



## In dialogo con Francesco Gambino sulle obbligazioni\*



Andrea Nicolussi

Prof. ord. dell'Università Cattolica di Milano

**SOMMARIO:** 1. *Effatà*: il dialogo scientifico come metodo. – 2. Il *novum* delle fonti di obbligazione e della stessa obbligazione. – 3. La prospettiva storia. – 4. La tensione politica nel riferimento alla legge delle codificazioni ottocentesche. – 5. Profili sistematici. Il principio bipolare nella sistematica delle fonti di obbligazione. – 6. Alcune differenze di disciplina talora offuscate. – 7. Obbligazioni autonome di protezione come struttura semplice di responsabilità.

### 1. *Effatà*: il dialogo scientifico come metodo

Scrivono Tullio Ascarelli che «*la rinuncia allo studio comparativo induce ad assumere come eterne e naturali caratteristiche invece storiche e transeunti e perciò conduce ad una rinuncia a quel rinnovamento che è legge di vita, ad una rinuncia all'esperienza altrui, chiudendosi in una specie di provincialismo intellettuale che mette facilmente capo ad un bizantinismo auto-soddisfatto*». La comparazione giuridica non è che una declinazione dell'idea più generale del confronto e del dialogo intellettuale che non dovrebbe avere confini, ma solo vincoli metodologici. E così, nella medesima prospettiva, lo sviluppo del diritto (la *Rechtsfortbildung*) è il prodotto di un fertile scambio culturale tra giuristi nell'ambito di quella dimensione scientifica che chiamiamo dottrina e, in pari tempo, è il frutto di un dialogo serio e vicendevolmente rispettoso tra dottrina e giurisprudenza. Ora, è in questa chiave dialogica che ho letto la seconda edizione de *Il rapporto obbligatorio* di Francesco Gambino nel quale l'autore ha senz'altro rivolto uno sforzo ammirevole nell'entrare in

---

\* Relazione presentata 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.

dialogo con coloro che si sono occupati del tema, oltre che con gli apporti giurisprudenziali.

Francesco Gambino, come capita in generale a chi si è formato in una scuola con connotati chiari e distinti, denota un certo *imprinting* metodologico. Tuttavia, soprattutto in questa seconda edizione non si può non rilevare una contaminazione tra lo stile e il metodo molto attento alla dimensione logica e linguistica e una nuova tensione ermeneutica. Sebbene talora egli descriva addirittura come un *inquinamento* del discorso giuridico il riferimento a idee extragiuridiche, ad esempio parlando di comportamento (p. 51), nel complesso prevale un'apertura che ne segna di fatto l'uscita dalla remora kelseniana. A scanso di equivoci, questa uscita non è da confondere con una scivolata metodologica; non si tratta di un cedimento a certe mode di debolezza concettuale, ma semmai di un guadagno di equilibrio e quindi un arricchimento del repertorio tecnico. Del resto, la scelta, rinnovata in questo libro, di dedicarsi alle obbligazioni, alla parte alpina del diritto civile, come fu detto (Henle), significa scegliere un terreno decisamente inadatto a una fuga dall'argomentazione giuridica, cioè dai vincoli insuperabili del discorso giuridico. Si pensi alla scorciatoia, da taluno propugnata, del rifiuto delle fattispecie, le quali invero delimitano il campo d'applicazione delle norme giuridiche, evitando inutili o ideologiche collisioni tra principi. La questione non è, insomma, quella di rinnegare l'autonomia del discorso giuridico. Del resto, autonomia non significa autarchia epistemologica né immobilismo, cioè forme di chiusura che farebbero perdere al diritto la presa su quella stessa realtà che il diritto pretende di regolare. Nemmeno la stessa tecnica della fattispecie può essere svolta in una maniera statica, la quale farebbe concepire in modo troppo meccanicistico la produzione degli effetti giuridici. Come dice bene Luca Nogler, l'interprete, che nel tempo in cui svolge il giudizio confronta l'enunciato generale e astratto della norma posta nel passato (allora) col caso da decidere (qui ed ora), deve sempre di nuovo reinterpretare quell'enunciato in modo da giudicare in funzione dell'unico tempo in cui vive: il presente con i suoi valori, le sue esigenze, i significati nuovi che le parole assumono.

Si tratta, in ultima analisi, dell'esigenza ermeneutica di misurarsi efficacemente con i problemi (le domande) della realtà, favorendo quel rinnovamento che è legge di vita, come dice Ascarelli, confermando altresì un ulteriore elemento metodologico: il rispetto di quel principio di (ricerca della) verità della forma giuridica che impone una corrispondenza tra forma e sostanza, in modo che le parole del diritto ne esprimano più compiutamente e coerentemente le ragioni.

## 2. Il *novum* delle fonti di obbligazione e della stessa obbligazione

In questa prospettiva, il libro mostra attenzione verso una novità molto significativa, ad un tempo ermeneutica e dogmatica, del discorso sulle obbligazioni, ossia l'affermarsi di quella sottospecie di obbligazione che è rappresentata dall'obbligazione autonoma di protezione (che la giurisprudenza denomina responsabilità da contatto sociale qualificato e che in dottrina fu denominata dal suo «scopritore», Carlo Castronovo, obbli-

gazione senza prestazione). È la forma giuridica con la quale il diritto contemporaneo ha inquadrato le relazioni da affidamento che l'intensificarsi dei rapporti socio-economici moltiplica, rendendo obsoleta la dicotomia di stampo volontaristico tra contratto e torto quali uniche fonti di obbligazioni. Gambino ne parla come di una «rilevante variazione di senso nel concetto di obbligazione», e condivisibilmente egli ne segue le due principali linee di osservazione, quella a monte, che concerne il tema delle fonti, e quella a valle, strutturale e sistematica.

Quanto alle fonti, egli procede proprio da un confronto tra fattispecie ed effetti giuridici dell'art. 1173 c.c.: «*La norma provvede a designare la parte dispositiva (l'effetto della obbligazione), lascia indeterminata, nell'inciso di chiusura, la parte ipotetica («ogni altro fatto idoneo» a produrre obbligazioni scilicet: in conformità con l'ordinamento giuridico); col risultato di enunciare l'effetto senza identificarne la causa. Poiché è in gioco il senso e l'utilità di una norma sulle fonti delle obbligazioni, è necessario chiarire il circolo logico che, raccolto nell'art. 1173 c.c., sembra compromettere il valore pratico e sistematico della suddivisione»* (p. 33-34).

In sintesi molto rapida, diciamo che Gambino coglie l'idoneità a produrre obbligazioni in conformità con l'ordinamento giuridico su un versante che include fenomeni collocabili in «una zona intermedia tra la fonte come fattispecie normativa e la fonte come evento del reale. Come fattispecie normativa perché le clausole generali sono concetti, bensì elastici, ma pur sempre legislativi; come evento del reale perché sono concetti che si determinano con ciò che sta fuori delle norme giuridiche» (p. 81).

La citazione è tratta da una pagina nella quale si prende spunto dalle obbligazioni precontrattuali e più in generale da obbligazioni che sorgono sulla scorta della clausola generale della buona fede. L'autore reagisce a quella che viene colta come una semplificazione, se non addirittura «una formula subdola e antiquata, costruita sul rapporto tra volontà del singolo e autorità della legge».

Ora, non c'è dubbio che quando si fa riferimento a obbligazioni nascenti da un contatto sociale qualificato e che sono frutto, in una certa misura, della clausola della buona fede oggettiva si constata un fenomeno peculiare. Un fenomeno che implica, da un lato, almeno una progressività della tipicità delle fonti dell'obbligazione e, dall'altro, anche l'emersione di una sottospecie delle obbligazioni. Le obbligazioni autonome di protezione, infatti, sono obbligazioni senza prestazione, strutture relazionali di responsabilità che la medesima dimensione relazionale fa ricondurre all'alveo della responsabilità da inadempimento (o da violazione di obblighi).

Con tale concettualizzazione, viene a maturazione un processo storico che deriva dalla sopravvenuta insufficienza nella società contemporanea della bipartizione tra obbligazioni volontarie, assoggettate al principio del contratto, ed obbligazioni *ex lege*, principalmente ricondotte al delitto, ossia a una volontà rimproverabile. In mezzo, si scopre un territorio di relazioni improntate all'esigenza di tutelare gli affidamenti che legittimamente e oggettivamente esse creano, generando in tal modo occasioni specifiche di danno, onde la responsabilità che ne deriva sembra trovare la sua scaturigine nell'inadempimento di un'obbligazione di protezione sorgente propriamente dal fatto della relazione e della sua qualità, tali da imporre *ex fide bona* la condotta protettiva.

### 3. La prospettiva storia

Questa novità rispetto alla tradizionale tassonomia delle fonti di obbligazione può essere vista sullo sfondo di una prospettiva storica nella quale la stessa regola delle fonti di obbligazione ha mutato segno, da regola descrittiva di una normalità storicamente rilevata a regola prescrittiva correlata agli stessi nuovi assetti costituzionali o fonti del diritto.

Invero, in chiave storico-comparatistica, il fatto che dal diritto romano il tema delle fonti sia apparso più come una questione di ricognizione delle fonti esistenti, una *quaestio facti*, che una questione normativa, risulta dal confronto tra i due modelli ottocenteschi franco-italiano e germanico: mentre il codice dei francesi e quello italiano del 1865 presentano una norma sulle fonti delle obbligazioni, il *BGB*, al contrario, non ne presenta alcuna.

Sembrirebbe che mentre il *BGB*, dando in qualche modo retta a Savigny, abbia evitato di indulgere in una regola descrittiva, lasciandola quindi, almeno nelle sue linee generali, alla dottrina, nei codici franco-italiano si sia reso omaggio a una tradizione che risale fino a Gaio e che vale tanto con riguardo alla sua bipartizione (*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*) quanto, sempre che si possa considerare autenticamente sua, alla tripartizione [*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* (nelle *Res cotidianae*)]. Una descrizione che, come è noto, viene ripresa da Giustiniano, il quale si limita a precisare le *variae causarum figurarum* tramite le due categorie del quasi-contratto e del quasi-delitto.

Certo, tra Roma e Bisanzio, come si legge nella bella ricostruzione di Albertario, qualcosa si muove, perché, da un lato, viene meno la rigida distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium* con la conseguente «civilizzazione», come nuove fonti, delle soluzioni processuali in precedenza create, di volta in volta, dal pretore, privo nel diritto romano classico di competenza legislativa, per supplire alle lacune dello *ius civile*: fenomeno quest'ultimo che, in fondo, aveva messo allo scoperto *ante litteram* la possibile tensione tra una regola di tipicità tassativa delle fonti ed esigenze evolutive e sistematiche. Dall'altro lato, i bizantini, mentre accolgono la quadripartizione (contratto; delitto; quasi-contratto; quasi-delitto), muovono ormai da una concezione diversa di *contractus* e anche di *delictum*: il *contractus* non è più un affare identificato oggettivamente, ma un affare concepito in funzione del consenso (una convenzione), così come il *delictum* deve essere in qualche modo collegato a una dimensione della volontà. In altri termini, il contratto viene concepito come un atto volontario, e volontarie sono quindi le obbligazioni che ne derivano, mentre il delitto è un atto doloso, frutto (avvelenato) di una intenzione di nuocere. Accanto al *delictum* come atto doloso si inizia, però, a pensare al *quasi delictum*, inteso come atto colposo, onde si distinguono due tipi di responsabilità in corrispondenza a una volontà diretta alla lesione e a una volontà, pur rimproverabile, ma non direttamente rivolta a cagionare il danno. Questo aspetto, che rimane in ombra nella ricostruzione storica di Gambino (p. 42), è messo in luce da Albertario, il quale rileva che «la dottrina civilistica prevalente è riuscita ad eliminare come ormai definitivamente superata l'opinione di quelli che ritenevano essere delitto l'atto positivo e quasi delitto l'omissione, e l'opinione di quegli altri

che ritenevano essere delitto il fatto proprio e quasi delitto il fatto altrui». Del resto, l'idea che il delitto sia solo quello doloso può addirittura farsi risalire ad Aristotele secondo il quale il giudice che per errore pronuncia una sentenza ingiusta non commette un atto illecito, ma un atto che va considerato alla stessa stregua degli illeciti. «La distinzione tra delitto e quasi delitto è nel diritto moderno un puro residuo archeologico. Giacché il codice francese ed il nostro, come il germanico, hanno rinunciato in tema di responsabilità extracontrattuale a ogni disparità di trattamento fra il dolo e la colpa, ne consegue la assoluta irrilevanza pratica della distinzione. E io non ho bisogno di richiamare l'assurdo per cui, dato che il delitto è l'atto illecito doloso e il quasi delitto è l'atto illecito colposo, nel caso che alcuno dovesse risarcire dei danni in seguito a un reato colposo, per esempio in seguito a omicidio colposo, sarebbe tenuto per un atto che è delitto secondo la legge penale, che è quasi delitto secondo la legge civile». Sono ancora parole di Albertario, il quale partecipò alla redazione della disciplina del codice sulle obbligazioni.

In questa ottica, i redattori del *BGB* non ritennero necessario dettare una disposizione normativa generale sulle fonti. Per un verso, il § 823 aveva ormai portato a compimento il principio di equivalenza tra colpa e dolo (principio che riterrei preferibile chiamare invece di sufficienza della colpa) ai fini dell'illecito civile, cancellando il quasi delitto; per un altro, il § 350 (della *alte Fassung* del *BGB*), che ora corrisponde al primo comma del § 311, poteva essere visto come una norma settoriale sulle fonti, in cui ancora si sancisce il principio del contratto e della correlativa tipicità delle promesse unilaterali: *Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt*. Le obbligazioni volontarie debbono, dunque, in linea di principio, ricevere consenso sia dal debitore sia dal creditore. Su questo punto la legge non è descrittiva, perché preclude la nascita di obbligazioni nascenti da atti unilaterali, salvo che nei casi in cui la legge stessa ne preveda la possibilità. Si riserva quindi al legislatore la possibilità di evoluzione nel senso di una eventuale apertura a fonti volontarie unilaterali di obbligazione.

Tuttavia, la mancanza di una norma generale sulle fonti ha in qualche misura indotto a una sorta di aggiornamento pretorio del *BGB*, ossia una *Rechtsfortbildung* con cui dottrina e giurisprudenza hanno plasmato gli obblighi di protezione e quindi anche una regola generale di responsabilità precontrattuale: uno sviluppo del diritto applicato che ha certamente prodotto una significativa innovazione rispetto al sistema tradizionale delle fonti. D'altra parte, appare rilevante il fatto che il legislatore della riforma abbia sentito il bisogno di dire una sua parola al riguardo, aggiungendo un altro significativo frammento in tema di fonti dell'obbligazione. Infatti, ora il § 311 *BGB* prevede accanto alle obbligazioni derivanti da negozio (*rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse*) le obbligazioni derivanti da fatti similnegoziali, o, verrebbe da dire, da quasinegozio (*rechtsge-schäftsähnliche Schuldverhältnisse*).

Pertanto, l'evoluzione del diritto applicato e l'aggiornamento del *BGB* tramite la riforma hanno portato non solo a una innovazione di contenuto sul piano delle fonti, ma altresì a una innovazione rispetto alla mancanza di una regola generale sulle fonti stesse. Ora, il § 311 *BGB* provvede a una regola in materia di fonti che, sebbene non esaustiva,

nemmeno consente più l'affermazione secondo la quale la regola sulle fonti è mera questione descrittiva di una realtà normativa data, una classificazione ricognitiva da lasciare alla dogmatica giuridica. Tra il contratto e il fatto illecito, che il *BGB* concepisce secondo un criterio di tipicità analitica, la legge ora accoglie le obbligazioni meramente di protezione che circoscrive a quelle relazioni di avviamento di un contratto o a contatti simil-negoziali in cui una parte concede all'altra la possibilità di incidere su propri diritti, beni giuridici o interessi oppure affida questi ultimi all'altra (*die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte*).

A questo punto, il § 311 *BGB* appare come una norma sulle fonti a metà del guado: da un lato, non è ancora una norma generale sulle fonti e, nella misura in cui recepisce lo sviluppo del diritto applicato sulle *Schutzpflichten*, può dirsi descrittiva, quasi un aggiornamento del catalogo; ma, dall'altro lato, proprio su questo ultimo versante il legislatore sembra voler stabilire un confine, precisando il tipo di contatto socialmente qualificato (*ähnliche geschäftliche Kontakte*) che è necessario per far sorgere tali obbligazioni e omettendo qualsiasi riferimento alla clausola generale di *Treu und Glauben*.

Se ne può inferire che nella misura in cui il diritto giurisprudenziale si è spinto a riconoscere una fonte preterlegale di obbligazioni, il legislatore ha ritenuto suo compito ristabilire l'ordine delle competenze, e senza buttare a mare la *Rechtsfortbildung* comunque prodottasi, ha posto un criterio legale. In tal modo, il *BGB* si è pure aggiornato rispetto alla questione contemporanea sulle fonti, se esse siano frutto di applicazione della legge, o se non vi sia invece la possibilità di essere vincolati a un rapporto obbligatorio di creazione giurisprudenziale. Di fronte a questo nuovo orizzonte problematico, la questione delle fonti delle obbligazioni assume una pregnanza che non può più essere ridotta alla mera descrizione di ciò che è, ma implica l'esigenza di prescrivere una regola, la quale di fatto costituisce una ripartizione di competenza fra legge e giudice.

#### 4. La tensione politica nel riferimento alla legge delle codificazioni ottocentesche

Durante l'Ottocento la questione era decisamente meno avvertita e la dicotomia del Codice francese tra le obbligazioni volontarie e le obbligazioni nascenti dalla legge appare ancora lontana da questa prospettiva. L'articolo 1370 sembra semplicemente informare che alcune obbligazioni nascono senza che vi sia alcuna convenzione né da parte di chi si obbliga né dalla parte verso la quale si è obbligato; le prime sono quelle che nascono involontariamente, come quelle tra proprietari vicini, o quelle dei tutori o degli altri amministratori, i quali non possono ricusare le funzioni che vengono loro attribuite. Le obbligazioni che nascono da un fatto personale di colui che resta obbligato risultano o dai quasi contratti, o dai delitti, o dai quasi delitti.

Invero, la discussione ottocentesca si mostra improntata a un metodo ancora ricognitivo, di carattere logicistico e per qualche aspetto filosoficeggianti, sebbene, quan-

tomeno a uno sguardo nutrito del senno di poi, un processo di cambiamento sembra iniziato.

Il riferimento alla legge, o con le parole di Planiol, alla volontà onnipossente della legge, per imporre un'obbligazione a una persona nell'interesse di un'altra – riferimento sempre più presente nei codici ottocenteschi accanto alle fonti nominate – offre ormai una sorta di passaggio verso l'impostazione politica del problema. Almeno surrettiziamente politica è, infatti, la tensione tra obbligazioni mediate e immediate (obbligazioni *ex contractu* e obbligazioni *ex re*, obbligazioni native e obbligazioni dative), secondo che sia la forza della volontà individuale o direttamente la forza dell'organizzazione sociale a istituire il rapporto obbligatorio, riconoscendo, nel primo caso, l'atto delle parti che lo fondano (volontà di riconoscere un'altra volontà), oppure esprimendo immediatamente, nel secondo, la volontà creatrice. La dialettica vede da una parte un approccio liberale in cui la legge viene richiamata come una sorta di riserva di legge a garanzia del principio del primato del contratto rispetto al quale fonti diverse devono essere previste puntualmente, ossia nominativamente. Dall'altra, vi è la prospettiva del socialismo giuridico che apre a un intervento non eccezionale del legislatore per far sorgere obblighi fondati su ragioni di carattere oggettivo in funzione di quella che Cimbali chiama la necessità sociale. Se è vero che la maggior parte degli autori, come ad esempio Scialoja, era schierata a favore della prima concezione, ormai l'orizzonte si dischiudeva verso una tensione che andava ben oltre la possibilità di un superamento del principio del primato del contratto.

Del resto, poiché le categorie del diritto non sono entità cristallizzate, ma riflettono le esigenze delle diverse epoche storiche, nel passaggio al Novecento non si può non tenere conto, nel discorso sulle fonti delle obbligazioni, dell'esigenza crescente di dare forma in chiave obbligatoria all'intensificarsi dei rapporti di collaborazione che sorgono in una società via via più complessa ed economicamente sviluppata. Lo stesso l'articolo 1173 del codice del 1942, quale che sia stata l'intenzione reale del legislatore storico, ha introdotto due significativi mutamenti linguistici: ha sostituito la parola «legge» con la formula più ampia di «ordinamento giuridico», il quale viene richiamato, a sua volta, come parametro di valutazione nel contesto della formula «ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità con l'ordinamento giuridico».

Sta di fatto che nella seconda metà del Novecento questa nuova formulazione viene ritenuta addirittura in grado di corroborare l'idea secondo cui sarebbe tramontato lo stesso principio di tipicità delle fonti dell'obbligazione. Ciò a rigore significherebbe ammettere fonti che vanno al di là dell'ordinamento giuridico, esito paradossale di una parabola storica iniziata discutendo persino della normatività della regola sulle fonti, pensata come un mero catalogo di quelle tipiche e tradizionali. Ormai, le fonti dell'obbligazione finiscono per riflettere una tensione che non è più interna alla legge, ma sfocia in una certa misura nella questione delle fonti del diritto, e in particolare nell'alternativa tra legge e giudice nella creazione di rapporti obbligatori.

Una questione che solo recentemente e di fronte a un'ipotesi che potremmo dire estrema, quella dei c.d. danni punitivi, ha visto il richiamo dell'articolo 23 della Costituzione («nessuna prestazione patrimoniale o personale può essere imposta se non in base

alla legge»), principio che stranamente viene trascurato nel discorso generale sulle fonti del diritto.

In ogni caso, l'atipicità delle fonti è stata affermata sia in modo diretto che in modo indiretto, ossia per il tramite di una espansione giurisprudenziale della responsabilità extracontrattuale. La clausola dell'ingiustizia del danno riletta nel senso di una clausola generale vera e propria, ma con una direttiva genericissima coincidente con la stessa idea di giustizia, consentirebbe al giudice di individuare fatti idonei a produrre nuove obbligazioni risarcitorie sulla base di standard metalegali, bilanciando interessi, in luogo del legislatore, e superando il limite della risarcibilità delle situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento. Tuttavia, come scrive Claudio Scognamiglio, a questa concezione dell'ingiustizia del danno non accede di fatto nemmeno «la dottrina (Rodotà) considerata abitualmente la sostenitrice più rigorosa e conseguente della tesi della clausola generale», la quale però «si configura in effetti come norma riassuntiva e di rinvio all'area previamente individuata delle situazioni giuridiche rilevanti».

Certo, adottando la prospettiva della responsabilità da violazione di obblighi, il problema della regola delle fonti di obbligazioni diventa più esplicito, perché espandere tale forma di responsabilità implica, effettivamente, riconoscere in modo chiaro e diretto nuove (o innominate) fonti di obbligazione senza nascondersi dietro al paravento della fonte (tipica) rappresentata dal fatto illecito riletto nel senso dell'atipicità.

## 5. Profili sistematici. Il principio bipolare nella sistematica delle fonti di obbligazione

Riconoscere che il nostro sistema di responsabilità, come molti altri, si distende in uno *Spannungsfeld* tra due poli, uno dei quali è la responsabilità da violazione di obblighi e l'altro la responsabilità extracontrattuale, significa non ammettere il monopolio aquiliano. Indulgono invece a questo monopolio quegli autori che, da un lato, inquadrano come una clausola generale l'ingiustizia del danno, e dall'altro, istituiscono un rapporto di regola-eccezione tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità da inadempimento. Tutto ciò che non è espressamente responsabilità da inadempimento potrebbe essere, perciò, soltanto extracontrattuale, onde, in uno spazio normativo dominato dalla responsabilità aquiliana, dovrebbe escludersi l'analogia delle regole di responsabilità da violazione di obblighi.

Se, invece, si mantiene la bipartizione delle due forme di responsabilità, aquiliana e relazionale, la possibilità di ricondurre un fatto dannoso alla responsabilità relazionale non implica violazione del canone della interpretazione delle discipline eccezionali (art. 14 preleggi al c.c.). Anzi, nei territori di mezzo, l'esistenza di una relazione qualificata può sospingere verso l'area più affine della responsabilità da violazione di obblighi. Di qui, mediante l'estensione analogica, la costruzione di un principio di responsabilità da violazione dell'affidamento di cui indubbiamente l'interprete ha l'onere di precisare limiti ed elementi tipici essenziali.

D'altra parte, non sarebbe metodologicamente accettabile la scorciatoia che disconosce carattere vincolante all'art. 12 delle preleggi e promuove una applicazione *top-down* in via diretta, cioè senza filtri, dei principi costituzionali, e ciò per almeno due ragioni. In primo luogo, è condivisibile la preoccupazione che Gambino manifesta in una ampia nota (311) e in un argomentato paragrafo (p. 122 ss.) in cui difende la permanente vigenza dell'art. 12 delle preleggi. Invero, le tecniche di riempimento (e di riconoscimento) delle lacune e in generale dell'estensione nell'applicazione delle norme debbono essere ben collaudate e soppesate, perché in gioco vi sono valori fondamentali, e non soltanto il principio di positività e di certezza del diritto (che ne rappresenta «l'eticità specifica», come è stato detto), ma pure il principio di uguaglianza. Inoltre, i principi costituzionali appartengono in generale a un ordine di discorso che deve tenere conto dell'articolazione dell'ordinamento giuridico introdotta dalla Costituzione. Le norme o principi di quest'ultima si collocano in generale su un piano qualitativamente diverso da quello delle norme ordinarie, sicché la loro operatività esige criteri di declinazione che tengano conto di questa scansione di piani e della correlativa loro diversa natura. In questa sede, si può solo rinviare al tema, ampiamente dibattuto soprattutto nella dottrina tedesca, della riflessione delle norme costituzionali sul diritto privato (*Drittwirkung*). Per altro verso, si potrebbe rilevare che lo stesso art. 23 Cost. esprime un principio costituzionale, onde l'idea dell'atipicità delle fonti di obbligazione dovrebbe comunque confrontarsi con questo principio.

In una linea che ci appare simile a quella da noi proposta si muove Gambino (p. 103), il quale sostiene che «Come è negata la possibilità del ricorso alla consuetudine, così è respinta l'idea di un potere creativo del giudice», per poi affermare che, poiché «non vi è traccia, per le obbligazioni, di un principio di tipicità legislativa», risulta «rimosso il dubbio della possibilità di riconoscere fonti non nominate». In altre parole, la regola sulle fonti preclude al giudice l'esercizio di un potere creativo, ma non gli strumenti dell'estensione analogica e quindi il riconoscimento di fonti, per così dire, innominate. Tassatività e tipicità, del resto, non sono sinonimi. La tassatività, che ci sembra coincidere con quella che Gambino chiama tipicità legislativa, implica una tecnica di redazione delle norme, la quale pretende di esaurire linguisticamente l'ambito di referenza o di operatività della norma stessa, onde quest'ultima è applicabile solo ed esclusivamente alle ipotesi concrete che possano riconnettersi puntualmente agli elementi della fattispecie astratta. Diversamente dalla tassatività, la tipicità non esclude una funzione ricostruttiva da parte dell'interprete che, pur non potendo prescindere dalla disciplina del diritto positivo, può anche valersi di strumenti come l'analogia. La tipicità esclude, invece, la clausola generale, intesa come quella tecnica di redazione delle norme che contiene una direttiva al giudice, il quale per la concretizzazione della direttiva è autorizzato a fare riferimento a standard extranormativi.

Nel caso dell'art. 1173 c.c., il confine del giudice rimane l'ordinamento giuridico, e perciò va esclusa l'atipicità, ma non una dimensione evolutiva o progressiva nella tipicità di cui abbiamo in altra sede parlato ottenendo l'approvazione di Gambino. In quest'ottica, il giudice è autorizzato a non limitarsi alle fattispecie puntualmente previste dalla legge, ma ha il compito di ricavare dall'ordinamento valutazioni di *idoneità* di fatti o atti. Se l'or-

dinamento riconosce, ad esempio, l'obbligo delle parti nelle trattative di comportarsi secondo buona fede, se ne può evincere una valutazione legale di tale contatto sociale in termini di idoneità a produrre obbligazioni, appunto in conformità con l'ordinamento giuridico. Certo, il fatto che l'art. 1337 c.c. faccia ricorso a una clausola generale, sebbene precisamente quella della buona fede che costituisce fin dal diritto romano un sigillo caratteristico dell'obbligazione, implica che la stessa legge accolga un momento di apertura. Ma proprio questa apertura legale dimostra che la clausola generale della buona fede entra in gioco secondariamente in quanto autorizzata dalla legge stessa per una categoria di ipotesi, non come clausola generale che direttamente l'art. 1173 c.c. contempla come potere generale del giudice di creare fonti di obbligazioni atipiche. Del resto, coerentemente con l'art. 1337 c.c., gli artt. 1398, 1718 e 1756 c.c. confermano una valutazione di idoneità di simili contatti sociali ai fini della produzione di un'obbligazione di protezione. In tal modo, quello che Gambino chiama circolo logico dell'art. 1173 c.c., più che un circolo, si dimostra una leva che autorizza l'interprete a estendere analogicamente, in guisa di principio, la tutela dell'affidamento (o meglio della possibilità di fare affidamento), proprio confidando sul giudizio di idoneità puntualmente espresso nel nostro ordinamento. Un giudizio di idoneità che, peraltro, trova riscontro anche all'interno di obbligazioni in senso tradizionale (con obbligo di prestazione) nelle quali l'obbligo primario di prestazione si arricchisce di obblighi di protezione come nel caso dell'art. 1681 c.c. o degli artt. 1206-1207 c.c. per lo stesso creditore (per una serie di esempi, rinvio allo scritto di cui sono coautore, su *Buona fede e correttezza nel rapporto obbligatorio*, Torino 2023).

Il codice civile italiano fa registrare anche una significativa differenza tra la *Rechtsfortbildung* rilevata in questa materia in Germania e in Italia. Mentre la prima sembra squilibrata su dottrina e giurisprudenza, tanto che poi il legislatore si è sentito in dovere di intervenire, in Italia la categoria delle obbligazioni di protezione può contare su un maggior rispetto del principio di positività. Qui dottrina e giurisprudenza, pur senza negare l'ispirazione proveniente dalla Germania, hanno potuto svolgere una funzione maieutica rispetto a un dato normativo che già presentava gli elementi per poter essere esplicitato e sviluppato dogmaticamente in questa direzione. Esso già recepiva un giudizio di idoneità di ipotesi di contatti sociali qualificati come fatti o atti idonei a produrre obbligazioni. Invero, come ebbe a scrivere il maestro di Gambino, riferendosi più in generale a rapporti contrattuali di fatto, anche l'espressione quasi contratto avrebbe potuto essere messa a partito in questo senso, tanto più che in origine non fu intesa come un rapporto di assimilazione, ma come una equiparazione *quoad effectum* (*quasi* nel senso di come se fossero contratti). Tuttavia, la categoria del quasi-contratto già prima del codice civile del 1942 era apparsa obsoleta, probabilmente anche a causa della concezione fortemente consensualistica del contratto che frapponeva un ostacolo, anziché rappresentare un aiuto, nell'accreditare fonti di obbligazioni non basate sul consenso.

## 6. Alcune differenze di disciplina talora offuscate

Distinguere bene fra responsabilità da violazione di obblighi e responsabilità extracontrattuale significa altresì mantenere distinte le due discipline, cogliendone le differenze. Ben note sono le differenze riguardo alla prescrizione e alla prova (in funzione dei diversi «fatti che ne costituiscono il fondamento»), così come riguardo al lucro cessante e ai danni imprevedibili.

Confidando sulla possibilità di dialogo con la giurisprudenza, andrebbe, invece, ricordato che la causalità del fatto è un *proprium* soltanto della responsabilità extracontrattuale, in quanto nella responsabilità *ex art. 1218 c.c.* ciò che rileva ed è sufficiente è l'inadempimento (la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta), onde vi è spazio solo per la causalità dell'evento, la c.d. causalità giuridica (delle conseguenze risarcibili dell'inadempimento). In altre parole, mentre nella responsabilità aquiliana la mancanza di un rapporto previo fa esigere un momento di collegamento causale (qualificato da un criterio di imputazione soggettivo) tra condotta ed evento lesivo, tale esigenza non ricorre nella responsabilità da inadempimento appunto perché le parti sono già in relazione e l'inadempimento è già evento lesivo, quale mancata soddisfazione del diritto del creditore. Né è plausibile obiettare, come scrive un magistrato, che la prova della rilevanza della causalità del fatto anche nella responsabilità da inadempimento risiederebbe nell'art. 1227 c.c. In realtà, la disposizione contenuta in questo articolo è più una conferma che una smentita della irrilevanza in generale della causalità del fatto. La norma in esame rende rilevante un evento che altrimenti non lo sarebbe, ovvero non lo sarebbe in mancanza del fatto colposo del creditore: il concorso del fatto colposo del creditore si fa apprezzare come una sorta di causa estranea che, benché non abbia reso interamente impossibile la prestazione, ne ha costituito un ostacolo, rendendo l'adempimento almeno significativamente più difficoltoso se non parzialmente impossibile. Perciò l'art. 1227 c.c. si pone, non sul piano della fattispecie dell'inadempimento, ma sul piano dell'elemento impeditivo dell'impossibilità sopravvenuta e, pur non configurandola, ammette il concorso del fatto colposo che abbia ostacolato o reso parzialmente impossibile l'adempimento quale fattore di riduzione del risarcimento.

Inoltre, la differenza tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità relazionale implica che tentativi come quello di ritagliare una suddivisione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi non siano appropriati, proprio perché scindono la correlazione funzionale tra comportamento dovuto e interesse del creditore. L'obiettivo di alleggerire in certi casi la responsabilità del professionista mediante la configurazione a stregua di obbligazione di mezzi è un modo per negarne la relazionalità e di fatto assoggettarla alla responsabilità extracontrattuale; tanto è vero che il legislatore italiano ha gettato la maschera con la l. 24 del 2017 rinviando senza mezzi termini all'art. 2043 c.c. per la responsabilità del medico. Del resto, che si tratti di soluzione posticcia, si ricava anche dal fatto che una volta creata la falla, con l'artificiale configurazione dell'obbligazione di mezzi, si corre ai ripari con il tampone della perdita di *chance*, che, guarda caso, proviene proprio dall'ordinamento francese, tradizionalmente arroccato su quella distinzione.

D'altra parte, sul terreno della responsabilità extracontrattuale si registrano di recente tentativi di recuperarne una vera e propria funzione punitiva. Si tornerebbe così indietro rispetto a quanto la dottrina del codice abrogato in preparazione di quello nuovo sosteneva: «Delitto e pena sono ora, come erano per i romani, due termini correlativi nell'uso giuridico, e per i romani veramente all'*obligatio ex delicto* corrisponde la pena conseguibile coll'esperimento dell'*actio penalis*, ma della pena privata è sparito nei codici moderni fin l'ultimo vestigio, e nessuno ai giorni nostri disconosce che l'azione nascente dall'art. 1151 è una pura e semplice azione di risarcimento».

Ora, questo fenomeno va tenuto distinto rispetto a un altro, legalmente fondato, che potremmo denominare elasticità o flessibilità del danno risarcibile in funzione dell'elemento soggettivo. Un conto, infatti, è aggiungere una punizione al risarcimento mediante il cosiddetto risarcimento ultrariparatorio, cosa che di fatto implica aggiungere una fonte di obbligazione non prevista in assenza di un fondamento normativo e quindi in modo inconciliabile – come la stessa giurisprudenza ha rilevato – con l'art. 23 Cost. Un conto è invece modulare il danno risarcibile, ampliando o riducendo il novero delle conseguenze risarcibili in funzione della gravità dell'elemento soggettivo dell'agente o del concorso colposo del danneggiato. Su questo secondo piano, invero, si rileva una certa inesattezza sia della formula «equivalenza tra colpa e dolo» quale portato della convergenza del delitto e del quasi delitto nell'art. 2043 c.c. sia della formula del risarcimento integrale. Forse sarebbe più adeguata, invece, la formula che esprime tale approdo normativo nei termini di una regola di sufficienza della colpa che non impedisce di ampliare il risarcimento in caso di dolo o di ridurlo in caso di concorso colposo del creditore. Questo aspetto consente anche una lettura più coerente, tra le due forme di responsabilità, del risarcimento delle conseguenze imprevedibili. Come è noto, ai sensi dell'art. 1225 c.c. il danno risarcibile per inadempimento si estende o no ai danni imprevedibili in ragione del dolo o della mancanza di esso. Invece, con riguardo alla responsabilità extracontrattuale si afferma, quasi recuperando anacronisticamente la connotazione penale del delitto, che la responsabilità comporta sempre, anche in caso di semplice colpa, il risarcimento dei danni imprevedibili. Tale affermazione mette capo a una sproporzione su più piani. Anzitutto, non si vede perché la responsabilità aquiliana sia più grave di quella contrattuale. In secondo luogo, essa sembra contraddire l'idea di fondo della colpa che implica proprio la prevedibilità. Inoltre, oblitera l'art. 2056 c.c. che richiede al giudice una valutazione equitativa con riguardo al lucro cessante per la quale il primo e ovvio criterio è distinguere tra colpa e dolo. Di qui anche una ulteriore stranezza con riguardo al risarcimento in forma specifica: l'eccessiva onerosità lo preclude in modo standard, mentre se si tenesse conto che il risarcimento per equivalente può variare in funzione del criterio soggettivo, si potrebbe anche per quello in forma specifica differenziare i casi di colpa da quelli di dolo. Mentre per i primi la prevedibilità dei danni può orientare anche la valutazione dell'eccessiva onerosità del risarcimento in f.s., nei secondi la possibilità di risarcire danni imprevedibili potrebbe in linea di massima orientare verso una ammissibilità in generale di tale forma di tutela. Ma – occorre ribadire – non si tratterebbe di danni punitivi, bensì di elasticità del danno risarcibile in funzione dell'elemento soggettivo.

## 7. Obbligazioni autonome di protezione come struttura semplice di responsabilità

Le caratteristiche proprie dell'obbligazione autonoma di protezione la configurano fondamentalmente come una struttura semplice di responsabilità (relazionale), riducendosi di molto la complessità che denota il rapporto obbligatorio pieno, ossia avente come oggetto primario la prestazione; ma ciò non significa – come sostiene Mauro Orlando – che essa risulti *tout court* «priva di responsabilità patrimoniale». Anzitutto, il fatto che manchi la tutela dell'adempimento in natura, essendo sostituita *sic et simpliciter* dal risarcimento del danno, non elimina la responsabilità patrimoniale. Presupposto di quest'ultima, come già sottolineava Mengoni, è giustappunto, ai sensi dell'art. 2740 c.c., l'inadempimento o, più precisamente, la conseguenza risarcitoria di esso: le parole «il debitore risponde dell'adempimento» alludono evidentemente a una responsabilità «in luogo», ossia «in mancanza» dell'adempimento e quindi «a causa» dell'inadempimento. Naturalmente, di inadempimento si può ben parlare anche nei riguardi dell'obbligazione di protezione.

Nessuno, del resto, affermerebbe che le obbligazioni negative o l'obbligazione di risarcimento del danno *ex delicto* siano prive di responsabilità patrimoniale solo perché non assistite dall'adempimento in natura. Invece, la mancanza nell'obbligazione senza prestazione della pretesa fa discutere, sul piano (prevalentemente) teorico, circa la possibilità di applicare mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, già prima dell'inadempimento e quindi dell'insorgere della responsabilità, e sempre che non si accolga un concetto esteso di eventualità del credito tutelabile. La tutela in via preventiva della garanzia patrimoniale, funzionale al risarcimento, sembra, infatti, più facilmente riferibile all'obbligazione in senso pieno (con prestazione) in cui è già presente un elemento formale come la pretesa all'adempimento, aspetto che, peraltro, rimane spesso in ombra in quelle ricostruzioni che sottovalutano il senso sistematico della tutela in forma specifica del creditore. E ciò vale anche per le obbligazioni pecuniarie in cui la tutela in forma specifica è per così dire *in re ipsa* data la generale fungibilità del denaro. Del resto, la titolarità del credito alla protezione non è nemmeno suscettibile di essere oggetto di quel potere di disposizione che, nei casi e nei limiti consentiti dall'ordinamento, ne permette la circolazione mediante una sorta di reificazione del diritto stesso. L'obbligazione di protezione è destinata a rimanere nella sua relatività (o relazionalità) insuscettibile di reificazione (*Verdinglichung*): ancora una volta la specificità di essa non deve essere obliterata, sovrapponendovi il modello dell'obbligazione di prestazione con le regole proprie di quest'ultimo. Ora, può darsi che proprio questa precomprensione patrimonialista faccia da sfondo al tentativo di ricondurre la responsabilità precontrattuale alla responsabilità aquiliana all'insegna di una ipotetica distinzione tra obbligazione come «fattispecie di garanzia» e obbligo precontrattuale che si risolverebbe in una «fattispecie di danno, sicché il ciclo formativo si perfeziona soltanto dopo il danno». Il danno, invero, è sempre necessario per la responsabilità, sia che essa si configuri come responsabilità da inadempimento sia che si tratti di responsabilità extracontrattuale. Sicché la riduzione

ne della questione al danno trascura la rilevanza della relazione che nella responsabilità precontrattuale è decisiva, mentre in quella extracontrattuale è assente.

In ogni caso, Gambino dialogando anche con questa prospettiva (p. 65 ss. testo e note 176 e 177), sottolinea opportunamente l'esigenza di comprendere il fenomeno nel suo collocarsi tra contratto e torto, e così non si preclude la possibilità di riconoscere il *novum* delle obbligazioni autonome di protezione. D'altra parte, lo stesso Gambino in una lunga nota dedica anche un approfondimento alla differente questione della possibilità di applicare mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale già durante le trattative precontrattuali, «benché – precisa – il vincolo contrattuale non sia ancora sorto». Di per sé non è la mancanza del vincolo contrattuale l'ostacolo a tali mezzi, dato che una responsabilità precontrattuale prescinde per definizione da tale vincolo né, occorre precisare, può essere ridotta al recesso ingiustificato dalle trattative, potendo ricomprendere anche l'inadempimento di obblighi di protezione come la custodia di cose ricevute durante le trattative o informazioni o riservatezza dovute alla controparte. Probabilmente la maggiore difficoltà ad ammettere un sequestro o un altro mezzo di tutela preventiva della garanzia patrimoniale riguarda il recesso ingiustificato, perché prima che esso avvenga può risultare difficile provare che di tali mezzi ricorrano i presupposti. Ma la difficoltà di attivare tali mezzi non esclude di certo la responsabilità patrimoniale del debitore.

Inoltre, sul piano metodologico un'osservazione andrebbe fatta. Ferma l'importanza della responsabilità patrimoniale, la ricostruzione dell'obbligazione viene solitamente organizzata suddividendo il profilo del rapporto da quello della responsabilità patrimoniale (o rispondenza), come, del resto, fa il codice e come fa lo stesso Gambino che nel suo bel libro si concentra solo sul rapporto. La confusione di piani può, invece, essere fuorviante come si è dimostrato in passato quando ha fatto velo non solo alla tutela in forma specifica del credito, ma altresì al riconoscimento della possibilità di valorizzare l'interesse non patrimoniale del creditore come funzione della prestazione.

Il tentativo di una *Verdinglichung obligatorischer Rechte* non ha avuto successo, come è noto, e il dualismo tra situazioni giuridiche relative e situazioni giuridiche reali rimane un pilastro del diritto civile. Così l'obbligazione, anziché scivolare in una concezione patrimonialistica, è rimasta la forma giuridica di una relazione fra persone.