



UMBERTO BRECCIA

Professore emerito di diritto civile – Università di Pisa

APERTURE E ATIPICITÀ DELLE FONTI DEI RAPPORTI OBBLIGATORI *

SOMMARIO: *I. Messina nel grande libro del diritto. – 1. Senso della storia. Continuità e discontinuità. – 2. Analisi critica e ricostruttiva nella piena percezione dei mutamenti. – 3. Identità della conoscenza giuridica e influenze sul diritto della cultura comprensivamente intesa. – 4. Monismi, dualismi, pluralismi: tensioni dialettiche mobili piuttosto che rigide opposizioni. – 5. Forma e materia del diritto. Quid ius e quid iuris. Rechtsgrund (trascendentale; fattuale; assiologico). – 6. Dalla (dis)continuità all'irradiazione in molteplici direzioni. – 7. Riepilogo. – II. Profili vecchi e nuovi del diritto privato in trasformazione. – 8. Osservazioni nell'area "classica" delle obbligazioni. Significati di "ordinamento giuridico". – 9. Dalla centralità del "diritto generale delle obbligazioni" ("il più antico rapporto tra persone che ci sia") al traumatico ruolo odierno del "debito". La finanza del mondo e l'universale condizione dei debitori con e senza sovranità. Resistenze di un'alterità antropologica occultata: tanto improbabili quanto urgenti? – III. Ragioni delle relazioni umane e ragioni dell'ordinamento fra passato e futuro. – 10. Individuazione e delimitazione dell'area delle fonti delle obbligazioni diverse dai contratti e dai fatti illeciti. "Conversione di un fatto storico e concreto in fonte di obbligazione"? – 11. Principio di effettività e principio della massima aderenza della materia alla forma giuridica. – 12. Ripensamenti dei rapporti in termini di teoria generale. Dal "possesso dei diritti" al lungo cammino delle unioni affettive non fondate sul matrimonio. Rilevanza dei "doveri morali o sociali" e della giusta causa delle attribuzioni patrimoniali. – 13. Conformità dell'ordinamento fra crisi della fattispecie e messa in discussione del sistema: dalla piramide alla rete; dall'ordine del territorio all'extra ordinem sconfinato. – 14. Senso di un richiamo rinnovato al postulato dell'ordinamento-sistema come apertura non manipolabile in assoluto. – 15. Analisi emblematica del paradigma del "contatto sociale qualificato". Linea di un pensiero. Aggiornamenti sull'indirizzo giudiziale prevalente. – 16. Ruolo sistematico che è stato attribuito, non senza perduranti contrasti, alla culpa in contrahendo. – 17. Ritorno a una riflessione più ampia sui rapporti giuridici. – 18. Relazione interpersonale e compatibilità con il diritto-ordinamento. – 19. Forma e limite del diritto nell'apparente evanescenza delle fattispecie e degli ordini sistematici. – 20. Pagine del "grande libro del diritto" scritte a Messina: in una "continua discontinuità".*

I. Messina nel grande libro del diritto

1. – L'idea della continuità e della discontinuità del diritto ebbe nelle pagine di Salvatore Pugliatti – come tutti sanno – una delle sue formulazioni più famose.

Vincenzo Scalisi, con lo stato d'animo dell'allievo, ha ripreso puntualmente quel messaggio e lo ha consegnato alle nuove generazioni: lungo la linea di pensiero che fu già di Salvatore Pugliatti e di Angelo Falzea.

Queste ore uniscono, infatti, Vincenzo a Salvatore e ad Angelo, con noi tutti: nella viva forza di una memoria costante e tempestivamente rinnovata.

* Lo scritto riproduce il testo della relazione per il convegno in onore del Professore Vincenzo Scalisi, sul tema "Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione", tenutosi a Messina il 27 e il 28 maggio 2016.



2. – All’idea della continuità e della discontinuità si affianca una vocazione teorica di ampio respiro e una puntuale attenzione al variare delle modalità che in ogni tempo legano le trasformazioni giuridiche al mutamento sociale.

3. – Salvatore Pugliatti e Angelo Falzea lasciarono in eredità ai loro allievi sia una matura consapevolezza critica in merito alla peculiare vocazione conoscitiva del diritto sia la piena coscienza dell’apporto insostituibile – e reciproco – della scienza giuridica a una piena intelligenza complessiva delle culture umane nel tempo e nello spazio.

L’esigenza informativa che da un singolo e qualificato settore di competenza si dirige verso altri campi limitrofi di conoscenza – e da questi attinge nuovi spunti di riflessione – assunse pertanto una finalità esplorativa non comune, ancorché di carattere strettamente e rigorosamente giuridico.

Vincenzo Scalisi ha raccolto – e sta ora custodendo e perpetuando quel lascito – in una maniera che ben può dirsi esemplare.

4. – Le categorie giuridiche hanno avuto nel passato l’ambizione dell’unitarietà nella coesistenza con una contrapposizione a senso non meno unico (fatto e atto; privato e pubblico)¹.

Proprio a Messina aveva notoriamente assunto piena dignità – si pensi, ancora una volta, almeno agli scritti memorabili di Salvatore Pugliatti in materia di proprietà – l’analisi critica della coesistenza di figure plurime che non sempre sono riducibili al rango marginale di altrettante regolamentazioni in via di eccezione rispetto a uno schema codificato dominante.

Vincenzo Scalisi – in un tempo ormai di tanto remoto da quell’inaugurazione, che è assurta al rango da tutti riconosciuto di un momento saliente della storia del pensiero giuridico – non ha esitato a addentrarsi senza pregiudizi nell’intrico di una normatività contemporanea che si è variamente moltiplicata; e tanto ha fatto senza soverchi timori di smarrire i modelli integrativi unificanti.

5. – La vocazione per la continuità si avverte con pienezza anche in altri luoghi che sono assurti a simbolo di un’intera linea di pensiero: la tensione tra forma e materia giuridica; il nesso, nella fase casistica e applicativa, fra *quid iuris* e *quid ius*; la contrapposizione di fatti e di valori nella ricerca di un *Rechtsgrund* che è anche un *Grundwert* (il primato della persona e della sua dignità).

Sono pagine nitide e ferme; e, al tempo stesso, evitano che ci si debba ogni volta nuovamente addentrare nel campo insidioso delle generali prese di posizione di ordine strettamente speculativo.

¹ Ci si può limitare a un solo riferimento, sebbene sia da considerare, ormai, quasi superfluo: N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013. Per un aperto confronto d’idee: F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1001 ss.



6. – L’elenco proposto è intuitivo e strettamente indicativo, ma è di per sé molto espressivo.

Un punto almeno merita ancora di esservi aggiunto.

Salvatore Pugliatti e Angelo Falzea hanno “irradiato” i risultati della ricerca e dell’insegnamento del diritto civile (oltre che, per esempio, a Messina: con Vincenzo Michele Trimarchi e con tante altre generazioni di allievi) in molteplici direzioni (per tramite di Rosario Nicolò, e del suo allievo Giorgio Giampiccolo, oltre che di Ugo Natoli; e proprio a Pisa: come, fra l’altro, ben sappiamo).

Si è trattato di una sorta di lascito ideale: con palesi varianti e non privo di contrasti.

Un punto sembra difficilmente contestabile: Vincenzo Scalisi è una delle più chiare sorgenti di quelle propagazioni illuminanti.

7. – Continuità, saldezza e apertura teorica, consapevolezza culturale, pluralismo analitico, rispetto della forma giuridica, della materia fattuale e dei fondamenti assiologici: questo, dunque, è il vasto patrimonio ereditato e criticamente analizzato.

Vincenzo Scalisi ci accoglie, su di un tale sfondo, come un prezioso custode-guida: che riassume il senso costante di quelle memorie ideali; e ne rende ogni volta attuale – nel momento stesso di diffonderle – l’insegnamento².

II. Profili vecchi e nuovi del diritto privato in trasformazione

8. – Dopo queste poche e semplici premesse – che penso confermino un’aria di famiglia – mi soffermo ora su taluni punti sulle quali la scelta è caduta proprio per la sensazione che da questi ultimi si tragga una conferma esemplare della forza di una linea intera di pensiero e dell’aiuto che può ancora darci nell’affrontare non pochi nodi, quanto mai ardui, delle riflessioni giuridiche contemporanee

Se si prova a concentrare deliberatamente l’attenzione perfino su di un’area *classica* e, per molti aspetti, tradizionale (le obbligazioni), subito si nota che vanno profilandosi – anche in quel vasto settore – alcuni problemi la cui soluzioni si prestano a idee critiche rilevanti e a non poche ipotesi ricostruttive di segno complessivamente rinnovato.

Anche qui è necessaria una considerazione introduttiva, sebbene si tratti di un rilievo quanto mai noto e intuitivamente elementare.

Chi pensi al tema centrale del nostro convegno non ha difficoltà a notare che i termini di confronto nell’analisi delle trasformazioni giuridiche – al tempo degli studi di Salvatore Pugliat-

² Fra i saggi che offrono un quadro complessivo nitido e già documentato si rinvia a V. SCALISI, *Dalla scuola di Messina un contributo per l’Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 10001 ss. Cfr. inoltre, sempre a titolo d’esempio, V. SCALISI, *Per un’ermeneutica giuridica ‘veritativa’ orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 11249 ss.; V. SCALISI, *Il diritto civile nelle ‘prolusioni’ del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 10501 ss.

JUS CIVILE



ti sulla proprietà privata – avevano un punto di riferimento necessario: bipolare; in una cornice strettamente nazionale.

Il luogo della trasformazione giuridica, infatti, è stato a lungo un campo di tensione fra le ambizioni della sistemazione del codice civile e l’espansione delle pretese della legislazione speciale.

Il fenomeno era stato notoriamente percepito fin da molti anni; ma – se si escludono i contributi di ampio respiro di Filippo Vassalli nonché pochi altri saggi non meno noti ai tempi del primo conflitto mondiale e dintorni – non avevano trovato in genere conferme eloquenti: le quali sapessero dare dignità critico-ricostruttiva a considerazioni di segno generico e descrittivo o d’intonazione sommaria e valutativa, per giunta in termini non strettamente giuridici.

Le pagine di Salvatore Pugliatti si addentrarono, al contrario, nell’analisi dei tipi di proprietà, senza distinguere a seconda del modello di fonte normativa preso a riferimento e dell’ambizione di quest’ultima a fare sistema: in un quadro che comunque era fondato sulla legge, ancorché non era codificato in base a statuti distinti.

In seguito – all’interno di una cornice che ormai pretendeva d’essere costituzionalmente innovativa e pienamente legittimata – la trasformazione principale fu notoriamente formulata da Natalino Irti nei termini di una “decodificazione” e fu raffigurata con ricorso all’immagine geometrica di un assetto policentrico al di sotto di un vertice costituzionale.

La visione decentrata diventava, per questa via, anche polisistemica e antigerarchica: con l’unico vincolo – non eludibile – che fu imposto dal primato costituzionale.

Vincenzo Scalisi e altri della sua generazione – fra i quali sono qui presenti alcuni fra i più attivi spettatori di un ben più radicale mutamento di orizzonti – affrontarono al tempo stesso (e, settore per settore, i loro apporti hanno già conseguito esiti ricostruttivi e critici spesso illuminanti) un problema che non aveva precedenti: la necessità di applicare all’interno dell’ordinamento nazionale disposizioni provenienti da un ordinamento non nazionale, con disapplicazione delle disposizioni nazionali incompatibili, anche costituzionali (purché non “supreme”) e di far tutto questo in maniera conforme all’interpretazione della Corte competente anche nell’ordinamento non nazionale.

Il salto di qualità era evidente, ma non fu subito ricostruito e compreso in tutte le sue più clamorose manifestazioni e implicazioni.

Il problema, infatti, non verteva più sul conflitto tra fonti nazionali costituzionali e infranazionali né sul criterio di una razionale composizione sistemica tra fonti equiordinate e concorrenti: nella forma, ma non nella pretesa di far sistema (sempre che il codice ancora vantasse, per esempio, una supremazia dogmatica che si avviava a dimostrarsi in gran parte esaurita).

Si trattava piuttosto d’integrare, ormai, nel diritto nazionale un assetto normativo che era stato pensato in un ambito non nazionale e secondo l’interpretazione di talune autorevoli Corti non nazionali.

Tutto questo si legittimava, al vertice, sulla base di un’autolimitazione costituzionale di so-



vrantà (art. 11), la cui puntale determinazione in sede applicativa era stata il prodotto – tanto innegabile in termini di consolidamento operativo quanto discutibile in termini di costrutti giuridici – di un confronto (per gradi e per progressivi aggiustamenti) fra la Corte di Giustizia europea del Lussemburgo e la Corte costituzionale nazionale, la cui notorietà è ormai tale da rendere superflua qualsiasi ennesima cronistoria riassuntiva.

Sta di fatto che, a questo punto, una generazione intera di giuristi dovette farsi carico di una cittadinanza epistemologica almeno duplice; si cercò di proiettare il canone della continuità e della discontinuità su di uno sfondo innovativo: la cui reversibilità restava affidata a un fattore realisticamente improbabile, almeno alle origini (poiché, a quell'epoca, non si pensava davvero a radicali fratture nazionalistiche dell'unitario orizzonte europeo in divenire)³.

L'attiva partecipazione dei giuristi dei singoli Stati dell'Unione ai progetti di un quadro comune europeo rafforzò l'immagine di un laboratorio che incominciava a delinarsi anche nel diritto interno: fino a lasciare segni tanto evidenti quanto inequivoci nei due codici civili – tedesco e francese – i quali furono presi a modello dal nostro già nel secolo scorso: il primo, com'è noto, è stato “modernizzato” nell'anno 2001⁴; l'altro è stato riformato nel corso dell'anno 2016 e sarà in vigore fin dall'anno prossimo, ma già è al centro di analisi quanto mai tempestive e indifferibili⁵.

Il grande apporto cognitivo delle ricerche di comparazione aveva già reso familiari, anche sul piano delle modalità argomentative, l'analisi delle soluzioni accolte in altri ordinamenti: con un'influenza che fu dovunque molto discussa, ma che fu spesso percepibile con chiarezza all'atto stesso della decisione nazionale di un conflitto inconsueto e privo di riscontri normativi adeguati.

Il diritto europeo ha dato senza dubbio un ruolo centrale all'immagine di un giudice che è chiamato ad applicare nel diritto interno un diritto di fonte esterna (secondo l'interpretazione della corte in tal senso competente).

Il protagonista del diritto, come giurista e come giudice anche europeo, è stato investito di

³ La piena percezione critica di un tale mutamento di orizzonti ha trovato – nelle tante e tempestive riflessioni di Vincenzo Scalisi – alcuni punti essenziali di riferimento, con riguardo ai momenti cruciali all'analisi in mutamento: i limiti dell'interpretazione; il discorso sulle fonti; il significato giuridico del concetto scientifico di complessità; le debolezze e le resistenze della nozione stessa di sistema nel confronto con la percezione attuale del diritto-ordinamento. In termini più specifici: il primato del diritto europeo dei rimedi e il ripensamento delle categorie civilistiche dell'invalidità e dell'inefficacia: V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 10413 ss.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti del diritto privato*, ivi, p. 10147 ss.; V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, ivi, 2007, p. 10843 ss.

⁴ § 311 BGB – *Rechtsgeschäftliche und Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*. Chiaro è il riferimento testuale dei rapporti obbligatori ai “negozi giuridici” (*Rechtsgeschäftliche*) ovvero a eventi “simili” a quelli (*Rechtsgeschäftsähnliche*). Per un acceso contrasto di opinioni si rinvia a: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 128-150; A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.

⁵ *Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Fra le fonti delle obbligazioni è stata confermata, in termini generali, la figura – molto discussa – del *quasi contrat* (art. 1300).



una responsabilità complessivamente inedita, all'interno di un orizzonte normativo radicalmente mutato.

Che si sia trattato di una trasformazione radicale – dal rilievo storico innegabile e con ripercussioni palesi sull'identità attuale del diritto privato “che cambia” – è un dato ancor prima che un giudizio.

Piuttosto dobbiamo chiederci – nella discontinua-continuità con la vocazione giuridica che Vincenzo Scalisi apprese da Salvatore Pugliatti e da Angelo Falzea – quale senso ancora abbiano i riferimenti testuali delle fonti interne alla nozione di ordinamento giuridico (per esempio: ordinamento internazionale, dello Stato e della Chiesa, nei principi fondamentali di apertura della Carta costituzionale; ordinamento esclusivamente dello Stato, nell'applicazione dell'art. 12 ai principi rilevanti in ultima istanza per analogia; nonché – e tale è per l'appunto il tema sul quale vorrei soprattutto soffermare la mia attenzione – ordinamento che è richiamato nell'art. 1173 c.c., in materia di fonti delle obbligazioni diverse dal contratto e dal fatto illecito; e l'elenco si completa, notoriamente, con la disciplina generale della proprietà e del contratto).

Qui ci si addentra su di un terreno che è solo apparentemente solido, quanto al sostrato lessicale, poiché esso risente con forza del sovrapporsi, per stratificazioni successive, a un medesimo vocabolo – che è dotato di prestigio tradizionale e che sembra immune da contaminazioni estranee al diritto in quanto ordine – dell'urto di palesi e contrastanti temperie storiche nelle quali i profili di discontinuità ambiscono a prevalere sugli aspetti di continuità.

Il pensiero va immediatamente – s'intende – all'ordinamento giuridico dello Stato che, al tempo dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, esulava certamente da ogni riferimento extranazionale e che solamente nel quadro costituzionale aveva preso a coesistere con la forte affermazione, anche in termini di principio, di una vocazione internazionale, in quanto direttiva costituzionale fondamentale: una vocazione la quale era percepita come pienamente compatibile, già a quel tempo, con un'autolimitazione di sovranità (artt. 10 e 11; e, in seguito alla nota modifica, art. 117, comma 1).

Negli ultimi decenni, alla percezione doverosa della trasformazione giuridica radicale si sono affiancate le descrizioni generiche in termini di “globalizzazione” o di mondializzazione del diritto, con il rischio di far affondare nell'oceano oscuro dell'indistinzione un coacervo di problemi giuridici diversi, le cui pseudo-proposte di soluzione risentono di semplificazioni arbitrarie.

Tali sono – fra le più note e non sempre fra le più conciliabili – l'affermazione di un preteso primato sconfinato del diritto-mercato ovvero di un'integrazione pluriordinamentale (che sarebbe pienamente in atto, e che dovrebbe conciliarsi con la garanzia del rispetto dei diritti umani universali: già con ricorso a quella vaga tecnica di tutela che è stata notoriamente ribattezzata – con una buona dose di fiducia ottimistica – nei termini di una difesa “multilivello”).

Vincenzo Scalisi – come ben sappiamo – ha ripreso, nella linea di Angelo Falzea, l'analisi della complessità giuridica contemporanea sullo sfondo delle teorie che perfino hanno evocato



l'immagine, a suo tempo molto inconsueta, di un'uscita del diritto dal culmine dell'età moderna⁶.

9. – Sia pure soltanto sullo sfondo, ha preso a delinearsi l'ipotesi – sulla quale ci si deve intuitivamente limitare a talune notazioni molto sommarie – di una diversa e complessiva percezione del concetto di “debito” nel diritto contemporaneo: su scala mondiale; nel perdurare di una crisi economica e finanziaria di vaste proporzioni⁷.

Questa linea di riflessione va posta a confronto con un dato di vasta notorietà: la centralità storica e tradizionale dello *Schuldrecht* (diritto delle obbligazioni), in uno stretto nesso con il diritto romano, nella letteratura giuridica tedesca; e la forza di penetrazione che quella sistemazione ha avuto nella cultura in senso lato.

Spesso suole esser richiamato, a un tale riguardo, un testo di Nietzsche che è assurdo ben presto a fama universale.

Ben più utile del rituale rinvio, è qui un'attenta rilettura testuale, poiché l'accento che accompagna ogni parola, in quanto è pervaso da una rara forza espressiva, invita davvero a un approfondimento critico del pensiero, anche giuridico, in molteplici direzioni.

Nel trarre spunto dal duplice significato del vocabolo *Schuld* nella lingua tedesca – “colpa” e “debito” – il filosofo affermò, come sappiamo, che l'obbligazione personale e il sentimento della colpa avrebbero avuto la loro origine “nel più antico e originario rapporto tra persone che ci sia, nel rapporto [...] tra creditore e debitore: qui per la prima volta si pose persona di fronte a persona, qui, per la prima volta, *si misurò* persona con persona”.

L'uomo costruì il suo primato nel modo animale in base alla sua capacità di calcolare, di darsi una misura, di fissare un prezzo (un metro di valore) a tutto.

Egli è – prosegue Nietzsche – un animale che *ap-prezza* nel senso etimologico, realistico e ideale, dell'espressione *valuta*: ossia nel segno calcolabile, matematico, non strettamente etico, del verbo “valutare”.

La visione filosofica è palesemente realistica, disincantata, strettamente aderente all'economia delle relazioni umane, pienamente consapevole del fatto che la generalizzazione del “tutto può essere pagato” nasce, a suo modo, dal più antico e dal più ingenuo canone morale della giustizia, quale ben difficilmente potrà sopravvivere – e fin dall'incontro degli *indios* con gli scopritori del nuovo mondo – alla patente disparità di potenza⁸.

Tutto questo ha consentito di fingere che il valore dell'unità di una data moneta sia la misura del valore di una cosa materiale.

⁶ Per alcune indicazioni essenziali, si rinvia alla nota 2. Per esempio: V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 10147 ss.

⁷ E. STIMILLI, *Debito e colpa*, Ediesse, Roma, 2015.

⁸ F. NIETZSCHE, *La genealogia della morale. Uno scritto polemico*. Prefazione di Pier Aldo Rovatti. Traduzione di Umberto Colla (titolo originale: *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*), Einaudi, Torino, 2012.



Alle origini c'erano le persone, il loro reciproco misurarsi e valutarsi: da uomo a uomo.

A ben riflettere, dunque, il terreno tutto materialistico degli scambi e dei prezzi resta un *posterius*: fondamentale, ma pur sempre un *posterius*⁹.

Il credito-debito è il modo di una relazione fra persone che ha una sua ragion d'essere vincolante in una sorta di messa alla prova di un rischio collaborativo o cooperativo che il nichilismo di Nietzsche, a ben vedere, elude: si presuppone già l'immanenza di un vincolo che è essenzialmente imperniato sulla fiducia¹⁰.

In età contemporanea, prende a delinearsi – in una linea dominata da forze che sembrano sorrette da una forza autosufficiente – uno scenario inquietante: ove il “debito” assurge al rango di una sorta di personaggio che invade ogni discorso.

Il debito scende dal piedistallo del diritto romano e della pandettistica tedesca e domina la comunicazione fra gli uomini ben oltre la sfera del diritto e del disincanto di Nietzsche, sebbene sempre interferisca con la cultura giuridica, sia pure secondo modalità che un tempo furono impensabili.

Tanto può notarsi agevolmente in base alle più note divulgazioni nel difficile confronto con le contingenti scelte politiche, oltre che con le teorie e le pratiche finanziarie.

Com'era inevitabile, i profili giuridici inconsueti hanno coinvolto sia l'area della disciplina dei rapporti giuridici di diritto privato (si pensi, fra l'altro, al problema del sovraindebitamento dei consumatori, alle usure, alle monete elettroniche, alla tracciabilità dei pagamenti, alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, e via dicendo: lungo una sequenza che ha rari riscontri nella storia, per varietà e per ampiezza) sia – con gli esiti clamorosi che la crisi finanziaria del 2007, continua a porre sotto gli occhi di tutti – l'area dei debiti di alcuni Stati anche europei, fra i quali notoriamente figura il nostro: la cui posizione, com'è risaputo, risente di una serie di pesanti contraddizioni irrisolte.

Questo è un campo in cui gli equivoci e le approssimazioni rischiano di occultare il competente approfondimento delle analisi.

Chi rispetti i confini del diritto può sottrarsi alla tentazione di arrogarsi un ordine di valutazioni alle quali non si sente sufficientemente legittimato dalle ricerche di settore.

Vi è nondimeno l'esigenza di confrontarsi con coloro che hanno cercato di fornire un quadro complessivo di ordine tendenzialmente storico e filosofico, ancor prima che strettamente politico; e che si sono cimentati nel compito di accennare al fenomeno dell'indebitamento degli Stati su scala mondiale allo scopo di avanzare un'ipotesi sui più gravi aspetti di novità delle situazioni in atto.

In un saggio non lontano negli anni – che è argomentato in maniera essenziale – una tale visione è stata, per esempio, così succintamente descritta.

Tutti gli Stati sarebbero “indebitati nei confronti di un'entità inafferrabile come la finanza globale”.

⁹ F. NIETZSCHE, *La genealogia della morale. Uno scritto polemico*, cit., p. 66.

¹⁰ D. GRAEBER, *Debito. I primi 5000 anni di storia*, Il Saggiatore, Milano, 2011.



L'indebitamento starebbe creando – in una maniera tanto paradossale quanto non eludibile – i presupposti per una diversa unione fra gli uomini “a causa di una condizione di comune sofferenza”¹¹.

Si profila, in questa linea di pensiero, l'esigenza di una sorta di cambiamento culturale diffuso, che abbia già nel linguaggio e nel ragionamento interpretativo (tanto comune quanto diffuso: per tramite degli esperti che si confrontano con le istituzioni) una sua non equivoca traduzione.

Il modello antropologico di riferimento è antico, sebbene sia stato tante volte negletto: risale a quel circuito di reciproche aspettative che – nelle famose analisi di Marcel Mauss – ravvisò nel dono un primato nella fondazione di un legame sociale.

Quel che una tale linea di ricerca sottintende sta nella percezione che – non soltanto in termini economici e politici, ma anche e soprattutto in termini giuridici – sia necessario sperimentare forme adeguate (e non solamente predicare con enfasi) per dare a quel “circuito di solidarietà”, che la condizione universale d'indebitamento di per sé impone, una qualche modalità di plausibile proiezione effettiva.

S'intende che quest'indagine va misurata, ovviamente, sui risultati, più o meno velleitari o più o meno fallimentari, delle scelte politiche che si prendano nelle istituzioni competenti; e deve avere, inoltre, come punto primario di riferimento, le prese di posizione dei giudici superiori e non solamente nazionali, i quali – soprattutto sulla base di controlli di costituzionalità – spesso sono stati costretti a farsi carico delle crescenti contraddizioni che sono state provocate da uno stato eccezionale di crisi prolungata (quale si è soliti riassumere nel concetto di “economia del debito”) e dalle disparità, interdipendenti, con gravi restrizioni, che sono state imposte imposte dai vincoli giuridici sovranazionali e dalla garanzia costituzionale del pareggio del bilancio¹².

III. Ragioni delle relazioni umane e ragioni dell'ordinamento fra passato e futuro

10. – A questo punto, all'atto di cimentarsi finalmente con i dettagli giuridici di un'analisi puntuale, è tempo di tornare a riflettere, in maniera indicativa, intorno a un *test* in apparenza elementare: quale sia il significato di “ordinamento giuridico” nell'art. 1173 c.c.; come si configuri la sua identità attuale, sullo sfondo di quel che resti in vita – sempre che sia rimasto in vita – di un qualche sistema giuridico e nella linea di un parametro di controllo dell'arbitrio interpretativo.

Una prima ricognizione casistica – quale si trae dalle decisioni meno lontane nel tempo – ci mette di fronte a un panorama che, fino a pochi anni or sono, avrebbe provocato contrasti di

¹¹ R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica ed il posto del pensiero*, Einaudi, Torino, 2013, pp. 226-227.

¹² A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contratto e impresa*, 2016, pp. 124-158.



opinioni e perfino sensazioni di smarrimento, se non addirittura di disagio¹³.

In un volume che è stato edito l'anno scorso¹⁴, è stato posto in una chiara luce il nesso che unisce il riferimento all'ordinamento giuridico – nell'individuazione delle fonti delle obbligazioni diverse dai contratti e dai fatti illeciti – a quel fenomeno che suole essere descritto nei termini di una “crisi” o di una “perdita della fattispecie” e della sua testuale definizione per legge¹⁵.

Com'è noto, infatti, al termine “legge” (nel codice civile del 1865: art. 1097) il codice civile vigente ha sostituito l'espressione “ordinamento giuridico”.

“Alla domanda sull'elemento che, nel fatto, funge da parametro per il prodursi dell'effetto [...] succede l'interrogativo sull'insieme dei principi regolativi di un dato sistema giuridico: dal quale trarre i criteri di valutazione per convertire un fatto storico e concreto in fonte di obbligazione”¹⁶.

Viene fatto di evocare un ritorno alle *variae causarum figurae* del celebre testo attribuito a Gaio, ossia alla necessità di prendere posizione sull'esistenza di una serie di fattispecie che hanno una ragione giustificativa autonoma e diversa rispetto alle altre fonti di obbligazioni incluse nella tradizionale dicotomia “contratti-fatti illeciti”, quale si è perpetuata, pur arricchendosi di nuovi significati, fin dentro il testo dell'attuale art. 1173 c.c.¹⁷

Sappiamo che l'attrazione per i due modelli dominanti condurrà all'invenzione – che, come si è accennato, è perdurante nel testo del *code civil*, quale è stato riformato nell'anno 2016 (art. 1300) – dei quasi-contratti, nonché alla costruzione, notoriamente molto più effimera e infatti ormai demolita, dei quasi-delitti.

Sebbene la scelta del legislatore francese sia stata molto discussa in sé – oltre che a causa dell'eccessiva vaghezza della definizione legale – le “altre fonti delle obbligazioni” in Francia conservano il tradizionale riferimento ai quasi-contratti della gestione d'affari e del pagamento

¹³ Cass. 4 aprile 2016, n. 6504; Cass., Sez. Un., 7 aprile 2015, n. 7682; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno responsabilità*, 2008, p. 788, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultati e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, ivi, p. 871; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 6346, in *Giur. it.*, 2003, p. 446 ss.; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giuridico*, 2007, p. 1706 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, p. 1712, nota 8.

¹⁴ F. GAMBINO, *Le obbligazioni. I. Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Utet giuridica, 2015, p. 66 ss.

¹⁵ Su questi temi è tornato più volte, con un'incisività e con un'ampiezza di orizzonti culturali che rendono doverosi almeno alcuni richiami, N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 10897 ss.; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 10011 ss.; N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 67-68.

¹⁶ F. GAMBINO, *Le obbligazioni. I. Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 67.

¹⁷ L'immagine della “terra di nessuno” fu al centro dei rilievi di F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 563. Per una diversa linea d'indagine, che pur sempre si pone “ai confini fra contratto e torto”, è fondamentale la costruzione della categoria dell'“obbligazione senza prestazione”, il cui giurista di riferimento, in Italia, è notoriamente C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 ss.



dell'indebitito – ai quali è stata aggiunta la figura consolidata, di origine giurisprudenziale, dell'arricchimento ingiustificato – ma non esclude che ben possano accertarsi altri “fatti meramente volontari dai quali derivi un vincolo di colui che ne trae vantaggio e talvolta un vincolo dell'autore verso altri”.

La categoria del quasi-contratto copre, in tal modo, l'intera area delle altre fonti delle obbligazioni; ma, se si escludono le figure già codificate per tradizione e in termini ampi, resta indeterminata, poiché la definizione in termini di “fatti meramente volontari” dai quali nascono obbligazioni lascia pur sempre in ombra la ragione giustificativa dei conseguenti rapporti obbligatori, dove si tratti di fatti estranei a una disciplina legale preesistente.

Non vi è dubbio che la “quasi contrattualità” – quali che siano le obiezioni di natura strettamente dogmatica – abbia una forza allusiva, la quale è sicuramente molto discutibile e rischiosa; eppure è di per sé emblematica, poiché invita a orientarsi in base a un ordine di argomentazioni che ha una radice fortemente analogica; e che al tempo stesso si mantiene, almeno in Francia, nella linea di una tradizione quanto mai controversa: che, non a caso, è riuscita nondimeno a penetrare fin dentro l'ultima riforma.

L'analisi include ovviamente – in un contesto e con presupposti ben diversi – l'attenta sensibilità della nostra letteratura giuridica, nel costante confronto-distinzione con le famose costruzioni della dottrina tedesca, per la “fattualità” di alcuni rapporti giuridici contrattuali (*faktische Vertragsverhältnisse*).

L'attrazione, sia pure indiretta, per il modello contrattuale ha l'inconveniente – l'uso del termine “quasi” fa da spia eloquente in tal senso – di trasformare l'analisi dell'enunciato dell'art. 1173 in un itinerario integrativo che è influenzato da profili di somiglianza a tal punto da smarrire un suo possibile nucleo identitario autonomo. Anche nel nuovo B.G.B. è testuale – com'è subito evidente (§ 311) – l'attrazione per il paradigma, ancor più ampio, del *Rechtsgeschäft*, del “negozio”.

Senonché, la terza categoria di fonti sembra legittimarsi proprio in base a un'alterità che resiste, in ragione di una sua configurazione peculiare, “all'attività d'integrazione del nostro sistema”¹⁸.

È escluso l'arbitrio interpretativo, poiché si presuppone – nei casi in cui la fattispecie legale sia carente – un duplice giudizio “fondante” in termini di ragione giustificativa: l'idoneità al vincolo; la conformità all'ordinamento, ossia la compatibilità con scelte giuridiche che si annunciano nella cornice delle trasformazioni del sistema.

A questo punto non si può evitare una domanda che, in tempi recenti, è stata proposta con molta intelligenza e con penetrante sensibilità giuridica, non disgiunte da una salutare franchezza.

11. – L'art. 1173 c.c. allude davvero alla possibilità che atti o fatti, diversi dai contratti e dai fatti illeciti, siano idonei a produrre effetti giuridici, ovvero che essi siano da considerare perfino idonei già in quanto efficaci (ossia in quanto “effettivi” in senso empirico e sociologico)?

¹⁸ F. GAMBINO, *Le obbligazioni. I. Il rapporto obbligatorio*, cit.



Credo sia opportuno seguire per esteso l'intera linea del ragionamento, il quale ha come punto di osservazione selettivo la generale inclusione – nell'area delle altre fonti di obbligazioni e a far data da una decisione che fu subito assunta a emblema – dei rapporti fra il medico e il paziente i quali non siano già reciprocamente vincolati da un contratto.

“La prospettiva è capovolta: ed investe il dualismo tra astrattezza e concretezza, necessità e contingenza, realtà deontica e realtà ontica. Non tanto qui rileva la conformità del fatto a un sistema normativo (né alle ipotesi legislative eccezionali che, in quanto tali, precludono l'analogia *legis*; né ai principi di rango costituzionale che, se non attuati da norme riferibili alla fattispecie, non si mostrano idonei a regolarla); quanto ciò che, sul piano funzionale, può giustificare la vicenda costitutiva dell'obbligazione. In assenza di una norma, da un lato si sfruttano le risorse dei principi costituzionali, dall'altro, è istituita una somiglianza tra un dato sociale (il rapporto che intercede tra il medico e il paziente) e gli effetti tipici del contratto”¹⁹.

Qui si avverte con molta forza che il principio-guida – ai quali tutti si sono sempre ispirati a Messina, fin dai tempi di Salvatore Pugliatti e di Angelo Falzea – mai ha smesso d'imperniarsi sulla ricerca dell'equilibrio migliore tra la forma e la materia giuridica; eppure ha sempre evitato di trarre, in via immediata, il paradigma qualificante dalla materia stessa, quand'anche quest'ultima presenti – in termini di rapporto – un'idoneità a fondare un vincolo giuridico che il fatto stesso sia in grado di esprimere senza equivoci.²⁰

I giudici di legittimità hanno espresso questa direttiva metodica nei termini, che sembrano quasi del tutto coincidenti, dell'“esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale”²¹.

In tal senso, la conformità all'ordinamento giuridico non discende dall'effettività informale, ma deriva da una ricostruzione di sistema tendente a dare una generale legittimazione all'atto, la cui idoneità funzionale al vincolo già si renda manifesta nel rapporto.

I momenti della rilevanza e dell'efficacia presuppongono – in base all'art. 1173 c.c. – una valutazione che surroghi la fattispecie assente: non si riducono a una presa d'atto.

La disposizione dell'art. 1173 c.c. si candida a porsi, allora, come una delle chiavi di lettura del mutamento del diritto privato contemporaneo delle obbligazioni, ben al di là delle ragioni e delle previsioni dei codificatori italiani.

Una ricognizione degli orientamenti che vanno profilandosi, in termini sempre più accentuati, nella giurisprudenza degli ultimi anni conferma che i problemi applicativi, e soprattutto le implicazioni ricostruttive, sono tali da esigere una costante attenzione critica.

¹⁹ F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 77.

²⁰ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Artt. 1173-1176*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 200, dove, proprio con riguardo al rapporto fra il medico e il paziente si osserva come in fatto si riproducano, anche senza un contratto, i comportamenti – qui professionalmente vincolanti – che sono propri delle obbligazioni e del loro conseguente assoggettamento a una responsabilità la quale presuppone la violazione di obblighi.

²¹ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, con nota di A. DI MAJO.



12. – L' idoneità funzionale fra il rapporto e la rilevanza giuridica (quale vincolatività in senso lato) presuppone che il profilo materiale abbia in termini molto generali i caratteri che sono propri, nell'area delle cose, di un possesso²².

Anche in Italia, per esempio, l'analisi delle unioni di fatto nacque e si sviluppò nel totale difetto di una forma giuridica, sebbene il grado di rilevanza giuridica a lungo sia stata riconosciuta nei limiti che sono notoriamente propri della categoria e degli effetti dei doveri di natura morale o sociale (art. 2034 c.c.).

Inoltre – e qui il passaggio necessario al paradigma della conformità all'ordinamento ha davvero dimostrato una potenzialità applicativa molta estesa – la forte tutela costituzionale delle lecite formazioni sociali (in maniera indipendente da forme e da procedimenti predeterminati, nonché senza confini legalmente tipici: art. 2 Cost.) – si è posta visibilmente al centro di tutti gli sviluppi successivi: delle proiezioni politiche, oltre che delle puntuali riforme legislative.

L'interpretazione evolutiva che la Corte Europea di Strasburgo ha notoriamente dato alla CEDU e alle disposizioni in materia di tutela giuridica della vita privata e familiare – fino a sindacare l'inerzia dello Stato italiano in questa materia – ha confermato una linea di tendenza comune e coerente.

Gli sbocchi normativi puntuali sono necessari: non hanno, ovviamente, percorsi obbligati; ma si avvalgono di uno sfondo sistematico tutt'altro che rigido e chiaramente aperto al cambiamento.

13. – Fin qui l'ordinamento – che ha pur sempre un risalto testuale inconfutabile nell'art. 1173 c.c. – va reinterpretato come una forza e come un limite che presuppongono e che reclamano scenari sempre nuovi.

Resta da chiedersi, infatti, quale sia l'identità attuale del giudizio di conformità; e se altre immagini siano in grado di descrivere in maniera più realistica l'intreccio fra la crisi della fattispecie (il diritto come calcolo) e la messa in discussione del sistema (il diritto come geometria lineare).

Ci sono almeno due ricostruzioni che imporrebbero un approfondimento delle analisi sull'oggetto stesso del controllo di congruità.

La prima ricostruzione va dal paradigma della piramide al paradigma della rete.

Se la rete dell'ordinamento si sostituisce alla piramide, quali sono i punti nodali e gli intrecci che ancora consentirebbero di offrire un minimo spazio alla vocazione ordinante dei giuristi?²³

La seconda ricostruzione “immette il nostro sistema nell'economia globale, dominata da un nuovo diritto uniforme spontaneo (la nuova *lex mercatoria*), che si genera con gli usi del com-

²² E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915 (rist., Giuffrè, Milano, 1968, con *Presentazione* di Salvatore Romano.

²³ F. POGGI, *Concetti teorici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, pp. 248-259.



mercio internazionale ed è amministrato dai tribunali arbitrali internazionali”²⁴.

Se si perde l’idea di un confine con un diritto *extra ordinem*, come si può parlare ancora di ordinamento, senza includervi quel che per definizione dovrebbe essere esterno al suo stesso ordine?

Eppure, anche in tempi non lontani e con cautela, si è dato un chiaro rilievo – tale è solamente uno dei tanti esempi possibili – alla linea di pensiero secondo cui “il giudice, per valutare se un qualsiasi fatto, rapporto o situazione siano fonte di obbligazione dovrà farsi interprete” dell’ordinamento giuridico e della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali²⁵.

14. – L’art. 1173 c.c. si basa sul postulato di un ordinamento-sistema che – anche nell’attuale quadro costituzionale e nello sconfinato diritto mondiale – realisticamente appartiene per molti aspetti al passato, eppure continua a tramandare un contenuto precettivo che sopravvive: l’idea del diritto come paradigma regolativo mobile e aperto e tuttavia non manipolabile arbitrariamente dai suoi interpreti.

Questa direttiva impone di chiedersi se l’area delle obbligazioni – che non hanno il loro fondamento nel contratto, nella promessa e nel torto (a parte le figure antiche che hanno trovato soprattutto nelle restituzioni da ingiustificato arricchimento una ragione unificante) – risulti dispersa e frammentaria, quante sono le finalità delle singole previsioni legali, ovvero tenda a darsi un autonomo nucleo unificante, che sia congruo con i limiti di apertura e di atipicità dell’art. 1173 c.c.

Ogni tentativo di risposta deve avvalersi del concorso di un’attenta e realistica analisi delle costruzioni dei giudici e di un costante confronto critico con lo stato attuale della letteratura giuridica.

Residueranno, con ogni probabilità, non poche zone conflittuali; eppure sarà forse possibile offrire alle direttive-limite ormai note (non dimentichiamolo mai: l’idoneità funzionale al vincolo; la conformità all’ordinamento) un supporto meno fragile e meno esposto al rischio di un giudizio arbitrario²⁶.

15. – Una prima lettura delle massime dei giudici – di legittimità e di merito, civili e amministrativi – consente di notare in via immediata quanto sia ormai diffusa (e perfino in quale misura, quasi senza problemi, ogni volta tenda a essere riaffermata), la percezione di una fonte di obbligazioni, e di una conseguente responsabilità contrattuale²⁷, il cui tratto distintivo, rispetto

²⁴ F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, loc. cit.

²⁵ F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 773.

²⁶ “Mai come ora la parola che si usa per indicare l’insieme di cui i giuristi si occupano, ‘ordinamento’, ha espresso meno quel che designa: A. GENTILI, *Senso e consenso. Storie, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti. I. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 135 e, più in generale, p. 53 ss. (ivi, è fondamentale l’analisi della successione di una “svolta ordinamentale” alla “svolta linguistica”).

²⁷ Nell’ordinamento tedesco il prototipo in senso storico e concettuale è costituito, senza dubbio, dalla *jheringhiana culpa in contrahendo* che, in seguito alla *Modernisierung* del codice fin all’inizio del nuovo secolo, diventa il paradigma-modello di altri rapporti vincolanti in alcuni contesti “simil-negoziali”: che, tutti, sono imperniati sull’affida-



alle aree dei contratti e dei fatti illeciti, è ormai descritto, sempre più spesso, con ricorso alla figura, già attentamente approfondita lungo una ferma linea del pensiero giuridico, di un “contatto sociale qualificato”²⁸.

Quel che qualifica la relazione interpersonale – e la candida alla forma giuridica del rapporto rilevante non soltanto in senso sociale – non è mai, dunque, un occasionale e singolare “contatto”, ma è pur sempre una ragione giustificativa di natura funzionale, in relazione a quei contesti nei quali uno dei protagonisti è, a sua volta, titolare di una qualificazione professionale: la quale impone obblighi.

Il principio dell’affidamento non è richiamato sulla base di vaghe – e non sempre ragionevoli – percezioni soggettive ma è conforme alle scelte dell’ordinamento, con particolare riguardo al carattere vincolante, in quanto inerente a enunciati normativi testuali (art. 1175 c.c.), delle valutazioni secondo buona fede oggettiva²⁹.

16. – Un punto controverso – almeno nella nostra tradizione e anche nella nostra giurisprudenza – verte tuttavia ancora, a quanto pare, sulla possibilità di ravvisare nella disciplina della responsabilità *ex art. 1337 c.c.* (ossia, nella fase della relazione che fra le parti s’instaura con le trattative) un modello di rapporto obbligatorio, privo di un obbligo primario di prestazione, il quale sia destinato per sua natura a trovare applicazione latamente analogica anche in altre ipotesi in cui – in termini di rilevanza dell’affidamento e delle finalità informative e protettive del rapporto – sarebbe incomprensibile un difetto di tutela, o comunque una distinzione sul piano dei rimedi effettivi³⁰.

Alla base dell’esigenza di trovare nel sistema un paradigma di riferimento, che abbia fin dal pensiero di Jhering una prima intuizione, si manifesta il senso attuale – per molti aspetti ancora controverso – dei problemi principali ove si riassume l’esigenza di un controllo legale sulla

mento e sulla presenza di obblighi di protezione in mancanza di obblighi primari di prestazione (§§ 311 e 241). Sappiamo che, nella tradizione italiana, è a lungo prevalso – soprattutto nella giurisprudenza – il modello francese, ma si è anche affermata una notevole e coerente linea di pensiero che ha sviluppato l’insegnamento di Luigi Mengoni e che, come si vedrà fra breve, sta acquistando non pochi consensi anche fra i nostri giudici. Una massima non lontana negli anni ha affermato, per esempio, in una maniera tale da dissociarsi con chiarezza dai precedenti di gran lunga dominanti, che “la responsabilità precontrattuale presuppone un contatto sociale dei soggetti tra cui s’instaura una trattativa: ciò è confermato dalla lettura dell’art. 1337 c.c., con il quale è imposto alle parti un obbligo di comportamento secondo buona fede. Quest’obbligo particolare costituisce dunque una fonte di obbligazione derivante dalla legge, compresa tra quelle indicate nella terza categoria dell’art. 1173 c.c.”: Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, *C.E. c. Ministero della Giustizia*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2547 ss., con nota di FASOLI.

²⁸ Con riferimento alla responsabilità professionale del medico, per esempio: Cass. 6 ottobre 2014, n. 21025; Cass. 30 settembre 2014, n. 20547; Cass. 18 luglio 2013, n. 17573; Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754; Cass., 1° dicembre 2009, n. 25277. Con riguardo alla responsabilità della banca e alla legislazione in materia di assegno (*ex art. 43, R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736*), Cass. Sez. Un. 26 giugno 2007, n. 14712, in *Danno resp.*, 2008, p. 160 ss., con note di BENEDETTI e di SALVATORE.

²⁹ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 144.

³⁰ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 166.



creazione di vincoli anche contro la volontà dell'obbligato, allorché a quest'ultimo non sia imputabile una responsabilità da fatto illecito.

Nei tempi della perdita della fattispecie, il senso di una legalità che sempre più spesso viene ormai a coincidere con la trama complessiva di una conformità al diritto parrebbe presupporre che l'analisi verta con intensità crescente sul modello di una relazione sociale effettiva la quale si candidi funzionalmente, nella cornice di un sistema da ricostruire, a legittimarsi sul piano dell'efficacia giuridica.

Ben può dirsi allora che, pur iscrivendosi in senso lato nella perdurante centralità del rapporto obbligatorio, la varietà casistica delle relazioni sociali non si limiti al paradigma delle trattative nonché, in una linea di ragionevole parità di trattamento, nella linea di altri contatti sociali qualificati da cui si originino, del pari, fondati affidamenti.

La terza serie di figure – che è testualmente richiamata dall'art. 1173 c.c. – esige pertanto di confrontarsi non soltanto con un problema d'individuazione e di determinazione delle fonti delle obbligazioni (se mai se ne diano i presupposti) ma anche di prendere posizione – in termini più generali che perfino coinvolgono alcuni aspetti di teoria del diritto contemporaneo – sulla diversa vocazione normativa dei rapporti interpersonali, senza limitare l'analisi all'approfondimento e alla più precisa individuazione delle figure che si possano ricondurre all'area la quale suole essere descritta nei termini di un "contatto sociale qualificato".

17. – Ogni volta è necessario pertanto chiedersi – nella linea di un insegnamento antico che si mantiene attuale e che perfino annuncia possibili sviluppi futuri – se proprio il rapporto della vita sociale sia tale da presupporre un'autonoma valutazione giuridica, la quale può essere di volta in volta commisurata sulla funzione, oltre che sulla struttura, della relazione interpersonale, nonché sulle scelte d'indirizzo che l'ordine giuridico esprime nel suo insieme e nelle sue varie e mobili articolazioni³¹.

Si possono ammettere a titolo esemplificativo – in una tale linea che al tempo spesso non è del tutto chiusa e che è internamente articolata – sia la configurazione in termini di giusta causa dell'attribuzione patrimoniale dell'adempimento spontaneo di rapporti i quali siano ancora privi di una definizione giuridica legale (ma che siano pur sempre degni di tutela, una volta che siano sostanzialmente osservati: com'è stabilmente accaduto, fin da tempi ormai remoti, nell'area esemplare delle prestazioni fra conviventi *more uxorio*)³² sia la ragionevole protrazione di vincoli di correttezza a contratto ormai esaurito³³.

³¹ N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 433.

³² Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277, Massima redazionale, 2014 (il rapporto di proporzionalità che è riconosciuto con riguardo alle obbligazioni naturali in generale dev'essere ribadito in riferimento all'adempimento di doveri morali e sociali nella convivenza *more uxorio*).

³³ Cass. 21 luglio 2011, n. 15992, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2636 ss.



In un tempo in cui il diritto privato cambia fin dall'immagine profonda del “rapporto di debito-credito” (che, come si è premesso, ne ha costituito uno dei luoghi primari e ricorrenti) e in cui all'insegna del debito si riassume un gravissimo stato di crisi economica e finanziaria (che – nel riprendere qui un accenno per forza di cose molto sommario – sembra addirittura legittimare in base all'eccezione interi nuovi assetti del diritto su scala mondiale), si aggrava il rischio che la forma giuridica si dissolva insieme con una piena partecipazione alle scelte politiche³⁴.

La perdita va ben oltre la trama legislativa “per fattispecie”, sia pure a largo raggio, ma tende ormai a invadere anche quel controllo che ha il suo punto di forza nell'idea del sistema.

Permane il postulato che molti rapporti, nella loro effettività sociale, siano pur sempre in grado di esibire un sostrato di ragioni giustificative: che non si esauriscano in se stesse ma che siano qualificate da un sicuro *test* di congruità a un ordinamento, il quale, a sua volta, mantiene un nucleo di senso non eludibile del tutto (sebbene vada a sua volta smarrendo una gran parte dell'identità che fu alle origini presupposta).

Oltre quel che sicuramente s'inscrive nell'area dei contratti e nell'area dei fatti illeciti, c'è dunque un'area che rende insostituibile, e sempre più responsabile, quel confronto fra giuristi e giudici che – quali che siano i bilanci difformi – dà un volto al mutamento, nel tempo stesso in cui ne fissa i limiti, quali sono imposti da un quadro costituzionale imperniato pur sempre sulla divisione dei poteri.

Delle razionalizzazioni e delle concretizzazioni dà conto diffusamente la casistica alla quale si è accennato secondo una linea che era stata da tempo suggerita senza un eccesso di genericismi ma con la massima attenzione a quella tipologia di rapporti in cui fosse costante e ben visibile un'istanza di tutela dell'affidamento; e il fondamento giustificativo si rafforzasse in considerazione della condizione del soggetto privato o pubblico (in particolare: in base ai vincoli immanenti a un *status* qualificato in senso professionale: medico; insegnante; ente bancario; pubblica amministrazione; e via dicendo).

Affiora – nelle prese di posizione dei nostri giudici – anche la convinzione che il paradigma storico-sistematico dell'obbligo (il quale nasce secondo buona fede con finalità dell'altrui protezione di un affidamento e di ulteriori diritti inerenti alla relazione) si manifesti soprattutto nella fase che precede la conclusione di un contratto, pur senza escludersi del tutto che possa manifestarsi perfino nella fase successiva alla sua estinzione.

Deve precisarsi, a questo punto, che si tratta di orientamenti non privi di perduranti contrasti: sui quali incide, e talvolta apertamente, anche la cautela di principio di una letteratura giuridica che è pur sempre molto fedele alla tradizione giuridica imperniata sul modello francese (soprattutto quando sia in questione la libertà di sottrarsi, fino all'ultimo momento, a un vincolo contrattuale).

³⁴ Il rinvio è ai nn. 8 e 9, nonché alle note corrispondenti.



18. – L’osservatorio delle fonti delle obbligazioni trae, comunque, la sua forza esemplare dall’inevitabile interferenza con alcuni fra i più clamorosi fattori di una trasformazione che – anche, e forse soprattutto, nel quadro nazionale – non è ancora giunta a un suo coerente compimento.

Vincenzo Scalisi è stato – e davvero non c’è bisogno di rammentarlo ancora una volta – fra gli interpreti più sensibili della complessità e della mobilità del diritto privato contemporaneo; e mai ha cercato una facile, quanto vana, via di fuga nel portare l’Europa a Messina e Messina nel mondo del diritto.

La rottura dell’armonia tra forma e materia della giuridicità non è mai diventata, in lui, un alibi per sottrarsi alla responsabilità di un pensiero critico e ricostruttivo, sempre memore dell’insegnamento appreso.

In questo senso, i tentativi di rispondere a non poche domande tuttora vive – sul significato attuale del terzo genere delle fonti delle obbligazioni; sul fattore che candida queste ultime a un ruolo adeguato purché sia idoneo alla produzione di effetti giuridici vincolanti; sul ripensamento stesso del controllo di legalità, su quel che resta della nozione di “ordinamento” (art. 1173 c.c.) – sono una sorta di raro banco di prova dell’accentuata esigenza di una rinnovata vocazione metodica.

L’apertura del quadro delle fonti dei rapporti obbligatori, in una linea di atipicità, è stata un’indubbia innovazione interpretativa che ha segnato una svolta radicale rispetto all’intenzione originaria dei codificatori.

Le obbligazioni, al di fuori delle aree tradizionali, erano infatti fondate, per opinione comune, nella legge.

Il testuale richiamo all’ordinamento si prestava, nondimeno, a tener conto di un orizzonte più ampio: che fu subito integrato – fin dalle importanti pagine, ancora per tanti profili fondamentali – di Michele Giorgianni, di Pietro Rescigno e di Adolfo Di Majo – dal richiamo alla fonte costituzionale³⁵.

I problemi più insidiosi gravarono sugli sviluppi successivi, a causa della difficoltà di ricostruire in termini non del tutto frammentari un quadro ordinante nuovo, e perfino imprevedibile³⁶.

³⁵ P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato). a) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XXIX, 1979, p. 151, ha scritto pagine ancora molto attuali sulla “funzione ‘garantista’ dell’indicazione della legge nel vecchio codice” e sul “significato del rinvio all’ordinamento giuridico” nel codice vigente. Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 175.

³⁶ Scritti d’intonazione spesso molto diversa – e chiaramente divergenti nelle proposte ricostruttive – sono tuttavia accomunati dall’esigenza di non smarrire la linea maestra di un pensiero il quale non abbia del tutto abdicato a un confronto di argomenti che siano inclusi in un quadro di riferimenti giuridici non del tutto arbitrari: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, loc. cit.; LIPARI, N., *Le categorie del diritto civile*, loc. cit. Per una linea fermamente critica nei confronti dell’enfasi sul diritto europeo e sul diritto mondiale: C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Il Mulino, Bologna, 2015. Sulla condizione attuale delle idee-forza costituzionali si è espresso con accenti fortemente critici F.D. BUSNELLI, *Idee forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 24.

JUS CIVILE



La perdita della fattispecie non poteva essere surrogata, al tempo stesso, da un ordine di pretese che fossero genericamente declamate in termini di aspettativa sociale.

Di per sé considerata, come si legge in un saggio non lontano negli anni, quest'ultima non è, infatti, la ragione sufficiente di un vincolo giuridico, fermo restando che la determinatezza dei soggetti del rapporto è comunque un presupposto dell'obbligo e non del fatto illecito in generale³⁷.

19. – Il diritto privato che cambia è messo alla prova: deve saper ritrovare, anche in quest'area – e nel vivo di un aperto confronto fra gli interpreti – la forza delle distinzioni, oltre che la consapevolezza del ruolo insostituibile della forma giuridica: delle sue potenzialità in atto; ma pure – dove l'integrazione si renda necessaria e qualsiasi ordine di supplenza sarebbe insufficiente – del ruolo dell'intervento, meno labile e più completo per definizione, di un assetto normativo, il quale sia più adeguato a regolare (in una sede che, alla fine, è necessariamente politica e parlamentare) le peculiarità dei conflitti emergenti.

20. – Angelo Falzea, nell'inaugurare un anno accademico su invito dell'Università, invitò la giovane, folta e attentissima platea, a seguirlo nell'"aprire il grande libro del diritto".

Questo libro non è chiuso e sta cambiando.

Una cosa è certa: nel segno di una "continua discontinuità", molte pagine sono state scritte – proprio qui a Messina – da Vincenzo Scalisi.

³⁷ F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, cit., pp. 121-125, ove si osserva, in particolare, che "incombe in responsabilità contrattuale chi non promuove, ai sensi dell'art. 106 t.u.f., l'offerta pubblica di acquisto totalitaria emessa nei confronti dei titolari di azioni emesse dalla società quotata" e non soggiace "invece, alla disciplina della responsabilità contrattuale, chi, nel promuovere un'offerta pubblica di vendita di strumenti finanziari, viola la disciplina volta a garantire un'informazione veritiera, chiara e adeguata (artt. 104-101 t.u.f.). Nelle pagine di critica alla creazione di "principi giurisprudenziali" si raccomanda un'istanza di massima cautela nel procedere a un ordine di rimedi quando gli stessi siano mediati dalla creazione giudiziale di obblighi, quasi in funzione di riduzione dell'area già presidiata dall'art. 2043 c.c.: F.D. BUSNELLI, *Azioni risarcitorie e "principi giurisprudenziali"*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 21.