

S A G G I

FRANCESCO BENATTI

(Professore f.r. dell'Università di Milano)

L'«OBBLIGAZIONE» (UN CAMMINO)

SOMMARIO: 1. Le parole del diritto. – 2. Le parole e il metodo. – 3. L'insegnamento di Luigi Mengoni. – 4. La parola «obbligazione» e la costruzione del significato in Luigi Mengoni. – 5. I doveri di protezione. – 6. (*Segue*). – 7. L'estensione dei doveri di protezione a terzi non legati al contratto. – 8. L'evoluzione della parola «obbligazione» in Carlo Castronovo: l'obbligazione senza prestazione. – 9. La discussione. – 10. L'attuale punto di arrivo del significato della parola «obbligazione».

1. Le parole del diritto

Uno scrittore di grande spessore ci ricorda che “il diritto – che è volontà di dar forma e contenuto all'altrui volontà (questa è l'essenza del comando) – ci giunge per il tramite di parole, e appieno si identifica con il discorso che uomini si rivolgono imperativamente ad altri uomini. Di qui l'essenziale problema del linguaggio giuridico: parole scelte, nessi grammaticali e sintattici, brevità o larghezza della frase”¹.

Il diritto è, dunque, parola e da essa si parte per la costruzione giuridica e per l'interpretazione. Il testo, cioè le parole o l'insieme delle parole, vincola l'interprete, che non può andare oltre; il che non vuole dire ripiegarsi sulla mera espressione linguistica, ma scegliere, di fronte al caso concreto, quel significato, tra i possibili, racchiusi nella parola. Un suo superamento non è attività di interpretazione, ma creazione di una norma o di un principio.

Le parole con cui si esprimono le norme, risentono dello svolgersi della storia dell'uomo. Vi sono parole che si tramandano dall'antichità e forse hanno una durata per sempre; altre sono affiorate nell'epoca

¹ N. IRITI, *I cancelli delle parole*, Napoli, 2015, p. 40.

intermedia e nei tempi più recenti; nella modernità vengono utilizzate delle nuove purtroppo anche in un lessico che non è il nostro; forse nel futuro saremo in presenza di un linguaggio che nulla ha a che vedere con la finezza della tradizione che fino ad oggi ci ha accompagnato.

Le parole possono subire mutamenti nel percorso del tempo che ampliano o restringono l'ambito del loro senso; basta che non predomini vaghezza e imprecisione, misteriosità lessicale, emotiva, demagogica e ideologica, perché così si ridurrebbero al servizio della classe egemone o si assoggetterebbero al decisionismo incontrollato del giudice²: l'atmosfera sarebbe inquinata da soffi di antidemocrazia.

2. Le parole e il metodo

Si deve ai bravi allievi di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi, oggi affermati giuristi, l'invito a dedicare al loro maestro un saggio da inserire negli studi in suo onore su "Le parole del diritto".

L'ispirazione nasce dal clima che hanno respirato fin dall'inizio dei loro studi: in quell'invito scrivono che "Carlo Castronovo ci ha insegnato che gli istituti giuridici vivono nelle parole che li esprimono e che ci permettono di comunicare nell'orizzonte di una cultura generale di cui il diritto è parte. Le parole del diritto sono, del resto, anche i costitutivi della dogmatica, elemento ordinante e garanzia di autonomia della scienza giuridica".

3. L'insegnamento di Luigi Mengoni

Il passo di Albanese e Nicolussi evoca l'insegnamento di Luigi Mengoni, maestro mio e di Carlo Castronovo, e in sintesi ne riassume l'indirizzo metodologico che noi due (e anche Francesco Realmonte che purtroppo non è più con noi) abbiamo sempre seguito non per ossequioso rispetto, ma perché convinti che fosse l'unica via per intraprendere lo studio del diritto. Mengoni era solito dire: "leggi bene il codice [a quei tempi era il solo libro di norme per il civilista] e troverai la soluzione di ogni problema". Il suo pensiero si è nel tempo arricchito

² Cfr. N. IRTI, *op. ult. cit., passim*.

to, ma non ha mai perduto il suo carattere originario. Questo comando merita di essere osservato.

Va, dunque, ripercorso il cammino che fin dall'inizio mi ha indicato Mengoni, non già per una forma di celebrazione di una scuola, ma per un richiamo ad un metodo che dovrebbe essere ripreso con l'abbandono di una moda che sembra affacciarsi in questi tempi con sempre maggiore intensità, la quale al testo e alle parole preferisce criteri sovra-linguistici e sovra-positivi in un fluire scomposto e lacunoso che viene chiamato storia³. Si è alzato il manifesto che è “giunta l'ora di deporre dal trono intangibile il legislatore, sovrano ormai stanco, e di desistere dal conclamare un assolutismo giuridico decisamente fuori tema”⁴.

4. La parola «obbligazione» e la costruzione del significato in Luigi Mengoni

La prima parola su cui Mengoni ha richiamato la mia attenzione è stata: “obbligazione”. Aveva di recente pubblicato nel 1954, sulla “Rivista di diritto commerciale”, l'incomparabile monografia su “Obbligazioni di ‘risultato’ e obbligazioni di ‘mezzi’ (Studio critico)”⁵ e nel 1957, sempre nella stessa Rivista, una nota sentenza, che Carlo Castronovo ha definito “quasi un trattato”, “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”. Ha iniziato con una lezione su quella parola, che sarà al centro di tutta la sua produzione sull'obbligazione, pur se nel divenire del tempo ha apportato ulteriori approfondimenti e specificazioni⁶.

Luigi Mengoni mi ha spiegato che la concezione del passato, da me appresa da Biondo Biondi e Domenico Barbero, che la qualificava come rapporto elementare, incentrato sul dovere di prestazione del debitore cui il creditore ha diritto, in presenza dell'art. 1175 – colloca-

³ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 64 e 65.

⁴ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. 78; v. anche G. CALABRESI, *Il mestiere del giurista. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, p. 79.

⁵ Sulla quale v. l'attenta analisi di V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. e impr.*, 2016, pp. 456 ss.

⁶ La più importante produzione di Mengoni sulle obbligazioni è raccolta da ANT. ALBANESE, A. NICOLUSSI, C. CASTRONOVO nel volume *Scritti*, II, Milano, 2011.

to nelle disposizioni preliminari della parte generale delle obbligazioni insieme all'art. 1173 (sulle fonti) e all'art. 1174 (sui caratteri della prestazione) – si è trasformato in rapporto complesso (chiamato anche rapporto fondamentale o organismo) in cui – all'obbligo primario di prestazione – fanno da cornice una serie di obblighi accessori che trovano la loro fonte nell'art. 1175, i c.d. “doveri di protezione” che hanno carattere di reciprocità, essendo in capo sia al debitore sia al creditore e che sono di varia natura: strumentali, integrativi oppure autonomi, tutti coordinati in un nesso funzionale unitario.

Tra questi si colloca l'obbligo di conservazione volto alla tutela dell'interesse di ciascuna delle parti a non essere danneggiata nella propria persona e nei propri beni. È vero che tale interesse esiste prima ed indipendentemente dall'esistenza di un rapporto obbligatorio ed è protetto dall'art. 2043 c.c., ma queste perplessità sono superate, nel nostro ordinamento, in presenza degli artt. 1681 e 2087 c.c. Poiché in taluni contratti – e qui sono citati quelli di trasporto e di lavoro – il raggiungimento del risultato atteso dai contraenti non può essere conseguito se una parte non tiene una condotta tale da salvaguardare la persona e i beni dell'altra, le indicazioni normative dirette a siffatta “protezione” di un soggetto hanno per oggetto lo stesso interesse di protezione previsto, nel rapporto obbligatorio, dall'art. 1175, il quale – proprio per la sua portata generale – è fonte di un obbligo di conservazione, analogo, per funzione, a quello di avviso, informazione ecc., ove si manifesti, nell'esecuzione del rapporto contrattuale, l'esigenza di tutela dello specifico interesse di salvaguardia. La responsabilità che consegue alla violazione di questo dovere è, dunque, di natura contrattuale⁷.

Venendo ad illustrare la teoria di doveri di protezione, Mengoni accennò al fatto che tali doveri sorgono, per effetto della clausola di buona fede prevista dall'art. 1337, anche nella fase delle trattative e il tema della *culpa in contrahendo* mi fu suggerito come studio per un lavoro monografico.

⁷ Per un'accurata esposizione del modello tedesco che ha influenzato la nostra dottrina, v. *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, con scritti di H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

5. I doveri di protezione

Da questa configurazione dell'obbligazione già al tempo dei primi colloqui con Luigi Mengoni sono emersi alcuni aspetti che guideranno la dottrina negli anni successivi.

Luigi Mengoni ha distinto, sulla scia della dottrina tedesca, tra le varie categorie dei doveri di protezione gli obblighi integrativi e strumentali, che non hanno una propria autonomia perché assicurano l'esatto adempimento, da quelli accessori con propria autonomia e una propria vita. In particolare la nullità, l'annullamento e ogni rimedio demolitorio del contratto (ed entro certi limiti anche per le obbligazioni aventi origine da "*variae causarum figurae*") tolgono di mezzo l'obbligo primario di prestazione, ma non i singoli doveri che restano ancora operanti: si pensi al dovere di segreto, di custodia, di non utilizzare le informazioni acquisite ecc.

6. (Segue)

La teoria dei doveri di protezione è stata sviluppata dai primi allievi di Luigi Mengoni: alludo ad un mio scritto del 1960 sulla "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", dove viene studiato il loro fondamento ed i limiti con attenzione alle critiche mosse a quel tempo, e ad una successiva voce sul "Digesto italiano" che completava il quadro, tentando di coglierne la disciplina: avendo questi doveri natura di obbligazione, ad essi si devono estendere le norme regolamentari contenute nella parte generale. In particolare era affrontato il tema dell'applicazione della regola dell'art. 1229 c.c., posto che fin da allora era diffusa l'opinione, ancor oggi da molti condivisa, dell'inderogabilità della norma di buona fede e di conseguenza dei doveri da essa discendenti nella concretizzazione della clausola.

La voce di Carlo Castronovo sull'"Enciclopedia giuridica Treccani" (1990) rappresentava il nuovo punto di riferimento con un'esposizione completa della categoria che, muovendo dalla vecchia dottrina, ne preparava il futuro. Sono esemplari gli studi successivi dei nostri allievi Albanese⁸,

⁸ ANT. ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, in *Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche*, 8, Tricase, 2014 e ID., *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, pp. 1129 ss.

Nicolussi⁹ e Venosta¹⁰. Ormai, la teoria dei doveri di protezione è divenuta una categoria dogmatica, non più messa in discussione dai giudici e dagli operatori pratici. Il dibattito scientifico verte su singoli aspetti e su qualche questione, ad esempio sul contenuto del dovere di informazione che – malgrado gli sforzi di esperti autori – rimane ancora su un piano di genericità, forse non colmabile. La ragione è evidente: nei contratti che circolano nel mondo degli affari e nella vita quotidiana, stipulati nelle più diverse circostanze, con parti che hanno profili umani, professionali e conoscenze più disparati, si riesce solo ad individuare i “temi” oggetto dell’informazione e le poliedriche varianti: chi ha fatto uso dell’analisi economica del diritto – alludo, in particolare, ai lavori di Valeria De Lorenzi¹¹ – è riuscito a dare qualche suggerimento e ad individuare, in via teorica, l’ambito generale dell’informazione sotto l’aspetto dei costi, ma altro non ha potuto fare. Si tratterebbe di un dovere, la cui importanza emerge sempre più, come si apprende, ad esempio, dalle norme sul T.U.F., da quelle che riguardano i consumatori e così via, la cui specificazione dipende dal pratico e dal giudice e qui si introduce la necessità del controllo della decisione, rispetto alla quale sembra riduttiva l’affermazione corrente della Suprema Corte, che distingue – anche per le clausole generali – tra questioni di merito e quelle di legittimità. Per queste clausole il controllo deve essere diverso e più pregnante e ciò che risulta dalla sentenza è spesso inadeguato: non basta fermarsi al ragionamento del giudice che necessariamente deve essere basato sugli elementi di fatto esposti, e accertare se è corretto

⁹ A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, pp. 83 ss.; ID., *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, pp. 797 ss.; ID., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 871 ss.; ID., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, pp. 929 ss.; ID., *L’interesse del creditore e il risultato dell’obbligazione*, in *Obbligatio-obbligazione*, a cura di L. Capograssi Colognesi e M.F. Corsi, Napoli, 2011, pp. 109 ss.; ID., *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, pp. 1191 ss.

¹⁰ F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, pp. 839 ss.; ID., *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, pp. 109 ss.

¹¹ In particolare, V. DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 565 ss. e ID., *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, pp. 94 ss.

o non è corretto rispetto a quegli elementi, oppure lacunoso, vago ed incerto: la Cassazione deve, viceversa, ripercorrere per conto suo tutte le circostanze di fatto che portano alla conclusione del ragionamento per scorgere eventuali vizi. Poiché da queste nasce l'obbligo *ex bona fide*, esse sono il presupposto per la nascita del dovere, ma le circostanze devono essere raccolte nella loro "totalità" (e non solo quelle indicate dal giudice del merito), e a questa verifica è tenuta la Corte.

Anche per altri doveri sarebbe opportuno un onere di specificazione completo e penetrante: ad esempio per quello di segreto, di uso proprio di acquisizioni tecniche e commerciali nel caso di contratto demolito ecc. E anche qui si dovrebbe fare una riflessione identica a quella relativa al dovere di informazione, ma il discorso sarebbe troppo lungo ed esula dallo scopo di questo saggio.

7. L'estensione dei doveri di protezione a terzi non legati al contratto

Carlo Castronovo ha continuato ad indagare sui doveri di protezione e la sua riflessione lo ha portato ad un allargamento del loro ambito sotto il profilo soggettivo, esternandone l'applicazione a terzi, non legati dal contratto.

Carlo Castronovo ha fatto un primo sforzo di estensione, individuando un'altra categoria di soggetti, distinti dai contraenti, che sono da ritenere ricompresi nella sfera di protezione fondato sul contratto¹². Il caso da cui ha preso le mosse è quello di un alloggio concesso a un capo famiglia per effetto del contratto di lavoro. Essendo umido e malsano, si sono ammalate la moglie e le due figlie, rispetto alle quali non sussisteva alcun vincolo giuridico del datore di lavoro. Pur tuttavia la Corte ha ritenuto che la stessa tutela data al capo famiglia dovrebbe essere concessa ai congiunti, perché anche questi – pur non essendo destinatari della prestazione – vanno ricompresi nel dovere di protezione che riguardava il capo famiglia.

Gli esempi sono numerosi e sono quelli in cui per le caratteristiche proprie del rapporto contrattuale la necessità della protezione si estende a quei terzi che sono nella stessa possibilità di lesione del loro

¹² C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Ius*, 1976, pp. 123 ss.

interesse all'integrità personale e patrimoniale identica a quella di chi è "parte" di quel rapporto.

8. L'evoluzione della parola «obbligazione» in Carlo Castronovo: l'obbligazione senza prestazione

La costruzione dell'obbligazione che sopra si è delineata, ha permesso di fare un passo avanti nella definizione del concetto. Alludo alla teoria dell'"obbligazione senza prestazione" elaborate da noi da Carlo Castronovo, la quale ne rappresenta il più moderno sviluppo¹³.

Il suo pensiero viene qui esposto in forma semplificata, malgrado esso si svolga in modo complesso e articolato, toccando le aree della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e, in conseguenza, aspetti rilevanti della teoria generale del diritto.

Carlo Castronovo parte dalla constatazione che "c'è un'area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, nella quale confluiscono una serie di ipotesi di danno connotate da profili che le accostano senza riuscire a rendere persuasivo e soddisfacente l'inquadramento". Vengono indicate, in prima rilevazione, le informazioni erronee o non veritiere date da un professionista, la c.d. *Prospekthaftung*, la responsabilità degli intermediari, il danno causato dal medico nell'adempimento di una prestazione di lavoro in una struttura sanitaria¹⁴, il comportamento del professionista che, nell'adempire l'obbligazione, cagiona danni a soggetti che non gli sono creditori. Sono ipotesi "nelle quali la forma giuridica del testo extra contrattuale appare insufficiente in quanto annega in una troppo generica responsabilità del passante o responsabilità del chiunque, caratterizzata dal mettere in relazione soggetti fino a quel momento estranei", dalla quale sembra sorgere uno specifico obbligo di attenzione e non solo condotte meramente omissive.

Accolta la concezione dell'obbligazione come rapporto complesso, una volta accertato – lo si ripete – che accanto all'obbligo di prestazio-

¹³ C. CASTRONOVO, *Obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, pp. 147 ss., dal quale sono tratti alcuni passi riportati nel testo. Altri sono ripresi da C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, pp. 679 ss.

¹⁴ Su questa ipotesi v. nt. 18.

ne si pongono obblighi accessori espressione del principio di buona fede, ci si domanda se si possono concepire tali obblighi anche quando manca la prestazione e la cui violazione possa dare luogo a responsabilità contrattuale.

Lo spunto per la soluzione positiva si trae dalla figura sintomatica che “estrapola determinati soggetti dall’indistinto e dalla distanza ai quali presiede l’*alterum non laedere*, imponendo loro obblighi di comportamento”. Il riferimento è, ovviamente, all’art. 1337, cioè alla responsabilità precontrattuale che nasce dalla violazione dei doveri in cui si sostanzia la buona fede definiti, oltre che doveri precontrattuali, anche obblighi di protezione, imposti dalla legge a chi si accinge a negoziare, responsabilità che ha natura contrattuale, dato che – come è pacifico –, laddove una relazione sociale è soggetta alla regola di buona fede, ciò è indice sicuro che la relazione si trasforma in un rapporto obbligatorio anche se è sprovvisto dell’obbligo di prestazione. Va ancora precisato, per completezza, che questa trasformazione avviene quando con l’instaurarsi delle trattative nasce un affidamento reciproco delle parti in una condotta leale ed onesta a stregua di una valutazione secondo buona fede.

Il passaggio ulteriore è se lo schema del rapporto precontrattuale come rapporto obbligatorio fonte di doveri di protezione senza la presenza dell’obbligo primario di prestazione possa essere applicato ad altri rapporti, quali ad esempio quelli sopra specificati, indipendentemente dal fatto che quei doveri siano tesi alla stipulazione del contratto.

La risposta positiva nasce dal rilievo che, “benché tra danneggiati e danneggiante non vi sia una relazione precontrattuale volta cioè alla stipulazione di un contratto, analogamente ricorre un contatto sociale che, essendo fonte di affidamento, viene reso rilevante dalla buona fede: pertanto, quando tali obblighi risultino violati, se ne deve inferire il sorgere di una responsabilità negli stessi termini della c.d. *culpa in contrabendo*”. “Tutte le situazioni che, come quella delle trattative precontrattuali mettono la sfera giuridica di ciascuna parte alla mercé dell’altra, debbono reputarsi in grado di sviluppare un’analogia carica di protezione nella quale il diritto violato non è protetto in seguito al danno verificatosi, ma prima e mediante obblighi di comportamento che fungono da usbergo, da protezione appunto dei diritti messi a repentaglio”.

9. La discussione

Questa dottrina ha suscitato un vivace ed intenso dibattito e alcune critiche¹⁵. Esse sono, per lo più, il prodotto non già di una sua valutazione e verifica nell'ambito del nostro sistema con attenzione ai dati testuali e alla loro capacità di indicare direttive all'interprete, ma da pre-determinate concezioni della responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale e del concetto di obbligazione, meglio della sua evoluzione, il che impedisce un suo sereno e obiettivo controllo.

In questo dibattito sono coinvolto, perché, in tempi non vicini, mi sono occupato della *culpa in contrahendo* e, seguendo il pensiero del Maestro, ho tentato una sua ricostruzione sfruttando le elaborazioni tratte dalla dottrina tedesca, all'epoca la più avanzata, certamente inseribili nel nostro ordinamento, avendo lo stesso punto di avvio, da noi l'art. 1337, in Germania il § 242 BGB esteso, con processo interpretativo, anche al momento precontrattuale¹⁶.

In quella monografia ho presunto di avere dimostrato che la relazione instaurata tra le parti in vista della conclusione del contratto, regolata dall'art. 1337, è fonte *ex art.* 1173 di doveri precontrattuali in forza dell'affidamento che ciascuna parte nutre nella correttezza dell'altra. Questi doveri sono obbligazioni in senso tecnico, in quanto rivestono il carattere della patrimonialità e tendono a realizzare l'interesse di protezione di ciascuna delle parti. La loro violazione dà luogo a responsabilità contrattuale per una pluralità di argomenti: in particolare perché, oltre ad avere anche natura positiva, sono concretizzazione del più generale dovere di buona fede allo stesso modo dei doveri di protezione che sono accessori all'obbligazione di prestazione nascente dal contratto *ex art.* 1175.

Non avevo messo in luce che i doveri *in contrahendo* ineriscono ad un rapporto obbligatorio in cui manca l'obbligo primario di prestazione, ma questo sviluppo era estraneo all'oggetto della ricerca e soprat-

¹⁵ Le più significative si trovano in M. MAGGIOLO, *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, in *Obbligatio-Obbligazione*, cit., pp. 87 ss., e A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, pp. 344 ss.

¹⁶ La recente riforma del BGB ha espressamente disciplinato la *culpa in contrahendo* con l'introduzione del § 311.

tutto al clima scientifico dell'epoca. In quel tempo era difficile andare oltre la ricostruzione da me prospettata, perché già sembrava ardua sia per l'orientamento prevalente che riconosceva alla responsabilità precontrattuale natura aquilana, sia perché essa sembrava limitata al recesso ingiustificato delle trattative e all'ipotesi dell'art. 1338. Veniva esclusa, anche se ammessa da Luigi Mengoni e sulla sua scorta da me, la responsabilità precontrattuale da contratto valido che a quei tempi sembrava quasi un'eresia ed era diffusa una quantificazione restrittiva del c.d. interesse negativo che poteva rendere la *culpa in contrahendo* di modesta rilevanza economica.

Carlo Castronovo ha accolto la ricostruzione di Mengoni e quella mia successiva, ma ha constatato che il contatto sociale tra soggetti determinati e caratterizzati da reciproca fiducia può mettere a repentaglio le reciproche sfere giuridiche e pertanto è fonte di doveri di protezione a carico di ciascuna delle parti indipendentemente dal fatto che sussista un obbligo di prestazione in modo analogo a quanto avviene ai sensi dell'art. 1337.

L'obiezione che gli obblighi precontrattuali sono diretti alla conclusione di un futuro contratto e perciò sarebbe inutilizzabile la struttura del rapporto precontrattuale in altri casi, va incontro al rilievo che la particolare finalità dei quegli obblighi non attiene alla qualificazione (struttura) del rapporto, bensì riguarda il loro contenuto, sicché – se un rapporto simile si pone in altre fattispecie seppur orientate a scopi diversi –, non c'è alcun impedimento a configurare quei rapporti in modo analogo a quello precontrattuale. Nel disegno del legislatore la struttura del rapporto precontrattuale non sembra limitata solo all'ipotesi delle trattative (*pars pro toto*), ma ha una capacità di estensione fuori della fattispecie dell'art. 1337 nei casi in cui si crea un contatto sociale qualificato alla stregua di quello che si instaura con le trattative, in cui ciascuna delle parti ripone la sua fiducia nel comportamento corretto dell'altra attraverso l'osservanza di reciproci doveri, soprattutto positivi: nelle trattative si tratta di doveri connessi alla conclusione del contratto, nelle altre ipotesi di doveri volti a realizzare l'utilità (risultato) che ciascuna delle parti si aspetta in virtù di quel contatto (*Vertrauensverhältnis*).

Dal testo legislativo si possono ricavare una pluralità di regole. Il decisore deve scegliere, tra i significati ricavabili dal testo, lo "schema" – per dirlo con Kelsen – che più si avvicina alla fattispecie concre-

ta, purché esso entri in quello schema e non si vada oltre¹⁷. I critici dell'”obbligazione senza prestazione” non hanno compiuto questo passaggio.

La critica che viene solitamente mossa si articola, sostanzialmente, su due piani. Il primo è che lo stesso risultato si può ottenere attraverso l'art. 2043 c.c. che – essendo una norma a contenuto elastico – può disciplinare le ipotesi alla quale si riferisce la teoria dell'”obbligazione senza prestazione”. Il secondo di basa sulla considerazione che il “contatto sociale” è una formula generica che permea gran parte dello svolgimento della nostra vita, sicché diventa non agevole individuare le ipotesi in cui possa trovare applicazione la teoria criticata. Si cita comunemente il caso dell'autista di un autoveicolo che deve confidare sul rispetto delle regole dei conducenti di tutti gli altri veicoli.

Le due obiezioni sono strettamente connesse. Esse si riferiscono a contatti sociali che accompagnano la nostra esistenza (danno luogo, cioè, ad una “fiducia verso gli altri” quale è quella dell'autista citato). La dottrina in esame si rivolge ad altre situazioni, quando cioè il rapporto non è tra indistinti o indifferenti (Castronovo li chiama “passanti”), ma coinvolge due soggetti tra i quali si instaura una specifica relazione diretta ad uno scopo di cui entrambi sono consapevoli e parti attive, riponendo pertanto fiducia nella correttezza dei reciproci comportamenti, che devono essere ispirati a collaborazione e cooperazione in vista del perseguimento di quello scopo¹⁸.

¹⁷ N. IRTI, *op. cit.*, p. 59.

¹⁸ La responsabilità professionale di natura contrattuale degli esercenti la professione sanitaria in una struttura sanitaria o sociosanitaria sembrerebbe oggi esclusa dalla fattispecie disciplinata dalla regola elaborata nel testo a seguito dell'art. 7 della legge n. 24/2017. Per questa norma il medico che esercita un siffatto tipo di professione risponde del suo operato *ex art.* 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente e il danno asserito è risarcito in base alle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. A questa disposizione possono essere mossi i seguenti rilievi. *a)* Ad una prima lettura, sembra che il medico di una struttura sanitaria risponda della sua attività soltanto ai sensi dell'art. 2043 e, in presenza di un contratto stipulato con il cliente, anche per l'art. 1218. Una simile conclusione va incontro all'obiezione che il contatto sociale qualificato, atto a suscitare un ragionevole e condiviso affidamento, dà luogo al sorgere di un rapporto obbligatorio senza prestazione in virtù del principio di buona fede che è norma inderogabile nel nostro ordinamento, e pertanto la sua applicazione, nel nostro caso, non può essere negata. Se la buona fede regola il contatto sociale tra soggetti volto alla conclusione

Si tratta di una relazione che esula del 2043 e dai meri contatti sociali, perché si caratterizza per essere un rapporto qualificato che ha stessa struttura di quello precontrattuale, perché genera un affidamento “verso un altro”, non “verso gli altri”, come è nella responsabilità del *neminem non laedere*: sono solo diversi i fini, ma lo strumento normativo per raggiungerli è lo stesso¹⁹.

Un’ultima riflessione.

La recente riforma del *BGB* prevede, nel § 311, obblighi di protezione non solo nell’avvio di una trattativa volta alla conclusione del contratto (n. 1), ma anche in conseguenza di un comportamento genericamente inteso che possa considerarsi avere aperto la via alla co-

del contratto per la tutela dell’affidamento che ciascuno ripone nell’altro in vista di un determinato risultato, non c’è alcuna ragione per non estendere questo schema normativo a tutti i casi in cui sorge un simile rapporto anche se rivolto ad un diverso risultato. L’art. 1337 non è norma eccezionale, ma regola di un caso specifico che, per la sua configurazione, si propone come modello per altri casi affini. Si potrebbe obiettare che l’art. 7 non disconosce l’operatività della buona fede nel sistema, ma la limita nel caso in esame e ciò non può essere precluso al legislatore. La critica non tiene conto che la costruzione dell’“obbligazione senza prestazione” e la sua estensione all’ipotesi del medico esercente in un ente sanitario non è frutto di un’invenzione di una dottrina ardita, ma deriva da un’indagine sulla portata dell’art. 1337 che ne scruta in profondità la collocazione e funzione nell’ambito dei rapporti tra privati e perciò è espressione del principio di buona fede che deve valere per tutti i casi affini perché è regola immanente nel sistema. Ed è il caso del medico. *b)* L’art. 7 restringe il risarcimento del danno causato dal medico in base alle tabelle ai sensi degli artt. 138 e 139 cod. ass. Trattandosi di lesione del bene della salute, che è diritto assoluto di ogni soggetto, non è legittimo, neppure per il legislatore, stabilire un plafond per il risarcimento, comunque si qualifichino le norme disciplinanti la responsabilità *ex* art. 2043, per la natura del diritto violato e ciò vale anche per coloro che estendono all’art. 2043 l’art. 1229. Se si vuole salvare il comma 4 dell’art. 7 (che potrebbe essere contro gli artt. 2 e 32 cost.), si può sostenere che gli artt. 138 e 139 sono disposizioni che possono essere una guida per orientare il giudice, ma nulla più. Ogni decisione deve tenere presente che il danno deve essere risarcito integralmente e, perciò, ove si voglia ricorrere agli artt. 138 e 139, si deve specificare che quello liquidato è il danno effettivo, specificazione che non può essere motivata con formula di stile, ma fondata su un accertamento reale, cioè che il danno non è effettivamente superiore.

¹⁹ Si veda, da ultimo, C.W. CANARIS, *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, pp. 1 ss., il quale così conclude il suo saggio: “Uno specifico contatto giuridico e un contratto negoziale possono entrambi fondare un rapporto obbligatorio giuridicamente rilevante, un semplice contratto sociale, per contro, no”. Ed infatti l’affidamento generato e colorato dalla buona fede, eleva a giuridicità il contatto sociale così come sopra configurato.

stituzione di un qualche rapporto negoziale (n. 2) e infine ad “ähnliche geschäftliche Kontakte” (n. 3).

Non è chiara nella dottrina tedesca la distinzione tra il n. 2 e il n. 3 del § 311; è discusso anche il significato da attribuirsi al n. 3²⁰. Quest’ultima potrebbe essere la norma che apre all’obbligazione senza prestazione al di là della fattispecie della c.d. *culpa in contrahendo*, cioè nei casi in cui la presenza di un contatto sociale volto ad uno scopo non produce un generico affidamento nelle reciproche condotte (il che – come si è detto – è comune in tutte le vicende della vita), ma si carica di un intenso e condiviso affidamento che proprio per lo specifico rapporto instauratosi tra le parti le porta a confidare nell’osservanza di obblighi di attenzione e di cooperazione, l’adempimento dei quali realizza il risultato utile atteso: echeggia il richiamo all’art. 1174. Si tratta, invero, dello stesso affidamento che dà luogo al sorgere dei doveri di protezione precontrattuali in cui ciascuno dei contraenti affida il rispetto della propria sfera giuridica all’altro soggetto²¹. La violazione della fiducia riposta non si può dare luogo a responsabilità aquiliana, ma soltanto a quella contrattuale per il principio di buona fede.

La tesi di Castronovo può essere soggetta a miglioramenti e sviluppi²², ma trova nell’ordinamento la sua fonte e non si abbandona, come i suoi critici, a principi e valori soggettivamente intuiti, perché si muove nell’ambito del diritto positivo. Se deve essere combattuta, dunque, bisogna basarsi sul sistema.

10. L’attuale punto di arrivo del significato della parola «obbligazione»

La parola “obbligazione” ha, dunque, subito nell’ultimo squarcio di secolo un profondo mutamento: è sempre la stessa – la si usava nel mondo romano, nel periodo intermedio, nelle codificazioni – ma la sua portata è fortemente modificata con incidenza di non poco conto

²⁰ Al riguardo, per un’analisi attenta anche se un po’ vivace, cfr. A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013, pp. 77 ss.

²¹ Sul ruolo dell’affidamento nella fattispecie di responsabilità precontrattuale v. ANT. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 1142 ss.

²² V. l’interessante contributo di F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Contratti*, 2017, pp. 35 ss.

nell'ambito dei diritti patrimoniali e della responsabilità civile. Il metodo con cui si è arrivati a questi sviluppi e innovazioni è fondato sui testi, sulla nostra capacità di capirli e di ascoltare il messaggio che viene dalle parole, in quanto racchiudono in se stessi, se letti nell'insieme dell'ordinamento, gli schemi che possono permettere, da un lato, la soluzione di ogni problema e dall'altro un avanzamento del diritto in coerenza con i tempi, senza bisogno di ricorrere a "valori" che nella loro utilizzazione richiedono un bilanciamento degli interessi e dei conflitti, per realizzare il quale manca il criterio del bilanciamento che pertanto viene affidato alla discrezionalità del giudice²³.

²³ Il tema è molto complesso. La recente civilistica, propugnatrice della supremazia dei valori sul diritto scritto, non ha riflettuto a sufficienza sulla teoria dei valori come si è sviluppata nel suo percorso storico, riflessione che è necessaria nell'utilizzare questa categoria quando la si vuole applicare nelle decisioni. Mancando questa meditazione si corre il rischio di usare un "punto di vista" senza avere la consapevolezza della sua portata e delle conseguenze che può avere nella dinamica sociale. Si può tentare un quadro sommario. Anticamente si parlava di virtù. Solo nell'età moderna il concetto di valore entra nel comune modo di pensare come principio essenzialmente economico. Tra l'800 e il 900 fa il suo ingresso nel vocabolario filosofico, suscitando l'impegno di eminenti studiosi [si citano Kant (che distingue tra il 'prezzo' di una cosa che è valore relativo e il valore 'assoluto' che consiste nella dignità dell'uomo), Max Weber (con il suo soggettivismo sulla posizione dei valori), Max Scheler (il più grande filosofo dei valori), Nicolai Hartmann (il teorico della concezione oggettiva dei valori), Nietzsche (con la sua metafisica della 'trasvalutazione' di tutti i valori), Heidegger (con la sua nota decostruzione storico – concettuale nei confronti del nichilismo di Nietzsche)]. Un compendio preciso del loro pensiero si trova in un libro prezioso (anche se avvolto, nella enunciazione e discussione delle opinioni altrui, dalla sua personale visione) di Carl Schmitt, *La tirannia dei valori*, pubblicato nella collana Adelphi (Milano, 2008 a cura di Giovanni Gurisotti) con un saggio importante di Franco Volpi su "Anatomia dei valori". Volendo riassumere lo svolgimento della dottrina dei valori, ci si accorge come essa ponga una lunga serie di interrogativi: che cosa si intende per valore perché "il valore non è, ma vale"; se i valori sono legati a qualcuno e alle sue prospettive; se nascono dall'esperienza storica oppure sorgono e tramontano nel tempo; chi pone i valori e quale legittimità ha chi pone i valori; come dalla constatazione di una pluralità dei valori si possa creare una scala o una graduazione e per quale ragione uno di essi possa prevalere su un altro; se esiste un valore supremo al quale tutti gli altri convergono oppure se nessuno ha carattere di assolutezza e pertanto come uno o taluni di essi si impongano come unici principi guida dell'ordinamento e quale collocazione venga assegnata a quelli soccombenti; se il valore dominante rende non valore gli altri sconfitti; se nello scontro tra più valori possa intravedersi la lotta delle convinzioni e degli interessi e se in questa lotta nasce intransigenza e perciò opposizione a modi diversi; se chi aderisce a questi ultimi debba considerarsi avversario; se i valori possano

In tal modo la decisione, staccandosi dal testo, si fonda sulla percezione soggettiva del giudice, che così diventa la coscienza autoritativa della società anche in questioni che attengono all'essenza della vita dell'uomo.

Il saggio racconta l'evoluzione del concetto di obbligazione elaborato da Luigi Mengoni con i successivi approfondimenti da parte della sua scuola fino alle ultime acquisizioni dogmatiche e pratiche.

This paper describes the evolution of the concept of obligation developed by Luigi Mengoni with the subsequent analysis of his school up to the modern dogmatic and practical acquisitions.

essere il collante della società che ne conserva l'identità o invece occasione di scontro e di divisione. Gli interrogativi potrebbero continuare e non sono stati ancora risolti. Non so se lo saranno né posso fare una previsione. Il dibattito è fervido, acceso e in fermento e nasce, se lo si guarda nella sua essenza, fin da secoli lontani e non so se si fermerà. Per noi va ripreso l'ammonimento di Carl Schmitt: "Un giurista che si impegna nel diventare un attuttore immediato di valori dovrebbe sapere ciò che fa. Dovrebbe riflettere sull'origine e sulla struttura dei valori, senza prendere alla leggera il problema della tirannia dei valori e della loro attuazione immediata. Dovrebbe farsi un'idea chiara della recente filosofia dei valori, prima di decidersi a diventare valutatore, trasvalutatore, rivalutatore o svalutatore, e di annunciare, in quanto soggetto portatore di valori e dotato di senso del valore, le posizioni di un ordine gerarchico di valori soggettivo o anche oggettivo nella forma di sentenze dotate di valore legale" (*op. cit.*, p. 68). Penso che il compito sia arduo e non so se ne siamo capaci, anche perché una coerente filosofia dei valori deve capire che non solo la libertà è il valore supremo, ma anche la libertà dai valori è la libertà suprema (da C. SCHMITT, *op. cit.*, pp. 44 e 45).