



### Riflettendo sulle ‘Immagini del rapporto obbligatorio’ di Francesco Gambino\*



Pasquale D’Ascola

Primo Presidente aggiunto della Corte di Cassazione

Per presentare un’opera giuridica complessa, profonda, pensosa, un’opera della maturità di uno studioso tra i più attenti della civilistica italiana, occorre scegliersi un accompagnatore che faccia da raggio di illuminazione del percorso.

Per questo lavoro l’ho trovato nel breve ma succoso intervento pronunciato nel dicembre scorso da Alessio Zaccaria nella sua amata Ferrara in ricordo di Giorgio Cian<sup>1</sup>.

Scrivendo Zaccaria che nelle *Note introduttive* inserite nella seconda edizione del Commentario breve al codice civile, quella del 1984, si può rinvenire lo scheletro di quel *Manuale di diritto delle obbligazioni* che il suo maestro non pubblicò mai.

Annota cinque punti:

- a) la fondamentale distinzione tra rapporto obbligatorio in senso stretto (diritto di credito a una determinata prestazione) e rapporto obbligatorio in senso ampio (complesso delle posizioni giuridiche che scaturiscono da un determinato vincolo);
- b) art. 1173 ed elencazione delle fonti delle obbligazioni;
- c) art. 1175 e portata del principio etico giuridico di buona fede quale arricchimento del rapporto obbligatorio in relazione agli obblighi principali e agli obblighi collaterali (di protezione, cooperazione, informazione);
- d) art. 1337 sulla natura contrattuale degli obblighi precontrattuali;
- e) art. 1141 e caratteri della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi;

\*\*\*

Rintracciamo questi snodi fondamentali nel trattato sul rapporto obbligatorio che oggi presentiamo.

\* Introduzione al Seminario di studio, tenuto presso la Corte di cassazione, *Le immagini del rapporto obbligatorio* - Roma, 25 settembre 2024 col patrocinio dell’Associazione Civilisti Italiani.

<sup>1</sup> ZACCARIA, “1985” *Il mistero del manuale delle obbligazioni di Giorgio Cian*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 527.

Saliamo a ritroso, senza ordine numerico: non potendo, pena una noiosa e malriuscita imitazione dello scritto, ripeterne puntualmente i passaggi, facciamoci sedurre dai colori delle parole.

Due volte ritrovo un'espressione significativa in esordio del pensiero: "non c'è frammento": ebbene poche righe dopo la nota 288, dedicata ai contratti con effetti di protezione verso i terzi, Gambino scrive testualmente che «si potrebbe affermare, con una immagine (*forse non a caso il prof. Scognamiglio ha scelto per titolo del seminario odierno la parola immagine*) che non c'è frammento nel flusso delle realtà che non possa essere attirato sotto le lenti dell'art. 1173».

Lo spunto gli giunge dalla categoria dei contratti di cui alla nota menzionata, categoria – riferisce – fondata sul principio costituzionale di solidarietà sociale mediato dalla clausola di buona fede. Meccanismo che consente di estendere gli obblighi di protezione, che sarebbero riservati solo al contraente, ai terzi che si trovano con un contraente in rapporto tale da essere esposti al medesimo rischio.

Superfluo è, nello spirito della trattazione, un aggiornamento delle esemplificazioni giurisprudenziali, cosicché Gambino non si avventura nel verificare gli esiti della pur da lui citata Cass. 11503 del 1993<sup>2</sup>, sul danno del medico rispetto alla procreazione (sfociata, mi vien da pensare in Cass. 14488 del 2004<sup>3</sup> est. Segreto) e anche sul contatto sociale (alludo alle ansie che si colgono in Cass. 29711/2020 e 3350 del 2024). Preme infatti all'autore carpire il senso della formula legislativa e quindi la relazione tra l'art. 1173 e il 12 preleggi. Di qui perviene a constatare la distinzione tra fonte materiale e fonte formale e poi alla rilevanza dei principi costituzionali e alle direzioni cui ci avvia la filosofia dei valori.

In sintesi ricorda (nota 309) che il triplice indirizzo di quest'ultima è catalogato da Irti rinvenendo in Perlingieri il positivismo costituzionale, in Mengoni il meta positivismo, in Lipari il positivismo o empirismo sociologico. E l'autore non si sottrae, con la lunga nota 311, alle obiezioni rivolte in dottrina alla prima edizione del volume; gli interessa che al lettore, magari il magistrato che studia o che sta affrontando un caso delicato, sia chiaro il metodo interpretativo, la logica pensante, non l'esempio pedissequo.

Spiega quindi i due indirizzi più noti: la concezione normativa e formalista e la visione – che egli definisce in senso lato soggettiva – che scioglie l'ordinamento dalle norme. Rimanda all'attualità della polemica tra Kelsen ed Erlich e di lì avanza per farci capire come la fonte dell'obbligazione è il risultato dell'attività dell'interprete.

Così si è detto anche del punto b).

\*\*\*

Ma eravamo partiti dal suadente *refrain* "non c'è frammento".

Lo ritroviamo a pagina 249 dove nella sezione sul declino della fonte – e vengo al punto c) – si discute della portata di 1175 e 1375 c.c. e si annuncia appunto che non vi è

<sup>2</sup> Sentenza n. 11503 del 22/11/1993, in *Il Foro Italiano*, 1994, 09, I, c. 2479.

<sup>3</sup> Sentenza n. 14488 del 29/07/2004, in *Giur. It.*, 2005, 06, 1147.

frammento del rapporto di obbligazione, nel costituirsi attuarsi estinguersi, che sfugga all'efficacia pervasiva della buona fede e correttezza. Di qui le acute precisazioni sulla distinzione tra buona fede e diligenza, la percezione della complessità del concetto di prestazione e l'individuazione della nozione di programma quale nozione "più adeguata a esprimere" il fenomeno, a far comprendere che essa segna il passaggio dall'art. 1218 agli artt. 1175 e 1375 c.c, alla dilatazione del comportamento complessivamente dovuto.

Gambino rende omaggio al primo Falzea che introdusse il concetto di programma e lo fece maturare nella scuola messinese (pag. 252) e ci spiega il senso specifico del termine. Con esso, sostiene, si allude alla negazione della nozione astratta di rapporto, si coglie quella tensione al presente che deve connotare attuazione e programma visti nel concreto agire delle parti e dunque si annacqua – scrive il nostro Autore – il nesso tra fonte ed effetto in un contesto – il campo di azione della buona fede – che è quello dei comportamenti singolari delle parti in «ragione delle circostanze del caso».

Il lettore troverà poi soddisfazione intellettuale nell'ordinata ricostruzione della funzione della clausola generale di buona fede e sulle due funzioni – correttiva e integrativa – fino alle conclusioni, quasi dei principi di diritto, poste in corsivo a fine pag. 263.

\*\*\*

Riprendiamo la pista emiliano-romagnola. Sulla natura degli obblighi precontrattuali si sofferma il capitolo secondo che, dopo aver posto i termini dei due indirizzi, quello del contratto e quello dell'illecito, che si contendono il titolo della responsabilità precontrattuale, pone sincera attenzione agli sviluppi giurisprudenziali, portando subito in evidenza la sentenza est. Valitutti n. 14188 del 2016<sup>4</sup> (annotata tra gli altri da Scognamiglio, Di Majo, Piraino e che giustamente viene riconnessa alla successiva n. 8236 del 2020<sup>5</sup> est. Cosentino, fondamentale per i rapporti con la giurisdizione amministrativa), sentenza 14188 che ha parlato di responsabilità prossima a quella contrattuale.

Gambino ha cura di riprendere con Galgano la forza dell'avverbio direttamente che nella sentenza n. 5577 del 1985 (La Torre - Pontradolfi) delinea l'obbligo preesistente tra le parti benché posto non da contratto, ma appunto "direttamente" dalla legge. E mi piace riferirvi che la catena di richiami che nella banca dati curata dall'Ufficio del Massimario promana da questa sentenza arriva, circostanza inconsueta, fino a parecchie sentenze del 2024. Qui nella violazione di legge di cui parla la 5577 l'interprete vede, secondo Gambino, la fonte dell'obbligazione rintracciabile nei presupposti indicati dal 1337.

\*\*\*

Ecco poi la breve e avvincente descrizione del trasformarsi della libera iniziativa individuale tesa all'interesse egoistico in oneri di diligenza, non più nel proprio esclusivo interesse ma anche a tutela dell'interesse altrui. E qui si schiude un altro passaggio che

<sup>4</sup> Sentenza 14188, del 12/07/2016, in *Il Foro Italiano*, 2016, 9, 1, 2695.

<sup>5</sup> Sentenza 08236 del 28/04/2020, in *Giur. It.*, 2021, 6, 1349.

mi ha interessato, quello svolto nelle note 176 e 177 – quest'ultima di tre fitte pagine – in risposta a Fabrizio Piraino, dove si affronta il tema del rapporto di questi obblighi con la conservazione della garanzia patrimoniale. In queste pagine mi permetto di rilevare la significativa considerazione attribuita alla giurisprudenza di merito, vero alimento del conflitto dottrinale, il quale, per attingere la prova di veridicità, deve misurarsi con lo svolgersi concreto delle contese, come si fa, al momento giusto e quando è indispensabile, in questo trattato delle obbligazioni.

Non tratto il punto primo del percorso indicato inizialmente, cioè la distinzione tra rapporto obbligatorio in senso stretto (diritto di credito a una determinata prestazione) e rapporto obbligatorio in senso ampio (complesso delle posizioni giuridiche che scaturiscono da un determinato vincolo). Ho il sospetto – che cela insieme un auspicio e una curiosità di pratico – che la risposta ci verrà dalle tante immagini che i successivi relatori staglieranno nell'ideale schermo di questo pomeriggio di studi, a guisa di membra che nella moderna realtà virtuale colmano lo scheletro dettato in principio e lo fanno diventare corpo vivente.