist dagegen schon aus dem Grunde zu vermeiden, weil sie zu unbilligen Ergebnissen führen muß, da die Bestimmung des § 279 auf einer Auffassung von der Haftung des Schuldners beruht, welche der Auffassung des Verkehrs nicht entspricht*”; similmente si veda KISCH, *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., 112.

<sup>192</sup> Si veda al riguardo PLANCK, § 279, *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Band II: Recht der Schuldverhältnisse*<sup>4</sup>, Leipzig, 1914,

Rimanevano, in questo modo, **esclusi dalla portata del § 279 le ipotesi di impossibilità o estrema difficoltà del debitore riconducibili a impedimenti di carattere generale** quali la malattia, il servizio militare, l'impossibilità di trovare un adeguato mezzo di trasporto, e così via.

**g)** Il fondamento della delimitazione risiedeva, ad avviso di quanti ne sostenevano la rilevanza, *nel tenore stesso della norma e dall'espresso riferimento al debito di genere*. Su questo punto, pare di poter distinguere, nella ricostruzione degli autori, due distinte prospettive, riassumibili nei termini seguenti.

- I) Secondo alcuni autori, che si esprimono al riguardo in maniera piuttosto vaga, pur ammettendo una delimitazione all'ambito applicativo della norma, la regola di aggravio della responsabilità costituiva espressione diretta del principio tratizio sotteso e implicito nel brocardo *genus numquam perit*: essa, dunque, andava applicata in tutti i casi in cui l'ostacolo all'adempimento si fosse tradotto nell'impedimento a prestare un certo numero di esemplari della merce dovuta, rimanendo però la possibilità concreta e verosimile di procurarne altri e dovendo, il debitore, agire in tal senso sino alla soglia dell'impossibilità oggettiva sulla base dell'impegno assunto<sup>193</sup>.
- II) Secondo una diversa e più meditata prospettiva, invece, il fondamento della delimitazione dell'aggravio di responsabilità per l'ipotesi del debito di genere derivava dalla natura intrinseca di quest'ultima figura. In quest'ottica, il § 279 veniva a rappresentare una eccezione rispetto alla regola contenuta nel § 275, secondo comma, basata sulla natura del debito di genere e da delimitarsi tenendo conto della stessa<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> E' la visione del DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Band II, 1, Die Schuldverhältnisse*, Halle, 1905, 32.

<sup>194</sup> Sulla base di tale ricostruzione del regime particolare da applicarsi all'obbligazione di genere, il punto decisivo sarebbe consistito nel valutare se l'impedimento alla prestazione sia di carattere generale o invece da legarsi immediatamente alla natura dell'obbligazione generica nei termini che si considerano nel testo. La regola di cui al § 279 avrebbe trovato applicazione, quindi, solo in presenza di impedimenti alla prestazione da considerarsi come intimamente legati e dipendenti dalla natura della stessa, nei termini, ad un tempo

h) Ora, diventava, seguendo questa seconda prospettiva, evidentemente **essenziale scolare la differenza di natura da riconoscersi all'obbligazione di genere rispetto a quella assunta su cosa specifica**; e, peraltro, questo punto costituisce un momento essenziale anche ai fini della nostra riflessione.

Al riguardo, una dottrina risalente già sosteneva, non senza intravedere una parte di verità, che, a ben guardare, **è solo l'oggetto del rapporto in sé considerato a distinguere l'obbligazione generica**, non essendovi altre peculiarità che, *ab origine*, la contraddistinguono<sup>195</sup>. Questa considerazione, presa da sola, non giunge a compiere il passo decisivo, che si sarebbe avuto solo in seguito: quello di ***comprendere che il dato della diversa possibile determinatezza dell'oggetto poteva presentare decisive ricadute sul piano dell'estensione dell'obbligo del debitore non solo in relazione al debitum, ma anche sul piano della responsabilità***<sup>196</sup>.

i) Ora, se si riflette, invece, su questo profilo, ci si avvede del fatto che la regola per la quale la distruzione di singoli esemplari del *genus in obligationem deductum* non libera il debitore, che di massima è tenuto a fornirne altri, non costituisce il punto di partenza, bensì il punto d'arrivo – tra l'altro brachilogicamente e forse inesattamente rappresentato – di un ragionamento che abbia per oggetto la responsabilità del debitore di genere. Ciò in quanto **la vera peculiarità del debito di genere sta nel fatto che quel fenomeno – che viene di solito descritto attraverso il richiamo ad una determinazione parziale dell'oggetto – per il quale l'impegno obbligatorio viene costruito intorno all'astrazione dell'oggetto del debito può comportare due importanti ricadute in punto di responsabilità**, riassumibili nei termini seguenti:

---

della specialità e dell'eccezione rispetto alle regole di cui al § 275.

<sup>195</sup> Si veda al riguardo quantomeno HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Obligationsrecht*, Marburg, 1913, 158 ss.

<sup>196</sup> LEMPPENAU, *op. cit.*, 50 ss.

- I) il debitore di massima potrà scegliere *come* adempiere<sup>197</sup>, non concentrandosi – per così dire – da subito l’impegno su un preciso oggetto concreto; ad esempio, potrà decidere se adempiere con merci appartenenti ad una sua provvista oppure procurandosene altre sul mercato (**possibilità** di procurare i beni idonei all’adempimento);
- II) al debitore, di converso, entro certi limiti potrà essere richiesto di procurarsi le merci altrove qualora quelle destinate dal medesimo all’adempimento siano andate distrutte o perdute (**dovere** di procurare i beni idonei all’adempimento).

**j) E’, dunque, la presenza del potere - dovere di procurare beni idonei all’adempimento a caratterizzare, di massima, il contenuto particolare dell’obbligazione di genere.** E la consapevolezza di questo dato emerge già nelle considerazioni svolte, sulla materia, in risalenti trattazioni tedesche<sup>198</sup>, nelle quali si tendeva, come abbiamo in parte considerato, a delimitare la portata di quella clausola, contenuta nel § 279 B.G.B. che pareva estendere oltre misura e irrazionalmente la responsabilità del debitore di genere, senza tenere in alcun modo conto né della sostanziale erroneità del brocardo secondo cui *genus numquam perit*, né dell’autentica natura del debito di genere, da individuarsi nei termini che abbiamo da ultimo esposto.

Ciò che rimaneva da comprendere esattamente – e che non risultava ben messo a fuoco da quelle trattazioni risalenti cui mi sono da ultimo riferito – era, per un verso, *quali rapporti intercorressero, sotto il profilo giuridico, tra l’estensione variabile dell’oggetto dell’obbligazione e la misura della responsabilità del debitore* e, per altro verso, *come fosse possibile fissare la*

---

<sup>197</sup> Il punto, in Italia, è sottolineato soprattutto da DI MAJO, *Le modalità dell’obbligazione*, Bologna, 1986, specie 505 ss.; per un interessante discorso complessivo si veda anche ID., *Dell’adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1994, 16 ss.

<sup>198</sup> Il punto, più di recente, torna ad essere sottolineato da ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, I, 129; in Italia, questo aspetto emerge con minore nitore. Il GIORGIANNI, *L’inadempimento, corso di diritto civile*, Milano, 1975 ne sottolinea la portata meglio di altri, e tuttavia pare accennarvi nei termini di un dovere “preparatorio” quasi considerato in una chiave riduttiva. Migliore pare l’approccio del DI MAJO, *Dell’adempimento in generale, op. cit.*, 18 ss.

*soglia di tale responsabilità sulla base di parametri compatibili con le linee guida del sistema*, senza ricadere nella irrazionalità sottesa alla disposizione di cui al § 279 B.G.B. che già allora si andava, talora aspramente, censurando.

#### **4. ALCUNI “LEADING CASES” NELLA GIURISPRUDENZA TEDESCA E SVIZZERA. UN CASO “CLASSICO”. LE UOVA DELLA GALIZIA.**

Le problematiche relative ai limiti della responsabilità cui soggiace il debitore di cosa generica, e, più in generale, quelle riferibili alla struttura di tale particolare configurazione della posizione debitoria, non costituiscono solamente un terreno insidioso e tuttavia stimolante sotto il profilo teorico dottrinale, bensì presentano significative implicazioni sotto il profilo pratico, nella realtà dei traffici commerciali e, diffusamente, della contrattualistica tra privati.

Questo aspetto ci pare troppo spesso – e a torto – sottovalutato dalla perenne tensione a considerare temi di questo genere in termini puramente concettuali e astratti, con la conseguenza che la perdita di aderenza rispetto alla realtà dei rapporti giuridici finisce, a mio giudizio, con il comportare anche un decadimento sotto il profilo dell’analisi teorica, con un affievolimento, a vantaggio di eccessivi concettualismi, del rigore del metodo (in termini di adesione al dato normativo, di corrispondenza al piano degli interessi economici, ecc.) che deve, invece, costituire il *fil rouge* lungo il quale tessere l’analisi del problema<sup>199</sup>.

E’ nostra convinzione che la materia si presti ad essere trattata, con maggiore efficacia, attraverso la previa esposizione di taluni casi pratici

---

<sup>199</sup> Con ciò non si intende affatto sminuire la portata e la necessità di un’analisi teorica che, in certo modo, si ponga al di sopra del piano strettamente casistico e giurisprudenziale. In questa stessa trattazione, come si avrà modo tra breve di considerare, gli esempi analizzati non sono certo decine o più, preferendosi impiegare essi a modelli e banchi di prova della costruzione che si va elaborando. Si intende solamente dire che, per usare un’espressione del Marchesi, il “mondo delle idee” non può qui essere tenuto lontano dal “mondo delle cose”, bensì deve costituire il laboratorio di spiegazione e soluzione delle evenienze che concernono quest’ultimo.

particolarmente significativi e realmente accaduti, per poi passare all'analisi e all'inquadramento teorico dei profili afferenti la responsabilità del debitore con riguardo a quegli stessi casi descritti, per poi, ancora, giungere alla generalizzazione delle conclusioni e ad alcune ulteriori osservazioni che riteniamo significative al fine del completamente del quadro d'insieme che, rispetto alla figura della *Gattungsschuld* nel diritto tedesco, andiamo tracciando.

Il primo caso che va preso in considerazione è il cosiddetto *galizische Eierfall*, risalente al tempo del primo conflitto mondiale e sovente citato dalla dottrina tedesca a mo' di *exemplum* quasi tratizio nella materia della responsabilità del debitore di genere e del rischio di procurare<sup>200</sup>.

Nel 1914 un tale, abitante in un paese dell'est della Galizia, aveva concluso un contratto di vendita di una partita di uova che avrebbe dovuto recapitare a Berlino. Egli si trovò, invece, a dover fuggire, insieme alla sua famiglia e in condizioni di grave emergenza e rischio personale, verso Cracovia, in ragione dell'irrompere delle truppe sovietiche nella regione. Il punto è che sul mercato di Cracovia rimaneva disponibile una adeguata quantità di uova galiziane, cosicché per il debitore non sarebbe risultato, sotto il profilo naturalistico, del tutto preclusa la possibilità di adempiere al suo obbligo.

Il *Reichsgericht*<sup>201</sup>, tuttavia, considerò come decisivo il fatto che le circostanze del caso concreto, con la fuga del debitore dalla Galizia a Cracovia e tutto ciò che vi era, evidentemente legato, rendeva assai discutibile l'obiezione in virtù della quale al debitore sarebbe comunque risultato possibile adempiere al suo obbligo. Meglio ancora, si rilevava, in sostanza, l'incommensurabilità, sul piano degli interessi e del senso degli eventi, delle drammatiche condizioni nelle quali era venuto a versare il

---

<sup>200</sup> Da prima della monografia del LEMPPENAU, *op. cit.*, 52, sino alle ultime riflessioni del CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, *op. cit.*, 242 ss. in oltre cinquant'anni di studi sull'argomento, il caso è pressoché sempre riproposto e ridiscusso, seppure in termini divergenti, quale esempio chiave nella materia, per la sua evidenza e la sua pronta forza evocativa; vorremmo dire per quella carica acuta di buon senso che esso riflette nella sua soluzione e che si pone inevitabilmente in contrasto con la logica della regola espressa nel § 279 B.G.B.

<sup>201</sup> RGZ, 99, 2.

debitore rispetto alla ragionevole dimensione del suo impegno, *si trattasse o meno di debito di genere*.

Nell'importante pronuncia – assurda quasi a *leading case*, volendo impiegare una terminologia propria dei sistemi di *common law* – si affermava, dunque, il principio per il quale, **pur in presenza di un disposto quale quello del § 279 B.G.B., non è possibile, in un sistema che trovi nell'elemento della colpa un metro generale di valutazione della responsabilità del debitore, prescindere dalla “considerazione dell'imprevisto avvento di una forza maggiore o di circostanze simili, le quali, sulla base del disposto del § 242, facciano apparire la richiesta della prestazione come ingiustificata e sostanzialmente ingiusta”**.

Si riconosceva già a quel tempo, dunque, sul piano del diritto operante nei fatti e nei tribunali, come la particolare caratteristica del debito di genere, così come nelle pagine precedenti individuata e descritta (accresciuta ampiezza dell'oggetto del debito con potere/dovere di procurare), non possa condurre a ritenere che nella valutazione della misura della responsabilità del debitore si possa, in teoria e in pratica, prescindere dalla considerazione:

- a) della **concreta delimitazione dell'impegno obbligatorio** come ricostruita sulla base del contratto;
- b) della **concreta esigibilità della prestazione secondo un canone di buona fede** applicato e inteso nel senso più pieno.

Ora, alla generalizzazione della soluzione offerta al caso delle uova galiziane si potrebbero muovere una serie di obiezioni, tutte, riteniamo, impennate su di una considerazione di fondo: quella secondo cui esso costituisce un esempio, per così dire, estremo; e la soluzione, si potrebbe osservare, riposa anche e soprattutto sull'intuitivo argomento per cui, in una situazione di grave emergenza personale, non è pensabile considerare il debitore, che stava tentando di avere salva la vita, responsabile del fatto di non essersi occupato del problema della partita di uova galiziane che egli avrebbe dovuto spedire a Berlino.

Tuttavia, come autorevoli dottrine anche recentemente sembrano riconoscere<sup>202</sup>, l'esempio svela un principio di fondo che è da ritenersi valido anche oggi: quello per cui **la fattispecie del debito di genere non sfugge alla necessità di una delimitazione del sacrificio esigibile dal debitore (e quindi di una delimitazione della responsabilità) né all'applicazione delle regole di buona fede poste a presidio dell'equilibrio del rapporto**<sup>203</sup>.

Il punto da indagare in maniera più approfondita – e al quale né la giurisprudenza né la dottrina, tanto tedesche quanto italiane, sogliono offrire una limpida, adeguata e motivata soluzione – rimane dunque **non relativo al quesito se la responsabilità del debitore generico incontri dei limiti più stringenti rispetto alla mera possibilità naturalistica di reperimento di beni idonei all'adempimento (quesito cui va certamente data risposta affermativa) bensì relativo al come la misura di tali limiti di responsabilità vada esattamente determinata sulla base di regole più articolate** e, vorremmo dire, affidabili, rispetto all'inevitabile discrezionalità che renderebbe il ricorso ad una non meglio precisata clausola di inesigibilità latore di ulteriori disuguaglianze e problemi sul piano dell'equilibrio e dell'equità dei rapporti obbligatori.

## 5. (SEGUE) IL *PORSCHFALL*.

---

<sup>202</sup> CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, op. cit., 198.

<sup>203</sup> La generale applicabilità a casi quale quello descritto del canone ricavabile dal § 242 è ben argomentata dal CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, op. cit., 199ss. Il quale precisa come persino l'introduzione di una fattispecie particolare di inesigibilità nel tessuto del codice posteriore alla riforma del 2001, al § 275, III comma, non privi di rilievo e non limiti in alcun modo la portata più generale, da tenere sempre presente, del § 242, la cui norma si traduce in una serie di risvolti applicativi assai estesi, rilevanti anche ai fini di un corretto inquadramento della responsabilità per il debito di genere. In Italia, i migliori rilievi sul punto della necessità di delimitazione della responsabilità del debitore di genere mi paiono quelli del DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, op. cit., 31 ss. e del BRECCIA, *Le obbligazioni*, op. cit., 219.

Se, come abbiamo accennato, il cosiddetto *galizische Eierfall* costituisce una sorta di esempio-limite della casistica su cui vogliamo riflettere, occorre presentare all'attenzione del lettore alcune fattispecie concrete di maggiore attualità e frequenza<sup>204</sup>, che possano rendere, forse in maniera più immediatamente comprensibile, l'evidenza dell'importanza pratica della definizione della soglia di responsabilità nella quale può incorrere il debitore di genere.

Il primo caso a venire in rilievo è il cosiddetto *Porschefall*, deciso dalla Corte di Cassazione tedesca al principio degli anni Novanta<sup>205</sup>.

Un tale aveva convenuto in giudizio un venditore di automobili concessionario della *Porsche*, in quanto aveva stipulato con costui un contratto per acquistare una “*Porsche 911 Gruppo B*”, ancora prima che l'esclusiva vettura – prodotto in soli 200 esemplari – fosse fabbricata.

Solo successivamente alla stipula del contratto, la *Porsche* aveva deciso di distribuire le vetture senza servirsi dell'abituale rete di concessionari, cosicché il venditore non era più stato in grado di adempiere al contratto; a quel punto, il creditore aveva preteso che la controparte si procurasse l'autovettura in un modo o nell'altro, acquistandola dalla *Porsche* o da un privato, sulla base della considerazione per cui il debito riguardava una cosa generica e dunque anche l'estrema difficoltà soggettiva non avrebbe, a detta dell'attore, potuto liberare il convenuto. Il fatto era che, stante la nuova situazione, il prezzo di mercato della vettura era salito da 430.000 Marchi a 710.000.

La Corte di Cassazione risolse il caso attraverso un combinato richiamo al concetto di impossibilità soggettiva e alla teoria della base negoziale: affermando, da un lato, che il caso ricadeva in una ipotesi di impossibilità

---

<sup>204</sup> La casistica di cui si potrebbe dar conto risulterebbe, se si volesse offrire una vera e propria rassegna di giurisprudenza al riguardo, assai estesa e densa di fattispecie interessanti e complesse oltre che, in taluni casi, veramente curiose. Nell'economia di questo lavoro, che si pone come una ricerca teorico-sistematica sul tema della responsabilità del debitore di genere, preferiamo soffermarci su una rosa di esempi limitati e – a nostro avviso - molto significativi. Per una panoramica di sicuro interesse, che abbraccia, oltre ai casi qui citati, anche altre notevoli fattispecie, si veda CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, op. cit., 210 ss.

<sup>205</sup> Cfr. BGH, NJW, 1994, 515.

sulla base del § 275, comma secondo, B.G.B. (nella sua formulazione precedente la riforma del 2001), e dall'altro che comunque, nella vicenda, si era avuta una alterazione della base negoziale dell'accordo, in quanto il venditore aveva concluso il contratto con l'acquirente sulla base, inespressa ma essenziale, della propria qualità di concessionario e della convinzione, conseguente, che la casa automobilistica gli avrebbe fornito l'automobile idonea all'adempimento.

La soluzione del caso, dunque, viene rinvenuta dalla corte sulla base dei principi e delle regole generali, senza alcun tentativo di una articolata ricostruzione del regime del debito di genere in punto di responsabilità. E vale la pena di osservare come, nella pronuncia, si ravvisino echi dell'idea per cui la portata del § 279 sarebbe stata comunque da limitare solamente a certe specifiche ipotesi, senza tuttavia mai bene chiarire e precisare a quali.

Avremo modo, in seguito, di considerare la fondatezza o meno dei richiami, ai fini della soluzione del problema specifico di cui sopra, ai concetti di impossibilità e di alterazione della base negoziale.

## **6. (SEGUE) LO *CHÂTEAU-PETRUS-FALL*.**

Una rilevanza pratica del tema ancora maggiore, sul piano della quotidianità, è svelata e chiarita da un caso di diritto svizzero, esaminato in tempi recenti dall'*Obergericht* di Aargau e assurto anch'esso, pressoché da subito, a caso emblematico, impiegato come esempio di scuola<sup>206</sup>.

L'attore della causa aveva acquistato dal convenuto dodici bottiglie di vino "*Château Petrus MC 1982*" per un certo prezzo riferito alla singola bottiglia. Il venditore aveva concluso un contratto con un fornitore, che, a sua volta, aveva un contratto di fornitura presso un altro grossista; egli, tuttavia, non aveva poi potuto consegnare il vino al creditore in ragione del fatto che la riserva dello stesso era andata distrutta "a monte", a causa della condotta delittuosa di un dipendente del grossista.

---

<sup>206</sup> Cfr. OBERGERICHT AARGAU, SJZ, 1989, 177.

Lo “*Château Petrus MC 1982*”, a quel punto, non poteva più essere reperito presso il produttore, ma rimaneva disponibile solamente, a prezzi esorbitanti, sul mercato delle aste vinicole.

Il creditore pretendeva che il venditore si procurasse le dodici bottiglie, appunto, sul mercato delle aste, in quanto il genere di riferimento dell'accordo non poteva dirsi perito e dunque il debitore era da considerarsi responsabile sulla base della solita regola tralatizia in tema di obbligazioni generiche.

Il tribunale ritenne di limitare la responsabilità del debitore – e dunque di non condannarlo – sulla base di una sorta di combinato disposto derivante da una serie di considerazioni articolate<sup>207</sup>, che trovavano i loro nuclei centrali nell'affermazione, per un verso, secondo cui al caso di specie sarebbe stata da applicarsi una forma di impossibilità della prestazione prevista nell'art. 119 del Codice Svizzero delle Obbligazioni; per altro verso, secondo cui la prestazione sarebbe risultata, stante i termini della vicenda, a quel punto inesigibile salvo andare contro il principio di buona fede. Un ruolo non marginale nell'ambito della pronuncia di secondo grado aveva avuto, d'altro canto, la considerazione della diligenza del comportamento del debitore, il quale aveva dato prova di essersi attivato (attraverso la conclusione del contratto col fornitore, ecc.) affinché l'operazione commerciale andasse a buon fine, al punto che non gli si sarebbe potuto chiedere ragionevolmente più di quanto egli avesse concretamente fatto.

Il caso svizzero risulta interessante in quanto la soluzione adottata dalla corte riposa più su una molteplicità di riferimenti ai principi e alle norme generali del diritto svizzero delle obbligazioni che su una circostanziata e teoricamente fondata e meditata analisi del problema della commisurazione della responsabilità nel debito di genere.

---

<sup>207</sup> Considerazioni, per la verità, piuttosto confuse e affastellate l'una sull'altra, quasi a corroborarsi a vicenda: al richiamo al concetto di impossibilità di cui all'art. 119 dell'*Obligationsrecht* svizzero si accompagnavano argomenti fondati sulla buona fede, sulla dimostrata diligenza del debitore, ecc. Ci soffermeremo più avanti sulla considerazione delle ragioni di un simile modo di procedere, per molti aspetti censurabile.

Essa, in definitiva, testimonia, ancora una volta, il tipo di approccio asistematico che le corti sovente assumono dinanzi alle questioni relative alla latitudine della responsabilità del debitore di genere.

#### **7. VORRATSSCHULD E GENERE LIMITATO.**

I casi che abbiamo considerato fanno tutti riferimento a ipotesi nelle quali i beni idonei all'adempimento dell'obbligazione per la quale il debitore s'era impegnato non si trovavano, al momento della conclusione del contratto, nella disponibilità di costui, con il che egli era chiamato a procurarli, fatto al quale, come abbiamo visto, si legano in gran parte gli eventi patologici che hanno condotto tali vicende a divenire casi giurisprudenziali.

**a)** Alla categoria del debito di genere, tuttavia, viene usualmente ricondotta anche l'ipotesi nella quale il debitore sia tenuto a fornire cose all'interno di una data provvista o di un dato magazzino (*Vorratsschuld*) che si trovino già nella sua disponibilità.

Che questa fattispecie sia da ricomprendere nell'obbligazione di genere potrebbe essere discusso, sulla base della considerazione per cui, in un caso simile, si potrebbe forse mettere in dubbio che l'oggetto della prestazione sia solo parzialmente determinato<sup>208</sup>. Se esso, infatti, certamente non risulta ancora individuato nella sua fisicità specifica, tuttavia si potrebbe ritenere che la determinazione, intesa come fissazione precisa di un impegno su un *quid* definito e presente nella sfera di dominio del debitore, sia avvenuta, in tanto in quanto, nel caso della *Vorratsschuld*, ciò che occorre ancora compiere è solamente l'individuazione del singolo elemento (o dei singoli elementi) da destinarsi all'adempimento all'interno dell'insieme definito e presente nella disponibilità del debitore.

**b)** La riconduzione, tuttavia, dell'ipotesi di cui sopra al concetto di obbligazione generica si fonda, in linea di massima correttamente, sulla

---

<sup>208</sup> Il punto è affrontato *apertis verbis* da PANUCCIO, *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Milano, 1972, specie 27 e 119 ss.; si vedano anche le osservazioni di BRECCIA, *Le obbligazioni*, *op. cit.*, 211.

precipua considerazione del fatto che, anche nel caso della *Vorratsschuld*, ciò che caratterizza di fondo l'impegno in questione è un certo – variabile – margine di scelta, permanente in capo al debitore, dell'oggetto e delle modalità dell'adempimento in concreto<sup>209</sup>. In altri termini, anche nel caso di specie non si ha, sin dalla conclusione dell'accordo, la fissazione in termini di individualità fisica delle cose destinate all'adempimento, limitandosi le parti a indicare le cose idonee allo stesso, seppure con riferimento ad una data specifica riserva.

c) Se ciò è vero, occorre sottolineare come, a questo punto, vada rilevato che nel concetto di obbligazione generica è suscettibile di essere ricompresa **una ampia rosa di ipotesi anche molto diverse tra loro**, quanto a latitudine del dovuto, il che porta a comprendere una certa confusione, o quantomeno visibile difformità terminologica che ricorre nelle trattazioni concernenti la materia<sup>210</sup>.

Al riguardo ci limiteremo ad osservare che, in particolare, quando si parla di obbligazione contratta in relazione ad un genere limitato, è necessario tenere presente che la delimitazione del genere può avvenire, sempre ad opera delle parti, con le modalità e i contenuti più diversi, come abbiamo più volte affermato.

Si tratta di chiedersi, peraltro – e questo è un punto essenziale – quale ruolo possano assumere, ai fini di tale delimitazione, i riferimenti delle parti, anche indiretti, allo sforzo e al sacrificio da richiedere al debitore: e va precisato – per il momento in via indicativa, riservandoci poi di tornare in più occasioni sul punto – che **non si devono confondere i profili afferenti la misura dell'obbligo di procurare con quelli riguardanti la**

---

<sup>209</sup> LEMPPENAU, *op. cit.*, 19. Qui noi prescindiamo del tutto dall'affrontare i complessi problemi riferibili al concetto e all'inquadramento della figura dell'individuazione, la quale, come prescrive il codice italiano con sibillina espressione – suscettibile di diverse interpretazioni sul piano sistematico – deve essere fatta “d'accordo tra le parti” (art. 1378 c.c.). Ci limitiamo a rilevare che permane, in capo al debitore, un margine di scelta nella determinazione degli oggetti da destinare concretamente all'adempimento; degli oggetti, quindi, in relazione ai quali si formerà l'accordo tra le parti.

<sup>210</sup> LEMPPENAU, *op. cit.* 19, 20.

**delimitazione del *debitum***, bensì definire i rapporti che legano questi due essenziali aspetti del debito generico<sup>211</sup>.

**d)** Una considerazione più generale del fenomeno che si suole descrivere attraverso il riferimento al concetto di obbligazione generica, considerazione che tenga conto adeguatamente delle partizioni e dei distinguo che abbiamo da ultimo segnalato, deve condurre, dunque, a **individuare una delle caratteristiche e delle particolarità essenziali nella variabilità della latitudine dell'oggetto deducibile in obbligazione e l'altra nel possibile variare della misura della responsabilità del debitore.**

I due profili, seppure separati, autonomi e agevolmente scindibili sul piano teorico, finiscono con il legarsi secondo un rapporto che, appunto, andremo a indagare, in ragione del fatto essenziale per cui è proprio la possibile varietà della latitudine dell'oggetto dovuto che, in qualche modo, può implicare anche un elemento di variabilità della latitudine complessiva dell'impegno obbligatorio.

Ai fini del nostro studio, sul punto, con riguardo al diritto italiano, è opportuno considerare previamente il concetto di rischio di procurare e i limiti dello stesso così come indagati dalla dottrina tedesca – che maggiormente sembra essersi occupata della questione – per poi, nella sezione terza, venire a sviluppare la nostra riflessione sul terreno del nostro ordinamento.

All'interno del più vasto campo dell'obbligazione generica intesa come comprensiva delle sue sotto-articolazioni (*Vorratsschuld*, *Beschaffungsschuld*), dunque, **il nostro studio sulla responsabilità del debitore deve concentrarsi su quel particolare tipo di obbligazione generica che implica, per l'obbligato, un dovere di procurarsi la merce con la quale adempiere.** L'ipotesi dell'obbligazione generica nella quale sia insito un dovere di procurare può ricomprenderne a sua volta due, partite:

---

<sup>211</sup> L'analisi di questo aspetto, di estrema delicatezza, costituirà il centro del nostro discorso nella sezione III del lavoro.

- I) fattispecie nella quale *l'accordo, pur in presenza di una scorta in capo al debitore, sia da intendersi come esteso comunque al dovere eventuale di procurare la merce* [si pensi al caso in cui a) Tizio, fabbricante e commerciante di legname, si impegni a prestare a Caio 10.000 listelli di una data linea produttiva della sua azienda; b) egli, in magazzino, disponga già di 30.000 listelli e tuttavia questi siano già destinati all'evasione di altri ordini pregressi; c) sulla base dell'accordo sia possibile desumere che l'impegno di Tizio si estende alla produzione dei listelli, qualora, pur disponendo di una scorta, egli non sia in condizione adempiere solamente ricorrendo alla stessa];
- II) fattispecie nella quale *l'accordo tra debitore e creditore sia raggiunto con chiarezza senza che la merce da prestare sia già nella disponibilità del primo* (Tizio, grossista di legname e non produttore dello stesso, vende a Caio 10.000 listelli di un certo legno e di un certo tipo che tratta per la prima volta, obbligandosi a procurarli su un certo mercato).

In entrambe queste ipotesi, si porrà il problema della dimensione dell'impegno del debitore: perché qui l'oggetto risulta determinato (quantomeno parzialmente) in maniera accettabile nei suoi requisiti, ma quella caratteristica, tipica, come abbiamo visto, dell'obbligazione di genere, per la quale il debitore ha un margine di scelta nella realizzazione dell'adempimento in concreto, unitamente al dato per il quale egli o non dispone ancora di materiale idoneo all'adempimento oppure la sua obbligazione si estende oltre la dimensione delle scorte presenti in magazzino, fanno sì che la commisurazione della responsabilità del debitore per i casi *de quibus* divenga problematica.

e) Il quesito da porsi, dunque, è ***quali limiti incontri il dovere di procurare presente, in casi del tipo di quelli qui delineati, in capo all'obbligato, su che piano tali limiti siano da rinvenire e come tali limiti possano essere fissati in conformità ai principi e alle regole dell'ordinamento.*** Considereremo questo aspetto prima attraverso la

prospettiva di analisi del diritto tedesco, per costruire una sorta di cornice del problema che ci consentirà, nella sezione terza, di passare a valutare il quadro della questione nei termini del diritto italiano.

#### **8. OBBLIGAZIONE GENERICA E OBBLIGO DI PROCURARE. STRUMENTALITÀ DI QUEST'ULTIMO.**

Attraverso la lente della ricognizione giurisprudenziale poco sopra compiuta è agevole scorgere la concreta e, diremmo, plastica portata dei problemi relativi al dimensionamento della responsabilità del debitore di genere.

**Il punto centrale del discorso che occorre impostare – e che svilupperemo nella terza sezione - ruota attorno al peculiare elemento del dovere-potere di procurare la merce idonea all'adempimento, qualora l'oggetto dell'impegno sia determinato solo con riferimento ad un genere.**

Si tratta di comprendere, preliminarmente, quale ruolo giochi l'elemento del dovere di procurare rispetto all'estensione oggettiva del *debitum*, sempre tenendo a mente anche gli esempi pratici che abbiamo presentato all'attenzione del lettore.

Schematicamente, onde fissare meglio i termini della questione, potremo dire quanto segue.

**a)** L'obbligazione generica può consistere, nel suo strutturarsi, almeno in termini eventuali, **anche in un obbligo di procurare** beni idonei all'adempimento, come abbiamo considerato tanto sotto il profilo teorico quanto sotto quello applicativo; essa, in tale ipotesi, non si risolverà in un mero dovere di *dare*, accompagnandosi ad esso anche un *facere* strumentale rispetto al primo.

**b)** Non si deve confondere, tuttavia, **il profilo afferente l'obbligo di procurare con quello concernente la delimitazione del genere dovuto, rimanendo, i due, oggettivamente distinti.** Ciò in quanto il dovere di

procurare assume, di base, nella logica dell'obbligazione di genere, il *carattere della strumentalità*: in questo senso l'obbligazione di genere (quella cioè il cui oggetto è determinato solo attraverso il riferimento ad un genere di appartenenza astratto e di creazione pattizia: profilo della *latitudine del genere dovuto*) può strutturarsi secondo i due schemi che abbiamo considerato ai paragrafi precedenti, con diverse ricadute in tema di responsabilità del debitore (profilo dell'*esigibilità della prestazione*):

I) Obbligazione di genere limitato ad una provvista nella disponibilità del debitore (schema della *Vorratsschuld*);

II) Obbligazione di genere definito e delimitato pattiziamente in astratto ma i cui esemplari non sono nella disponibilità del debitore, il quale, dunque, dovrà procurarne (schema della *Beschaffungsschuld*).

c) Il profilo della delimitazione del genere e della dimensione del debito tuttavia non si incontrano né coincidono mai, in quanto essi riflettono elementi diversi della struttura dell'obbligazione: **l'obbligo di procurarsi beni idonei all'adempimento del debito di genere costituisce, in quest'ottica, di per sé una misura di responsabilità, e non una forma di delimitazione del *debitum*.**

Mentre rispetto a quest'ultima, infatti, l'alternativa che si pone, all'interno della dinamica del rapporto obbligatorio, è quella tra adempimento e inadempimento dell'obbligazione, rispetto al dovere di procurare si pone l'alternativa tra imputabilità dell'inadempimento e non imputabilità dello stesso: questo in quanto, come abbiamo precisato, il dovere di procurare costituisce un obbligo di carattere strumentale, e dunque un criterio di commisurazione della responsabilità del debitore.

Schematicamente, la distinzione potrebbe essere rappresentata come segue (Fig. 1).

<b>RAPPORTO OBBLIGATORIO: DELIMITAZIONE DEL DEBITO E MISURA DELLA RESPONSABILITÀ</b>	
Delimitazione del <i>genus in obligationem deductum</i> (oggetto → dell'impegno)	Adempimento/inadempimento d. obbligazione
Dovere di procurare (misura → della responsabilità)	Imputabilità o non imputabilità d. inadempimento

Figura 1. Rapporti tra delimitazione del genere dovuto e dovere di procurare nell'obbligazione generica. I due elementi operano su piani diversi e vanno, di conseguenza, distinti e valutati partitamente.

d) Applicando questi criteri di classificazione e di riordino della struttura del debito di genere alla concretezza delle fattispecie applicative, risulta più agevole l'analisi delle stesse, iniziando a trovare un abbozzo di spiegazione tecnicamente fondata quelle soluzioni giurisprudenziali intuitivamente corrette ma sovente sprovviste di un adeguato sostrato teorico atto a legittimarne l'impiego.

L'elemento di crisi che viene a turbare il rapporto, tanto nel caso delle uova della Galizia, quanto nel caso della fornitura delle automobili *Porsche* di serie limitata e in quello del vino francese, non concerne, in effetti, il piano del *debitum* ma si concentra su quello del dovere di procurare (piano della responsabilità): in tutti i casi trattati, infatti, la prestazione rimane possibile e teoricamente adempibile: **il piano del *debitum* non viene scalfito né toccato dai fatti intervenuti, i quali invece sortiscono un effetto deteriore sul piano dell'estensione della responsabilità del debitore, qualora ad essa non si ponga un chiaro limite.** Dato che i due piano né

coincidono né si confondono, è ben possibile, dunque, che l'eventuale turbativa riguardi il primo o il secondo, lasciando indifferente l'altro e tuttavia riverberandosi in termini pesanti sulla dinamica complessiva del rapporto<sup>212</sup>.

e) Se si condivide quanto sin qui affermato, occorre passare a considerare, quale passo fondamentale ai fini di una adeguata soluzione del problema della delimitazione della responsabilità del debitore di genere, i rapporti che intercorrono tra i due suddetti piani strutturali indipendenti, onde sciogliere definitivamente quel nodo che sembra, in certi casi, legare in termini non chiari l'elemento dello sforzo richiedibile al debitore con quello della delimitazione del genere dovuto, giungendo alla paradossale conseguenza che la non alterazione del rapporto sul piano del *debitum* (si pensi al caso delle uova della Galizia, dove le medesime erano ancora reperibili sul mercato di Cracovia) potrebbe, in una logica che va respinta, erroneamente condurre all'affermazione della pretesa ininfluenza dell'intervenuta alterazione dell'equilibrio del rapporto sul piano della responsabilità (con la conseguenza, inammissibile, che essendo le uova disponibili anche per il profugo, egli sarebbe comunque responsabile e tenuto all'adempimento come se nulla fosse accaduto).

#### **9. (SEGUE) ANCORA SULL'OBBLIGO DI PROCURARE COME OBBLIGO STRUMENTALE.**

a) Abbiamo affermato che occorre considerare partitamente i profili di delimitazione del *quid debetur* rispetto alle questioni afferenti la misura della responsabilità del debitore.

E tuttavia abbiamo anche detto che la delimitazione del genere dedotto in obbligazione può essere realizzata attraverso i riferimenti più vari, rimanendo l'unico limite posto alle parti, una volta rispettati i requisiti

---

<sup>212</sup> Prova di quanto affermiamo è nell'ipotesi inversa, quella della turbativa sul piano del *debitum*, consistente, ad esempio, nel totale perimento del *genus limitatum*. In tal caso, se il perimento è incolpevole, il debitore, anche qui, risulta liberato e la turbativa presenta, dunque, una decisiva ricaduta sul rapporto, pur, evidentemente, non coinvolgendo di per sé il piano della responsabilità.

legali che definiscono e caratterizzano l'elemento della prestazione<sup>213</sup>, quello dell'astrazione.

b) Occorre, a questo punto, *chiedersi se sia, tuttavia, possibile che il riferimento pattizio a determinati criteri di sforzo richiedibili al debitore venga assunto quale dato di delimitazione del genere dovuto.*

Se così fosse, la distinzione tra i due piani cui abbiamo accennato sfumerebbe in maniera non lieve, tornando a determinarsi quella confusione concettuale sulla quale ci siamo più volte soffermati.

E rimane poi da chiedersi come sarebbe da valutare e inquadrare giuridicamente un eventuale riferimento delle parti – diretto o indiretto<sup>214</sup> - alla dimensione dello sforzo entro i limiti del quale impegnare il debitore, qualora non si volesse ravvisare in esso un carattere di delimitazione del genere dovuto.

c) Ora, in aderenza a quanto sin qui sostenuto, riteniamo che **un eventuale simile riferimento non sarebbe da considerare quale parametro di delimitazione del genere ma quale indicazione della misura della responsabilità cui il debitore viene assoggettato.**

In sostanza, concordando delle indicazioni relative al *quantum* di responsabilità cui il debitore è tenuto, le parti operano sul terreno, appunto,

---

<sup>213</sup> Questo aspetto sarà approfondito nella sezione terza del lavoro, laddove preciseremo come si debba sempre tenere presente i requisiti che i legislatori pongono all'elemento della prestazione nell'assunzione ad oggetto del debito di un genere ideale di definizione pattizia.

<sup>214</sup> Riservandoci di tornare su questo essenziale punto nella sezione terza, è il caso di accennare sin d'ora come punto centrale ai fini della definizione del dimensionamento dell'impegno assunto dal debitore di genere sia costituito da un'attenta considerazione dell'insieme degli indici desumibili dal tenore della pattuizione intercorsa. Al riguardo, una sapiente dottrina si esprime in termini inequivoci e, allo stesso tempo, sintetici. Afferma il DI MAJO, *Dell'adempimento in generale, op. cit.*, 30, che "regole di condotta, come si è detto, possono essere desunte, in assenza di disposizioni specifiche, dalla stessa natura dell'impegno preso dal debitore. Questo impegno non incontrerà certamente il solo limite dell'*interitus rei*, da considerarsi equivalente alla scomparsa fisica della merce dal mercato o al divieto assoluto di commerciarla. Dovrà invece aversi riguardo, oltre che naturalmente alle clausole del contratto (laddove ad es. quest'ultime limitino l'impegno del debitore all'approvvigionamento della merce presso un dato mercato o un dato produttore o allo stesso magazzino o disponibilità del debitore), ai principi di buona fede e correttezza, che potranno così rendere «inesigibili» determinati comportamenti". Al riguardo si veda anche, nel modo migliore, per la dottrina tedesca, ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, I, 129. Per concisi ma puntuali richiami all'applicazione del concetto di inesigibilità al caso di specie si veda anche *sub § 279*, in JAUERNIG, SCHLECHTRIEM, STÜRNER, TEICHMANN (herausgegeben von) *BGB*, München, 1990.

della misura della stessa: terreno che rimane diverso da quello su cui poggia la determinazione del dovuto.

In questo senso, il riferimento operato dalle parti alla soglia di sforzo richiedibile al debitore, quella entro la quale egli risponde, assume il significato di *una pattuizione sull'esigibilità o meno della prestazione dedotta ad oggetto del rapporto*; riferirsi alla misura dello sforzo da prestare, dunque, significa per le parti introdurre nel loro accordo una clausola in materia di esigibilità o meno della prestazione, clausola che riposa sul dato oggettivo, di cui abbiamo dato conto, della variabilità intrinseca che contraddistingue l'obbligazione di genere sul piano della misura della responsabilità, oltre che su quello della latitudine dell'oggetto dovuto.

**d) All'interno dello schema dell'obbligazione di genere contraddistinta dal dovere di procurare, dunque, le parti possono operare, in virtù dell'autonomia privata, tanto sul piano della definizione del *quid dedotto in obbligazione*, quanto su quello del *quantum della responsabilità del debitore*.**

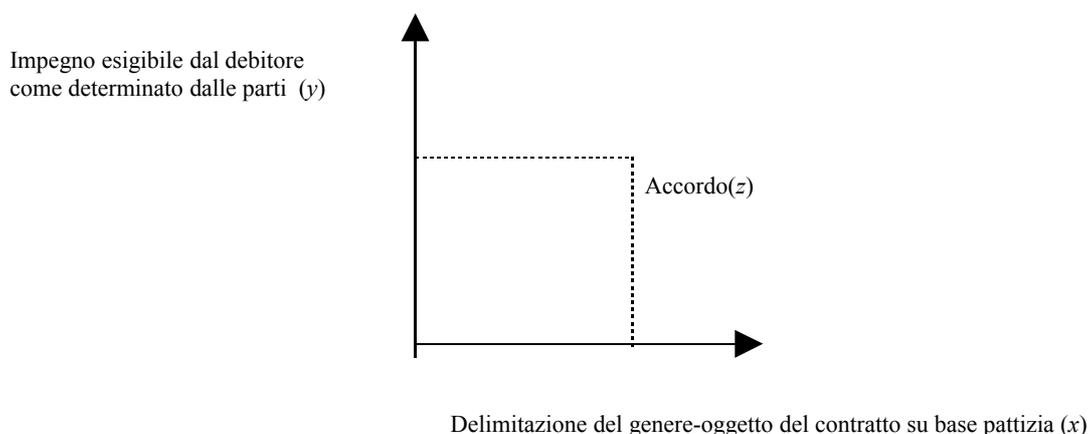
E tuttavia *i due profili rimangono comunque distinti*, perché, agendo in questo modo, corrispondentemente allo schema di cui sopra (Fig.1), le parti contribuiscono a fissare con precisione i termini dell'accordo determinando: I) che cosa costituisce l'oggetto dell'accordo (**piano del giudizio adempimento/inadempimento**);

II) in che misura il debitore debba sforzarsi per adempiere, stante il fatto che egli potrebbe essere chiamato a procurare al di fuori della sua sfera di dominio beni idonei all'adempimento (**piano dell'imputabilità dell'inadempimento; piano della responsabilità del debitore**).

e) Le parti tuttavia non sempre delimitano tanto il piano del dovuto quanto il piano dell'esigibilità. Il discorso che abbiamo da ultimo sviluppato – occorre riconoscerlo – guarda ad un accordo teorico perfettamente strutturato e chiaro nelle sue coordinate, che potremmo indicare attraverso uno schema destinato ad essere ripreso più avanti, nella sezione terza, con maggiore precisione di dettagli e ulteriori implicazioni.

L'accordo su un debito generico, strutturato come da ultimo descritto, potrebbe essere rappresentato al modo seguente, dove lungo l'asse delle ascisse si ha la delimitazione e definizione del genere dedotto in obbligazione ( $x$ ) e lungo quello delle ordinate si ha la determinazione della soglia di sforzo esigibile da parte del debitore ( $y$ ).

La Figura 2, qui di seguito, rappresenta tale accordo, da individuarsi nel punto di intersezione ( $z$ ).



**Fig. 2: lo schema dell'accordo  $z$  come definito attraverso la fissazione della latitudine del genere di riferimento e dell'impegno esigibile dal debitore come determinati dalle parti.**

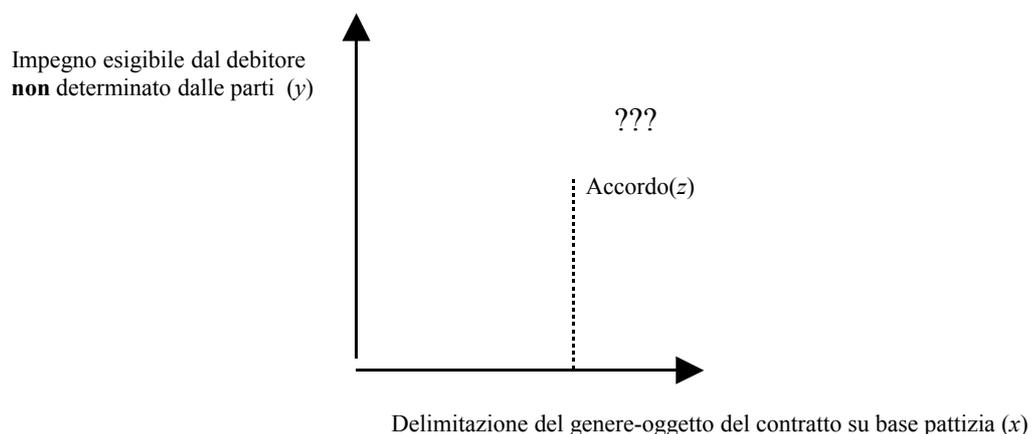
f) Il problema che si pone con maggiore urgenza, e che rimane da affrontare, costituendo esso il nocciolo del nostro tema d'indagine, è riflesso del dato di esperienza secondo cui le parti quasi mai costruiscono un accordo strutturato secondo lo schema di cui sopra.

Esse sovente indicano i criteri di delimitazione del genere dovuto (*sono tenute a farlo*: altrimenti, come vedremo, l'accordo sarebbe viziato da indeterminatezza assoluta dell'oggetto), ma **non si preoccupano di determinare direttamente la soglia di impegno esigibile dal debitore sulla base di quell'accordo**. E dato che, come abbiamo avuto modo di dire, la misura della responsabilità del debitore di genere, il quale sia gravato

anche da un obbligo strumentale di procurare, è un valore “mobile”, si pone in termini di estrema serietà il problema della fissazione di tale misura.

La situazione nella quale ci si viene a trovare qualora la soglia di responsabilità non emerga dalla determinazione pattizia è quella rappresentata nello schema che segue, che rende manifesta anche la portata del quesito cui questo lavoro si prefigge, come obiettivo, di dare una risposta (Fig. 3).

*Quid iuris* per il caso in cui, pur essendo determinato in maniera generica l’oggetto dell’accordo, non sia direttamente stabilita la soglia di responsabilità del debitore?



**Fig. 3: lo schema dell’accordo z come definito attraverso la fissazione della latitudine del genere di riferimento, ma privo della delimitazione della responsabilità che abbiamo visto, invece, nella precedente ipotesi (Fig.2)**

g) Se si riflette sulle considerazioni da ultimo svolte, riesce meno incomprensibile il ricorso alla semplificazione – definiamola così – consistente nel richiamo ricorrente all’imperituro brocardo *genus numquam perit* ai fini della soluzione del problema della responsabilità del debitore di genere.

Tale acritico riferimento è dovuto alla difficoltà per un verso di mettere a fuoco i termini della questione nella maniera in cui abbiamo tentato di

ricostruirli, per altro verso in quella – forse anche maggiore – di andare oltre questa ricostruzione, **ponendosi con chiarezza e consapevolezza il problema del dimensionamento della responsabilità del debitore di genere e procedendo, di conseguenza, al tentativo strutturato di pervenire alla definizione di una tecnica di commisurazione di tale responsabilità che si ponga in termini di coerenza con i dati del sistema normativo e di armonia con la struttura del debito di genere** come la si è, sin qui ricostruita.

Si tratta, in questa sede, di compiere il passo cui ci siamo appena riferiti: tentando di individuare, appunto, una tecnica di determinazione della misura della responsabilità che sussiste in capo al debitore di genere, valida per tutti quei casi in cui le parti non procedano esse stesse a porvi un limite desumibile con chiarezza dal contratto. Procederemo in questa direzione nella sezione terza del lavoro, non prima di esserci soffermati, in chiave sintetica, su una serie ulteriore di chiarimenti.

#### **10. I LIMITI DEL RISCHIO NELL'OBBLIGO DI PROCURARE E LA RESPONSABILITÀ NELLA DOTTRINA TEDESCA.**

Sebbene la dottrina tedesca si sia soffermata con relativa maggiore attenzione sul problema del dovere di procurare i beni idonei all'adempimento, incombente sul debitore di genere (*Beschaffungsrisiko*), essa non pare sia comunque giunta ad un inquadramento sistematico del problema in termini di autonomia, né risulta che si siano individuate soluzioni specifiche in relazione alla questione *de qua*.

Le linee di soluzione proposte per delimitare la responsabilità del debitore di genere rispecchiano, secondo noi, tre orientamenti, che spesso si confondono tra loro, in modo tale che non risulta quasi mai chiaro a quale specifica ragione sia poi dovuta la liberazione del debitore che non si trovi più in condizione di adempiere al suo obbligo con l'impiego di una

diligenza ragionevole e tuttavia sia richiesto, dal creditore, di sforzarsi in tal senso fino a livelli, talvolta, chiaramente esorbitanti.

Le tecniche di soluzione del problema elaborate nel tempo dalla dottrina tedesca seguono tre “strade”, per così dire, diverse tra loro, anche se talora esse si incrociano, quasi che l'affastellamento di argomenti l'uno sull'altro possa corroborare e rendere più coerente una soluzione alla quale si sente di dover pervenire per ragioni equitative e della quale non si riesce sempre, tuttavia, a fornire una motivazione scientificamente condivisibile.

In questa sede, ci limiteremo ad indicare sommariamente i tre filoni che riteniamo di aver isolato dall'analisi delle svariate trattazioni svolte dai giuristi d'oltralpe in relazione a questo specifico problema<sup>215</sup>.

- a) Una **prima linea di soluzione** sembra fare riferimento al concetto di *impossibilità sopravvenuta della prestazione* (*Unmöglichkeit, Unvermögen*), sovente richiamato in chiave, per così dire, estensiva. È noto come nella dottrina tedesca, e in fin dei conti anche nel codice civile di quel paese<sup>216</sup>, il concetto di impossibilità della prestazione abbia trovato una estensione maggiore che in altri ordinamenti. Il concetto di impossibilità si sfrangia, in Germania, sino a ricomprendere casi nei quali la prestazione non è oggettivamente né soggettivamente impossibile, e tuttavia essa risulta oramai inconferente rispetto agli interessi in campo, al punto da delineare le figure della *faktische* e della *wirtschaftliche Unmöglichkeit* (le c.d. impossibilità pratica ed

---

<sup>215</sup> Non risulta sempre agevole dar conto di chi sostenga l'una e chi l'altra delle soluzioni che andiamo di seguito prospettando. Questo perché, come accennato, esse spesso si confondono, si accavallano, si sommano fino a trascolorare l'una nell'altra e a confermarsi a vicenda, secondo una dinamica che non ci trova favorevoli, perché anche in questo, come in molti altri casi, la spiegazione delle cose deve essere nitida e convincente, risultando ingannevole ed inopportuno l'acritico affastellamento di argomenti l'uno sull'altro, quasi a voler dar man forte ai singoli argomenti attraverso il ricorso agli altri. La questione ci pare emergere con estrema chiarezza anche dal più recente lavoro sul tema, cui ci siamo più volte riferiti. Si veda, dunque, CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB, op. cit., passim*.

<sup>216</sup> Si veda, al riguardo, il § 275 B.G.B. come riscritto dalla riforma del diritto delle obbligazioni del 2001. Si considerino, per un commento, HEINRICH, *sub § 275 in PALANDT, BGB*<sup>34</sup>, München, 2006; ERNST, *sub § 275 in Münchener Kommentar zum BGB*<sup>4</sup>, München, 2003.

economica)<sup>217</sup>. Stante un così ampio concetto di impossibilità, sui cui complessi profili non possiamo qui soffermarci, non risulta arduo comprendere come si sia potuto pensare, in dottrina, di risolvere il problema dell'aggravio della misura della responsabilità incombente sul debitore di genere attraverso il ricorso alle varie “maschere” dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione<sup>218</sup>. Pur nelle sue varie e molteplici sfaccettature, tale tentativo s'è sostanziato, in pratica, nell'idea di considerare come divenuta “impossibile” una prestazione di genere che in termini oggettivi risulterebbe ancora possibile ma che ha perduto irreparabilmente il suo significato economico in relazione all'accordo di riferimento. Tale tentativo suscita il nostro scetticismo, in quanto esso si risolve in una finzione, che, come tale, dovrebbe costituire, al più, una *extrema ratio*, della quale, a nostro avviso, come vedremo, non v'è esigenza: si vorrebbe, in altre parole, dire che risulta in qualche modo impossibile una prestazione laddove invece, semmai, impossibile è divenuto il mantenimento del significato originario dell'obbligazione assunta o della pattuizione contrattualmente concordata.

- b) Una **seconda linea di soluzione** fa leva sulla teoria, oggi peraltro consacrata – anche se in misura sulla quale si controverte – nel B.G.B. al § 313, della base negoziale (*Geschäftsgrundlage*). Nel caso in cui il reperimento delle merci con le quali adempiere divenisse eccessivamente gravoso per il debitore, in sostanza, vi sarebbe una alterazione della base negoziale, in quanto un mutamento dei dati di fatto, presupposti dalle parti e rimasti inespresi nell'accordo, determinerebbe uno squilibrio dei valori sulla base dei quali quello

---

<sup>217</sup> Sull'evoluzione del concetto di impossibilità si veda l'ampio lavoro di SCHERMAIER, *Vor § 275 – Leistungsstörungen/ § 275 – Ausschluss der Leistungspflicht*, in SCHMOECKEL, RÜCKERT, ZIMMERMANN, *Historisch –kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, 2007, 851 ss.

<sup>218</sup> Si veda LEMPPENAU, *op. cit.*, 59 ss., il quale fa rilevare, tra l'altro, come sia arduo rintracciare nei testi normativi tedeschi una definizione o un riferimento di carattere descrittivo del concetto di impossibilità. La Relazione al codice civile tedesco, d'altro canto (*Motive*, Band II, 44), pare limitarsi a contrapporre i concetti di impossibilità in senso oggettivo e soggettivo, senza nulla aggiungere sotto il profilo del contenuto effettivo e dei limiti di tali concetti.

stesso accordo era stato costruito. Ora, al di là del fatto che, a seguito dell'introduzione del § 313 BGB nel tessuto del codice tedesco, la gerarchia rimediale da applicare al caso di specie vedrebbe al primo posto l'adeguamento del contratto (*Anpassung*) e solo quale estrema risorsa si ricorrerebbe alla caducazione dello stesso<sup>219</sup>, è stato giustamente osservato come la vicenda della delimitazione della misura della responsabilità del debitore di genere presenti solo apparentemente dei punti di connessione con la teoria della base negoziale<sup>220</sup>. Riservandoci di approfondire questo profilo al termine della sezione terza, basti per ora osservare come la costruzione della base negoziale si riferisca e operi sul piano contrattuale più che su quello dell'obbligazione in sé considerata. Essa costituisce una tecnica di soluzione di problemi riferibili a ipotesi di squilibrio tra prestazioni, o di carenza di interesse dell'una parte all'adempimento dell'altra a seguito dell'intervenire di determinati eventi, piuttosto che di delimitazione della misura della responsabilità del debitore propriamente intesa. Ragioni, queste, sulle quali torneremo e che ci convincono non solo ad escludere che la teoria della base negoziale si ponga in termini autonomamente risolutivi del problema che qui stiamo affrontando, bensì anche – e per certi versi a monte – che essa abbia poi molto a che vedere con il problema *de quo*.

- c) Una **terza** e ultima **linea di soluzione** riconduce la liberazione del debitore alla *possibilità di opporre alla pretesa creditoria una eccezione di inesigibilità* della prestazione (*Unzumutbarkeit*) fondata sul canone di buona fede consacrato nel § 242 B.G.B.<sup>221</sup>. E', questo, il riferimento per

---

<sup>219</sup> Sul tema della base negoziale si veda, da ultimo, AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, specie 40 ss.; GRÜNEBERG, *sub § 313*, in BAMBERGER, ROTH, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2003; HEINRICH, *sub § 313*, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>64</sup>, München, 2005

<sup>220</sup> CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, *op. cit.*, 199; sul punto si veda anche ECKERT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*<sup>3</sup>, Stuttgart, 2003, Rn. 272 ss.

<sup>221</sup> Nel senso del fondamento della soluzione del problema della delimitazione della responsabilità del debitore di genere in termini di una lettura secondo buona fede dell'impegno assunto si vedano LEMPPENAU, *op. cit.*, 51; COESTER-WALTEN, in *Archiv für zivilistische Praxis*, 1983, 289, sembra richiamare, anche ai fini della valutazione

molti aspetti più persuasivo tra quelli che si rinvengono proposti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, a chiave di volta della delimitazione della misura della responsabilità del *Gattungsschuldner*<sup>222</sup>. L'idea che questi possa opporre, al creditore che pretenda l'adempimento da realizzarsi attraverso la profusione di sforzi eccessivi rispetto alla misura dello sforzo desumibile dall'accordo quale limite alla responsabilità del debitore, una eccezione di inesigibilità fondata sul parametro della buona fede non solo risulta conferente rispetto ai principi generali del sistema, ma presenta anche altri aspetti persuasivi. La prospettiva dell'eccezione di inesigibilità, infatti, è l'unica che rispetti e rispecchi rigorosamente la distinzione tra dimensione del dovuto e dimensione dell'impegno chiedibile al debitore sulla quale ci siamo previamente soffermati. Essa, inoltre, opera sul piano dell'accordo e non al di fuori di esso; ed è suscettibile di applicazione tanto all'ipotesi in cui si abbia a che fare con un contratto quanto a quella in cui al centro della vicenda vi sia un impegno unilaterale.

Se quest'ultima prospettiva ci sembra la più corretta cui riferirsi, essa, pur tuttavia, rimane comunque una base di partenza sulla quale costruire un discorso che sia, ad un tempo, più articolato e più specifico.

Il punto debole del riferimento, per come esso è operato anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche, ci pare risiedere nel dato per cui esso è sempre operato sul piano dei principi generali, senza una migliore specificazione che adatti lo stesso alla materia in questione, che ne giustifichi l'applicazione ad una ipotesi peculiare quale quella che stiamo considerando.

---

dell'imputabilità o meno del mero ritardo nell'adempimento del debito di genere, il tenore e la latitudine dell'impegno effettivamente assunto dal debitore.

<sup>222</sup> Non è da negare l'importanza e l'apprezzabilità, rispetto alla soluzione del nostro problema, anche dei diffusi riferimenti ad altre figure del diritto tedesco, quale ad esempio l'impossibilità nelle sue differenti declinazioni così come sancite dalla riforma del 2001 e consacrate nel § 275 BGB. Quello che però occorre sempre considerare, è che il primo riferimento da tenere fermo rimane quello costituito dalla delimitazione pattizia dell'impegno assunto; il che potrebbe rendere superfluo il ricorso ad altre figure di carattere generale.

In altre parole, il mero riferimento ad una clausola di inesigibilità a tutela del debitore, fondata sul parametro di buona fede, da far valere per il caso in cui il dovere di procurare beni idonei ad onorare l'impegno, non è di per sé sufficiente.

Tale riferimento va inquadrato, va chiarito, va approfondito in quanto – lo ribadiamo – **il punto essenziale per stabilire quando e come operi detta clausola è costituito dalla fissazione della soglia di responsabilità del debitore in termini di sacrificio esigibile**<sup>223</sup>. Non è chi non veda come non abbia, infatti, senso parlare di una clausola di inesigibilità posta a tutela della posizione di responsabilità del debitore, senza offrire una tecnica e un fondamento in grado di *stabilire e fissare previamente la dimensione fisiologica di quella posizione*.

E' della puntuale costruzione di tale tecnica che passeremo ad occuparci tra breve, nella sezione terza.

## 11. LA DISCIPLINA IN MERITO DEL § 276 BGB DOPO LA RIFORMA.

Va, da ultimo, in chiusura delle nostre riflessioni sul sistema della responsabilità per il debito di genere delineato dal codice tedesco, considerare il fatto che la discussa norma di cui al § 279 è stata abrogata dalla riforma del diritto delle obbligazioni intervenuta nel 2001<sup>224</sup>.

Al riguardo, è interessante osservare come alla scomparsa della norma che sembrava sancire la vigenza, all'interno del diritto tedesco delle obbligazioni, del principio secondo il quale *genus numquam perit*, si sia accompagnata tuttavia la presenza di un cenno al problema della *Beschaffungsschuld*, nella formulazione del § 276 BGB, laddove, anzi, nel

---

<sup>223</sup> E' questo il profilo che non emerge con nettezza e non viene messo bene a fuoco neppure nelle trattazioni dottrinali tedesche. Il riferimento alla clausola di inesigibilità viene ripetuto in termini più o meno vaghi, più o meno generali, più o meno indefiniti.

<sup>224</sup> Per una interessante panoramica sul momento patologico dell'obbligazione così come ripensato e filtrato dalla "lente" della *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* del 2001, si veda CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv.dir.civ.*, I, Padova, 2003, 19 ss.; più ampiamente, si veda anche ID., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, *passim*.

sancire la responsabilità del debitore in relazione a particolari doveri, il legislatore della riforma menziona quello di garanzia e l'assunzione di un rischio di procurare. Con il che pare riconosciuta *per tabulas* la differenza intercorrente tra la *Übernahme einer Garantie* e l'assunzione di un *Beschaffungsrisiko*, laddove questa seconda ipotesi sembra integrare una situazione di responsabilità diversa e in qualche misura minore rispetto alla dimensione del dovere di garanzia propriamente inteso<sup>225</sup>.

Una considerazione anche solo superficiale del tenore della norma di cui al § 276 rende, dunque, da un lato, irrealistico e antiletterale ritenere che il riferimento in essa contenuto alla responsabilità debitoria connessa all'assunzione di un dovere di procurare costituisca una ennesima ripetizione e riproduzione della regola espressa dalla precedente norma contenuta nel § 279, la cui portata, dunque, a seguito dell'intervento riformatore, va necessariamente ripensata e corretta.

Ma, dall'altro lato, proprio la presenza di un riferimento codicistico alla fattispecie del rischio legato all'impegno a procurare beni idonei all'adempimento (*Beschaffungsrisiko*) finisce col riproporre con forza la questione della commisurazione esatta della responsabilità assunta da chi accetti di fare proprio tale impegno: ragione per cui il problema torna, in definitiva, a porsi in termini forse più chiari e certo non meno rilevanti, più di un secolo dopo l'introduzione nel tessuto del codice civile tedesco della norma che era contenuta nel § 279, ora abrogato<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> Si veda, su questo delicatissimo profilo e soprattutto per un inquadramento sistematico della norma in discorso e del suo significato profondo all'interno del codice, l'ampia e pregevole trattazione di SCHERMAIER, *Verantwortlichkeit des Schuldners*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband*, Tübingen, 2007, 1063 ss., nonché bibliografia ivi citata.

<sup>226</sup> E' verosimile che si legghi, d'altro canto, proprio alla presenza di un riferimento normativo all'assunzione di un *Beschaffungsrisiko*, il rinnovato interesse della dottrina d'oltralpe per un tema che non pare esaurirsi né perdere spunti di interesse. In questo senso va letto, mi sembra, anche lo stesso fondamentale contributo di CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, *op. cit.*, cui ci siamo più volte riferiti.

### III

## I LIMITI DELLA RESPONSABILITÀ DEL DEBITORE DI GENERE NEL NOSTRO DIRITTO VIGENTE.

**SOMMARIO:** 1. **PREMESSA.** 2. **IL QUADRO DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE DI RIFERIMENTO.** 3. **IL CONCETTO DI DEBITO DI GENERE NEL VIGENTE DIRITTO ITALIANO DELLE OBBLIGAZIONI.** 4. **LA DETERMINAZIONE DEL GENERE COME QUESTIONE INTERPRETATIVA.** 5. **INTERPRETAZIONE DELL'ACCORDO COME STRUMENTO PER INDIVIDUARE LA LATITUDINE DEL GENERE E LA MISURA DELLA RESPONSABILITÀ DEBITORIA.** 6. **L'OBBLIGO DI PROCURARE E L'ASSUNZIONE DEL RISCHIO COME PARAMETRO FONDAMENTARE PER DELIMITARE LA RESPONSABILITÀ DEL DEBITORE DI GENERE.** 7. **L'IDEA DI UNA DISCIPLINA PARTICOLARE DELLA RESPONSABILITÀ PER IL DEBITORE DI COSA GENERICA. CRITICA.** 8. **LA DELIMITAZIONE DEL GENERE COME INDICE PER INDIVIDUARE LA MISURA DELLA RESPONSABILITÀ DEBITORIA.** 9. **DILIGENZA E SACRIFICIO DEL DEBITORE NELL'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE DI COSA GENERICA.** 10. **(SEGUE) LA MISURA DEL SACRIFICIO ESIGIBILE DAL DEBITORE, IN PARTICOLARE.** 11. **L'ECCEZIONE DI INESIGIBILITÀ COME STRUMENTO DI DELIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEBITORIA NELL'OBBLIGAZIONE DI GENERE.** 12. **(SEGUE) L'ECCEZIONE DI INESIGIBILITÀ E IL SUO FONDAMENTO NEGOZIALE E LEGALE.** 13. **IL RISCHIO DELLE SOPRAVVENIENZE NELL'OBBLIGAZIONE GENERICA. SACRIFICIO DEL DEBITORE DI COSA GENERICA ED ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA.** 14. **(SEGUE) SACRIFICIO DEL DEBITORE DI COSA GENERICA E BASE NEGOZIALE.**

#### 1. **PREMESSA.**

La linea di ragionamento che si è scelto di tracciare, nei termini che abbiamo considerato, rispetto all'impostazione di problemi relativi alla misura della responsabilità con riguardo al debito di genere non trova unitario e definito riscontro nelle trattazioni che la dottrina italiana dedica ai temi, evidentemente assai ampi e altrettanto visitati, del contratto di vendita, della vendita ad effetti obbligatori, della responsabilità del debitore e della teoria generale delle obbligazioni.

Se l'argomento non è, per un verso, quasi mai oggetto di specifica trattazione<sup>227</sup>, gli accenni che si rinvengono al riguardo non sembrano, se non per qualche raro caso<sup>228</sup>, riflettere un'analisi approfondita dei profili sui quali ci siamo soffermati nelle sezioni precedenti, costituenti la necessaria base e l'ipotesi di lavoro secondo noi più convincente per passare ad affrontare lo specifico problema della definizione della misura della responsabilità del debitore di genere nel diritto italiano delle obbligazioni.

Un singolare silenzio in merito al nostro specifico tema si riscontra anche nella giurisprudenza, laddove la questione dell'estensione della responsabilità del debitore di cosa generica risulta, al più, solamente lambita, ma di fatto mai propriamente affrontata come tale<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> Si consideri, a mero titolo esemplificativo, il fuggevole riferimento operato al riguardo dal GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti in giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, 1989, 37. L'autore, limitandosi sostanzialmente all'apodittico asserto per cui "la prestazione, avendo per oggetto un genere, non è mai oggettivamente impossibile (*genus numquam perit*)", finisce con l'offrire degli esempi inadeguati (quello di un debitore che, obbligatosi a fornire un certo numero di barili di petrolio, non potrebbe liberarsi affermando che i suoi depositi sono andati distrutti) e trarre delle conclusioni insostenibili (quella per cui il debitore di genere sarebbe senz'altro assoggettato a responsabilità oggettiva). Un simile modo di procedere riflette l'atteggiamento traluzio verso la categoria del debito di genere cui ci siamo precedentemente riferiti: un atteggiamento acritico, che non si spinge a individuare i termini effettivi delle questioni e che finisce col generare errori e conclusioni arbitrarie. Al riguardo, osserva il BIANCA, *Diritto civile*<sup>5</sup>, *La responsabilità*, Milano, 1994, 24, che "il debitore di cose generiche è certamente responsabile se non esegue la prestazione adducendo semplicemente che le cose destinate all'adempimento sono perite. Ciò per altro non vuol dire che si tratti di responsabilità oggettiva. Il debitore è infatti in colpa se non provvede a procurare le cose dovute sul mercato. L'acquisto sul mercato delle cose dovute, in sostituzione di quelle perite, rappresenta infatti un aggravio per il debitore, ma l'eventuale sopportazione di un maggior costo rientra nell'ambito del normale sforzo diligente richiesto all'obbligato". Rimane, certo, da stabilire quale sia la soglia entro la quale il debitore è tenuto a subire tale aggravio.

<sup>228</sup> Una eccezione è costituita dal DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bologna, 1986, specie 505 ss.; e soprattutto dalle considerazioni, brevi ma assai significative, che l'autore svolge in un'altra trattazione di carattere generale. Si veda Id., *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1994, 29 ss. Ci paiono convincenti – sebbene non offrano un quadro d'insieme bastevole a rendere conto dell'entità e dei termini esatti della questione – anche le considerazioni del BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 291, 366, 467.

<sup>229</sup> La scarsa sensibilità delle Corti, oltre che della dottrina, nei confronti de tema è provata dal fatto che ancora oggi viene citata nei manuali una assai risalente Cass. 7 giugno 1943, n. 1403, nella quale si afferma, rispetto al debito di genere, che "non è escluso che possano concorrere casi particolari che rendano (...) impossibile per forza maggiore l'esecuzione dell'obbligazione di un *genus*, con la conseguente liberazione del debitore".

Le ragioni delle segnalate lacune, tanto sul piano dottrinale che su quello giurisprudenziale, ritengo affondino le proprie radici in una molteplicità di fattori, i quali, nel loro intrecciarsi, hanno portato ad equivocare i termini della questione centrale cui si rivolge il nostro studio, vale a dire quella dell'indagine in merito alla modalità di determinazione della misura della responsabilità del debitore, e alle eventuali peculiarità relative, con riferimento all'obbligazione di fornire cose determinate solamente attraverso il riferimento ad un genere, in particolare nell'ottica del contratto con finalità traslativa o attributiva di diritti di godimento<sup>230</sup>.

Ritengo opportuno segnalare solamente alcuni di tali fattori cui mi sono da ultimo riferito, in quanto anche solo la mera enunciazione degli stessi può aiutare a mettere a fuoco i termini della questione di fondo.

**a)** In primo luogo, la dottrina italiana non ha indagato sempre in maniera adeguatamente approfondita il reale significato giuridico del concetto di genere così come da assumersi nell'ambito del diritto delle obbligazioni<sup>231</sup>. E', questo, in gran parte, un aspetto del quale abbiamo già dato conto – crediamo in termini bastevoli – nella prima sezione del lavoro; sarà sufficiente, dunque, in questa sede, integrare, con qualche ulteriore precisazione, un discorso già fondamentale compiuto.

---

<sup>230</sup> L'errore di prospettiva su cui si fonda l'acritico riferimento al brocardo *genus nunquam perit* si svela attraverso le riflessioni che gli autori sono costretti a compiere dopo aver dato conto dello stesso. Afferma il BIANCA, *Diritto civile*<sup>5</sup>, *La responsabilità*, Milano, 1994, 26, che “ dovendo adempiere con qualsiasi bene appartenente al genere, il perimento di alcuni beni non è di per sé impedimento della prestazione. D'altro canto va tenuto presente che l'astratta possibilità di reperire i beni appartenenti ad un genere non implica sempre e necessariamente la colpa del debitore inadempiente. Può infatti darsi che anche una merce di larga produzione scompaia dal mercato per eventi straordinari quali divieti d'importazione, fatti bellici, ecc. E' inoltre da rilevare che nei rapporti commerciali le obbligazioni generiche tendono sempre di più a riguardare beni industriali prodotti dall'impresa alienante o da altre determinate imprese. Le vicende che colpiscono l'impresa produttrice (scioperi, distruzioni, ecc.) diventano allora rilevanti quali impedimenti che esonerano da responsabilità il debitore se si tratta di impedimenti non prevedibili né superabili con adeguato sforzo diligente”.

<sup>231</sup> Tale indagine, come si è avuto modo di considerare nella sezione prima del lavoro, cui integralmente si rinvia sul punto, è stata semmai condotta in maniera maggiormente consapevole, in Italia, dalla romanistica che dalla civilistica, la quale sovente ha frainteso il significato del riferimento al genere quale oggetto dell'obbligazione, credendo che esso fosse da inquadrarsi nella dottrina delle cose; prospettiva, questa, che abbiamo visto essere errata.

b) In secondo luogo, non si è prestata sufficiente attenzione alle *effettive e reali peculiarità del negozio su cosa genericamente determinata*, in quanto quest'ultima è spesso stata considerata – vorremmo dire con una certa dose di superficialità di fondo e fretta che si riservano ad argomenti che solo a prima vista appaiono come marginali se paragonati a più ampie questioni, senza intravedere, invece, gli stretti rapporti e i punti di crisi che, proprio con riguardo a queste figure, lo studio delle grandi questioni del diritto privato assai spesso svela – quale una sorta di marginale sottospecie della figura generale del contratto di vendita, sottospecie peraltro governata, per certi versi, da regole sue proprie codicisticamente definite, ma anche, per altri versi, da regole inesprese delle quali si suole dare conto pressoché tralattivamente lasciandole tuttavia sfornite di una attuale e argomentata giustificazione, senza porsi né indagare a fondo i problemi centrali che l'istituto invece solleva in rapporto alle categorie generali.

Di più, va osservato come l'argomento risulti negletto anche in seno al già più ampio tema del contratto ad effetti obbligatori, se solo si pensa ai più consistenti studi di cui è stata oggetto, ad esempio, la figura della vendita di cosa altrui e al notevole rilievo e interesse giurisprudenziale che la stessa ha, anche recentemente, suscitato<sup>232</sup>.

c) In terzo luogo, agli errori di qualificazione giuridica e di inquadramento sistematico che hanno contraddistinto la storia del concetto di *genus in obligationem deductum*, s'è aggiunta, quantomeno nella prospettiva d'analisi e nell'approccio italiani con riguardo all'istituto, l'erronea convinzione – e forse di convinzione nemmeno sarebbe il caso di parlare, in quanto il dato si pone, più che come una conquista del ragionamento, a guisa di un presupposto di tipo assiomatico, e come tale sfornito di qualsivoglia meditata argomentazione – secondo cui elemento essenziale della vendita di cosa generica sarebbe pressoché in ogni caso un impegno a una prestazione di *dare*, non difformemente, sotto questo profilo, dalla vendita di cosa specifica.

---

<sup>232</sup> Si pensi, solo a titolo di esempio recente, alle molte dibattute questioni in materia di preliminare di vendita di cosa altrui, affrontate in maniera singolare, da ultimo, dalla nota Cass. sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930.

Troppo spesso e pressoché implicitamente, insomma, al fondo del fenomeno della vendita di genere viene sempre posta – con acritica assenza di argomentazioni – un’obbligazione intesa come dovere di dare qualcosa, non sollevandosi pressoché mai, peraltro con qualche autorevole eccezione<sup>233</sup>, la questione di base riassumibile nel quesito se, invece, la vendita di cosa generica propriamente intesa non ponga **un diverso problema proprio in relazione alla struttura della fattispecie, dove, oltre al momento del dare, assume certamente un carattere centrale quello del fare inteso come dovere/possibilità di procurare l’oggetto o gli oggetti con i quali effettivamente poi si procederà all’adempimento**<sup>234</sup>.

Se il nostro discorso venisse impostato su un piano di questo genere, esso non potrebbe che approdare ad un punto morto o risolversi nell’ovvietà, costituendo una sterile ripetizione di quegli stessi assiomi che abbiamo sin qui criticato.

**d)** Occorre, invece, procedere ad affrontare analiticamente ciascuno dei segnalati problemi, senza adagiarsi su ricostruzioni o affermazioni preconcepite e fondando l’analisi su dati normativi e profili sistematici che consentano una adeguata dimostrazione della tesi che riteniamo di sostenere, giungendo ad un risultato coerente con le premesse che abbiamo indicato nelle sezioni precedenti quale prodotto e, forse meglio, portato di tutto un insieme di studi che, in particolare nel mondo giuridico dottrinario tedesco, hanno contribuito a chiarire i caratteri peculiari della figura dell’obbligazione generica e dell’istituto della vendita di genere<sup>235</sup>.

Quegli stessi risultati dottrinari e giurisprudenziali tedeschi di cui abbiamo dato conto, per vero, ci sembrano, quantomeno considerati con riferimento

---

<sup>233</sup> Con le significative eccezioni del DI MAJO e, in un certo senso, del BRECCIA, *op. e loc. da ultimo citati*.

<sup>234</sup> Si veda DI MAJO, *Dell’adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1994, 29 ss.

<sup>235</sup> Anche recentemente, la vendita di genere è stata oggetto in Germania di approfondite analisi, giungendosi a porre in dubbio, tra l’altro, la portata e il senso delle peculiarità di disciplina cui essa è soggetta rispetto alla vendita di cosa specifica. La distinzione, parrebbe da capire, sarebbe, secondo taluni, in via di rapido superamento. Si veda al riguardo SCHÜRHOFF, *Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht*, Baden – Baden, 2005, *passim*.

all'ordinamento italiano, più una base di lavoro che un punto di arrivo: essi correggono errori metodologici e storici; precisano concetti e connessioni; smentiscono luoghi comuni in tema di nozioni sostanziali e di responsabilità. Sarebbe tuttavia eccessivo, a mio avviso, affermare che essi ricostruiscono in maniera compiuta un vero e proprio sistema della responsabilità del debitore di cosa generica<sup>236</sup>. Per vero, infatti, anche in quegli studi manca, di massima, il riassunto in termini univoci e sistematici delle critiche svolte, con una conclusione che delinei un quadro chiaro e coerente del sistema della responsabilità oggetto della nostra riflessione<sup>237</sup>.

e) In questa sede ci proponiamo, dunque, di tirare, per così dire, le fila delle premesse che abbiamo posto nelle sezioni precedenti, e che qui rilevano come dati fondamentali, procedendo all'enucleazione e alla dimostrazione di alcuni punti fermi che possano costituire, quantomeno, una intelaiatura argomentativa in grado di chiarire la reale portata teorico – sistematica della responsabilità del debitore di cosa generica e, più ancora, in grado di consentire l'individuazione della stessa sulla base di un insieme di parametri mobili fondati però su principi fermi e certamente congruenti con il sistema del diritto delle obbligazioni italiano vigente nel nostro tempo. Si cercherà, dunque, nel pervenire a quelli che mi sembrano dei punti d'approdo sul tema, di chiarire e offrire, **prima ancora di un contenuto per così dire tassativo, un metodo che riteniamo soddisfacente ai fini dell'individuazione della misura della responsabilità debitoria in**

---

<sup>236</sup> Si vedano, in relazione a questo approccio, le osservazioni di BESSONE, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede*, in ALPA, BESSONE, ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, specie 366 ss. Alcune perplessità sull'idea di una non sempre precisamente delineata *ratio decidendi* imperniata solo sulla considerazione dell'esigibilità e del criterio di buona fede emergono, d'altro canto, anche nella letteratura tedesca. Si veda ESSER, *Interessenjurisprudenzheute*, in *Juristen Jahrbuch*, Köln-Marienburg, 1960, 111 ss.

<sup>237</sup> Basti pensare alla difficoltà con cui le corti, pur abbracciando soluzioni di carattere equitativo, riescono poi a giustificare l'adozione in termini dogmaticamente precisi. Al riguardo, si consideri quanto abbiamo riferito in merito ai casi giurisprudenziali svizzeri e tedeschi descritti nella seconda sezione, laddove la soluzione "equitativa" veniva fondata sul riferimento – per non dire sull'affastellamento – agli istituti dell'impossibilità economica, della base negoziale, comunque dell'inesigibilità secondo buona fede, in una preoccupante assenza di sistematicità e in una altrettanto preoccupante sostanziale assenza di un criterio discretivo preciso.

**relazione alla figura in esame**, metodo necessariamente idoneo a garantire una certa elasticità nella valutazione degli eventi che vengano a turbare l'equilibrio del rapporto obbligatorio e suscettibile di essere, di volta in volta, applicato ai casi concreti.

## 2. IL QUADRO DOTTRINALE DI RIFERIMENTO.

I ricorrenti malintesi in merito quantomeno ai tre essenziali aspetti del fenomeno del debito di cosa generica su cui ci si è appena soffermati al paragrafo precedente hanno condotto a concentrare l'attenzione degli studiosi sull'unico punto che essi, in fondo, isolano come testualmente e inevitabilmente peculiare del tema in discorso, vale a dire sul concetto e i meccanismi dell'individuazione; sulle dinamiche, in sostanza, del passaggio del rischio e della proprietà del bene<sup>238</sup>.

Nelle trattazioni di diritto privato positivo, invece, non viene usualmente riservato, in primo luogo, uno spazio sufficiente, in seno alle parti dedicate all'oggetto del rapporto obbligatorio e alla dinamica costitutiva dell'accordo, al chiarimento di cosa si intenda con l'espressione "genere" o "cosa generica" in rapporto al diritto delle obbligazioni e dei contratti, limitandosi sovente a vaghi e generalissimi richiami alla determinabilità dell'oggetto o al concetto di cosa fungibile; curiosamente, le trattazioni maggiormente significative con riguardo all'analisi del concetto di genere in rapporto alla teoria delle obbligazioni sono quelle elaborate, come s'è considerato nella prima sezione del lavoro, dalla dottrina romanistica.

In secondo luogo, la questione del dimensionamento dell'obbligo assunto dal debitore di cosa determinata solo con riferimento al genere di

---

<sup>238</sup> E' questo, insieme a qualche riflessione concernente il problema della qualità delle cose da prestarsi, il solo spunto teorico di una certa portata che si rinviene in tema di obbligazione generica nella nostra letteratura. Osserva giustamente il DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1994, 18, che "le codificazioni che si ispirano a quella francese non danno eccessiva importanza alle obbligazioni di genere. Vi figura privilegiata, come noto, l'obbligazione (...) di cosa determinata, segno evidente di una fase della produzione o degli scambi in cui oggetti scambiati non sono prodotti di serie o cose fungibili.

appartenenza, così come costruito dalle parti sulla base dell'autonomia privata, rimane pressoché del tutto in ombra, assai di rado trattata a parte, quasi a dare ad intendere che il tema non pone alcun problema di rilievo e che dunque può essere .tralasciato<sup>239</sup>.

Un simile atteggiamento prima ancora di essere spia di una singolare lacuna da colmare è *rivelatore di una certa prospettiva di trattazione della materia delle obbligazioni*, e in particolare dell'obbligazione generica, che ne fraintende l'essenza profonda.

Ritengo, peraltro, che i due silenzi cui ho appena accennato sopra siano in qualche misura legati tra loro: se non si comprende, infatti, a pieno, il significato giuridico del concetto di genere, se, cioè, non ci si sofferma a riflettere sul fatto che esso presenta un rilievo ben diverso da una mera partizione di scuola<sup>240</sup> e in definitiva che, attraverso il ricorso ad esso, si intende descrivere e rappresentare una realtà più complessa di quella che emerge dagli insistiti, vaghi e semplicistici accenni alla dottrina delle cose, ben difficilmente si giunge a porre con consapevolezza e chiarezza la questione della misura della responsabilità del debitore, che risulta, invece, come abbiamo già visto in parte e in parte vedremo innanzi, intimamente connessa al problema – nel solco del quale trova una corretta collocazione la definizione del concetto di *genus in obligationem deductum* – di quello che vorremmo indicare come **il dimensionamento dell'accordo** che le parti concludono in relazione all'oggetto del contratto.

Il particolare problema che viene in rilievo in relazione alla responsabilità del debitore di cosa generica, in sostanza, non viene compreso, né messo chiaramente a fuoco, in gran parte in tanto in quanto *a non essere stati particolarmente indagati, capiti né messi ben a fuoco sono, prima di tutto, i profili riguardanti l'oggetto del contratto e l'impegno concordato dalle*

---

<sup>239</sup> La consapevolezza rispetto all'importanza del tema emerge, invece, con chiarezza, dalle considerazioni del BRECCIA, *op. cit.*, 219 ss.

<sup>240</sup> Qui come abbiamo considerato nella prima parte della nostra trattazione, ci troviamo dinanzi ad uno di quei casi nei quali, tra l'altro, una regola di scuola (*genus numquam perit*) restituisce a mo' di specchio deformante un'immagine diversa da quella che in tale specchio realmente si riflette.

*parti nei casi di negozio avente per oggetto cose determinate solo attraverso il riferimento ad un genere.*

E' proprio l'ipotesi del negozio concluso su cosa generica, invece, ad essere caratterizzato, a mio giudizio, da **un particolare legame intercorrente tra la portata e l'estensione dell'oggetto dell'accordo e la latitudine e la dimensione della responsabilità debitoria che discende dalla conclusione del contratto o dall'assunzione dell'obbligo.**

Il punto essenziale da affrontare per pervenire ad una soluzione metodologica corretta del problema dell'estensione della responsabilità del debitore di cosa determinata solo attraverso il riferimento ad un genere di appartenenza individuato dalle parti consiste, appunto, nel chiarimento del significato della definizione pattizia del genere di riferimento rispetto all'estensione della responsabilità del debitore: bisognerà, *in concreto, comprendere in che modo l'assunzione di un impegno contrattuale con riferimento ad un bene solo genericamente individuato influisca sui profili di responsabilità del debitore, la quale deve pur essere, in qualche modo, delimitata.*

Se, dunque, assumiamo come ipotesi di lavoro convincente quella di ritenere che la soluzione del problema della quantificazione e delimitazione della responsabilità del debitore di cosa determinata solo attraverso il riferimento ad un genere di appartenenza sia da ricercare attraverso un ragionamento che parta da una corretta impostazione delle questioni concernenti l'oggetto del contratto e il dimensionamento dell'impegno, allora sarà previamente da chiarire questo secondo aspetto, per poi passare a valutare, sulla base dei risultati ottenuti dalla prima analisi, alla problematica specifica centrale concernente la misura della responsabilità del debitore di cosa generica.

### **3. IL CONCETTO DI DEBITO DI GENERE NEL VIGENTE DIRITTO ITALIANO DELLE OBBLIGAZIONI.**

Abbiamo visto e ribadito come, secondo una massima consolidata, l'insieme astratto che si suole chiamare genere illimitato, ogni genere illimitato, anche quello che si pretenderebbe, in una simile ottica, dedotto come oggetto di un'obbligazione, sfuggirebbe alla regola che presidia il mondo delle singole cose fisiche, secondo cui esse possono perire e scomparire tanto dall'esistente concreto quanto da quello giuridico.

Si è considerato questo profilo nella prima sezione del lavoro, per giungere alla conclusione secondo cui, invece, occorre nettamente separare il concetto di genere logico da quello di genere giuridico.

Abbiamo altresì manifestato la nostra convinzione per la quale il genere giusprivatisticamente inteso, quello che può venire in rilievo quale oggetto del rapporto obbligatorio, si discosti dal genere logico anche sotto *il profilo dell'idea di limite* applicabile alle due figure.

Su questi aspetti vorrei tornare solo per riprendere e integrare talune importanti puntualizzazioni ai fini della ricostruzione della figura dell'obbligazione generica in termini coerenti con le premesse precedentemente avanzate.

In particolare, **occorre qui coniugare e fondere quanto siamo venuti dicendo nella sezione prima, ripercorrendo la nascita dell'idea giuridica di *genus*, il suo farsi fattispecie peculiare, il suo distanziarsi dalla dimensione puramente e propriamente logico-speculativa, con i profili che emergono dalla necessità di applicare, al genere assunto a oggetto di un rapporto obbligatorio, le regole generali che il codice detta in materia di obbligazioni, di costruzione e struttura del rapporto, di oggetto, di responsabilità.**

Ora, **se consideriamo attentamente le linee generali del sistema previsto nel libro IV del codice civile, emerge con discreta chiarezza il dato per il quale, applicato al diritto delle obbligazioni, il brocardo *genus numquam perit* risulta, ad uno sguardo minimamente più attento del**

**consueto, macroscopicamente errato e, anzi e forse meglio, inconferente con la materia di cui stiamo trattando<sup>241</sup>.**

E' ammissibile, al più, che attraverso esso si voglia, per vero in maniera piuttosto grossolana, indicare il fatto che il perimento del singolo esemplare del genere dovuto non è suscettibile, di per sé, di condurre alla estinzione dell'obbligazione: che cioè il perimento o l'impossibilità riferibili ad un solo elemento, le cui caratteristiche ne fanno membro del genere di appartenenza, non determina la liberazione del debitore, il quale potrà, e anzi dovrà, provvedere con propri mezzi a procurare un altro esemplare assimilabile al genere individuato dalle parti, attraverso l'accordo, quale oggetto dell'obbligazione.

**Ma tale brocardo non può realisticamente e ragionevolmente essere interpretato come una regola di responsabilità ancorché indirettamente dettata, né ad esso debbono essere attribuite virtù “magiche” nella soluzione di problemi tecnici per affrontare i quali occorre, sempre, tenere conto delle regole generali e speciali previste dal legislatore nella costruzione del sistema.** E tra di esse, certamente non se ne rinverrà alcuna che metta confusamente insieme elementi afferenti la latitudine dell'oggetto dell'obbligo assunto e pretesi riferimenti ai profili di responsabilità – amalgamando il tutto in una sorta di dimensione para oggettiva del debito che finirebbe per perdere, a nostro avviso, esso stesso i caratteri suoi propri, trasformandosi in qualcos'altro di non ben definito – come si vorrebbe accadesse attraverso il sempiterno e acritico riferimento al brocardo in questione.

Ma ci si dimostrerebbe davvero miopi se non si accennasse ad un paio di ragioni che pensiamo possano, entro certi limiti, spiegare l'insistito richiamo alla celebre espressione medievale che allude alla imperibilità del genere: sempre quello stesso brocardo di cui stiamo trattando, per vero, trae

---

<sup>241</sup> Sul punto si consideri, ad esempio, la riflessione del CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, (trad. da ASCOLI e CAMMEO) Milano, 1908, 59 ss. Questa antica e sapiente dottrina rileva *apertis verbis* l'inesattezza di fondo che mina il brocardo *genus numquam perit*, in un interessante raffronto tra la figura del debito generico e dell'obbligazione alternativa.

la sua potente e imperitura forza suggestiva dal fatto che esso contiene una verità e un equivoco entrambi di portata significativa.

I) Prima vediamo la verità. Se il genere giuridicamente rilevante è un'idea, una forma di categorizzazione di un progetto mentale astratto, certamente è vero che esso non può perire, anche qualora perissero tutti gli esemplari che concretano quell'idea di cui il genere rappresenta l'astrazione.

Qui ci avviciniamo alla dimensione del genere logico, ma non v'è dubbio che il "progetto mentale" cui ho appena accennato, l'impegno astratto, non perirebbe in conseguenza del venire meno degli esemplari singoli reperibili dal debitore; l'astrazione partorita dalla volontà delle parti e fatta oggetto di un debito, risulta, diciamo così, evidentemente immortale in quanto immateriale.

Il nodo concettuale centrale della nozione di genere, quello che occorre sciogliere, si comprende agevolmente se si istituisce un paragone, ad esempio, – come abbiamo considerato nella sezione prima<sup>242</sup> – con quelle espressioni che impiegava Husserl per descrivere le universalità astratte e concrete; espressioni di cui abbiamo dato sommariamente conto in quella sede.

Il genere, e parallelamente l'aggettivo "generico" – a nostro avviso troppo spesso infelicemente impiegato come attributo diretto delle cose nella teoria delle obbligazioni – **non può costituire una indicazione categoriale delle cose, in quanto tramite il riferimento ad esso si vuole rappresentare un'idea che le parti elaborano e che, al più, potrà trovare corrispondenza in alcune cose.**

In questo sta la radice di quell'indeterminabilità delle caratteristiche individuatrici del genere che i giuristi sogliono rimarcare senza mai tuttavia

---

<sup>242</sup> Già alcune celebri e risalenti dottrine avevano colto a fondo l'essenza del debito di genere. Afferma il POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, Milano, 1809, 8, che al centro del fenomeno dell'obbligazione generica v'è "una cosa di questo genere considerata *in abstracto* con un'idea trascendente, fatta astrazione dagli individui che compongono il genere; è una cosa incerta, indeterminata, la quale non si determinerà che col pagamento valido, che ne sarà fatto con uno degli individui. E' vero che questa cosa considerata in tal modo non sussiste che nell'intelletto, sintantoché non è stata determinata con il pagamento: ma noi abbiamo veduto *supra* che degli esseri intellettuali possono essere l'oggetto delle obbligazioni, essendo esseri intellettuali le obbligazioni medesime".

sviluppare a fondo la questione relativa alle implicazioni che tale ampiezza di possibilità comporta sul piano degli altri elementi costitutivi del rapporto obbligatorio; e in questo sta anche la portata del fraintendimento centrale che porterebbe, in un estremo svolgimento delle sue conseguenze, anche a ritenere illimitata la responsabilità del debitore di cosa generica.

**II)** Ma veniamo qui subito all'equivoco. Abbiamo visto come, sotto il profilo logico, l'asserto secondo cui il genere non perisce mai presenti un solido fondamento teorico – formale; e abbiamo appena considerato che anche l'astrazione dell'impegno che sta alla base dell'assunzione dell'obbligo generico può, entro certi limiti, far pensare che esso non sia suscettibile di perenzione. Pure, se questo è vero sul piano della logica rigorosamente intesa, occorre tornare a osservare come **la regola giuridica non possa venire costruita in corrispondenza perfetta con quel piano d'astrazione che l'ortodossa aderenza al brocardo imporrebbe.**

Il diritto delle obbligazioni deve fare i conti *con il mondo delle cose, oltre che con quello delle idee*; con ragioni e dinamiche di carattere equitativo; con un approccio che coniughi la dimensione dei concetti con quella dei traffici e delle funzioni economiche che il diritto presidia, disciplina e rende possibili; e il massimo rilievo ai dati di fatto è attribuibile solo considerando attentamente le circostanze del contratto<sup>243</sup>.

In questo quadro profondamente radicato all'interno del sistema, e tuttavia spesso sfuggente perché di difficile indicazione puntuale se non attraverso una rosa di riferimenti per forza di cose di carattere generale (buona fede, patrimonialità della prestazione, determinatezza almeno parziale dell'oggetto dell'obbligazione, causa del contratto, e così via), si colloca l'esigenza e l'opportunità di assumere a fondamento del nostro discorso, anche per il diritto italiano, un'idea di genere che si ponga in termini strutturalmente diversi da quelli propri del genere logicamente inteso.

---

<sup>243</sup> La necessità di aderenza a questi profili è ben sottolineata da Rodotà, il quale si sofferma in maniera approfondita sul problema della definizione del concetto di circostanza e sui delicati profili che portano a intrecciare, al riguardo, argomenti interpretativi e spunti di integrazione. Si veda RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, specie 228 ss.

**Il genere giuridico rilevante sul piano della teoria dell'obbligazione** deve essere, a nostro giudizio, dunque, definito e inteso al modo seguente:

- a) trattasi di un **insieme ideale di creazione pattizia**, la cui definizione, affidata all'accordo delle parti, prescinde *in toto* dalla natura dei beni rientranti nel genere così costruito, potendo in esso essere ricompresa qualsiasi categoria di cose purché rispondenti ai criteri richiesti dal codice civile per poter essere oggetto di un rapporto obbligatorio<sup>244</sup>;
- b) trattasi di un **insieme astratto**, in quanto ciò che le parti individuano sono dei criteri di determinazione del genere, individuando, così, vorremmo dire, la latitudine dell'orizzonte dell'adempimento; è questo concetto, riteniamo, quello cui ci si riferisce, in maniera brachilogica, affermando talvolta che dovuto è il genere, prima e più che le singole cose che lo compongono<sup>245</sup>;
- c) trattasi altresì di un insieme **limitato o limitabile**; questo punto, della massima importanza, confligge con l'idea comune tradizionalmente riportata, per cui il *genus in obligationem deductum* potrebbe essere *genus illimitatum*. In realtà, l'idea che dedotto in obbligazione possa essere un genere realmente illimitato non convince per una molteplicità di ragioni, alcune delle quali, come abbiamo accennato, anche se solo marginalmente nella sezione prima, già erano balzate agli occhi dei giuristi romani, i quali, infatti, verosimilmente continuarono, nel tempo, a ritenere tale ipotesi come estranea a quello che noi oggi chiamiamo

---

<sup>244</sup> Occorre precisare che anche qualora le parti deducessero in obbligazione un genere già delimitato in sé in chiave per così dire, fisico – naturalistica (“tutto il carico di castagne contenute nel magazzino x di via y”), ciò non scalfirebbe la regola della creazione e determinazione pattizia: per un verso, infatti, sono sempre le parti a scegliere di far assurgere a genere di riferimento quell'insieme già, diciamo così, costruito; per altro verso in un caso simile sarebbe forse da chiedersi se di obbligo generico sia ancora il caso di parlare, in quanto una delimitazione quale quella di cui sopra farebbe, a nostro giudizio, propendere più per la tesi della cosa già specificata adeguatamente nella sua essenza di oggetto del rapporto obbligatorio.

<sup>245</sup> Tra i molti, si consideri CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese, op. cit.*, 60: “Vero è sempre..., in questo come in tutti i casi di obbligazioni generiche, che nessun singolo oggetto di quegli appartenenti alla specie designata si trova *in obligatione* né il creditore quindi deve sopportare il pericolo di alcuno di essi”. L'autore, in nota (nota 7) precisa con assoluta chiarezza come solo questo sia il significato accettabile da attribuire al brocardo *genus numquam perit*, precisando che esso “in qualunque altro senso è inesatto”.

diritto delle obbligazioni<sup>246</sup>. Innanzitutto, tale ipotesi ci pare in un certo senso confliggente, oltre che con la regola che richiede che l'oggetto del contratto sia determinato o determinabile (art. 1346 c.c.) anche con la disciplina che vuole l'oggetto dell'obbligazione suscettibile di valutazione economica e corrispondente ad un interesse anche non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c.). Questo perché **l'insieme delle norme che disciplina – diremo così – l'oggetto del debito sembra presupporre e porsi costantemente la questione della determinatezza, tollerando una determinatezza parziale o, al più, una determinabilità futura**<sup>247</sup>. Ma l'idea che dedotto nel rapporto possa essere un genere del tutto illimitato ci pare esorbiti da una simile logica, non consentendo, in definitiva, di stabilire bene il concreto rilievo economico dell'operazione per le parti, né in fondo prestandosi, tale idea, alla verifica, sempre sul piano concreto, dell'interesse creditorio preciso all'adempimento. Pur rendendoci conto dei margini di perplessità che un simile discorso potrebbe lasciare (legati, a nostro avviso, più che altro a ricorrenti visioni eccessivamente astratte della materia privatistica, che finiscono col perdere di aderenza alla realtà dei singoli rapporti contrattuali), ci sentiamo di accogliere **la prospettiva secondo cui, per un verso, l'obbligazione generica non potrebbe essere costruita intorno ad un genere del tutto illimitato e, per altro verso, essa stessa non sempre, per vero, viene costruita neppure come obbligazione con oggetto parzialmente indeterminato**<sup>248</sup>. Ma poi,

---

<sup>246</sup> Nel diritto italiano moderno, una riflessione sul punto pare sottesa nelle parole del BRECCIA, *Le obbligazioni, op. cit.*, 216 ss.

<sup>247</sup> Si vedano BIANCA, *Diritto civile*<sup>4</sup>, *L'obbligazione, op. cit.*, 110; BRECCIA, *Le obbligazioni, op. cit.*, 210. La questione della determinatezza o meno dell'oggetto del debito di genere è discussa, come vedremo ancora tra breve (nota successiva), da PANUCCIO, *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Milano, 1972, specie 27 ss. e 119 ss.

<sup>248</sup> Diversamente da quanto si potrebbe, *prima facie*, ritenere, l'opinione secondo cui l'obbligazione generica sarebbe caratterizzata dall'aver un contenuto parzialmente indeterminato è discussa e non risulta pacifica. Peraltro, anche quando manchi una esplicita discussione sul punto, emergono qua e là degli accenni, delle mezze frasi, che fanno capire come la questione della indeterminatezza, posta nella maniera in cui di consueto la si pone, susciti delle forti perplessità in molti autori. Il punto è affrontato *apertis verbis* da PANUCCIO, *op. cit.*, 27 e 119 ss.; riprendendo una osservazione di altri autori, BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 211, osserva come "l'esistenza di un

ancora più al fondo della questione, c'è il fatto, a mio avviso decisivo e riferito da autorevole dottrina romanistica ad un timore che già dovette appartenere ai giureconsulti romani<sup>249</sup>, per cui la costruzione di un vincolo intorno ad un insieme ideale illimitato finisce davvero col far dubitare della serietà stessa dell'impegno assunto, appunto perché, in definitiva, *non consente la verifica di un assetto di interessi circostanziato*, il quale inevitabilmente presuppone la delimitazione di una latitudine – entro certi limiti precisa – di oggetti, valori, interessi, responsabilità. Come avremo modo di rimarcare in maniera più decisa e meglio argomentata anche in seguito, **ciò che si nasconde dietro alla possibilità concessa dal legislatore di determinare parzialmente l'oggetto dell'impegno non è un'area "libera" dove qualsiasi vaghezza o suggestione possa trovare spazio, bensì una modalità strutturale dell'impegno obbligatorio che consenta, al creditore, un margine di scelta discrezionale, magari anche ampio, nella scelta e nel modo di procurarsi la cosa da destinare concretamente all'adempimento**: una volta interpretata la figura dell'obbligazione di genere in maniera congruente con tale obiettivo di sistema, tuttavia, ci pare impossibile andare oltre tale dimensione, a pena di uno irreparabile e ingiustificato snaturamento del sistema medesimo<sup>250</sup>;

---

margine di discrezionalità nella scelta della qualità sembra riferirsi alla disciplina della modalità di attuazione, poiché, sul piano della fonte convenzionale dell'obbligo, l'oggetto può considerarsi determinato in maniera sufficiente con l'indicazione del genere a cui appartengono le cose da consegnare". Si vedano anche BIANCA, *Diritto civile*<sup>4</sup>, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 110 ss.; DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bologna, 1986, 495 ss..

<sup>249</sup> Sul punto si rinvia alla sezione prima. E' da osservare come l'idea che l'oggetto della prestazione, ancorché genericamente, debba certamente essere determinato costituisce per certi versi una ovvietà che si ritiene di dover tuttavia ripetere e precisare; il concetto riemerge periodicamente in dottrina, attraverso affermazioni lapidarie quali quella del POTHIER, *op. cit.*, 6, il quale sente di dover chiarire che "ciò che è assolutamente indeterminato non può essere l'oggetto di una obbligazione". Non sempre però, specie quando il discorso si rivolge all'ambito del debito di genere, si tiene conto del reale significato della necessità di determinatezza o determinabilità dell'oggetto, ammettendosi talvolta – a nostro giudizio in maniera errata – il riferimento ad un preteso *genus illimitatum* che secondo la nostra prospettiva non può essere assunto ad oggetto dell'impegno obbligatorio.

<sup>250</sup> Ciò anche in considerazione del fatto che le norme disciplinanti l'obbligazione di genere nel nostro sistema risultano palesemente insufficienti a rendere sostenibile l'idea di una specie di "statuto speciale" del debito di genere, tale da sottrarre lo stesso all'applicazione delle regole generali, cui dunque l'obbligazione generica deve

d) da ultimo, trattasi di genere che deve essere, come abbiamo già accennato al punto che precede, **suscettibile di valutazione economica e corrispondente ad un interesse del creditore**, secondo le regole generali, non essendovi alcuna ragione né alcun fondamento teorico convincente per ritenere che, nel caso dell'obbligazione generica, possa farsi eccezione a questi requisiti. Sarà appena il caso di precisare come i requisiti dell'articolo 1174 – norma peraltro di non facile lettura e caratterizzata da ampi margini di ambiguità<sup>251</sup> – debbano essere propri del genere, prima ancora delle singole cose che saranno prestate, in quanto, come abbiamo ripetuto, l'impegno traslativo si struttura e modella, appunto, sul genere astratto, ideale, delimitato, prima che sugli esemplari concreti ad esso riconducibili.

Solo partendo da un concetto di genere così puntualizzato, e assumendo tale concetto a base del ragionamento che stiamo svolgendo, riteniamo di poter avviarci, dopo una ulteriore essenziale riflessione che troverà spazio nel paragrafo successivo, ad affrontare secondo un approccio scientifico, cui non può evidentemente essere estranea una puntuale aderenza al sistema privatistico normativamente inteso, il problema di una adeguata e critica commisurazione della responsabilità del debitore di cosa generica nei confronti del creditore, in rapporto al dimensionamento dell'impegno.

#### **4. LA DETERMINAZIONE DEL GENERE COME QUESTIONE INTERPRETATIVA.**

a) Come abbiamo ripetutamente affermato, la definizione e delimitazione del *genus* dedotto in obbligazione costituisce materia eminentemente pattizia. Tale delimitazione, con evidenza, fa parte dell'accordo, nel caso in

---

soggiacere.

<sup>251</sup> Le espressioni impiegate nell'art. 1174 c.c. risultano di particolare interesse e tutt'altro che facili da spiegare e inquadrare correttamente all'interno del sistema. Su questi profili, di estrema importanza e interesse all'interno della teoria dell'obbligazione, si veda il significativo e ampio saggio di CIAN, *L'interesse del creditore e la patrimonialità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968, I, 197 ss.

cui la vicenda obbligatoria si inquadri nella dimensione contrattuale; essa, comunque, anche per il caso in cui la vicenda non sia di natura contrattuale, concerne la dimensione volontaristica dell'impegno assunto dal debitore.

**b)** Ciò detto, evidentemente, la questione della esatta delimitazione del genere dedotto in obbligazione non può che essere valutata e inquadrata alla stregua di una questione di interpretazione del contratto, rispetto ad un punto specifico dell'accordo concernente, appunto, la delimitazione dell'oggetto dovuto.

Le parti, attraverso le espressioni e i riferimenti impiegati nel contratto, intendono delimitarne e precisarne il senso, sotto tutti gli aspetti.

Per quanto a noi in questa sede interessa, con specifico riguardo alla delimitazione della prestazione dovuta e della definizione dei caratteri del debito di genere, occorre considerare quantomeno tre aspetti rispetto ai quali l'interpretazione, condotta sulla base delle regole di cui agli artt. 1362 c.c. del codice, con particolare attenzione alla norma dell'art. 1366 c.c., ci pare giochi un ruolo essenziale nella soluzione dei problemi dei quali ci stiamo occupando.

**c)** In prima battuta, le indicazioni che le parti includono nel contratto ai fini della delimitazione del genere dovuto vanno interpretate per comprendere quale operazione economica esattamente le parti volessero concludere, e, dunque, quale significato economico assuma il contratto per le stesse.

In sede di una prima interpretazione, che più avanti definiremo come di primo livello, gli indici di delimitazione del genere dovuto consentiranno di stabilire l'esatto *quid della prestazione* e l'idea fondamentale che si pone alla base dell'operazione di scambio che le parti hanno concordato (o quella che si pone alla base dell'assunzione dell'impegno obbligatorio).

**b)** In secondo luogo, se è vero, che, come abbiamo affermato, il genere dedotto in obbligazione deve presentare i requisiti giuridici basilari previsti dalla legge per essere prestazione in senso giuridico, occorrerà, anche sulla base del principio di interpretazione conservativa dell'accordo, attribuire alle espressioni usate per delimitare il genere dedotto in obbligazione quei significati che consentano (se possibile), nella maggiore aderenza possibile

alla volontà delle parti così come consacrata nell'accordo e alle prescrizioni di legge in materia di prestazione, di definire il medesimo in maniera tale che esso risulti ragionevolmente determinato e delimitato (o, quantomeno delimitabile) e che esso sia suscettibile di concreta valutazione economica in relazione al singolo accordo, oltre ad essere in grado di soddisfare un interesse anche non patrimoniale del creditore.

c) In terzo luogo, occorre considerare con grande attenzione il fatto che, **attraverso la delimitazione del genere dedotto in obbligazione, le parti, sovente, finiscono con il dimensionare sotto molteplici aspetti l'accordo intercorso tra le stesse.** Questo profilo, che procederemo ad indagare in maniera approfondita nei paragrafi immediatamente successivi al presente, risulta di massima importanza rispetto alla soluzione del problema della definizione della soglia di responsabilità da riconoscere in capo al debitore di genere. **Con il delimitare il genere dovuto attraverso una serie di indici che vanno interpretati, primariamente, secondo le direttive di cui sopra, le parti possono aver inteso significare anche qualcosa di più e di diverso, sottendendo una ulteriore pattuizione volta a delimitare la responsabilità in concreto che il debitore di genere viene ad assumersi con la conclusione dell'accordo.**

Portando questo ragionamento sul piano della concretezza, occorre osservare come le parole e il contegno delle parti con riguardo alla delimitazione del genere dedotto in obbligazione possano fornire importanti indicazioni non solo sulla definizione dell'oggetto della prestazione, bensì anche sul piano della responsabilità del debitore.

Un accurata analisi interpretativa degli indici di delimitazione del genere, in sostanza, può portare a esiti potenzialmente risolutivi non solo sul piano dell'alternativa (già segnalata nella sezione seconda, anche attraverso il riferimento a degli schemi esplicativi) tra adempimento e inadempimento, bensì anche sul piano del giudizio della responsabilità da inadempimento, dunque sul piano della imputabilità ed esigibilità o meno dello stesso.

d) Per offrire, in chiave di estrema sintesi, una esemplificazione sul punto, potremmo affermare quanto segue. Tizio, titolare dell'azienda Gamma, si

reca, come ogni anno, da Caio, titolare dell'Enoteca Bacco, intenzionato ad acquistare un numero  $x$  di bottiglie di vino  $y$  dell'annata  $\gamma$ , destinate a costituire il dono natalizio per i dirigenti dell'azienda. Il prezzo del vino viene stabilito nella cifra  $z$ , lievemente inferiore a quello del listino abitualmente adottato dal Caio, e la data della consegna seguirà di due settimane quella dell'accordo, in quanto Caio deve rifornirsi del vino in questione dal proprio distributore di fiducia.

In seguito, tuttavia, il vino nella disponibilità del fornitore perisce non per colpa di Caio, e il reperimento dello stesso sul mercato diviene difficoltoso anche per l'esperto grossista. Tizio pretende l'adempimento da parte di Caio. *Quid iuris?*

In un caso quale quello proposto, una interpretazione di primo livello quale quella da noi sopra brevemente indicata, un'interpretazione, cioè, volta a esaminare gli indici di delimitazione del genere ai fini della determinazione dell'oggetto del contratto, condurrebbe probabilmente a fissare lo stesso attraverso la proposizione "numero  $x$  di bottiglie di vino  $y$  dell'annata  $\gamma$  procurate da Caio secondo il contratto".

e) Il fatto è che l'esame di tali caratteri conduce anche ad ulteriori considerazioni che si pongono su un piano interpretativo, per così dire, di secondo livello; ciò in tanto in quanto , concludendo l'affare di cui sopra secondo le modalità descritte, le parti potrebbero aver offerto anche delle indicazioni in tema di commisurazione della responsabilità di Caio nell'assunzione dell'obbligo strumentale di procurare il vino del genere dovuto. Per citare solo gli elementi più evidenti, il fatto che Tizio sia andato proprio da Caio, titolare dell'Enoteca Bacco, ad acquistare  $x$  bottiglie di vino  $y$  dell'annata  $\gamma$  (fatto che implica che egli contasse sulla rete distributiva dello stesso); il fatto del lieve sconto sul prezzo di listino, nonché la regolarità nel tempo (Tizio andava ogni anno) della fornitura; il fatto della consegna differita in ragione della fornitura presso il grossista di fiducia e così via, possono costituire dati tutti idonei ad assumere un rilievo, oltre che sul piano di delimitazione del genere anche sul piano della commisurazione della responsabilità del debitore, in tanto in quanto essi –

che potrebbero essere erroneamente fraintesi e letti univocamente nel solo senso di una più dettagliata definizione del *debitum* – rivelano, in realtà, qualcosa di più proprio sul piano del dimensionamento complessivo dell'accordo e, dunque, anche della misura della responsabilità del debitore. Tra le righe dell'accordo, in sostanza, pare possibile individuare una pattuizione implicita in tema di responsabilità, parzialmente costruita intorno a quelli che ad una prima lettura appaiono solo indici di delimitazione del genere dedotto in obbligazione, e che invece, letti sotto un'altra ottica, attraverso l'impiego – come vedremo – di una interpretazione funzionalmente orientata, possono svelare esistenza e portata di tale clausola.

Dell'individuazione di questa pattuizione e della tecnica interpretativa, che definiremo di secondo livello, idonea a farne emergere i contenuti, veniamo ora progressivamente a trattare, nelle pagine che seguono.

##### **5. INTERPRETAZIONE DELL'ACCORDO COME STRUMENTO PER INDIVIDUARE LA LATITUDINE DEL GENERE E LA MISURA DELLA RESPONSABILITÀ DEBITORIA.**

**a)** Una volta chiarito che cosa si intenda con il concetto di genere significativo ai fini della determinazione, quantomeno parziale, del contenuto del contratto, e aver rilevato come l'esatta delimitazione del genere debba avvenire, tanto per il caso del contratto quanto per quello di un'assunzione unilaterale di obbligazione, attraverso un'operazione interpretativa della volontà delle parti (o della parte, per il secondo caso di cui sopra) consacrata nell'accordo (o nell'atto unilaterale), occorre avvicinarsi maggiormente al cuore della problematica relativa al tema dei limiti da individuarsi alla responsabilità del debitore di genere.

**b)** Anche una volta determinato il genere, la misura della responsabilità del debitore, qualora l'obbligazione comprenda in sé un dovere strumentale di procurare, può rimanere indeterminata. Essa, a rigore di logica, si estenderebbe all'intero universo dell'esistenza fisico-giuridica del bene

dovuto: ed è questo l'aspetto che viene consacrato nel brocardo *genus numquam perit*.

Ma una tale considerazione del problema, che volesse rinvenirvi la soluzione in una sorta di estensione para oggettiva della responsabilità, per così dire, *usque ad inferos et usque ad sidera*, potrebbe astrattamente implicare due distinte estensioni della misura dell'impegno:

- I) **estensione illimitata del genere dovuto**, in una prospettiva che guardi alle caratteristiche fisiche del genere, dedotto in obbligazione, in maniera astratta e acritica, senza soffermarsi sulla dimensione complessiva dell'accordo;
- II) **estensione illimitata della responsabilità del debitore**, il quale sarebbe chiamato a procurarsi in ogni modo beni idonei all'adempimento, sulla base di una malintesa pretesa assunzione di responsabilità illimitata al punto da essere oggettiva, che troverebbe fondamento nel fatto stesso di essersi obbligato per un genere e non per una cosa specifica.

c) Ora, abbiamo già considerato, al paragrafo che precede, come **l'idea di un'estensione illimitata del genere sulla base del punto I di cui sopra risulti difficilmente compatibile con le norme che il nostro diritto delle obbligazioni prevede in materia di obbligazioni** e, in definitiva, vada radicalmente respinta qualora si accetti di accogliere come base di lavoro una concezione del genere deducibile in obbligazione quale quella che abbiamo in precedenza proposto. Non vogliamo essere ripetitivi: diremo solo che se il genere deve costituire comunque un insieme delimitabile e che presenta i caratteri richiesti normativamente affinché una prestazione sia da considerarsi tale sul piano del diritto privato, allora il genere illimitato nel senso di cui al punto I immediatamente precedente non potrebbe essere assunto a oggetto di un impegno obbligatorio propriamente inteso.

**d) Ma nemmeno la responsabilità del debitore per procurarsi beni idonei all'adempimento in quanto provvisti delle caratteristiche proprie del**

***genere di riferimento potrebbe, a nostro giudizio, presentarsi come illimitata, per le ragioni che seguono.***

Per un primo aspetto, l'esatto adempimento dell'obbligazione si ha quando il comportamento del debitore sia conforme al contenuto e all'oggetto della prestazione dovuta, se è possibile accertare che l'esecuzione risulta essere, per qualità e quantità, in tutto corrispondente all'obbligo<sup>252</sup>.

Per un secondo aspetto, si suole ravvisare una antinomia tra le norme di cui agli art. 1218 e 1176 del codice civile, laddove per un verso si individuerebbe come unica causa di liberazione del debitore inadempiente l'impossibilità incolpevole della prestazione, mentre per altro verso si chiederebbe solamente al debitore – ci si permetta la semplificazione, dovuta ad esigenze di chiarezza – di aver posto in essere un contegno diligente<sup>253</sup>.

Ora, se, sotto il primo aspetto, si tratta, anche per il negozio concluso su cosa determinata solo per l'appartenenza al genere, di individuare quale sia la dimensione qualitativa e quantitativa dell'obbligo, tenuto conto dei caratteri della genericità che contraddistingue il *debitum* nel caso di specie, sotto il secondo ci troviamo d'accordo con quella autorevole dottrina che ritiene l'antinomia solamente apparente, laddove si precisi che entrambe le norme si fondano sul “medesimo postulato di una precisa e concreta delimitazione dell'obbligo, quale è resa possibile da una interpretazione secondo buona fede del titolo e del contenuto del singolo rapporto obbligatorio”<sup>254</sup>. Al di là dei numerosi aspetti problematici sottesi dalla

---

<sup>252</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni*, *op. cit.*, 459.

<sup>253</sup> Alla prospettiva dell'antinomia tra le due norme si riferisce anche CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, 1966, 10, il quale riferisce di un “testuale conflitto di norme”. L'idea dell'inevitabilità di tale antinomia, come rilevato anche dal BRECCIA, *op. cit.*, 471, si fonda “sul presupposto che l'attività imposta al debitore non possa essere spinta sino al limite dell'impossibilità della prestazione senza contraddire la nozione stessa di diligenza dovuta, intesa come misura soggettiva di sforzo in senso volontaristico”. Tale contraddizione, a nostro giudizio, va composta sul piano dell'interpretazione dell'accordo nei termini che vedremo meglio in seguito.

<sup>254</sup> BRECCIA, *op. cit.*, 470. Va osservato, e vi fa cenno anche l'autore, che in un'ottica siffatta il criterio di buona fede e quello di diligenza continuano ad assumere comunque ruoli ben distinti, in quanto l'un criterio fissa i confini di quanto è dovuto e di quanto può essere preteso, e l'altro si riferisce alle modalità di esecuzione dell'obbligo. Sul punto si veda anche NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. II. Il comportamento del debitore*, Milano, 1984, 52 ss.

pretesa antinomia tra gli artt. 1218 e 1176 c.c., sui quali qui non abbiamo modo di soffermarci a pena di frammentare eccessivamente il discorso<sup>255</sup>, siamo fermamente convinti che il giudizio sulla responsabilità del debitore – e questo non solo con riguardo allo specifico tema del debito generico, ma ben più in generale – veda come momento integrante e per molti versi risolutivo una considerazione del complesso dell'accordo, e del significato che esso assume per le parti, letto alla luce del **parametro di buona fede, che assurge a criterio guida di un'interpretazione della dimensione dell'accordo tale da evitare che l'applicazione delle norme** – anche qualora si volesse concludere nel senso di una tensione strutturale del codice nella direzione di una responsabilità debitoria spinta tendenzialmente sempre fino al limite del possibile<sup>256</sup> – **conduca a risultati oggettivamente inaccettabili sul piano del senso degli eventi così come stabilito e “colorato” dal significato dell'accordo**: in questa prospettiva – ma sarebbe un discorso troppo lungo e che valicherebbe certamente i limiti della nostra trattazione – vorremmo dire che, a nostro giudizio, **la pretesa oggettività della direttiva secondo cui il debitore deve essere considerato come impegnato sino ai limiti del possibile trova sempre un correttivo o, meglio, una precisazione, nel fatto che quel “limite del possibile” non va riguardato e indagato in astratto ma va riferito alla dimensione e al significato concreti del singolo accordo, cosicché l'oggettività e la perentorietà di tale direttiva finiscono inevitabilmente e giustamente con l'adeguarsi alla dimensione soggettiva dell'accordo che, conformemente al dettato codicistico, fa legge tra le parti.**

e) Se le cose stanno in questi termini, se si accetta, cioè, di considerare la delimitazione del genere e la delimitazione della responsabilità come

---

<sup>255</sup> Si vedano BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 107 ss.; NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. del Dir.*, I, 554 ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento, corso di diritto civile*, Milano, 1959, 192 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1962, 45 ss.; si vedano anche le brevi ma interessanti riflessioni di BESSONE, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede*, *op. cit.*, 363 ss.

<sup>256</sup> Si vedano in tal senso già numerose e autorevoli trattazioni; cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento, corso di diritto civile*, Milano, 1959; BIANCA, voce *Negligenza (dir. priv.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 195; Id., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1957, 89.

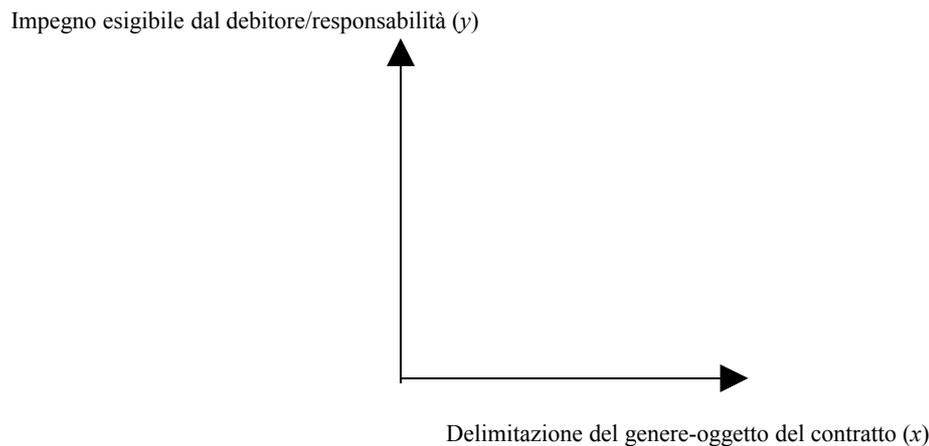
grandezze strettamente legate alla concreta realtà del contratto inteso come prodotto dell'intenzione delle parti, strumento di soddisfazione di interessi precisi e attuali, e dunque, da interpretarsi con aderenza estrema a quel singolo rapporto, allora si chiarisce come il problema della delimitazione della responsabilità del debitore di genere non sia quello di trovare, nel sistema o nella struttura del debito di genere stesso, una giustificazione ad una ipertrofica estensione di responsabilità che costituirebbe, in sostanza, una deviazione rispetto alle regole generali, bensì sia **quello di definire il limite di tale responsabilità proprio secondo le regole generali adattate al caso di specie. Occorre, in sostanza, trovare una formula o stabilire una funzione che consenta di individuare la soglia della responsabilità del debitore per il caso del debito di genere.**

f) Ora, chiarito il piano su cui si colloca l'operazione che si intende svolgere, un primo punto da precisare consiste nel dato dell'**incommensurabilità delle due grandezze cui ci siamo riferiti** poco sopra – dato sul quale torneremo più volte, in quanto esso costituisce presupposto e parte integrante del ragionamento su cui si fonda la tesi che qui si vuole sostenere – per cui *la latitudine del genere, chiarita attraverso una prima interpretazione del contratto, non può, di per sé, evidentemente tradursi in una equivalente latitudine di responsabilità, implicando, in sostanza, una estensione geometrica dell'entità del sacrificio richiedibile al debitore per adempiere*. Questo aspetto è talvolta intuito, talvolta entro certi limiti sviluppato anche dalla migliore dottrina italiana<sup>257</sup>, laddove si tende comunque a scindere, sebbene attraverso una notevole discrepanza di distinguo e varianti, il problema dell'estensione del *quid debetur* rispetto a quello della misura dell'impegno richiedibile al debitore.

---

<sup>257</sup> DI MAJO, *Dell'adempimento in generale, op. cit.*, 30; BIANCA, *Diritto civile<sup>4</sup>, L'obbligazione, op. cit.*, 111; il BRECCIA, *Le obbligazioni, op. cit.*, 474, sottintendendo i termini del rapporto tra i due elementi, giustamente rileva che “occorre riesaminare senza pregiudizi il senso del noto brocardo *genus numquam perit*. Necessaria, ancora una volta, è l'analisi del contenuto del rapporto: la genericità delle cose, di per sé, non è sempre decisiva. Deve distinguersi in particolare tra le seguenti ipotesi: il debitore deve procurarsi le merci sul mercato; deve ricorrere alla sua stessa provvista; deve produrre le cose con la sua organizzazione. La responsabilità, a ben vedere, si commisura anche in questi casi al contenuto della prestazione”.

In quest'ottica, individuando come piano cartesiano l'accordo tra le parti, la vicenda si presta ad essere rappresentata attraverso uno schema quale quello che viene qui di seguito riportato, schema al quale abbiamo già fatto riferimento nella sezione seconda del lavoro e che risulterà di estrema utilità ai fini del chiarimento della nostra tesi, nelle pagine a venire (Fig. 1).



**Fig. 1: il piano cartesiano dell'accordo avente per oggetto un debito di genere. Lungo l'asse delle ascisse va concretamente fissata (attraverso una prima operazione interpretativa) la dimensione  $x$  del genere pattiziamente definito; lungo l'asse delle ordinate andrà individuata la soglia di sacrificio esigibile dal debitore  $y$ .**

**g)** Un secondo punto essenziale da considerare qui è che, se è vero che la responsabilità del debitore di genere va delimitata, sulla base delle regole generali, attraverso una qualche tecnica teorico-applicativa facente capo alla struttura dell'accordo e ai suoi contenuti, nell'elaborazione della stessa si porrà evidentemente **il problema di trovare un punto di riferimento convincente cui ancorare il dimensionamento della responsabilità** una volta escluso, per un verso, che esso si concentri intorno al procacciamento della cosa singola specificamente individuata e, per altro verso, che risulti accettabile e conforme alle regole generali del nostro sistema l'idea di una sorta di malintesa responsabilità oggettiva con riguardo alla fattispecie del debito di cosa generica.

**h)** A mio giudizio, il punto di riferimento cui ancorare il dimensionamento della responsabilità del debitore di genere va, stante quanto siamo venuti dicendo nelle ultime pagine, comunque e inevitabilmente ricercato e rinvenuto all'interno dell'accordo tra le parti<sup>258</sup>.

In particolare, dal momento che, in qualche misura, il problema della responsabilità, sebbene distinto, non è del tutto slegato da quello dell'estensione particolare assunta dal *debitum* nell'obbligazione di genere, occorre, in sostanza, **stabilire se attraverso la delimitazione del genere le parti abbiano anche inteso fornire ulteriori indicazioni concernenti la latitudine dell'impegno contrattualmente assunto.**

**i)** E', questa, la parte più delicata del nostro discorso, in quanto occorre, a questo punto, ricorrere a tecniche interpretative che vadano, attraverso il testo, a guardare al di là dello stesso, al fine di indagare il significato recondito che esso può assumere ai fini dell'individuazione della soglia di responsabilità per cui si impegna il debitore; si tratterà, in altre parole di comprendere due dati:

- I) se i riferimenti delle parti alla delimitazione del genere dovuto possano assumere un significato anche ai fini della delimitazione della responsabilità del debitore;**
- II) in caso di risposta affermativa, si tratterà di fissare la soglia di impegno richiedibile al debitore di genere in maniera non inconciliabile con l'indice di cui al punto precedente.**

Sostanzialmente, ciò che qui si intende affermare e delineare è **un criterio di fissazione della misura della responsabilità del debitore di genere (che, per la natura strutturale del debito stesso, può risultare variabile) il quale trovi il suo fondamento all'interno dell'accordo e non al suo esterno.**

---

<sup>258</sup> O, se l'obbligazione non nasce a seguito di un contratto bensì in virtù di un atto unilaterale, sarà sempre quell'atto a dover essere interpretato, nella maniera che andiamo indicando e che ricostruiremo nelle pagine a venire, in modo tale da trarne elementi utili ai fini della ricostruzione della misura dell'impegno assunto dal debitore.

j) All'operazione ermeneutica volta all'individuazione della precisa e adeguata delimitazione del *genus in obligationem deductum* deve, dunque, accompagnarsene un'altra, che vada al di là delle parole e consideri se da esse si possa desumere un'**indicazione, per così dire, di secondo grado**, individuando con significato di **primo grado quello desunto in relazione alla delimitazione del genere**.

k) Una simile operazione non si colloca, propriamente, né sul piano dell'integrazione, né su quello della cosiddetta interpretazione integrativa, riposando, come meglio vedremo, più propriamente sul terreno della interpretazione di buona fede correttamente intesa. Va precisato infatti, con riguardo alla tecnica che andremo precisando, quanto segue.

- I) **Non si tratta, qui, di integrazione del contratto**: in quanto non si aggiunge al contratto, attraverso l'operazione che intendiamo svolgere, un *quid* eteronormato, inquinando, in tal modo, la portata dell'accordo come originariamente concepito. Quella che ci accingiamo a descrivere nel dettaglio è una tecnica di rinvenimento di un significato e un'indicazione che già è presente nell'accordo tra le parti e dunque riteniamo che essa si ponga su un piano certamente diverso rispetto a quello dell'integrazione<sup>259</sup>.
- II) **Non si tratta, peraltro, nemmeno di una interpretazione integrativa del contratto**; la *ergänzende Auslegung*, infatti, costituisce, in estrema sintesi, una tecnica interpretativa volta a colmare le lacune contrattuali sulla base del presumibile volere delle parti in relazione ad elementi non espressamente previsti nella

---

<sup>259</sup> Che il riferimento da operarsi sia più al piano dell'interpretazione che a quello dell'integrazione è confermato, in certa misura, dalle pregevoli osservazioni del DI MAJO, *Dell'adempimento in generale, op. cit.*, 30, secondo cui "regole di condotta, come si è detto, possono essere desunte, in assenza di disposizioni specifiche, dalla stessa natura dell'impegno preso dal debitore. (...)Dovrà... aversi riguardo, oltre che naturalmente alle clausole del contratto (laddove ad es. queste ultime limitino l'impegno del debitore all'approvvigionamento della merce *presso un dato mercato* o un dato produttore o allo stesso magazzino o disponibilità del debitore), ai principi di buona fede e correttezza, che potranno così rendere «inesigibili» determinati comportamenti (come il reperimento della merce, in alternativa, *presso privati* o presso un mercato *estero* o, comunque, presso il più lontano di tutti)".

pattuizione<sup>260</sup>. E' da riconoscere, è vero, una certa contiguità tra il discorso che qui si intende svolgere e il piano dell'interpretazione integrativa del contratto<sup>261</sup> (noi cerchiamo di rinvenire, in taluni indici che presentano già un significato diretto – quello della delimitazione del genere dovuto –, un ulteriore significato indiretto – quello che contribuirebbe a determinare la soglia della responsabilità del debitore –, mentre l'interpretazione integrativa vuol ricostruire, sulla base delle parole contenute nel contratto, una inferenza logica che conduca ad un esito ad esse conforme sul piano del non detto: si cerca di stabilire ciò che le parti avrebbero deciso se avessero previsto la tale eventualità, sulla base delle altre previsioni; l'interpretazione integrativa rappresenta, dunque, una sorta di presunzione il cui contenuto sia orientato e modellato sul principio di conformità alle altre pattuizioni, quelle sì realmente presenti in seno al contratto, stabilite dalle parti<sup>262</sup>), ma le due realtà, riteniamo, si sfiorano solo in quanto *alla base di esse v'è sempre una certa idea del principio di buona fede*, posto nell'un caso (interpretazione integrativa) a fondamento di un'operazione che viene detta interpretativa, ma finisce con l'essere, di fatto innegabilmente

---

<sup>260</sup> Si veda per il concetto di interpretazione integrativa, LARENZ, WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*<sup>9</sup>, München, 2004, 620 ss. Lo stesso è ben spiegato con un esempio tratto dalla giurisprudenza tedesca (BGHZ, 16, 71). Si pensi a Tizio e Caio, entrambi medici, i quali abbiano esercitato la professione per molti anni in città diverse. Ad un dato momento, i due decidono di realizzare uno scambio delle rispettive attività; senonché, dopo appena un mese dall'accordo, Tizio manifesta il proposito di tornare sui suoi passi e, passando all'azione, si stabilisce ad esercitare la professione nelle immediate vicinanze del suo precedente ambulatorio, ora appartenente a Caio. Nel caso in questione, Tizio si comporta in maniera contraria ai suoi doveri contrattuali, *anche se quanto egli fa –si badi bene – non risulta espressamente vietato dal tenore testuale del contratto*. Entrerebbe qui in gioco, dunque, la necessità di interpretare il contratto attraverso una integrazione della volontà delle parti. Il ritorno a breve termine di Tizio nel suo precedente contesto operativo, infatti, pone con tutta evidenza in pericolo il raggiungimento dello scopo del contratto. Si è affermato, per il caso di specie, sulla base dell'interpretazione integrativa fondata sulla buona fede, che sarebbe da considerare come parte del regolamento contrattuale anche un divieto di ritorno alla sede pregressa per il tempo di due o tre anni almeno.

<sup>261</sup> Contiguità che è tutta nelle parole di LARENZ/WOLF, *op cit.*, 621, secondo cui “*Die ergänzende Vertragsauslegung ist nicht Auslegung einzelner Willenserklärungen, sondern Auslegung des durch den Vertrag geschaffenen objektiven Sinnanzes*”.

<sup>262</sup> Si vedano, sull'interpretazione integrativa, le considerazioni di LARENZ, CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, 1995, 121 ss.

presuntivo/integrativa, nell'altro (interpretazione del significato degli indici di determinazione del genere ai fini della fissazione della misura della responsabilità del debitore) a fondamento di **una tecnica di interpretazione propriamente intesa e funzionalmente orientata**.

l) Come avremo modo di considerare tra breve, l'interpretazione del contratto per la parte in cui i contraenti hanno delimitato e definito, attraverso riferimenti di carattere svariato, la latitudine del genere dedotto in obbligazione, può venire a costituire la chiave di volta nella soluzione del problema della commisurazione della responsabilità debitoria qualora dovute siano cose determinate solo attraverso il riferimento generico.

Ai fini di un chiarimento definitivo sul punto, è opportuno affrontare, ancora prima dei legami che intercorrono tra criteri di delimitazione del genere e criteri di commisurazione della responsabilità del debitore, il problema centrale delle caratteristiche peculiari che il tema della responsabilità presenta per l'ipotesi del debito di cosa generica. Solamente un chiaro inquadramento di tale problematica, e la conseguente comprensione della questione particolare che si pone nel caso di specie, renderà più agevole la trattazione del passaggio immediatamente successivo, vale a dire l'esposizione di quella che si ritiene possa essere una congruente soluzione al problema *de quo*.

## **6. L'OBBLIGO DI PROCURARE E L'ASSUNZIONE DEL RISCHIO COME PARAMETRO FONDAMENTARE PER DELIMITARE LA RESPONSABILITÀ DEL DEBITORE DI GENERE.**

a) Secondo una lettura assai diffusa del fenomeno, obbligarsi rispetto ad un genere, di massima, significherebbe assumersi l'impegno a che il creditore

ottenga qualcosa di appartenente al genere dedotto, non semplicemente l'impegno a fare il possibile affinché lo ottenga<sup>263</sup>.

In questo senso si potrebbe giungere a due ulteriori affermazioni, vale a dire che quella del debitore di cosa generica sarebbe, in qualche misura, una obbligazione di risultato e quella per cui non varrebbe, a giustificazione di un eventuale inadempimento, opporre la prova dell'applicazione della diligenza dovuta<sup>264</sup> nel tentativo di adempiere.

**b)** Riteniamo che questa prospettiva non renda conto del reale significato delle cose, fondandosi, essa, su un fraintendimento di fondo con riguardo alla natura intrinseca dell'obbligazione di cosa generica, della quale sovente non si è adeguatamente compresa la sostanza e, quindi, si sono erroneamente ricostruite tanto la fisiologia quanto la patologia.

In primo luogo, al riguardo, va richiamata la distinzione, che abbiamo visto, nella sezione seconda<sup>265</sup>, essere di fondamentale importanza, tra obbligazioni generiche che presentino un obbligo strumentale di procurare (*Beschaffungsschuld*) e obbligazioni generiche che si risolvano nell'assunzione dell'impegno a far avere al creditore una certa quantità di beni già presenti nella disponibilità del debitore in quanto parti di una scorta di magazzino (*Vorratsschuld*), senza che il vincolo si estenda, eventualmente, oltre tale scorta.

Va, incidentalmente, sottolineato come, proprio sulla base del dato per cui la latitudine del *debitum* e la misura della responsabilità costituiscono grandezze diverse e incommensurabili, nonché elementi distinti del rapporto, il fatto che il genere dovuto sia delimitato attraverso l'indicazione

---

<sup>263</sup> Si vedano anche le considerazioni di DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, op. cit., 31, in relazione ad un *Einstandspflicht* che graverebbe sul debitore di genere rispetto alle difficoltà che potrebbero incidere sulla sfera del comportamento debitorio.

<sup>264</sup> Il rilievo dell'essersi eventualmente comportato il debitore secondo la diligenza esigibile rispetto al contenuto del contratto, e dunque dell'aver fatto se non tutto il possibile quantomeno tutto ciò che si poteva pretendere dal debitore ai fini dell'adempimento parrebbe invece decisivo nella considerazione giurisprudenziale di vicende del tipo di quelle che abbiamo descritto nella sezione seconda (lo *Château Petrus Fall* o il *Porscheffall*). Nelle pronunce giurisprudenziali in materia, infatti, il comportamento diligente del debitore sembra assumere un rilievo in combinazione con il criterio interpretativo dell'accordo, nel senso che contrasterebbe con la buona fede gravare di un fardello eccessivo un debitore che ha dimostrato, nonostante il cattivo esito dell'affare, di essere diligente.

<sup>265</sup> Si vedano specialmente LEMPENAU, op. cit., 49 ss. e GERNHUBER, op. cit., 244 ss.

di una scorta già nella disponibilità del debitore di per sé non costituisce automaticamente dato probante di una delimitazione particolare di responsabilità, in tanto in quanto *è ben possibile che il debitore sia chiamato a procurarsi cose analoghe a quelle indicate attraverso il riferimento alla scorta anche al di là e al di fuori della stessa*. In altre parole, il riferimento indicativo alla scorta potrebbe rilevare anche solo sul piano della delimitazione del *debitum*, senza presentare una rilevanza univoca sul punto della responsabilità.

c) Il nostro discorso in tema di responsabilità, evidentemente, si riferisce comunque all'**ipotesi nella quale nell'obbligazione assunta dal debitore sia ricompreso un obbligo strumentale di procurare** beni idonei all'adempimento.

**E' in questa ipotesi, infatti, che si pone il problema di definire l'estensione della responsabilità del debitore di genere, intesa quale misura dello sforzo da questi esibibile *ope creditoris* in relazione agli atti strumentali da compiere ai fini dell'adempimento.**

La peculiarità, e il conseguente problema, che l'obbligazione generica infatti presenta in tema di responsabilità del debitore sta tutta in questo: nel fatto che, per il caso in cui il debito generico sia strutturato dalle parti come debito di cose determinate solo con riferimento al genere di appartenenza con l'assunzione da parte del debitore di un dovere di procurare la merce idonea all'adempimento, occorre comprendere in che limiti il debitore sia responsabile per il caso in cui non riesca a procurare dette merci o si frappongano notevoli difficoltà all'adempimento nonostante la buona volontà in tal senso del debitore.

d) Ai fini del nostro ragionamento, con l'espressione **responsabilità del debitore di genere** si intenderà principalmente, da qui in poi e come meglio chiariremo più oltre, **la soglia di esigibilità di un comportamento funzionalmente rivolto all'adempimento richiedibile al debitore da parte del creditore deluso**. In altri termini – e con maggiore attenzione al piano pratico/operativo – si tratterà di comprendere fino a che punto, in presenza di difficoltà subentrate in un momento successivo rispetto al

tempo della conclusione dell'accordo, l'inadempimento del debitore gli sarà imputabile, stante il fatto che la misura della responsabilità nel debito di genere con dovere strumentale di procurare, risulta essere un valore "mobile" da fissare riferendosi alla portata e al significato dell'accordo concluso dalle parti.

## **7. L'IDEA DI UNA DISCIPLINA PARTICOLARE DELLA RESPONSABILITÀ PER IL DEBITORE DI COSA GENERICA. CRITICA.**

a) S'è considerato e ricordato, anche da ultimo, come la peculiarità dell'obbligazione generica risieda sostanzialmente nel modo in cui le parti delineano l'oggetto dell'obbligo; e s'è visto come solo molto approssimativamente e in un significato del tutto particolare sia corretto parlare di parziale indeterminatezza dell'oggetto dell'obbligazione.

Abbiamo già accennato come a nostro avviso il fatto peculiare di quella rappresentazione concettuale che sta alla base dell'obbligazione generica (il genere astratto pattiziamente definito) non possa, di per sé, determinare una qualche forma di aggravio della responsabilità in capo al debitore, in termini di deviazione dalle regole consuete.

b) Il tema non è stato oggetto di studio approfondito da parte dei nostri scrittori<sup>266</sup>. Esso si colloca, invece, proprio alla base dello studio del tema della responsabilità del debitore di genere, del quale mette in luce un punto di crisi e di necessaria discussione.

*In der Haftung liegt der Begriff Obligatio*, affermava un'antica dottrina<sup>267</sup>; e, certamente, se centrale per la teoria dell'obbligazione è il tema della responsabilità, altrettanto importanti risultano le questioni concernenti la misura e la latitudine della medesima.

---

<sup>266</sup> Probabilmente in consonanza con il dato del modesto interesse mostrato dal legislatore per l'obbligazione di genere, sottolineato dal DI MAJO, *Dell'adempimento in generale, op. cit.*, 18, lo stesso tema rimane negletto anche presso gli interpreti, il che porta a equivocare i termini e le dinamiche di situazioni e fattispecie studiate poco e soprattutto non in maniera sistematica.

<sup>267</sup> BRINZ, *Obligatio und Haftung*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 70, 1886, 371 ss.

Se si ammette che il debitore di genere si obblighi, in certe ipotesi, non solo a dare ma anche, e prima, a procurare la merce con la quale dovrà adempiere, quali limiti troverà tale obbligo? La domanda, come abbiamo già visto, potrebbe essere riformulata, in termini forse più evidenti, chiedendosi se l'assunzione di un obbligo di procurare comporti una responsabilità aggravata o, al limite, una sorta di responsabilità pressoché illimitata di approvvigionamento.

c) Inizieremo col dire che **nessuna norma, all'interno del nostro sistema, sembra fornire indicazioni nel senso di un simile aggravio**; né si potrebbe rinvenire, per il caso dell'obbligazione avente per oggetto una cosa definita solo nel genere, alcuna norma che rispecchi una qualche specificità, per l'ipotesi *de qua*, con riguardo ai profili della diligenza o della ripartizione dell'onere della prova<sup>268</sup>.

Dove il codice tedesco presentava, come s'è considerato nella sezione seconda, una disposizione che faceva chiaro riferimento ad una particolare deviazione del sistema della responsabilità del debitore per il caso dell'obbligazione di genere, il nostro codice nulla esplicitamente afferma, lasciando, tale silenzio, senza una evidente ed espressa risposta l'interrogativo concernente tanto l'*an* che l'eventuale *quantum* di un preteso aggravio di responsabilità nel quale incorrerebbe il debitore di genere. In assenza di una eventuale assunzione esplicita di una garanzia da parte del debitore, dunque, rimane da chiedersi quale sia la posizione di costui sul piano della misura della responsabilità legata alla struttura del debito di genere.

d) Al riguardo, dopo aver chiarito il nostro pensiero sull'essenza e sul significato giuridico del debito di genere, va rimarcato e precisato un'ultima volta in termini schematici quanto segue.

---

<sup>268</sup> La questione, quasi mai affrontata “di petto” in dottrina, è invece risolta in termini chiari e concisi soprattutto dal BIANCA, *Diritto civile*<sup>5</sup>, *La responsabilità*, Milano, 1994, 25, il quale, nel descrivere i termini del problema della responsabilità in relazione al tema dell'obbligazione generica, parte, giustamente, proprio dalla considerazione dell'assenza di una normativa speciale – e specifica – al riguardo.

- I) **La genericità o meno dell'oggetto del debito è materia che afferisce puramente il concetto di prestazione e che non presenta peculiari ricadute in punto di responsabilità** che vadano oltre l'elementare considerazione per cui, se dovuto è un genere astratto nel quale si fanno rientrare una serie di beni idonei all'adempimento, non sarà certo il perimento di uno o più singoli beni del genere a determinare la liberazione del debitore, il quale sarà chiamato ad adempiere con i beni "superstiti". In questo senso, nessuna regola particolare è rintracciabile nel sistema, discendendo, quanto sopra, solo da una considerazione logica delle regole generali applicate al caso di specie.
- II) **Un problema particolare di responsabilità si pone, invece, quando il debitore generico è gravato, oltre che dell'obbligo di dare al creditore cose corrispondenti al genere dedotto in obbligazione, anche di un obbligo di procurare quelle stesse cose al di là e al di fuori della sua sfera di dominio.** In tal caso, infatti, si crea una grave incertezza, non tanto sul piano del *debitum*, che paradossalmente, seppure risulti – per usare un'espressione tradizionale ancorché discutibile – solo parzialmente determinato, risulta comunque definito in senso giuridico, bensì su quello della responsabilità, la quale, in presenza di un generico dovere di procurare, rimane indeterminata o comunque non appare immediatamente collegata a criteri certi di delimitazione, il che si traduce, evidentemente, in una situazione assai pericolosa per il debitore, il quale potrebbe, nella peggiore delle letture possibili del fenomeno, essere chiamato a rinvenire beni idonei all'adempimento ovunque, comunque e con qualsiasi sforzo.
- III) Ma anche nell'ipotesi dell'assunzione di un dovere di procurare, non pare vi siano, in effetti, regole peculiari sancite dal legislatore per disciplinare, in punto di responsabilità, la figura del *Beschaffungsrisiko*. Ciò che occorre, semmai, chiarire è **come, sulla base delle regole generali, si possa delimitare in maniera**

**ragionevole la responsabilità connessa al dovere di procurare, laddove essa si presterebbe, in assenza di chiare indicazioni al riguardo, ad una pericolosa deriva massimalista verso la dimensione della responsabilità oggettiva in una ipotesi, tra l'altro, dove pare molto difficile pensare che il debitore possa opporre, ad eventuali esorbitanti pretese del creditore, la perenzione del genere dovuto.**

e) Se le cose stanno in questo modo, la questione che siamo chiamati a risolvere consiste nella definizione di una tecnica di delimitazione del rischio di procurare, nel quale si concentra la responsabilità del debitore di genere in termini di potenziale aggravio, che operi sul piano dell'imputabilità o meno dell'eventuale inadempimento, laddove, per un verso, non è pensabile che il debitore possa trovare adeguata e bastevole protezione argomentando nel senso di una – improbabile – perenzione naturalistica del genere dedotto in obbligazione, e, per altro verso si vorrebbe evitare di dover ricorrere a eccessive *fictiones*, giungendo, ad esempio, a snaturare ed estendere in maniera eccessiva il concetto – già oggi fin troppo discusso e ripensato – di impossibilità della prestazione dovuta.

Tale tecnica, sulla base di quanto abbiamo precedentemente sostenuto, non potrà che fondarsi, a nostro giudizio, su una adeguata e consapevole opera interpretativa dell'accordo che, tenendo conto delle particolarità dello stesso legate alla genericità del *debitum*, possa condurre all'individuazione di un punto di equilibrio che coniughi la latitudine del dovuto con un'accettabile misura di responsabilità, in maniera tale da proteggere il debitore di genere da pretese eccessive fondate dal creditore sull'acritica idea della non perenzione del genere, le cui ripercussioni finirebbero col prodursi sul diverso piano della responsabilità, finendo con lo squilibrare e snaturare i termini iniziali dell'accordo.

## **8. LA DELIMITAZIONE DEL GENERE COME INDICE PER INDIVIDUARE LA MISURA DELLA RESPONSABILITÀ DEBITORIA.**

**a)** Stante quanto siamo venuti dicendo negli ultimi paragrafi, occorre comprendere in che modo esattamente l'interpretazione della volontà delle parti nella delimitazione e definizione del genere dovuto possa influire – anzi, costituire un'operazione determinante – sull'individuazione della misura della responsabilità del debitore di cosa generica.

Se il problema della commisurazione della responsabilità del debitore discende, nel negozio avente per oggetto cose determinate solo per l'appartenenza al genere, semplicemente dall'estensione, maggiore rispetto all'ipotesi del negozio su cosa specificamente indicata, della latitudine del potere/dovere di adempimento, in tanto in quanto esso può essere realizzato attraverso la prestazione concreta di uno o di  $n$  esemplari qualsiasi all'interno delle “coordinate” convenute dalle parti, e se la responsabilità del debitore deve pure – stante le nostre osservazioni precedenti – trovare un limite fondato sull'economia, sul senso e sulla funzione dell'accordo, allora è da chiedersi quale tecnica teoricamente fondata e concretamente applicabile possa consentire di determinare la soglia di tale responsabilità.

**b)** Sulla base delle conclusioni sinora raggiunte, e in particolare del dato per il quale, nel nostro ordinamento, il problema della responsabilità del debitore di genere non si impernia sulla presenza di una norma esplicita sul tema – com'era nel B.G.B. ante riforma, dove, peraltro, s'è visto ampiamente come il disposto del § 279 fosse stato oggetto di particolari letture da parte di dottrina e giurisprudenza così da riportarne in gran parte la portata nell'alveo di un sistema che fonda la responsabilità sul principio della colpa – nè di una regola desumibile dal diritto generale delle obbligazioni che si ponga in termini di aggravio di detta responsabilità, bensì esso discenda solo dalla maggiore latitudine dell'impegno assunto pattiziamente dal debitore, è congruente ritenere e affermare che la soluzione del problema in questione vada ricercata anch'essa sul piano dell'accordo concluso dalle parti.

**Se, in altre parole, l'aggravio di responsabilità di cui stiamo parlando discende proprio da elementi intrinseci all'accordo (la delimitazione del dovuto attraverso il riferimento ad un genere di costruzione pattizia e il connesso impegno/dovere di procurare), allora la misura di quello stesso aggravio andrà tendenzialmente definita sempre sulla base di un criterio fissato dalle parti.**

Se si condividono queste premesse, la questione centrale si traduce nel come “estrarre” dal contratto tale criterio.

c) Esso, a mio giudizio, può essere ricavato sulla base della stretta connessione che si determina, nell'ipotesi al centro del discorso, tra latitudine dell'oggetto dell'accordo e misura della responsabilità. Se l'estendersi della seconda è legato all'ampliarsi della prima, in quanto quest'ultima ne costituisce, in fondo, l'unica ragione, allora si tratta di definire quale rapporto giuridico intercorra tra i due elementi, quasi a mo' di una funzione di tipo matematico.

**Chi scrive ritiene che la misura della responsabilità del debitore di genere sia da definire, di volta in volta, sulla base di una peculiare operazione interpretativa che si fonda sull'insieme dell'accordo contrattuale ma assume a suo baricentro quella parte dell'accordo nella quale si costruisce il *genus in obligatione deductum*.**

d) Gli indici di delimitazione del genere ( $n$  bottiglie di vino  $x$  della cantina  $y$ , dell'annata  $z$ , procurati dal fornitore  $k$ , sul mercato  $j$ , ecc.) rendono determinato, anche se – si afferma usualmente e forse non del tutto correttamente<sup>269</sup> – in maniera parziale, l'oggetto della prestazione dovuta; e ciò essi fanno in maniera **diretta**, definendo un *quid debetur* che corrisponde all'interesse del creditore, impegnando il debitore a far avere a quest'ultimo cose caratterizzate in un certo modo.

**Ma quegli stessi indici, letti in maniera non disgiunta dall'interezza del testo contrattuale in ogni sua parte inteso, contribuiscono in maniera essenziale, e a mio giudizio potenzialmente decisiva, anche alla definizione della soglia di impegno che è richiesto al debitore nel suo**

---

<sup>269</sup> Si veda, su questo aspetto già in precedenza sottolineato, PANUCCIO, *op. cit.*, 29 ss.

*adoperarsi al raggiungimento dello scopo contrattuale*. E' questa, una funzione **indiretta** da riconoscere all'operazione di determinazione pattizia dei caratteri del genere di riferimento, nell'alveo del quale sarà da prestarsi il dovuto.

e) Attraverso la lettura degli indici di delimitazione del genere, in altri termini, è possibile andare oltre le parole delle parti (le quali, qui stanno a significare, direttamente, solo la dimensione qualitativo - caratteriale delle cose dovute), **desumendo attraverso le stesse l'indiretto riferimento alla soglia di impegno che si potrà pretendere dal debitore** nel suo adoperarsi per adempiere.

Andare "*oltre le parole delle parti*"<sup>270</sup> significa qui **andare non al di fuori del contratto, bensì compiere una operazione che si colloca interamente sul piano del testo contrattuale: e proprio in questo, riteniamo, sta la forza della tesi che qui si sostiene, in quanto essa, per escludere una latitudine aprioristicamente smisurata della responsabilità del debitore acriticamente fondata sulla base dell'errato brocardo *genus numquam perit*, non ricorre a operazioni di carattere integrativo di dubbia legittimità, ma si appoggia principalmente alla logica dell'ermeneutica, del tutto connaturata – e costituente, anzi, un momento essenziale nell'ambito dello stesso – al diritto dei contratti e delle obbligazioni<sup>271</sup>.**

f) L'operazione interpretativa finalizzata all'individuazione della soglia di responsabilità che le parti hanno definito in capo al debitore va chiarita nel suo meccanismo di funzionamento, in quanto essa costituisce, vorremmo

---

<sup>270</sup> Si veda l'affascinante riflessione di IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, *passim* e specie 174 ss. L'autore osserva come "l'art. 1363, rifiutando le soluzioni estreme (o l'intangibilità del senso primario o la prevalenza della comune intenzione), percorre una linea mediatrice: la comune intenzione non è in grado di sovvertire o di sostituire i potenziali significati della parola, ma può andar oltre in senso primario, aggirarlo, per dire così, è scandagliare tutte le risorse espressive della lingua". E' in un'ottica di questo genere che matura, mutatis mutandis ovviamente, la nostra riflessione: occorre andare a vedere che cosa le parti intendessero significare, attraverso la delimitazione del genere dedotto in obbligazione pensata e attuata in un certo modo, in relazione all'orizzonte della responsabilità.

<sup>271</sup> Anche del diritto delle obbligazioni: per il tramite della norma di cui all'art. 1324 c.c., come noto, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale; tra queste norme suscettibili di applicazione anche agli atti unilaterali trovano posto certamente anche i disposti di cui agli artt. 1362 e seguenti del codice.

dire, un'operazione ermeneutica che chiameremo **di secondo livello**, per distinguerla da quella **di primo livello**, consistente nel chiarimento della effettiva estensione del genere dovuto come oggetto dell'obbligazione, e dunque come quid idoneo a soddisfare un interesse del creditore<sup>272</sup>.

In questa prospettiva, dunque, con riferimento agli indici delimitativi del genere dedotto in obbligazione, distingueremo due tipi di operazioni ermeneutiche:

- I) **operazioni interpretative di primo livello**, volte alla effettiva comprensione dei termini attraverso i quali le parti hanno delimitato il genere dovuto (in questo ambito ricadranno, ad esempio, le questioni concernenti la tipologia merceologica, le caratteristiche che rendono la cosa utile all'uso che il creditore intenderà farne, ecc.);
- II) **operazioni interpretative di secondo livello**, volte all'indiretta individuazione della soglia di responsabilità del debitore intesa come sacrificio esigibile da costui nell'adempire l'obbligazione attraverso la prestazione di cose rientranti nel genere come fissato attraverso la definizione degli indici contrattuali interpretati sulla base delle operazioni ermeneutiche di I livello.

**g)** Gli indici di delimitazione del genere, dunque, sono suscettibili di assumere, sul piano interpretativo, **due significati distinti**, l'uno (diretto) relativo al piano dell'oggetto dell'impegno, l'altro (indiretto) relativo al *quantum* della responsabilità del debitore.

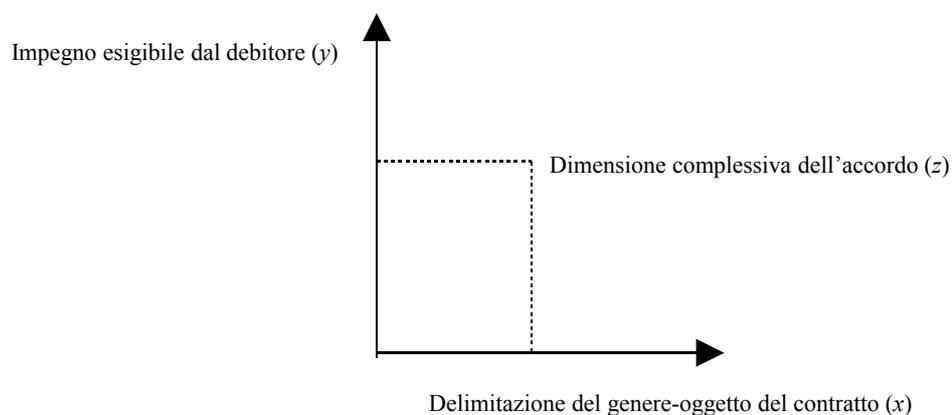
Coniugando questi due aspetti, si potrebbe dire che l'analisi interpretativa degli indici di delimitazione del genere consente, unitamente all'insieme del testo contrattuale, di determinare la dimensione complessiva dell'impegno *z*, da individuarsi sempre sulla base di una sorta di piano cartesiano

---

<sup>272</sup> Afferma giustamente il BIANCA, *Diritto civile*<sup>3</sup>, *Il contratto*, 421, che anche un testo che appaia chiaro va comunque interpretato. "Se l'interpretazione è diretta ad accertare il significato del contratto, essa s'impone comunque, anche di fronte ad un testo apparentemente chiaro. Il significato letterale del testo infatti può non corrispondere al significato concreto ed effettivo dell'impegno assunto dalle parti". Sulla base di questo principio, e dell'idea – più ampia – dell'arsene ermeneutico che esso sottende, riterrei del tutto legittima una serie di operazioni interpretative funzionalmente orientate e strutturate su più livelli semantici, qual è quella da noi proposta.

dell'accordo rispetto al quale lungo l'asse delle ascisse  $x$  è da stabilire l'estensione dell'oggetto dell'obbligazione (la latitudine del *genus in obligatione deductum*) e lungo l'asse delle ordinate è da fissare l'entità del sacrificio esigibile dal debitore  $y$  e, dunque, la misura della responsabilità dello stesso.

Si ritiene opportuno offrire, immediatamente qui di seguito (Fig. 2), un diagramma di chiarimento, in modo tale da poter considerare la ricostruzione, in maniera figurata, nel suo insieme.



**Fig. 2: la dimensione complessiva dell'accordo  $z$  come definita attraverso la fissazione della reale latitudine del genere di riferimento (operazione ermeneutica di I livello) e dell'impegno esigibile dal debitore (operazione ermeneutica di II livello) sulla base dell'interpretazione del contratto incentrata sugli indici di determinazione del genere dovuto.**

Il **punto  $z$**  che si ottiene una volta ottenute, attraverso le operazioni interpretative di primo e di secondo livello di cui sopra, le coordinate dell'estensione del *genus* e della misura della responsabilità per il caso concreto ( $x, y$ ), costituisce quella che in questa sede si è pensato di indicare come la **dimensione complessiva dell'impegno**, che individua, dunque, **l'essenza del significato che presenta, per le parti, l'operazione economica che si è decisa attraverso lo strumento dell'accordo**; la fuoriuscita, per l'uno o per l'altro verso, da tale dimensione complessiva, tradirebbe il significato dell'accordo stesso e, dunque, è da ritenersi inesigibile.

**h)** Con tutto questo occorre chiarire bene il nostro pensiero: affermando il rilievo dei dati di delimitazione del genere come indici della misura della responsabilità riconducibile al debitore, non intendiamo smentire quanto già affermato, e sostenere che la misura della stessa sia direttamente delimitata o direttamente proporzionale a quegli indici.

Intendiamo affermare, ed è cosa diversa, che **gli indici di delimitazione del genere costituiscono il più significativo elemento sul quale operare, oltre ad una prima e per certi versi ovvia interpretazione volta a precisare ulteriormente le caratteristiche concrete dell'oggetto idoneo alla prestazione, anche una ulteriore e diversa interpretazione finalizzata all'individuazione della soglia di responsabilità pattiziamente determinata dalle parti in assenza – dato il carattere generico dell'impegno come lo abbiamo definito e inteso – di un precostituito indice o criterio normativo** atto a individuare la stessa.

In questo modo, gli indici di delimitazione del genere assumono, in aderenza a quanto abbiamo detto sopra con riguardo ai due tipi di operazioni interpretative, due diversi significati, che vanno tenuti ben distinti l'uno dall'altro.

- I) un **significato diretto, che delimita le caratteristiche fisico-oggettive del dovuto**, determinando, ancorché parzialmente, l'essenza dell'oggetto della prestazione in termini di corrispondenza ai requisiti previsti dal codice civile (art. 1174, 1346 c.c.)
- II) un **significato indiretto, che non costituisce, propriamente, un aspetto di delimitazione del genere, ma che risulta utile ai fini dell'individuazione della soglia di sacrificio esigibile** dal debitore nel procurare beni corrispondenti al genere così come definito dal primo significato di cui sopra.

**i)** La fondatezza della dicotomia tra questi due significati, tra l'altro, trova una profonda corrispondenza e assonanza sul piano delle idee nelle conseguenze che si sogliono trarre dalla regola per cui il debitore di cosa generica è tenuto a prestare cose di qualità non inferiore alla media (art.

1178), e risulta altresì intrinsecamente congruente con la lettura che usualmente si dà della stessa.

La norma, della quale non è questa la sede per occuparsi diffusamente, tende a preservare l'interesse creditorio dall'eventuale prestazione di una cosa che, pur rientrando nel genere dovuto, sia di qualità deteriore. Essa, che non è presente solo all'interno del nostro ordinamento, dunque, limita per certi versi la libertà del debitore, imponendogli di adempiere con cose di qualità quantomeno non inferiore alla media<sup>273</sup>.

Peraltro, essa mette bene in luce la pluralità di dimensioni e di “lenti” attraverso cui va valutata la sostanza dell'obbligazione generica: **la qualità, infatti, pur costituendo un parametro di riferimento normativamente cogente per il debitore, non si pone in sé necessariamente come parametro di delimitazione del genere**<sup>274</sup>. La dimostrazione di ciò si ha facilmente se solo si pensi che, nel dire che la cosa prestata non deve essere di qualità inferiore alla media, la norma evidentemente ammette che essa possa essere di qualità superiore alla media: e la dottrina sia italiana che straniera osserva come la prestazione di cose di qualità superiore alla media non potrebbe essere considerata né quale adempimento inesatto né tantomeno quale *aliud pro alio*, cosicché – e questo punto ci pare davvero indiscutibile – il debitore che presti cose di qualità ottima è da considerarsi certamente adempiente, purché esse continuino a rientrare nel genere di creazione pattizia<sup>275</sup>.

**j)** Ora, questo discorso che separa la dimensione dei caratteri del genere da quella concernente la qualità delle cose prestate e tuttavia si riferisce a una relazione tra i due profili (riferendosi, la regola speciale, proprio all'obbligazione generica) finisce, nello spirito che esso sottende, col porsi

---

<sup>273</sup> Per il diritto tedesco si veda il § 243 BGB; per un commento anche sotto il profilo storico si veda, ottimamente, DORN, *Gattungsschuld*, *op. cit.*, 366 ss.

<sup>274</sup> Nel testo si dice “non necessariamente” perché è possibile che la prestazione di cose di una data qualità rientri invece nei caratteri di delimitazione del genere a seguito di una esplicita previsione delle parti rispondente all'interesse del creditore. Diversamente – ed è ciò che sostengo nel testo – la previsione normativa di una qualità media come punto di riferimento della prestazione debitoria non rientra tra i caratteri delimitativi del *genus in obligationem deductum* per le ragioni di cui nel prosieguo.

<sup>275</sup> LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, erster Band, Allgemeiner Teil*, München, 1982, 139 ss.; LEONAHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, München-Leipzig, 1929, 90 ss.

in un'ottica non molto lontana – *mutatis mutandis*, ovviamente – da quella nella quale muove il ragionamento che qui si propone ai fini della soluzione del problema della responsabilità del debitore di genere.

La valutazione sulla qualità delle cose infatti – la quale, si badi bene, riguarda un profilo inerente l'*in se* più profondo delle stesse – rimane distinta rispetto al piano della definizione del genere – la quale riguarda la dimensione pattizia –, allo stesso modo in cui distinta rispetto al piano della definizione del genere, e pure con la stessa connessa, rimane la questione della misura della responsabilità del debitore. Ciò con una precisazione: che i caratteri attraverso cui le parti hanno delimitato il genere di riferimento possono risultare molto utili per desumere, in via di interpretazione di secondo livello, la soglia di responsabilità che può essere posta in capo al debitore rispetto al dovere di adempiere attraverso esemplari riconducibili a quello stesso genere.

**k)** Sulla base di queste riflessioni, e in analogia alle considerazioni appena svolte, si chiarisce anche un ulteriore punto, che contiamo di riprendere brevemente anche in seguito<sup>276</sup>, riguardante una questione, per certi versi antica, in tema di delimitazione dell'impegno del debitore di cosa generica. Abbiamo detto che se la cosa prestata è di qualità superiore alla media, il debitore è da considerarsi adempiente purché essa rientri nel genere pattiziamente definito.

Venendo all'oggetto del nostro studio, *quid iuris* per il caso in cui il debitore fornisca un bene corrispondente alle caratteristiche previste pattiziamente – e precisate sulla base di quell'operazione interpretativa che abbiamo chiamato di primo livello – ma ciò egli faccia decidendo, su richiesta del creditore o *sua sponte*, di superare la soglia dell'impegno da lui esigibile e dunque andando al di là della responsabilità come determinata sulla base del criterio che qui si propone? In tal caso sarà egli da considerarsi adempiente oppure quella *datio* sarà da valutarsi alla stregua di un indebito, di cui quello stesso debitore potrà, allora, chiedere la

---

<sup>276</sup> Si veda il paragrafo 11 della presente sezione, anche per una applicazione pratica dei ragionamenti che qui abbiamo svolto a un caso già preso in considerazione nella sezione seconda.

restituzione, sulla base di una pretesa fuoriuscita di ciò che si è prestato dal genere dovuto?

La risposta a questo quesito discende direttamente dalle riflessioni che abbiamo sviluppato nelle pagine che precedono, e si pone in termini analoghi al caso in cui si presti una cosa di qualità superiore alla media: il debitore sarà da considerarsi adempiente, purché la cosa presenti le caratteristiche proprie del genere assunto dalle parti ad oggetto dell'obbligazione<sup>277</sup>. Ciò sulla base della considerazione che **la misura dello sforzo esigibile dal debitore (in questo, in fondo, si concreta qui, come abbiamo visto, la nozione di responsabilità dello stesso) non assurge mai a carattere del genere pattiziamente determinato, allo stesso modo in cui la dimensione della qualità delle cose rimane estranea a quegli stessi caratteri**: che intercorrano relazioni tra questi fattori – tutti tipici dell'obbligazione generica – è certamente vero, ma essi vanno chiaramente distinti l'uno dall'altro, per evitare di incorrere in quella serie di errori di prospettiva che hanno caratterizzato, come si è avuto modo di ripercorrere nella prima sezione, la storia della figura.

**l)** Se il debitore, dunque, si prodiga oltre la misura di responsabilità così come, in via indiretta, pattiziamente fissata e desumibile dal contratto sulla base delle operazioni che abbiamo descritto, egli, purché finisca cose rientranti nel genere stabilito, è da considerarsi adempiente e non potrà in essere un indebitato; in fin dei conti, come vedremo meglio poco innanzi, egli, operando in questo senso, decide di non far valere una eccezione (di inesigibilità, riteniamo) che potrebbe opporre alle insistenze del creditore: ma con tutta evidenza questa rinuncia a far valere una posizione di vantaggio non presenta alcun legame diretto con i caratteri di delimitazione del genere inteso come *quid* destinato all'adempimento e corrispondente ad un interesse del creditore.

**m)** Il legame tra le due dimensioni, infatti, è indiretto e univoco: sulla base di un certo tipo di interpretazione del contratto, e specificamente sulla

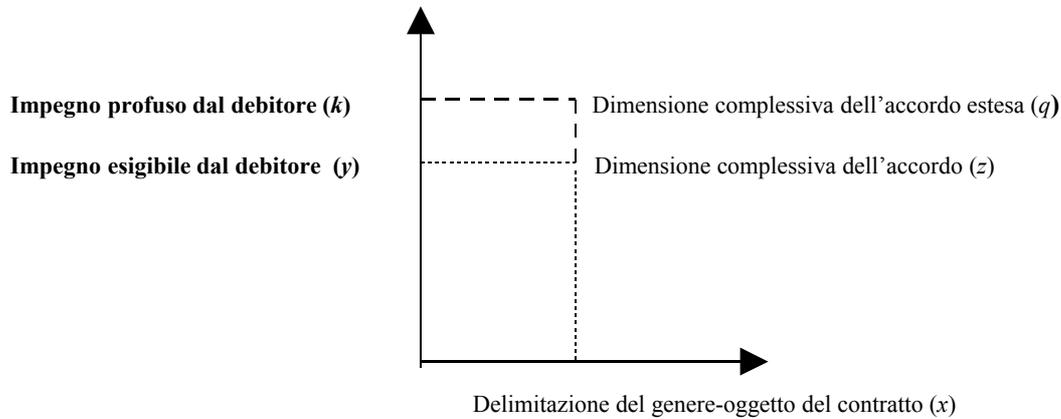
---

<sup>277</sup> LEONHARD, *op. cit.*, 91-92; ZACCARIA, *sub art. 1178*, in *Commentario Breve Cian Trabucchi*, Padova, 2007.

base di un certo significato complessivo che possono assumere gli indici di delimitazione del genere – in virtù di quel tipo di interpretazione che abbiamo definito “di secondo livello” –, è possibile stabilire la soglia di responsabilità del debitore attraverso in procedimento normativamente fondato, congruente con i principi del sistema, aderente al testo contrattuale. **Non è possibile, tuttavia, riteniamo, proprio per quel carattere indiretto dell’inferenza che siamo venuti ricostruendo, e proprio per il fatto che gli indici delimitativi del genere dovuto e la dimensione della responsabilità rimangono elementi ben distinti, compiere il percorso inverso:** non sarebbe possibile, nel dettaglio, affermare cioè che, stante una certa soglia di responsabilità  $y$  rappresentante lo sforzo esigibile dal debitore, stabilita secondo la tecnica da noi proposta, una prestazione  $q$  che rispetti i criteri di delimitazione del genere fissati sull’asse  $x$ , fornita dal debitore andando oltre il parametro  $y$  e approfondendo, diremo, lo sforzo/sacrificio  $k$ , sia da considerare un indebito perché...fuoriuscente dal *genus x* in ragione del superamento della soglia di sacrificio esigibile. La contraddizione sarebbe evidente, ed emerge con assoluta chiarezza dalla relazione che abbiamo stabilito. Diversamente, la prestazione  $q$  di cui sopra è certamente da considerarsi come adempimento dell’obbligazione, in quanto essa rispetta i parametri del genere  $x$ , pur se prestata dal debitore con lo sforzo  $k$ , rinunciando, cioè, a far valere l’eccezione di inesigibilità che avrebbe potuto (come presto vedremo) a nostro giudizio opporre al creditore: **il debitore, in questo modo, andrà oltre la dimensione complessiva dell’accordo, rimanendo però nei limiti del genere da prestare. In altri termini, egli, sua sponte, estenderà la dimensione dell’accordo  $z$  rispetto al solo profilo della responsabilità fino al punto  $p$ .**

L’aporia, poco sopra messa in luce, che deriverebbe dall’accoglimento di conclusioni diverse rispetto a quelle contenute in quest’ultimo ragionamento, che abbiamo ritenuto efficace modellare sullo schema della dimostrazione di un teorema, sembra bastevole a provare questo corollario

della nostra tesi, i cui termini si procede, di seguito, a riassumere in uno schema (Fig. 3).



**Fig. 3:** qualora il debitore presti una cosa rientrante nel genere dovuto  $x$  andando oltre l'impegno da lui esigibile da parte del creditore (responsabilità nel caso di specie) egli rimane adempiente e non presta un indebito. In questo caso, infatti, rinunciando egli ad opporre al creditore l'eccezione di inesigibilità, la dimensione complessiva dell'accordo  $z$  - come definita attraverso la fissazione della reale latitudine del genere di riferimento e dell'impegno esigibile dal debitore sulla base dell'interpretazione del contratto incentrata sugli indici di determinazione del genere dovuto - si estende al punto  $q$ . Si noti come il parametro espressivo del genere di riferimento  $x$  rimanga, correttamente, invariato nonostante la scelta del debitore di adempiere con maggiore sforzo.

## 9. DILIGENZA E SACRIFICIO DEL DEBITORE NELL'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE DI COSA GENERICA.

Una volta che si sia esclusa l'esistenza di una specifica "griglia" di regole speciali destinate dal legislatore più o meno dichiaratamente a disciplinare le vicende della responsabilità con riferimento all'obbligazione di cosa generica, e una volta chiarito in che modo, a nostro giudizio, vada definita la soglia di responsabilità del debitore per l'ipotesi di specie, occorre procedere ad una serie di ulteriori chiarimenti e precisazioni.

a) Il primo punto sul quale occorre soffermarci riguarda un ulteriore specifico aspetto legato al fatto che la responsabilità del debitore di genere non pare sottrarsi, sul piano normativo, alle regole generali.

Quello che ci pare certo, è che se lo schema di riferimento del debito di genere è quello generale previsto dalle norme contenute nella prima parte del libro IV del codice civile, allora anche con riguardo al debito di cosa generica occorre fare i conti con il parametro di diligenza previsto all'art. 1176 c.c.

L'idea per cui al debito di cosa generica non sarebbe da applicarsi la norma sulla diligenza nell'operare del debitore costituisce un errore che ci pare frutto di una supina accettazione di quelle antiche ricostruzioni che finiscono col lasciare lo stesso "in pasto" ad una malintesa forma di responsabilità di tipo para-oggettivo le cui implicazioni, a nostro giudizio evidentemente assurde e inammissibili, si appalesano ad una analisi anche non troppo approfondita dei meccanismi-chiave del sistema<sup>278</sup>.

**b)** A prescindere dagli innumerevoli discorsi che si potrebbero affrontare con riguardo al noto problema delle pretese discrasia e contraddittorietà tra le previsioni di cui agli artt. 1218 e 1176 c.c., discorsi sui quali non ci possiamo in questa sede evidentemente soffermare in quanto essi trascenderebbero dall'economia del presente lavoro e allontanerebbero la riflessione dal punto specifico che ci preme affrontare, il criterio di diligenza non può non applicarsi all'obbligazione generica che presenti l'assunzione di un obbligo strumentale di procurare.

**Sarebbe assurdo, infatti, che, nella valutazione dell'imputabilità o meno dell'eventuale inadempimento dell'obbligo strumentale di procurare, dovuto all'estrema difficoltà di rinvenimento delle merci o all'esorbitante sforzo richiesto per adempiere, non si tenesse conto – tra l'altro non si comprende bene sulla base di quale dato normativo o principio – del contengo diligente o meno tenuto dal debitore in rapporto al programma contrattuale.**

Il parametro di diligenza, in questo senso, gioca anzi evidentemente un ruolo fondamentale nella valutazione concreta del comportamento del

---

<sup>278</sup> E' un'idea che pare sottesa ad alcune riflessioni dottrinali le quali non si soffermano sull'analisi meditata e dettagliata dei profili di responsabilità concernenti il debito di genere, limitandosi a vaghi accenni ad un ampliamento non ben definito della responsabilità, idea figlia anche della spesso errata catalogazione di questi rapporti obbligatori tra le obbligazioni di dare.

debitore, una volta fissata la soglia di responsabilità sulla base della tecnica che abbiamo precedentemente messo a punto e fissato<sup>279</sup>.

c) E' anzi il caso, poi, di andare oltre, con un'ulteriore precisazione: chiarito il fatto che le norme in tema di diligenza vanno applicate certamente anche all'ipotesi di obbligazione di genere, occorre sottolineare come la diligenza nel procurare beni idonei all'adempimento, più in particolare, sia suscettibile di atteggiarsi in molti modi in rispetto a questo particolare tipo di rapporto obbligatorio.

Se il debito di cosa generica propriamente inteso va costruito come una fattispecie complessa fatta di un dovere di procurare, di un dovere di dare e di un margine di discrezionalità nel comportamento adempitivo, margine di discrezionalità che costituiscono il cuore della figura e anche la fonte del problema della responsabilità, allora occorre concludere nel senso che il debitore di cosa generica è chiamato, appunto, ad **un comportamento adempitivo complesso** i cui profili di responsabilità vanno attentamente valutati e studiati non sulla base di suggestioni o di "invenzioni" che non trovano fondamento nel sistema codicistico ma proprio alla luce delle regole del codice, in modo tale che queste trovino applicazione coerente e convincente rispetto ad un rapporto obbligatorio caratterizzato da una struttura così complessa.

d) Applicazione coerente e convincente della regola di diligenza rispetto al debito di genere inteso nella sua accezione più propria, vale a dire come dovere di procurare, significa, però, molte cose: per questo abbiamo impiegato, quantomeno nel corso della ricostruzione di cui alle ultime pagine, una terminologia che riconosciamo essere ibrida e polisena e rispetto alla quale occorre fornire una spiegazione.

---

<sup>279</sup> DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, op. cit., 31, sottolinea come "diverse possono essere le vie per introdurre regole più elastiche circa la responsabilità del debitore di cose generiche. La dottrina tedesca, data la presenza di una regola che sembrerebbe sottovalutare il comportamento debitorio (par. 279 BGB), ricorre ad altre nozioni o categorie, come ad es. al difetto di «fondamento negoziale» (...) o a quello di inesigibilità della prestazione alla stregua del principio di buona fede. La nostra dottrina, meno sensibile a questi richiami, preferibilmente ricorre ad una particolare graduazione del giudizio di responsabilità, evidenziando la elasticità di esso e in particolare quella del dovere di diligenza".

Si è parlato di sacrificio del debitore, di impegno del debitore, di sforzo del debitore: tutti e tre i concetti sono stati impiegati nel riferirsi alla responsabilità del debitore di genere in maniera pressoché promiscua e ciò non senza una ragione.

Riteniamo, infatti, che la regola di diligenza per il caso del debito di cosa determinata solo attraverso il riferimento al genere di appartenenza, con obbligo di procurare la medesima, si concreti nel precetto per cui **il debitore è chiamato a porre in essere – o quantomeno a tentare di porre in essere – tutti quei comportamenti che gli si sarebbero potuti ragionevolmente richiedere, secondo buona fede, sulla base dell'accordo**<sup>280</sup>.

e) Portata sul piano patologico, la regola svela il problema: usualmente, quando si tratta di “sacrificio”, di “impegno” e di concetti simili nel diritto dei traffici commerciali si sottende sempre l’aggettivo “economico”. Per il caso del negozio di genere, la questione, tuttavia, può porsi in termini più ampi, in quanto il debitore potrebbe essere chiamato, sulla base delle difficoltà intervenute, a prestare uno sforzo di carattere psico-fisico operativo superiore a quello che gli si poteva ragionevolmente richiedere.

E anche in tal caso, evidentemente, il giudizio di diligenza dovrà tenere conto di questo, conducendo a concludere che, in presenza di un comportamento diligente del debitore, l’inadempimento dovuto a fatti per il cui superamento sarebbe stata necessaria la profusione di uno sforzo superiore a quello esigibile (che il debitore abbia concretamente prestato), non sarà imputabile a colui (il debitore, appunto) che si era assunto

---

<sup>280</sup> Come sarà risultato chiaro dall’insieme della nostra trattazione, noi ci poniamo tra coloro che ritengono la soluzione del problema della misura della responsabilità del debitore di genere da rinvenirsi sul piano dell’interpretazione del contratto secondo buona fede; il che tuttavia non ci impedisce, e anzi ci sospinge in tal senso, di attribuire un significativo rilievo al comportamento tenuto dal debitore, nel tentativo di adempimento da egli esperito. Come conclude il DI MAJO, *Dell’adempimento in generale, op. cit.*, 31, rispetto alla segnalata dicotomia (“E’ difficile esprimere preferenza per l’uno o l’altro indirizzo. Ciò che si condivide è il risultato verso il quale entrambi gli indirizzi convergono. Il risultato è l’individuazione di un principio che non renda il debitore di cose generiche responsabile fino al limite del perimento e/o della scomparsa delle cose promesse ma fino a quello oltre il quale non può ragionevolmente ritenersi che esso sia impegnato a soddisfare l’interesse creditorio”) noi riteniamo che il punto fondamentale sia il risultato che la costruzione tende a perseguire, nel senso di una convincente delimitazione della responsabilità del debitore di genere.

l'impegno di procurare e dare nel limite definito attraverso l'operazione interpretativa di secondo livello da noi precedentemente descritta.

**f)** Il nostro discorso sulla diligenza del debitore, insomma, non si ferma al piano strettamente economico e, realisticamente, guarda più in là, ritenendosi qui necessario precisare che la buona fede nell'interpretazione dei dati del contratto ai fini del dimensionamento della responsabilità del debitore deve, in ogni caso, tenere conto della portata della regola come sopra enunciata anche e soprattutto nella parte che emerge con più evidenza se quella stessa regola la si enuncia in negativo: dal debitore, non si potrà pretendere che egli ponga in essere – e nemmeno che tenti di porre in essere – tutti quei comportamenti che non gli si sarebbero potuti ragionevolmente richiedere, secondo buona fede, sulla base dell'accordo intercorso.

#### **10. (SEGUE) LA MISURA DEL SACRIFICIO ESIGIBILE DAL DEBITORE, IN PARTICOLARE.**

**a)** Se la individuazione della latitudine del genere costruito dalle parti, e assunto, ad un tempo, quale elemento volto a definire la sostanza oggettiva dell'accordo e il dimensionamento dell'impegno obbligatorio, è questione interpretativa, occorre comprendere anche concretamente in che misura il reale chiarimento della volontà delle parti come trasfusa nel contratto rilevi ai fini della delimitazione della responsabilità del debitore di cosa generica.

**b)** Abbiamo fondato la nostra tesi in tema di responsabilità sull'assunto per cui risulta preferibile ritenere che gli indici di delimitazione del genere dedotto in obbligazione vadano assunti, nel loro insieme, quale elemento basilare diretto da cui desumere un ulteriore dato-parametro, indiretto, costituito dal *quantum* di impegno pattuito e, dunque, dalla misura di responsabilità del debitore.

Le coordinate di delimitazione del *genus* dedotto in obbligazione, in altre parole, non ci dicono direttamente quale e quanto sforzo il debitore sia, nel caso specifico chiamato a prestare, ma ci possono indicare, nel loro complesso, indirettamente a quale soglia di sforzo le parti avevano in animo

di limitare la forza cogente del rapporto contrattuale che andavano costruendo.

c) Una simile ricostruzione –lo abbiamo già accennato e qui si riprende il punto – ci porta a ritenere che, **qualora il debitore decidesse di approfondire uno sforzo ulteriore rispetto a quello esigibile dalla controparte e di prestare ugualmente le cose dovute, superando la condizione di estrema difficoltà o di sfavore nella quale sia venuto a trovarsi, egli non corrisponderebbe un indebito, bensì rientrerebbe comunque nell'alveo del dovuto, pur essendo, quel "dovuto" non più richiedibile** – sulla base del meccanismo che andremo subito descrivendo, al paragrafo che segue – **dalla controparte contrattuale, a pena di una violazione dell'obbligo di buona fede dimensionato e concretizzato sulla base dell'interpretazione del contratto.**

c) Chiariamo meglio questo punto, ricorrendo ad un esempio che riprende il *Porsche fall* sul quale ci siamo soffermati nelle pagine della sezione seconda. Qualora il concessionario *Porsche Alfa*, trovandosi dinanzi alla estrema difficoltà cagionata dalla scelta della casa madre di distribuire la serie speciale di autovetture, di cui un esemplare era stato dedotto nel contratto tra Alfa e il cliente Beta, prescindendo dalla consueta catena distributiva che si appoggiava ai concessionari del marchio, avesse deciso di procurare comunque in qualche modo l'automobile, per esempio acquistandola a diverso prezzo dalla casa madre o da altri privati, Alfa non avrebbe prestato un indebito, perché, in fondo, egli avrebbe pur sempre prestato un bene rientrante nel *genus* di riferimento, comunque definito dall'insieme delle vetture della serie in questione.

Il fatto è che, nel concludere il contratto per la fornitura della cosa appartenente al genere costituito dalla serie delle autovetture in discorso, Alfa e Beta avevano pattuito, implicitamente, anche qualcosa che andava al di là dei caratteri "diretti" del *genus* stesso, definendo, per il tramite dell'accordo fondato sulla vendita di cosa determinata solo attraverso il riferimento al genere, anche un implicito limite di responsabilità per il venditore, in quanto il contratto si fondava, in gran parte, sul fatto che la

concessionaria Alfa potesse procurarsi l'autovettura in tanto in quanto quest'ultima sarebbe stata diffusa sul mercato da *Porsche* impiegando la catena distributiva costituita, appunto, dai rivenditori concessionari.

In questo modo, il genere “vetture appartenenti alla serie *x* della *Porsche* prodotte nell'anno *y*, di cilindrata *j*, ecc.” viene ad arricchirsi di un altro parametro che potremmo descrivere nei termini seguenti “vetture...che rientreranno nella disponibilità della concessionaria Alfa sulla base dei consueti rapporti di fornitura con *Porsche*”.

Ora, il fatto che, nel caso di specie, implicitamente all'interno delle coordinate di definizione del genere di riferimento dell'affare rientri quella costituita dalla possibilità consueta di approvvigionamento del debitore, può essere assunto a **indice indiretto dello sforzo che si potrà pretendere da questi nella condotta adempitiva**. Senza, riteniamo, che tuttavia ciò debba portare a concludere nel senso che, nell'eventualità in cui il debitore decida di prestare ugualmente l'autovettura, andando in qualche modo oltre il limite di quanto da lui si poteva pretendere sulla base del contratto stipulato, un tale fatto vada necessariamente ricostruito giuridicamente nei termini di un indebito.

Sotto questo profilo, assume, infatti, un rilievo determinante la differenza che abbiamo sopra individuato tra indici di delimitazione “diretti” del *genus in obligatione deductum* e significato “indiretto” degli stessi in rapporto allo sforzo richiedibile al debitore: **se il concessionario Alfa decide ugualmente di procurarsi l'autovettura e di fornirla al creditore, ciò non va al di là degli indici di delimitazione “diretti”, ma va al di là del loro significato “indiretto” sul piano della delimitazione della responsabilità.**

**d)** In questo senso, occorre concludere che, nell'ipotesi da ultimo considerata, il comportamento del concessionario che decida di andare oltre lo sforzo dovuto sia da considerarsi comunque quale contegno di carattere adempitivo, anche se esso supera la soglia di sforzo esigibile dal debitore<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup> Per una acuta e attenta disamina concernente i profili che legano il tema dell'indebito a quello della disciplina del debito di genere, si veda quantomeno MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Obbligazioni, artt. 2028 – 2042*, in *Commentario Scialoja Branca*,

Una soluzione di questo genere, inoltre, risulta **doppiamente coerente con le premesse che abbiamo sviluppato** in questa e nelle precedenti sezioni del lavoro, in quanto:

- I) **rispecchia e rispetta la segnalata dicotomia tra dimensione del genere dovuto e dimensione della responsabilità del debitore;**
- II) **rispecchia e rispetta la corretta rilevanza da attribuirsi al ruolo assunto dai caratteri di delimitazione del genere dovuto in rapporto alle problematiche afferenti la misura della responsabilità con riguardo ai rapporti di cui stiamo trattando, in quanto mantiene ferma la differenza, che ho precedentemente istituito, tra significato “diretto” e significato “indiretto” degli stessi: il primo volto a precisare l’estensione dell’oggetto del rapporto, il secondo destinato ad essere significativo sul piano della delimitazione della responsabilità del debitore di cosa generica, per il caso in cui egli si trovi in difficoltà nell’adempimento del contratto.**

#### **11. L’ECCEZIONE DI INESIGIBILITÀ COME STRUMENTO DI DELIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEBITORIA NELL’OBBLIGAZIONE DI GENERE.**

a) Occorre, a questo punto del nostro discorso, affrontare una ulteriore questione decisiva ai fini della protezione del debitore di genere e della definizione della posizione nella quale egli viene a trovarsi concretamente, qualora, per fatti intervenuti indipendenti dalla sua volontà e dal suo controllo, si trovi dinanzi ad una estrema difficoltà nell’adempimento o, semplicemente, a dover impiegare nello stesso risorse (economiche, psico-fisiche, strumentali) in misura maggiore rispetto a quanto pattuito nel contratto o stabilito con l’atto di assunzione dell’obbligazione.

Si tratta di stabilire quale rimedio possa esperire il debitore, nel caso di specie, qualora il creditore pretenda, nonostante la situazione intervenuta, ugualmente l’adempimento, facendo leva sulla pregressa assunzione

---

Bologna – Roma, 1981, 223 ss.

dell'obbligo di procurare e affermando che, in presenza della stessa, il debitore si è, per così dire, accollato il rischio di quanto dopo si è concretamente verificato.

b) In una tale ipotesi, la figura che viene in rilievo, come abbiamo sin qui appena accennato, riteniamo sia quella della **inesigibilità**, da parte del creditore, della prestazione dedotta in contratto.

L'inesigibilità costituisce una figura assai complessa e discussa – non lo neghiamo – all'interno della nostra dottrina e, parallelamente, anche della giurisprudenza. Discussi ne sono i fondamenti, i termini esatti di rilevanza, il significato concreto e la portata teorica<sup>282</sup>.

Di tale ampio dibattito, non siamo qui nelle condizioni di rendere neppure sommariamente conto, limitandoci a far comprendere su quali basi si fondi, per la nostra ipotesi, il ricorso a tale figura la quale, questo ci pare certo, viene assunta in termini di rilevanza decisiva anche in fattispecie ben più singolari e dubbie rispetto a quella che viene qui in considerazione<sup>283</sup>.

c) Ai fini del nostro ragionamento, l'inesigibilità della prestazione dedotta in obbligazione si traduce e struttura nella forma di una eccezione opponibile dal debitore inadempiente al creditore che esiga dallo stesso una prestazione la quale travalicherebbe i limiti pattiziamente fissati con riguardo al dovere strumentale di procurare beni idonei all'adempimento.

In assenza di una specifica assunzione di un dovere di garanzia da parte del debitore, in sostanza, sulla base dell'interpretazione del contratto condotta con le modalità di cui si è dato conto nelle pagine precedenti andrebbe svolta un'indagine ai fini dell'individuazione della presenza di una clausola

---

<sup>282</sup> Lo studio della figura dell'inesigibilità trova precise espressioni anche nella nostra dottrina, sebbene la figura non sia sempre messa a fuoco con la necessaria precisione dogmatica né sempre appaiano chiari e uniformemente considerati i relativi referenti teorici. Sul tema si vedano quantomeno BRECCIA, *Le obbligazioni, op. cit.*, 366 ss.; BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988; 154 ss.; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987, 226 ss.; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, 18 ss.; CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. Civ.*, 1988, 346 ss.

<sup>283</sup> Il che avviene sulla base dell'idea, errata e tuttavia piuttosto diffusa, che la figura dell'inesigibilità possa costituire una sorta di rimedio generalizzato residuale da applicarsi quando si ravvisa un caso di iniquità sostanziale, invece che un concetto preciso e fondato su definiti parametri di diritto positivo.

implicita, che sancirebbe il limite di esigibilità della prestazione oggetto del rapporto da parte del creditore insoddisfatto.

## **12. (SEGUE) L'ECCEZIONE DI INESIGIBILITÀ E IL SUO FONDAMENTO NEGOZIALE E LEGALE.**

**a)** Il rimedio costituito dall'eccezione di inesigibilità che il debitore potrà opporre al creditore per il caso in cui questi, nell'esigere l'adempimento dell'obbligo (strumentale) di procurare la merce dovuta e (principale) di fornire la stessa, pretenda da lui una profusione di sforzo eccessiva rispetto a quanto desumibile dall'accordo previamente intercorso tra le parti, riteniamo trovi il suo fondamento in una sorta di combinato disposto che coniuga il rispetto della buona fede nell'interpretazione del contratto e nel momento esecutivo dello stesso (artt. 1366 e 1375 c.c.) con la clausola che prescrive la necessità di un comportamento delle parti secondo correttezza (art. 1175 c.c.) e la regola che attribuisce rilievo alla diligenza impiegata dal debitore nell'adempimento dell'impegno assunto (art. 1176 c.c.)

**b)** I termini di tale fondamento vanno, tuttavia, chiariti, sotto il profilo tecnico teorico, in quanto essi non appaiano come il frutto di una scelta arbitraria o di una valutazione affrettata.

Il riferimento all'esigibilità, come operato in questa sede, non si traduce, in effetti, in un evanescente richiamo ad una imprecisato e astratto principio generale di buona fede, né propriamente si incanala in quel filone di pensiero che vorrebbe costruire una "teoria dell'inesigibilità" intorno ad una costellazione di casi nei quali il debitore non sarebbe tenuto ad eseguire la prestazione "quando l'adempimento comporterebbe il sacrificio di valori personali incompatibili con la soddisfazione del credito e su questa in ogni caso prevalenti"<sup>284</sup>.

---

<sup>284</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni, op. cit.*, 366. Si veda anche ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 475 ss.

L'esigibilità cui noi ci riferiamo trova, diversamente, il suo fondamento nella dinamica e nell'equilibrio interni al contratto, e nella valutazione dello stesso secondo un'interpretazione, quale quella che abbiamo delineato, che si sostanzia nella considerazione di due livelli semantici, volti a indagare profili diversi; in altre parole, il nostro richiamo all'esigibilità o meno della prestazione si fonda sì su una considerazione della dimensione complessiva dell'accordo scaturente da una interpretazione articolata dello stesso alla luce del canone ermeneutico di buona fede, ma esso, per usare convincenti espressioni di una recente dottrina, "non necessita del richiamo alla clausola di buona fede giacché non si tratta di verificare se, di fronte a particolari situazioni di disagio del debitore, il creditore debba astenersi dall'esigere l'esecuzione della prestazione, quanto di valutare se l'inesecuzione da parte del debitore configuri un illecito contrattuale"<sup>285</sup>.

c) E la risposta a quest'ultimo quesito, con riferimento al problema della responsabilità riferito al debito di genere nelle ipotesi da noi considerate, risulta negativa, in tanto in quanto l'operazione ermeneutica a doppio livello di cui abbiamo trattato in questa sezione, operando tutta all'interno del contratto e del volere delle parti, fa risaltare, in definitiva, la presenza, all'interno della pattuizione, di una sorta di **clausola di inesigibilità emergente dall'interpretazione del contratto nella parte e nella misura in cui vi si definisce l'estensione del genere; dal significato, insomma, di secondo livello da attribuirsi ai criteri di delimitazione del *genus* dovuto, significato operante sul piano, appunto, del dimensionamento della responsabilità e, dunque, anche dell'imputabilità ed esigibilità dell'inadempimento.**

d) In questa prospettiva, dunque, inadempiente rispetto all'accordo non risulta il debitore che rifiuti la prestazione in presenza del superamento della soglia critica d'impegno esigibile per la quale si era obbligato (la quale, pur non costituendo un criterio di delimitazione del genere dedotto in obbligazione, certamente costituiva un elemento dell'oggetto dell'accordo, contribuendo a determinarne, come si è avuto modo di considerare e di

---

<sup>285</sup> UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 433.

mostrare anche negli schemi contenuti nella presente sezione, la dimensione complessiva dell'accordo), bensì, in un certo senso, il creditore che pretenda l'adempimento nonostante esso comporti uno sforzo superiore alla soglia di esigibilità implicitamente fissata nell'accordo.

**Il creditore, infatti, in tal caso risulterebbe egli stesso pretendere qualcosa che sta al di fuori dell'accordo, in quanto opererebbe in violazione della clausola di inesigibilità desumibile in via interpretativa dal tenore complessivo della pattuizione: cosicchè il pretendere l'adempimento, più ancora che una ingiustificata insistenza di carattere emulativo, configurerebbe un vero e proprio illecito contrattuale.**

e) Il fondamento e le modalità dell'operare della clausola di inesigibilità, dunque, vanno riassunti nei termini che seguono:

- I) sulla base della interpretazione “a due livelli” del contratto, nella parte di esso in cui sono definiti i caratteri di delimitazione del genere dedotto in obbligazione, è possibile trarre elementi utili alla determinazione della soglia di responsabilità cui il debitore di genere ha accettato di assoggettarsi;**
- II) tale determinazione della soglia di responsabilità si traduce, in pratica, nell'individuazione di una clausola di inesigibilità, evidentemente di creazione pattizia, per il caso in cui l'obbligo di procurare si presentasse, sotto il profilo dello sforzo debitorio, in termini eccessivamente gravosi rispetto alla dimensione complessiva dell'accordo;**
- III) una volta intervenuti i fatti per i quali l'impegno richiesto al debitore per procurare beni idonei all'adempimento andrebbe al di là della clausola di inesigibilità, il debitore può, dinanzi alle insistenze del creditore, scegliere se opporre la clausola (facendo, in tal modo, rilevare l'inesigibilità della prestazione e rendendo, così, il proprio inadempimento a lui non imputabile) oppure approfondire uno sforzo esorbitante rispetto alla misura desumibile dalla clausola e procurare e prestare ugualmente i**

**beni appartenenti al *genus in obligationem deductum*; in tal caso egli risulterà adempiente e non potrà, eventualmente, avere indietro la prestazione a titolo di indebito;**

**IV) il creditore che insistesse nell'esigere la prestazione in presenza della situazione di cui al punto III) si renderebbe responsabile di un illecito contrattuale andando, egli, contro una previsione (ancorché implicita) contenuta nell'accordo e volta a definirne la dimensione complessiva.**

f) Il fondamento normativo alla base della costruzione qui proposta trova certamente il suo baricentro nelle norme sulla buona fede (art. 1175, 1366, 1375 c.c.), ma trova, seppure in una chiave più complessa e sotto una prospettiva forse più discutibile, un suo referente anche nella prescrizione in tema di diligenza nell'adempimento (art. 1176), laddove la diligenza viene in rilievo in uno dei suoi due significati essenziali, quello di precisazione del contenuto della prestazione dovuta<sup>286</sup> (essendo costituito, l'altro, dal criterio di responsabilità che essa rappresenta).

Se è vero, infatti, come attenta dottrina ha giustamente rimarcato con puntuale chiarezza, che i fondamentali criteri di determinazione della prestazione sono costituiti dalla buona fede e dalla diligenza, è da sottolineare come il nostro discorso, che si colloca, appunto, interamente sul piano delle determinazioni contenute nel titolo posto a base dell'impegno, coerentemente trovi le sue basi proprio nella considerazione ragionata di questi due criteri in relazione al debito di genere.

Se, per un verso, "la buona fede impone al soggetto di preservare gli interessi altrui che non rientrano in una specifica tutela giuridica contrattuale o extracontrattuale, ma questo impegno di solidarietà incontra il suo limite nell'interesse proprio del soggetto; il soggetto del rapporto obbligatorio è tenuto ad attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altro, ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o

---

<sup>286</sup> BIANCA, *Diritto civile*<sup>4</sup>, *L'obbligazione*, op. cit., 90.

economico”<sup>287</sup> e per altro verso “ la diligenza è un criterio fondamentale di determinazione della prestazione, valevole per tutte le obbligazioni, che assume tuttavia una rilevanza minore o maggiore secondo che la prestazione risulti più o meno determinata da altre fonti. La prestazione può risultare già determinata nella fissazione del risultato dovuto e anche nei modi di svolgimento e nei mezzi da impiegare. Ma *la maggiore specificazione del contenuto dell’obbligazione non esclude comunque la rilevanza della diligenza come criterio di determinazione della prestazione per quanto attiene agli aspetti dell’adempimento in tutto o in parte non prestabiliti*”<sup>288</sup>, allora risulterà chiaro come la nostra tesi, che considera la quantificazione della responsabilità del debitore di genere, in termini di sacrificio da costui esigibile, quale elemento da delimitarsi e valutarsi sulla base della dimensione complessiva dell’accordo e non di un parametro legale o integrativo esterno – peraltro a nostro giudizio chiaramente inesistenti – riposi, appunto, sulla riconsiderazione, nell’ottica di un’ipotesi specifica, dei criteri di determinazione della prestazione costituiti dalla buona fede e dalla diligenza, valutati nella loro attitudine a fornire indicazioni in materia di responsabilità, relativamente allo specifico impegno obbligatorio assunto.

g) Il definitiva, in assenza di una espressa assunzione di garanzia del buon esito dell’affare da parte del debitore<sup>289</sup>, occorre indagare il senso del contratto o dell’atto di assunzione dell’impegno cui noi leghiamo il nome di debito di genere, andando a considerare, primariamente, se le parti abbiano inteso delimitare direttamente il genere dedotto in obbligazione in termini particolarmente restrittivi al fine di evitare che una latitudine dello stesso eccessivamente ampia potesse comportare pesanti ricadute sul piano della

---

<sup>287</sup> BIANCA, *Diritto civile*<sup>4</sup>, *L’obbligazione*, op. cit., 88; si veda anche Id., *Diritto civile*<sup>3</sup>, *Il contratto*, op. cit., 442.

<sup>288</sup> BIANCA, *Diritto civile*<sup>4</sup>, *L’obbligazione*, op. cit., 90.

<sup>289</sup> Assunzione di garanzia che, a ben guardare, porterebbe la dimensione della responsabilità di costui probabilmente anche oltre la portata del brocardo *genus numquam perit*, in quanto il debitore, qui, si accollerebbe forse le sorti dell’operazione economica persino oltre l’eventualità della scomparsa fisica del genere, cosicché egli, volendo usare un’espressione riassuntiva, più che del rischio connesso alla capacità d’adempimento, si farebbe carico del rischio complessivo concernente il buon fine dell’affare.

responsabilità del debitore. Ma poi, qualora invece le parti abbiano delimitato comunque in termini piuttosto ampi il genere dovuto, e non sia possibile, quindi, individuare una bastevole delimitazione dello sforzo esigibile nei termini di una indicazione diretta o di una delimitazione finalizzata del *debitum*, occorrerà comunque – e qui sta il fulcro del nostro discorso – procedere ad una interpretazione dell'accordo che, seguendo la griglia da noi previamente proposta, consenta di evidenziare l'eventuale presenza di una clausola di inesigibilità implicita attraverso cui le parti abbiano inteso modulare i termini del loro accordo fissando, comunque, un limite al sacrificio esigibile da parte del debitore.

**13. IL RISCHIO DELLE SOPRAVVENIENZE NELL'OBBLIGAZIONE GENERICA. SACRIFICIO DEL DEBITORE DI COSA GENERICA ED ECCESSIVA ONEROSITA' SOPRAVVENUTA.**

L'insieme di problemi che abbiamo considerato nello svolgimento del lavoro potrebbe prestarsi anche ad una valutazione e ad un approccio condotti muovendo da una base di partenza e da una prospettiva in certo modo diversi dalla prospettiva e dall'approccio che abbiamo scelto di adottare e intorno ai quali abbiamo costruito la nostra ricerca.

Ci riferiamo, come non sarà difficile intendere, alla considerazione dell'aggravio della posizione debitoria nella prospettiva della gestione delle sopravvenienze e, in particolare, in rapporto alla figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (artt. 1467 e ss. del codice civile).

Risulta evidente, infatti, come il nostro tema e i centri semantici attorno ai quali esso si struttura (sacrificio, esigibilità, equilibrio contrattuale, onerosità, sproporzione, interesse delle parti, ecc.) sembrano presentare una pronta connessione, quantomeno sul piano delle categorie del pensiero, con le fattispecie cui ci siamo da ultimo riferiti, al punto da chiedersi se l'eventuale intersezione tra i due ambiti non finisca col determinare una insidiosa e inutile duplicazione.

Riservandoci di approfondire questo tema in altra sede, al di fuori di questo lavoro – in ragione dell'importanza e della sostanziale autonomia che riteniamo il discorso presenti rispetto allo specifico problema oggetto della presente ricerca – ci limiteremo qui a far rilevare quanto segue.

**a)** In primo luogo, la figura generale dell'eccessiva onerosità sopravvenuta – alla rilevanza della quale paiono sottrarsi, sostanzialmente, solo i contratti aleatori – pare collocarsi sistematicamente su di un piano diverso rispetto a quello del problema della delimitazione della responsabilità del debitore di genere così come noi l'abbiamo inquadrato e descritto.

Anche a voler tacere dell'ampio dibattito di carattere generale (concernente la natura, la *ratio*, il preciso sostrato teorico) che il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità ha suscitato<sup>290</sup>, vale la pena di osservare come esso, soprattutto, presenti pronti riferimenti al “principio della implicita soggezione dei contratti a prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune”<sup>291</sup>. Questo dato, prima ancora che dalla riflessione dottrinale al riguardo, emerge con lapalissiana chiarezza dalla Relazione al Codice civile del 1942.

Ora, se il riferimento alla clausola *rebus sic stantibus* esprimerebbe, in sostanza, “il principio della condizionabilità dei vincoli consensuali alla persistenza di un determinato stato di fatto”<sup>292</sup>, allora lo scostamento effettivo del nostro discorso ( e del problema che sta alla sua base) rispetto al tema dell'eccessiva onerosità propriamente inteso appare in termini sottili ma evidenti.

La delimitazione di responsabilità del debitore che noi riteniamo di poter rintracciare a seguito di una consapevole e adeguata operazione ermeneutica deriva dall'aderenza necessaria a ciò che sta dentro al contratto, non da quella riferita uno stato di fatto esterno presupposto.

---

<sup>290</sup> Si vedano quantomeno TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. del Dir.*, XXX, Milano, 1980; GALLETTO, voce *Calusola rebus sic stantibus*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1988; FERRI, *Dalla clausola « rebus sic stantibus » alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, 73 ss.

<sup>291</sup> Relazione al codice civile, n. 665; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1995, 6.

<sup>292</sup> TERRANOVA, *op cit.*, *ibidem*.

La differenza potrà apparire sottile, ma è sostanziale: la nostra indagine interpretativa si fonda sull'idea che, in presenza di un debito di genere con dovere strumentale di procurare beni idonei all'adempimento, sia da ricondurre alla precisa volontà delle parti non solamente la determinazione dell'oggetto della prestazione dovuta, bensì anche la fissazione della soglia di responsabilità assunta dal debitore con riguardo a quel momento strumentale – e, per certi versi, caratteristico del debito di genere - che si concentra nel dovere di procurare beni idonei ad adempiere.

In questo senso, non si tratta tanto di considerare l'eventuale sproporzione tra il valore della prestazione “finale” genericamente determinata e la controprestazione, bensì la dimensione dell'eventuale garanzia della capacità adempitiva assunta dal debitore, il che costituisce, a ben guardare, operazione diversa rispetto alla valutazione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione stessa.

**b)** In secondo luogo, v'è una differenza sul piano dell'operatività dei presupposti e dei rimedi riferibili alle due situazioni e alle due strutture giuridiche cui ci riferiamo. Nel caso dell'eccessiva onerosità sopravvenuta si è in presenza di una causa di risoluzione del rapporto contrattuale suscettibile di essere evitata attraverso la riconduzione ad equità di cui parla l'art. 1467 c.c., laddove la situazione di “eccessiva onerosità” deve essersi determinata a seguito del verificarsi di “eventi straordinari e imprevedibili”. Il problema che si è posto come baricentro del nostro discorso, diversamente, consiste nella definizione della misura dell'impegno esigibile dal debitore in presenza di un'obbligazione di genere con dovere strumentale di procurare beni idonei all'adempimento; e abbiamo visto come la misura di tale responsabilità possa essere delimitata in via interpretativa e come, a nostro giudizio, il rimedio nella disponibilità del debitore dal quale eventualmente si pretenda uno sforzo superiore alla soglia di sacrificio desumibile dall'accordo sia costituito da una eccezione di inesigibilità, fondata, sostanzialmente, su un giudizio di buona fede.

Anche a voler ammettere una contiguità fenomenologica tra i due ambiti, laddove dinanzi all'emersione del momento patologico della vicenda (con

la richiesta di adempimento da parte del creditore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa, nel primo caso, e della prestazione generica per la realizzazione della quale si richiederebbe uno sforzo che andrebbe al di là di quello esigibile sulla base del tenore dell'accordo, nel secondo) si potrebbe essere portati a ritenere altrettanto percorribili l'una o l'altra via (risoluzione per eccessiva onerosità, attivazione dell'eccezione di inesigibilità), ci pare che la diversità tra le due prospettive rimanga insormontabile. Essa infatti riposa sul fatto che l'operazione ermeneutica volta a individuare la soglia di sforzo esigibile dal debitore nel caso dell'obbligazione di genere non costituisce tanto un giudizio di valore relazionale tra l'esterno e l'interno dell'accordo, o tra la proporzione o la sproporzione delle prestazioni, bensì opera sul piano dell'*in sé* dell'impegno assunto, sul piano della singola obbligazione. Il rimedio corrispondente riflette tale natura: un'eccezione di inesigibilità, nella disponibilità del debitore cui si richieda di andare al di là di quello che il contratto o il titolo consentivano di pretendere.

La vicenda non giustificerebbe, in questo senso, né un riferimento agli eventi "straordinari" né a quelli "imprevedibili" sopravvenuti, perché quello che si vuole definire, qui, è la dimensione dell'impegno obbligatorio assunto, il cui superamento (che legittimerebbe l'opposizione dell'eccezione di inesigibilità) potrebbe derivare da eventi non straordinari e non necessariamente imprevedibili.

Sotto altra angolazione, mirando la nostra ricostruzione più a definire una fisiologia incerta che a risolvere una patologia che determini un'alterazione funzionale della causa, si comprende il perché il rimedio corrispondente finisca con l'essere di più agevole fruizione, essendo esso costituito da una eccezione e non da una azione giudiziale.

c) In definitiva, anche a voler ammettere un qualche rapporto tra i modelli astratti riconducibili alle due vicende di cui stiamo discorrendo, non v'è dubbio che la contiguità risulti più apparente che reale e mai si traduca in una sovrapposizione. E se magari, certamente non lo si nega, alcune fattispecie concrete aventi ad oggetto un debito di genere con dovere

strumentale di procurare potrebbero trovare una soluzione o un rilievo anche sul piano dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ciò nondimeno altrettanto certamente la ricostruzione che qui si è proposta conserva una dimensione di autonomia e significato propri, potendo, la stessa, assumere un ruolo decisivo in una soluzione, teoricamente e tecnicamente fondata e congruente con le linee del sistema, di casi nei quali il rimedio dell'eccessiva onerosità potrebbe risultare non esperibile e non congruo rispetto al senso degli eventi e alla logica strutturale della fattispecie.

#### **14. (SEGUE) SACRIFICIO DEL DEBITORE DI COSA GENERICA E BASE NEGOZIALE.**

Molto di quanto siamo sin qui venuti dicendo con riguardo alle contiguità intuitive che il nostro tema potrebbe, in una certa prospettiva, presentare rispetto alla problematica dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può essere ripetuto, seppure con taluni adattamenti, nell'operare un confronto tra le questioni da noi analizzate nel presente lavoro e quelle concernenti la controversa figura della base negoziale o, secondo una terminologia non perfettamente coincidente ma assai diffusa, della cosiddetta presupposizione<sup>293</sup>.

Al riguardo, ci limiteremo, anche qui, ad osservare come non debbano determinarsi delle indebite sovrapposizioni tra concetti e figure diversi, sulla sola base del riferimento istintivo all'idea che essi, tutti, rifletterebero un'espressione dell'esigenza di sostanziale immutazione dei fattori che hanno determinato la conclusione dell'accordo o l'assunzione dell'obbligo.

La figura della base negoziale, pur avendo trovato riconoscimento normativo espresso pochi anni orsono all'interno del codice tedesco<sup>294</sup>, mi

---

<sup>293</sup> Si vedano sul tema, in generale, quantomeno SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, 544 ss.; BIANCA, *Diritto civile*<sup>3</sup>, *Il contratto, op. cit.*, 468 ss.; COSTANZA, *Condizione e presupposizione*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1997, 15 ss..

<sup>294</sup> Il riferimento è al § 313 BGB, prodotto della *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* del 2001. Si vedano per un inquadramento generale quantomeno VOLLKOMMER, *sub § 313*, in JAUERNIG, *BGB Kommentar*, München, 2003; GRÜNEBERG, *sub § 313*, in ROTH, BAMBERGER,

pare rimanga al centro di un dibattito inesausto e sostanzialmente inesauribile, che ne rende, anche allo stato attuale dello sviluppo della riflessione sul tema, estremamente incerti i confini, i termini, i criteri di valutazione<sup>295</sup>.

Ripromettendosi di tornare su questo specifico punto in altra sede, estranea al presente lavoro, è comunque opportuno osservare qui, assai brevemente, quanto segue.

Mentre la teoria della base negoziale (almeno intesa quale *objektive Geschäftsgrundlage*) si pone quale presidio allo *status quo* di una pattuzione, esprimendo un fondamento estrinseco della stessa che trova la sua generalissima (ma assai significativa) ragion d'essere nell'idea per cui un accordo si fonda sempre su alcuni presupposti in espressi che ne costituiscono sì la cornice ma anche il sostrato fondante, in assenza del quale esso perderebbe di senso divenendo assurdo in relazione agli interessi perseguiti dalle parti, la questione della determinazione del *quantum* di responsabilità in cui incorre il debitore di genere sul quale incomba anche un dovere di procurare beni idonei all'adempimento si pone sul piano dell'interpretazione del contratto propriamente intesa. Qui non si va, in sostanza, alla ricerca di qualcosa che sta fuori dal contratto ma di un dato (variabile) che è intrinsecamente e profondamente radicato nello stesso; al punto di poter affermare che la nostra ricostruzione della figura del debito di genere, della tecnica di delimitazione della responsabilità connessa al dovere di procurare e del rimedio eventualmente esperibile per il caso in cui si pretenda la profusione di uno sforzo eccessivo, si pone in termini tali per cui l'eventuale alterazione della base negoziale potrebbe costituire oggetto di una valutazione generale e diversa rispetto al campo specifico del nostro tema.

---

*Kommentar zum BGB*, München, 2003; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2002, 209 ss.;

<sup>295</sup> Non i fondamenti, in quanto essi sono da rinvenirsi certamente sul piano dell'equilibrio e del significato del contratto nell'ottica dell'autonomia privata. Per un inquadramento del tema si veda LARENZ, WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*<sup>9</sup>, München, 2004, 698 ss.

Con ciò intendiamo dire che anche nelle ipotesi da noi considerate potrebbe, in astratto e in concreto, determinarsi un'alterazione della base negoziale; ma prima di andare a valutare se la vicenda possa trovare soluzione attraverso l'applicazione di tale problematica figura (da intendersi, per chi, come noi, ne ammetta la rilevanza, quale istituto di carattere generale da inquadrarsi nell'ambito dei rimedi volti a superare un'alterazione funzionale della causa), occorre certamente percorrere, per il caso del debito di genere, la strada qui proposta, la quale, oltre a presentare un solido ancoraggio teorico alle categorie e ai principi generali del nostro diritto, consente di operare una valutazione radicata sul volere positivo prima ancora che sul volere ipotetico, sulla sostanza del contratto prima ancora che sulla proiezione di un'ipotesi non immaginata.

Ecco che il nostro discorso, in effetti, non si riferisce ad una ricostruzione volta ad individuare un rimedio operante in via generale dinanzi a qualsiasi "modificazione dello stato (di fatto o di diritto) della situazione esistente o presupposta come tale al momento dell'accordo ed in collegamento con presupposti soggettivi specifici e ondivaghi referenti psicologici"<sup>296</sup>, bensì è rivolto ad indagare i rapporti tra determinazione dell'oggetto del debito di genere e delimitazione dell'assunzione della responsabilità riferibile allo stesso, prendendo a base e riferimento l'intento delle parti consacrato nel contratto.

E', la nostra, dunque, operazione che si muove *non sul piano dell'individuazione e della considerazione di quelle circostanze estrinseche al contratto che tuttavia presentino o possano presentare una qualche rilevanza rispetto allo stesso, bensì che si muove all'interno dell'obbligazione assunta o, se il titolo è costituito da contratto, all'interno del medesimo, al fine di svelarne il significato più profondo rispetto ad una ipotesi peculiare* – quella del debito di genere – in presenza della quale l'interrogativo sulla delimitazione della misura della responsabilità –

---

<sup>296</sup> Così si esprime, in termini critici con riguardo ad un certo modo di affrontare i problemi dell'equilibrio contrattuale, il TERRANOVA, *op. cit.*, 43, introducendo la parte del suo lavoro sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, in relazione al fondamento dell'esigenza di mantenere un giusto rapporto di scambio in termini di reciproca convenienza nei rapporti contrattuali.

interrogativo rispetto al quale la legge non offre espressa indicazione – deve trovare una risposta, a nostro giudizio, proprio sulla base della logica intrinseca all'incontro della volontà delle parti, di cui quell'accordo o quell'assunzione di debito – nei termini in cui l'impegno è nato ed è stato consacrato – costituisce la più, significativa e, in definitiva, la sola concreta espressione.

## **SINTESI CONCLUSIVA**

Volendo rappresentare in uno schema di sintesi le riflessioni che abbiamo sviluppato nel corso del nostro studio e le conclusioni che dalle medesime abbiamo ritenuto di trarre, pare opportuno richiamare l'attenzione sui punti che, di seguito, qui si propongono.

- 1) Paromia interpretativa di matrice medievale, il brocardo *genus numquam perit* non è suscettibile di sancire un principio per il quale la responsabilità del debitore di genere si presenti, di massima, come illimitata, o limitata solo dal perimento fisico, in tutte le sue componenti, del genere dedotto in obbligazione. Se si vuole attribuire, alla celebre espressione, un significato che assuma una portata congruente all'interno del diritto delle obbligazioni, è corretto sostenere che esso indica semplicemente il principio per cui, in presenza di un debito di genere, il perimento di singoli esemplari del genere stesso, ancorché predisposti dal debitore per l'adempimento dell'obbligazione, non libera quest'ultimo, in quanto, appunto, oggetto del debito è una qualsivoglia componente del genere astrattamente indicato ad opera delle parti e non invece determinati singoli esemplari afferenti al genere stesso.
- 2) Se la portata del brocardo è quella che abbiamo appena riferito, esso, di fatto, lascia aperto e insoluto il problema della commisurazione della responsabilità del debitore di genere, in tanto in quanto, pur in assenza, nel nostro sistema, di regole speciali esprimenti una qualsiasi forma di aggravio della responsabilità del debitore per l'ipotesi in discorso, un qualche aggravamento della responsabilità può comunque derivare dalla possibile presenza, in questo tipo di obbligazione, di un obbligo strumentale di procurare beni idonei all'adempimento della stessa. Se il debito di genere è costruito intorno alla presenza di scorte già nella disponibilità del debitore, allora il problema della responsabilità non si pone in termini particolari – salvo i distinguo operati nel testo – rimanendo esso invece aperto per il caso in cui vi sia una

*Beschaffungsschuld*, strumentale rispetto alla *Gattungsschuld* ma funzionalmente legata all'esito finale di quest'ultima.

- 3) Il problema della determinazione della misura della responsabilità del debitore di genere per il caso in cui il debito comprenda un dovere strumentale di procurare si pone, dunque, in termini particolarmente stringenti nel diritto italiano, non presentando, il codice civile, alcuna norma specifica volta a disciplinare i profili di responsabilità del debitore di genere, né in termini di una qualche peculiarità strutturale, né nel senso di un aggravio espresso della stessa.
- 4) Ai fini della ricostruzione dei termini esatti del problema, può risultare utile un riferimento allo sviluppo storico del sistema tedesco del diritto delle obbligazioni, quantomeno nella struttura che esso presentava anteriormente alla riforma dello *Schuldrecht* intervenuta nel 2001. Il codice tedesco, infatti, pur dichiarando *expressis verbis* la parificazione, ai fini della liberazione del debitore, dell'impossibilità soggettiva di adempiere (*Unvermögen*) all'ipotesi dell'impossibilità oggettiva non imputabile della prestazione (*Unmöglichkeit*), conteneva altresì una norma, il § 279, nella quale si escludeva il rilievo della prima rispetto al debito di genere, rimanendo, dunque, ai fini della liberazione del debitore, rilevante esclusivamente la perenzione totale naturalistica del *genus in obligationem deductum*; in questo senso, la norma sembrava concretare una dilatazione estremamente ampia della responsabilità del debitore di genere, chiamato a rispondere, in qualsiasi caso, sino alla perenzione del *genus*, secondo una logica corrispondente alla più sfavorevole possibile tra le interpretazioni del brocardo medievale che dà il titolo al nostro lavoro.
- 5) In assenza, per quanto riguarda il diritto italiano, di una disposizione quale quella contenuta nella vecchia formulazione del B.G.B., nonché di qualsiasi altra norma specificamente dedicata al tema, si pone, evidentemente, la questione di come sia da intendere e risolvere il problema concernente la misura dell'assunzione del rischio di procurare beni idonei all'adempimento. Sostanzialmente, si tratta di comprendere

- se l'assunzione di un obbligo strumentale di procurare merci rientranti nel genere dedotto quale oggetto dell'obbligazione si sostanzia inevitabilmente nell'assunzione di una garanzia della capacità adempitiva del debitore ed, eventualmente, in quale misura ciò avvenga.
- 6) Occorre, nell'analisi di tale problema, tenere ben ferma la distinzione tra due differenti elementi del rapporto obbligatorio di genere. Da un lato v'è la questione della latitudine del genere assunto ad oggetto dell'impegno obbligatorio; dall'altro lato v'è la questione della soglia di responsabilità che, in relazione a quel dato oggetto, risulti addebitabile al debitore. Il riferimento al primo elemento (genere dedotto il obbligazione) rispecchia l'alternativa tra adempimento e non adempimento del *debitum*; il riferimento al secondo (misura della responsabilità) riflette il problema dell'imputabilità o meno al debitore dell'eventuale inadempimento e quello, per certi versi connesso, dell'esigibilità o meno della prestazione da parte dello stesso.
  - 7) Il *genus in obligationem deductum* è una creazione di pura matrice pattizia: esso può ricomprendere, sulla base della scelta delle parti, qualsiasi cosa suscettibile, in considerazione dei canoni legislativi in tema di prestazione, di essere assunta a oggetto di un debito, non costituendo, la genericità, un carattere concernente la dottrina delle cose bensì una maniera di rappresentazione e considerazione delle stesse ad opera delle parti. Proprio perché il genere deve corrispondere ai criteri legislativi che delineano i requisiti necessari della prestazione (artt. 1173, 1174 c.c.), non riteniamo che possa essere assunto ad oggetto dell'obbligazione un genere illimitato, ma che occorra, in ogni caso, una certa soglia di delimitazione dello stesso, atta a riflettere il senso dell'impegno assunto.
  - 8) Occorre chiedersi se la posizione e la definizione, ad opera delle parti, dei criteri di delimitazione del genere dovuto possano fornire delle indicazioni utili volte alla determinazione e delimitazione della misura della responsabilità debitoria, la quale, in presenza del dovere

strumentale di procurare al quale mi sono previamente riferito, diviene, in certa misura un valore “mobile”.

- 9) Proprio in ragione di tale variabilità, quando si parla, in questa sede, di responsabilità del debitore di genere che si assuma anche un dovere di procurare beni idonei all’adempimento, e della relativa commisurazione, si intende riferirsi alla misura del sacrificio, dello sforzo richiedibile al debitore in relazione proprio al dovere strumentale di procurare tali beni.
- 10) A nostro giudizio, in assenza di una specifica norma di legge al riguardo, la ricerca di una delimitazione della misura della responsabilità del debitore di genere va operata sulla base di una attenta interpretazione del titolo (contratto o atto di assunzione dell’obbligazione) su cui si fonda l’impegno. Tanto è questione di interpretazione della volontà quella concernente la precisa definizione dei caratteri di delimitazione del genere dovuto, quanto è, allo stesso modo, questione di interpretazione della volontà (dell’obbligato, per il caso di atto unilaterale; delle parti, per il caso del contratto) ricostruire la misura della responsabilità gravante in capo al debitore di genere. In assenza, infatti, di una regola particolare di aggravio della responsabilità stessa per l’ipotesi del debito di genere, occorre evitare di giungere alla irrazionale conclusione di una illimitata dilatazione della responsabilità stessa e operarne, invece, una delimitazione che tenga conto dei principi generali e che si impervi sull’estrinsecazione dell’autonomia delle parti, valutata secondo una particolare operazione ermeneutica.
- 11) Nell’ambito dell’interpretazione del titolo negoziale, una particolare importanza rivestono gli indici di delimitazione del genere così come presentati dalle parti in seno al medesimo. Essi, in particolare, vanno fatti oggetto di due distinti vagli ermeneutici. Attraverso un primo vaglio, sarà da acclarare la reale entità del *debitum*, vale a dire quali siano stati realmente i limiti del genere assunto a oggetto del debito. Attraverso un secondo vaglio, funzionalmente orientato, si tratterà di valutare se attraverso quelle indicazioni di delimitazione del genere le parti abbiano inteso anche fornire elementi utili ai fini della fissazione

della misura della responsabilità del debitore di genere in relazione al dovere strumentale di procurare beni idonei all'adempimento.

- 12) Tale tesi si fonda sulla considerazione per cui la particolare relazione intercorrente tra latitudine del *debitum* e connessa indeterminatezza del rischio di procurare conduce a ritenere che anche la misura della responsabilità del debitore debba essere quantificata sulla base del significato dell'accordo e, dunque, per il tramite di una operazione interpretativa.
- 13) Il fondamento normativo di tale operazione interpretativa è da ricercare nel principio sancito dall'art. 1175 c.c.; esso, peraltro, trova solide basi anche nei riferimenti all'interpretazione e all'esecuzione del contratto secondo buona fede (artt. 1366 e 1375 c.c.), nonché in una attenta considerazione della norma in tema di diligenza nell'adempimento (art. 1176 c.c.), intesa in uno dei suoi due significati essenziali, quello di criterio di determinazione della prestazione dovuta.
- 14) Concretamente, si giunge a individuare, attraverso una interpretazione funzionalmente orientata dei riferimenti agli indici di delimitazione del genere dedotto in obbligazione, la presenza di una eventuale clausola di inesigibilità che, in relazione a una certa soglia di sacrificio fissata come massima, consenta al debitore di negare la prestazione qualora il creditore la richieda pretendendo la profusione di uno sforzo esorbitante rispetto a tale soglia.
- 15) Va osservato che, comunque, la considerazione dell'elemento del *debitum*, nella sua estensione accresciuta dal riferimento al genere dedotto in obbligazione, pur legandosi al dovere strumentale di procurare, rimane distinta da quella dell'elemento della responsabilità del debitore, la cui estensione viene limitata dalla clausola di inesigibilità. Cosicché, qualora il debitore decidesse di non avvalersi della clausola, e di procurare e fornire le merci, proferendo lo sforzo richiesto dal creditore, seppure esorbitante rispetto all'impegno assunto, egli sarebbe da considerare adempiente e non porrebbe in essere un indebitto; ciò in tanto in quanto egli fornirebbe al creditore pur sempre

merci rientranti nel *genus in obligationem deductum*, incidendo, la sua scelta di non avvalersi della clausola di inesigibilità, sul solo piano della responsabilità.

16) Il tema della delimitazione della responsabilità del debitore di genere come è stato qui affrontato e delineato va tenuto distinto rispetto ad alcune tematiche che si potrebbe ritenere presentino elementi di contiguità con lo stesso, quali quelle concernenti la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta e l'alterazione della base negoziale. Come precisato nelle ultime pagine della sezione terza, anche ammettendo un qualche rapporto tra i modelli astratti riconducibili alle vicende riguardanti la pretesa di adempimento da parte del creditore per i casi in cui vi sia stata alterazione della base negoziale; per il caso in cui la prestazione sia diventata eccessivamente onerosa corrispondentemente alla fattispecie di cui all'art. 1467 c.c. e per quello in cui si richieda uno sforzo eccessivo da profondersi nel procurare beni idonei all'adempimento nel debito di genere, non v'è dubbio che la contiguità risulti più apparente che reale e mai si traduca in una sovrapposizione. E se magari, certamente non lo si nega, alcune fattispecie concrete aventi ad oggetto un debito di genere con dovere strumentale di procurare potrebbero trovare una soluzione o un rilievo anche sul piano dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione o dell'alterazione della base negoziale, ciò nondimeno altrettanto certamente la ricostruzione che qui si è proposta conserva una dimensione di autonomia e significato propri, rendendo, la stessa, per una certa categoria di ipotesi, superfluo il ricorso agli istituti di cui sopra.

*Il presente lavoro ha di mira una ricostruzione sistematica dei contenuti dell'obbligazione di genere e della misura della responsabilità debitoria in relazione a tale categoria di rapporti.*

*L'esame di questa tematica viene sviluppato in una prospettiva storica e comparatistica, con particolare riferimento all'ordinamento giuridico tedesco, nell'ambito del quale l'attenzione del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza si sono maggiormente concentrate con riferimento ai temi in questione.*

*Dall'analisi dello sviluppo del sistema tedesco della responsabilità del debitore con riguardo all'obbligazione di genere, e in particolar modo in relazione all'obbligo strumentale del debitore di procurare beni idonei all'adempimento, si passa a ricostruire sistematicamente i termini del problema nell'ottica del diritto italiano, nel tentativo di individuare, con riguardo allo stesso, una soluzione congruente rispetto alle regole generali del diritto delle obbligazioni e ai principi cardine dell'autonomia privata.*

*La ricerca muove da un'analisi critica del tradizionale brocardo secondo il quale "genus numquam perit", da sempre inteso come espressione del parametro secondo il quale dev'essere misurata la responsabilità del debitore allorché la prestazione da questi dovuta abbia riferimento a cose individuate soltanto in base alla loro appartenenza ad un genere.*

\*\*\* \*\*

## DESCRIPTIVE SUMMARY OF WORK IN ITALIAN AND ENGLISH

*The following work aims at a systematic reconstruction of the contents of the obligation to supply unascertained goods and the measure/limit of the responsibility of indebtedness in relation to that category of relationships.*

*The paper develops the theme in historical and comparative terms, with special reference to German law, in which context legislation, jurisprudence and doctrine are heavily focused on the theme in question.*

*From the analysis of the development of the German debtor responsibility system regarding the obligation to supply unascertained goods and in particular in relation to the instrumental obligation of the debtor to procure appropriate goods in order to fulfil the obligation, the paper moves on to systematically reconstruct the terms of the problem from the perspective of Italian law in an attempt to find a solution congruent with the general rules of the Italian law on obligation and the tenets of private autonomy.*

*The research then moves from a critical analysis of the traditional (Latin) brocard according to which “genus numquam perit”, from time immemorial understood as an expression of the parameter with which the responsibility of the debtor must be measured so that the debt owed is referred to objects solely identified in terms of the genre they belong to.*

\*\*\* \*\*

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004;

AA. VV., *Diritto monetario*, a cura di IRTI e GIACOBBE, Milano, 1987;

ACCURSIUS, *Glossa Non moriturum*, al Codice di Giustiniano, 8, 37 e 38, 8;

ACCURSIUS, *Glossa Demonstrabat*, a Digesto 31, 61, 1;

ACCURSIUS, *Glossa Certum* a Digesto 45, 1, 23

ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1998;

ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano*, in *Festschrift Koschaker*, II, Weimar, 1939;

ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1954;

ARISTOTELE, *Metaphysica*, libro II, cap. 3, n. 4

ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1959,

ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928,

ASTUTI, voce *Obbligazioni (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1993;

BALLERSTEDT, *Zur Lehre vom Gattungskauf*, in *Festschrift für Nipperdey*, Berlin, 1955;

BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni, Vol. I, La struttura*, Milano, 1963;

BAUER, *Periculum emptoris: eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, in *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 23, 1998;

BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1978;

BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, München, I-IV, 1874-1908,

BEHRENDT, *Formality and Substances in Classical Roman Law*, in KRAWIETZ, MACCORMICK, VON WRIGHT, *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, *Festschrift für Summers*, Berlin, 1994;

BERETTA, *Qualitas e bonitas nell'obbligazione di genere*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 9, 1943;

BESSONE, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede*, in ALPA, BESSONE, ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982;

BESLER, in *Riv. Fondaz. Savigny*, 45, 1925;

BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953;

BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1957;

BIANCA, *Diritto civile*<sup>3</sup>, *Il contratto*, Milano, 2000;

BIANCA, *Diritto civile*<sup>5</sup>, *La responsabilità*, Milano, 1994;

- BIANCA, voce *Negligenza (dir. priv.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*;
- BIANCA, *Diritto civile*<sup>4</sup>, *L'obbligazione*, Milano, 1993;
- BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993;
- BIERMANN, *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1901;
- BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin – Frankfurt, 1969;
- BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Zatti e Iudica, Milano, 1991;
- BRINZ, *Obligatio und Haftung*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 70, 1886;
- BUCHHOLTZ, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1831,
- BURDESE, *Diritto privato romano*, Torino, 1993;
- CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, in *Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Bern – München, 2005;
- CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, in *Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Bern, München, 2005;
- CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv.dir.civ.*, I, Padova, 2003;
- CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003;

CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963;

CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, Torino, 2003;

CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in AA.VV., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991;

CAPRIOLI, *Rescissione del contratto (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1993;

CARBONNIER, *Droit civil, Les Obligations*, Paris, 1976;

CASAVOLA, *Emptio pondere numero mensura*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954;

CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966;

CIAN, *L'interesse del creditore e la patrimonialità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968;

COESTER-WALTEN, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1983;

COSTANZA, *Condizione e presupposizione*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1997;

CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, (trad. da ASCOLI e CAMMEO) Milano, 1908;

CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II, Tübingen, 1902;

DE RUGGIERO, *Diritti di obbligazione, diritto ereditario*<sup>6</sup>, Messina, 1930.

- DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945;
- DERNBURG, *Pandekten, II Band, Obligationenrecht*, Leipzig, 1880;
- DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Band II, 1, Die Schuldverhältnisse*, Halle, 1905;
- DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1994;
- DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bologna, 1986;
- DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979;
- DIURNI, PECORELLA, voce *Vendita (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1993;
- DORN, *Geldschuld*, in *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1*, Tübingen, 2007;
- DORN, *Gattungssschuld*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband*, Tübingen, 2007;
- ECKERT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil<sup>3</sup>*, Stuttgart, 2003;
- ENNECERUS, LEHMANN, *Schuldrecht*, Tübingen, 1954;
- ERMAN, sub § 279, in *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Münster, 1967;
- ERNST, sub § 275 in *Munchener Kommentar zum BGB<sup>4</sup>*, München, 2003;
- ERNST, *Die Konkretisierung in der Lehre vom Gattungskauf*, in SCHÖN, *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, 1997,

- ERNST, *Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf*, in *ZeUP*, 1999.
- ERNST, *Das Lieferungsgeschäft als Vertragstyp*, in Lieb, Manfred/Noack, Ulrich/Westermann, Harm, *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Band II, Köln, 1999;
- ERNST,, *Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht*, in *ZSS, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung*, 1997;
- ESSER, *Interessenjurisprudenzheute*, in *Juristen Jahrbuch*, Köln-Marienburg, 1960;
- ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, Karlsruhe, 1976;
- FERRINI, *Manuale di pandette*, III, Milano, 1917;
- FIKENTASCHER, *Das Schuldrecht*, Berlin, 1969;
- FÖGEN, *Geld und Währungsrecht*, München, 1979;
- FRAUENFELDER, *Das Geld als allgemeiner Rechtsbegriff*, Bern, 1938;
- FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, Basilea, 1952;
- GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti in giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, 1989, 32;
- GENZMER, *Der Subjektive Tatbestand des Schuldnersverzugs im klassischen römischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1924;
- GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989;
- GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen. Drittwirkungen*, Tübingen, 1989;

- GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910;
- GIORGIANNI, *L'inadempimento, corso di diritto civile*, Milano, 1975;
- GIRARD, *Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain*, II, Paris, 1923;
- GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966;
- GRÜNEBERG, *sub § 313*, in BAMBERGER, ROTH, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2003;
- GSELL, *Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht – Die Haftung des Gattungsverkäufers beim Eintritt nachträglicher Erfüllungshindernisse (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, 180)*, 1998;
- GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli, 2001;
- HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875;
- HAUSMANINGER, SELB, *Römisches Privatrecht*<sup>9</sup>, Wien-Köln-Weimar, 2001;
- HAYMANN, *Haben die Römer den Gattungskauf gekannt?*, in *Jehrigs Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, 1928/29;
- HEERMANN, *Geld und Geldgeschäfte*, Tübingen, 2003;
- HEFERMEHL, in SCHLEGELBERGER, *Handelsgesetzbuch*, München, 1976;
- HEINRICHS, *sub § 275* in PALANDT, *BGB*<sup>34</sup>, München, 2006;
- HEINRICHS, *sub § 313*, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>64</sup>, München, 2005;

HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Obligationenrechts*, Marburg, 1913;

HÖBENREICH, *Annona – Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz, 1997;

HOFMANN, *Über den Einfluss allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners*, Darmstadt, 1830;

HONSELL, *Römisches Recht*<sup>5</sup>, Berlin, 2002;

HUSSERL, *Erfahrung und Urteil*, Hamburg, 1999, trad. italiana *Esperienza e giudizio*, Milano, 2007;

INZITARI, *La moneta*, in *Moneta e valuta*, nel *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO, vol. VI, Padova, 1983;

INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro nella società contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1982;

IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996;

JAHNKE, *Die Durchsetzung von Gattungsschulden*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1980;

JAUERNIG, SCHLECHTRIEM, STÜRNER, TEICHMANN (herausgegeben von) *sub § 279 BGB*, München, 1990;

JEHRING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jehring's Jahrbücher*, Band 4., 1861;

JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1889;

JÖRS – KUNKEL, *Römisches Privatrecht*<sup>2</sup>, Berlin, 1935;

JÖRS, KUNKEL, WENGER, *Römisches Recht*<sup>4</sup>, opera curata da HONSELL, MAYER-MALY, SELB, Berlino, Heidelberg, New York, 1987;

K. SCHMIDT, *Geld und Geldschuld im Privatrecht. Eine Einführung in ihre Grundlagen*, in *Juristische Schulung*, 1984;

KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1902;

KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, München, 1971;

KASER, KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*<sup>12</sup>, München, 2003;

KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>6</sup>, München – Berlin, 1968;

KELLER, *Der Römischer Civilprozeß und die Actionen*<sup>5</sup>, Leipzig, 1876;

KISCH, *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, in *Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des Deutschen Reiches*, Jena, 1900;

KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Band 7, Heft 1*, Jena, 1900;

KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, München-Leipzig, 1923;

KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1939;

KÜHNERT, *Zum Kreditgeschäft in den hellenistischen Papyri Ägyptens bis Dioketian*, Freiburg, 1965,

LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil*, München, 1982;

LARENZ, CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, 1995;

LARENZ, WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*<sup>9</sup>, München, 2004;

LEMPPEAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, Berlino, 1972;

LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*<sup>6</sup>, München, 1998;

LIVIUS, *Ab urbe condita*, 23, 48-49;

LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965;

MADDALENA, voce "Genus" (*diritto romano*), in *Novissimo Dig. It.*, VII, 1961;

MAJELLO, *L'individuazione nella vendita di genere*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957;

MANN, *Das Recht des Geldes*, Frankfurt a. M. – Berlin, 1960;

MARX, *Zur Kritik der Politische Ökonomie*, in ENGELS, MARX, *Werke*, Berlin, 1981;

MASTROPAOLO, voce *Obbligazione*, III, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990;

MEDICUS, *Die konkretisierte Gattungsschuld*, in *Jus*, 1966;

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957;

MEYLAN, *La g n se de la vente consensuelle romaine*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1953;

MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abteilung: die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853;

MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete, in Gesammelte Schriften, III*, Berlin, 1907;

MORIANI, *La filosofia del diritto nel pensiero dei giureconsulti romani*, Firenze, 1876;

MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Obbligazioni, artt. 2028 – 2042*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1981;

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1962;

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. II. Il comportamento del debitore*, Milano, 1984;

NEUMANN, *Geschichte des Wechsels im Hansagebiet bis zum 17. Jahrhundert nach archivalischen Urkunden*, Erlangen, 1863,

NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. del Dir.*, I;

NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925;

NUSSBAUM, *Money in the law national and international*, Brooklyn, 1950;

OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1972;

PAECH, *Die Leistungsverzug*, Berlin, 1912;

- PANUCCIO, *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Milano, 1972;
- PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, I*, Halle, 1873;
- PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948;
- PINO, *Osservazioni sulla fungibilità dei beni*, in *Bancaria*, 1955;
- PLANCK, § 279, *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Band II: Recht der Schuldverhältnisse<sup>4</sup>*, Leipzig, 1914;
- POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, Milano, 1809;
- PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *AA.VV., Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991;
- PURICELLI, nota a *Cass.*, 3 febbraio 1998, n. 1038, in *Contratti*, 1999;
- QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Obbligazioni e contratti*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da RESCIGNO, vol. 9, 1, Torino, 1984;
- RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Band. I und II, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Berlin – Tübingen, 1958;
- RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004;
- RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu – Messineo*, Milano, 1971;
- RUPPRECHT, *Kleine Einführung in die Papyruskunde*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1994;

- SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004;
- SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924;
- SCHERMAIER, *Verantwortlichkeit des Schuldners*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband*, Tübingen, 2007;
- SCHEY, *Die Obligationsverhältnisse*, vol. I, Manz, Wien, 1890;
- SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2002;
- SCHUPFER, *Studio critico sulla guadia longobarda*, in RISG, 1915;.
- SCHÜRHOLZ, *Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht*, Baden – Baden, 2005;
- SECKEL, LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1927;
- SENECA, *Epistulae*, 58.
- SENSINI, *La specificazione nella compravendita di genere*, Firenze, 1934;
- SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover, 1992;
- SIMITIS, *Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1960/61;
- SIRKS, *Food for Rome, Food for Rome: the Legal Structure of the Transportation and Processing of Supplies for the Imperial Distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam, Gieben, 1991;

SOKOLOWSKY, *Die Philosophie im Privatrecht*, Halle, 1902;

STOBBE, *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts*, Leipzig, 1855 - Neudruck, 1969;

STURM, *Origine et évolution de la mancipation Synthèse rétrospective de l'enseignement de Ph. Meylan*, in *Mélanges Piotet*, Berna, 1990 ;

TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954;

TALAMANCA, voce *Società in generale (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XLII;

TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993;

THIELMANN, *Traditio und Gefahrübergang*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1989;

TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, Leipzig, 1900;

UBBELOHDE, *Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches in zweiter Lesung*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1896;

ÜZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Boston, South Africa, 1992;

VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in *Studi giuridici*, vol. III, tomo I, Milano 1960;

VASSALLI, *Studi economico giuridici*, Cagliari, 1916;

VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, 2007;

VOCI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>6</sup>, Milano, 2004;

VOLLKOMMER, *sub § 313*, in JAUERNIG, *BGB Kommentar*, München, 2003;

VON LÜBTOW, *Cato leges venditioni et locationi dictae*, in *Eos*, 1956;

VON MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert*, München, 1974;

VON SAVIGNY, *Das Obligationrecht als Teil des heutigen, römischen Rechts*, I, Berlin, 1851;

VON SAVIGNY, *Das Obligationrecht als Teils des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1851;

VON STREBUT, *Geld als Zahlungsmittel und Rechtsbegriff*, in *Jura*, 1982, 561;

WÄCHTER (herausgegeben von), *Pandekten, I Band, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1880;

WÄCHTER (herausgegeben von), *Pandekten, II Band, Besonderer Teil*, Leipzig, 1881;

WÄCHTER, *Erörterungen aus der römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht*, Stuttgart, 1846;

WATSON, *The Origin of Consensual Sale: A Hypothesis*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1964, vol. 32;

WIEACKER, *Recensione* [all'opera di Cancelli], in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1964;

WIEACKER, *Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung*, in *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1942;

WINDSCHEID, *Pandette*, § 141

WOLFF, *Das Geld*, in EHRENBURG, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, vol. IV, Leipzig, 1917;

## INDICE

INTRODUZIONE..... pag. 2

**I. IL GENUS IN OBLIGATIONEM DEDUCTUM:  
CONCETTO E PROFILI STORICI.....pag. 6**

SOMMARIO: 1. IL NEGOZIO SU COSA GENERICA. PROFILI GENERALI. 2. L'OBBLIGAZIONE GENERICA NELLE SUE ORIGINI: IL DIRITTO ROMANO. 3. (SEGUE) IL GENUS IN SENSO LOGICO E IN SENSO GIURIDICO. 4. (SEGUE) PARTIZIONI: COSE GENERICHE E COSE FUNGIBILI. GENUS PURO E GENUS LIMITATO. 5. LA VENDITA COME PRECIPUO NEGOZIO SU COSA GENERICA: IL DIRITTO ROMANO. 6. IL DIRITTO INTERMEDIO. EQUIVOCI E APORIE. 7. SIGNIFICATO GIURIDICO DELL'APPARTENENZA DELLA COSA AD UN GENERE NELLA TEORIA DELL'OBBLIGAZIONE. 8. OBBLIGAZIONE DI GENERE E OBBLIGAZIONE PECUNIARIA. 9. L'OBBLIGAZIONE DI GENERE E LA RESPONSABILITA' DEL DEBITORE.

**II.  
L'OBBLIGAZIONE DI GENERE E IL RISCHIO  
DI PROCURABILITA' DELLA COSA.  
PROFILI COMPARATIVI.....pag. 92**

SOMMARIO: 1. POSIZIONE DELLE QUESTIONI PRINCIPALI. 2. LA PAROMIA GENUS NUMQUAM PERIT NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA FRANCESE. CENNI. 3. IL PARAGRAFO 279 BGB A.F. PROFILI PROBLEMATICI. 4. ALCUNI "LEADING CASES" NELLA GIURISPRUDENZA TEDESCA E SVIZZERA. UN CASO "CLASSICO". LE UOVA DELLA GALIZIA. 5. (SEGUE) IL *PORSCHFALL*. 6. (SEGUE) LO *CHATEAU-PETRUS-FALL*. 7. *VORRATSSCHULD* E GENERE LIMITATO. 8. OBBLIGAZIONE GENERICA E OBBLIGO DI PROCURARE. STRUMENTALITA' DI QUEST'ULTIMO. 9. (SEGUE) ANCORA SULL'OBBLIGO DI PROCURARE COME OBBLIGO STRUMENTALE. 10. I LIMITI DEL RISCHIO NELL'OBBLIGO DI PROCURARE E LA RESPONSABILITA' NELLA DOTTRINA TEDESCA. 11. LA DISCIPLINA IN MERITO DEL § 276 BGB DOPO LA RIFORMA.

**III  
I LIMITI DELLA RESPONSABILITA' DEL DEBITORE  
DI GENERE NEL NOSTRO DIRITTO VIGENTE.....pag.131**

SOMMARIO: 1.PREMessa. 2. IL QUADRO DOTTRINALE DI RIFERIMENTO. 3. IL CONCETTO DI DEBITO DI GENERE NEL VIGENTE DIRITTO ITALIANO DELLE OBBLIGAZIONI. 4. LA DETERMINAZIONE DEL GENERE COME QUESTIONE INTERPRETATIVA. 5. INTERPRETAZIONE DELL'ACCORDO COME STRUMENTO PER INDIVIDUARE LA LATITUDINE DEL GENERE E LA MISURA DELLA RESPONSABILITÀ DEBITORIA. 6. L'OBBLIGO DI PROCURARE E L'ASSUNZIONE DEL RISCHIO COME PARAMETRO FONDAMENTARE PER DELIMITARE LA RESPONSABILITÀ DEL DEBITORE DI GENERE. 7. L'IDEA DI UNA DISCIPLINA PARTICOLARE DELLA RESPONSABILITÀ PER IL DEBITORE DI COSA GENERICA. CRITICA. 8. LA DELIMITAZIONE DEL GENERE COME INDICE PER INDIVIDUARE LA MISURA DELLA RESPONSABILITÀ DEBITORIA. 9. DILIGENZA E SACRIFICIO DEL DEBITORE NELL'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE DI COSA GENERICA. 10. (SEGUE) LA MISURA DEL SACRIFICIO ESIGIBILE DAL DEBITORE, IN PARTICOLARE. 11. L'ECCEZIONE DI INESIGIBILITÀ COME STRUMENTO DI DELIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEBITORIA NELL'OBBLIGAZIONE DI GENERE. 12. (SEGUE) L'ECCEZIONE DI INESIGIBILITÀ E IL SUO FONDAMENTO NEGOZIALE E LEGALE. 13. IL RISCHIO DELLE SOPRAVVENIENZE NELL'OBBLIGAZIONE GENERICA. SACRIFICIO DEL DEBITORE DI COSA GENERICA ED ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA. 14. (SEGUE) SACRIFICIO DEL DEBITORE DI COSA GENERICA E BASE NEGOZIALE.

**SINTESI CONCLUSIVA.....pag. 200**

ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA DEL LAVORO IN LINGUA ITALIANA E INGLESE...**pag. 206**

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....  
....**pag. 208**

INDICE.....**pag. 224**

\*\*\* \*\*