



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO CIVILE
XIX CICLO (anni di corso 2004-2006)**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Titolo della tesi per l'esame finale 2007:

La controversa categoria delle obbligazioni ex lege

dott. Stefano Faillace

Coordinatore del Corso e Relatore

Chiar.ma Prof.ssa Daniela Memmo

Indice-sommario

CAPITOLO PRIMO

La difficoltà di una ricostruzione del concetto di obbligazione legale nelle diverse fasi storiche dal diritto romano al *Code Napoleon*

1.1. Introduzione.	pag.	5
1.2. L'incerta collocazione delle obbligazioni legali nell'ambito del diritto romano e del diritto comune. Un frammento di Modestino, tra sospetti di interpolazione e difficoltà interpretative, dà origine ad una <i>querelle</i> non ancora sopita.....	pag.	9
1.3. L'influenza del giusnaturalismo nelle prime codificazioni europee ed in particolare nel <i>code Napoleon</i>	pag.	20
1.4. L'inserimento nell'art. 1370 del <i>code Napoleon</i> della categoria delle obbligazioni che nascono per l'autorità sola della legge e la sua distinzione rispetto ai quasi-contratti. Ermeneutica di una norma nell'arco di due secoli.	pag.	28
1.5. Le ipotesi di obbligazioni legali esemplificate dall'art. 1370 c.c.: l'obbligazione reale e quella del tutore che non può rifiutare l'incarico attribuitogli.	pag.	40
1.6. Brevi considerazioni in ordine all'impatto sistematico delle obbligazioni <i>ex lege</i> all'interno dell'originario <i>code civil</i> e nell' <i>avant-projet</i> di riforma del diritto delle obbligazioni francese.	pag.	47

CAPITOLO SECONDO

Il lungo percorso delle obbligazioni di fonte legale nel nostro sistema giuridico dal codice civile italiano del 1865 ad oggi

- 2.1. L'introduzione delle obbligazioni legali nell'art. 1097 del codice civile del 1865. Il dubbio sulle finalità di tale previsione: esaltazione dell'arbitrio dello Stato, volontà di rendere tassativo l'elenco delle fonti o mera difficoltà di qualificare obbligazioni di carattere residuale? pag. 53
- 2.2. Le scelte classificatorie nei lavori preparatori del progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti. ... pag. 58
- 2.3. L'affrancazione dal modello francese nella genesi del libro IV del codice civile del 1942 e l'espunzione delle obbligazioni legali. pag. 62
- 2.4. L'ampiezza del concetto di obbligazione, la sua applicabilità generale e la conseguente individuazione di obbligazioni legali in materia successoria, familiare e nel diritto pubblico. pag. 67
- 2.5. L'inattesa riproposizione normativa delle obbligazioni *ex lege* nella riforma del diritto internazionale privato italiano. pag. 75
- 2.6. L'ampiezza del concetto di fatto giuridico e l'impossibilità di porre sullo stesso piano fonti del diritto e fonti dell'obbligazione sembrano negare la possibilità di includere le obbligazioni legali tra le *variae causarum figurae* di cui all'art. 1173 c.c.. L'autorevole concezione alternativa di chi classifica le obbligazioni in base alla loro funzione. pag. 83
- 2.7. L'obbligazione *ex lege* intesa impropriamente come sinonimo di obbligazione nascente da un atto o da un fatto di cui al terzo elemento dell'art. 1173 c.c.. Le difficoltà

della Suprema Corte ad individuare il confine tra fatto lecito e fatto illecito.	pag. 93
2.8. Le suggestioni più recenti dei giuristi d'oltralpe in tema di obbligazioni di fonte legale ed eventuali ricadute sul nostro diritto. Considerazioni critiche.	
2.8.1. Un tentativo incauto in materia di immissioni di far discendere una responsabilità obiettiva da una presunta obbligazione di fonte legale.	pag. 98
2.8.2. L'apparenza come obbligazione <i>ex lege</i> o come quasi-contratto: lo stato dell'arte in Francia ed in Italia.....	pag. 104
2.8.3. La natura giuridica delle obbligazioni di pagamento di indennizzi nell'ambito dei piani di sicurezza sociale secondo il diritto francese e nel sistema giuridico italiano.	pag. 112

CAPITOLO TERZO

L'assimilazione dell'obbligazione di fonte legale alla categoria del quasi-contratto. L'esperienza tedesca e la sua influenza nel nostro sistema giuridico

3.1. La nebulosità dei rapporti nel diritto italiano tra due istituti dagli incerti confini.	pag. 117
3.2. Parabole discendenti ed ascendenti della figura del quasi-contratto negli ordinamenti giuridici più avanzati. Caduta e rinascita recente della categoria quasi-contrattuale nell'ordinamento francese.	pag. 119
3.3. Segue. Il significato del concetto di obbligazione legale in Germania, tra obblighi di protezione, obblighi precontrattuali e rapporti contrattuali di fatto.	pag. 124

3.4. La riforma dello <i>Schuldrecht</i> e l'introduzione del quasi-negozio tra le fonti dell'obbligazione. In particolare, la formula aperta del concetto di contatto negoziale di cui al § 311, comma 2, BGB e la valorizzazione dell'affidamento legittimo.	pag. 133
3.5. L'influenza del diritto tedesco nel sistema civilistico italiano. Le obbligazioni senza prestazione nascenti dall'affidamento legittimo creato da uno <i>status</i>	pag. 137
3.6. Il preteso inadempimento di una preesistente obbligazione di fonte legale e la natura della responsabilità degli amministratori di società di capitali.	pag. 145
3.7. Soggetti professionali e obblighi di rendere informazioni corrette. Fattispecie analoghe senza una qualificazione uniforme.	
3.7.1. Incertezze testuali e ambiguità classificatorie nelle obbligazioni che sorgono tra società di revisione, sindaci o esperti incaricati di valutare i conferimenti in natura e soggetti terzi determinabili.	pag. 149
3.7.2. Qualificazione del rapporto sottostante e natura dei doveri informativi degli intermediari finanziari ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. 58/1998.	pag. 156
3.7.3. Il rapporto tra l'ente previdenziale e il suo assicurato genera per la Suprema Corte obbligazioni derivanti da un "atto normativo pubblico".	pag. 161
3.8. L'inadempimento da parte della Banca dell'obbligazione legale o meglio quasi-contrattuale relativa al pagamento di un assegno non trasferibile.	pag. 168
3.9. Conclusioni.	pag. 182
- Bibliografia	pag. 191

Capitolo 1

La difficoltà di una ricostruzione del concetto di obbligazione legale nell'arco delle diverse fasi storiche dal diritto romano al *Code Napoleon*

Sommario 1.1. Introduzione - 1.2 L'incerta collocazione delle obbligazioni legali nell'ambito del diritto romano e del diritto comune. Un frammento di Modestino, tra sospetti di interpolazione e difficoltà interpretative, dà origine ad una querelle non ancora sopita. -1.3 L'influenza del giusnaturalismo nelle prime codificazioni europee ed in particolare nel *code Napoleon*. -1.4 L'inserimento nell'art. 1370 del *code Napoleon* della categoria delle obbligazioni che nascono per l'autorità sola della legge e la sua distinzione rispetto ai quasi-contratti. Ermeneutica di una norma nell'arco di due secoli. - 1.5 Le ipotesi di obbligazioni legali esemplificate dall'art. 1370 c.c.: l'obbligazione reale e quella del tutore che non può rifiutare l'incarico attribuitogli. - 1.6 Brevi considerazioni in ordine all'impatto sistematico delle obbligazioni *ex lege* all'interno dell'originario *code civil* e nell'*avant-projet* di riforma del diritto delle obbligazioni francese.

1.1. Introduzione

Chi si accinge ad occuparsi della categoria delle obbligazioni nascenti dalla legge, deve subito accettare l'idea che l'ambito del proprio studio è incerto, perché l'esperienza storica dei principali ordinamenti giuridici ne ha dato definizioni non collimanti e, spesso, addirittura contrapposte.

A tale figura continua ad alludere, in modo promiscuo e confuso la giurisprudenza e non con minori incertezze la dottrina, che denuncia singolari sfasature, giungendo non di rado a conclusioni contraddittorie.

Si ponga mente al fatto che, per la teoria dominante, ogni obbligazione sorge mediatamente dalla legge, mentre nessuna obbligazione nasce direttamente da essa, ma tramite l'intermediazione di atti o fatti giuridici. Per un diverso, ma diffuso orientamento dottrinale, tuttavia, al di fuori del contratto è la legge che viene in rilievo come fonte dell'obbligazione (si vedranno nel proseguio le tesi di Canaris in Germania, Planiol in Francia, Di Majo in Italia). Nella codificazione francese del 1804, tuttora in vigore, alle obbligazioni legali è stata riservata una collocazione a fianco delle altre fonti di derivazione giustiniana, quali il contratto, il fatto

illecito, il quasi-contratto ed il quasi-delitto. Nel progetto di ricodificazione francese, di recente presentazione, invece, si è deciso di abbracciare la teoria degli atti o fatti giuridici quali fonti dell'obbligazione, mantenendo però inconseguentemente la categoria delle obbligazioni ex lege. Nel codice civile italiano, è stato espunto il riferimento alla legge. La nostra giurisprudenza, invece, seguendo una confusa tradizione secolare, attribuisce alla fonte legale la nascita di obbligazioni anche in casi in cui è evidente la presenza di fatti idonei a crearle. Ciò fa utilizzando questa espressione in un significato atecnico, che si esaurisce, in definitiva, nella riaffermazione della giuridicità dell'obbligazione (che è legale in quanto prevista dalla legge, e dunque giuridicamente vincolante), correndo il rischio di assegnare alla legge il ruolo residuale di raccolta di tutte le ipotesi che non rientrino in alcuna delle categorie principali.

Tenteremo di verificare, in questo complesso quadro, se e quale sia l'attuale validità di tale figura, quali le incidenze con altri istituti, quali le caratteristiche salienti cui assolve. Ciò tenendo presente che molti fattori partecipano alla nascita dell'obbligazione, che, al pari di ogni altro rapporto giuridico, sorge dalle molteplici e mutevoli necessità della vita che vengono riconosciute dall'ordinamento giuridico. Infatti, spesso le regole del diritto positivo sono ispirate da considerazioni morali, filosofiche e sociologiche come l'equità, la giustizia, l'equilibrio tra patrimoni.

Si pensi che chi è influenzato dall'individualismo vede nella volontà un potere comparabile alla legge; chi lo è stato dal socialismo ha visto nella legge il potere unico e dominante in tutti i fatti giuridici. Chi è ispirato dalla morale ha colto nell'equità la fonte di certe obbligazioni inclassificabili.¹ D'altro canto, non si può dimenticare il fattore

¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, *passim*, che più di altri ha descritto l'influenza della morale sul diritto delle obbligazioni, ha posto in rilievo come numerose regole del diritto non sono che la trasposizione di regole morali: per esempio, il rispetto della parola data che impedisce di risolvere unilateralmente un contratto, o ancora l'obbligazione di

economico, dato che il passaggio progressivo da un ordine economico liberale ad un ordine pubblico economico ha necessariamente tracciato il campo del diritto delle obbligazioni. Così, strumenti di politica economica come i piani, le nazionalizzazioni, la politica dei prezzi, la regolamentazione del credito costituiscono altrettanti ostacoli al principio della libertà contrattuale. Per quel che concerne l'aspetto politico, poi, gli ultimi decenni hanno conosciuto una transizione progressiva da un ordine politico liberale ad una preoccupazione egalaritaria.

L'ingresso tra le fonti della norma di legge può rispondere, ad esempio, a funzioni politiche diverse. Può essere a garanzia dei privati, ma anche indicare l'intervento della legge sul terreno della nascita degli obblighi.

Del resto, eventi storici come il cambiamento del concetto di contratto nei sistemi giuridici antiliberali ed il tentativo del diritto nazionalsocialista di fondare l'obbligazione, invece che sull'autonomia della volontà, sul pensiero comune, hanno mostrato chiaramente che la classificazione delle fonti dell'obbligazione fa parte delle decisioni dal valore più importante di una comunità giuridica.²

Peraltro, lo stesso destino dell'obbligazione è, per alcuni, dubbio nella prospettiva di una codificazione unica a livello europeo ove è necessario confrontarsi con l'esperienza della *Common law*.³ In tale sistema

riparare il danno ingiustamente causato ad altri.

² cfr., in particolare, H. RHODE, *Die Willenserklärung und der Pflichtgedanke im Rechtsverkehr*, 1938, e, per il contratto come strumento di pianificazione, vedi tra tutti R.O. CHALFINA, *Wesen und Bedeutung des Vertrages im sowjetischen sozialistischen Zivilrecht*, 1958.

³ Lo rileva GANDOLFI, *Verso il tramonto del concetto di obbligazione nella prospettiva di un Codice unico per l'Europa*, *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 203 ss. Anche per CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 505, gli sforzi di unificazione delle nostre legislazioni mostrano un'impostazione che guarda al contratto piuttosto che al rapporto obbligatorio in generale e quando a questo fanno riferimento lo considerano nella prospettiva degli effetti obbligatori della fattispecie costitutiva. Correttamente CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio. Profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv.dir. civ.*, 2003, p. 37, afferma che il modo migliore per realizzare una codificazione del diritto europeo dei contratti è quello di collocare e conservare alla base di essa la categoria del rapporto obbligatorio, che corrisponde alla tradizione giuridica dell'Europa continentale. Vi è, infatti, un insieme di questioni che si pongono in termini identici sia per le pretese di

giuridico, infatti, il concetto di obbligazione, che si rifà direttamente alla sua matrice romanistica, manca di organicità.⁴ Del resto, è noto come lo spirito del diritto inglese sia incline a piegarsi per indole e struttura più alla forza delle cose che a quella dei dogmi.

Inoltre, le più recenti tendenze della riflessione giuridica si sono spostate da problemi di carattere strutturale a quelli di natura funzionale ed economica, dalle categorie generali ed astratte alla verifica degli effetti diretti o mediati d'ogni singola soluzione legislativa o ermeneutica, nel suo impatto sullo sviluppo dei traffici o sulla vita quotidiana. Ciò era inevitabile se si considera che la globalizzazione dei mercati mette in condizione di reciproca severa concorrenza gli stessi ordinamenti, imponendo loro la ricerca di soluzioni più razionali ed efficaci. A ben guardare, però, la maggiore attenzione dedicata all'analisi economica del diritto o alle conseguenze pratiche delle soluzioni di volta in volta

fonte contrattuale, che per quelle di fonte legale, e che dovrebbero pertanto essere affrontati e risolti in modo unitario da una disciplina comune. In senso analogo, vedi poi C. M. BIANCA, *L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma del codice civile*, in *Riv. dir.civ.*, 2006, p. 64

⁴ Si definisce “*obligation*” quella che è una “*relation between two persons, one of whom can take judicial proceedings or other legal steps to compel the other to do or abstain from doing a certain act*”. Ma si tratta di un significato generico ed è un sinonimo di *duty* (*a tax an impost or imposition also an obligation*”. La parola in questione ha *many wide and varied meanings according to the context in wich it is used* (*Black's Law dictionary obligation*, 1999). In tale sistema giuridico, la classificazione tradizionale delle fonti distingue le obbligazioni volontariamente contratte da quelle imposte dalla legge: “*The fundamental distinction has been that between obligations wich are voluntarily assumed, and obligations wich are imposed by law. The former constitutes the law of contract, the latter falls within the purview of the law of tort. There is, in addition, that somewhat anomalous body of law wich came to be known as the law of quasi-contract, or in more modern times, as the law of restitution*”, cfr., in tal senso, P.S. ATIYAH, *Contracts, promises and the law of obligations*, in *The Law quarterly review*, vol. 94, 1978. Per approfondimenti sul sistema delle obbligazioni nella *common law*, vedi P. S. ATIYAH, *Introduction to the law of contract*, Oxford, 1971 e, per una pregevole sintesi, ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Digesto sez civ.* Vol. IV, 1989, 148-196; SARFATTI, *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, Milano, 1924; *Stephen's Commentaries on the laws of England*, vol. II, London 1950; ORR, *The law of contract, the law of torts, natural persons, associations of persons*, London, 1950 (vedi in particolare l'introdutory a pag. 3 ss.); vedi come trattazione storica per i paesi di *common law*, FIFOOT, *History and sources of the common law. Tort and contract*, London, 1949.

prescelte non fa venir meno l'esigenza di un approfondimento critico che chiarisca la vera portata dei concetti utilizzati.

Si consideri, peraltro, come nella Commissione Lando per l'elaborazione dei "Principi di diritto europeo dei contratti"⁵ l'obbligazione sia stata concepita come un vincolo solidaristico capace di legare le parti ancor prima della conclusione del contratto e dell'individuazione della prestazione dovuta, in quanto si fonda su specifiche situazioni di contatto sociale, che impongono di comportarsi secondo buona fede.⁶

Per giungere ad una compiuta valutazione del presente quadro giuridico, appare necessaria, come si potrà intuire, un'attenta analisi del dato storico, anche in considerazione del fatto che ciò può elevare la coscienza critica rispetto al dato positivo attuale, eventualmente demistificandolo o relativizzandolo. Così operando, potrà sorgere più limpido l'apprezzamento dell'utilità pratica e teorica di serbare il concetto trattato così come delimitato; per contro si valuterà se non sia più logico restringerlo e modificarne i criteri o addirittura eliminarlo in via definitiva. E' necessario, quindi, approfondire l'aspetto relativo all'origine del concetto di obbligazione ex lege, quale influenza abbia esercitato nella delimitazione delle altre categorie e quali deformazioni abbia subito nei vari sistemi. Di qui l'opportunità di un'ampia ricognizione storica del percorso impervio ed alquanto controverso dell'istituto trattato, protagonista di una *querelle* nata con i primi vagiti della storia del diritto civile e ancora irrisolta.

1.2 L'incerta collocazione delle obbligazioni legali nell'ambito del diritto romano e del diritto comune. Il frammento di Modestino, tra sospetti di interpolazione e difficoltà interpretative, dà origine ad una *querelle* non ancora sopita.

⁵ Vedi la versione italiana curata da CASTRONOVO, Milano, 2001

⁶ cfr. C.CASTRONOVO, *Il contratto nei principi di diritto europeo, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 43-44, che richiama l'art. 4:106 a conferma dell'esistenza di una responsabilità contrattuale senza contratto.

Entrando nel vivo della trattazione, non ci si può esimere dal sottolineare come il possibile inserimento della legge tra le fonti dell'obbligazione nasca già in epoca antica come un vero e proprio interrogativo.⁷

Il diritto romano, come si sa, prevedeva una rigida classificazione delle fonti, che limitava al contratto ed al delitto i fatti giuridici dai quali poteva scaturire l'*obligatio* dello *ius civile*: “*Nunc transeamus ad obligationes. Quorum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu vel ex delicto nascitur*”.⁸ Un frammento di Gaio, D. 44,7, I pr. 91, accrebbe questa partizione di un terzo elemento: “*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”. Nel successivo libro terzo del Digesto troviamo, infatti, enumerati vari casi in cui l'obbligazione non sorge né da contratto né da delitto.⁹ Gaio intendeva accennare ad obbligazioni, introdotte dalla dottrina e dalla pratica, che, senza forzare i concetti tradizionali di contratto e delitto, sarebbero rimaste fuori dalla classificazione, quali la *negotiorum gestio*, l'obbligazione sorgente dalla tutela, quella nascente dal legato e quella di chi ha ricevuto un indebito pagamento, nonché l'ipotesi del Giudice *qui litem suam fecit*, di colui dalla cui casa sia stato gettato o versato qualche cosa; l'obbligazione di fornire gli alimenti, che spetta in base a determinati rapporti di parentela e di patronato etc. Questi casi si trovano riprodotti anche nelle Istituzioni giustiniane, con l'unica aggiunta dell'obbligazione che sorge dalla comunione alla cui base non sia un contratto di società (*communio incidens*). Insomma, già nell'epoca

⁷ Sulla presente questione, tra tutti, S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, 1903, 31 ss.; S. RICCOBONO, *Annali Palermo* 3/4, 1917, 301 s.; G. SEGRÈ, *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, III, 1930, 514 ss.; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, Milano, 1936, III 27; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 293 s.

⁸ Cfr. le Istituzioni di Gajo (III, par. 88)

⁹ Nel senso che le *variae causarum figurae* si debbano considerare come un'aggiunta poco felice dovuta alla penna dei compilatori, vedi PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 47 n.1; PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1941, pag. 245 e segg., che invece l'ha strenuamente difesa, l'ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1934, p. 294, che l'ha definita “prodotto di scuola”.

classica, accanto alle due tipiche e antiche fonti dell'obbligazione, vi erano diversi altri casi di obbligazioni che per una speciale norma dell'ordinamento giuridico sorgevano da un atto volontario o da una oggettiva situazione giuridica. La sistematica si limitò solo a raggrupparle facendone quasi un'appendice alle categorie precise e determinate del contratto e del delitto.

La classificazione delle fonti divenne poi quadripartita (contratto, quasi-contratto, delitto, quasi-delitto) per effetto dell'influsso delle scuole di Berito e di Bisanzio, e questa "può considerarsi come la dottrina ufficiale dei giustiniani."¹⁰ Ma con tale artificiosa quadripartizione venne tagliato fuori un rilevante numero di obbligazioni che nella ampia ed elastica tripartizione Gaiana avrebbero trovato posto.

Nel Digesto, del resto, si trova un'altra classificazione delle fonti dell'obbligazione diversa da quella di Gaio e dovuta all'ultimo dei giuristi classici, Modestino, allievo di Ulpiano, che operò nella prima metà del III secolo d.c..¹¹ Dal noto passo attribuito a Modestino risulta che: "*Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato...lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus*".

Il sospetto di interpolazione di questo frammento è maturato presso vari giuristi.¹²

¹⁰ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 294

¹¹ Cfr. due frammenti di Modestino tramandati in D.44,7,52 pr. e D.44,7,52,5

¹² Vedi, fra tutti, ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, cit., III, 27 e 174; WIEACKER, *Societas.Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, 85; A. D'ORS, *Re et verbis: resumen de la comunicacion presentada al Congreso internacional de derecho romano, en Verona, septiembre, Madrid, 1948*, III 301; SCHULZ, *Classical roman law*, 1951, 507; KASER, SZ 70, 1953, 156, lo considera "chiaramente un elaborato postclassico"; VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 293, stima il testo come compilatorio; PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 45, nota 1, pone in rilievo che il D 44, 7, 52 non menziona né il quasi-contratto, né il quasi-delitto, e, quindi, si trova in contraddizione con i modelli giustiniani delle Istituzioni 3, 13. Tale classificazione si situerebbe al di fuori della tradizione romana sulle fonti delle obbligazioni, pertanto non se ne potrebbe far uso per determinare il pensiero classico, né quello postclassico. Si aggiunge che essa "non ha nessun

E ciò principalmente per il fatto che l'ingresso della legge tra le fonti delle obbligazioni rappresentava un elemento antitetico rispetto alla concezione romana, alla quale ripugnava ammettere che un vincolo grave e anormale il quale investa una persona assoggettandola al potere di un'altra, come è l'*obligatio*, possa prodursi da sé, *ope legis*, all'insaputa e senza la volontà od un comportamento della persona stessa che deve essere vincolata.

I Romani professavano, infatti, un vero culto per l'iniziativa individuale e su di essa facevano assegnamento anche là dove i moderni sono piuttosto inclini a riconoscere la forza operativa della legge e al culto di questa. L'ordinamento giuridico dello Stato romano, inseritosi nelle preesistenti autonomie delle genti e delle famiglie, mantenne tale autonomia e si rimise alla iniziativa dei privati in misura ben più larga che non l'ordinamento dello stato moderno.¹³ La legge regola sempre la vita della

senso giuridico e neppure comune". Il modello viene, quindi, rinviato al pensiero filosofico retorico; così pure il PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1877, § 249 e il BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, Padova, 1911, II, p. 28 par. 85, che considera il passo interpolato ed incomprensibile. Il BRINI, *L'obbligazione nel diritto romano*, Bologna, 1905, p. 104, riconosce a Modestino il merito di dare una generale e tuttavia specifica indicazione della legge come fonte immediata delle obbligazioni, pur rilevando che questi distingue poco nettamente il caso in cui l'obbligazione sorge in base a un precetto dell'ordinamento giuridico da un fatto lecito o illecito, da quei casi in cui la legge, l'editto o il comando del magistrato siano la fonte diretta ed immediata delle obbligazioni.

¹³ Secondo BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 41, per i Romani era impossibile concepire anche una *obligatio ex delicto* indipendente dalla volontà del privato, basata cioè sopra una responsabilità oggettiva. Non è che i Romani non conoscessero casi di responsabilità siffatta, ma non potevano conoscerla sotto forma di *obligatio*, dato il concetto caratteristico che avevano di questa, perché avrebbe configurato una *obligatio ex lege*, cosa incomprensibile per la loro mentalità. Conferma di ciò risulta da alcuni esempi. Il magistrato in determinate situazioni di fatto poteva costringere il privato, ma solo in quanto egli stesso si fosse assunto l'obbligazione con la *cautio*: non poteva la legge e tanto meno il magistrato oltrepassare la volontà del privato. Parimenti, nel processo romano classico era necessario che la lite fosse contestata con la cooperazione del convenuto, affinché dal processo potesse sorgere un'*obligatio iudicati* in capo a lui. Non poteva, infatti, il processo costituirsi prescindendo dalla volontà del convenuto. Infine, la stessa tipicità delle obbligazioni risale in definitiva al carattere anormale della *obligatio* e alla esigenza che essa trovasse una particolare e tipica giustificazione nello stesso comportamento dell'obbligato. Quel che meraviglia è

civitas e si rivolge a tutti i *cives* nel loro interesse. Essa non potrebbe perciò servire ad assoggettare una *gens* ad un'altra, un cittadino ad un altro.¹⁴ Né si può obiettare che il diritto giustiniano conosceva la generale *condictio ex lege*, per la quale fu creata una rubrica speciale (D, 13, 2), poiché è vero che la stessa portava ad ammettere la possibilità di obbligazioni *ex lege* indipendenti da un atto di parte, ma ad onta di ciò non ci si azzardò ad elevare la legge al grado di fonte autonoma d'obbligazione, non osandosi rinnegare la concezione classica.¹⁵ L'obbligazione *ex lege* sarebbe, quindi, un istituto giuridico che deve le sue origini al giusnaturalismo e del tutto sconosciuto al diritto romano, sia classico che giustiniano.¹⁶

Ma si sono levate altre voci di opinione favorevole alla veridicità del

che una diversa concezione non si sia affermata già formalmente nella dogmatica dei compilatori giustiniani, i quali avevano sotto gli occhi uno stato di polizia fortemente accentratore. La stranezza viene spiegata con la tendenza romantica arcaicizzante dei compilatori e con il loro desiderio di ricollegarsi alla dogmatica classica.

¹⁴ Contra ARE, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti delle obbligazioni*, Napoli, 1915, p. 35, secondo cui tali idee non trovano una sufficiente dimostrazione né nella storia, né nelle fonti. Secondo DEGNI, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Studi sul diritto delle obbligazioni*, Napoli, 1915, p. 24 e in appendice a LOMONACO, *Delle Obbligazioni e dei contratti in genere*, Napoli, 1906, vol. I, p. 627, se la legge non fu considerata nel diritto romano come fonte immediata di obbligazioni, ciò avvenne per una ragione di mero ordine processuale, dato che il sistema romano non era un sistema di diritti, ma un sistema di azioni. Quindi, come fonti di obbligazioni furono considerati soltanto quei rapporti che direttamente o indirettamente si ricollegavano a determinate *actiones*; tutti gli altri rapporti obbligatori, che in questo schema non potevano rientrare, non furono considerati come figure a sé stanti, ma si ritennero conseguenze di altri rapporti ed istituti da cui dipendevano.

¹⁵ In senso conforme, BRASIELLO, voce *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Nuovo Digesto*, VIII, 1939, p. 1202, secondo cui alcuni passi ne fanno cenno, ma si riferiscono ad ipotesi speciale (fr. 1, D, de cond. ex lege, 13, 2), o si tratta di mero errore (fr. 41, D, de obbl. et act., 44, 7) dove *obligationem* sta invece di *actionem*.

¹⁶ Così BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, p. 42 e p. 47 nota 78; G. ROTONDI, *Schema di un lavoro sulle fonti delle obbligazioni*, in *Scritti giuridici*, Pavia, 1922, III, 490; L. GIOVENCO, *Le categorie delle obbligazioni "ex lege" Origini storiche e costruzione dogmatica*, Empoli, 1938, p. 6 e p. 40; per BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936, p. 19, ogni tirannia legale non sarebbe stata concepibile dai Romani primitivi, che al sorgere dell'*obligatio* materiale richiedevano sempre un atto di parte, lecito od illecito del privato.

frammento.¹⁷

In questa seconda categoria, si pone chi, non contestando la credibilità della fonte,¹⁸ sostiene che Modestino, riferendosi alle obbligazioni *ex lege*, non poteva che alludere alle obbligazioni di fonte delittuale. Diversamente da Gaio, Modestino, quindi, correttamente avrebbe ravvisato la fonte dell'obbligazione non nel delitto stesso, ma nella legge o nel *jus honorarium*, evitando di mettere così sullo stesso piano i meccanismi del contratto e del delitto.

Il suo discorso sarebbe questo: le obbligazioni nascono *re, verbis, litteris, consensu*; questi quattro *genera* non comprendono però tutte le *causae* possibili; altre infatti ve ne sono, previste da leggi, o sanzionate da speciali rimedi del *ius honorarium* o che sono la conseguenza di particolari situazioni non riconducibili ad esse. La menzione delle *obligationes lege, iure honorario, necessitate*, costituirebbe dunque già un richiamo alle *variae causarum figurae* (che troveremo poi apertamente nelle *res cottidianae*). Il fatto che Modestino abbia enunciato le *variae causarum figurae* come distinte in *genera* veri e propri della *divisio* propriamente detta, dimostrerebbe solo che egli operava con i metodi dommatici di un pandettista *ante litteram*.¹⁹

¹⁷ Cfr. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, p. 118 ss., nota 2; anche per MAYER MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen: Studien zum vertrag*, *Rev. Int. dr. ant.*, 1965, 437, è immaginabile che Modestino abbia inserito la legge nella sua organizzazione delle fonti dell'obbligazione; così pure GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in B.I.D.R., 1973, 172 ss.. Sull'elaborazione di Modestino, vedi anche TALAMANCA voce "obbligazioni (diritto romano)", in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 39; FERRINI, *Manuale di pandette*, Milano, 1904; SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1909, p. 209, n.1, che ammette l'esistenza nel periodo romano di obbligazioni *ex lege*, prescindendo dal frammento citato.

¹⁸ CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, *Dig. Disc. Priv. Sez. priv.*, Torino, 1995, p. 423.

¹⁹ CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico*, parte I, in TARELLO, *Materiali per una storia della cultura giuridica in Italia*, Bologna, 1974, 19 p. 57; in senso analogo ARE, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti delle obbligazioni*, Napoli, 1915, p. 71, per cui il vizio fondamentale di Modestino è che non seppe distinguere le specie dai generi, cfr. anche FERRINI, *Delitti e quasi*

Le condizioni etico-giuridiche della obbligazione *ex lege*, peraltro, erano all'inizio del Dominato (e rispetto ad esso il lavoro di Modestino non era lontano) migliori che nel diritto classico, ma anche più che nell'ordine giustiniano, che era stato influenzato di nuovo dal pensiero cristiano a una più forte attenzione all'individuale.

Rimane, però, l'obiezione di fondo che può farsi e che sarà fatta in tempi più vicini a noi sulla correttezza di porre la legge, o in genere una fonte del diritto, in un catalogo di fonti d'obbligazione: la legge non fa, infatti, sorgere l'obbligazione di per se stessa, ma qualifica certi fatti come produttivi di obbligazione, sicché saranno questi fatti a rappresentare in concreto la fonte: insomma, il soggetto tenuto a riparare il danno al proprietario di cui ha ucciso un animale non risulta obbligato *ex lege aquilia*, ma per il fatto di avere ucciso l'animale e cioè *ex delicto*.²⁰

Considerando tali voci contrastanti, non si può decidere con leggerezza se lo schema del D 44, 7, 52 debba essere attribuito a Modestino o ad un adattatore compilatore. Tuttavia, sembra credibile che già alla fine del periodo classico la legge fosse riconosciuta come fonte speciale dell'obbligazione.

Nel sistema del diritto romano esistono, infatti, altre obbligazioni connesse alla proprietà, alla detenzione di una cosa, a taluni rapporti familiari, ad obblighi quali l'*actio ad exhibendum*,²¹ classificabili come

delitti, in *Dig. Italiano*, Vol. IX, I, p. 728, per il quale, le varie specie elencate si possono ridurre a sole tre fonti: così le obbligazioni che sorgono *re, verbis, consensu* si debbono comprendere nell'unica categoria delle obbligazioni contrattuali.

²⁰ Cfr. GANDOLFI, *Verso il tramonto del concetto di obbligazione nella prospettiva di un codice unico per l'Europa?*, in *Riv.dir.civ.*, 1995, 208 ss, che deduce dalla presenza della *lex* e della *necessitas* nella classificazione di Modestino che nel diritto romano forse tardo si sia fatta strada una nozione di *obligatio* più generica e dunque più vicina a quell'idea di *obligation* che vi è nella *common law*.

²¹ Cfr. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, *Zeitsch. F. priv. U. off. Recht d. G.* vol. XXVII, 1910, pag. 515 ss... Secondo il CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, Filangieri, 1913, p. 57 e ss., l'obbligo di dotare la figlia (MARCIANO 1. 19 *D. de ritu nupt.* 23, 2) fu introdotto soltanto nel diritto giustiniano e, quindi, il frammento è interpolato.

obbligazioni originanti dall'autorità della legge.²² Rimane il fatto che se pure l'ordinamento giuridico è stato considerato dai giureconsulti romani come fonte diretta ed immediata di obbligazioni, tale fattore non ebbe però nella sistematica romana il dovuto rilievo.

I giureconsulti, del resto, risolvevano le necessità pratiche della giurisprudenza dando riconoscimento a questi nuovi casi ed evitando di indicare la vera fonte giuridica da cui effettivamente scaturivano, facendole regolare secondo i principi delle obbligazioni contrattuali e delittuali.

Nel proseguire il percorso storico intrapreso, è utile ricordare le opinioni dei Glossatori per evidenziare come le categorie del quasi-delitto e del quasi-contratto formano in tali classificazioni spesso un'alternativa all'accettazione dell'obbligazione *ex lege*, così come vedremo accade tuttora a distanza di secoli.²³ I testi che riconoscono i quasi-contratti ed i quasi-delitti raramente collocano al loro fianco le obbligazioni *ex lege*. Al contrario, se un testo parla di obbligazioni *ex lege*, normalmente non viene menzionato il quasi-contratto. Ma non mancano anche nella Glossa gli esempi di vere e proprie obbligazioni legali, che, però, non rientrando nel numero delle fonti tradizionali, non acquistano vero valore sistematico.

²² RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo, 1915 pag. 301 nota 2; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 1917, par. 12, p. 388 e ss. par. 179 p. 511; FERRINI, *Manuale di pandette*, 1908, pag. 653 nota 2.

²³ Gli oppositori dell'accoglimento delle figure del quasi-contratto e del quasi delitto abitualmente avanzano l'idea che ci si riferisca in verità a figure di obbligazione *ex lege* (così ESSER, *Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil: ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1960, 13). ZASIUS, *Commentaria. Seu lecturas eiusdem in titulos primae Pandectarum partis (quod vulgo Digestum Vetus vocant) complectens eos videlicet, qui ordine sequuntur*. Francof. ad Moen, 1590, vol. III, 961, citò alcuni esempi di obbligazioni *ex lege*: quello del colono che, finito il tempo della locazione, sia rimasto *in conductione*, di colui che ha cominciato a gestire un affare altrui, di quello che "*usuras pactotenus debitas longo tempore solvit, vel alimenta inutiliter relicta per triennium praestitit*". Da Martinus Gosia, citato in ARE, *Le obbligazioni ex lege*, cit. p. 78, vengono, per contro, ripudiati i primi due esempi ed accolti gli ultimi. Inutile rilevare la superficialità di tali criteri, quando si pensa che in altri passi gli stessi scrittori considerano quei medesimi casi come esempi tipici di quasi-contratto o vere e proprie obbligazioni contrattuali.

Se nella prima fase dell'elaborazione medievale del diritto romano una partizione delle fonti dell'obbligazione in cinque classi non fu sostenuta che da voci isolate e discordi, le notevoli modificazioni della società fecero mutare gli scenari anche da un punto di vista giuridico.

Il consolidamento dell'autorità statale offrì alla collettività sconvolta ed agitata una sempre maggiore certezza del diritto e superò con lo slancio delle nuove forze della ricchezza industriale e commerciale la prevalenza dell'economia terriera. Nello spirito di questo vasto movimento politico, un maggior numero di interessi ricevette la consacrazione della legge; i diritti e gli obblighi diventano via via più numerosi e più vari. Ecco farsi strada, quindi, l'idea che la legge possa far sorgere una obbligazione in base ad un fatto o ad uno stato obiettivamente determinato, laddove la volontà o il comportamento individuale avrebbe avuto di mira il loro interesse particolare. Parecchie obbligazioni ex lege, in quel periodo storico, erano previste quali limiti al diritto della proprietà fondiaria, come la prelazione legale.²⁴ Vi erano, poi, ipotesi di solidarietà essenzialmente legale che si fondavano su ragioni di parentela e vicinanza.²⁵

Scarso contributo apportano, invece, alla sistematica, i postglossatori, per nulla preoccupati dei criteri generali e tutti intenti alla risoluzione di casi singoli. Cuiaccio (1522-1588),²⁶ sommo giureconsulto, ebbe un modo vago di intendere la legge come causa o fonte di obbligazioni, influenzato anche dalla forza della tradizione giustiniana ancora così potente. Egli quando passa ad elencare ipotesi di obbligazioni derivanti direttamente dalla legge, in ossequio alla classificazione di Modestino, ne enumera

²⁴ Ad es. il diritto di *retractus gentilicium*, che spettava ai parenti nel caso che uno di essi alienasse il fondo, ed il *retractus ex jure vicinitatis*, che supponeva che un vicino avesse venduto il suo fondo ad uno non confinante. *Amplius*, vedi GIOVENCO, *Le categorie delle obbligazioni "ex lege" Origini storiche e costruzione dogmatica*, Empoli, 1938, p. 26-28.

²⁵ Nello Statuto di Firenze (1366, II, 32) si legge "*Pater, mater, avus, proavus, avia, proavia, alimentis indigentes suos inferiores etiam emancipatos possunt compellere ad alimenta sibi prestanda*". Disposizioni analoghe si ritrovano nello statuto di Forlì del 1366, nelle costituzioni Catanesi (1345, 22), nello statuto di Civitanova (II,11).

alcune di dubbia riconducibilità alla categoria.²⁷

Anche il De Monte,²⁸ alla classificazione quadripartita delle fonti delle obbligazioni di origine giustiniana aggiunge un certo numero di obbligazioni che sorgono immediatamente dalla legge, contrapponendole ad altre che derivano da un fatto diretto a produrle. E' la nota distinzione tra le *actiones* e le *obligationes nativae* e quelle *dativae*. Le azioni scaturiscono dalle obbligazioni, ma queste sono le cause remote. Le cause prossime sono i contratti ed i delitti per le *actiones nativae*, mentre le *actiones dativae* si considerano come nate direttamente dalla legge.

Questa categoria di obbligazioni, per quanto non ne siano teoricamente delimitati i confini con le obbligazioni da delitto, corrisponde alla nostra obbligazione *ex lege* e si contrappone per il criterio genetico a tutte le altre che si fanno sorgere da un fatto umano (*“Sed proprie et stricte posse etiam dici nativa quando factum partis principaliter consideratur, ut in contractu, et erit dativa quando dabitur a lege ex aequitate et aliqua iusta causa propter iuris communis regular, vel quando in ea plurimum operaretur legis dispositivo quae illam immediate dare videtur*). Anche il Lauterbach²⁹ accoglie la possibilità dell'esistenza di obbligazioni che sorgono dalla legge. Egli fa anzi una netta divisione tra obbligazioni mediate ed immediate. In queste ultime, assimilabili a quelle *dativae* di

²⁶ *Opera omnia – ad D. 44.7* nel vol. VIII – ed. Napoli 1758.

²⁷ Ad esempio, il caso in cui, in presenza di più eredi, fra cui un *infans*, tutti, tranne quest'ultimo siano stati richiesti dal testatore di manomettere un servo. In tal caso, essi devono eseguire la manomissione, in base al senatoconsulto Vitrasiano, ma, sempre in forza di tale norma, sono obbligati verso l'infante al prezzo corrispondente alla quota spettante a lui, quando questa non sia stata riscattata precedentemente. Esaminando il caso, non si può dire che vi sia convenzione né fra testatore ed eredi, né fra l'infante e tutti gli altri. Gli eredi, trattandosi di cosa indivisibile, non avrebbero potuto manomettere lo schiavo senza prima riscattare la quota dell'infante, ma si uniformano al precetto del senatoconsulto eseguendo senz'altro la manomissione. L'obbligo di pagare all'infante l'equivalente della sua quota trova per tal modo la sua fonte nel fatto che si è ottemperato ad un precetto del diritto oggettivo. Va segnalato, però, che in altro passo Cuiaccino fa derivare l'obbligazione dell'erede necessario non dalla legge, ma *quasi ex contractu*.

²⁸ IERONIMUS DE MONTE (BRIXIENSIS), *De finibus regundis nel Tractatus Universi iuris – Venetiis 1562*, Vol. III, p. II, p. 341

²⁹ WOLFANGI A., LAUTERBACHII. *Collegium Pandectarum VI*, Tubinga, 1784, Vol. III, p. 609 ad lib. D. 44.7

Del Monte, la *causa efficiens proxima et civilis* è la legge: ”*Haec est quae descendit ex simplici legis praecepto, sine ullo hominis facto, intuitu solo aequitatis naturalis.*”³⁰ Ormai, la maggior parte dei giuristi, sotto formule più o meno vaghe e partendo dai noti e dibattuti passi del Digesto, tende ad ammettere una categoria di obbligazioni che si fanno risalire ora all’equità ora alla legge, ma che in ogni modo si differenziano dalle altre quattro tradizionali. Così ad es. il Westenberg³¹ e il Putmann,³² i quali anzi ritenevano che fra i contratti si dovessero ricomprendere i quasi-contratti e fra i delitti i quasi-delitti e che la terza fonte si fondasse nella sola equità, dando origine in tal modo ad una categoria di obbligazioni irregolari e straordinarie. L’Houck³³ affermò che il maggior numero delle *variae causarum figurae* sorge dall’equità, ma questa, *invito iure*, non può far sorgere alcuna obbligazione. Vi possono essere, secondo questa classificazione, obbligazioni senza che intervenga alcun fatto che le generi: tali sono ad es. quelle che sorgono “*ex re ipsa, quae ab aliquo possidetur, sine ulla domini convenzione, aut negozio*” come l’obbligazione *ad exhibendum* e l’obbligazione che si fonda sulla *condictio furtiva*. A questa viene assimilata l’obbligazione degli alimenti tra padre e figlio.

Non meno deciso il Voorda,³⁴ che nelle *variae causarum figurae* include le *pollicitationes*, il *votum*, i *pacta legitima*, le *condictiones ex lege*, l’equità (*singularem equitatem, obligationem immediate sine ullo facto*

³⁰ Fra queste obbligazioni viene posta quella del padre e in sussidio della madre a dare gli alimenti ai figli, e questi ai genitori, quella dei genitori a costituire la dote ai figli, quella dei cittadini ad osservare le leggi, a sostenere gli oneri pubblici; quella “*ad exhibendum omnibus quorum interest, etc.* Anche lo SCHULTING nelle Note a Gaio (*Ad Cai Inst.* II, 9 pr. Nota 4) pone accanto alle obbligazioni da quasi-contratti o da quasi-delitto anche le obbligazioni *ex lege*; così pure nelle *Notae ad Digesta seu Pandectas* ed. dello Smalldenburgh- Lugduni Batavorum 1828 ad h. t.l. 52, Vol. VI, p. 677, ammette che “*et lex sola interdum nos ligat*”.

³¹ WESTENBERG, *De causae obligationis. Liber singularis*. Hanoviae, 1747

³² PUTMANN, *Adversar. Iur.* II, 17 p. 161 ss.

³³ F.G. HOUCKII, *Oratio inauguralis “de proprio obligationum iure ex variis causarum figuris dicta publica*, 1744, nel *Thesaurus novi Diss. Iur. In Acad. Belgicis* – Brema 1779 vol. III, tomo I, p. 404 e ss.

³⁴ IAC. VOORDA, *Annotationes M. SS. ad pand.* riportato nelle aggiunte dello

obligatorio producentem) e come da essa dipendenti considera l'obbligazione di prestare gli alimenti e l'obbligazione *ad exhibendum* ed infine la legge (*legem civilem, eodem modo obligationem immediate constituentem*), citando l'esempio della costituzione di Antonino Pio secondo la quale chi abbia arrogato un impubere e lo abbia emancipato o diseredato *sine causa* è obbligato a dargli la *quarta bonorum*.

1.3 L'influenza del giusnaturalismo nelle prime codificazioni europee ed in particolare nel code Napoleon

L'idea che la legge possa ricollegare un'obbligazione ad un fatto o ad uno stato, prescindendo da qualsiasi comportamento specifico dell'obbligato, trovò convinti assertori perfino tra i giusnaturalisti, che tanta importanza attribuivano al contratto nel loro sistema filosofico giuridico.³⁵

Grozio (1583-1645), cui si deve la teorizzazione più compiuta del giusnaturalismo, pose, accanto alla *pactio* ed al *maleficium*, la *lex* come fonte delle obbligazioni tanto quasi-contrattuali quanto quasi-delittuali.³⁶

Una formulazione più matura e completa della categoria delle obbligazioni che sorgono dalla legge troviamo però in Heineccius (1718-1791). Questi riconosce che tutte le obbligazioni in tanto esistono in quanto sono riconosciute dalla legge (*alias non esset vinculum iuris*), ma esse si dividono in due grandi categorie poiché alcune *immediate ex sola aequitate vel lege nascuntur: quaedam mediate, accedente facto quodam obligatorio*. Egli distinse i fatti obbligatori in leciti ed illeciti, tenendo

SMALLENBURG allo *Schulting* cit. p. 656

³⁵ Già PIETRO DA BELLAPERTICA, *Lectura Institutionum* IV.1, 4-5. 53, tendeva a ravvisare nell'ordinamento giuridico la fonte del *vinculum* in cui si sostanziava l'obbligazione. Doveva essere questa una delle tesi predilette dai giusnaturalisti. La legge viene ravvisata come fonte diretta dell'obbligazione, almeno ove questa non possa riconnettersi ad atti di parte.

³⁶ *De jure belli et pacis*, 2, 27, 1; “*aut id nobis debetur sive ex pactioe sive ex maleficio, sive ex lege, quo referenda quae quasi ex contractu et ex quasi maleficium dicuntur...*”; II, 17, § 1: *Supra diximus eius, quod nobis debetur, fontes esse tres, pactioem, maleficium, legem*”. In argomento. vedi M. MONIER, *Cours de pandectes*, 1948-1 949: *Histoire de la notion d'obligation et de la classification des obligations d'après leurs sources*, Paris, *Cours de droit*, 1948-

distinti quasi-delitti e i quasi-contratti quantunque anche essi sorgano *propter aequitatem*.³⁷

E da lui, attraverso un collegamento che si può facilmente rintracciare, si arriva a Domat (1625-1691),³⁸ che, sotto l'evidente influenza dei giusnaturalisti, distingue due specie fondamentali di obbligazioni: quelle che si formano per la mutua volontà di due o più persone (*conventions*), e quelle che si formano senza una mutua volontà, per il solo fatto dell'obbligato, senza partecipazione del creditore dell'obbligazione; oppure addirittura senza volontà né dell'uno né dell'altro, ma per puro effetto dell'ordine divino.³⁹

E' dalla lunga ed ininterrotta tradizione del diritto intermedio che il Pothier (1699-1772)⁴⁰ ha tratto, quindi, la sua nota classificazione.

Pothier intraprese un lavoro di sistemazione del diritto civile francese ispirato al criterio di equità naturale, con lo scopo di far coincidere l'istanza giusnaturalistica con quella dell'unificazione del diritto vigente. Gettò le basi teoriche di una riforma legislativa che fosse dettata dalla ragione, senza però rifiutare quanto era stato prodotto dalla storia. In

1949, p. 58

³⁷ HEINECCI, *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, Napoli, 1778

³⁸ DOMAT, *Les lois dans leur ordre naturel*, proemio al libro II, Paris, 1689

³⁹ Secondo tale classificazione, si formano per il solo fatto dell'obbligato le obbligazioni di chi cura affari d'altri a loro insaputa o riceve un pagamento indebito o causa danni per fatti colposi che non raggiungono gli estremi del delitto o agisce in frode ai creditori. Le obbligazioni che hanno per causa l'ordine divino nascono indipendentemente dalla volontà dell'obbligato e sono quelle inerenti agli uffici del tutore, del curatore e di amministratore di corpi morali e di enti pubblici o quelle che si formano per effetto di casi fortuiti o in genere di avvenimenti dai quali Dio fa nascere le occasioni senza partecipazione: per esempio, la comunione incidentale, ereditaria, il possesso di cosa altrui, il ritrovamento di cosa perduta, casi di *actio ad exhibendum* etc. Particolarmente rilevante è il confronto tra la sistematica che il Domat fa del rapporto tutelare e la sistemazione che ne fecero i compilatori in D. 44,7,5,1. Questi infatti concepivano l'obbligazione della gestione tutelare nascente *quasi ex contractu*, assegnando valore alla volontà della parte. Lo stesso può ripetersi per l'obbligazione del gerito. Ciò in quanto il diritto romano attribuisce maggior potere alla volontà dell'uomo, che diviene fondamento e giustificazione delle sanzioni giuridiche anche quando si presume o si finge che esista.

⁴⁰ POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres*, ed. dal Dupin Ainé: 1831, vol. I,

effetti, il criterio che prevalse fu quello di razionalizzare, alla luce del diritto naturale, il diritto vigente. Il risultato fu che buona parte della opera del Pothier fu recepita dal Code Napoleon.

Del resto, una delle conseguenze che negli ultimi decenni del Settecento venivano tratte dalle premesse giusnaturalistiche, e cioè dall'affermazione di un diritto razionale universalmente ed assolutamente valido, era la necessità di adeguare a tale modello perfetto gli ordinamenti giuridici vigenti pervasi dalla confusione e dall'incertezza provocata in quasi tutti i paesi d'Europa dalla degenerazione del diritto comune.

La legislazione giustiniana non poteva più adattarsi ad una società così lontana nel tempo, considerato anche che ad essa si erano per di più sovrapposte, nel corso di sei secoli, opinioni di giureconsulti e sentenze di tribunali a cui era attribuita validità come fonti del diritto.

I sovrani illuminati si valsero, quindi, della dottrina giusnaturalistica per la riduzione di tutto il diritto a legge, eliminando ogni altra forma di diritto (consuetudini, precedenti giudiziari, opinioni di giureconsulti, statuti di città o di corporazioni).

Questa determinazione e stabilizzazione del diritto che il movimento intellettuale illuministico aveva insistentemente richiesto fu compiuta dalle codificazioni, nella redazione delle quali ebbero però prevalenza i motivi tecnico-giuridici e politici.

La riforma legislativa che ebbe la maggior importanza storica fu proprio la codificazione compiuta in Francia, non solo perché fu modello di legislazione di molti altri paesi, ma perché determinò una svolta fondamentale anche negli studi di scienza e filosofia giuridica, promuovendo nuovi indirizzi e suscitando nuovi problemi.⁴¹

Lo spirito dell'illuminismo e del giusnaturalismo furono presenti nel

parte I, capitolo I

⁴¹ Secondo GHISALBERTI, *Unità nazionale ed unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma, 1991, p. 121 "la struttura del *code Napoleon* sembrava riflettere piuttosto da vicino quelle esigenze sistematiche dell'età del giusnaturalismo derivanti dalla riflessione dello schema delle Istituzioni giustiniane interpretate naturalmente con l'elasticità e la duttilità proprie della mentalità razionalistica del Domat e del Pothier".

codice, soprattutto per l'ispirazione nettamente individualistica di esso, con il riconoscimento positivo dei diritti innati dell'uomo, quali la libertà e la proprietà; del pari, all'ideale individualistico si ispirano il diritto di famiglia (con l'istituto del divorzio) e il diritto del lavoro, con l'affermazione della piena libertà contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore. Ma il principio illuministico che, accolto quasi incidentalmente, esercitò un'efficacia storica grandissima sia nel campo pratico sia in quello teorico, non toccò il contenuto normativo del codice, bensì la sua struttura formale; e fu l'intenzione di limitare i poteri dei giudici, che condusse alla formulazione della tesi della completezza dell'ordinamento giuridico. A tale limitazione condusse anzitutto la preoccupazione della certezza del diritto; ma vi concorsero anche motivi di ordine politico, come quello della distinzione assoluta tra potere giudiziario e potere legislativo. Ciò anche se la giustificazione teorica del divieto fatto al giudice di giudicare in base a norme che non fossero le leggi dello Stato era che tali leggi realizzavano interamente il diritto naturale, cioè i dettami della ragione.⁴² Si finì, quindi, per accogliere il principio che l'ordinamento giuridico positivo è completo e non ha lacune. Fu per questa via che l'esigenza fondamentale dell'illuminismo nel campo giuridico, quella della certezza del diritto, nata inizialmente dal giusnaturalismo, che voleva una legislazione chiara e precisa riprodotte il diritto naturale razionale, condusse invece al positivismo giuridico. Al di fuori della legge positiva non si riconobbe più alcun principio giuridico valido, e non si considerò più come diritto quello che non fosse posto dal legislatore. Il presupposto storico di questo processo era stato che il legislatore non avrebbe dovuto che tradurre in legge i precetti della

⁴² Per verità, Portalis, consapevole dell'impossibilità di prevedere tutto, non aveva ritenuto di dovere impedire al giudice il ricorso a norme diverse da quelle del codice. "Le leggi positive non potrebbero mai sostituire interamente l'uso della ragione naturale "una quantità di cose sono dunque necessariamente abbandonate all'impero della consuetudine, alla discussione degli uomini dotti, alla discrezionalità dei giudici" (Discorso preliminare pronunciato il 24 termidoro dell'anno VIII in occasione della presentazione del progetto del codice civile, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, I, Paris, 1836, p. 467).

ragione, e che la legge positiva non sarebbe stata se non la dichiarazione pubblica e l'assicurazione coattiva del diritto naturale; la sua conclusione fu che come fonte del diritto venne intesa la volontà del legislatore, e che il diritto naturale, per qualche tempo celebrato ancora come essenza stessa del codice, fu presto dimenticato, e poi rifiutato ed irriso. Il millenario conflitto tra razionalismo e volontarismo terminava, perciò, nell'apparente accoglimento delle istanze del primo, ma con la totale vittoria del secondo. La codificazione aveva costituito, quindi, l'involontario ponte tra giusnaturalismo e positivismo giuridico.⁴³

Il codice francese, pur nascendo dalle note influenze giusnaturalistiche, ha vissuto dunque al massimo grado il processo di identificazione con il positivismo giuridico, con l'ideologia di una legge onnipotente e di un giudice neutrale applicatore della volontà legislativa, con il mito della completezza e dell'organicità di un sistema positivo. Infatti, pur attraversando varie esperienze, dal tribunato alla restaurazione, dalla monarchia all'impero e quindi alla repubblica nessuno si è sognato di proporle né una abolizione né una revisione sostanziale. Il code civil, insomma, si è posto come una sorta di costituzione civile.

Pur trattandosi di un codice essenzialmente individualista,⁴⁴ non ha totalmente eliminato il senso socialista: esige un oggetto certo ed una causa lecita nel contratto; accetta una responsabilità per errore presunto; prevede le obbligazioni alimentari e soprattutto fa comparire la legge all'interno della classificazione delle fonti. Infatti, la codificazione francese, pur perpetuando il sistema del diritto Romano nella sua Vulgata giustiniana (e cioè la quadripartizione ben nota), sulle orme di quanto il pensiero giusnaturalistico era andato teorizzando (Grozio, Domat, Pothier) aggiunse alle fonti preesistenti, una quinta, la legge (art. 1370 code civil).

A proposito dell'inserimento della legge nell'art. 1370, Troplong (primo

⁴³ Cfr. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Roma- Bari, 2003, III, 20-21

⁴⁴ BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 1999, n. 25 et ss., scrive che “*la pensée des codificateurs...était imprégnée d'un libéralisme total lié à un grand individualisme*”.

presidente della Corte d'Appello di Parigi, che verrà incaricato alla testa della Corte di Cassazione e a quella del Senato congiuntamente, per il suo sostegno entusiasta al regime del secondo impero) fu molto critico, ritenendo tale norma antidemocratica: *“parce qu’il consacre la loi au rang des sources des obligations, lui permettant de former des engagements (principalement les fameux quasi-contrats) sans qu’il intervienne aucune convention et donc au mépris de la liberté individuelle... le législateur n’est que trop porté à étendre ses prérogatives: rappelons-le à ses limites régulières et disons-lui, au nom de la philosophie et de la critique, qui ont aussi leur autorité, qu’il ne lui est pas permis de faire taire, à son profit, l’éternelle voix du droit naturel”...* *“un moment où une école de publicistes s’efforce d’étendre arbitrairement la puissance de l’Etat sur les individus, et d’étouffer le droit privé, par je ne sais quel intérêt public et général, qui n’est que la négation de l’intérêt de chacun”*⁴⁵ Troplong, difendendo la proprietà individuale, la libertà contrattuale e contrastando l’erezione della legge a rango di fonte delle obbligazioni dell’art. 1370 insorse, insomma, contro le dottrine socialiste che estendono arbitrariamente la forza dello Stato sull’individuo, che invocano il diritto al lavoro e all’assistenza, tutti diritti usciti dalle *“ténèbres de l’intelligence,”* e trasformano ingiustamente i doveri di carità in doveri di giustizia, considerando che tanto la verità religiosa e filosofica, che l’imperativo di rispetto dell’ordine sociale e dell’utilità generale conducono al contrario.⁴⁶ All’epoca del centenario del *code civil*, quando questa visione conservatrice e liberale, che critica il codice per non aver esattamente rispettato il diritto naturale a causa del

⁴⁵ TROPLONG, in *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXXII, 1848, t. 37 p. 335

⁴⁶ Secondo TROPLONG, in *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXXII, 1848, t. 37 p. 339, *“la société dans une voie fautive, quand les classes pauvres, au lieu de chercher dans l’activité individuelle le principe de leur progrès, vont servilement se traîner à la suite de l’Etat pour exiger de lui qu’il se fasse leur nourricier”*. Al contrario, *“laissez l’homme en face des besoins, sans autre espoir que son propre courage pour vaincre l’adversité; il fera des prodiges de zèle, de labeur, de persévérance”*; *car si tous les hommes sont égaux devant la loi, cette égalité s’entend et s’applique “dans les conditions d’inégalités qu’ils*

suo “*légalisme*”, conta ancora molti fiancheggiatori, i solidaristi avanzati, i cattolici sociali e i repubblicani progressisti rilevarono l’ipocrisia e la scarsa modernità di questa concezione della democrazia.⁴⁷

Si deve intendere, però, come la legge abbia due funzioni. Se viene intesa nel senso più lato, va considerata come la fonte prima e remota di tutte le obbligazioni.⁴⁸ Ma non per questo si deve ridurre ogni obbligazione ad un semplice comando della legge, escludendo qualsiasi valore alla volontà o agli altri fattori della vita sociale, appunto perché il comando della legge è posto a disposizione del titolare, a beneficio del quale si concreta come potere, e l’ordinamento giuridico non crea nulla, né procede a capriccio: trova di fronte a sé un rapporto di fatto e lo sanziona secondo che ritenga ciò socialmente utile o necessario.

In presenza di un contratto o di un illecito l’elemento mediatore è infatti pressochè assorbente, per cui la legge naturale resta solo una sorta di causa remota dell’obbligazione. Un fatto lecito non contrattuale (quasi-contratto), invece, è un mediatore più debole, poiché esso deve essere valutato in termini di equità naturale. Inoltre, la legge, per il diritto francese, può esplicare la sua attività anche da un altro punto di vista, e cioè come la fonte diretta di alcuni rapporti giuridici particolari concreti

se sont faites par la légitime emploi de leurs forces naturelles”.

⁴⁷ Cfr. TISSIER, *Le code civile et les classes ouvrières*, in *le Livre du centenaire du code civil*, t. I, Paris, 1904, p. 71 ss., che riassume questa evoluzione affermando che la parola democrazia è normalmente utilizzata in un’accezione più estesa ed interventista. Occorrono riforme sociali cui aspirano legittimamente le classi dei lavoratori che devono assicurare il rispetto legale dei diritti di ciascuno, proteggendo di più i deboli e chi è esposto all’oppressione dei più forti e più potenti. Una legislazione è democratica quando cerca di stabilire nella realtà e non solo nelle formule legislative l’uguaglianza dei diritti per tutti i cittadini e d’altra parte la protezione dei più deboli. “*C’est bien à ces deux résultats que doit tendre le régime politique de la démocratie*”. Cfr. a riguardo, J. F. NIORT, *Le code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d’une symbole national*, in *R. t.d.civ.* 2005, 257 ss..

⁴⁸ POTHIER, *Traité des obligations*, I, 1, 2 par. 1, 114; I,3 par. 3, 123 p. 94, “la legge naturale è la causa, almeno mediata, di tutte le obbligazioni; perché se i contratti, delitti e quasi delitti producono obbligazioni è in primo luogo per il fatto che la legge naturale pretende che ciascuno mantenga quanto ha promesso e ripari il torto commesso per sua colpa”; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1900, Vol. V, p. 2, n. 2; POLACCO, *Trattato delle obbligazioni*, II, ediz. Atheneum, Roma, 1915, p. 67

di obbligazione al pari del contratto e del fatto illecito.

In tal caso, per Pothier, ogni mediazione tra la legge naturale ed il sorgere dell'obbligazione cessa, non potendo essere individuato uno specifico comportamento umano al quale riconnettere il sorgere dell'obbligazione, come nel caso degli alimenti dovuti ai figli ai genitori indigenti o in quelli degli obblighi di gestione del tutore verso il pupillo.

Nella dogmatica del diritto civile francese, così, il riconoscimento delle obbligazioni va di pari passo con il rifiuto del modello gaiano giustiniano: ed è diretto contro la *summa divisio* delle istituzioni di Gaio 3,88 come contro la quadripartizione delle Inst. Iust. 3, 13,2.⁴⁹

Nella sistematica offerta dal legislatore francese, l'obbligazione, in omaggio all'insegnamento di Pothier, viene in considerazione nel libro III e tale sistematica è giustificata dal comune denominatore delle pur varieguate materie contenute in tale libro (diritto successorio, rapporti obbligatori, diritto di famiglia patrimoniale, garanzie reali e personali delle obbligazioni, prescrizione, cause di acquisto, di perdita e di estinzione di diritti), il cui elemento unificante è rappresentato dal carattere della patrimonialità, evidenziandosi così il ruolo secondario che ad essa viene riservato rispetto al diritto reale e la connessa funzione di mezzo per l'acquisto dei beni piuttosto che di strumento di pagamento. Inoltre, viene riservato un ruolo marginale alle categorie di origine non convenzionale. Ciò, fermo restando che all'occhio del giurista moderno risulta quantomeno inappropriato l'inserimento delle obbligazioni contrattuali tra i modi di acquisto della proprietà (si pensi all'incoerenza di inserire, ad esempio, in questa categoria il contratto di locazione di un bene), così come si può dire per le obbligazioni non contrattuali.⁵⁰

Non è un mistero che un maggior influsso per una configurazione moderna della obbligazione ebbero l'elaborazione della Scuola storica tedesca e la Pandettistica, che fecero del contratto e dell'obbligazione le

⁴⁹ vedi PLANIOL, *Revue de critique legislation et de jurisprudence*, 1904, 224 ss.

⁵⁰ Cfr., in maniera più approfondita, HUMBERT, *Portalis et Justinien, ou les épaules d'Enée*, in 1804-2004 *Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, 2004, p. 42

categorie chiave del diritto patrimoniale moderno. In quella costruzione, meglio che in quella francese, si amalgamarono e trovarono coesione sia i principi romanistici che quelli derivanti dal giusnaturalismo. Come vedremo meglio più avanti, il modello fornito dalla Pandettistica, strutturato sul diritto dei crediti nella parte generale e sui singoli crediti nella parte speciale, troverà conferma nel diritto positivo con la distinzione tra parte generale e parte speciale delle obbligazioni.

1.4 L'introduzione nell'art. 1370 del code Napoleon della categoria delle obbligazioni che nascono per l'autorità sola della legge e la sua distinzione rispetto ai quasi-contratti. Ermeneutica di una norma nell'arco di due secoli.

Le obbligazioni che nascono direttamente dalla legge sono inserite, come ricordato, nell'articolo 1370 del *code civil*, il quale divide le obbligazioni, che sorgono senza l'intervento di alcuna convenzione da quelle che si formano mediante convenzione: “*Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers le quel il est obligé. Les uns resultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs, qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée*”.” Si tratta di una divisione che combina la tradizione romanistica e l'assiomatica giusnaturalista.⁵¹

⁵¹ Così A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, LGDJ, 1969, 167. Nel suo discorso pronunciato al parlamento il tribuno Tarrible (*Rapporté in Code civil des Français*, t. 5, à Paris chez F. Didot, lib. 1804, p. 268) si esprimeva così a proposito del progetto dell'articolo 1370: “l'autorità della legge non può essere contrariata da coloro a cui si rivolge con il suo comando; così essi si trovano sottomessi, anche contro la loro volontà, alle obbligazioni che si formano per la sola sua influenza. Il progetto non fa una enumerazione dettagliata di queste specie di obbligazioni; le disposizioni che le regolano sono ripartite nei diversi titoli del codice civile. Così, si trovano sotto il titolo del matrimonio, i doveri reciproci degli sposi; sotto il titolo delle tutele, le

Menzionare la legge accanto alle altre fonti, quale categoria autonoma contrapposta alle altre per il suo carattere di tipicità significava dire che fuori dai contratti e dai quasi-contratti nessun fatto lecito può produrre obbligazioni se non nei casi espressamente previsti dalla legge, idea questa perfettamente in linea con il processo storico e ideologico che presiedeva al passaggio dal diritto naturale alla codificazione legislativa.

Le obbligazioni legali, che sono state inserite nell'elencazione non tassativa di cui all'art. 1370, comprendono le obbligazioni tra proprietari vicini e quelle tra il tutore che non può rifiutare la propria carica e il pupillo.⁵²

L'estensione del campo delle obbligazioni legali deve trovare però un limite nel concetto stesso di obbligazione, che pure è stato considerato dai redattori del *code civil* in maniera molto estesa: l'obbligazione è tale in quanto lega due o più persone identificabili.⁵³

obbligazioni del tutore e del minore; nel titolo delle servitù fondiari, quelle che sono imposte ai proprietari dei fondi vicini; nel titolo dei testamenti, quelle degli eredi nei confronti dei legatari, nel titolo della proprietà, quello del possessore verso il proprietario.”

⁵² POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1831, nell'esemplificare i casi in cui poteva considerarsi la legge come fonte dell'obbligazione, citava l'obbligazione alimentare, l'obbligo di restituire l'arricchimento conseguito a danno altrui, l'obbligo di concedere al vicino la comunione del muro.

⁵³ Secondo BILLIAU, in J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, in *Traité de droit civil* diretto da J. Ghestin, Paris, 2005 p. 41, la categoria dell'art. 1370 sarebbe da considerarsi incompleta, occorrendo aggiungere, a fianco della legge e del fatto personale dell'obbligato, l'obbligazione derivante dall'autorità giudiziaria o amministrativa. Peraltro, il potere di un giudice o dell'autorità amministrativa di creare un'obbligazione civile deve risultare da una espressa disposizione legale. Non è naturale, infatti, che tali organi si sostituiscano ai creditori ed ai debitori nella creazione delle obbligazioni. La legge, ovviamente, non autorizza il giudice a creare dal nulla una obbligazione tra due persone. Prevede solamente che se le stesse si trovano in quella situazione, necessitante l'intervento del giudice o dell'amministrazione, ciò potrà creare una obbligazione indipendentemente da ogni convenzione tra di loro: in tal caso, il giudice appare come la fonte diretta dell'obbligazione civile da cui discenderà il debito attivo e passivo. Una delle obbligazioni civili d'origine giudiziaria oggi più diffuse oggi è l'assegno divorzile, ma non lo è per essenza, dato che è prevista l'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 278 c.c., in caso di domanda congiunta, gli sposi fissino le modalità della prestazione compensatoria nella convenzione che essi sottopongono alla omologazione del giudice. Il giudice non si sostituisce quindi agli sposi, egli opera un controllo. Si può citare

Sul concetto stesso di legge come fonte di obbligazioni sorte, infatti, presto discordia tra i commentatori.

Alcuni autori interpretarono in maniera estensiva la categoria delle obbligazioni ex lege, facendo rientrare nella relativa sfera qualsiasi obbligo imposto dalla legge non solo civile, ma anche penale.⁵⁴ Di fronte a tale tendenza che mirava ad allargare oltre i suoi limiti il concetto di obbligazione legale, se ne colloca una opposta che, sotto vari riflessi, si sforzava di restringerne i confini. Del resto, dal fatto che esista un obbligo imposto dalla legge non si può, in ogni caso, dedurre l'esistenza di una obbligazione, che determini un diritto di credito a favore di qualcuno ed un debito a carico di un altro. Non si devono, quindi, confondere le obbligazioni legali con la multiforme fioritura di doveri imposti direttamente dalla legge, che non si possono risolvere in un equivalente patrimoniale. Fra le obbligazioni legali non bisognerebbe ricomprendere tutti quei doveri che lo Stato impone al cittadino come servizio personale nell'interesse della comunità,⁵⁵ anche quando tali doveri possono risolversi in un equivalente pecuniario: così andrebbero escluse dalla categoria l'obbligo di prestare il servizio militare e quello di pagare tributi.⁵⁶

Queste, infatti, non sarebbero obbligazioni originate dalla legge, ma norme oggettive e l'obbligazione sorgerebbe dalla violazione di esse.

anche l'esempio delle licenze obbligatorie in materia di brevetti d'invenzione dell'articolo L.613-12 del codice della proprietà intellettuale. Il giudice non si limita a riconoscere l'esistenza di una obbligazione. Ad esso si può chiedere una domanda di licenza obbligatoria. A titolo eccezionale, l'autorità amministrativa può egualmente imporre la formazione del contratto in materia di espletazione di brevetti.

⁵⁴ Si veda, ad es. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, in *Rev. Critique de législation et de jurisprudence*, Paris, 1904, p. 230, "il diritto penale non è altro che un'obbligazione legale assai generale che ci vieta di commettere certi atti dannosi per altri". PLANIOL, in PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, Paris, 1930, p. 15 poneva, inoltre, fra le obbligazioni legali anche l'obbligo del segreto professionale.

⁵⁵ Come invece ritenne da noi CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, Torino, 1885, p. 315, par. 214

⁵⁶ Cfr. BILLIAU, cit., p. 30 e N.M.K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968, p. 249, che escludono l'imposta dalla categoria delle obbligazioni, perché non c'è un legame di equilibrio tra due patrimoni.

Tentata una definizione del concetto di obbligazione ex lege attraverso la precisazione dei suoi limiti esterni, occorre affrontare il tema del rapporto tra la legge e le altre fonti, dato che, a dispetto della chiarezza ed analiticità testuale dell'art. 1370 del *code civil*, vi sono state notevoli discussioni nei decenni successivi alla sua compilazione.

Non va neppure dimenticato come il *code civil*, qualificato come “opera aperta” si sia prestato a letture diverse, declinate secondo la direzione imposta dall'ideologia dei suoi interpreti e dal contesto in cui è stata effettuata.

Nel periodo successivo all'entrata in vigore del Code Napoleon, oltre ad un gruppo di scrittori fedeli alla relativa classificazione delle fonti,⁵⁷ si levarono molte voci dissenzienti.⁵⁸

Un gruppo di studiosi appoggiò la visione tradizionale secondo cui la legge è, in realtà, fonte mediata di tutte le obbligazioni e fonte immediata di alcune.⁵⁹

⁵⁷ GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1965, p. 20; RIPERT ET BOULANGER, *Traité de droit civil*, Paris, T. II, n. 21-26; JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, T. II, 1939, n. 9-12; BEUDANT, *Cours de droit civil français*, T. VIII, 1936, n. 8-12; DEMOGUE, *De la classification des sources des obligations. Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXIII anno del suo insegnamento*, T.I, *Diritto privato*, 1915, pp. 107-112, *Traité des obligations en général*, T.I, 1923, n. 17, in particolare, propose tra le fonti delle obbligazioni, da una parte la legge, la volontà delle due parti, la volontà del creditore (quasi contratto), dall'altra il contratto, l'atto unilaterale, l'atto illecito, il quasi-contratto e l'interesse sociale. Più recentemente, vedi anche CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, 1993, T. II, n. 88, che sembra accettare le cinque fonti adottate dal codice e, quanto alla legge, la definisce quale fonte nella quale sono ricondotte tutte le obbligazioni che non possono trovare spazio altrimenti.

⁵⁸ SAVATIER, *Cours de droit civil*, Paris, T.II, 1949, n. 84 e 85, ritenne errata la classificazione delle fonti, in quanto la legge non è fonte speciale delle obbligazioni. Essa gioca lo stesso ruolo rispetto a tutte le fonti. E' quella che determina i loro effetti. Egli considera, piuttosto, l'interesse sociale la fonte dell'obbligazione in caso di vicinato, tutela, alimenti.

⁵⁹ Tra le obbligazioni ex lege, DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. X, 1834, n. 17, cita il dovere di pagare le imposte, il servizio militare, le cariche imposte per un'utilità generale etc.; ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Tome 32, 1933, p. 638, sostiene che la legge sia la fonte ultima di tutte le obbligazioni, “C'est dire que l'obligation d'exécuter un engagement contractuel est une obligation légale, come l'obligation delictuelle”; DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, T. II., Bruxelles, 1819, p. 112, classifica le obbligazioni considerando tra

Nei decenni successivi, un altro gruppo di giuristi, contestando la razionalità della distinzione codicistica, introdusse per la prima volta la classificazione che permane tuttora come quella privilegiata dalla maggior parte dei sistemi giuridici. La legge viene considerata la fonte generale di ogni obbligazione, attraverso la mediazione di un atto o di un fatto giuridico.⁶⁰ Tra costoro, c'è chi, come Demolombe, seguendo i principi del giusnaturalismo, pose in rilievo come vi siano due fonti alla base di ogni obbligazione: la legge naturale e la legge civile. La legge naturale esprime l'equità e si riassume in tre principi 1) non arricchirsi a discapito degli altri 2) ciascuno è tenuto a riparare il danno causato per suo errore 3) le relazioni familiari e lo stato della società nel quale vivono gli uomini impongono loro dei doveri ai quali il legislatore deve imprimere il carattere di obbligazione civile. Secondo questa concezione, la legge naturale è, quindi, la vera fonte originaria delle obbligazioni, ma necessita dell'intervento della legge civile per esplicare efficacia. D'altro canto, pure le obbligazioni legali sono sempre fondate su di un fatto che è il vero principio generatore.⁶¹ Sulla stessa direttrice si pone anche chi, come Marcadé, ha precisato, a proposito dell'art. 1370 c.c., che per obbligazioni formate volontariamente o involontariamente la legge non intende riferirsi

quelle che hanno la legge come fonte unica ed immediata, quelle degli ascendenti e discendenti di fornirsi gli alimenti. Ugualmente AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, T. IV, 1871, n. 305.

⁶⁰ MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, t. 1, Gand, L. Hebbelynck, 1851, p. 21, nota 16; MARCADÉ, *Esplication théorique et pratique du code civil*, 1873, t.V, p. 252 DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, t. XXXI, 1882, n. 14 e 15, e in *Traité des engagements qui se forment sans convention*, T. XXXI, éd Lahure, 1882, p. 15-22

⁶¹ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, t. XXXI, 1882, n. 14 e 15, e in *Traité des engagements qui se forment sans convention*, T. XXXI, éd Lahure, 1882, p. 15-22: "C'est en effet une maxime élémentaire que toutes les obligations prennent naissance dans un fait"... D'où dérivent les engagements formés d'après l'art. 1370 c.c. involontairement entre propriétaires voisins? De l'autorité de la loi? Sans doute! Mais la loi déduit ces engagements d'un fait personnel de l'homme. Volontairement non pas in ce sens que l'homme qui a accompli ce fait ait eu dans tous les cas en l'accomplissant la volonté de s'obliger. Mais en ce sens seulement que son obligation ne résulte plus alors de l'autorité seule de la loi...cette distinction de notre code est-elle bien rationnelle? Il nous paraît permis d'en douter. Nous venons de dire que ce fait de l'homme, tout volontaire qu'il puisse être, n'implique pas toujours de sa part, un consentement, ni la volonté

ad obbligazioni formate con o senza la volontà di obbligarsi, ma solo ad obbligazioni provenienti o non provenienti da un fatto volontario dell'uomo. Egli aggiunse che quando il codice parla di obbligazioni provenienti solo dalla legge, tale parola non va intesa in senso assoluto, ma relativo. Si vuole dire che la legge è sola in quanto non è ricollegata né ad un contratto, né ad un quasi-contratto, né ad un delitto, né ad un quasi-delitto, ma vi sono sempre motivi che intervengono per la formazione di una obbligazione di ragione ed equità.⁶²

Un altro orientamento dottrinale di notevole rilevanza ha tentato di dimostrare che, in una partizione scientifica, le fonti delle obbligazioni, in

de s'obliger".

⁶² Così MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du code civil*, t. IV, éd Delamotte, 1873, p. 248, "dans toute obligation, quelle, qu'elle soit, il y a toujours autre chose que la volonté de la loi; que dans les obligations que l'on dit provenir de la loi seule, comme dans les autres, il y a toujours autre chose que la volonté législative, toujours quelque circonstance qui a fait naître un engagement naturel, un engagement de conscience, un engagement que la loi vient approuver, sanctionner et transformer en obligation civile...Donc, que le code parle d'obligation venant de la loi seule, le mot seule n'a pas un sens absolu, mais un sens relatif: on veut dire que la loi est seule en ce qu'elle n'est accompagnée ni d'un contrat, ni d'un quasi-contrat, ni d'un delit, ni d'un quasi-delit; mais toujours il y a des circonstances qui déterminent son intervention par la formation d'un engagement de raison et d'équité naturelle. Mais on ne veut pas dire qu'elle soit seule absolument, et qu'il n'ait existé aucune circonstance ayant déterminé son intention par la formation d'un engagement de raison et d'équité naturelle... La catégorie des engagements venant de la loi embrasse, on le comprend, beaucoup d'autres obligations que celles qu'on indique ici comme simple exemple. Elle comprend absolument et sans restrictions toutes les obligations (et elles sont fort nombreuses) qui ne viennent ni de contrats ou quasi-contrats, ni de délits ou de quasi-délits, et notamment, comme nous l'avons déjà dit, celles qui sont nées par suite de cas fortuits ». Qualche anno più tardi la stessa eco si può leggere nelle parole di LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Liv. III du code civil*, T. VII, éd Durand Pédone 1885, n.2, p. 391, secondo il quale "lorsq'il s'agit d'un simple fait à la consommation du quel n'ont présidé aucunes volontés concordantes comme on ne peut expliquer l'engagement qui en résulte per aucune intention corrélatrice des parties, espreste ou tacite, on est forcé de recourir aux principes supérieurs de justice et d'équité qui régissent les rapports humains entre eux. Là est l'origine de cet engagement formé sans convention: c'est-à-dire qu'elle réside dans la loi qui la crée et l'établit de son autorité propre sans le concours d'aucune volonté particulière, contre la volonté même de celui qui se trouve obligé. Et si l'on peut dire de ce cas que l'engagement naît du fait qui y donne lieu, c'est seulement en ce sens que la loi le fait naître à l'occasion de ce fait, à cause de ce fait. Il n'y a donc, en réalité, que deux sources générales d'obligations, les contrats et la loi."

realtà, si riducono a due somme categorie: la volontà dell'uomo e la legge.⁶³ Si precisava che alla categoria delle obbligazioni che risultano solo dall'autorità della legge vanno ricondotte tutte le vecchie figure quasi-contrattuali che non possono essere ridotte alla nozione di arricchimento ingiustificato.⁶⁴ La maggior parte degli scrittori fa rientrare, però, tra quelle volontarie le obbligazioni che la legge riconosce ed ammette in conformità ad una volontà privata rivolta a farle sorgere; nella seconda categoria, le obbligazioni che la legge riconosce direttamente, attribuendo la facoltà di far derivare obbligazioni da un fatto che può essere materiale o naturale, relativo ad un rapporto di cosa a cosa, o ad una condizione personale.

E non vi è dubbio che esista una grande differenza tra il caso in cui la legge riconosce un rapporto obbligatorio creato dalla volontà umana, e perfetto per opera di questa volontà in tutti i suoi elementi caratteristici, e l'altro, in cui essa stessa è la causa generatrice dell'obbligazione, che, pur collegandosi ad una attività umana, sorge malgrado o anche contro la volontà dell'uomo. Nel primo caso, la funzione della legge è quella di

⁶³ TOULLIER et J.B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Bruxelles, 1837, III, parte seconda, n. 3 e n. 4, ritennero esistere solo due fonti: la volontà e la legge. TOULLIER, *Droit civil français*, T.XI, ed Renouard 1830, n. 2, p. 12, affermò che “*en réfléchissant attentivement il ne trouve que deux causes vraiment génératrices des obligations, la volonté de l'homme et la loi. Il ne peut même exister d'autres*”

⁶⁴TOULLIER, *Droit civil*, 3, 4, 20, annovera i quasi-contratti tra le obbligazioni ex lege, LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou commentare des titres III et IV, Liv. III du code civil*, T. VII, 1885, p. 390, indica come fonti *la loi et le contrat* e così GRANDMOULIN, *Nature delictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, Thèse, Rennes, 1892, p.1; LA BALLE, *Cours de droit civil*, 1951-52, p. 31 ss. E nello stesso senso, BAUDRY, LACANTINIERE ET L. TARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XV, 1908, n. 2783, 2788; VIZIOZ, *La notion de quasi contrat*, n. 80, 81, 82, ritiene che le due sole forze nella società sono la volontà e la legge. Queste due forze possono agire insieme o isolatamente. Tra le obbligazioni che nascono dalla volontà e dalla legge sono indicate: l'obbligazione dell'erede, l'obbligazione del proprietario verso il costruttore di mala fede; poi ci sono le obbligazioni che nascono dalla legge in occasione di un atto volontario lecito (gestione di affari; le obbligazioni legali riguardanti uno stato di fatto, la parentela, il vicinato, l'indivisione, la tutela); obbligazioni che nascono dalla legge in occasione di un arricchimento senza causa; obbligazioni legali attributive di un rischio, obbligazioni che nascono dalla legge in caso di errore o di atto volontario

attribuire valore giuridico alla volontà umana che è la causa immediata e diretta del rapporto obbligatorio; nel secondo, invece, la funzione della legge è di creare, in base a circostanze di fatto di diversissima natura, che si collegano ad attività o modi di essere dell'uomo, rapporti obbligatori, dei quali, perciò, essa è la causa immediata.

Il Planiol,⁶⁵ seguendo questa impostazione, si scagliò apertamente contro la classificazione del Code Civil, che suggestivamente chiamò un “*arrangement symétrique comme un blason écartelé.*”

Egli segue l'orientamento secondo il quale le fonti delle obbligazioni sono soltanto due: da una parte l'accordo della volontà tra creditore e debitore, dall'altra la volontà onnipotente della legge, che impone una obbligazione a una persona suo malgrado e nell'interesse di un'altra. In fondo, si tratta di una riproduzione dell'antica classificazione fra obbligazioni contrattuali e non contrattuali. Ma il Planiol ritiene di poter sostituire al concetto puramente negativo un concetto positivo: la legge. Nel contratto, è la volontà delle parti che forma l'obbligazione; dove manca l'incontro delle volontà non vi è contratto e nessuna altra fonte di obbligazione può avere una natura quasi-contrattuale perché non ve n'è alcuna che al contratto sia assimilabile. Ma la volontà del legislatore viene resa operativa solo in occasione di una circostanza riguardante la persona o il patrimonio del creditore. Questa circostanza corrisponde spesso ad una lesione ingiusta, ad un arricchimento ingiustificato, o può evitare una lesione futura come nel caso dell'obbligazione alimentare, detta legale. Questa distinzione tra fonti dell'obbligazione è stata a sua volta criticata, soprattutto con la condivisibile considerazione secondo cui qualsiasi obbligazione, in realtà, nasce dalla legge. Qualora la legge non riconosca un determinato contratto, lo stesso non sarebbe fonte dell'obbligazione, e se le parti si trovano ad essere obbligate, ciò è solo

illecito; obbligazioni che nascono dalla volontà.

⁶⁵ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1912, T. II, n. 807, *Classification des sources des obligation*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 225

perché la legge riconosce tale tipo di contratto.⁶⁶

Planiol ritiene, poi, che le figure del quasi-contratto e del quasi-delitto manchino di supporto storico, non derivando direttamente dal diritto romano, e rileva come le obbligazioni legali siano una categoria residuale, che raccoglie tutte le obbligazioni che non possono trovare collocazione nelle altre quattro classi.⁶⁷

L'illustre civilista fa poi un'ulteriore interessante distinzione tra le obbligazioni che hanno lo scopo di evitare una lesione futura, comunemente indicate come obbligazioni ex lege, e quelle che tendono alla riparazione di un pregiudizio già cagionato, corrispondenti alle obbligazioni da quasi contratto, delitto o da quasi-delitto.⁶⁸ Questa distinzione non si basa su criteri esatti. Si pensi all'obbligazione del gestore di negozi altrui, che deve continuare l'opera iniziata; si può

⁶⁶ COLIN- CAPITANT- DE LA MORODIERE, *Traité de droit civil*, 2, Paris, 1959, p. 302 ss.; CARBONNIER, *Droit civil*, 4, Paris, 1972, p. 22 ss.. Pone in rilievo l'aspetto sociologico della questione, lo storico LEVI-BRUHL, *Aspects sociologique du Droit*, Paris, 1955, p. 97 ss.; ID., *Sociologie du Droit*, Paris, 1967, *passim*. Cfr. RAYNAUD, *Cours de droit civil: les obligations*, éd *Les Cours du droit*, 1961, 1962, p. 23; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations, les sources*, Paris, 1988, a riguardo, furono tra i primi a rilevare che "se Planiol ha ragione a sostenere che è la legge che dà nascita alle obbligazioni non contrattuali, bisognerà altresì aggiungere che lo stesso può dirsi nelle obbligazioni contrattuali perché la legge ne riconosce il carattere". Si arriva dunque a riconoscere una sola fonte di obbligazione che è la legge, e in tal modo si rinuncia a qualsiasi classificazione.

⁶⁷ PLANIOL, *Revue critique*, vol. 53, p. 229; Id., *Traité de droit civil*, vol. II, n. 811-812. cfr. N.M.K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968, p. 171, secondo cui tale indirizzo "est l'expression de l'individualisme dans le domaine juridique. L'individu est la source et la fin de tout. Sa volonté est la puissance souveraine, unique dans le monde du droit. Elle est la force créatrice transformatrice, modificatrice, extinctrice de tous les droits, de toutes les obligations et de toutes les institutions." Lo stesso GOMAA, n. 253, p.221, contestò che la legge potesse essere una fonte diretta dell'obbligazione, poiché non genera che delle regole generali, astratte ed impersonali, e non può creare un rapporto personale e concreto tra due individui. In più, occorre un fatto che integri le condizioni della regola.

⁶⁸ PLANIOL, *Revue critique*, cit., p. 231 "Toute obligation légale a pour motif la crainte d'une lesion injuste pour autrui, qu'il s'agit d'éviter, si elle est encore à l'état futur; de réparer, si elle est déjà réalisée. Celles qui ont pour but d'éviter une lésion future sont celles auxquelles dans le langage ordinaire on réserve le nom d'obligations légales, celles qui tendent à la réparation d'un prejudice déjà causé sont celles qu'on appelle ordinairement délictuelles, quasi-délictuelles et quasi-contrattuelles. La formule la plus générale qui puisse être donnée

considerare questa un'obbligazione diretta alla riparazione di un danno arrecato o non la si dovrà piuttosto considerare come una obbligazione tipicamente diretta ad evitare che da un'azione lecita e certo non dannosa ne derivi in seguito un pregiudizio? Così pure non si tratta di impedire un danno futuro quando si obbliga il tutore a sorvegliare sui beni del pupillo? E del pari non si tratta di impedire un illecito arricchimento quando s'impone all'erede di soddisfare i legati dell'eredità?⁶⁹

Nel giungere a censire il pensiero dei giuristi francesi contemporanei, si può notare come la tendenza più moderna della classificazione delle fonti segua la teoria bipartita degli atti e dei fatti giuridici.⁷⁰ I fatti giuridici

l'obligation légale est donc celle-ci: ne pas nuire à autrui sans droit".

⁶⁹ La critica presentata da Planiol era legata a una concezione dell'obbligazione ormai superata. Oggi, secondo BERRA, *Quasi-contrats*, in *Juris. Cl. Civ.*, artt. 1370-1371, con l'arretramento del liberalismo e l'intromissione dello Stato nei rapporti economici esistono sempre più obbligazioni aventi una fonte legale, ma di cui il regime è analogo a quello delle obbligazioni contrattuali. Così è per i locatari ai quali la legge conferisce un diritto a rimanere nei locali condotti. L'art. 4 della legge del primo settembre 1948 precisa "gli occupanti di buona fede beneficiano del rimanere nei luoghi locati alle clausole ed alle condizioni del contratto primitivo". I rapporti tra proprietario ed occupante non sono volontari, ma al contrario sono imposti; ma le obbligazioni che ne conseguono sono analoghe a quelle contrattuali. Allo stesso modo la legislazione degli affitti commerciali (D. 30 settembre 1953) dà ai locatari diritto al rinnovo dell'affitto, salvo il potere del giudice di modificare la pigione: tutto funziona come se ci fosse un contratto.

⁷⁰ J. FLOUR, J.L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Paris, 1975, specialmente n. 60; J. CARBONNIER, *Droit civil, T. IV, Les obligations* n. 10, Paris, 1991, p. 29-30; MARTY- RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, 1972, n. 148 et ss.; H.L. MAZEAUD, *Les obligations. Théorie générale*, par F. Chabas, Y. II, 1 vol., 9 éd. Montchrestien, n. 45 e ss.; F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8 éd., Dalloz, n. 5 e ss., secondo i quali "Ce qui est probablement plus contestable, tout compte fait, si l'on s'en tient encore à la liste découlant de l'article 1370 du code civil, c'est qu'en réalité la cinquième source (la loi), imaginée par Pothier et reprise ensuite, ne se justifie pas dans le cadre envisagé. En réalité, son adjonction à la liste antérieure donne à penser qu'il s'agirait d'une source plus ou moins résiduelle alors que l'on peut considérer que toutes les obligations n'engagent que parce que telle est la volonté de la loi. Indubitable en ce qui concerne les délits, les quasi-délits et les quasi-contrats, bref les obligations extracontractuelles, l'observation a été discutée en ce qui concerne les obligations contractuelles. Mais elle vaut aussi pour celles-ci; aux termes de l'article 1134 alinéa 1 du code civil seules les obligations légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites"; P. MALAURIE ET L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, n. 19; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3 éd., LGDJ, n. 5; CH. LARROUMET,

sono considerati, in via residuale, come tutti quelli che, al di fuori degli atti giuridici, sono dotati di conseguenze giuridiche. Pertanto, lo studio degli atti giuridici deve essere affrontato in prima istanza, i fatti giuridici vengono definiti e delimitati in qualche modo per differenza.⁷¹ Ciò che caratterizza gli atti giuridici è la partecipazione della volontà individuale alla creazione degli effetti del diritto e, in modo particolare, dei diritti soggettivi. L'atto giuridico presuppone una manifestazione di volontà in vista della realizzazione di determinati effetti giuridici di cui la natura e la misura sono determinati dalla sua stessa volontà.⁷² All'opposto, il fatto giuridico può essere considerato l'"avvenimento, volontario o meno, da cui generano effetti giuridici direttamente determinati dalla legge."

La classificazione delle fonti così definita non ha però ricevuto consensi unanimi da parte della dottrina moderna francese.

Si è posto in rilievo il carattere non scientifico della distinzione tra atti e fatti giuridici, che porta all'osservazione secondo cui, nell'ordine delle cose osservabili, non c'è un atto per natura giuridico e all'inverso fatti intrinsecamente giuridici.⁷³ Si tratta, pertanto, di una classificazione fondata su di un significato convenzionale dei comportamenti umani.⁷⁴

Si è poi evidenziato che la distinzione tra atti e fatti giuridici e

Droit civil. Les obligations. Le contrat, T. III, 5 éd. Economica, n. 49; PH. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 8 éd., Litec, n. 24 e ss.; J.L. AUBERT, *Introduction au droit*, éd Armand-Colin, 1995, n. 210 et ss. p.216 et ss.; BONNECASE, *Précis de droit civil*, T. II, Paris, 1934, n. 175, CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1912, pp. 245 ss.; AL SANHOURY, *L'acte juridique et le fait juridique, cours de droit civil approfondi (en arabe)*, 1953-54, pp. 3 e 4.

⁷¹ MARTY- RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, 1972, n. 147 p. 271

⁷² MARTY- RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, 1972, n. 148-149, p. 273; J. FLOUR, J. - L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, cit., n.60. Questa classificazione delle fonti in atti e fatti giuridici ha preso spunto dalla influenza soggettivista dell'inizio del Novecento, ma va messo in rilievo che la nascita delle obbligazioni non è il solo risultato della volontà individuale (vedi, a riguardo, la critica di A.J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX s. à nos jours*, éd PUF, 1975, p. 81 et s.).

⁷³ Cfr., M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, 1999, p. 200

⁷⁴ G. GRZEGORCZYK, *L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit*, *Rev. Droits*, 1988, T. VII, p. 47

l'inclusione dei quasi-contratti fra questi ultimi faccia giungere ad una fonte unica delle obbligazioni, il diritto oggettivo, e dietro di esso all'autorità della legge.

Se ci si chiede il motivo per il quale qualche cosa sia dovuto, da dove proviene il rapporto giuridico, non vi è che una sola risposta: la regola positiva preconcreta. Quale che sia stato il mezzo del suo operare, nell'intenzione di vedere prodursi l'effetto giuridico o senza questa intenzione, essa spiega solo la ragione d'essere dell'obbligazione, la sua origine.⁷⁵ Come ha rilevato Combacau "si fa del diritto oggettivo e non delle disposizioni del soggetto prese in se stesse il motore della produzione di effetti legali; è nell'interpretazione che il diritto oggettivo dà del comportamento che si deve allora cercare la fonte dell'obbligazione".⁷⁶ Le obbligazioni o diritti soggettivi non esistono allora se non quando lo consente il diritto oggettivo. Non sono che un ingranaggio di una vasta regolamentazione gerarchicamente imposta dall'apparato giuridico.

L'equivoco, secondo un autorevole orientamento,⁷⁷ viene dal fatto che la parola "source" può essere intesa in due modi. Se si tratta della fonte primaria, è esatto dire che essa è sempre la legge, poiché nessuna obbligazione può esistere se quella non la ammette, ma non è che una constatazione evidente priva di ogni interesse pratico. Se si parla della fonte immediata, cioè quella che dà nascita all'obbligazione, è giustificata una suddivisione tra obbligazioni legali, quasi-contrattuali, delittuali e quasi delittuali, alla quale sarà opposta la categoria degli atti giuridici. Se, dunque, l'individuo è obbligato perché ha compiuto una attività (gestire l'affare altrui, commettere un delitto) l'obbligazione nasce da questo fatto personale che scatena l'applicazione della legge. Se l'individuo, invece, è obbligato senza aver agito, ma solo perché si trova in una situazione determinata (ad esempio, perché il padre è in stato di bisogno ed egli è

⁷⁵ Cfr. P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, settima edizione, pag. 9

⁷⁶ J. COMBACAU, *Ouverture à l'ouvrage collectif sur l'acte juridique*, *Rev. Droits*, 1988, T. VII, p. 5

⁷⁷ Cfr. J. FLOUR, *Les obligations*, éd Armand Colin, Coll. U, 1975, n. 56, p. 56

debitore dell'obbligazione alimentare), la legge, per questa teoria, appare come la fonte immediata e diretta dell'obbligazione.

Parrà evidente, a seguito dell'esame delle posizioni dottrinali di oltre due secoli, come non si sia affatto giunti ad una soluzione condivisa ed unanime sulla valenza della legge come fonte dell'obbligazione. Si può però aggiungere, con un velo d'ironia, che rispetto ad altri ordinamenti, quale il nostro, il *code civil* quanto meno non ha dato adito ad incertezze con riferimento al rapporto di questa fonte rispetto alla categoria quasi-contrattuale. In altri sistemi giuridici, appartenenti anche ad altre epoche storiche, la maggiore difficoltà che si presenta alla sistematica della materia e alla delimitazione del concetto delle obbligazioni *ex lege*, in relazione alle altre fonti, deriva proprio dai criteri incerti e mal sicuri coi quali si suole distinguerle dalle cosiddette obbligazioni da quasi-contratto. Il legislatore francese, invece, nel formulare l'art. 1370 c.c. e nell'enumerare gli obblighi non volontari, come abbiamo visto, ha contrapposto con chiarezza quelli che risultano dall'autorità sola della legge, da quelli che nascono da un fatto personale di colui che si trova obbligato.

Certamente, è giunto, a questo punto, il momento di esaminare le ipotesi di obbligazioni *ex lege* previste nell'elenco esemplificativo di cui all'art. 1370. Ciò per individuare le caratteristiche precipue di questi obblighi ai quali il legislatore francese ha voluto riconoscere collocazione distinta nella suddivisione delle fonti delle obbligazioni. Pure l'evoluzione giurisprudenziale di tale materia permetterà un miglior raffronto con gli analoghi istituti del nostro sistema giuridico.

1.5 Le ipotesi di obbligazioni legali esemplificate dall'art. 1370 c.c.: l'obbligazione reale e quella del tutore che non può rifiutare l'incarico attribuitogli.

La sistematica del code Napoleon, inserendo le obbligazioni di vicinato tra quelle che derivano solo dall'autorità della legge si è discostata dalle

indicazioni di Pothier,⁷⁸ il quale aveva classificato tale fattispecie come una ipotesi di quasi-contratto.⁷⁹

Anche nel nostro sistema giuridico attuale si è soliti affermare la derivazione legale dell'obbligazione il cui contenuto consiste in una prestazione positiva o negativa che un soggetto è tenuto a compiere in quanto possessore o proprietario di una cosa ovvero titolare di altro diritto reale sulla stessa.⁸⁰

L'elemento che qualifica il rapporto è dato, pertanto, dalla connessione con la *res*, che ne influenza in vario modo la nascita, l'oggetto, le vicende e ne giustifica anche la denominazione.⁸¹

⁷⁸ In tal senso H. E L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Paris, 1957, p. 678; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, Paris, 1911, p. 740; COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, 1947, n. 1024, p. 823 ss

⁷⁹ Dal quasi-contratto, secondo POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.*, I, n. 114, p. 32, derivava l'obbligazione principale di apposizione di termini, l'obbligo concernente lo scolo delle acque nel fondo vicino, l'obbligo di non causare immissioni di fumo e tutti gli obblighi sulle distanze delle costruzioni e degli alberi, nonché sull'uso del muro comune, che l'autore riportava al *droit coutumier* (la *Coutume de Paris* e la *Coutume d'Orléans*). Si ricorda che nella trattazione del Pothier il fondamento della obbligatorietà del quasi-contratto sta nell'equità naturale.

⁸⁰ Cfr. la giurisprudenza univoca che lo afferma, desumendo da tale circostanza la tipicità delle ipotesi di obbligazioni reali: Cass. 18 gennaio 1951, n. 141, in *Giur. comp. cass. civ.*, 1951, I, 249 nonché in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 29. Successivamente Cass. 26 giugno 1952, n. 1896 in *Foro it.*, 1953, I, 1658 e in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 148; App. Torino 10 maggio 1954 e App. Roma 28 gennaio 1954, entrambe in *Foro pad.*, 1954, I, 906; Trib. Pisa 24 marzo 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, 828; Cass. 7 settembre 1978, n. 4045 in *Foro it.*, 1979, I, 726 e in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 796; App. Palermo 14 marzo 1986, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, 369. Ma si veda l'elencazione proposta dal Betti, che, seguendo la teoria della bipartizione degli atti e fatti giuridici, descrive tali obbligazioni come ricollegate dalla legge ad uno stato di fatto, implicante un "contatto sociale tra due sfere di interesse" come negli artt. 843-844 c.c. (accesso al fondo ed immissioni) oppure ad un rapporto qualificante quale è quello cui la legge ricollega l'obbligo di prestare alimenti (art. 433 c.c.) o che dà vita ad obbligazioni *propter rem*.

⁸¹ Cfr. BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1967, 715 ss.; ROMANO FR., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 120 ss.; COMPORTEI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, continuato da MENGONI, Milano, 1980, 230 ss.; in giurisprudenza, vedi Cass. 21 marzo 1964 n. 646 in *Foro it.*, 1964, I, 721; Cass. 24 febbraio 1981 n. 1131, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1586; Cass. 7 luglio 1978 n. 4045, in *Foro it.*, 1979, I, 724 con nota di BRANCA. Deve ritenersi superato l'orientamento propugnato dalla dottrina più antica che ricostruiva l'obbligazione in oggetto

Nelle obbligazioni *propter rem* viene alla luce una relazione eminentemente personale fra il titolare della pretesa alla prestazione e l'onere, come previsto per ogni rapporto obbligatorio, ma non emerge alcun potere immediato sulla cosa che, viceversa, deriva dal diritto reale opponibile *erga omnes*.⁸²

Certo, come si vedrà, le obbligazioni legali che derivano dalla situazione di *voisinage* hanno un'accezione ben più vasta di quanto non abbiano le nostre obbligazioni reali.

Innanzitutto, il legislatore francese ha mostrato poca chiarezza nel distinguere le obbligazioni legali derivanti da servitù dalle generali e reciproche limitazioni dei diritti dei proprietari vicini.⁸³ Del resto, lo stesso articolo 544 del code Napoleon afferma che “la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nel modo più assoluto, purchè non se ne faccia un uso proibito dalle leggi o dai regolamenti”. Il principio si ritrova formulato anche dall'art. 651 code civil, secondo il quale “la legge

come inquadrabile nell'ambito dei diritti reali ovvero quale *tertium genus* di rapporto obbligatorio, a metà tra diritti reali e i diritti di credito (BIANCHI, *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano*, I, Lanciano, 1888; FADDA e BENZA, *Note dei traduttori a Windscheid, Diritto delle pandette*, Milano-Roma, 1902, 563 ss.).

⁸² Cfr. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1949, spec. p. 443. Sul punto v. anche BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950, spec. pp. 50 e 66 s.; BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., spec. pp. 22 ss. e 73 ss.; BIONDI, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, in *Foro pad.*, 1953, I, spec. c. 351 s.; DI MAJO, voce *Obbligazione*, I) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 11; FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem: a proposito della distinzione fra diritti di credito e diritti reali*, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 173; FUSARO, voce *Obbligazione "propter rem" ed onere reale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 393 s.; GROSSO, in GROSSO-DEJANA, *Le servitù prediali*, Torino, 1963, p. 51

⁸³ Cfr. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile, terza edizione*, p. 485 e ss.; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XI, *Traité des servitudes*, éd. Lahure, 1882, n. 8, p. 15, “Le differenti proibizioni introdotte dalla legge e dai regolamenti sono inerenti al diritto di proprietà stesso; è sotto queste condizioni inseparabili dalla sua esistenza che il diritto stesso è consacrato. Queste proibizioni, che formano in ogni ordinamento la regola comune del godimento e della disposizione delle proprietà, ben lontane dall'essere servitù, sono al contrario costitutive della libertà stessa del fondo, tale che il legislatore la riconosce”; ZACHARIE-CROME, *Manuale del diritto civile francese*, Milano, 1908, vol. I, par. 167 t. e n. 5; CAPITANT, *Des obligations de voisinage*, *Revue crit. leg. iur.*, 1900, vol. 49, p. 158 ss.; DEMOGUE, *Sources des obligations*, vol. IV

assoggetta i proprietari a diverse obbligazioni reciproche indipendentemente da qualsiasi convenzione". E' sufficiente, peraltro, considerare il diritto di proprietà nella sua accezione moderna di diritto soggettivo per porre alcune di queste obbligazioni come delle restrizioni al godimento di questo diritto. In questo senso, il diritto di proprietà è il potere di usare la cosa nella maniera più assoluta, e solo la potenza della legge può mettere un freno alla libertà del proprietario imponendogli obblighi, per preservare la libertà e il potere del proprietario vicino.

Anche nel nostro sistema, autorevole dottrina ha proposto una drastica riduzione delle figure tipiche di obbligazioni *propter rem*, rilevando che con esse non vanno confuse le situazioni passive e attive consequenziali a limitazioni della proprietà, che sono inerenti, cioè, al contenuto della stessa o di altri diritti reali.⁸⁴ La distinzione tra la nozione di limite e quella di obbligazione in senso tecnico non è peraltro sicura. Lo stesso codice nel definire il contenuto del diritto di proprietà fa riferimento ai limiti ed agli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico. Ma sui criteri di tale distinzione permane incertezza.

Può constatarsi che queste situazioni in buona parte si riconducono all'operare della funzione sociale della proprietà, la quale, come noto, può essere concretamente operativa non solo attraverso sottrazioni di facoltà al proprietario, ma anche attraverso l'imposizione di obblighi. In questo caso, l'utilità del richiamo alla figura dell'obbligo si misura sull'applicabilità della normativa sull'inadempimento e dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare.

Le limitazioni al diritto di proprietà possono consistere o in servitù imposte ai fondi o in obbligazioni imposte alle persone dei proprietari.

⁸⁴ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1984, p. 85 ss. Si veda, in proposito, l'opinione, per altro rimasta isolata, che nega addirittura la configurabilità di autonome obbligazioni reali, le quali andrebbero ricomprese nella struttura complessa della situazione reale, sia essa la proprietà o altro diritto parziario, intesa come sintesi di potere e dovere (Cfr. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 167 ss.; alla tesi aderisce COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Dir.civ. comm.*, continuato da Mengoni, Milano, 1980, 225 ss.)

Allorché gli oneri sono imposti ad un immobile per l'uso o l'utilità di un altro immobile essi sono, senza dubbio, servitù (come il passaggio per l'accesso al fondo chiuso da ogni lato o la costruzione di un acquedotto per lo scorrimento delle acque). Inoltre, quando si tratta di doveri che appaiono svincolati da un rapporto intersoggettivo (quale il dovere dell'usufruttuario di rispettare la *rerum substantia* e dell'enfiteuta di migliorare il fondo, rispettivamente artt. 881 e 960 c.c.) avremo la figura del limite al diritto reale, anziché dell'obbligazione quale forma giuridica di un rapporto di cooperazione intersoggettivo.

Quando, invece, gli oneri tipizzati hanno per oggetto un'azione che può richiedersi alla persona e non alla cosa ovvero rientrano tra i divieti fatti generalmente a tutti i proprietari, sicché manca il carattere eccezionale proprio della servitù, in questi casi la realtà dell'onere viene meno e subentra l'obbligazione personale. E' così, ad esempio, per le obbligazioni descritte negli artt. 882, concernenti le riparazioni del muro comune, 1030, sulle prestazioni accessorie ad una servitù, 1104 c.c., sugli obblighi dei partecipanti alla comunione. Si tratta di obblighi autonomi che ancora oggi giustificano l'affermazione della esistenza della categoria delle obbligazioni reali.

La corretta distinzione tra queste figure ha rilevanti ricadute in termini di disciplina. Si ricordi che l'obbligazione reale non può essere trascritta come, invece, può avvenire quando si tratta di costituzione o trasferimento di diritti reali. Alle servitù sono applicabili tutti i rimedi riguardanti i diritti reali, compresa la tutela possessoria, mentre alle obbligazioni *propter rem* i rimedi normali previsti per l'inadempimento delle obbligazioni. Inoltre, il comportamento di un soggetto obbligato *ob rem* ovvero proprietario del fondo servente, lesivo della posizione sostanziale vantata dall'altro soggetto del rapporto, nel secondo caso dà luogo ad una responsabilità aquiliana, nel primo dà luogo a responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c..⁸⁵

L'altra obbligazione legale prevista dall'art. 1370 c.c. è quella dei tutori e

⁸⁵ Cass. 14 novembre 1989 n. 4839, in *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 11

degli amministratori che non abbiano il diritto di ricusare le funzioni loro deferite. Questa precisazione è importante, in quanto, se i tutori avessero il diritto di rifiutare l'incarico, le obbligazioni cui onerati deriverebbero dal loro fatto volontario; e, in questo caso, secondo il concetto accolto dal legislatore francese, si dovrebbe configurare la fattispecie come un quasi-contratto. Del resto, l'esercizio della tutela in diritto romano era considerato proprio un quasi-contratto simile al mandato e dava luogo ad un'azione diretta del pupillo contro il tutore e ad un'azione contraria del tutore contro il pupillo. L'azione del tutore, volta ad integrare la capacità giuridica del pupillo, era, quindi, un ufficio d'interesse prettamente privato.

Nel diritto consuetudinario francese, la tutela assumeva, invece, il carattere di un pubblico ufficio, per il principio, esposto anche dal Domat, che l'interesse sociale esige che gli orfani non vengano abbandonati.

Il legislatore francese scelse una via intermedia, considerando la tutela un ufficio civile, ma di ordine pubblico. L'indole privata risulta, oltrechè dalla mancanza di pubblico potere, dal fatto che il tutore può essere nominato per testamento dal genitore superstite, o per deliberazione del consiglio di famiglia. Avendo poi la tutela il fine di vigilanza sulla persona e sugli interessi di un incapace, essa è per ciò stesso di ordine pubblico.

Si parla di obbligazione legale, come detto, nel caso in cui la funzione non possa essere rifiutata dal tutore che verrà designato in ragione del legame di parentela con il minore. L'articolo 432 del *code civil* dispone, in effetti, che "chi non è parente, né congiunto del padre o della madre del minore non può essere costretto ad accettare la tutela...", o ancora, per l'ipotesi del figlio legittimo, l'articolo 402 prevede in caso di decesso dei genitori, in assenza di una loro scelta, che dovrà essere assoggettato a tale incarico l'ascendente più prossimo. Queste due disposizioni avranno, poi, una corrispondenza negli artt. 274 e 244 del nostro codice civile del 1865. L'obbligo del tutore che non può rifiutare la carica, come l'obbligo del proprietario vicino, visto dalla giusta prospettiva, ha, in realtà, per origine

una situazione determinata, vale a dire la prossimità naturale delle persone stabilita in funzione del legame di parentela.

Dalla prospettiva del legislatore francese, invece, solo la legge può imporre una tale obbligazione, non potendo configurarsi un contratto (qui impossibile in ragione dell'età del minore), nè un'azione volontaria di colui che occupa le funzioni di tutore, nè naturalmente un delitto, poiché non c'è una colpa per il rifiuto di occuparsi degli affari altrui. In altri termini, la legge crea direttamente il legame tra tutore e il suo pupillo, cosa che permette di concludere per l'esistenza di una obbligazione legale.

Nell'attuale sistema italiano, l'art. 348 c.c. stabilisce che il Giudice sceglie preferibilmente tra i parenti più prossimi il tutore del soggetto incapace. L'atto di nomina è fatto con decreto del giudice tutelare.⁸⁶ E' esclusa la dichiarazione di accettazione della nomina, essendo l'assunzione dell'ufficio un obbligo derivante dal carattere pubblicistico dello stesso.⁸⁷ L'impossibilità di rifiutare l'incarico, salvo i casi stabiliti di dispensa, era aggravata dal fatto di poter incorrere nel reato previsto dall'art. 388 c.p..⁸⁸

La responsabilità del tutore (o del protutore) verso il minore può derivare da atti o obbligazioni contratte fuori dei limiti dei propri poteri, come da trascurata amministrazione, benché egli abbia agito nell'ambito delle proprie attribuzioni.⁸⁹ La natura di tale responsabilità, secondo l'unica

⁸⁶ Cfr. BISEGNA, *Tutela e curatela*, in NN.D.I., XIX, Torino, 1973, 930

⁸⁷ Cfr. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1995, 131

⁸⁸ Cfr. Cass. pen. 19 febbraio 1951. Di contrario avviso la giurisprudenza più recente, secondo la quale il rifiuto di assumere l'ufficio di tutore o protutore conferito dal giudice tutelare non configura il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice in materia di affidamento di minori o di altre persone incapaci, previsto dall'art. 388, 2° co., c.p., in quanto il rapporto tra il minore o l'incapace ed il tutore (o il protutore) non può ricomprendersi nella categoria dell'affidamento, che ricorre nella ipotesi di esercizio della potestà genitoriale, stante che il tutore (o il protutore) è un organo meramente esecutivo delle direttive impartite circa il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore, dal giudice tutelare, il quale assomma in sé i poteri ed i compiti di iniziativa, di vigilanza, di controllo e di decisione (C. pen. 4.7.84; C. pen. 22.3.84)

⁸⁹ Cfr. BISEGNA, *Tutela e curatela*, in NN.D.I., XIX, Torino, 1973, 938

decisione edita in materia, è contrattuale, derivando l'obbligo del tutore dalla legge. Di qui l'onere del tutore di fornire, nel relativo giudizio, la prova che l'inadempimento agli obblighi inerenti alla funzione tutoria è derivato da causa a lui non imputabile.⁹⁰ Peraltro, un segnale evidente dell'applicabilità della disciplina delle obbligazioni contrattuali è rilevabile dallo stesso art. 382 c.c., laddove indica come criterio per l'adempimento degli obblighi quello del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176 c.c., tipico di un rapporto *lato sensu* contrattuale.

Non occorre dilungarsi a lungo nel rilevare che la configurazione di questo tipo di obbligazioni come derivanti dalla legge, non sposta alcunché in tema di disciplina, che è ben definita dal codice in ogni suo aspetto. Indicare la legge come fonte di tale tipo di obbligazioni ha più che altro un valore descrittivo, evidenziando in realtà la posizione di rilievo pubblicistico di chi deve sostituire i genitori, non sotto il profilo affettivo e psicologico, non essendo il tutore in alcun modo equiparabile ad un adottante, ma in tutte le attività materiali che sono necessarie per soddisfare le esigenze di vita, di formazione e di sviluppo del minore stesso.⁹¹ Si tratta di una potestà data dalla legge ad una persona capace di prendersi cura di un minore non emancipato o di un interdetto o di altri incapaci, di amministrarne i beni e di rappresentarli negli atti civili sia negoziali che processuali.

1.6 Brevi considerazioni in ordine all'impatto sistematico delle obbligazioni *ex lege* all'interno dell'originario *code civil* e nell'*avant-projet* di riforma del diritto delle obbligazioni francese.

Da quanto si è potuto evincere dall'analisi delle speciali ipotesi previste dall'art. 1370 come obbligazioni *ex lege stricto sensu*, l'importanza di tali figure è, a livello sistematico, molto relativa⁹², in quanto le stesse

⁹⁰ cfr. App. Roma, 19 maggio 1959, in *Temì rom.*, 1960, 509

⁹¹ Vedi DE FILIPPIS, CASABURI, *Il giudice tutelare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 1999, 165

⁹² H. E L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tomo II, 1,

obbediscono in effetti alle regole che governano le altre obbligazioni extracontrattuali, laddove il legislatore non abbia precisato lo statuto particolare di ciascuna di esse.⁹³

Anche l'obbligazione alimentare, che univocamente viene ricondotta tra le obbligazioni ex lege, è disciplinata da norme che deviano dalla disciplina generale sull'obbligazione, certificandone la peculiarità e la posizione autonoma.

Si può, peraltro, ritenere che la molteplicità delle ipotesi di questo tipo di obbligazione e la varietà dell'ordine dei rapporti che le concerne sia ostacolo ad uno studio sistematico di questa fonte dell'obbligazione.

L'interprete desideroso di approfondire tale figura sfoglierebbe invano le pagine del Code Napoleon, se volesse trovarvi l'oggetto di uno sviluppo autonomo, considerato che le stesse sono collocate in ogni libro del codice, avendo la posizione non confortevole di appartenere a tutti ed a nessuno.⁹⁴

Obligations Théorie générale, 1998, p. 47

⁹³ In tal senso, peraltro anche PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, Paris, 1930, p. 15-16, che affermava “*il convient de remarquer qu'en cas d'inexécution des obligations dites légales, le sanction est une action en vue d'obtenir l'exécution en nature ou le rétablissement de l'état de fait indûment modifié, lorsque la chose est possible, sinon, et le plus souvent, une action en dommages-intérêts. Or cette sanction est celle des art. 1382 et ss., c.c., et la responsabilité civile consacrée par ces textes est la sanction de la violation de l'obligation légale de ne pas nuire à autrui par des actes illicites. Obligations légales et responsabilité civile sont donc deux notions intimement unies. La jurisprudence et la doctrine invoquent d'ailleurs couramment l'art. 1382 pour justifier la condamnation à des dommages-intérêts pour violation d'une obligation légale: ainsi pour réparer le dommage qui est causé par un adultère, violation du devoir de fidélité coniugale; ou celui qui est causé par une faute d'un officier ministériel constituant une violation de ses devoirs professionnels légaux. Finalement les obligations légales paraissent si normalement trouver leur sanction dans la mise en jeu de la responsabilité civile des art. 1382 et ss., qu'il faut, pour carter celle-ci, que la réglementation du rapport envisagé s'y oppose formellement: il en est ainsi dans le régime des accidents du travail, l'employeur ayant une obligation légale de réparation indépendamment de toute faute commise*”.

⁹⁴ Cfr. però DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, 1997, 215, secondo cui è possibile cogliere elementi comuni dalla disciplina delle varie obbligazioni ex lege. E a conferma di ciò ricorda che il contratto stesso ha un suo ruolo nella materia dei diritti reali, in quello della famiglia ed in altri contesti. Inoltre, la responsabilità extracontrattuale, oggetto di uno studio autonomo al titolo del diritto delle obbligazioni, riesce a toccare tante

Sembra seguire questa visione, da ultimo, *l'Avant-projet de reforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil)* presentato al Ministro de la Justice Clément il 22 settembre 2005,⁹⁵ il quale nello specificare all'art. 1101 che “*Certaines obligations naissent également de l'autorité seule de la loi, comme les obligations de voisinage et les charges publiques dont il est traité dans les matières qui les concernent*”, chiaramente nega un'importanza sistematica di queste obbligazioni, che esuli dalla materia che le riguarda direttamente.

Tale progetto nasce dal rifiuto di molti giuristi francesi di aderire al progetto del codice europeo dei contratti. Nell'intenzione di contrastarlo, essi hanno deciso di redigere questo documento teso alla ricodificazione.⁹⁶ Ma è stato soprattutto l'avvicinarsi della ricorrenza del bicentenario del *code civil*, di poco successiva all'entrata in vigore della ricodificazione tedesca, che ha acceso il dibattito nella dottrina civilistica francese in materia di obbligazioni e circa l'opportunità di una sua “*modernisation.*”⁹⁷

Aspetto singolare di questa tentata ricodificazione concerne, però, l'incoerenza delle scelte fatte in tema di classificazione delle fonti.

Il titolo III intitolato “*Des obligations*” raccoglie il contratto, il quasi-contratto e la responsabilità civile. Vengono regolate queste tre fonti dell'obbligazione, ma non ne viene prevista una disciplina comune, come accade nel BGB e nel nostro codice civile, se non in tema di responsabilità.

Sulla soglia di questa parte principale, viene prevista la divisione

sfaccettature della vita giuridica.

⁹⁵ Cfr. J. BEAUCHARD, *La projet de reforme du code civil français*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 903 ss.

⁹⁶ Si vedano ALPA, *La lettura del code civil in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2005, p. 6 ss. e gli interventi di prestigiosi giuristi francesi, in ordine ad una auspicata ricodificazione del diritto delle obbligazioni, pubblicati nella *Revue des contrats*, 2004, 1145 ss. spec. pag. 1176

⁹⁷ CATALA, *Présentation général de l'avant-projet*, in *Rapport sur l'avant-projet de reforme du droit des obligations*, 2005, p.2

maggior degli atti giuridici e dei fatti giuridici.

Si tratta di una riutilizzazione amplificata e di una valorizzazione della disposizione dell'attuale articolo 1370 c.c..⁹⁸

Questa introduzione alle fonti principali delle obbligazioni colloca il contratto nella categoria più generale degli atti giuridici e i quasi contratti e degli altri fatti generatori dell'obbligazione nell'insieme dei fatti giuridici.

L'*avant-projet*, quindi, consacra ed integra formalmente la teoria degli atti e fatti giuridici che il code civile attuale ignora.

L'article 1101-2 mette in evidenza l'eterogeneità dei fatti giuridici: possono essere azioni (individuali o collettive) o avvenimenti (fatti economici, politici, naturali, etc), fermo restando che è sempre la legge che ricollega loro l'effetto di diritto (Art. 1101-2 *Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit*).

In questo sistema che segue chiaramente i ragionamenti della dottrina dominante, viene inspiegabilmente riproposta la categoria delle obbligazioni ex lege, pur con la precisazione che esse sono confinate nella materia che le riguarda.⁹⁹ Se si riconosce che tra i fatti giuridici sono annoverabili pure i fatti naturali, come è possibile sostenere che determinate obbligazioni sorgono per la sola forza della legge? Si tratta di un pesante tributo da pagare alla logica per onorare la tradizione? Quale che sia la risposta a tali quesiti, non sembra dubbia l'incongruenza di tale scelta.

⁹⁸ Cfr., in tal senso, il rapporto al Ministro della Giustizia sull'introduzione al libro terzo delle obbligazioni di Gérard Cornu, p. 8

⁹⁹ Questa previsione sembra riecheggiare quanto sostenuto autorevolmente alcuni decenni fa "Nella classificazione tradizionale il gruppo delle obbligazioni legali appare come una sorta di residuo nel quale si lascia alla rinfusa tutte quelle che non ha potuto trovare posto nelle altre categorie. E si può ammettere che il codice civile, cui l'oggetto è essenzialmente pratico, si limita a menzionare l'esistenza delle obbligazioni che non rientrano in alcuna categoria, obbligazioni che devono razionalmente essere studiate per l'ordine dei rapporti relativi: il regime della proprietà per i rapporti tra vicini; il regime della famiglia per le obbligazioni alimentari (M. PLANIOL E G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, 2 ed., LGDJ 1952, n. 2, p. 15).

Capitolo secondo

Il lungo percorso delle obbligazioni di fonte legale nel nostro sistema giuridico dal codice civile italiano del 1865 ad oggi

Sommario: 2.1 L'introduzione delle obbligazioni legali nell'art. 1097 del codice civile del 1865. Il dubbio sulle finalità di tale previsione: esaltazione dell'arbitrio dello Stato, volontà di rendere tassativo l'elenco delle fonti o mera difficoltà di qualificare obbligazioni di carattere residuale? - 2.2 Le scelte classificatorie nei lavori preparatori del progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti.- 2.3 L'affrancazione dal modello francese nella genesi del libro IV del codice civile del 1942 e l'espunzione delle obbligazioni legali.- 2.4 L'ampiezza del concetto di obbligazione, la sua applicabilità generale e la conseguente individuazione di obbligazioni legali in materia successoria, familiare e nel diritto pubblico. -2.5 L'inattesa riproposizione normativa delle obbligazioni *ex lege* nella riforma del diritto internazionale privato italiano. - 2.6 L'ampiezza del concetto di fatto giuridico e l'impossibilità di porre sullo stesso piano fonti del diritto e fonti dell'obbligazione sembrano negare la possibilità di includere le obbligazioni legali tra le *variae causarum figurae* di cui all'art. 1173 c.c.. L'autorevole concezione alternativa di chi classifica le obbligazioni in base alla loro funzione. - 2.7 L'obbligazione *ex lege* intesa impropriamente come sinonimo di obbligazione nascente da un atto o da un fatto di cui al terzo elemento dell'art. 1173 c.c.. Le difficoltà della Suprema Corte ad individuare il confine tra fatto lecito e fatto illecito. - 2.8 Le suggestioni più recenti dei giuristi d'oltralpe in tema di obbligazioni di fonte legale ed eventuali ricadute sul nostro diritto. Considerazioni critiche.- 2.8.1. Un tentativo incauto in materia di immissioni di far discendere una responsabilità obiettiva da una presunta obbligazione di fonte legale. 2.8.2 L'apparenza come obbligazione *ex lege* o come quasi-contratto: lo stato dell'arte in Francia ed in Italia. 2.8.3 La natura giuridica delle obbligazioni di pagamento di indennizzi nell'ambito dei piani di sicurezza sociale secondo il diritto francese e nel sistema giuridico italiano.

2.1 L'introduzione delle obbligazioni legali nell'art. 1097 del codice civile del 1865. Il dubbio sulle finalità di tale previsione: esaltazione dell'arbitrio dello Stato, volontà di rendere tassativo l'elenco delle fonti o mera difficoltà di qualificare obbligazioni di carattere residuale?

La classificazione delle fonti dell'obbligazione, di cui all'art. 1370 del Code

Napoleon, fu letteralmente riprodotta dai codici preunitari italiani¹⁰⁰ e pure il codice civile del 1865 fu elaborato in maniera sostanzialmente conforme a tale modello.¹⁰¹

Il legislatore napoleonico e quello italiano, con il riferimento espresso alle obbligazioni che nascono dalla legge, non intendevano esaltare l'arbitrio

¹⁰⁰ In particolare, venne adottata dal codice per il Regno delle due Sicilie del 1819 (art.1324) e dall'Albertino del 1836 (art.1488), che ripetono, riguardo alle obbligazioni che trovano la loro fonte diretta nella legge, gli stessi esempi del codice al quale si ispirano, e dal Codice Estense del 25 ottobre 1851 (art. 1381). Un vero ritorno alla quadripartizione Giustiniana segna invece il codice parmense del 1820 (artt.1068, 2073-2075), che tace con riferimento alla categoria delle obbligazioni ex lege. In argomento, vedi G.ASTUTI, *Il "code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, 1969, rist. *Ann. storia dir.* 1970-1973, pp. 1-87; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, 1966, rist. *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977

¹⁰¹ Analoga influenza è riscontrabile nel codice civile spagnolo del 1889, tuttora in vigore, che, all'art. 1089, enumera le fonti dell'obbligazione, che sono la legge, i contratti e i quasi contratti, le azioni od omissioni illecite o comunque colpose: "*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y casi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*". L'articolo successivo limita il concetto, i confini e l'indole di tale categoria: "Le obbligazioni derivanti dalla legge non si presumono. Sono esigibili solo quelle espressamente determinate in questo codice o in leggi speciali e sono rette dai precetti della legge che le ha stabilite, e, per ciò che non è previsto, dalle disposizioni del presente libro". Cfr., a riguardo, GARCIA AMIGO, *Leciones de derecho civil, II, Teoria general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, che afferma che questa categoria di obbligazioni si trova generalmente nell'ambito di altre relazioni come loro contenuto necessario imposto: ad esempio, le obbligazioni alimentari che integrano la relazione parentale o coniugale, così le obbligazioni che possono sorgere tra i titolari di diritti reali su una medesima cosa o quelle derivate dalle relazioni tra vicini. Pur seguendo diversi criteri nel modo di classificare le altre fonti dell'obbligazione, hanno inserito tale categoria di obbligazioni anche il codice civile austriaco, quello portoghese, quello olandese e quello argentino. Il codice portoghese pone come prima categoria i contratti, colloca in una categoria a parte i fatti leciti di una persona capaci di originare obbligazioni, e la legge in quanto è fonte diretta di esse. La compilazione del diritto civile brasiliano del 1899 (ora riformato con la legge n. 10.406 del 2002 evitando di inserire una norma di classificazione delle fonti), all'art. 894 faceva discendere le obbligazioni o direttamente dalla legge oppure dalla legge e 1) dal contratto e patti aggiunti 2) dall'atto unilaterale di volontà 3) dal quasi contratto 4) dal delitto 5) dal quasi delitto. Molto affine alle linee generali di tale sistema era il vecchio codice olandese che poneva come fonti la legge, il contratto, il fatto lecito e il fatto illecito (art. 1269 e 1388). Fra le obbligazioni legali distingueva quelle che sorgono in virtù della legge sola (*of uit de wet alleen*) da quelle che sorgono dalla legge in conseguenza di fatti dell'uomo. Il nuovo codice olandese, al primo articolo del sesto libro (NWB 6.1.1.1.), invece, premette, in via generale, che le fonti dell'obbligazione sono solo quelle che la legge prevede: *Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit*", poi, distingue nei titoli seguenti

dello Stato, ma volevano, piuttosto, affermare che laddove non vi sia un fatto volontario, soltanto una legge può imporre obblighi. La legge era intesa, insomma, come garanzia di una previsione certa che escludesse, per la sua generalità ed astrattezza, privilegi e discriminazioni.¹⁰²

Anche se la legge figurava al principio dell'elenco, la stessa non era collocata al vertice di una graduatoria delle fonti. Non si intendeva, insomma, col richiamo a questa fonte, esaltare la legge come fonte esclusiva dei rapporti obbligatori, degradando l'autonomia negoziale o la volontà dell'autore del fatto dannoso a semplice presupposto di obbligazioni pur sempre legali.

Questa visione, sembrava favorire, comunque, un sistema delle fonti delle obbligazioni caratterizzato, nel complesso, da una nota di rigidità o di chiusura.¹⁰³ Sotto tale profilo i vecchi sistemi precodificativi francesi si rilevavano più aperti e meno rigidi. Basti pensare al concetto di legge naturale per il Pothier ed all'ordine divino di Domat.

l'atto illecito, il contratto e le altre fonti.

¹⁰² RESCIGNO, *voce Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, p. 150 ss. Interessante rilevare, però, che attenti commercialisti, quale BOLAFFIO, *La legislazione commerciale italiana*, Torino, 1934, p. 279, e VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1926, IV, 1222-1226, pag. 6, affermarono che il ruolo della fonte legale nel codice del 1865 aveva luogo non più in chiave meramente garantistica della libertà e dell'autonomia del privato, ma il criterio del legislatore nel sancire talune obbligazioni *ex lege* era di temperare l'egoismo individuale, conciliandolo con le esigenze della convivenza sociale, dell'equità e dell'armonia dei vari interessi convergenti al benessere comune. E poiché nei rapporti commerciali lo stimolo egoistico è sempre vivace, spesso irrefrenato, la legge costituiva per i commercianti parecchi obblighi diretti a provvedere che la ricerca dell'utile individuale si conciliasse con la funzione sociale del commercio; a frenare l'istintiva tendenza di arricchirsi senza preoccuparsi dell'altrui danno. La legge come fonte delle obbligazioni veniva intesa in senso limitativo e correttivo dell'interesse individuale dei singoli commercianti, allorché tale interesse veniva a trovarsi in contrasto o comunque non in armonia con l'interesse generale del ceto mercantile.

¹⁰³ In senso contrario, vedi BIANCA, *Diritto civile. Le obbligazioni*, 1990, p. 8, per il quale non sembra che attraverso l'indicazione normativa delle fonti del codice del 1865 si volesse affermare una particolare ideologia o escludere la possibilità dei privati di creare obbligazioni al di fuori dei contratti nominati. Non si dubitava infatti della libertà delle parti di stipulare contratti atipici. Si dubitava invece della possibilità di creare liberamente promesse unilaterali (cfr., a riguardo, MAROI, *Obbligazione*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, IV, Milano, 1934, 292 e ARE, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti*, Napoli, 1915, 123).

Il principio di tipicità era del tutto funzionale ad un sistema di circolazione della ricchezza che, se da un lato esaltava il ruolo della volontà privata, purchè si esprimesse con riguardo a funzioni conosciute, dall'altro lato, sul versante della responsabilità, trovava nel principio della colpa e in quello della natura dei diritti tutelabili un limite all'insorgere di obbligazioni che ostacolassero l'iniziativa dei privati. Nel modello teorico dell'Ottocento, l'obbligazione era, del resto, riguardata prevalentemente come modo di acquisto della proprietà. Tale concezione era riflesso di una struttura produttiva e sociale in cui l'agricoltura era ancora l'attività fondamentale ed in cui la proprietà della terra svolgeva un ruolo primario.¹⁰⁴ L'obbligazione ed il contratto erano, infatti, gli strumenti per mezzo dei quali si poteva aspirare alla proprietà dei beni, una proprietà statica, quindi finalizzata a se stessa.

Questo si rileva per spiegare il motivo per cui la disciplina dei rapporti obbligatori non era raccolta in un libro autonomo, ma nel titolo IV, costituendo soltanto una parte, benché la maggiore, del terzo ed ultimo libro, intitolato "*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*". Netta era, quindi, la contrapposizione con le finalità delle obbligazioni e dei contratti commerciali, concepiti come strumento di speculazione per mezzo dei quali si poteva aspirare al profitto.

E' in relazione a tale esigenza che il metodo di elencare le fonti ha un ruolo sistematico preciso, vale a dire tipizzare quei fatti od atti dai quali le obbligazioni possono derivare. Sistema per fonti e principio di tipicità sono, del resto, ordini concettuali tra loro connessi.

La norma destinata a classificare le fonti dell'obbligazione, l'art. 1097, pur sembrando aderire al sistema giustiniano, tuttavia ne divergeva profondamente laddove riconosceva alla legge la potestà di attribuire a fatti e stati obiettivamente determinati la virtù di produrre obbligazioni, anche prescindendo dal comportamento lecito od illecito delle parti.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Per maggiori approfondimenti, si rinvia a G. B. FERRI, *Dai codici della proprietà al codice dell'impresa*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 401 ss.

¹⁰⁵ Cfr. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 493 ss.

I compilatori giustiniani non osarono, infatti, elevare la legge al grado di fonte autonoma dell'obbligazione, perché non ebbero l'audacia di rinnegare la concezione romana secondo la quale un vincolo così grave, come quello obbligatorio, non poteva sorgere *ope legis* e, dunque, indipendentemente dalla volontà del soggetto. Il legislatore italiano, seguendo, nella compilazione dell'art. 1097, le orme del codice francese, si distinse da esso solo nell'evitare di fornire una esemplificazione di tale categoria di obbligazioni. Va rimarcato poi, che nell'apposito titolo IV del codice del 1865, avevano autonoma ed ampia disciplina il contratto, il quasi-contratto, il delitto ed il quasi-delitto, ma non c'era nessuna disposizione riguardante le obbligazioni nascenti dalla legge.

I giuristi che commentarono la classificazione delle fonti del codice del 1865 espressero, tuttavia, in maniera univoca il loro pensiero egregiamente sintetizzato così: "la legge a una mente moderna non può apparire che come la fonte di tutte le obbligazioni e non di una sola categoria e la Scuola deve ricorrere ad ogni sorta di espedienti per impedirle di assorbire tutte le altre cause."¹⁰⁶ Si precisava, poi, che l'unico elemento comune a tutti i vincoli che rientrano nelle obbligazioni *ex lege* era l'esistenza di uno stato di fatto, sia esso umano (volontario o involontario) oppure naturale.¹⁰⁷

¹⁰⁶ PEROZZI, *Le obbligazioni romane: prolusione letta il 14 aprile 1902 : con note* - Bologna, 1903, p. 45 ss. e 143-144, quantunque avesse dichiarato che la classificazione delle cause dell'obbligazione sarebbe scomparsa dalla nostra scienza civilistica se il codice non l'avesse conservata e che la categoria delle obbligazioni *ex lege* non serviva ad altro che a celare l'impossibilità di un'esauriente e logica classificazione, soggiungeva che sarebbe dipeso dal criterio individuale stabilire categorie a mero scopo sistematico fra gli obblighi di diritto privato. Agli obblighi che sorgono dall'accordo, egli accosta quelli che sorgono da dichiarazione unilaterale di volontà, laddove appaiano fondati sullo stesso principio. Riteneva poi che non resti che gettare nell'immenso bacino della legge tutti gli altri obblighi. In tale modo, egli ritiene di aver ricondotto gli obblighi a due fonti socialmente vive e presenti nella coscienza e nel pensiero universale: la forza dell'individuo e la forza dell'organizzazione sociale.

¹⁰⁷ Cfr. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, Vol. II, p. 528, che riteneva di poter distinguere varie specie di obbligazioni legali a seconda della natura del fatto che determina il sorgere del vincolo. E pertanto nella sua classificazione erano presenti a) le obbligazioni che sorgono da determinati stati di fatto in cui gli obbligati si trovano senza volontà b) quelle che vincolano chi volontariamente o coscientemente ha creato o per conto del quale è stata creata una data situazione di fatto o di diritto c) quelle che gravano su colui che

2.2 Le scelte classificatorie nei lavori preparatori del progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti.

A cavallo tra il codice del 1865 e la ricodificazione del 1942, notevole importanza ebbe il tentativo di creare un Codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti.¹⁰⁸ Questo progetto nacque da un'idea di Vittorio Scialoja.¹⁰⁹ L'idea ebbe subito larga eco di adesioni¹¹⁰ e, dopo varie vicissitudini, prese forma concreta nel 1927, con la sua pubblicazione l'anno successivo.¹¹¹

Questo progetto, pur non entrando mai in vigore, tuttavia manifestò la sua influenza sulla giurisprudenza successiva, fu ripreso nei lavori preparatori del Codice civile, e venne considerato in altre esperienze normative straniere, quali il codice albanese (1927), il codice rumeno (1934), il codice polacco delle obbligazioni (1937), il codice civile Greco (1940), il codice civile egiziano (1949), il progetto del codice civile Argentino.

volontariamente si è messo in una data posizione sociale. d) gli speciali vincoli che la legge aggiunge a quelli fondati sulla volontà. Lo stesso Scialoja riteneva, però, non essere un criterio sufficiente, nel distinguere fra le obbligazioni fondate sulla volontà e quelle sorgenti direttamente dalla legge, il porre a base di queste uno stato di fatto, ma riteneva più sicuro attenersi ad un criterio negativo "l'obbligo è legale quando non è fondato sulla volontà della persona vincolata, l'obbligo è imposto dalla legge quando l'obbligato non se lo è imposto da sé".

¹⁰⁸ Sul quale si rinvia per approfondimenti a L. SALIS, *Sul progetto di un codice italo francese delle obbligazioni e contratti*, Urbino, 1933; M. ROTONDI, *Il progetto italo francese delle obbligazioni*, 1953, rist. *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990 e in *Il progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni*, Padova, 1980; ASCOLI, *L'unificazione del diritto delle obbligazioni*, in *Mon. Trib.*, 1929, p. 1 ss.; R. NERSON, *De l'influence exercée sur le droit français des obligations par le projet franco-italien de code des obligations et des contrats, approuvé à Paris en Octobre 1927*, in *Il progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni*, Padova, 1980, p. 22 ss..

¹⁰⁹ La prima sua proposta fu nel 1916, l'anno stesso in cui più divampava la prima guerra mondiale, cfr. SCIALOJA, *Per un'alleanza legislativa fra gli Stati dell'Intesa*, in *Nuova ant.*, 1 febbraio 1916, I, p. 450 ss.

¹¹⁰ A tale iniziativa si associava, ad esempio, il COGLIOLO, in *Dir. comm.*, 1916, I, p. 177

¹¹¹ A tale lavoro presero parte importanti civilisti italiani e francesi. Per il comitato italiano, che fu incaricato di preparare, tra le altre, la parte sulle fonti delle obbligazioni, si possono ricordare i nomi di Alfredo Ascoli e Roberto De Ruggiero, autori anche della Relazione del Progetto.

Suscitò inoltre un vasto dibattito, che assunse in certi casi il tono della polemica, tanto in merito alle soluzioni adottate quanto al metodo di compilazione impiegato.¹¹²

La ragione dell'interesse riguardo a questo esperimento codicistico sta nell'aver allargato lo sguardo oltre i diritti nazionali, trattandosi del primo tentativo europeo di armonizzazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti, benché limitato all'Italia ed alla Francia: un primo passo, incompiuto ma significativo, verso un nuovo diritto comune. Che tale fosse l'intendimento degli artefici di quel progetto non sembra dubbio. Come ebbe a scrivere Vittorio Scialoja, in una fervida difesa del Progetto,¹¹³ quando esso si trovava al centro anche di critiche metodologiche e politiche non indifferenti, "L'idea dominante fu puramente quella di ristabilire, per quanto possibile, quel diritto comune che per tanti secoli aveva retto la miglior parte d'Europa".

Nel corso dei lavori preparatori, precisamente nel primo Disegno preliminare per una legge uniforme italo-francese sulle obbligazioni – opera della IX Sezione della Commissione per lo studio dei problemi del passaggio dallo stato di guerra a quello di pace: giugno 1918-giugno 1919 – venne scelta la strada del completamento e della correzione della classificazione delle fonti dell'obbligazione contenuta nell'art. 1097, aggiungendo a quella lista il testamento e la promessa unilaterale e sostituendo alle due categorie dei delitti e dei quasi delitti l'unica categoria degli atti illeciti. Venne, insomma, proposta una sestuplice classificazione delle fonti delle obbligazioni, secondo la quale "Le obbligazioni derivano da contratto, da promessa unilaterale, da quasi contratto, da atto illecito, da atto

¹¹² Cfr. BETTI, *Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, 665 ss., che affermava, facendo sue motivazioni più politiche che giuridiche, che, laddove manchi un'identità culturale e di ambiente profonda tra due nazioni, non è consigliabile unificare la legge; cfr. anche la "Postilla" a tale intervento di M. D'AMELIO in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 669 ss.; e vedi ancora le repliche di BETTI, *Sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti. Postilla alla replica del sen. D'Amelio*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, p. 184 ss.; SCIALOJA, *Postilla alla replica del prof. Betti*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, p. 190 ss..

¹¹³ SCIALOJA, *Postilla alla replica del prof. Betti*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, p. 190

di ultima volontà, o direttamente dalla disposizione della legge”. Questo testo venne, però, contestato laddove manteneva la legge come diretta fonte delle obbligazioni, negandosi che la legge potesse far derivare la singola obbligazione dal nulla, dovendo pur sempre esservi alla base un *factum obligatorium*.¹¹⁴ S’impose, infatti, il pensiero di Scialoja e cadde la “distinzione [...] incompleta, inesatta e irrazionale” consacrata in entrambi i codici, “più adatta ad una esposizione didattica che ad un testo di legge.”¹¹⁵ Essa, inoltre, si proseguiva, “riproduce, con la sola aggiunta della legge, la *divisio* professata nelle istituzioni giustinianee” e “per quanto abbia a suo favore un’alta antichità di origine e l’autorità del diritto romano giustiniano” non può “conservarsi in un codice moderno.”¹¹⁶ Inoltre, dopo

ss.

¹¹⁴ Cfr. la comunicazione di Scuto al Congresso della Società italiana per il progresso delle scienze, XII riunione tenuta a Catania nell’aprile 1923, pubblicata nel *Foro civile*, 1923, fasc. III). MAROI, *Il progetto italo-francese sulle obbligazioni, I- Parte generale*, Modena, 1928, p. 10 ss., rilevò che il fervore degli studi più recenti ed i più perfezionati metodi d’indagine critica delle fonti hanno dimostrato come la tradizionale quadripartizione contenuta nelle Istituzioni giustinianee, dovuta all’illogico sforzo di tradurre un’antitesi storica in un’antitesi dommatica e concettuale, fosse da ripudiarsi dalla dottrina ed abbandonarsi dal legislatore.

¹¹⁵ Cfr. *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti approvato a Parigi nell’ottobre del 1927*, pag. L e ss., Roma, Provveditorato generale dello Stato, libreria, 1928-VI, “Tale classificazione è incompleta perché non comprende le obbligazioni nascenti dal testamento ed erroneamente la dottrina ha cercato di condurle alla categoria delle obbligazioni derivanti dalla legge. E’ inesatta e irrazionale perché il quasi-contratto ed il quasi-delitto sono ibride formazioni scaturite inopinatamente da concetti e da premesse proprie del diritto romano classico, cosicché hanno dato luogo a dispute dottrinali interminabili”. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, Catania, 1929, p. 48, contestò la pretesa incompletezza della precedente classificazione, dato che gli effetti obbligatori del testamento provengono dal consenso del testatore e dell’erede, e quindi hanno origine quasi-contrattuale. Negò poi che la classificazione fosse inesatta, giacché le obbligazioni possono derivare direttamente dalla volontà del legislatore, sempreché concorrano determinate condizioni obiettive, come la prestazione degli alimenti a stretti congiunti che ne hanno bisogno o possono derivano da contratti o da fatti volontari e leciti cui la legge attribuisce effetti obbligatori, come la gestione di negozi di un assente.

¹¹⁶ Cfr. *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti approvato a Parigi nell’ottobre del 1927*, pag. L e ss.; Roma, Provveditorato generale dello Stato, libreria, 1928-VI. MAROI, *Il progetto italo francese sulle obbligazioni*, Modena, 1928, 11, affermava che l’apprezzamento per l’intuizione dei compilatori del codice francese, che inserirono nello schema tradizionale la categoria “legge”, in conformità della più comprensiva struttura della obbligazione e della sua più

l'unificazione della duplice categoria dei delitti e dei quasi- delitti, restava ancora nel seno della Commissione qualche avversità contro l'istituto del quasi-contratto, che qualcuno definì arcaico e facile ad ingenerare confusione, potendosi credere ad una analogia col contratto che in realtà non esiste. Ciò in quanto le obbligazioni che si ricollegano al quasi-contratto discendono in verità dal fatto oggettivo, cui la legge riconosce efficacia obbligatoria.

Il progetto non comprendeva, poi, le obbligazioni che nascono dalla legge, affermandosi che “è superfluo dire che l'autorità della legge possa imporre delle obbligazioni, mentre non è sempre agevole stabilire, come è necessario nella classificazione tradizionale, in quale caso l'obbligazione nasca per il solo fatto della legge, senza alcun fatto obiettivo, ed in quale ipotesi, al contrario, è questo fatto in sé dal quale trae origine l'obbligazione.”¹¹⁷

Eliminando la classificazione delle fonti, concludeva la relazione, la dottrina avrebbe potuto ancora professare l'antica divisione o sostituirla con altre più razionali e più scientifiche: il testo legislativo non le sarebbe stata più d'impaccio nella libera elaborazione dei concetti.¹¹⁸

Vennero comprese sotto l'intestazione “Delle fonti dell'obbligazione” (artt. 1-86), nelle varie sezioni del Capo I, i contratti, la promessa unilaterale, la gestione di affari, il pagamento dell'indebito, l'arricchimento senza causa, gli atti illeciti, l'obbligazione di esibire, mentre furono disciplinate a parte le disposizioni testamentarie. Non vi era spazio per una disciplina autonoma delle obbligazioni *ex lege*, ma si precisò che un rinvio alle norme delle obbligazioni derivanti da rapporti di famiglia e di successione e principi di

moderna aderenza al concetto di sovranità dello Stato ed al suo ordinamento, non fece sfuggire alla più oculata dottrina quanto irrazionale ed incongrua fosse quella categoria, che, destinata a completare l'elenco delle fonti delle obbligazioni, aveva finito per ridursi ad “un'espressione di comodo”, comprensiva di “figure non riducibili a comune denominatore”.

¹¹⁷ Cfr. *la Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit. par. 5, p. LV

¹¹⁸ Il progetto, nei suoi 739 articoli, presentava una disciplina delle materie comprese nel libro III del codice (dal titolo IV al XXVIII) che valeva come un *codice unificato delle obbligazioni*, destinato a giustapporsi con proprio sistema al testo dei due codici civili nella repubblica francese e nel regno d'Italia, e con propria e identica numerazione degli articoli.

diritto pubblico era di per sé implicito.¹¹⁹

2.3 L'affrancazione dal modello francese nella genesi del libro IV del codice civile del 1942 e l'espunzione delle obbligazioni legali

Nonostante la qualità del lavoro svolto, il progetto italo-francese, per questioni soprattutto politiche, non entrò mai in vigore, ed il regime decise, piuttosto, di cominciare i lavori per la stesura di un nuovo codice civile.

Il primo progetto del libro delle obbligazioni della Commissione reale per la riforma dei codici riproduceva comunque quello della commissione italo-francese pubblicato nel 1928.¹²⁰ Il Grandi, Guardasigilli dal luglio 1939, ritirò, però, per i suddetti motivi, il progetto solmiano con atto del 23 agosto 1939. E mise di nuovo tutta la materia “in cantiere”, con preciso riparto fra i membri del comitato. Nominò, infatti, un comitato legislativo per la riforma dei codici, ripartendo i lavori tra due Sottocomitati (uno per il libro delle obbligazioni e contratti, uno per un nuovo Codice di commercio).¹²¹

Della intensissima fase finale dei lavori, svoltasi tra il settembre del 1939 e la fine del 1941, moltissimo resta da indagare sotto il profilo storico. Ciò in quanto i verbali, se pur sono esistiti, sono comunque stati perduti¹²² e non sarà dunque mai possibile ricostruire la genesi del codice, come invece è consentito dai verbali del Locrè per il code Napoleon. Quel che è noto è che seguì nel maggio 1940 un Progetto ministeriale composto su altre basi, in 837 articoli e ancora limitato alle sole obbligazioni civili, sostituito alla fine del medesimo anno da un progetto in 1019 articoli nel quale veniva inclusa

¹¹⁹ Cfr. MAROI, *Il progetto italo-francese sulle obbligazioni*, Modena, 1928, p. 11

¹²⁰ Con un provvedimento del 28 agosto 1936, esercitando la delega, il guardasigilli Solmi presentò al presidente del Senato, come progetto ministeriale, tale testo perché fosse sottoposto all'esame della commissione interparlamentare (cfr. lettera accompagnatoria del Progetto al Ministro Solmi, in *Commissione reale per la riforma dei codici, Codice civile, Quarto libro*, Roma, 1936). L'iniziale adozione del testo italo-francese era quasi ovvia, dato che la Commissione italo-francese, per la parte italiana, era costituita dalla stessa Commissione reale per la riforma dei codici.

¹²¹ Cfr. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, pp. 244-251, 277-287

¹²² Pare che ciò sia accaduto in occasione del trasferimento del Ministero di Grazia

la materia delle obbligazioni commerciali.¹²³

Venne di lì a poco alla luce il libro IV sulle obbligazioni nella sua versione definitiva.

Analizzando l'art. 1173, norma che disciplina le fonti dell'obbligazione, si deve rilevare che il legislatore del 1942, abbandonando le categorie pseudoclassiche del quasi-contratto e del quasi-delitto, intese rivitalizzare la formula gaiana delle *variae causarum figurae*. L'idea apertamente dichiarata nella Relazione al Re era che, fuori del terreno del contratto e dell'illecito, i fatti ed atti produttivi di rapporti obbligatori sono così eterogenei da non potere essere ordinati in categorie.¹²⁴

Sulla genesi della reintroduzione della formula gaiana, le visioni non sono univoche. Autorevole dottrina¹²⁵ ha sostenuto che "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico", significa né più né meno che le obbligazioni, oltre che da contratto o fatto illecito, nascono negli altri casi previsti dalla legge, ed il fine per il quale fu mantenuta nella codificazione questa norma fu proprio quello di non dare adito ad una concezione della atipicità delle fonti dell'obbligazione. In realtà, diversamente da quanto si può affermare per la stesura del codice nel suo complesso,¹²⁶ sembra potersi dire con certezza che sia stata l'influenza

e Giustizia al nord Italia al tempo della Repubblica di Salò

¹²³ Si segnala un contributo da parte di Mossa, che nel 1940, dalle pagine della Rivista del diritto commerciale, propose una revisione del progetto ministeriale, che, ricalcando la nota visione del Planiol, all'art. 1 stabiliva che "un'obbligazione ed una pretesa per il suo adempimento sorgono da un rapporto giuridico in forza della volontà privata o della legge".

¹²⁴ Secondo la relazione, la duplice figura dei quasi-contratti e dei quasi-delitti non ha mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale, essendo ignota al diritto romano classico, né dal lato sostanziale, essendo priva di un contenuto determinato. Decisiva è sembrata anche l'evoluzione della dottrina della responsabilità civile, che consentiva di scoprire, a fondamento della responsabilità indiretta, in larga parte coincidente col campo dei quasi delitti, un comportamento, sia pure omissivo, del soggetto tenuto a risarcire.

¹²⁵ Cfr. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, IX.1, II ed., Torino, 1984, p. 24 ss.

¹²⁶ In ordine all'influenza che sul codice civile ebbe il regime fascista, la dottrina ha messo in evidenza il fatto che il regime condizionò il se ma non il come (cfr. FRANZONI, *Presente e futuro del codice civile*, *Giur. it.*, 1994, IV, 169; RESCIGNO, *Introduzione, Trattato Rescigno*, I, 9, Torino, 1984, VI) e fornì la possibilità storica, ma non la motivazione dei suoi contenuti essenziali. Esso rappresenta il

politica a proporre tale riferimento, per lasciare aperto un varco a integrazioni della disciplina codicistica di natura autoritaria.¹²⁷ Quindi, l'espressione "ordinamento giuridico, non equivale affatto a "in ogni altro caso previsto dalla legge", ma stabilisce unicamente un'esigenza di conformità delle regole sulle fonti delle obbligazioni alle strutture normative dell'ordinamento. Del resto, in uno dei progetti a noi rimasti del libro IV, datato 1940, e precedente alla decisione di unificare il codice civile a quello commerciale, l'articolo riguardante le fonti dell'obbligazione così stabiliva "Le obbligazioni derivano da contratto o da atto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in virtù della legge."¹²⁸ La successiva modifica dell'articolo 1173, per come è tuttora vigente, e le parole della relazione al Guardasigilli fanno deporre per l'interpretazione qui seguita.

Comunque sia, una volta caduta la struttura sociopolitica che aveva retto l'ideologia di quegli anni, resta all'interprete il compito di verificare ciò che è caduco e ciò che non è tale nella strumentazione giuridica di cui quell'ideologia si era servita.¹²⁹ Nel caso di specie, è accaduto, dunque, che nell'art. 1173 c.c., il richiamo all'ordinamento giuridico abbia abolito definitivamente qualsiasi rigidità dell'elencazione e svuotato di qualsiasi effettivo contenuto l'elencazione della stessa, cosicché il sistema introdotto dal codice del 1942 può considerarsi in realtà equivalente a quello del BGB, il quale ha rinunciato come è noto a qualsiasi elencazione delle fonti delle obbligazioni.¹³⁰

frutto della scienza giuridica italiana (cfr. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Roma-Bari 1985, 219) e il piano ideologico non ha influito su quello scientifico, il cui tecnicismo ha reso il codice impermeabile all'ideologia fascista (cfr. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano, Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, Bologna, 1982, p. 51).

¹²⁷ Nella relazione al Guardasigilli, n. 19, si afferma che "nella società fascista solo l'ordinamento giuridico può attribuire tali effetti ad un atto o ad un fatto: ed è opportuno fissare questo principio, che viene così a rappresentare uno dei cardini del sistema sorto dalla rivoluzione del 1922".

¹²⁸ Cfr., in appendice, G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990

¹²⁹ DI MAJO, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 173

¹³⁰ Per ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, 1994, 681, la terza categoria delle fonti si caratterizza in termini negativi e in via residuale, raccogliendo tutte le

Il preferire la menzione dell'ordinamento giuridico nella sua totalità, formula presente anche nell'art. 832 c.c. e all'art.1322 c.c., se all'epoca della codificazione verosimilmente si risolveva nel riconoscere scarsi spazi a limitati fenomeni di produzione normativa al di fuori della legge, ed in buona sostanza alle norme corporative, in una lettura aggiornata ha consentito, per una felice ironia della storia, di inserire, nel capitolo delle fonti, principi di rango costituzionale che non si esauriscono o che trascendono singole proposizioni legislative.¹³¹

Il legislatore si è astenuto, quindi, dal riproporre tra le fonti dell'obbligazione la legge. Ciò per l'eterogeneità di una previsione che accostasse la legge stessa ai fatti naturali ed umani produttivi di conseguenze giuridiche, e data la presenza della legge medesima quale causa concorrente degli effetti, anche là dove il rapporto nasce

obbligazioni non qualificabili né come contratto né come illecito extracontrattuale. In positivo, le accomuna solo un dato formale: per tutte esiste una qualche norma che le qualifica fonti di obbligazioni. Ma sul piano sostanziale sono quanto mai eterogenee tra loro. Inoltre, mentre la disciplina del contratto e dell'illecito è concentrata essenzialmente nel quarto libro del codice, le altre fonti sono previste in tanti luoghi disparati. Il Roppo cita l'obbligo del comproprietario di partecipare alle spese della cosa comune; l'obbligo di rimborsare le spese fatte dal possessore; l'obbligo legale di contrarre a carico del monopolista; l'obbligo di restituire le prestazioni fatte in esecuzione di un contratto dichiarato nullo o annullato, rescisso o risolto; le obbligazioni nascenti da rapporti familiari; ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 726, afferma, invece, che «una classificazione proficua delle obbligazioni sotto il profilo delle fonti potrebbe probabilmente essere solo quella che distinguesse tra obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, cioè tra quelle che derivano da un fatto o atto avente la virtù di porre un obbligo a carico di un determinato soggetto e a favore di un altro determinato soggetto e quelle che derivano invece dalla violazione di una regola di condotta posta a protezione della generalità dei consociati. Queste due categorie esauriscono qualsiasi fonte di obbligazioni».

¹³¹ Si tratta degli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale, alla rimozione delle disuguaglianze di fatto, al diritto e al dovere al lavoro, alla funzione sociale della proprietà, alla sicurezza, libertà e dignità della persona umana tutelate in confronto dell'iniziativa economica privata. Cfr., a riguardo, P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.* XXIX, Milano, 1979, p. 151; M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 72 ss., che ha individuato obblighi nascenti dall'esercizio di poteri unilaterali o da atti ai quali manca il consenso dell'obbligato; come gli obblighi nascenti per il lavoratore dal potere direttivo e disciplinare del datore (regolamento di fabbrica, multe, ordini), nonché la vincolatività delle deliberazioni di organismi collettivi, malgrado l'assenso o il dissenso dell'obbligato.

dall'autonomia negoziale o dalla commissione del fatto dannoso.¹³²

Si è così dato credito alla nota critica secondo la quale la legge “è, in un certo senso, fonte di tutte le obbligazioni, in quanto nessuna obbligazione può concepirsi che non sia fondata sulla legge; ma d'altra parte essa non può creare un'obbligazione se non in quanto esista un qualche elemento di fatto.”¹³³ La legge di per sé sola non crea mai alcun effetto giuridico, ma

¹³² Conformemente F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, p. 111, che afferma che “è inesatta la consueta inclusione nella categoria dei fatti giuridici della stessa legge o più genericamente della norma giuridica. Dalla norma giuridica dipende l'attitudine dei vari fatti, nella stessa considerati, a produrre effetti giuridici, ma in nessun caso è essa stessa causa immediata di tali effetti, poiché, per la sua struttura, essa non può che collegare determinati effetti ad una ipotesi di fatto. Se da ciò si volesse prescindere, per porre in evidenza come talvolta l'obbligazione nasca dalla volontà della legge, le cause dei rapporti e delle loro modificazioni dovrebbero ridursi a due, come da qualcuno si è sostenuto, il negozio giuridico e la norma. Ma così si porrebbero erroneamente sullo stesso piano il negozio e la norma, mentre nello stesso negozio la volontà privata è operativa per l'autonomia concessale dalla norma, e d'altra parte si verificano effetti stabiliti direttamente da quest'ultima”; Per BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, 1990, p. 8, le obbligazioni derivanti dalla legge, presenti nel codice del 1865, concernono ipotesi che non derivano da fatto dell'uomo, come gli alimenti legali. Egli considera criticabile la creazione di una categoria di obbligazioni derivanti dalla legge, dato che anche tali obbligazioni conseguono pur sempre da una fattispecie che per legge è idonea a produrle. Si veda però sempre BIANCA, *Commento all'art.1*, cit., pp. 902-903, *Commento all'art.1*, in *Commentario alla Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, pp. 902-903, ove si definiscono le obbligazioni non contrattuali come quelle aventi una fonte legale o autoritaria, cioè le obbligazioni nascenti da fatto lecito, quelle nascenti da fatti idonei a produrle in conformità alla legge e quelle aventi titolo da un atto dell'autorità giudiziaria o amministrativa; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1999, p. 32, segnala l'incoerenza della figura delle obbligazioni ex lege come evidente se si considera che anche le obbligazioni da contratto e le obbligazioni da fatto illecito sarebbero, a pari titolo, da considerare come obbligazioni derivanti dalla legge.

¹³³ così PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, 1916, p. 440. Cfr. a riguardo GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, III, *Fonti delle obbligazioni-contratti*, Firenze, 1925, 2. L'osservazione è ripresa da SCUTO, *Le fonti dell'obbligazione secondo le varie classificazioni e la classificazione del nuovo codice civile*, Napoli, 1953, p. 150, p. 148 ss., che critica la collocazione della legge insieme alle altre fonti; conformemente CASTRONOVO, in CASTRONOVO-REALMONTE, *Le ragioni del diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative nel diritto civile dalla prospettiva delle obbligazioni*, in *Jus*, 1996, 87 ss., per il quale tutte le obbligazioni nascono dalla legge, ma sempre questa abbisogna di un fatto – contratto, fatto illecito o ogni altro atto o fatto in tal senso qualificato dalla legge – al quale riconnettere l'effetto giuridico obbligatorio. Senza contare che con il riferimento alla legge, si possono richiamare tutte le fonti di produzione del diritto sovraordinate o minori: non solo

pone sempre il c.d. nesso causale tra una situazione di fatto (fattispecie) e il trattamento correlativo.¹³⁴

2.4 L'ampiezza del concetto di obbligazione, la sua applicabilità generale e la conseguente individuazione di obbligazioni legali in materia successoria, familiare e nel diritto pubblico.

Quel che si evidenzia dalla lettura del nuovo codice è che i suoi compilatori vennero ispirati nel crearne la struttura dalla esperienza tedesca del BGB.¹³⁵

Come nel BGB, la disciplina delle obbligazioni occupa, infatti, un libro

quindi la Costituzione, ma la legge sopranazionale e specialmente comunitaria, la legge regionale, le norme regolamentari e gli usi. In funzione garantista, è, peraltro, intervenuto l'art. 23 cost. il quale afferma che "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge" (Si veda, in argomento, A. FEDELE, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca ad art. 22-23, Bologna-Roma 1978, pp. 21 ss.; cfr., poi, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2002, p. 626, secondo cui, "proclamando che nessun obbligo di fare o di dare può essere imposto (e cioè preteso unilateralmente e coattivamente) se non esiste una previa legge che lo autorizzi, viene codificato un principio fondamentale tipico dello Stato moderno: il principio di legalità. Secondo questo principio nessun potere autoritativo può esistere se non si fonda sulla legge: in tal modo viene garantita e concretata la preminenza costituzionale del Parlamento rappresentativo del popolo entro lo Stato e attraverso il Parlamento, la preminenza politica di quelle forze che volta a volta ottengono la maggioranza. Secondo una diffusa opinione, la norma si riferisce esclusivamente ai rapporti tra cittadino e Stato, e non a quelli tra privati. Il significato dell'art. 23 Cost. nell'ambito dei rapporti tra privati viene recuperato da chi (SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi-contrattuale dell'obbligazione* in *Riv. dir. civ.*, 1997, 249 ss.) ritiene che vi sia tuttora spazio per le obbligazioni legali *stricto sensu*, che non derivano dal verificarsi di un atto o fatto giuridicamente rilevante, bensì dallo *status* personale dell'obbligato. Si considera operante al riguardo una riserva relativa di legge e, correlativamente, il divieto di analogia per le ipotesi previste.

¹³⁴ Per CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 202, "Quando alle *variae causarum figurae* si vuole sostituire la legge come causa dell'obbligazione la logica è perduta" e nella dottrina tedesca MAYER MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *Rev.int.dr.ant.*, 1965, p. 437; questo rilievo non ha perduto attualità per CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004, p. 4.

¹³⁵ Cfr. IRTI, *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 342-8, e in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002,, p. 34 ss., che ritiene che l'insoddisfazione per l'empirismo del codice civile del 1865, che nasceva anche dall'avanzare di un capitalismo vivace ed impaziente, fu uno tra i motivi dell'avvicinamento del nostro diritto civile a quello tedesco dopo la codificazione del 1865, che era priva di una parte generale e tutto risolto nella particolarità delle

intero del codice. Lo spazio autonomo che la disciplina delle obbligazioni conquista è il riflesso di una concezione diversa sollecitata dall'evoluzione della struttura produttiva e sociale. L'obbligazione non viene più riguardata nella prospettiva della società preindustriale, come modo di acquisto della proprietà e quindi, essenzialmente, come rapporto di scambio tra proprietari, ma come forma generale di organizzazione della produzione.¹³⁶

Su questa scia, dunque, si pose il nostro libro IV del codice civile del 1942, espressione di modernità e di un alto contenuto sistematico tipico del sistema pandettistico.

In particolare, l'obbligazione viene vista come concetto primario ed autonomo e non nel ruolo subordinato e riflesso di effetto di un atto lecito o illecito, come invece risulta dalla lettura dei progettati codici europei dei contratti di cui tanto si discute attualmente.

Il codice civile prevede, quindi, una disciplina idonea ad essere applicata a tutti i tipi di obbligazione, come eco di una più matura consapevolezza volta a studiare il rapporto obbligatorio come fenomeno autonomo, a prescindere dalla fonte dalla quale esso deriva. Ciò anche in considerazione del fatto che al concetto di obbligazione non è stata dedicata una definizione nel nostro codice civile, ed in esso, peraltro, si ammettono in termini amplissimi, come fonti, accanto al contratto ed al fatto illecito "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico."¹³⁷

Inoltre, gli influssi della materia precedentemente regolata nel codice di

singole norme.

¹³⁶ Cfr. MENGONI, *Le obbligazioni. I cinquant'anni del codice civile. Atti del convegno di Milano*, I, Milano, 1993, 241

¹³⁷ Cfr. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 582. Nella relazione al Re riguardante il libro delle obbligazioni si afferma che si è dato diverso ordine alla materia non solo per evitare un profondo distacco dal sistema tradizionale alla nostra scuola giuridica, ma anche perché l'ordine adottato dal codice anteriore non avrebbe permesso di organizzare in unità le disposizioni comuni a tutte le obbligazioni. Le norme generali contenute nel titolo I sono concepite avendo particolare riguardo alle obbligazioni di fonte contrattuale con il risultato di assegnare alla materia uno spazio autonomo rispetto alle fonti, ma al tempo stesso di costruire un diritto generale delle obbligazioni strutturato su principi propri delle obbligazioni da contratto e, in definitiva, confermando la preminenza di questa su ogni altra obbligazione (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, p. 5).

commercio imprimono all'obbligazione nel sistema italiano un grado di generalità notevolmente superiore a quello che si presenta nelle codificazioni tuttora caratterizzate dalla vigenza di due distinti codici di diritto privato.

La codificazione imprime, quindi, alla materia il ruolo di diritto comune a tutti gli obblighi aventi ad oggetto una prestazione economica,¹³⁸ superando i limiti del libro IV, e prospettando una parte generale dei diritti patrimoniali aventi ad oggetto non solo il diritto delle obbligazioni, ma anche gli obblighi patrimoniali connessi ai rapporti di diritto reale, ai rapporti di famiglia, alle successioni per causa di morte.¹³⁹

Sicchè il rapporto obbligatorio viene definito come archetipo giuridico capace di costituire il coagulo di una pluralità di figure, insensibile al passare del tempo e tendenzialmente stabile nel corso degli ultimi secoli.¹⁴⁰

Il risultato pratico consiste nell'applicazione dello schema e della generale normativa delle obbligazioni anche fuori dallo specifico settore, ogni qual volta del rapporto obbligatorio ricorrono la struttura e la funzione, intesi come relazione tra soggetti che si traduce nel sacrificio della volontà della libertà dell'uno per la soddisfazione dell'interesse dell'altro soggetto. In special modo, saranno applicabili le norme generali sull'adempimento dell'obbligato e sui doveri di correttezza imposti al soggetto attivo ed al soggetto passivo dell'obbligazione.

E' così è stato proposto per le numerose ipotesi di obbligazioni *ex lege* individuate all'interno dei rapporti successori¹⁴¹ o dei rapporti familiari.¹⁴²

¹³⁸ Cfr. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, *Riv.crit.dir.priv.*, 1984, p. 522

¹³⁹ CFR. GIORGIANNI, *La parte generale delle obbligazioni a cinquant'anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in A.A.V.V., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 535 ss.; MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 507 ss; RESCIGNO, *Introduzione al Tratt. dir. civ.*, vol. IX, 1999, a cura di Pietro Rescigno; conformemente BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, 1990, p. 5, secondo cui, a quelle del quarto libro delle obbligazioni si aggiungono le diverse altre fattispecie desumibili dal codice (ad es. collazione) e dalle leggi speciali (l'imposizione tributaria).

¹⁴⁰ Cfr. COSTANZA, *Il rapporto obbligatorio: un archetipo universale. Traccia per un intervento*, in *I cinquant'anni del Codice Civile*, II, Milano, 1993, p. 750

¹⁴¹ Secondo BONILINI, *Le obbligazioni di fonte successoria parte I e parte II*, rispettivamente in *Studium juris* 2002, pp. 1447 – 1455 e in *Studium Juris*, 2003,

Data l'ampiezza del concetto di obbligazione, sono state, poi, ricondotte ad essa i vincoli aventi contenuto patrimoniale nei quali la p.a. assume la veste di soggetto attivo o passivo, essendo beneficiaria di una prestazione cui è tenuto il privato o rispettivamente vincolata ad una prestazione nei confronti dello stesso.¹⁴³ In linea di massima, è, infatti, il diritto privato a regolare il

pp. 41-50, in conseguenza di una successione ereditaria, nascono obbligazioni che trovano fonte immediata non già in un atto della volontà privata, bensì direttamente nelle norme di legge. E' l'ipotesi di chi accetta una eredità e deve farsi carico dell'obbligazione di pagare i debiti ereditari e di far fronte agli oneri che essa comporta (Cfr., in argomento, PATTI, *Il pagamento dei debiti ereditari*, in *Fam.pers. succ.*, 2006, 6 ss.). Si pensi, poi, all'obbligazione di cui all'art. 728 di pagare il conguaglio in denaro con cui si compensa l'ineguaglianza in natura nelle porzioni ereditarie; all'art. 732, che contempla il diritto dei coeredi ad essere preferiti nell'ipotesi in cui altro coerede intenda alienare la propria quota o frazione di essa, con l'imposizione della notifica agli altri coeredi della proposta di alienazione e della indicazione del prezzo. Poi si possono indicare le obbligazioni ereditarie che sorgono ex lege in capo all'erede come conseguenza, obiettiva e necessaria, della particolare qualità assunta, non esistendo in capo al *de cuius*, e che si costituiscono a titolo originario, essendo la loro nascita consequenziale alla morte stessa. Si pensi alle obbligazioni relative alle spese funerarie, alle spese giudiziali, d'inventario, relative all'eredità. Vi sono, inoltre, le obbligazioni successorie assistenziali, costituite dai rapporti che si costituiscono *ex novo* in capo ai soggetti interessati, a seguito dell'apertura della successione, quale quella di cui all'art. 580 c.c., che contempla l'assegno vitalizio in favore dei figli naturali non riconoscibili; quella relativa all'assegno vitalizio spettante al coniuge superstite cui sia stata addebitata la separazione del coniuge deceduto (art. 548 e 585 c.c.) (cfr. BONILINI, *Divorzio ed effetti di diritto ereditario*, in BONILINI-TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1997, p. 753 ss.). In definitiva, per BONILINI, in questi casi, si devono applicare le norme dettate in generale per tutte le obbligazioni, salvo quelle incompatibili, e salvo che il legislatore non abbia preferito, data la peculiarità della fonte del rapporto obbligatorio successorio, dettare una regola speciale. Ma vedi DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, p. 226, che sostiene che, nelle ipotesi dei rapporti reali e successori, la legittimazione della legge quale fonte di obblighi deriva più propriamente dalla struttura intrinseca di tali rapporti, cioè dalla disciplina che è propria di esse. In senso conforme, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, Firenze 1885, p. 7 ss.

¹⁴² Tra le obbligazioni nell'ambito familiare, si possono annoverare quelle di cui agli art. 147 (obbligo a carico dei genitori di mantenere la prole), 155, comma 2 (obbligazione a carico del coniuge separato non affidatario di contribuire al mantenimento dei figli), 156, comma 2 (obbligazione di mantenimento in favore del coniuge separato cui non sia addebitabile la separazione e che sia sprovvisto di adeguati redditi propri) 279 (obbligazione a carico dei genitori di mantenere il figlio che non può essere riconosciuto) 315 (obbligazione a carico del figlio di contribuire al mantenimento della famiglia finché convive con essa), 230-bis (obbligazione di mantenimento a carico dell'impresa familiare ed a favore del familiare che vi partecipa).

¹⁴³ Cfr. RESCIGNO, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (note minime di*

rapporto obbligatorio della pubblica amministrazione, anche al fine di evitare la creazione di privilegi ingiustificati.¹⁴⁴ Fatte salve alcune specificità, legate non alle caratteristiche soggettive del titolare del rapporto obbligatorio, ma alle particolari attività dell'azione pubblica,¹⁴⁵ permane, quindi, l'unitarietà della categoria privatistica dell'obbligazione.¹⁴⁶ E il diritto delle obbligazioni si ascrive all'area del diritto comune dei rapporti con contenuto patrimoniale, dato che il modello delle obbligazioni è esportabile in tutti i settori in cui ha luogo un rapporto di scambio *lato sensu*, anche quando i soggetti dello scambio non siano su posizioni di uguaglianza.¹⁴⁷

diritto privato), in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 631 ss.

¹⁴⁴ Cfr. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1990, 16 ss., ID., *Art. 1218 c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, 5 "Si va maturando, in definitiva, il convincimento che l'ente pubblico non possa giustificare col semplice fatto della sua qualifica un minore rispetto dei diritti dei privati, coprendo in realtà la negligenza della sua organizzazione e del suo operato".

¹⁴⁵ Vedi, in argomento, MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, in *Contratto e impr.*, 2006, 1175; ID., *I modelli di amministrazione per contratto nella giurisprudenza (ovvero alla ricerca dei diritti soggettivi perduti)*, in *Contratto e impr.*, 1999, 3 ss.; ID., *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999, *passim*. Cfr., poi, STIPO, *Brevi note sulle obbligazioni pubbliche nel campo del volontariato*, in *Studi in memoria di Piga*, Milano, 1992, II, 1907 ss.; su singoli profili, cfr. P. SANTORO, *Copertura finanziaria e impegno contabile nelle obbligazioni contrattuali degli enti locali*, in *Finanza locale*, 1999, 475 ss.

¹⁴⁶ Vedi, a riguardo, F. GALGANO, *La soggezione della p.a. al diritto comune*, in *Diritto civile e commerciale*, I, 1993, I, 296 ss.; D. MEMMO, *Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 376 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 149; R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, XII, p. 906 ss.; P. RESCIGNO, *Note di diritto privato sull'attività dell'amministrazione pubblica*, in *Manuale del diritto privato*, Napoli, 1975, p. 9

¹⁴⁷ La tesi esposta viene contrastata da una risalente tendenza, propria della dottrina amministrativistica, favorevole ad una configurazione autonoma delle c.d. obbligazioni pubbliche (GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 5 ss., 10 ss., 44 ss.), secondo cui, sia nel diritto italiano che in quello tedesco, l'obbligazione costituisce un istituto generale, articolato in due forme diverse, nei rapporti di diritto privato e pubblico; si esprime analogamente, per la dottrina francese recente, BILLIAU, in J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, in *Traité de droit civil* diretto da J. Ghestin, Paris, 2005, p.30, secondo cui, nel caso in cui lo Stato si impegni, il credito non è la conseguenza di un legame di diritto individualizzato, personalizzato, ma di una regolamentazione, per definizione autoritaria, unilaterale e precaria che ha per obiettivo quello di ristorare gli attentati alla persona, erogare un indennizzo per gli

La rilevanza delle obbligazioni “pubbliche” risulterebbe, allora, dalla diversità della loro fonte, che sarebbe la legge o il provvedimento amministrativo, mentre la disciplina del rapporto seguirebbe, salvo aspetti particolari, le norme civilistiche. Si dice che la prestazione in favore del privato sorga direttamente dalla legge, solo nel caso in cui l'amministrazione effettui esclusivamente un controllo in ordine all'effettiva sussistenza dei presupposti puntualmente indicati dalla legge stessa; essa nascerebbe, invece, da un provvedimento amministrativo, quando la legge attribuisce all'amministrazione il potere di riconoscere l'ausilio, previa valutazione comparativa degli interessi pubblici o privati in relazione all'interesse pubblico primario, apprezzando discrezionalmente l'*an*, il *quid* ed il *quomodo* dell'erogazione.¹⁴⁸ Ma nelle obbligazioni che si dicono

attacchi ai beni o costituire strumenti di politica sociale. Anche con riferimento alle finalità del trasferimento dell'oggetto della prestazione, si osserva come l'effetto prodotto generalmente da una obbligazione consiste nella creazione, nel mantenimento, lo sfruttamento di una ricchezza, mentre i prelievi fiscali e sociali sono generalmente motivati dalla necessità di esercitare funzioni pubbliche o di procedere ad una distribuzione di ricchezza. Per la ricostruzione delle varie tesi proposte sul concetto di obbligazione pubblica, v. FALCON, voce *Obbligazione VII*) *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990; cfr. anche LA RANA, *La teoria delle “obbligazioni pubbliche”*, in *Nuova rass. leg. dottr. giur.*, 1994, 1133 ss.; A BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano 1966, 209ss.; ID., *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. dir.* XXIX, Milano, 1979

¹⁴⁸ Nella prima ipotesi la giurisdizione è del giudice ordinario, in quanto il destinatario del beneficio si trova sin dall'inizio in una situazione di diritto soggettivo, nella seconda è del giudice amministrativo. In tale ultima ipotesi, il soggetto è titolare di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio che ha la consistenza di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere. Cfr., a riguardo, Cass. sez. un. 22 luglio 2002, n. 10689 in *Giornale di diritto amm.*, 2003, p. 247 ss. con nota di L. MERCATI, *Le obbligazioni pubbliche tra legge e provvedimento*. Vedi, poi, Cass. sez. un. 8 aprile 1993 n. 4186 in *Mass. Foro it.*, 1993 e Cass. sez. un. 4 agosto 1992, n. 9239, in *Resp.civ.* 1993, 305, per un'ipotesi in cui, in caso di erogazione da parte dell'Usl di un ausilio finanziario ai familiari, si è ritenuto che il contributo economico avesse la sua fonte immediata non nella legge regionale, ma nel provvedimento amministrativo emanato in attuazione della medesima; analogamente, nel caso di concessioni edificatorie, si è detto che fonte dell'obbligazione contributiva è in via immediata la legge non l'atto amministrativo di concessione, che può avere esclusivamente la funzione accertatrice dell'obbligazione medesima: questa sorge, quindi, al verificarsi del presupposto descritto nelle norme urbanistiche. L'autorità amministrativa, infatti, in sede di rilascio della concessione edificatoria non ha alcun potere né di foggare il presupposto né di fissare l'ammontare dell'obbligazione, trattandosi di elementi predeterminati da norme, siano esse di legge statale, regionale o di regolamento

nascenti dalla legge, la fonte dell'obbligazione dell'ente pubblico è in realtà un fatto giuridico, all'avveramento del quale la norma fa nascere un diritto di credito per il privato ed un obbligo patrimoniale dell'ente, attribuendo i caratteri dell'obbligazione alle due situazioni correlate. L'atto dell'autorità ha la sola funzione di attribuire certezza al fatto giuridico che si è avverato, giustificando e documentando la nascita dell'obbligazione dell'ente.¹⁴⁹

Esempio classico di obbligazioni pubbliche considerate come derivanti dalla legge è quello delle obbligazioni tributarie, la cui riconducibilità all'ambito privatistico è tuttora molto dubbia,¹⁵⁰ in considerazione del fatto che il

oppure provvedimenti generali. Cfr., a riguardo, A. TOMIOTTI, *Rapporto giuridico di contribuzione urbanistica*, in *Rassegna giuridica di legislazione*, giur. 1979.

¹⁴⁹ Molto più diffuse sono però le obbligazioni pubbliche nascenti da provvedimento amministrativo. Vi è all'origine anche in tale ipotesi un fatto giuridico, che genera le due situazioni contrapposte di potere ed interesse legittimo. Tale fatto giuridico contiene elementi che l'amministrazione deve valutare. E' dal provvedimento che sorge il rapporto obbligatorio, ma una volta sorto, esso esce dall'ambito del diritto pubblico e spazia interamente in quello del diritto comune: il provvedimento è costitutivo del rapporto e si esaurisce con questo. Figure di specie sono gli indennizzi che l'amministrazione corrisponde ai cittadini che hanno ricevuto danni alla persona. Di essi si parlerà più diffusamente nel par. 2.8.3, in comparazione con il diritto francese.

¹⁵⁰ Fin dal periodo dei postglossatori, le obbligazioni tributarie vennero inserite nella classificazione delle fonti dell'obbligazione. Il Donello (*Opera omnia, cum notis O. Hillingeri – Lucae – Vol. IV col 123 e ss.*), infatti, poneva fra le obbligazioni nascenti *a rebus nostris*, quelle che sorgono *ex publicis oneribus rei suae impositis*, come le imposte ed i tributi. Più recentemente è stato sostenuto dai giuristi d'oltralpe, che, considerato il legame individuale tra la collettività, incarnata dallo Stato, e i membri che la compongono, l'imposta non è il risultato economico di un'obbligazione, ma un semplice prelievo operato di forza. Inoltre, si è rilevato che colui che è assoggettato all'imposta è parte della collettività e non potrebbe essere nello stesso tempo debitore e, almeno parzialmente, creditore di una stessa obbligazione. L'imposta sarebbe, pertanto, un atto di autorità risultante da una prerogativa di potere pubblico e il cittadino personalmente debitore di una somma di denaro di cui il montante e la periodicità variano a seconda dell'alternanza politica (così BILLIAU, in J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, in *Traité de droit civil* diretto da J. Ghestin, Paris, 2005, per il quale il risultato dell'analisi del testo del codice civile è che i suoi redattori hanno avuto unicamente in vista l'esistenza di obbligazioni tra soggetti identificati). Anche nell'ordinamento tedesco l'obbligazione tributaria è configurata come un istituto distinto e separato rispetto alle obbligazioni civilistiche, tanto che non pochi studiosi riconoscono, nella definizione dei rapporti tributari, maggiore proprietà all'espressione *Gewaltverhältnis* (rapporto di autorità), che a quella di *Schuldverhältnis* (rapporto di debito) (a riguardo, vedi MICHELI-TREMONTE, *Obbligazioni (dir. trib.)*, *Enc. Dir.*, vol XXIX, Milano, 1979 p. 429 ss.). Per una visione analoga, cfr. SACCO, *Alla ricerca dell'origine dell'obbligazione*, *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 609 ss., secondo cui l'obbligazione

diritto tributario è materia dalle rilevanti specificità.¹⁵¹ Tuttavia, anche includendo il rapporto tributario tra le obbligazioni di diritto comune, autorevole dottrina¹⁵² ha rilevato come tale vincolo, in realtà, nasce nel momento in cui si verifica il fatto della vita sociale cui la legge lega il sorgere del debito tributario: la percezione di un reddito, la stipulazione di un contratto, l'apertura di una successione, la vendita di una merce, etc.¹⁵³

comporta il dovere di eseguire una prestazione per soddisfare un interesse personale economico del creditore, pertanto, il dovere di pagare un'imposta rimane al di fuori di questo tema.

¹⁵¹ Cfr., per un'analisi completa del rapporto tra obbligazione civile e obbligazione tributaria, F. BATISTONI FERRARA, voce *Obbligazione nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, XI, 1994, 296 ss.; FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova 1999, 320; D'AMATI, voce *Rapporto giuridico d'imposta*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma 1991, che evidenziano come l'impostazione prevalente della dottrina italiana sia favorevole al concetto di obbligazione tributaria, rispetto a quello di rapporto giuridico tributario o di obbligo contributivo; FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, 83 ss., afferma che "se è da respingere l'inserimento dell'obbligazione tributaria nell'ambito delle obbligazioni di diritto privato, a causa della sua appartenenza al diritto pubblico, la tesi dell'appartenenza dell'obbligazione tributaria al *genus* obbligazione dà una particolare giustificazione all'applicabilità delle norme del codice civile. Entra, infatti, in gioco la figura dell'obbligazione di diritto comune di cui fanno parte sia le obbligazioni disciplinate unicamente da norme di diritto comune, sia le obbligazioni disciplinate da norme di diritto pubblico, ossia nel caso di specie da norme di diritto tributario".

¹⁵² cfr. VANONI, *Elementi di diritto tributario*, in *Opere giuridiche*, vol. II, Milano, 1962, p. 112 ss., che ricorda che tutte le obbligazioni nascono *ex lege* perché se la legge non riconoscesse a determinate manifestazioni di volontà o a determinati fatti leciti o illeciti la funzione di determinare il sorgere di vincoli obbligatori, quelle manifestazioni e quei fatti sarebbero incapaci di per sé di creare un vincolo giuridico. Secondo ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, IV, p. 390, per obbligazione *ex lege* si può correttamente intendere qualunque obbligazione che non sia determinata da un negozio giuridico o altro atto volontario, ma dal verificarsi di un fatto o di uno stato obiettivo. Dire quindi che il tributo è un'obbligazione *ex lege* importa unicamente dichiarare che il rapporto tributario è un rapporto giuridico, cioè regolato dal diritto in forma scritta, cosa di cui nessuno dubita. La legge costituisce il fondamento indispensabile di ogni atto di esercizio della potestà tributaria. Oltre a questo, la legge ha anche una funzione più decisa ed immediata, non limitandosi a stabilire le condizioni di legittimità per l'esercizio del potere, ma determinando in modo tassativo i presupposti di fatto del rapporto tributario e il contenuto preciso del medesimo, ossia degli obblighi del contribuente.

¹⁵³ Qualche distinzione è tuttavia necessaria: vi sono casi in cui col solo verificarsi del fatto cui la legge attribuisce l'effetto di far sorgere l'obbligazione il contribuente è senz'altro tenuto all'adempimento: così quando viene posto in essere un atto per il quale è prescritto il pagamento di una certa tassa di bollo. Più comunemente, però, l'obbligazione non è operativa dei suoi effetti, se non in

2.5 L'inattesa riproposizione normativa delle obbligazioni *ex lege* nella riforma del diritto internazionale privato italiano.

In contrasto con il chiaro intendimento del legislatore del 1942 e con la quasi unanime dottrina civilistica, la legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218 del 1995, all'art. 61, ha introdotto, tra le categorie disciplinate, le obbligazioni nascenti dalla legge, inserendo in tale ambito, a sorpresa, oltre alla gestione di affari altrui, l'arricchimento senza causa, il pagamento dell'indebito, e "le altre obbligazioni legali."¹⁵⁴

seguito all'accertamento del fatto compiuto dall'autorità finanziaria. Anche in questa ipotesi l'obbligazione ha origine dal fatto economico che è presupposto del tributo: tanto è vero che, anche quando l'accertamento sia ritardato, l'imposta è dovuta con decorrenza dall'inizio del fatto di cui si tratta. Relativamente all'efficacia dell'accertamento tributario la dottrina, è divisa: per un primo orientamento esso avrebbe efficacia costitutiva, nel senso che prima di esso l'obbligazione non esiste, e che i doveri antecedentemente gravanti sul contribuente sono l'effetto della generica potestà tributaria. Vedi, per tutti, D'ALESSIO, *Corso di diritto finanziario*, Napoli, 1937 p. 286. Secondo una diversa concezione l'accertamento sarebbe un atto semplicemente dichiarativo, necessario per la precisazione dell'entità del debito e quindi per la sua esigibilità, ma irrilevante per la sua esistenza (Cfr. GIANNINI, *L'accertamento dell'imposta*, in *Riv. it. Dir. fin.*, 1942, 69); una terza tesi sostiene che quello in esame è un atto di accertamento costitutivo, nel senso che il rapporto obbligatorio, pur esistendo la fonte cui la legge lo ricollega, non acquista consistenza giuridica se non in seguito all'atto formale di accertamento (Cfr. ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, vol. IV, 1958, p. 284 ss.). La giurisprudenza afferma che l'obbligazione tributaria nasce in astratto, sia quanto all'esistenza, sia quanto alla misura, nel momento in cui viene in essere la situazione di fatto che la legge considera generatrice del debito di imposta e che ne costituisce, pertanto, il presupposto, anche se essa poi si ricollega ad una serie di atti e procedimenti dovuti ad impulso degli enti creditori, procedenti d'ufficio o con la cooperazione del soggetto passivo, oppure ad iniziativa del contribuente, ed anche se, in particolare, l'accertamento quale mezzo strumentale di ricerca, determinazione e liquidazione del tributo, assume il carattere di momento essenziale del rapporto giuridico d'imposta (Cass. 10 agosto 1966 n. 2181, in *Riv. fisc.*, 1966, 2356; Cass. 5 settembre 1966, n. 2315, ivi 1966, 2518). Sui caratteri dell'obbligazione tributaria come obbligazione *ex lege* caratterizzata da una fase statica nella quale si collocano la norma impositiva e la fattispecie imponibile, e da una fase dinamica, successiva, preordinata all'attuazione del rapporto già insorto giuridicamente mediante la determinazione quantitativa della prestazione si rinvia a P. RUSSO, *L'obbligazione tributaria* in A.A. V.V., *Il rapporto giuridico tributario*, in *Trattato di diritto tributario* diretto da Amatucci, Padova, 1994, II, 3 ss.; ID, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999, 136 ss.; CAPACCIOLI, *L'accertamento tributario*, in *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 1966, I, 3 ss.

¹⁵⁴ Cfr., in argomento, B. BAREL, voce *Obbligazione*, XII) *Diritto internazionale*

Si deve segnalare, peraltro, che, a livello europeo, la considerazione generale dei giuristi riguardo ad una pretesa autonomia di questa categoria è scarsa, se non nulla. Non è certo un caso che la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II” del 21.02.2006), pur prevedendo istituti quali l’arricchimento senza causa e la gestione di affari altrui, non inserisce le obbligazioni *ex lege stricto sensu*.¹⁵⁵ Va rilevato, però, che fin dal primo progetto di riforma elaborato dal prof. Vitta nel 1968,¹⁵⁶ come nel secondo progetto del 1984, predisposto anch’esso da Vitta per incarico del Ministero di Grazia e Giustizia;¹⁵⁷ così come nello schema di articolato presentato nel 1989 dalla Commissione di esperti nominata dal Ministero di Grazia e Giustizia,¹⁵⁸ fino al disegno di legge presentato al Senato il 29 aprile 1993, poi approvato senza alcuna modifica sul punto, la categoria delle obbligazioni *ex lege* ha sempre avuto una sua collocazione¹⁵⁹ e nessuna eccezione o distinguo trapela dai lavori preparatori o dagli interventi dei giuristi a commento dei progetti e dei disegni di legge.

Date le notevoli incertezze del quadro interpretativo già delineato, la reintroduzione di questa categoria nella legge di riforma del d.i.p. sembrerebbe un segnale di ripensamento, se non fosse che la formulazione dell’art. 61 l. 218/95 non è convincente laddove, forse inconsapevolmente contraddicendosi, sottopone le obbligazioni legali «alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l’obbligazione». È legittimo allora

privato: obbligazioni ex lege, Enc. Giur. Treccani, 1997, p. 1 ss.

¹⁵⁵ Sulle precedenti versioni di proposte di regolamento, vedi, in dottrina, BARIATTI S., *La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 5 ss.; SEATZU F., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali? - Considerazioni in margine ad una recente proposta del «gruppo europeo di diritto internazionale privato»*, in *Jus*, 2001, 37

¹⁵⁶ Il progetto di riforma è pubblicato in *Prospettive del diritto internazionale privato. Un simposio*, a cura dell’ISLE, Milano, 1968

¹⁵⁷ Tale progetto è consultabile in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 1986

¹⁵⁸ Lo schema di articolato è pubblicato in *Riv. dir. int. priv. Proc.*, 1989, 932 ss.

¹⁵⁹ Cfr., per visionare gli atti parlamentari, l’appendice a POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2002.

chiedersi quale sia la vera fonte dell'obbligazione, se il fatto o la legge.¹⁶⁰

In questa prospettiva, resta probabilmente piú felice, e meno discutibile, l'espressione usata dall'abrogato art. 25 preleggi (Legge regolatrice delle obbligazioni), che considerava nel secondo comma semplicemente «le obbligazioni non contrattuali», sottoponendole anch'esso indistintamente alla legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano.¹⁶¹ D'altra parte non si può tacere delle innumerevoli discussioni suscitate dall'abrogato art. 25 preleggi, criticato per la eccessiva genericità della sua formulazione, e novellato attraverso una legge di riforma, che in via di principio opera l'opposta scelta della complessità e dell'articolazione delle fattispecie.¹⁶² Alla luce di queste lunghe discussioni, per la determinazione

¹⁶⁰ Cfr. MEMMO, *Le categorie ordinanti del sistema delle obbligazioni e dei contratti nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 51 ss., che afferma che un testo normativo siffatto, senza dubbio debole e poco convincente quanto a efficacia sistematica e portata innovativa, doveva essere sottoposto a piú attenta lettura, allo scopo di ridimensionarne i richiami non troppo meditati alla «forza della tradizione», dettati forse da una affrettata stesura.

¹⁶¹ Questa classe di obbligazioni veniva contrapposta a quelle di origine contrattuale, che erano invece sottoposte, dal primo comma del medesimo articolo, alla legge, da individuarsi mediante una pluralità di criteri di collegamento, operanti in concorso successivo tra loro: volontà delle parti, legge nazionale comune, luogo di conclusione del contratto. La scelta del criterio di collegamento per le obbligazioni derivanti da fonte non contrattuale era condizionata per i quasi-contratti e gli atti illeciti dalla circostanza che era solo la legge a farne discendere effetti obbligatori. Il legislatore delle preleggi aveva ritenuto decisiva, per individuare la legge applicabile, la localizzazione dell'atto o fatto generatore di obbligazioni.

¹⁶² Un primo ordine di difficoltà riguardava la determinazione della fattispecie: si trattava di tenere conto della sfera di applicazione propria di altre norme di conflitto, relative a situazioni o rapporti complessi e tali da attrarre a sé anche obbligazioni derivanti da atti unilaterali o obbligazioni *ex lege*. I casi piú frequentemente segnalati dalla dottrina di obbligazioni *ex lege* riguardavano la promessa di matrimonio, la promessa di donazione, gli obblighi a contenuto patrimoniale connessi a vicende familiari e successorie. In tal senso, R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio (diritto internazionale privato)*, Torino 1954, 305; G.C. VENTURINI, *Diritto internazionale privato. Diritti reali ed obbligazioni*, Padova, 1956, 295; L. FERRARI BRAVO, *Aspetti generali della disciplina della responsabilità per fatto illecito nel diritto internazionale privato italiano*, in *Ann. Bari*, 1962, 37; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino 1975, 473; R. DE NOVA, *Obbligazioni (dir. int. Priv.)*, in *Enc.dir.*, XXIX, Milano, 1979, 496; P. MENGOZZI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 16 a 31*, in *Tratt. Rescigno*, I, Torino, 1982, 463; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, XII, Napoli, 1986, 170; E. VITTA- F. MOSCONI, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, V, Torino, 1994; in giurisprudenza, cfr. Trib.

della fattispecie si è voluto ribadire l'autonomia della disciplina internazional-privatistica dei quasi-contratti rispetto a quella dei rapporti connessi, mentre si è dato atto del ruolo sussidiario delle obbligazioni legali, e si è lasciato immutato il tradizionale collegamento alla legge del luogo dove è venuto in essere il fatto considerato fonte di obbligazioni legali.

L'espressa menzione delle obbligazioni ex lege non deve ingannare sulla reale portata della nozione. Il meccanismo delle norme di conflitto, in particolare, l'ampiezza delle categorie giuridiche previste nelle medesime, fa sì che tali obbligazioni abbiano per lo più una natura meramente residuale e siano spesso riconducibili nell'ambito delle regole aventi ad oggetto altri rapporti, quali il contratto e il fatto illecito.¹⁶³ Si può ravvisare, poi, la possibilità di un'interferenza tra la sfera di applicazione dell'art. 61 e quella propria di altre norme, quali ad esempio l'art. 45 per le obbligazioni alimentari nella famiglia, gli artt. 36 e 42-43 per i diritti e gli obblighi a contenuto patrimoniale tra genitori e figli e tra tutore ed incapace, l'art. 46 quanto ai rapporti tra erede e legatario, l'art. 51 quanto ai rapporti tra proprietari di immobili e loro vicini. Tale soluzione appare certamente giustificata sulla base di un giudizio di specialità delle norme di conflitto concorrenti e in ragione della preferenza che permea l'intero titolo II della legge di riforma per l'applicazione globale della legge richiamata dalle norme di conflitto. Ciò anche se l'idea originaria, contenuta nel progetto Vitta, di formulare una norma che sancisse espressamente la dipendenza di tutte le obbligazioni legali dal diritto che regola il rapporto cui sono

Firenze 24 gennaio 1969 in *Riv. dir. int. Priv. Proc.*, 1969, 532; e Cass. 6 ottobre 1989 n. 4066, *ivi*, 1990, 985, ambedue in tema di indebito. Altra parte della dottrina, invece, ravvisava nell'art. 25, 2 comma, relativamente alle obbligazioni legali, escluse quelle da illecito, una norma di chiusura, suscettibile di applicazione soltanto quando la *lex causae* già non fornisse la disciplina. Così T. BALLARINO, *L'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato*, in *Dir. intern.*, 1963, I, 380 e 936; L. RADICATI DI BROZOLO, *Questioni di giurisdizione e di legge applicabile in tema di indebito e di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa*, 1985, II, 188 ss.

¹⁶³ E la dottrina tende ad interpretare nel senso più ampio le categorie giuridiche previste dalle altre norme di conflitto e, quindi, ad applicare nel modo più ampio la legge competente (cfr. G.M.UBERTAZZI, *Studi sul contratto di assicurazione nel diritto internazionale privato. La lex contractus ed il contratto di assicurazione*, in *Dir. intern.*, 1962, I, 523ss.).

connesse, è stata accantonata dalla Commissione ministeriale che ha preferito l'inserimento delle obbligazioni ex lege nell'art. 61.¹⁶⁴

E' stato rilevato, inoltre, che in alcune delle più moderne ipotesi di obbligazioni ex lege, come l'obbligazione di predisporre un prospetto, di dare pubblicità alle condizioni contrattuali nei settori dei contratti finanziari, di dare informazioni prima della conclusione del contratto di assicurazione al potenziale cliente o l'obbligo di contrattare imposto a chi operi in posizione di monopolio, sia arduo individuare e localizzare un fatto generatore e che, a ben vedere, regole che così dispongano presentano piuttosto il carattere di norme di applicazione necessaria o esprimono principi di ordine pubblico, cosicché il loro ruolo, tanto nel settore contrattuale che in quello non contrattuale dipende propriamente dal regime riservato a disposizioni aventi quella particolare natura.¹⁶⁵

Con riferimento alla responsabilità precontrattuale, invece, a causa della sua natura ambigua, sono sorti contrasti sulla sua riconducibilità all'uno o all'altro dei criteri di collegamento. Chi ritiene che si tratti di

¹⁶⁴ Si veda l'art. 27 del progetto di Vitta del 1968 e l'art. 49 del progetto del 1984, secondo i quali "Le obbligazioni legali e i loro effetti sono regolate dal diritto che regola il rapporto cui sono connesse". Anche i compilatori della proposta di convenzione sulle obbligazioni non contrattuali hanno accolto integralmente la tesi circa l'esistenza di una forza attrattiva esercitata dalle norme di conflitto in materia familiare, successoria, contrattuale rispetto alle obbligazioni extracontrattuali non da illecito civile. Cfr. art.7 "*when a non-contractual obligation is connected to a pre-existing or contemplated relationship between the parties, it shall be presumed that the obligation has the closest connection with the law which governs or would govern that relationship*". Vedi, a riguardo, F. SEATZU, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali? Considerazioni in margine ad una recente proposta del "gruppo europeo di diritto internazionale privato" del «gruppo europeo di diritto internazionale privato»*, *Jus*, 2001, 37

¹⁶⁵ POCAR F., *Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien*, in R.C.D.I.P., 1996, 41ss.. Analoghe considerazioni dovrebbero valere per le obbligazioni derivanti dalla legislazione sulle assicurazioni sociali, su cui M. LUGATO, *Assicurazioni sociali e diritto internazionale privato*, Milano, 1994, 41 ss.. Le stesse obbligazioni derivanti da assistenza, salvataggio e recupero marittimo ed aereo vi rientrano solo per fatti che si verificano al di fuori dell'alto mare in spazi sottoposti a sovranità statale (Cfr. la sentenza arbitrale 21 luglio 1966, in *Dir. mar.* 1966, p. 603 ss.), operando altrimenti l'art. 13 cod. nav. che rinvia alla legge della bandiera (T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 73; A. MALATESTA, *Art.61, in Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, p.1205, nota 3)

inadempimento di una obbligazione ex lege applicherà l'art. 61,¹⁶⁶ chi sostiene che si tratti di una responsabilità da fatto illecito applicherà, invece, l'art. 62.¹⁶⁷

Scarsi, peraltro, sono i casi di obbligazioni *ex lege* analizzati finora dalla giurisprudenza italiana per i loro profili internazionalprivatistici. Tra questi, vi è l'ipotesi dell'unico azionista che ha responsabilità illimitata, ai sensi dell'art. 2362 c.c., vecchio testo, per le obbligazioni sorte nel periodo in cui le azioni risultavano appartenere ad un unico socio.¹⁶⁸ La fattispecie esaminata era soggetta alla disciplina internazionalprivatistica vigente prima della novella del 1995.¹⁶⁹ Il dissidio sorse attorno al corretto riconoscimento di quale fosse la fonte della responsabilità di cui all'art. 2362 c. c.. Ci si chiedeva se si dovesse considerare fondante il contratto d'acquisto delle azioni o unicamente il «fatto» in sè derivante dell'essere l'unico azionista.

¹⁶⁶ G. DE NOVA, *Obbligazioni contrattuali e obbligazioni nascenti dalla legge: la riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, Quaderni della Riv.trim.dir. proc.civ., I, Milano, 1996, p. 141.

¹⁶⁷ Cfr. VENTURINI, *Diritto internazionale privato. Diritti reali e obbligazioni*, Padova, 1956, p. 117; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 870; LUZZATO-CARBONE, voce *Obbligazione VI*; *Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto*, in *Enc. Giur.*, 1.2

¹⁶⁸ Si vedano, a riguardo, due sentenze relative ad una medesima vicenda, App. Milano 18 giugno 1999, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2000, 732 e segg., e Cass 14 febbraio 2002 n. 2111, n *Giur. It.*, 2002, 12, con nota di SERRA, *Il regime di responsabilità nelle società di capitali unipersonali, tra il disposto abrogato dell'art. 2505 c. c. e la Legge di riforma del 31 maggio 1995*, n. 218 e PERNAZZA-SABBADINI, *Diritto applicabile alle società costituite all'estero e responsabilità dell'unico azionista*, in *Società*, 2002, p. 971

¹⁶⁹ Nella vigenza del precedente regime, mancava una norma espressa che disciplinasse l'intero statuto personale della società, con la conseguenza che la soluzione del problema dell'individuazione del diritto applicabile alla responsabilità dell'unico azionista doveva necessariamente basarsi sulla natura della responsabilità sotto il profilo obbligatorio. In questo quadro, diverse erano le proposte ricostruttive formulate. Si faceva perno sull'art. 16 delle preleggi, oppure sul concetto di nazionalità, ex art. 17 delle preleggi, da determinarsi alla stregua degli artt. 2505 e 2509 c.c. Senza ripercorrere tali itinerari interpretativi, basti ricordare come l'esito cui si perveniva corrispondeva sostanzialmente a quello conseguente all'utilizzazione del principio di incorporazione, consentendo di applicare alle società costituite all'estero l'ordinamento straniero incorporante. Secondo la norma attualmente vigente, il criterio di collegamento prescelto è costituito dal luogo di costituzione della società.

Sulla scorta di numerose pronunce giurisprudenziali,¹⁷⁰ la Corte di

¹⁷⁰ Secondo Cass, sez. un. 14 dicembre 1981, n. 6594, in *Giur. comm.*, 1982, 614, con nota di DE NOZZA-PRESTI: Cass., 19 novembre 1981, n. 6151, in *Dir. Fall.*, 1982 II, 302, Cass. 28 aprile 1994, n. 4111, in *Giur.it.*, 1994, I,1, 1254 e in N.G.C.C., 1995, I, 140, con nota di WEIGMANN, *L'unico azionista nel concordato preventivo delle società. Questioni in tema di "unico azionista"*, Trib. Milano 28 marzo 1983, in *Fallimento* 1983, p. 1148; Trib. Milano 12 gennaio 1984, in *Banca borsa tit cred.*, 1985, p. 296, l'azione proposta dal creditore non è un'azione surrogatoria (non avendo alcun diritto la società debitrice verso il proprio unico azionista), ma un'azione autonoma, fondata su una obbligazione nascente dalla legge a carico dell'unico azionista della società insolvente. Si tratterebbe di una sorta di fideiussione per i debiti di impresa, da cui scaturisce per legge una obbligazione solidale e illimitata in caso di insolvenza della società. Si aggiunge che «la responsabilità illimitata dell'unico azionista non può confondersi con la responsabilità illimitata dei soci delle società di persone, da cui si distingue, per la fonte, per la *ratio*, per l'estensione: la fonte, perché la responsabilità dell'unico azionista è comminata espressamente dall'ordinamento al di fuori della volontà delle parti (art. 2362 c.c.), mentre negli altri casi si basa sul patto sociale; la *ratio*, perché l'ordinamento ha voluto evitare, attraverso la responsabilità illimitata dell'azionista unico, che si possa aggirare l'art. 2740 c.c.; l'estensione, perché la responsabilità dell'unico azionista è comunque limitata alle sole obbligazioni sorte nel periodo in cui la società è rimasta priva di altri soci, in quanto tutte le azioni sono appartenute ad una sola persona. Questa giurisprudenza nasce sulla scorta di una teoria di GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 175 ss., ripresa da FERRARA JR-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1994, 396. Precipuamente, sull'evoluzione e sulle implicazioni nascenti attorno al dibattito v. SCOTTI CAMUZZI, *L'unico azionista*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, 2, Torino, 1991, 667 e segg.; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1990, 379. Per un esame critico di questo orientamento giurisprudenziale v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, Padova, 1990, 85 e segg., ID., *La società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, VII, Padova, 1984, 118 e segg., ID., *Le associazioni, Le fondazioni, I comitati*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1996, 120 e ss.. Per la prima volta il Galgano espone tale suo orientamento nel saggio *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 576 ss, nel quale rilevava che, attraverso l'art. 2362 c. c., si conformano due contrapposte occorrenze: la prima, il perdurare — nella continuità della impresa — della società a fronte di un rimarchevole danno all'economia nazionale; la seconda, di schivare a monte un possibile sviamento del principio generale della illimitata responsabilità patrimoniale, a norma dell'art. 2740 c. c.. Perciò, invece, che un'eccezione, alla regola della responsabilità illimitata, egli vedeva in tale norma la riaffermazione del principio *ex art. 2740 c. c.* La regola, insomma, sarebbe la responsabilità illimitata del socio anche nelle società di capitali, mediata dalla opportunità concessa dall'ordinamento di limitare la responsabilità, ma destinata a riespandersi in tutte le occasioni in cui si assiste fisiologicamente (come nel caso del socio unico) o patologicamente (nel caso di abuso dello schermo della personalità giuridica dell'ente) ad una deviazione dallo schema tipico. *Contra* Cass. 9 maggio 1985, n. 2879, in *Riv.dir.comm.*, 1986, II, 333, per la quale la ragione ultima di una tale garanzia *ex lege* risponde, non tanto ad una presunzione assoluta di degenerazione della società, quanto piuttosto al reale obiettivo perseguito dal

legittimità, ravvisando nella responsabilità dell'unico azionista un rapporto obbligatorio non contrattuale che nasce *ex lege* nel luogo in cui la società aveva la sede, propendeva per l'applicazione dell'art. 25, 2° comma, delle disp. prel., a condizione però che la sede della società fosse in Italia.¹⁷¹ Nel caso di specie, i presupposti rilevanti del fatto generatore dell'obbligazione *ex lege*, vale a dire la titolarità del pacchetto azionario e lo stato d'insolvenza della società, erano stati entrambi realizzati nell'ordinamento straniero, pertanto, la legge da applicare fu considerata quella del luogo dove la società straniera aveva sede, essendo ivi avvenuta l'assunzione della qualità di unico socio, intesa come fatto che fa sorgere la responsabilità di quest'ultimo.¹⁷²

legislatore di «colpire la concentrazione delle azioni nelle mani di un unico azionista, in quanto usata come mezzo elusivo della responsabilità personale». La fattispecie di cui all'art. 2362 c.c. vecchio testo, ed i relativi rilievi dottrinali sono paragonabili a quelli proposti per le obbligazioni assunte in nome di una associazione non riconosciuta, che sono garantite in primo luogo dal fondo comune, ma delle quali rispondono personalmente e solidalmente anche le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (art. 38 c.c.). Pure a questi soggetti la recente giurisprudenza di legittimità è incline a riconoscere la qualità di fidejussori *ex lege*, ricavandone poi la conseguenza, in base all'art. 1957 comma 2, c.c., che la garanzia decade se il creditore non si affretta entro sei mesi a proporre le sue istanze contro il debitore principale o contro lo stesso garante. Gli inquietanti esiti a cui si perviene in tal modo sono denunciati in GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987, 120 ss., 136 ss..

¹⁷¹ Si affermava in sede di merito, App. Milano 18 giugno 1999, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2000,732, che l'obbligazione *ex art. 2362* non è convenzionale, ma trae la sua origine direttamente dalla legge, donde deve essere fatta rientrare, ancorché prima della specificazione operata dalla riforma della legge 218/1995, tra le obbligazioni extra contratto, non essendo automaticamente previsto dalla legge un *tertium genus*. Si ricorda che la legge regolatrice delle obbligazioni quale ne sia la sua derivazione era stabilita dall'art. 25, nel quale si trattava di obbligazioni non contrattuali, richiamando la legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale essa deriva. E tra le obbligazioni non contrattuali, proseguono i Giudici, vanno sicuramente annoverate quelle da cd. fatto lecito localizzate con criterio eminentemente territoriale "ripreso nell'art. 61 della legge 218/1995, che ha ribadito come ogni altra obbligazione che trovi fonte nella legge e non risulti diversamente regolata vada sottoposta alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto generatore, venendo così a recepire quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che si era formato sull'art. 25 secondo comma quale norma di chiusura in tutti i casi in cui non fosse individuabile una *lex causae*."

¹⁷² In senso analogo, cfr. Cass., 16 maggio 1973, n. 1385, in *Banca Borsa*, 1973, II, 374; Cass. Sez. un., 14 dicembre 1982, n. 6594, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 614, cit., con nota di DENOZZA E PRESTI, *Questioni in tema di unico azionista*; Id., Sez. un., 24 febbraio 1986, n. 1088, cit., con nota di WEIGMANN, *Oltre l'unico azionista*;

2.6 L'ampiezza del concetto di fatto giuridico e l'impossibilità di porre sullo stesso piano fonti del diritto e fonti dell'obbligazione sembrano negare la possibilità di includere le obbligazioni legali tra le *variae causarum figurae* di cui all'art. 1173 c.c.. L'autorevole concezione alternativa di chi classifica le obbligazioni in base alla loro funzione.

L'espunzione della legge tra le fonti dell'obbligazione e le condivisibili motivazioni sottese a questa operazione non sembrano avere sopito interamente il dibattito sul tema, ed anzi lo stesso è suscettibile di riprendere vigore, visto il contenuto dell'articolo 61 della legge 218/1995.¹⁷³

Il terreno di contrasto, allo stato attuale, è duplice e concerne, da un lato, l'estensione del concetto di fatto giuridico, dall'altro, la possibilità di classificare le obbligazioni in base alla loro funzione.

sul punto, cfr. Cass., 14 dicembre 1981, n. 6594, in *Mass.*, 1981, che, per *obiter dicta*, risolve il problema della legge applicabile nel senso che «la responsabilità di soci per le obbligazioni sociali è regolata dalla legge dello Stato in cui ha sede la società»; dello stesso avviso, Cass. 7 ottobre 1982, n. 5143, in *Foro It.*, 1982, I, 2410; Cass. 9 dicembre 1982, n. 6712, in *Giur. It.*, 1983, I, 1, 201; Cass. 9 maggio 1985, n. 2879, in *Giur. Comm.*, 1986, II, 537; Cass. 9 dicembre 1985, n. 2879, in *Mass.*, 1985 (sul caso Raytheon).

¹⁷³ Cfr. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1963, p. 333 ss., che riteneva che la categoria delle obbligazioni legali, in sé corretta, fosse inopportuna, potendo dar luogo ad equivoci di carattere sistematico; DE NOVA, in *Obbligazioni contrattuali e obbligazioni nascenti dalla legge: la riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, in *Quaderni della Riv.trim.dir. proc.civ.*, I, Milano, 1996, p. 143, nulla eccepisce in ordine alla categoria delle obbligazioni ex lege di cui all'art. 61 legge 218/1995, ed anzi ne fa una lunga esemplificazione, che qui si riporta: "l'obbligo del mantenimento dei figli, le obbligazioni alimentari, le obbligazioni testamentarie a carico dell'erede o del legatario, l'obbligo del comproprietario di partecipare alle spese per la cosa comune, l'obbligo di rimborsare le spese fatte dal possessore, l'obbligo legale di contrarre a carico del monopolista, l'obbligo di riconoscere il diritto derivante da una prelazione legale, l'obbligo di salvataggio nel diritto della navigazione, l'obbligo di risarcire il danno da parte dell'assicuratore del danneggiante verso il danneggiato, gli obblighi di restituzione in caso di invalidità, risoluzione o rescissione; l'obbligo di predisporre un prospetto, di dare pubblicità alle condizioni contrattuali nei contratti finanziari, di dare informazioni prima della conclusione del contratto di assicurazione al potenziale cliente; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 548, sottolinea che talune fonti si ricollegano alla volontà privata o negoziale, mentre altre sono più direttamente legate alla volontà della legge espressa in norme

Dal primo punto di vista, si è, recentemente, sostenuto che un autonomo significato della legge nell'individuazione delle fonti delle obbligazioni può essere tuttora mantenuto se la relativa fattispecie si ravvisa non già in uno specifico atto o fatto, bensì in una qualità giuridicamente rilevante della persona, la quale, in definitiva, può essere ricondotta alla nozione di *status*.¹⁷⁴

La *querelle* nasce, in primo luogo, sul significato e sull'interpretazione del concetto di fatto giuridico. Occorre, pertanto, verificare quali i limiti di tale nozione, che è stata elaborata non solo dalla dottrina giuridica, ma anche dalle scienze e dalla filosofia.¹⁷⁵

Il fatto è stato descritto come la circostanza in presenza della quale viene disposta una vicenda giuridica, ovvero si è detto che l'ordine giuridico risponde a quella situazione di fatto con una valutazione che è fonte di quella vicenda,¹⁷⁶ ovvero che la vicenda è la concretizzazione nel caso singolo del criterio generale, normativo, che dispone quella vicenda ove intervenga quel fatto.¹⁷⁷

puntuali o presente allo stato diffuso tramite i principi generali dell'ordinamento.

¹⁷⁴ Cfr. SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi-contrattuale dell'obbligazione* in *Riv. dir. civ.*, 1997, 249 ss., ID., *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, 413 ss., il quale, però, rileva come tale previsione appaia dogmaticamente assai problematica, poiché sembra privare di ogni rilievo teorico e pratico la stessa individuazione normativa delle fonti delle obbligazioni, costituendo la legge l'espressione di un potere sovrano dello Stato che non incontra limiti se non quelli costituzionali; per analogia indicazione, vedi FLOUR, AUBERT, *Les obligations, I, Sources, L'acte juridique*, Paris, 1975, p. 38 e già LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV du code Napoleon, sub art. 1370*, T. VII, 1885, p. 545 ss

¹⁷⁵ Cfr., in argomento, WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., I, Torino, 1930, 1, § 67, p. 259 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim.*, 1954, p. 333; DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1953, p. 279 ss.

¹⁷⁶ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, III, Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 9 e 11. Conforme CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. Dir.*, XVI, 1967, 933; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Fatti e atti giuridici*, in *Diritto civile*, I, 2, Torino, 1987, I, 2, 437

¹⁷⁷ Per un quadro di questi insegnamenti e la rispettiva bibliografia, vedi SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005, p. 10 ss.; CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, 1929, 12 ss.; FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965, 432 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e*

Si è anche detto che il fatto giuridico va definito come il mutamento di una situazione giuridica o come fatto materiale al quale si accompagna il mutamento di una situazione giuridica.¹⁷⁸

Ebbene, chi comprende in questa categoria anche quelle che vengono denominate situazioni oggettive, rapporti qualificanti o legittimanti, ovvero meri stati di fatto, che prescindono comunque da un comportamento dei soggetti (la cosiddetta obbligazione, che ha carattere di “*Zustandsobligation*”), conseguentemente nega l’esistenza di obbligazioni legali.¹⁷⁹ Ciò in quanto le ipotesi normalmente ricondotte alla categoria delle obbligazioni *ex lege* sottendono la presenza di tali situazioni di fatto.¹⁸⁰

Si è sostenuto, al contrario, che, per quanto possa essere estesa l’accezione del fatto, essa per conservare un’utilità tanto teorica che pratica deve limitarsi ad un accadimento specifico o ad una modificazione della realtà di origine sia umana che naturale. Ciò tenendo, pure, conto che, secondo la tradizione romanistica, il *factum obligatorium* consisteva sempre in un comportamento umano.¹⁸¹ E se ne è desunto che, potendosi ricomprendere

fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto), Riv.trim. dir. proc. civ., 1954, 334

¹⁷⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 200

¹⁷⁹ Sul tema dello *status*, vedi le indicazioni di RESCIGNO, *Situazione e status nell’esperienza del diritto*, in Riv. dir. civ., 1973, I, p. 209; ALPA, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, p. 435 ss.; LENTI, *Una nota sul concetto di status*, in *Scritti in onore di Sacco*, II, Milano, 1994, p. 675-676, il quale riconduce allo *status* familiare, quale espressione sintetica che designa la posizione di figlio di due genitori determinati, un interesse pubblico, che fa capo allo Stato, a che sia determinata sul piano del diritto l’identità personale di ogni essere umano.

¹⁸⁰ cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell’obbligazione*, Milano, 1954, 9 ss., per il quale le obbligazioni tra stretti congiunti che danno vita all’obbligo degli alimenti nascono da uno stato di fatto; conformemente SCUTO, *Le fonti delle obbligazioni secondo le varie classificazioni e la classificazione del nuovo codice civile*, Napoli, 1953, p. 153, secondo il quale gli alimenti legali rientrano negli atti o fatti idonei a produrre l’obbligazione di cui all’art. 1173 c.c.; lo stesso dicasi per gli obblighi dei partecipanti nella comunione *pro indiviso*, quelli nascenti dallo stato di fatto del vicinato (art. 843-844) e, in genere, le obbligazioni *propter rem* e gli obblighi che si ricollegano ad un ufficio di diritto privato, come quello del tutore, curatore ecc.

¹⁸¹ Cfr., a riguardo, BETTI, *Le fonti dell’obbligazione*, cit., p. 307-308. Anche nel diritto vigente viene considerata del tutto eccezionale l’ipotesi in cui l’obbligazione sia stata cagionata da un evento naturale, come nel caso dell’avulsione, art. 944 c.c.

nella categoria dei fatti giuridici solo situazioni dinamiche, quali i comportamenti del privato, e non situazioni statiche del soggetto, nell'ipotesi di obbligazioni alimentari si possa parlare di obbligazioni ex lege.¹⁸²

Tale orientamento non sembra essere condivisibile.

Con l'espressione obbligazione alimentare, si intende innanzitutto quella particolare ipotesi di obbligazione cui sono tenuti determinati soggetti nei confronti di altri, allorquando questi ultimi si trovino in uno stato di indigenza economica ed i primi abbiano una disponibilità economica sufficiente per farvi fronte.¹⁸³

L'obbligo alimentare¹⁸⁴ può essere considerato come una vera obbligazione, poiché vi si trova il suo carattere fondamentale, cioè il carattere patrimoniale, e la natura familiare di tale rapporto non è di ostacolo alla sua qualificazione come obbligazione in senso tecnico.¹⁸⁵

¹⁸² Si veda SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, p. 415, per il quale, nell'ipotesi in cui l'obbligazione inerisca ad una qualità giuridicamente rilevante della persona, la quale prescinde da uno specifico fatto o atto giuridico, la qualificazione di obbligazione legale può ancora conservare un suo ragionevole significato.

¹⁸³ Cfr. F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 27 ss., che afferma che il fondamento dell'istituto è l'interesse dello Stato al soccorso degli indigenti imposto da un precetto morale di umana solidarietà, e raccordato alle norme costituzionali di cui agli art. 38 e 2; conformemente AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, p. 24 ss.

¹⁸⁴ Sul tema, M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 1994; A. FIGONE, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO, FORTINO, RUSCELLO, I, Milano, 2002, p. 82 ss.; G. PROVERA, *Alimenti*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1972; G. TAMBURINO, voce *Alimenti (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 40 ss.; D. VINCENTI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, 1973

¹⁸⁵ Cfr., in tal senso, RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato) a) nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 146-147, che rileva come la struttura dell'obbligazione sia rinvenibile anche in materie collocate al di fuori del diritto delle obbligazioni in senso stretto; conformemente GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, pp. 74-76; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1965, p. 230. In giurisprudenza, si afferma che l'obbligazione alimentare "esula dall'ambito dei rapporti familiari, sottraendosi ai principi di ordine pubblico che investono la loro disciplina" e deve piuttosto essere ricondotta alla sfera delle obbligazioni patrimoniali (Cass. 6 marzo 1970, n. 557, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1020). Il Cicu (Cfr. CICU, *La natura giuridica*

Tale obbligazione scaturisce da particolari situazioni e lo si fa rientrare nell'ultimo termine della partizione di cui all'art. 1173 c.c..¹⁸⁶

Si parla comunemente di obbligazione legale, in quanto la norma suole descrivere la nascita di un'obbligazione derivante dall'appartenenza ad una comunità familiare e non ricollegabile in alcun modo ad un consenso, né ad un comportamento dell'obbligato.¹⁸⁷

La legge, però, non fa nascere direttamente l'obbligazione. Dalla legge nascono doveri (definiti anche come obblighi) di assistenza e solidarietà, che sono espressione dello *status* familiare. Il passaggio dalla situazione di dovere a quella di obbligazione, e con esso il mutamento giuridico che è sempre a base di un "fatto", si realizza quando una certa situazione, vale a dire lo stato di bisogno, provoca la concretizzazione o individualizzazione della tutela giuridica nella direzione di un soggetto determinato e trasforma il dovere in una obbligazione, commisurata, quanto al contenuto, alla misura

dell'obbligo alimentare fra coniugi, in *Riv. dir. civ.* 1910, p. 145 ss.) mise, invece, in rilievo il carattere autonomo dell'obbligazione alimentare, considerando che il corrispondente diritto non rappresenta una vera attività patrimoniale per l'alimentando, né avrebbe per base un suo interesse patrimoniale, trattandosi piuttosto di un rapporto familiare riferentesi alla cura ed assistenza della persona e tendente a mantenere la coesione della famiglia. Egli ricondusse l'istituto ad un interesse di ordine superiore metaindividuale o nel superiore interesse familiare, e precisamente nella coesione dell'organismo familiare attraverso il quale viene indirettamente tutelato un interesse pubblico. Altri lo ricondussero ad uno di quei diritti che si radicano in un *officium*, a cui non corrisponderebbe una normale *obligatio* (BRINZ, *Pandekten*, Erlangen, 1873, I, par. 73, p. 234); MANDRY, *Das gem. Familiengüterrecht*, Tübingen, 1871, I, p. 230, ritenne trattarsi non di diritti per sé stanti, ma piuttosto di doveri morali resi coattivi. HARTMANN, *Die obligation*, Erlangen, 1875, p. 145, lo esclude dal concetto di obbligazione perché obbligo emanante direttamente dall'organismo giuridico sociale.

¹⁸⁶ E' stato rimarcato che, a differenza di quella da fatto illecito, l'obbligazione degli alimenti è posta a carico del soggetto indipendentemente da un suo comportamento colpevole ed a prescindere dal concorso del soggetto onerato nella determinazione dello stato di bisogno (TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, Napoli, 2004, p. 266).

¹⁸⁷ Vedi MAYER MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *Rev. int. dr. ant.*, 1965, 448; J. PELISSIER, *Les obligations alimentaires*, Paris, 1961; RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, pp. 209 ss.; e in ID., *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, pp. 25 ss., specialmente, 30. P.PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 92 ss.; *Sugli effetti obbligatori del matrimonio*, FERRANDO, *Il matrimonio*, nel *Tratt. dir. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 2002, pp. 89 ss.; DE ROSA, *L'obbligo di mantenimento e le sue fonti*, in

dello stato di bisogno, alla capacità economica del soggetto obbligato, ed imputato secondo l'ordine degli obbligati previsto dalla legge.

Si può, allo stesso modo, seguire l'autorevole orientamento che rilevò come, nel caso dell'obbligazione alimentare, un mutamento o modificazione della realtà può ben ricondursi all'alterazione dello *status* del soggetto che diventi genitore. Al momento della nascita del figlio egli diventa titolare di potestà, diritti ed obblighi, pertanto, la situazione giuridica finale presenta una maggiore complessità della situazione iniziale. Quindi, un'alterazione degli elementi soggettivi del rapporto, e così un fatto giuridico soggettivo, può consistere anche nel mutamento qualitativo della persona, che viene ricompreso nel concetto di cambiamento di stato.¹⁸⁸

Superato questo ostacolo giuridico-interpretativo, va comunque rimarcato come il concetto di obbligazione legale sembra mantenere un senso, all'interno dei fatti leciti, nel descrivere un momento collettivo, l'appartenenza a una comunità giuridica (statale, familiare) in opposizione al fattore individualistico che si esprime in una sistematica delle fonti fondata sul contratto o sul delitto. Tale fonte legale ha un suo ruolo nel sottolineare come il diritto positivo attuale sia, talvolta, in contrasto con il concetto dell'individualismo liberale propugnato dai pandettisti e dai civilisti del secolo XIX, ponendo in evidenza come a fianco dell'interesse individuale, esista la volontà generale, l'ordine pubblico, l'interesse comune, l'equità, la buona fede, l'affidamento legittimo. L'intervento dello Stato ancora oggi, del resto, pone limiti alle situazioni di monopolio, regola il rapporto di lavoro, impone qualche volta il rapporto giuridico, e in particolare dei doveri giuridici d'assistenza.

Che ogni obbligazione debba sorgere da un atto o da un fatto giuridico assomiglia, del resto, ad una equazione o ad una formula matematica dal risultato non discutibile in quanto tale.

Ma per capire il motivo per il quale la giurisprudenza e autorevole dottrina persistono con ostinazione nell'indicare la legge tra le fonti

Rass. dir. civ., 2004

¹⁸⁸ In tal senso, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 212.

dell'obbligazione, dimenticandosi che dietro un obbligazione si può scorgere sempre la presenza di un fatto, bisogna tentare un approccio non razionalistico, ma naturalistico. Bisogna, quindi, considerare che la legge viene reputata come fonte dell'obbligazione laddove il fatto descritto dalla norma non comprenda un'attività umana, o quando un soggetto si faccia carico di un rischio in un momento antecedente al sorgere dell'obbligazione, oppure quando manchi la rimproverabilità per dolo o colpa nella commissione di un fatto di per sé lecito o autorizzato, ma foriero di danni.

Colui che ha tentato una classificazione delle fonti a seconda della loro funzione ha colto l'importanza descrittiva di ricondurre alla legge determinate obbligazioni.¹⁸⁹ Le funzioni sono state indicate nell'assistenza (obbligazioni di mantenimento e alimentari), nella copertura di rischi (l'obbligazione dell'assicuratore verso il terzo danneggiato)¹⁹⁰ nella

¹⁸⁹ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, art. 1173 c.c., cit. pag. 167-168. Cfr. GIORGIANNI, *Riv.dir.civ.*, 1965, 70, per il quale si deve constatare che l'antica classificazione delle fonti non può che essere in decadenza nell'ambito di sistemi che non hanno più come baricentro l'idea di autonomia privata e un elenco di illeciti tipici. Essa continua ad essere presente nelle trattazioni più per rispetto alla tradizione che in relazione al suo valore normativo. Quella forma di controllo, che sulla circolazione della ricchezza ha storicamente esercitato il sistema rigido delle fonti, non esiste più. Resiste la tradizionale distinzione tra obbligazioni che hanno la loro fonte nella volontà dei soggetti e obbligazioni che hanno la loro fonte nella volontà della legge. Classificando le obbligazioni per la loro funzione, DI MAJO, cit., p. 235, evidenzia come al contratto corrispondono le obbligazioni che tendono a garantire le aspettative dei soggetti, ai fatti illeciti le obbligazioni che tendono a garantire il mantenimento dello *status quo*, all'arricchimento senza causa le obbligazioni restitutorie. La distinzione funzionale sembra per questo Autore trovare conforto anche in considerazioni di ordine comparatistico, dal momento che la *law of restitution* degli ordinamenti di *common law*, che rappresenta lo sviluppo più recente della dottrina dei *quasi-contracts*, mira appunto a riunire sotto il profilo funzionale tutti i rimedi volti a permettere la restituzione degli spostamenti patrimoniali privi di una giustificazione.

¹⁹⁰ L'obbligazione dell'assicuratore, ai sensi dell'art. 18 della legge 990 del 1969, di pagare direttamente al terzo danneggiato quel che a costui spetta per i danni imputabili all'assicurato, per DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, p. 229, è palesemente di origine non consensuale, poiché il diritto del danneggiato verso l'assicuratore non nasce dal patto di assicurazione tra quest'ultimo ed il danneggiante; ma è un effetto che la legge prevede sulla base di quel medesimo fatto illecito dannoso che è imputabile al danneggiante contrattualmente assicurato in via obbligatoria. La volontà di legge è direttamente all'origine dell'obbligazione, anche se tale obbligazione trae elementi dal contenuto del contratto di assicurazione, che degrada al ruolo di presupposto (ad es. il limite del massimale). Con ciò la legge avrebbe inteso superare la tecnica, meno favorevole al terzo, del

cooperazione (l'obbligo di contrarre del monopolista legale o del datore di lavoro nei confronti degli appartenenti alle categorie protette, gli obblighi di prelazione previsti dalla legge sulla locazione di immobili urbani o le servitù coattive che spettano di diritto al proprietario di un fondo nella ricorrenza delle condizioni stabilite dalla legge).¹⁹¹ Le funzioni esercitate dalle

subingresso di esso nelle ragioni dell'assicurato verso l'assicuratore. Per FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, 194 ss., invece, il diritto del terzo ha la sua fonte nel fatto illecito, pur risultando da una fattispecie complessa nella quale concorrono nel contempo l'illecito ed il fatto dell'esistenza giuridica del contratto di assicurazione. Nel rapporto assicurativo esterno, il contratto non varrebbe come negozio giuridico, ma come atto giuridico per l'assicuratore e come fatto giuridico per il danneggiato. E' stata, qui, rilevata l'analogia con l'art. 2049 c.c.. Il contratto di assicurazione è, rispetto al terzo danneggiato, un fatto giuridico che la legge considera idoneo a produrre obbligazioni, allo stesso modo in cui viene in considerazione come fatto giuridico, agli effetti della responsabilità dei padroni e committenti, l'interno contratto che lega a costoro i domestici e i commessi autori dell'illecito (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, p. 29). Per l'ampio dibattito svoltosi sull'argomento, A. DE GREGORIO-G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, 163 ss., spec. 169 ss.; QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. COMPORI e G. SCALFI, Milano, 1988, 97 ss., 134 ss., 142, nota 178; L. STANGHELLINI, *I diritti del terzo danneggiato e le azioni di risarcimento nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Milano, 1990; A. LA TORRE, *Le assicurazioni*, Milano, 2000, 699. Da ultimo, considera derivante dalla legge l'obbligazione ex art. 18 l. 990/69, D. MALTESE, *Ancora sul fondamento della responsabilità dell'assicuratore r.c.a. verso il terzo danneggiato*, in *Foro it.* 2004, V, 56, che fa riferimento all'analogo orientamento della Suprema Corte (Cass. sez. un., 29 luglio 1983, n. 5218, *Foro it.*, 1983, I, 2389, seguita da Cass. 16 agosto 1988, n. 4950, *id.*, *Rep.* 1989, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 159; Cass. 2 giugno 1992, n. 6694, *id.*, *Rep.* 1992, voce *cit.*, n. 172; Cass. 28 novembre 1994, n. 10156, *id.*, *Rep.* 1995, voce *cit.*, n. 181; Cass. 1° giugno 1995, n. 6128, *id.*, *Rep.* 1996, voce *cit.*, n. 138; Cass. 7 luglio 1999, n. 7019, *id.*, *Rep.* 1999, voce *cit.*, n. 187, Cass. 3 giugno 2002 n. 7993, in *Dir. giust.*, 2002, f. 27 che esclude la natura risarcitoria del credito, considerandola obbligazione pecuniaria, e raggiungendo l'effetto pratico del superamento del massimale nel solo caso di un'ingiustificata inerzia dell'assicuratore nella fase iniziale di accertamento del credito), pur contestandone la formula della fattispecie complessa ed affidandosi alla distinzione carneluttiana fra norma «posta» e norma «presupposta». La legge r.c.a. del 1969 sarebbe, nel caso, la norma «posta», che genera la *obligatio* e vincola in modo specifico l'assicuratore, il contratto sarebbe la norma presupposta, per il degradare del valore giuridico a elemento di fatto, generatore, a sua volta, di nuovo valore giuridico. Dal testo del contratto assicurativo, operante *inter alios*, deriverebbero ex lege (la norma «posta») i soli dati materiali, soggettivo e oggettivo, dalla *obligatio ex lege*, i dati consistenti nella soggettiva identità dell'impresa assicuratrice e nell'oggettiva entità del massimale di polizza.

¹⁹¹ Si consideri che, per chi accoglie la teoria degli atti e fatti giuridici (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, p. 28), l'obbligo a contrarre del

obbligazioni legali vengono ricollegate alle norme di carattere costituzionale, dovendo, però, l'imposizione di tali obblighi rispondere ai limiti esplicitati dalla medesima normativa, quali l'utilità sociale, la funzione sociale, la tutela della personalità, il rispetto della parità di

monopolista non deriva dalla legge, ma dal concorso di un fatto giuridico (l'esercizio di un'impresa in condizioni di monopolio) e di un atto giuridico (la richiesta di prestazioni dell'utente al monopolista). Di certo, si può affermare che le norme che impongono l'obbligo di contrarre limitano autoritativamente la libertà negoziale, e trovano il loro fondamento nell'art. 41, 2° comma, della Costituzione, in forza del quale l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da danneggiare la sicurezza, la libertà e la dignità umana. In particolare, l'art. 2597 c.c. è diretto "*alla tutela dell'utente e del consumatore nei confronti dell'esercizio abusivo del proprio potere da parte del soggetto monopolista*" (così Corte Costituzionale 15 maggio 1990 n. 241. In dottrina, vedi LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in *Tratt. dir. comm. Galgano*, IV, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981, 271 ss.; STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1952; VISALLI, *Il contratto imposto*, *Riv. dir. civile*, I, 1999). Trovandosi fuori dal circuito convenzionale, occorre intendere la natura della responsabilità di chi è obbligato a contrarre *ex lege*. Si può inquadrare nell'ambito dell'illecito civile (Cfr. Cass. 16 ottobre 1998 n. 10249, in *Danno e Resp.*, 1999, 4, 419 e in dottrina, in tal senso, G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 195, secondo cui, non essendo il dovere preparatorio imposto nei confronti di soggetti determinati, la sua inosservanza implica solo responsabilità extracontrattuale). Ma secondo la costruzione più accreditata in dottrina e in giurisprudenza, la situazione del soggetto chiamato per legge a stipulare si caratterizza come obbligazione (M. LIBERTINI-P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1995, XII, 509; in giurisprudenza, da ultima, Cass. 9 novembre 1995, n. 11681, in *Foro it. Rep.*, 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 987; Cass. 15 luglio 1987, n. 6224, *id. Rep.*, 1987, voce *cit.*, n. 75; Cass. 12 aprile 1986, n. 2586, *ibid.*, n. 184). Si precisa, infatti, che, a differenza dall'art. 2043, il quale prescrive un dovere generico di *non agere* - l'imperativo legale di contrarre impone comportamenti commissivi, sì che «ha tutta l'aria di essere una obbligazione» (SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, 303). La prestazione, cui è giuridicamente obbligato il monopolista, consiste anzitutto nella manifestazione del consenso a concludere con il cliente il contratto; da questo scaturisce, poi, il principale obbligo di dare o fare che caratterizza la fornitura dovuta. Considerato che tale impegno imposto all'imprenditore va configurato come obbligazione, in caso di inadempimento imputabile trova applicazione l'art. 1218. Per una autorevole corrente di pensiero, l'obbligo imposto dall'art. 2597 c.c. avrebbe, invece, per oggetto direttamente la prestazione fornita dal monopolista e non già il suo consenso alla stipula di un contratto (Per tutti, L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, 57). Si tratta di una tesi giustificata sul piano della tutela dell'utente, che sarebbe legittimato ad esigere, senza tappe intermedie, il bene o il servizio distribuito dall'impresa e, inoltre, fruirebbe - in caso di *default* - dei rimedi previsti dagli artt. 2930 e 2931 c.c.. Questa tesi, per quanto suggestiva sul piano pratico, solo raramente ha trovato ingresso in ambienti giurisprudenziali.

trattamento, nonché la clausola di chiusura della ragionevolezza.¹⁹²

La teoria degli atti o fatti giuridici e quella che classifica le obbligazioni in base alla funzione non sono in necessario contrasto tra loro, in quanto descrivono la medesima fattispecie sotto prospettive diverse.

Fermo restando che per il primo orientamento si impone una valutazione di idoneità per verificare che l'atto o il fatto siano in armonia con l'ordinamento giuridico, mentre per il secondo l'operare della norma di legge abbisogna dei normali presupposti che condizionano l'operatività di qualsiasi norma.¹⁹³

Certamente, l'idea della legge come fonte dell'obbligazione non si può liquidare, in considerazione del suo altissimo valore storico e dell'influenza che ha esercitato nella formazione degli ordinamenti moderni, con meri rilievi razionalistici.¹⁹⁴ Ma non si può non concordare, avuto riguardo alle

¹⁹² Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 229-230. Peraltro, data la struttura del nostro libro IV sulle obbligazioni, non rileva, a livello pratico, se una obbligazione derivi da un fatto o direttamente dalla legge; è decisivo, invece, verificare se la stessa sia annoverabile tra i fatti illeciti o tra i fatti leciti, dato che la disciplina applicabile, in tal caso è differente.

¹⁹³ Cfr., in tal senso, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, a cura di F. Galgano, IV, *Delle obbligazioni* (art. 1173-1176), 1988, 228

¹⁹⁴ Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, p. 47, n. 72; ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097*, in *Riv.dir.comm.*, 1923, I, p. 511 ss., ritiene che sia giustificata la conservazione delle obbligazioni *ex lege* come una categoria generale, nella quale vanno comprese tutte le obbligazioni non aventi figura autonoma, e che non possono essere ricondotte ai due gruppi organici delle obbligazioni da contratto e da atto illecito; diversamente ed autorevolmente GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1999, p. 32, rileva che la figura dell'obbligazione *ex lege* è incoerente e si regge solo sulla forza della tradizione. Ad essa si fa ricorso quando si è in presenza di una obbligazione non inquadrabile nelle classiche fonti, ossia né nel contratto, né nel fatto illecito, e neppure nell'antico quasi-contratto o nel quasi-delitto. L'illustre Autore ricorda che non si suole qualificare come *ex lege* l'obbligazione di chi si è arricchito senza causa. La classicità di questa obbligazione, tradizionalmente qualificata da quasi delitto, fa pensare ad una obbligazione che sorge dal fatto giuridico dell'arricchimento senza causa; mentre si riserva il nome di obbligazione *ex lege* a quelle obbligazioni, nascenti senza il concorso della volontà dell'obbligato, che non hanno altrettanto solide basi nella tradizione e che appaiono dettate dalla volontà politica del legislatore. Per. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, pp. 524 ss p. 521, non si tratta di una autonoma categoria dogmatica, bensì di un relitto nella contrapposizione giusnaturalistica tra il negozio

risultanze desumibili dall'indagine eseguita sulla giurisprudenza, con chi rilevò che spesso la legge viene utilizzata come un'espressione di comodo, "una frase ellittica per dire che la legge ricollega un'obbligazione ad uno stato o ad un fatto, che non è contratto né atto illecito imputabile a colpa."¹⁹⁵

2.7 L'obbligazione *ex lege* intesa impropriamente come sinonimo di obbligazione nascente da un atto o da un fatto di cui al terzo elemento dell'art. 1173 c.c.. Le difficoltà della Suprema Corte ad individuare il confine tra fatto lecito e fatto illecito.

Dall'esame delle fattispecie che si passeranno brevemente in rassegna si potrà rilevare come la giurisprudenza, nel descrivere l'origine di determinate obbligazioni, affianchi impropriamente ed inopinatamente i termini "legge" e "fatto idoneo a produrla secondo l'ordinamento giuridico", creando una sorta di endiadi, il cui significato è la collocazione dell'obbligazione in una categoria residuale, non classificabile né tra i contratti, né tra i fatti illeciti di cui allo schema dell'art. 2043 c.c.

E' spesso il caso in cui ipotesi tipiche di fatti illeciti vengono confuse con obbligazioni di natura differente,¹⁹⁶ in quanto derogatorie della disciplina

come manifestazione di volontà individuale e la legge come manifestazione di volontà collettiva

¹⁹⁵ Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, p. 47, n. 72. Per G. DE SEMO, *Gestione di affari altrui (dir. vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, VII, 815, il concetto che conserviamo di obbligazioni derivanti dalla legge corrisponde a quello di obbligazioni derivanti non da una manifestazione o dichiarazione di volontà, ma da un fatto o da una situazione giuridica che in forza di legge lo produce, anche senza o contro la volontà dell'obbligato

¹⁹⁶ Nel nostro sistema, seppure pensato in funzione dell'atipicità dell'illecito, sia nel codice civile, sia in altre leggi speciali, sono previste ipotesi tipiche di illecito che altro non sono che specificazioni della clausola generale di cui all'art. 2043 (ALPA BESSONE ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti, Tratt. Dir. priv.*, diretto da Pietro Rescigno, VI, 14, Torino, 1995, pp. 23-24; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile. Scialoja e Branca. A cura di Galgano. Libro IV. Delle obbligazioni(2043/2059)*, Bologna -Roma, 1993 p. 27 ss.) e anche la giurisprudenza spesso qualifica alcune fattispecie positivamente indicate in altre norme solo come applicazioni particolari del dovere generico di non cagionare ad altri un danno ingiusto (Cfr. Cass. 28 febbraio 1992 n. 2501, *Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 2*, con riguardo alle norme in tema di concorrenza sleale di cui agli artt. 2598 oppure Cassazione 14 febbraio 1979 n. 971, in *Fallimento* 1979, 450, con

ordinaria per il criterio di imputazione¹⁹⁷ o per il criterio di stima del danno.¹⁹⁸

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, ad esempio, l'obbligazione

riguardo all'art. 21 comma 3 legge fall., rispetto all'art. 96 c.p.c. e con riguardo a quest'ultimo rispetto all'art. 2043.c.c.).

¹⁹⁷ È il risultato di una concezione del sistema della responsabilità civile polarizzata sull'elemento della colpa, secondo l'antica formula «nessuna responsabilità senza colpa», retaggio di una ricostruzione dell'istituto in chiave eminentemente preventiva e punitiva, che non sembra rispecchiare la pluralità di funzioni che tale sistema è in grado di realizzare. La crisi della concezione tradizionale è stata contrassegnata da un progressivo spostarsi dell'attenzione dalla posizione del danneggiante a quella del danneggiato. (Sul tema delle funzioni del sistema di responsabilità civile, si veda: TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 89 ss. Per la dottrina straniera, cfr. FLEMING, *The Law of Torts*, Sydney, 1987, 7^a ed., spec. 7 ss., 302 ss.; HEUSTON e BUCKLEY, *Law of Torts*, Londra, 1987, 9^a ed., 37 ss., VINEY, *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, diretto da Ghestin, Parigi, 1995, 2^a ed., 85 ss.);. Si è poi posto in rilievo che, in realtà, una valutazione della condotta del soggetto non è sempre necessaria, prescindendone le disposizioni degli artt. 965 ss. cod. nav., per i danni cagionati da aeromobili a terzi sulla superficie; quella degli artt. 15 ss. della legge n. 1860/1962, in tema di danni causati da incidenti nucleari, quella dell'art. 31 del R.D. 29 luglio 1927 n. 1443, in tema di danni connessi con l'esercizio di una miniera; quella risultante dal combinato disposto degli artt. 1 e 5, 3 comma, del d.p.r 24 maggio 1988 n. 224 in tema di responsabilità per danno da prodotto difettoso. Inoltre, la giurisprudenza ha inserito senza più dubbi, tra le norme di responsabilità oggettiva, le norme codicistiche di cui agli artt. 2051 (cfr Cass. 20 maggio 1998, n. 5301, in *Giur.it.*, 1999, p. 717; Cass. 15 gennaio 2003, n. 472, in *Giust. civ.* 2003, I,1820, Cass. 4 maggio 2004, n. 8457, in *Foro it.*, 2004, I, 2381), 2052 (Cass. 29 ottobre 2003 n. 16226, in *Danno e resp.*, 2004, 612 nota Benedetti), 2053 (Cass. sez. un. 11 novembre 1991, n. 12019, in *Foro it.*, 1993, I, 925). Riassumeva esplicitamente le obbligazioni in parola nella categoria delle *obligationes ex lege*, UNGER, *Handeln auf eigne Gefahr: ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz*, 1893, p. 144. Per CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004, p. 67, nota 165, via via che il requisito della volontà colpevole va sbiadendo nelle norme successive all'art. 2043, può avvertirsi come ancora attuale la carica suggestiva dell'antica formula del "quasi-contratto" e, in un senso più pregnante, sembra per alcuni che dell'obbligazione risarcitoria debba parlarsi come di una obbligazione nascente dalla legge.

¹⁹⁸ Cfr. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, 1083, rileva che nel linguaggio legislativo non è possibile istituire una costante connessione tra fatto illecito e risarcimento del danno da un lato, atto lecito dannoso ed indennità dall'altro. La prevalenza degli interpreti ha reputato impossibile costruire alcunché a partire dalla nozione di indennità o indennizzo, al posto di quella più tecnica di risarcimento, adoperata per l'illecito. Si pensi che il legislatore ha impiegato il termine indennizzo in almeno tre significati tra loro inconciliabili: come corrispettivo per il sacrificio di un diritto; come criterio per determinare la prestazione contrattuale assicurativa e come sinonimo di risarcimento.

riparatoria a carico dello Stato prevista dalla L. 24.3.2001, n. 89, non nasce *ex delicto*, ma *ex lege*, essendo riconducibile al "fatto" dell'eccessiva durata del processo, classificabile tra le obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c.. Non si tratterebbe, per questo orientamento, quindi, di obbligazione da fatto illecito in senso proprio, dato che non si richiede l'accertamento di un illecito secondo la nozione contemplata dall'art. 2043 c.c.. Ciò per la difformità della norma rispetto allo schema classico, che deriva dall'irrilevanza della prova dell'elemento soggettivo, e dal fatto che l'art. 2, l. n. 89/2001 fa riferimento ad un'equa riparazione dei danni, e non già ad un risarcimento.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Cfr., in tal senso, Cass. civ., 19 gennaio 2005 n. 1094, in *Giust.civ.Mass.*, 2005, 4; Cass., 26 marzo 2004 n. 6071, in *Dir. e giust.* 2004, 34 116; Cass., 3 aprile 2003, n. 5110, in *Giust. civ.*, 2003, 893; Cass., 22 ottobre 2002, n. 14885, in *Foro it.*, 2003, 846; Cass., 8 agosto 2002, n. 11987, in *Foro it.*, 2003, 849; Cass., 2 agosto 2002, n. 11600, in *Foro it.*, 2003, 852; Cass., 26 luglio 2002, n. 11046, in *Giust. civ.*, 2003, 696, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo nelle prime decisioni della Cassazione e in Danno e resp.*, 2002, 1114, con nota di PONZANELLI, *L'equa riparazione del danno secondo la legge Pinto: l'intervento della Cassazione e della Corte d'appello di Milano sulla vicenda Saeveke*. Ritengono invece che il rimedio sia qualificabile in termini indennitari e costituisca un'obbligazione derivante dalla legge, C. DE ROSE, *Equa riparazione per i processi troppo lunghi: la legge 24 marzo 2001, n. 89 e la sua derivazione europea*, in *Cons. stato* 2001, II, 459; S. IZAR, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge n. 89/2001 (cd. legge Pinto) sulla responsabilità dello Stato per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Resp.civ. prev.*, 2002, 971; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 262 ss.. Sulla natura di fatto illecito della durata irragionevole del processo si è però pronunciata la dottrina quasi unanime (G. PONZANELLI, *Equa riparazione per i processi troppo lenti*, in *Danno resp.* 2001, 570; ID. *Prova del danno non patrimoniale ed irrilevanza del danno esistenziale*, ivi, 2003, 271; F. LONGO, *L'art. 2 della legge Pinto: indennizzo o risarcimento?* in *Giur. it.*, 2003, 276 ss.; V. BARELA, *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2003, II, 150; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo nelle prime decisioni della Cassazione*, in *Giust.civ.*, 2003, I, 705; VENTURELLI, *Legge Pinto: per le Sezioni Unite la prova del danno non patrimoniale è in re ipsa*, in *Danno resp.*, 2004, 512). Per la giurisprudenza, in tal senso, vedi App. Roma, 10 luglio 2001, in *Corr. Giur.*, 2001, 1183 ss., in *Danno resp.*, 2001, 957, e in *Resp.civ.prev.*, 2001, 987 ss.; App. Torino 5 settembre 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 233 ss., con nota di CIVININI; App. Potenza 15 ottobre 2001, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2002, II, 416 ss.. La dottrina surrichiamata ha rilevato che il presupposto applicativo della legge Pinto (l'accertamento della durata irragionevole di un procedimento) è sicuramente una violazione di legge (non solo a livello di Convenzione internazionale, ma, prima ancora, di norma costituzionale, nonostante l'art. 2, legge 89/2001, non faccia riferimento all'art. 111 cost.) e tale constatazione è del tutto incompatibile con la pretesa natura indennitaria della

Questo percorso è evidente anche nelle motivazioni delle sentenze che riguardano la responsabilità degli amministratori di s.p.a. per aver violato il divieto di intraprendere nuove operazioni, ai sensi del comma 1 dell'art. 2449 c.c., abrogato.²⁰⁰ Questa fattispecie è stata classificata dalla Suprema Corte come una obbligazione ex lege, riconducibile all'alveo della responsabilità extracontrattuale, che non presuppone imprescindibilmente un fatto illecito, con tutte le caratteristiche di cui alla norma generale contenuta nell'art.2043 cc, e neppure richiede in ogni caso che il comportamento dei responsabili si estrinsechi mediante atti dolosi o colposi che siano causa diretta di danno per l'altrui patrimonio, posto che "tra la categoria dei fatti illeciti, intesi come comportamenti rientranti nella responsabilità aquiliana, e la contrapposta categoria della responsabilità contrattuale, esiste nell'ordinamento una numerosa gamma di ipotesi nelle quali la responsabilità di alcuni soggetti è dalla legge collegata a situazioni particolari descritte in fattispecie tipiche, per cui l'interprete –pur trattandosi di speciali forme di responsabilità extracontrattuale- non ha alcun margine per l'accertamento dei requisiti che normalmente caratterizzano i fatti illeciti

riparazione, che porterebbe ad identificare la fonte dell'obbligazione risarcitoria in un atto sostanzialmente lecito. L'ingiustizia del danno, nell'ipotesi in questione, è insita nella menzionata rilevanza primaria dell'interesse leso, compreso, come si è detto, nell'ambito dei diritti inviolabili della persona. Di più, è stato rilevato che difficilmente dalla previsione di un indennizzo anziché di un risarcimento si può con certezza escludere la natura di illecito aquiliano di un certo fatto. Anche il preciso richiamo dell' art. 2, 3° co., l. n. 89/2001 a tutte le conseguenze dannose della violazione (patrimoniali e non patrimoniali) pare ispirato al menzionato criterio della riparazione integrale del danno. In concreto, la diversa ricostruzione proposta rispetto a quella che gode dei favori della giurisprudenza ha influenza in punto di prescrizione del diritto all'indennizzo e del calcolo degli interessi e rivalutazione sul risarcimento dovuto (Cfr. Cass. 13 settembre 2006 n. 19652; Cass., 17 febbraio 2003, n. 2382, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 342 ; Cass., sez. I, 3 Aprile 2003 n. 5110, in *Giust. civ.* 2003, I, 893, Cass. 27 gennaio 2004, n. 1405, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 1).

²⁰⁰ In argomento, cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1996, 364. DEVESCOVI, *Nuove operazioni e responsabilità degli amministratori e dei liquidatori*, Padova, 1997; DI BRINA, *La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della s.p.a.*, Milano, 1997; R. RORDORF, *Perdita del capitale e responsabilità per nuove operazioni*, in *Società*, 1992, 1486 ss.; P. BOERO, *In tema di legittimazione attiva e di prescrizione dell'azione contro gli amministratori ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1990, II, 285 ss.; B. MARESCOTTI, *Scioglimento della società e responsabilità per le nuove*

perché il legislatore, con valutazione sovrana, ha ritenuto insita la fonte dell'obbligazione nella situazione considerata. In questi casi, si tratta, in definitiva, di quegli 'atti o fatti' di cui è cenno all'art. 1173 cc, idonei a far sorgere obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico".²⁰¹

Il dibattito dottrinale e la casistica giurisprudenziale hanno fatto emergere prospettive non certo concordi sull'esegesi del testo normativo.²⁰² I problemi di classificazione della fattispecie sembrano però essersi sopiti dopo l'entrata in vigore della riforma delle società e del nuovo art. 2485 c.c..²⁰³

Si è parlato di obbligazione legale appartenente al *tertium genus* di cui all'art. 1173 c.c. anche per la fattispecie dell'inadempimento della promessa di matrimonio di cui all'art. 81 c.c., sfuggendo la stessa dagli schemi di cui all'art. 2043 c.c..²⁰⁴ Tale difformità riguarda in particolare la sanzione per

operazioni, in *Società*, 1986, 1070 ss.

²⁰¹ Cfr. Cass. 22 novembre 1971, n. 3371; Trib. Milano 16 marzo 1972, App. Milano 29 marzo 1974; Cass. n°6431 del 27 novembre 1982, in *Società* 1983, 751; Cass. 19 settembre 1995 n. 9887, in *Foro it.*, 1996, I, 2873, con nota di VIDIRI, *Responsabilità degli amministratori per nuove operazioni e fallimento della società*, in *Società*, 1996, 282, con nota di ZAGRA, *Divieto di nuove operazioni: autonomia dell'azione ex art. 2449 c.c.*; *Notariato* 1996, 11, con nota di DONZELLI, *Configurabilità del divieto di nuove operazioni dopo lo scioglimento della società*; in *Giust. civ.*, 1996, I, 3255; ROMANO, *Responsabilità degli amministratori per la violazione del divieto di nuove operazioni*; Cass. 12 giugno 1997, n. 5275, *Foro it.*, 1997, I, 2907; nella giurisprudenza di merito, di recente, v. Trib. Reggio Emilia 14 agosto 1998, *id.*, *Rep.* 1999, voce cit., n. 1043, e *Giur. merito*, 1999, 499, Trib. Parma ord. 27 settembre 2004

²⁰² Cfr., a riguardo, NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, vol. 7, 1997, 466 ss.; DI BRINA, *La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della s.p.a.*, Milano, 1996; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*, Torino, 2002, 527 ss.

²⁰³ Gli amministratori rispondono, a seguito della novella legislativa, in caso di ritardo od omissione, personalmente e solidalmente per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi (art. 2485, comma primo). Si tratta di una responsabilità per un evento dannoso, causalmente ricollegato al compimento di atti esorbitanti i poteri degli amministratori. Cfr. PANZANI, *Interpretazioni dinamiche e nuove letture del diritto fallimentare: gli amministratori ed i soci*, in *Fallimento*, 2004, 9, 971; FABIANI, *L'azione di responsabilità per le operazioni successive allo scioglimento nel passaggio fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Il fallimento*, 2004, p. 292 ss.; PACIELLO, in SANDULLI SANTORO, *La riforma delle società*, 3, Torino, 2003, 247 ss.

²⁰⁴ Da ultima, Trib. Bari, 28 settembre 2006, in *Resp. civ.*, 2006, p. 1048 ss. In giurisprudenza si è detto anche trattarsi di "fattispecie risarcitoria speciale, tale da

l'inadempimento dell'obbligazione che consiste unicamente nelle spese fatte e nelle obbligazioni contratte in vista del matrimonio.²⁰⁵

2.8 Le suggestioni più recenti dei giuristi d'oltralpe in tema di obbligazioni di fonte legale ed eventuali ricadute sul nostro diritto. Considerazioni critiche.

2.8.1. Un tentativo incauto in materia di immissioni di far discendere una responsabilità obiettiva da una presunta obbligazione di fonte legale.

Nell'ultimo decennio, e, in particolare, in occasione del periodo di celebrazione del suo bicentenario, il codice civile francese è stato oggetto di numerosi studi che hanno avuto anche il merito di riconsiderare norme che per lo più erano rimaste inattuato, per coglierne una rinnovata modernità, attraverso una loro più estesa interpretazione.

Tra queste, la disposizione di cui all'art. 1370, che si occupa delle

escludere l'applicazione di altre fattispecie ipoteticamente applicabili, come l'art. 1337 e l'art. 2043 c.c.» (Trib. Monza, 6 giugno 2006; Cass. 10 agosto 1991 n. 8733, in *Giur. it.*, 1992, 1,1, 1108; App. Milano, 25 giugno 1954, in *Riv. dir. matr.*, 1954, p. 275; Trib. Salerno 3 settembre 1959, in *Tem. nap.*, 1960, I, p. 312, con nota di MAZZACANE, *Inadempimento alla promessa di matrimonio e legittimazione attiva all'azione di risarcimento*. In dottrina, analogamente OBERTO *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova, 1996; FINOCCHIARO F., *Del matrimonio*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 79-83, Bologna-Roma, 1971, 140; BONILINI, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1992, 35; BARASSI, *Natura ed effetti della promessa di matrimonio*, in *Nuovo dir.*, 1940, p. 282; muovendosi in quest'ottica qualche autore ha ravvisato nella promessa di matrimonio gli estremi dell'atto lecito dannoso (MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 283; TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 235 ss.; in argomento anche SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, 43).

²⁰⁵ Le ragioni della specialità e della conseguente prevalenza di un regime indubbiamente più restrittivo debbono essere individuate nell'esigenza di garantire la piena ed assoluta libertà nel compimento di un atto personalissimo come il matrimonio, e di limitare l'ambito delle conseguenze risarcitorie di un rifiuto che il legislatore ha voluto mantenere sino all'ultimo momento possibile e liberamente opponibile. D'altra parte, è di scarsa utilità la disputa circa la natura della promessa di matrimonio una volta constatato che il termine di decadenza, l'onere della prova in ordine all'elemento soggettivo, le conseguenze in tema di diritto internazionale privato (art. 26 legge 218/1995) sono tutte risolte dal legislatore.

obbligazioni che si formano per la sola autorità della legge.

Nella presente sezione, si passeranno in rassegna le più recenti considerazioni della dottrina francese, a riguardo, per porle in raffronto con gli orientamenti presenti nel nostro sistema giuridico. Ciò anche per verificare se possano o meno trarsi utili spunti dall'esperienza straniera.

Se risulta pacifico che nel nostro ordinamento non possano essere considerate obbligazioni in senso tecnico quelle afferenti alla tutela della proprietà nei riguardi dei terzi, quali il dovere di astenersi dal compiere immissioni,²⁰⁶ diversamente si ritiene in Francia. Ciò forse per il fatto che il *code civil* non possiede una norma quale il nostro art. 844 c.c..²⁰⁷

²⁰⁶ Analogamente si può dire del divieto di compiere atti di emulazione, di non arrecare danno al vicino in opere di escavazione del sottosuolo, di osservare le distanze nelle costruzioni, di rispettare nella situazione di comproprietà l'analogo diritto che hanno altri sulla cosa comune, così DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., sub. Art. 1173, p. 48

²⁰⁷ La letteratura sulla nostra norma in tema di immissioni è vastissima e non potrebbe essere richiamata con completezza in questa sede. In via meramente esemplificativa, tra i contributi monografici si vedano SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e rapporto proprietario*, Napoli, 1984; NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1985; tra gli innumerevoli saggi pubblicati sul tema vedi, ad es., G. VISINTINI, *Immissioni (diritto civile)*, in *Nss. D.I., Appendice*, Torino 1980, 1218 ss.; D'ANGELO, *L'art. 844 c.c. e il diritto alla salute*, in *Tutela della salute e diritto privato* a cura di BRECCIA e BUSNELLI, Milano, 1978, 431 ss.; IANNELLI, *Sulla tutela delle immissioni industriali e sulla non operatività dell'art. 844 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 371 ss.; SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 127 ss. Nel silenzio dell'art. 844 c.c., supportata da decisioni giurisprudenziali altalenanti, la nostra dottrina si è divisa sulla natura giuridica dell'indennità di cui al medesimo articolo. È stata qualificata come corrispettivo di una costituzione di servitù coattiva (GALLINARI, *Le immissioni indirette e l'art. 844 c.c.*, in *Riv.trim.dir. proc.*, 1948, 280) o di una ipotesi di responsabilità oggettiva (TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 347) o di limitazioni sostanzialmente espropriative (RADAELLI, *Nuove considerazioni sul problema dei danni nei rapporti di vicinato*, in *Riv.dir.civ.*, II, 1941, 220), o di un fatto lecito dannoso (TUCCI, *La responsabilità da atto lecito dannoso*, in *Riv.dir.civ.*, I, 1967, 224; per una approfondita disamina delle varie teorie, vedi SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, 326.. Quel che si può rilevare è che la giurisprudenza differenzia chiaramente l'indennità dovuta ex art. 844, 2° comma, quale corrispettivo che spetta al titolare di un bene per le conseguenze derivanti dalla limitazione di un suo diritto, dal risarcimento del danno ex art. 2043, che va a reintegrare il patrimonio di un soggetto che ha subito un danno ingiusto (Cass. 7 agosto 2002, n. 11915, in *Giur. it.* 2003, 1796, con nota di PETRI; Cass. 6 dicembre 2000, n. 15509, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2558; Cass. 6 giugno 2000, n. 7545, in *Riv. giur. edil.* 2000, I,

Non potendosi appoggiare ad alcun testo legislativo, un primo orientamento ha ricollegato la fattispecie di cui si tratta alla nozione del *quasi-contrat de voisinage*, fondandola sugli articoli 651 e 1370 del code civil²⁰⁸ o alle obbligazioni *propter rem*, con il risultato dell'applicabilità dell'art. 1147 (responsabilità per inadempimento contrattuale). Altra dottrina ha ricollegato l'ambito dei *troubles de voisinage* all'art. 544, che enuncia i limiti e gli obblighi del diritto di proprietà (*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*), escludendo la responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 1382.²⁰⁹ Successivamente si è proposto di individuare la fonte di specifiche obbligazioni di vicinato in parte nella legge (date le numerose disposizioni nel quadro delle servitù legali) e in parte nella consuetudine integratrice, vista l'incompletezza del codice.²¹⁰

La corrente dottrinale che ha avuto per lungo periodo un numero di adesioni maggiore è quella che ha cercato di fondare la responsabilità per *troubles de voisinage* sull'idea della colpa e sull'abuso del diritto, con applicazione

1086).

²⁰⁸ Vedi POTHIER, *Ed. Bugnet, Traité du contrat de société*, t. IV, *De la société*, n° 235 ; questa soluzione è stata criticata per il fatto che tali articoli si rapportano ad obbligazioni speciali che la legge impone ai proprietari vicini e che enuncia nell'articolo 652; H. CAPITANT, *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*, in *Rev. crit. légis et jurispr.*, 1900, p. 156, n° 187, vi riconduceva l'obbligazione di non eccedere les « *inconvenients ordinaires habituels du voisinage* ».

²⁰⁹ A. SÉRIAUX, *Droit de obligations*, éd PUF, coll. *Droit fondamental*, 1992, n. 122, p. 395, argomentava dalla distinzione tra il diritto dei beni e il diritto delle obbligazioni, secondo la quale il diritto dei beni concerne la ripartizione o distribuzione dei beni tra le persone, ed il suo compito principale è quello di precisare con esattezza quali le possibili frontiere tra le persone e i loro beni. Il diritto delle obbligazioni riguarda, invece, il trasferimento dei beni tra le persone, trasferimento che necessita di un atto di volontà, responsabile, imputabile. Ma l'idea dell'inapplicabilità in materia dell'art. 1382, che non presuppone tale legame, e dell'irrelevanza del requisito della colpa nell'autore di immissioni, non trovò seguito nella dottrina successiva né presso la giurisprudenza.

²¹⁰ Cfr. J.B. BLAISE, *Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage*, in *Rev.trim.droit. civ.*, 1965, p. 260 284. In senso favorevole a tale impostazione e alla teoria dell'obbligazione legale anche R. RODIÈRE, nella sua rassegna di giurisprudenza sulla responsabilità civile, in *Rev.trim. droit civ.*, 1965, p. 642 ss.

dell'art. 1382 c.c.. Secondo tale dottrina, è superfluo uno sforzo concettuale diretto a costruire una obbligazione di fonte legale o derivante da quasi-contratto a carico dei proprietari vicini, perché è sufficiente il ricorso al principio del *neminem laedere*.²¹¹ Altri infine hanno voluto ricondurre la disciplina delle immissioni alla responsabilità per fatto della cosa di cui all'art. 1384, comma 1, del codice civile.²¹²

Alla luce del fatto che la società moderna ha visto modificare sensibilmente i rapporti di vicinato, a causa delle note profonde trasformazioni economiche, ed i danni creati sono divenuti numerosi ed inevitabili, è nata una costruzione giurisprudenziale, autonoma, che si caratterizza per il regime di responsabilità oggettiva che istituisce *dans le cadre des rapports de voisinage*. Nè le responsabilità delittuali e quasi-delittuali per il fatto della cosa, nè la teoria dell'abuso del diritto permettevano, infatti, di considerare tutti i danni e sarebbe stato ingiusto lasciarli a carico delle vittime.

Si rilevò che questa responsabilità non esige colpa, nè intenzione di nuocere, nè un comportamento illecito, dato che l'esame degli elementi determinanti evidenzia il suo carattere obiettivo.²¹³

²¹¹ Cfr. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, I, *Le sources de la responsabilité civile*, Paris, 1951, n. 70 ss a p. 91; Per H. MAZEAUD, in H. E L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Paris, 1957, p. 678, "la réparation des troubles de voisinage restait fondée sur la faute, et il considérait comme telle l'immissio de celui qui pénètre chez son voisin par des bruits, des fumées, des odeurs, etc. En d'autres termes, la faute réside dans le fait d'envahir le domaine d'autrui. Cette approche n'a pas non plus été retenue car elle n'explique pas pourquoi la jurisprudence exige que le préjudice subi par la victime excède les inconvénients normaux du voisinage. D'autres tentent de la rattacher à la théorie de l'abus de droit. Ils en déduisent l'existence d'une faute dans l'abus d'un droit ce qui permet de retrouver la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du code civil. Mais cette théorie impose un caractère abusif dans l'exercice d'un droit, et l'intention de nuire, ce qui ne se retrouve pas toujours dans les situations que souhaite régir la théorie des troubles de voisinage. Certains encore voudraient fonder la théorie sur la notion d'immissio. Dès lors que "l'empiètement" excède la mesure des obligations ordinaires de voisinage, il y aurait faute de la part du voisin, ce qui pourrait permettre l'application de la responsabilité délictuelle de droit commun". Vedi poi F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil : les biens*, DALLOZ, 1992, 4ème éd., n° 315, p. 201 et 202.

²¹² Vedi DURRY in *Rev. trim. dr. civ.* 1971, p. 856

²¹³ A questo proposito, vedi Cass. Civ. 3ème, 4 février 1971 (deux arrêts), *J.C.P.*

La Cassazione, in una sentenza del 1986,²¹⁴ mise fine alle polemiche abbandonando l'utilizzo degli articoli 544 e 1382 del *code civil* e preferendo accogliere il principio secondo il quale « *nul ne doit causer à autrui un trouble de voisinage* ». Nell'ambito dei rapporti di vicinato, in effetti, una gran parte dei danni occasionati non nasce da un comportamento colposo del vicino. Allo stesso tempo, un comportamento illecito non è necessario, potendo crearsi un danno anche senza l'intenzione di nuocere o senza violazioni di leggi o regolamenti. L'autonomia di questo regime di responsabilità, ed il suo carattere puramente pretorio, permettono di prendere in considerazione tali situazioni di fatto, e dunque di rispondere alle esigenze della società moderna.²¹⁵

I risultati cui è giunta la giurisprudenza in questo ambito vengono in rilievo per la materia di cui si tratta, considerando che un giurista francese, forse frettolosamente, ne ha preso spunto per trarne indicazioni utili per altri contesti relativi ad obbligazioni di fonte *stricto sensu* legale.²¹⁶ Si è, innanzitutto, messo in rilievo che la determinazione del contenuto delle obbligazioni legali pone la questione fondamentale della loro esistenza

1971, II, 16781, con nota di LINDON (tale sentenza cassava due decisioni che avevano subordinato la riparazione del danno alla prova della colpa).

²¹⁴ Cfr. Cass. 2e civ., 19 nov. 1986, in *Bull. civ.* II, n° 172

²¹⁵ Vedi Cass. Civ 2ème 20 juin 1990, *Bull. civ.*, II, n° 140, per la quale "*l'article 1384 du code civil est étranger à la réparation des troubles de voisinage*», e che afferma l'autonomia della teoria degli "*inconvenients anormaux de voisinage*", enunciando che: "*Le droit pour un propriétaire de jouir de sa chose de la manière la plus absolue, sauf usage prohibé par les règlements, est limité par l'obligation qu'il a de ne causer à la propriété d'autrui aucun dommage dépassant les inconvenients normaux du voisinage*". Vedi poi Cass. Civ., 3ème, 24 octobre 1990, *Bull. civ.*, III, n° 205: "*Du principe que nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage, il résulte que les juges du fond doivent rechercher si les nuisances, même en l'absence de toute infraction aux règlements, n'excèdent pas les inconvenients normaux de voisinage*". Si tratta di un indirizzo che ha una corrispondenza nella previsione espressa dall'*avant-projet* del settembre 2005 per la ricodificazione del codice civile francese (nel titolo della responsabilità extracontrattuale) (art. 1361). § 4 – *Les troubles de voisinage* "*Le propriétaire, le détenteur ou l'exploitant d'un fonds, qui provoque un trouble excédant les inconvenients normaux du voisinage, est de plein droit responsable des conséquences de ce trouble*".

²¹⁶ cfr. F. GARRON, *L'article 1370 du Code civil, Extrait du dossier Bicentenaire du Code civil : les petits articles sont également de la fête*, in *Revue Lamy droit civil*, 2004, n° 7, p. 49, sous la direction de Jacques Mestre.

implicita. Nonostante la chiara contraddizione insita nel concepire delle obbligazioni legali fuori da previsioni testuali, si rileva che la giurisprudenza francese si è orientata in questo senso. Le decisioni adottate nel campo dei *troubles anormaux du voisinage* ne sono la testimonianza. Si tratterebbe, nel caso di specie, per quest'autore, di un autentico obbligo legale inerente alla qualità del proprietario. Né può essere assimilato al dovere che si impone a tutti di comportarsi « *en bon père de famille* », poiché la stessa giurisprudenza scarta formalmente la necessità di una colpa per sanzionare il proprietario. Pertanto, questo obbligo legale implicitamente espresso dall'articolo 544, s'inscriverebbe, piuttosto nell'alveo delle obbligazioni *ex lege*, considerato che l'art. 1370 fa espresso riferimento alle obbligazioni tra proprietari vicini. Ma come abbiamo già anticipato, il compimento di immissioni intollerabili non può considerarsi in senso tecnico fonte dell'obbligazione.²¹⁷ L'ordinamento mette a disposizione del soggetto leso tecniche di tutela coercitive e non si ricorre a quella forma di cooperazione rappresentata dall'obbligazione.²¹⁸

Quest'autore, però, forse spinto dall'entusiasmo per i festeggiamenti del bicentenario del *code civil*, afferma che l'articolo 1370 c.c., pur essendo solo il cappello introduttivo del titolo quarto del *code civil* che regge le obbligazioni extracontrattuali potrebbe avere un avvenire importante, considerata anche la capacità della giurisprudenza di utilizzare, con arte consumata, le disposizioni introduttive del codice per adattare la legge alle evoluzioni della società. Ne sarebbe testimonianza la creazione di una responsabilità di pieno diritto per il fatto delle cose che sono sotto la propria custodia o delle persone di cui si deve rispondere.

Si trae quindi²¹⁹ dalla giurisprudenza relativa ai *troubles de voisinage* un precedente fondamentale, al quale ispirarsi quando parrà più utile, ed in

²¹⁷ Lo ha chiarito già da tempo HENCKEL, *Vorbeugender Rechtsschutz*, in *Zivilrecht, Arch. civ.pr.*, 174, 1974, 97 ss.

²¹⁸ Cfr., in tal senso, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, sub. Art. 1173, p. 46

²¹⁹ Cfr. F. GARRON, *L'article 1370 du Code civil, Extrait du dossier Bicentenaire du Code civil : les petits articles sont également de la fête*, cit. p. 49

particolare nel campo commerciale delle obbligazioni professionali.²²⁰ L'obbligazione che nasce dall'autorità della legge, quindi, fungerebbe da volano per il riconoscimento di nuovi casi di responsabilità obiettiva, laddove le esigenze della società moderna lo richiedano. Un tale collegamento, che sembra, *prima facie*, forzato, tra inadempimento di una obbligazione ex lege e responsabilità extracontrattuale obiettiva può avere un significato solo in un sistema, quale quello francese, che non prevede una disciplina generale delle obbligazioni e che pertanto non può appoggiarsi alla relativa disciplina sull'inadempimento, quale quella di cui al nostro art. 1218 c.c.. Né si può tracciare un parallelo con i casi di responsabilità extracontrattuale definita legale dalla nostra giurisprudenza, di cui si è già dato conto, in quanto in quelle ipotesi l'obbligazione è legale nel senso del tutto atecnico, che vuole indicare una sua specialità rispetto allo schema di cui all'art. 2043 c.c.

2.8.2 L'apparenza come obbligazione ex lege o come quasi-contratto: lo stato dell'arte in Francia ed in Italia

L'istituto dell'apparenza è stato classificato dalla maggior parte degli autori francesi come un'ipotesi di quasi-contratto.²²¹ Occorre tenere in considerazione, però, l'opinione recente di chi ritiene che tale figura costituisca un'obbligazione risultante solo dalla legge.

Come è noto, secondo la teoria dell'apparenza, “gli atti compiuti da una

²²⁰ Indipendentemente dalle condizioni dettate dall'art. 1382 per la responsabilità civile, F. GARRON, *L'article 1370 du Code civil, Extrait du dossier Bicentenaire du Code civil : les petits articles sont également de la fête, cit.*, p. 49, ritiene che gli imprenditori si possano avvalere verso i loro concorrenti di queste obbligazioni legali, senza dover provare la colpa, come si trattasse di un debito da obbligazione contrattuale.

²²¹ Cfr. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. III, Paris, 1923, n. 79, p. 123 ss.; BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, thèse Caen, 1989, n. 838 e ss., p. 514 ss.; PH LE TOURNEAU, *Encycl. Dalloz, Rép. Civ.*, V, *Quasi-contrat*, 1995, n. 44-50; BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 2003, n. 451, p. 296; HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, R.t.d.civ.*, 1969, n. 26 e ss., p. 677, che assimila il meccanismo della società di fatto ad un quasi contratto.

persona fuorviata da una situazione giuridica difforme dalla realtà, ma che mostra le caratteristiche esteriori di una situazione reale, sono definitivi e opponibili a terzi come lo sarebbero gli atti aventi il loro fondamento in situazioni del tutto regolari”.²²² L’assenza di accordo di volontà tra il titolare reale e il terzo vittima di abuso pone ineluttabilmente, per una recente dottrina, le situazioni rilevanti dell’apparenza nel contesto delle obbligazioni legali.²²³ Ciò si afferma in consapevole contrasto con chi, a proposito del mandato apparente, ha sostenuto la sua inclusione nella categoria quasi-contrattuale, in quanto “non è negare l’autonomia della teoria dell’apparenza avvicinarla alla teoria del quasi-contratto, ma al contrario darle un posto in seno alle fonti dell’obbligazione.”²²⁴ La nozione del quasi-contratto comprende, infatti, relazioni di natura contrattuale imposte dalla legge, a prescindere dalla volontà reale delle parti o di una o dell’altra.²²⁵ Parimenti, per il prof. Bénabent il meccanismo dell’apparenza corrisponde perfettamente a quello di un quasi-contratto. Manca, infatti, un accordo di volontà tra il titolare reale del diritto e il terzo che l’acquista, e il legame che si instaura sembra trovare il suo fondamento nella legge. Inoltre, si producono esattamente gli effetti di un contratto, come se il titolare reale avesse contrattato veramente con il terzo acquirente. In considerazione del fatto che la lista dei quasi-contratti indicata nel codice non è tassativa, visto che l’elenco di cui all’art. 1370, comma 4, è preceduto dall’espressione “tels que”, e che tutti gli elementi di tale istituto nel caso sono presenti, si è ritenuto giusto ricondurre la teoria dell’apparenza tale nozione.²²⁶

²²² Cfr. J.C. LAURENT, *L'apparence dans les qualifications juridiques*, Thèse Caen, 1931, p. 5

²²³ Cfr. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, 1997, p. 211

²²⁴ Cfr. A. BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, Thèse Caen, 1989, n. 857, p. 528; PH. LE TOURNEAU, *Résp.civ.*, V, *Le mandat*, 1992, n. 162 ss.

²²⁵ Cfr. A. BATTEUR, *op.cit.*, n. 847, p. 522

²²⁶ Cfr. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 3 ed. Domat-Montchrestien, n. 371, p. 202 ss. Occorre però che l’apparenza sia sufficiente a creare una verosimiglianza tra ciò che si crede e la vera situazione in cui versano il titolare apparente e il terzo vittima di abuso. Non è, infatti, nell’apparenza o nell’affidamento erroneo dei terzi vittima di abuso che si trova l’origine dell’obbligazione a carico del titolare reale, ma nel carattere legittimo di tale affidamento. La legittimità dell’errore è l’origine dell’obbligazione che incombe sul titolare reale. La situazione è considerata invincibile ogni volta che sia

La fonte di questa obbligazione, secondo il succitato filone dottrinale,²²⁷ deve, invece, essere considerata la sola autorità della legge, poiché l'apparenza, a differenza del quasi-contratto non implica una relazione tra il titolare reale e il terzo vittima di abuso, non procedendo per mezzo di una trasmissione del diritto dall'uno all'altro. Questo sarebbe il punto di divergenza fondamentale tra l'obbligazione che risulta solo dall'autorità della legge e l'obbligazione che risulta da un quasi-contratto. Tale ultimo orientamento, peraltro, gode del favore di una corrente giurisprudenziale, secondo la quale "il terzo di buona fede che agisce sotto il dominio dell'errore comune non ottiene il suo diritto né dal proprietario apparente né dal proprietario reale, ma ne è investito per effetto della legge e la nullità del titolo del proprietario apparente è senza influenza sulla validità della alienazione da lui consentita".²²⁸

Il senso di questa formula è, a prima vista, poco comprensibile, visto che le ipotesi in cui essa è utilizzata non sono previste dal diritto positivo francese. Va considerato, però, che numerosi autori hanno proposto di attribuire all'adagio *error communis facit jus*, analizzato come consuetudine o come principio generale del diritto, il fondamento delle soluzioni rese sul terreno dell'apparenza.²²⁹ E' vero, infatti, che se la legge è, in senso stretto, quella inserita nei codici, essa è in senso ampio l'insieme delle regole del diritto positivo, che comprende indistintamente il diritto scritto, la giurisprudenza, la consuetudine, e i principi generali del diritto.

ragionevolmente impossibile avere un'altra rappresentazione della realtà rispetto a quella che risulta dall'apparenza erronea. Il grado di questa impossibilità è stato fissato dalla giurisprudenza nel brocardo: *error communis facit ius*.

²²⁷ Cfr. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, 1997, 215; J. GHESTIN-G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1994, n. 849, p. 838

²²⁸ Vedi Cass. 22 luglio 1986, in *Bull. Civ.*, I, n. 214 p. 205; D. 1987, IR 13; Cass. 3 avril 1963, S. 1964, p. 1, n. A. PLANCQUEEL; D. 1964, p. 306, n. J. CALAIS-AULOY, *JCP* 1964, II, 13502 n. J. MAZEAUD, *R.t.d.civ.* 1964, p. 346, con nota di J.-D. Bredin

²²⁹ Cfr. MARTY E RAYNAUD et JOURDAIN, *Droit civil. Les biens*, Paris, 1995, n. 45, p. 55; PH. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires set du management au XXI siècle*, Dalloz, 2000, p. 119; H. L. MAZEAUD, J. MAZEAUD E F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. I, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1998, n. 151, p. 145; PLANIOL e RIPERT, *Droit civil*, t. III, 1952, n. 246, p. 246, t. IV, 1928, n. 345,

Altro recente orientamento, però,²³⁰ pur riconoscendo che la teoria dell'apparenza può avere per effetto di impegnare un soggetto senza che sia intercorsa alcuna convenzione, rileva correttamente che la pur ambigua espressione “*autorité seule de la loi*” dell’art. 1370 non può essere ricondotta al significato di principio di diritto in generale, ma indica la legge in senso stretto.

In definitiva, quella dell'apparenza del diritto è in realtà una soluzione giuridica che può essere compresa solo facendo riferimento alle regole della giustizia distributiva. In una società in cui regna l'apparenza, ciascuno è in diritto, avendo fatto il possibile per evitare errori, di fidarsi di questa apparenza. Non essendoci alcuno scambio di beni nè volontario né involontario, il ruolo chiave è giocato dall'errore legittimo, che ha come funzione la protezione del titolare reale del diritto che non deve subire le negligenze o imprudenze altrui.

Lo sforzo della dottrina di reperire dei referenti di diritto positivo su cui ancorare il principio dell'*apparentia iuris* non deve essere inteso come mero esercizio dogmatico, ma come un'utile attività onde evitare che il pur commendevole intento della giurisprudenza di fornire una risposta equitativa alle esigenze di tutela dell'affidamento del terzo nella contrattazione, ampliando la tutela di chi fa affidamento incolpevole su una situazione apparente, legittimi una inopportuna contiguità con un sistema delle fonti alieno alla nostra tradizione giuridica.²³¹ Va comunque rilevato

p. 414; F. TERRE E PH. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 2001, n. 71, p. 81

²³⁰ Cfr. A. D. FATÔME, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, p. 371. Tale autrice non concorda nemmeno con chi riconduce l'apparenza alla categoria dei quasi-contratti. In effetti, il problema dell'inadeguatezza della definizione del quasi-contratto nel ricomprendere tale ipotesi è stata rilevata da tempo, e si è suggerito di novellare la norma stabilendo che “ il quasi contratto è un fatto puramente volontario dal quale risulta o un diritto o un profitto per il suo autore o una obbligazione a suo carico o delle obbligazioni reciproche con un terzo” (J. FLOUR, n. 58; ma anche fin da MARCADÉ, p. 250; LAROMBIÈRE, n. 2; BAUDRY-LACANTINIEE e L. BARDE, n. 2783) Secondo FATÔME, invece, per disciplinare la figura dell'apparenza, andrebbe inserito nell'articolo che prevede le obbligazioni che si formano senza convenzione una terza fonte di tale tenore “*Les engagements qui se forment par l'effet de l'apparence résultent de la croyance légitime d'un tiers qui voit consacré à son profit l'objet de cette croyance*”.

²³¹ Nella nostra dottrina, in argomento, vedi SACCO, *Apparenza*, in *Digesto civ.*, I,

che i nostri interpreti hanno focalizzato la propria attenzione soprattutto sugli effetti prodotti dall'apparenza, indagando meno la sua collocazione all'interno della classificazione delle fonti dell'obbligazione. Ma va, pure, posto in evidenza che l'apparenza esplica i suoi effetti in esito ad una fattispecie a struttura complessa, che consta di atti e fatti compiuti da più soggetti, dal requisito della buona fede della vittima dell'apparenza, e spesso dalla colpa del titolare reale.

Benché sia giusto concordare con chi ha affermato che nel nostro ordinamento il principio dell'apparenza è stato sostanzialmente creato dalla giurisprudenza in modo preterlegale,²³² occorre anche rilevare che, a differenza che nel sistema d'oltralpe, il nostro codice civile prevede diversi casi in cui l'apparenza esplica effetti rilevanti. Innanzitutto, viene in considerazione l'art. 1189, primo comma, codice civile, che riconosce effetto liberatorio al pagamento effettuato dal debitore in buona fede a chi appare, in base a circostanze univoche, legittimato a riceverlo, con una palese scissione tra l'estinzione dell'obbligo adempitivo di un'obbligazione e la realizzazione del diritto di credito, in deroga alla regola generale secondo cui l'estinzione dell'obbligazione coincide con la soddisfazione dell'interesse del creditore e la conseguente realizzazione del diritto. Altra fattispecie legislativamente prevista, riconducibile al principio dell'apparenza giuridica, è rappresentata dall'art. 534, secondo comma, c.c., che fa salvi gli acquisti a titolo oneroso degli aventi causa dall'erede apparente che provino di avere contratto in buona fede, con una apparenza determinata dal comportamento oggettivo tenuto da colui che appare erede non tanto nei confronti

Torino, 1987, 357; FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 689. Cfr., inoltre, MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, 181; BESSONE e DI PAOLO, *Apparenza*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1 ss.; SPALLAROSSA, *Note in tema di apparenza del diritto*, in *Foro padano*, 1972, I, 537; STOLFI, *In tema di apparenza giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 107; RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 311; RICCIO, *La tendenza generalizzatrice del principio dell'apparenza del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 520; TRANQUILLO, *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, in *Giur. it.*, 1996, 426; CASSANO, *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente*, in *Contr.*, 2003, 72.

²³² Cfr. SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 357

dell'acquirente quanto dei terzi in generale e, quindi, a prescindere da ciò che egli abbia dichiarato e dal possesso dei beni ereditari. Vengono, poi, in rilievo: l'art. 1729, in base al quale gli atti compiuti dal mandatario prima di avere conoscenza dell'estinzione del mandato sono validi nei confronti del mandante e dei suoi eredi, e l'art. 1835, secondo comma, che attribuisce efficacia probatoria, nei rapporti tra banca e depositante, alle annotazioni sul libretto di deposito a risparmio firmate dall'impiegato che appare addetto al servizio. In tutte le suddette fattispecie, il legislatore ha considerato prevalente l'interesse ad una completa tutela dell'affidamento dei terzi in buona fede sull'interesse ad una reale e legittima operazione giuridica. Tali norme sono espressione della c.d. apparenza "pura", proprio perché la colpa o il dolo di chi può aver indotto qualcuno in errore non è elemento indispensabile ai fini della configurabilità e quindi della tutela dell'apparenza.²³³

Ciò diversamente da quanto accade in tema di rappresentanza, ove la giurisprudenza assegna alla colpa del rappresentato apparente un ruolo determinante per la vincolatività del contratto concluso in modo irregolare. La presenza di tale elemento funge, quindi, da criterio di qualificazione dell'apparenza, che non può essere definita in questo caso "pura", bensì "colposa". Certo, è soprattutto in tale fattispecie di derivazione giurisprudenziale che individuare la fonte dell'obbligazione può avere un senso. Il tutto è stato indagato, però, come già detto, principalmente dal punto di vista degli effetti e quindi della natura della responsabilità del falso rappresentato. A questo riguardo vi sono state divisioni in giurisprudenza. E' stato detto che un'interpretazione che garantisca la conservazione del

²³³ Partendo dal presupposto che la regola è il principio di solidarietà previsto e disciplinato all'art. 2 cost., che impronta di sé l'intero campo del diritto privato, inteso come diritto che regola i rapporti intersoggettivi, è ormai unanimemente riconosciuto che il principio dell'apparenza giuridica, proprio perché riconducibile al più ampio principio della tutela dell'affidamento dei terzi in buona fede - a seguito di una determinata situazione oggettiva - è una regola generale dell'ordinamento in quanto espressione del più ampio principio di autoreponsabilità. Perciò, chi immette o dà causa all'immissione di dichiarazioni nel traffico giuridico è assoggettato alle conseguenze di esse secondo il loro obiettivo significato.

negozio frutto dell'illecito del *falsus procurator* potrebbe giustificarsi solo "in forza di una realistica direttiva di protezione dell'affidamento", che dia vita ad una responsabilità per la creazione di apparenza intesa come figura autonoma rispetto alle altre ipotesi di responsabilità già conosciute dall'ordinamento.²³⁴ A seguito della nota espansione delle posizioni soggettive tutelabili in via extracontrattuale, non si fatica, però, ad individuare un interesse del terzo giuridicamente protetto, la cui lesione rappresenti, per il responsabile della situazione di apparenza, fonte di obbligazione risarcitoria per fatto illecito. Si può, a tal riguardo, pensare che la condotta dello pseudo-rappresentante leda proprio la libertà negoziale del terzo, che si estrinseca nel diritto a non subire inganni in ordine al soggetto con cui si contratta. Altro orientamento giurisprudenziale, in tema di rappresentanza apparente, ha fondato la protezione del terzo di buona fede, che abbia fatto ragionevole affidamento nell'apparenza, anche sulla autoresponsabilità del titolare del diritto per aver creato l'apparenza con la propria negligenza o colpa, ed ha affermato la responsabilità precontrattuale

²³⁴ cfr. BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 374 ss., e sp. p. 386. Nell'ambito della responsabilità extracontrattuale si collocano però Cass., 17 marzo 1975, n. 1020, in *Foro it.*, I, c. 2267, con nota di DI LELLA. Al riguardo si veda anche STOLFI, *Note minime sull'apparenza del diritto*, in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1, 797 ss.: ID., *In tema di apparenza giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 107 ss.; Cass. 25 febbraio 1953, n. 457 in *Riv. dir. comm.* 1953, II, 118, con nota critica di MENGONI; Cass. 20 settembre 1954, n. 3080, in *Giust. civ.*, 1954, I, 2115; Cass. 26 settembre 1955, n. 2633, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1612; Cass. 31 gennaio 1958, n. 71 in *Mass. Giur. it.*, 1958; Cass. 8 ottobre 1960, n. 2613 in *Foro pad.*, 1961, I, 18; cfr. Cass., 27 novembre 2002, n. 16740, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, secondo cui "integra una situazione che è fonte di responsabilità solidale da illecito, ai sensi dell'art. 2055 c.c., idonea a sorreggere una statuizione di condanna solidale dei due soggetti corresponsabili, quella nella quale il mandante (nella specie una società immobiliare) concorre, anche attraverso comportamenti omissivi, a creare una situazione di apparenza in virtù della quale il terzo si affida, senza colpa, e versa nelle mani del procuratore infedele alcune somme di denaro per una promessa di vendita di un immobile, poi mai adempiuta dalla società mandante". L'apparenza, può, poi, essere fonte di obbligazioni nell'ambito dei rapporti negoziali (Così Cass., 4 dicembre 1971, n. 3510, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 882, come già Cass., 7 aprile 1964, n. 780), ed, infatti, il coniuge rimasto estraneo al contratto è stato chiamato a rispondere delle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia dall'altro coniuge, in base al generale principio dell'apparenza colposa (Cfr. Cass., 7 luglio 1995, n. 7501, in *Mass. Foro it.*, 1995; Cass. 7 aprile 1964, n. 780 in *Foro pad.*, 1965, I, 58 con nota di MONTEL).

ex art. 1337 e 1338 c.c. di una società di investimenti mobiliari in relazione all'operato di un suo agente senza rappresentanza, appropriatosi di somme versate da un cliente per l'esecuzione di un'operazione di investimento azionario.²³⁵ In quest'ottica, integra violazione dell'obbligo di buona fede il comportamento di colui che, dopo aver dato vita ad una situazione di apparenza giuridica, mediante fatti a lui imputabili, pretenda di sottrarsi agli effetti che ne conseguono, invocando la situazione realmente esistente. Fondamento del principio di apparenza colposa sarebbe allora la regola della buona fede oggettivamente intesa: "la ricorrenza di circostanze oggettive ed univoche per fatto imputabile alla parte cui si riferisce la situazione giuridica apparente integrerebbe gli estremi di un venire *contra factum proprium* che, se accompagnato dalla buona fede soggettiva del terzo (intesa come affidamento non incauto sulla reale esistenza della situazione giuridica lasciata trasparire dalle circostanze di fatto), verrebbe sanzionato attribuendo efficacia al contratto da questi concluso".²³⁶

La giusta collocazione della rappresentanza apparente, se non nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, andrà ricondotta, quindi, nell'alveo della antica categoria quasi-contrattuale o meglio tra gli atti o fatti idonei a creare un'obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico. La fattispecie ricopre, insomma, una collocazione simile a quella delle obbligazioni senza doveri primari di prestazione, di cui si accennerà in seguito, mancando però, nel caso, il requisito della professionalità del debitore. Non si tratta di una fattispecie autonoma, ma essa opera a fianco di un contratto che accusa un'originaria irregolarità, per l'inesistenza di una situazione giuridica che ne costituisce l'ordinario presupposto. Su tale presupposto cade l'errore oggettivamente scusabile. L'istituto giuridico dell'apparenza opera, quindi, sull'originaria inefficacia dell'atto, consentendogli di produrre gli effetti suoi propri.

²³⁵ Cfr. Cass., 29 aprile 1999, n. 4299, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1501; in senso conforme, Cass., 18 febbraio 1998, n. 1720, in *Arch. civ.*, 1998, p. 1076; Cass., 1° ottobre 1997, n. 9594, in *Riv. dir. lav.*, 1998, II, p. 248. In particolare, vedi Cass., 30 dicembre 1997, n. 13099, in *Contratti*, 1998, I, p. 453, con nota di MULLACE.

²³⁶ Vedi TRANQUILLO, op. cit., 434

In definitiva, nel replicare a quanto affermato dalla dottrina francese, in ordine alla pretesa natura di obbligazione ex lege dell'apparenza, basti ricordare che, nel caso della rappresentanza apparente, il titolare del diritto soggettivo può vedersi privato di tale diritto in conseguenza di un atto o di un negozio cui, è vero, egli non ha partecipato, ma il cui effetto giuridico si concretizza per un comportamento di negligenza od imprudenza atto a creare un affidamento nel terzo. Non si può includere, quindi, il caso *de quo* tra quelli per i quali, "*l'ordre juridique ne connaît aucune modification due à une initiative privée qui puisse être imputée passivement ou activement aux parties du rapport obligatoire*", per ricordare la definizione data proprio dall'Autrice che annovera l'apparenza tra le obbligazioni legali.²³⁷

2.8.3 La natura giuridica delle obbligazioni di pagamento di indennizzi nell'ambito dei piani di sicurezza sociale secondo il diritto francese e nel sistema giuridico italiano

Nel sistema giuridico francese degli ultimi decenni, si è assistito ad una moltiplicazione dei fondi di garanzia, fenomeno che, come noto, indica lo stato di socializzazione crescente di una società, che ritiene insopportabile l'assenza di riparazione di un pregiudizio, facendone assumere il peso alla collettività.²³⁸

Sono stati, pertanto, introdotti diversi *no-fault schemes* per la riparazione dei danni. Tra di essi, la *Loi Kouchner* n. 2002-303, (con riferimento al titolo IV sulla *Réparation des conséquences des risques sanitaires*"), sui danni nosocomiali causati dall'inefficienza dei macchinari o dalle infezioni di natura ospedaliera;²³⁹ la legge per l'indennizzo in favore delle vittime della circolazione (L. n. 85-677 del 5 luglio 1985); quella per le vittime del

²³⁷ Cfr. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, 1997, p. 219 ss.

²³⁸ cfr., in argomento, A. FAVRE ROCHEX e G. COURTIEU, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, LGDJ, 2003

²³⁹ Cfr. AMODIO, *La responsabilità medica nell'esperienza francese tra schemi consolidati e prospettive aperte dalla loi n. 2002-303*, in *Dir. ec. ass.*, 2004; PONZANELLI, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria*,

terrorismo; per le vittime dell'Aids (Sida) (legge n. 91-1406 del 31 dicembre 1991),²⁴⁰ la legge per l'indennizzo per le vittime della povertà e dell'esclusione sociale, legge n. 92-722 del 29 luglio 1992.²⁴¹ Per mezzo di tali sistemi di sicurezza sociale, l'autorità pubblica ripartisce le risorse, ristabilisce un equilibrio proporzionale secondo i principi della giustizia distributiva fondati sulla solidarietà, e accorda un privilegio di sicurezza a chi ha sofferto un danno in previsione della sua riparazione.

In questo modo, si trasferisce l'onere delle conseguenze dannose di un evento sulla collettività, utilizzando strumenti di prelievo fiscale fondati sulla capacità contributiva e adottando una tecnica di liquidazione più rapida e meno onerosa del normale sistema di responsabilità civile.²⁴²

Si prevedono tali elargizioni, quando ci si avvede che il carico economico di certi accadimenti dannosi, secondo le regole di traslazione proprie della responsabilità civile, non può essere trasferito dal danneggiato ad un altro soggetto: o perché costui non può essere identificato, ovvero perché né la colpa né una regola di *strict liability* potrebbero essere applicati in maniera pertinente.

Si tratta di fattispecie che una dottrina francese recente ha ricondotto al fenomeno delle obbligazioni *ex lege*, e nella quale il ristoro consiste in un indennizzo, che non è fondato sulle regole della responsabilità, ma su quelle della garanzia. L'obbligazione, secondo questo orientamento, sorgerebbe, quindi, involontariamente e risulterebbe dall'autorità della legge, ai sensi dell'art. 1370, comma 3, c.c..²⁴³

A contrasto, si è, invece, rilevato come il concetto di obbligazione non possa

sistema residuale no-fault o risk-management?, in *Danno. resp.*, 2003, 428 ss.

²⁴⁰ Vedi, per un esauriente quadro generale, J.M. PONTIER, *L'indemnisation des victimes contaminées par le virus du SIDA*, in *Act. Leg. Dalloz*, 1992, 5me Cahier, 35.

²⁴¹ Vedi, in argomento, Y. LAMBERT- FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, *R.t.d. civ.*, 1986, p.1

²⁴² Cfr. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992, il quale si mostra favorevole all'introduzione di un regime di sicurezza sociale per quanto riguarda i rischi della circolazione dei veicoli in base al ruolo decisivo dell'art. 2 Cost.

²⁴³ Cfr. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, 1997, p. 219

essere così esteso da ricomprendere nel suo campo di azione aspetti del regime dei debiti quali quello degli interventi di carattere sociale. E' stato quindi affermato che i crediti ed i debiti, in quanto trasferimenti di valore, non sempre sono riconducibili ad una obbligazione, ma possono nascere direttamente dalla legge, senza la mediazione di un vero rapporto obbligatorio.²⁴⁴

Nel nostro ordinamento, uno dei più importanti piani di sicurezza sociale è la legge n. 210 del 25 febbraio 1992, integrata da successivi interventi normativi, quale da ultimo la l. 29.10.2005, n. 229.²⁴⁵ Tali norme sono state poste a tutela dei danni subiti a seguito di vaccinazioni obbligatorie, di contagio da infezione da HIV o di somministrazione di emoderivati.

Lo Stato indennizza un certo evento dannoso non perché vi sia una propria responsabilità, quanto, perché gli eventi presi in considerazione sono di tale portata ed importanza, per la situazione soggettiva lesa o per le modalità stesse della lesione, che la collettività stessa si preoccupa di indennizzarli.

In questa materia, è indispensabile l'intervento del legislatore che ha come scopo precipuo quello di interpretare i valori e le scelte della società in un dato momento storico, evitando possibili violazioni del fondamentale principio di uguaglianza.²⁴⁶ Il piano di sicurezza sociale assicura al danneggiato un certo ristoro economico che, pur non costituendo un pieno risarcimento, ha il vantaggio di essere concesso senza eccessivi oneri

²⁴⁴ Cfr. BILLIAU, in J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, in *Traité de droit civil* diretto da J. Ghestin, Paris, 2005, p.30, per il quale, il risultato dell'analisi del testo del *code civil* è che i suoi redattori hanno avuto unicamente in vista l'esistenza di obbligazioni tra soggetti identificati.

²⁴⁵ Su cui PONZANELLI-BUSATO, *Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge n. 210 del 1992*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 952 ss.; in argomento di recente, vedi B. LA MONICA, *Orientamenti della giurisprudenza in tema di danno da contagio post-trasfusionale*, in *Danno resp.*, 2006, 469; PINUS-CASTELNUOVO, *Infezione da Hiv: il ristoro del danno tra indennizzo e risarcimento*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Il danno alla persona*, Torino, 2000, I, 439, spec. 458; per le elargizioni alle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, vedi d.p.r. 28 luglio 1999 n. 510, su cui, COMANDÈ, *Danni privati e indennizzi pubblici: la giungla degli indennizzi alle vittime della criminalità*, in *Danno resp.*, 2000, 696 ss.

²⁴⁶ Così Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 79, in *Foro it.*, 1992, I, 1348, con nota di PONZANELLI, «Pallino anonimo», ovvero attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di «welfare state»

probatori.²⁴⁷ In generale, si può notare come la legge che stabilisce l'obbligo di sottoporsi ad una determinata forma di vaccinazione viene ritenuta lecita in base all'art. 32 Cost., comma 2, nella misura in cui questa obbligatorietà sia stabilita per tutelare non solo un interesse della collettività, ma anche un interesse del singolo.²⁴⁸ La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi numerose volte sulla legge n. 210/1992,²⁴⁹ ha sostanzialmente affermato che laddove vi siano soggetti vittima di danni conseguenti a vaccinazioni obbligatorie, l'indennizzo è fondato su un dovere solidaristico, posto a carico dello Stato sociale ai sensi degli articoli 2 e 32 della Costituzione, nei confronti di quanti vengono a subire un pregiudizio per la loro salute a causa di obbligazioni imposte per legge a tutela della salute pubblica riconducibile alle prestazioni.

A differenza delle ipotesi di responsabilità oggettiva, dove in genere rileva un elemento non ben qualificato in positivo (la responsabilità oggettiva infatti è correttamente definita in negativo come responsabilità che prescinde dalla colpa), nel caso dei piani di sicurezza sociale l'elemento di

²⁴⁷ Recentemente, peraltro, con l'emanazione della legge 229/2005, è stata prevista l'erogazione di un riconoscimento economico che, se pure non può essere considerato pari al risarcimento integrale del danno, diverse essendo le rispettive finalità - di assistenza e solidarietà sociale, il primo, di reintegrazione per equivalente, il secondo -, dovrà tenere conto di tutte le componenti del danno sofferto.

²⁴⁸ Sul punto la dottrina sembra ormai concorde: si veda tra gli altri ROMBOLI, *Persone fisiche* in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, *sub* art. 5, 340. Cfr. i commenti di PONZANELLI e PRINCIGALLI in *Foro it.*, 1990, I, 2694, inoltre v. NESPOR, *Tutela della salute e legittimità dell'imposizione di un trattamento sanitario*, in *Corr. Giur.*, 1990, 10, 1018.

²⁴⁹ Cfr. Corte cost 16 ottobre 2000, n. 423 in *Foro it.*, 2001, con nota di PONZANELLI; Corte Cost. 27 giugno 2000, n. 226 in *Foro it.*, 2001, I, 5; Corte cost. 26 febbraio 1998, n. 27, in *Foro it.*, 1998, I, 1370, con nota di PONZANELLI, Corte cost. 18 aprile 1996 n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, 2326; conformemente, Cass., sez. lav., 21 ottobre 2000, n. 13923, Cass. 12 novembre 2003, n. 17047, in *Ragiusan*, 2004, p. 241 ss.; Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in *Danno resp.*, 2006, 269 ss., che ha rilevato come la menomazione della salute derivante da trattamenti sanitari può determinare: a) il diritto al risarcimento pieno del danno, secondo la previsione dell'art. 2043 c.c., in caso di comportamenti colpevoli; b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall'art. 32 della Costituzione in collegamento con l'art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale; c) il diritto, ove ne sussistano i presupposti a norma degli artt. 38 e 2 della Costituzione, a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali.

rilevanza centrale è dato dal danno e, ovviamente, dall'esistenza del nesso di causalità. Si parla di fattispecie al confine con l'ipotesi della responsabilità assoluta propriamente detta, ma ci si discosta, in realtà, dal sistema della responsabilità, per sconfinare in una forma particolare di assicurazione sociale o meglio una forma di garanzia.

Partendo dalla natura assistenziale dell'indennizzo, la giurisprudenza della Cassazione ha recentemente evidenziato la distanza che separa il risarcimento del danno dall'indennità prevista per legge, ed ha riaffermato l'orientamento favorevole al concorso tra l'equo indennizzo di cui alla legge 210/1992 e il diritto al risarcimento del danno *ex art. 2043*, negando che, nel caso, possa configurarsi una *compensatio lucri cum damno*.²⁵⁰ Quel che si deve rilevare in ordine alla classificazione giuridica di tali piani sociali e delle relative elargizioni è che esse sono classificabili come prestazioni di natura patrimoniale, che sono collocabili tra le obbligazioni solo se si intende il relativo concetto nella ampia accezione consentita dal nostro ordinamento. Si deve, peraltro, precisare, che, in questo caso, il diritto all'indennità sorge, non dalla legge o dal provvedimento amministrativo, come affermato oltralpe, ma dal fatto dell'accertamento di un danno irreversibile derivante da una vaccinazione o da una infezione post-trasfusionale.

²⁵⁰ Cfr. Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in *Danno resp.*, 2006, 269 ss.

Capitolo terzo

L'assimilazione delle obbligazioni di fonte legale alla categoria dei quasi-contratti. L'esperienza tedesca e la sua influenza nel nostro sistema giuridico

Sommario: 3.1. La nebulosità dei rapporti nel diritto italiano tra due istituti dagli incerti confini.-3.2 Parabole discendenti ed ascendenti della figura del quasi-contratto negli ordinamenti giuridici più avanzati. Caduta e rinascita recente della categoria quasi-contrattuale nell'ordinamento francese. -3.3 Segue. Il significato del concetto di obbligazione legale in Germania, tra obblighi di protezione, obblighi precontrattuali e rapporti contrattuali di fatto. -3.4 La riforma dello *Schuldrecht* e l'introduzione del quasi-negozio tra le fonti dell'obbligazione. In particolare, la formula aperta del concetto di contatto negoziale di cui al § 311, comma 2, BGB e la valorizzazione dell'affidamento legittimo.-3.5 L'influenza del diritto tedesco nel sistema civilistico italiano. Le obbligazioni senza prestazione nascenti dall'affidamento legittimo creato da uno *status*.-3.6 Il preteso inadempimento di una preesistente obbligazione di fonte legale e la natura della responsabilità degli amministratori di società di capitali.- 3.7 Soggetti professionali e obblighi di rendere informazioni corrette. Fattispecie analoghe senza una qualificazione uniforme.-3.7.1 Incertezze testuali e ambiguità classificatorie nelle obbligazioni che sorgono tra società di revisione, sindaci o esperti incaricati di valutare i conferimenti in natura e soggetti terzi determinabili. -3.7.2 Qualificazione del rapporto sottostante e natura dei doveri informativi degli intermediari finanziari ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. 58/1998.-3.7.3 Il rapporto tra l'ente previdenziale e il suo assicurato genera per la Suprema Corte obbligazioni derivanti da un "atto normativo pubblico".-3.8 L'inadempimento da parte della Banca dell'obbligazione legale o meglio quasi-contrattuale relativa al pagamento di un assegno non trasferibile. -3.9 Conclusioni.

3.1 La nebulosità dei rapporti nel diritto italiano tra due istituti dagli incerti confini.

Se nel diritto francese la distinzione tra quasi-contratto ed obbligazioni *ex lege* è chiara e ben delimitata dal legislatore, nel nostro ordinamento, stante l'eliminazione di entrambe tali fonti in favore della formula aperta di cui all'art. 1173 c.c., la suddivisione è ben più sfumata.

Si pensi che molti dei giuristi che con le proprie critiche concernenti l'inutilità del quasi-contratto provocarono la mancata riconferma di tale

istituto nel codice del 1942 individuaronò il fattore determinante di tale tipo di obbligazioni direttamente nella legge.²⁵¹

Va, peraltro, messo in rilievo che, laddove gli studiosi del diritto comune hanno riconosciuto le categorie del quasi-contratto e del quasi-delitto, raramente hanno collocato al loro fianco le obbligazioni *ex lege*. Al contrario, quando si è inclusa la categoria delle obbligazioni *ex lege*, normalmente non viene menzionato il quasi-contratto.²⁵²

Spesso, del resto, non si è colta la distinzione fondamentale secondo cui le obbligazioni quasi-contrattuali differiscono da quelle legali, anzitutto perché queste sorgono immediatamente dall'autorità della legge, mentre le altre hanno per causa prossima l'azione volontaria dell'uomo.²⁵³

²⁵¹ Cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1900, vol. V, par. 7, che affermò che niente ha di comune il quasi-contratto con il contratto e fu un grave torto dei legislatori moderni non avere addirittura soppresso tale istituto, comprendendo le relative obbligazioni tra quelle derivanti dalla legge. Similmente DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, terza edizione, vol II, p. 433, scrisse che la legge genera direttamente l'obbligazione, poiché l'equità da cui trae l'ispirazione il legislatore si è qui tramutata e trasfusa in una norma positiva di diritto; così SCUTO, *Riv. dir. civ.*, 1917, p. 47; della stessa opinione è BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1946, p. 348; valutazioni analoghe sono state proposte in Francia da GOUBLET, *La notion de quasi contrat, classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, 1904, p. 51, che rilevò la mancanza di senso della parola quasi-contratto e affermò che tutte le disposizioni del codice civile tendenti a distinguere le obbligazioni legali dalle quasi-contrattuali dovevano essere considerate dall'interprete come nulle e non scritte.

²⁵² Così MAYER MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *Rev.int.dr.ant.*, 1965, p. 449, secondo cui "Die Privatrechtsgeschichte der Neuzeit erweist ja, daß diese beiden Kategorien oft eine Alternative zur Annahme einer obligation ex lege bilden: Gegner der Anerkennung von Quasikontrakten und Quasidelikten pflügen vorzubringen, daß es sich bei den so erfaßten Figuren in Wahrheit um Obligationen ex lege handle. Jene Texte, die Quasikontrakte und Quasidelikte anerkennen, stellen diesen selten eine obligatio ex lege an die Seite. Spricht dagegen ein Text von lege obligari, finden wir in ihm meist keine Erwähnung der Quasikontrakte".

²⁵³ Sul rapporto tra obbligazioni *ex lege* e quasi-contratto, vedi già DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, III, Pisa, 1844, parte II, sez. II, *Diritto ai servizi*, par. 761, p. 17 ss., secondo il quale "i servizi od obbligazioni nascenti dal bisogno della convivenza sociale sono espressamente imposti dalla legge e concernono principalmente le relazioni di famiglia, di tutela e di cura. A torto si è negata questa differenza osservandosi che tutte le obbligazioni, comprese le legali, nascono da fatti volontari dell'uomo, anzi sono fatti volontari, la legge e l'azione di coloro che ad essa si sottopongono entrando a far parte della società e rimanendovi. Quanto poi ai fatti individuali che le obbligazioni derivanti dalla legge presuppongono, essi debbono considerarsi come condizioni cui sono sottoposti gli

Si ricordi, da ultima, la riforma del nostro diritto internazionale privato, che all'art. 61 classifica come obbligazioni nascenti dalla legge tanto figure tipizzate di quasi-contratti, quali l'arricchimento senza causa, la gestione d'affari e il pagamento d'indebito, quanto le obbligazioni legali *stricto sensu*.

Eppure, tale distinzione ha ricadute di rilevante importanza, se si considera che le due classi di obbligazioni differiscono fra loro in quanto le obbligazioni legali, restringendo per necessità il libero esercizio dei diritti, non possono avere applicazione estensiva, giusta l'art. 23 della Costituzione, mentre le obbligazioni quasi-contrattuali, in applicazione di un principio generale, come il dovere di non arricchirsi a danno altrui, si possono estendere a casi analoghi.²⁵⁴

Rimane il fatto che la nostra giurisprudenza spesso classifica come obbligazioni derivanti dalla legge anche quelle che derivano da un comportamento del privato.

Così stando le cose e data la notevole interferenza tra le due figure, pare opportuno ripercorrere brevemente il difficile percorso del quasi-contratto all'interno della classificazione delle fonti dei sistemi giuridici europei più avanzati e poi descrivere quali le fattispecie che nel nostro ordinamento sono state classificate come obbligazioni ex lege, pur avendo una natura più chiaramente quasi-contrattuale.

3.2 Parabole discendenti ed ascendenti della figura del quasi-contratto negli ordinamenti giuridici più avanzati. Caduta e rinascita recente

obblighi, e non come fonti degli stessi. Le obbligazioni quasi-contrattuali riguardano l'individuo attraverso l'elemento intermedio del fatto volontario donde provengono; le obbligazioni legali invece riguardano l'individuo direttamente, sempreché concorrano le condizioni all'uopo richieste. L'obbligo degli alimenti è imposto per il fatto naturale dei rapporti di parentela o affinità (artt. 139 ss.). L'esercizio della tutela è un onere derivante dalla esistenza di minorenni privi di genitori, o di persone affette da infermità mentale (art. 241, 324 e ss.). Le obbligazioni legali possono sorgere altresì da atti volontari suggeriti principalmente da fini diversi dalla volontà di obbligarsi". cfr., poi, DEGNI, *Le fonti delle obbligazioni*, par. 9 in *Studi sul diritto delle obbligazioni*, p. 24

²⁵⁴ Cfr. a riguardo, da ultimo, A.ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 42 ss.

della categoria quasi-contrattuale nell'ordinamento francese.

La menzione del quasi-contratto nell'elenco delle fonti dell'obbligazione del codice civile del 1865 rappresentò in Italia un varco all'atipicità, costituendo una sorta di *pendant* nel settore delle attività lecite delle norme che prevedevano il risarcimento del danno per fatto illecito.²⁵⁵ Tale figura operò, pertanto, sul piano dell'integrazione del sistema a fronte di fenomeni lacunosamente regolati e corrispondenti essenzialmente al campo dei rapporti non contrattuali di scambio. Il richiamo alla legge, in funzione di chiusura dell'elenco delle fonti nell'art. 1097 del c.c. del 1865, non impedì, infatti, agli interpreti di utilizzare le norme sulla gestione di affari con elasticità, estendendole ad ipotesi in cui facesse difetto qualcuno dei presupposti richiesti dalla legge, accrescendo in tal modo le possibilità di controllo e correzione degli spostamenti di ricchezza tra l'una e l'altra sfera soggettiva. Questo fenomeno perse però di importanza quando venne introdotto l'istituto dell'arricchimento senza causa. La teoria del quasi-contratto imboccò, quindi, la strada del declino perdendo i favori della dottrina.²⁵⁶ Più di recente, il quasi-contratto è stato riesumato da chi lo ha considerato possibile fonte di quella messe di ipotesi di obbligazioni senza obbligo primario di prestazione individuata dalla giurisprudenza²⁵⁷ o da chi

²⁵⁵ Cfr. BRECCIA, *La gestione di affari*, nel *Tratt. dir. priv. Rescigno*, IX, Torino 1984, p. 713 ss. nota 17. Sui quasi-contratti, si veda RICCOBONO, voce *Quasi-contratto (dir. rom.)* in *Noviss. Dig.it.*, XIV, Torino, 1967, p. 632; P. SCHLESINGER, voce *Quasi-contratto* cit.; CANNATA, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, pp. 25 ss.; P. GALLO, voce *Quasi contratti*, in *Digesto IV, disc. Priv. Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 154 ss.; P. SIRENA, *La gestione di affari altrui*, Torino 1999, pp. 12 ss., 390 ss.

²⁵⁶ Già con riferimento all'art. 1140 c.c. del c.c. del 1865, vedi SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, pp. 524 ss.; PACCHIONI, *I quasi contratti e l'azione di arricchimento*, Padova, 1927, pp. 3 ss.; C. SCUTO, *Le fonti dell'obbligazione secondo le varie classificazioni e la classificazione del nuovo codice civile*, Napoli, 1953, p. 11; MAYER MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, cit., p. 450; GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, nel *Trattato dir. comparato*, Sacco, Torino 1997, pp. 4 ss.; per una sintesi del dibattito dottrinale sull'opportunità di eliminare tale figura, vedi SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, p.258

²⁵⁷ D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civile del Consiglio nazionale del notariato diretto da Perlingieri*, Napoli, 2004, p. 75;

riconosce una sicura tradizione teorica a tale figura, che sottende una finzione o un accorgimento dogmatico per giustificare la nascita di obbligazioni che si definiscono contrattuali e che si contrappongono ai fatti illeciti.²⁵⁸

Sebbene rimosso da molti dei codici civili vigenti (eccezion fatta per Francia, Spagna ed ora Germania), e oggetto di profonde critiche, il quasi-contratto continua però a “governarci dalla tomba” per parafrasare le parole proferite dal Maitland,²⁵⁹ nel rilevare che le corti inglesi, accanto ai *torts* ed al *contract*, hanno riconosciuto, appunto, obbligazioni da *quasi-contract*.²⁶⁰

CASTRONOVO, in CASTRONOVO-REALMONTE, *Le ragioni del diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative nel diritto civile dalla prospettiva delle obbligazioni*, in *Jus*, 1996, 91 ss., importatore in Italia della figura di derivazione tedesca delle obbligazioni senza prestazione si è, però, mostrato contrario a rispolverare l'istituto del quasi-contratto, ricordando che il tentativo operato da J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981, p. 1879, di dare uno statuto autonomo a tale figura non può reputarsi riuscito. L'evocazione del quasi-contratto è operata nei termini ottocenteschi di una presunzione di volontà che dovrebbe intuirsi sottesa alla fattispecie. Si tratta di un ritorno a profili ricostruttivi che possono ben dirsi superati nel momento in cui si ipotizza un quasi-contratto alla stregua di forma ridotta di contratto. Ma al di là di questo profilo meramente dogmatico, dal punto di vista strutturale, Castronovo scarta l'idea dell'assimilazione del quasi-contratto alle figure da cui scaturiscono obbligazioni senza prestazione, perché in queste ultime ipotesi non viene mai in considerazione un obbligo di prestazione. Per una valutazione favorevole della figura del quasi-contratto, vedi TOMMASI, *L'attività e le fonti delle obbligazioni*, Lecce, 2003, p. 26 ss.; E. MOSCATI, *Verso il recupero dei quasi-contratti*, Relazione al Convegno di studi “Tradizione civilistica e complessità del sistema, Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto” (Foggia-Lucera 25-27 settembre 2003), che valorizza, soprattutto con riferimento al sistema delle restituzioni, gli spunti offerti dai quasi-contratti e soffocati dalla soppressione della categoria.

²⁵⁸ Cfr., in tal senso, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, sub art. 1173, cit., p. 208

²⁵⁹ Cfr. MAITLAND, *The forms of actions at Common law*, Cambridge, 1936, p.2

²⁶⁰ Sui quasi contratti nel diritto anglo americano, vedi J. H. MUNKMAN, *The law of quasi-contracts*, London, 1950. Per i rapporti contrattuali di fatto intesi come quasi-contratti nel diritto inglese, vedi ANSON, *Principles of the english law of contract*, Oxford, 1959, p. 569 ss.; P.H. WINFIELD, *The law of quasi-contracts*, London, 1952; KEENER, *Law of Quasi-Contracts*, New York, 1893. La figura del *quasi contract* è basata, secondo il principio di Lord Mansfield (enunciato nel caso *Moses vs. Macferlan* (1760) 2 Burr. 1005), sull'*unjust enrichment*, ma questa nozione è impiegata con grande aderenza alle necessità pratiche ed alle esigenze di giustizia, senza forzature dogmatiche d'alcun genere. Cosicché ne scaturiscono azioni che vanno da quella per il recupero del denaro nella stessa misura dell'arricchimento, a quella in *quantum meruit*, per un equo corrispettivo di servizi resi ed accettati dalla controparte senza un contratto valido, come nel caso *Crafen Ellis v. Canons Ltd* (1936 2 K.B. 403); nel decidere questo caso il Lord Justice

Anche in Francia, il *quasi-contrat* ha suscitato polemiche, tanto da essere stato considerato “*le mal aimée du droit des obligations.*”²⁶¹

Peraltro, come abbiamo potuto già evidenziare, i tentativi della dottrina più recente di dare nuova linfa alla diversa categoria delle obbligazioni che nascono per “*l’autorité seule de la loi*”, fanno riferimento a fattispecie che meglio andrebbero collocate nell’ambito quasi-contrattuale.

L’evoluzione storica di tale istituto in Francia può essere riassunta in tre tappe: un’origine giustiniana, una crisi alla fine del secolo diciannovesimo,²⁶² una rinascita nella dottrina contemporanea.²⁶³ Negli ultimi anni, in particolare, ci si è avvalsi di tale figura per regolamentare una fattispecie non tipizzata dal legislatore. Si è, infatti, imposto un nuovo indirizzo giurisprudenziale riguardante la posizione dell’organizzatore di una lotteria, che, per il fatto di aver annunciato una vincita ad un terzo, senza evidenziare l’esistenza di un’alea, si obbliga, per questo fatto puramente volontario, alla prestazione “promessa”. La qualificazione di tale fattispecie come quasi-contratto ha assicurato una protezione efficace del consumatore, permettendogli di pretendere l’integrale somma della

Greer motivò facendo leva su di una *rule of law*, ma si trattava di una norma non di legge, bensì di Common law, un principio che solo alle corti spetta di reperire.

²⁶¹ cfr, F. POLLAUD –DULIAN, *Le modèle du Quasi-contrat*, in *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, a cura di THIERRY REVET, L.G.D.J., 2005: p. 413 ss.. In argomento, vedi anche HONORAT, “*Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, 653, P. MALARIE – L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. VI, *Les obligations*, 1998; DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Paris, 1997

²⁶² Cfr., ad esempio, le critiche di PLANIOL, nella sua “*Classification des sources des obligations*, *R. crit.*, 1904, 226: “*Partout où ne se rencontre pas ce concours de volontés qui est l’essence du contrat, il ne peut avoir rien qui ressemble à un contrat. Aucune autre source d’obligation n’a une nature presque contractuelle, parce qu’il n’en est aucune qui présente quelque chose d’analogue à une entente volontaire entre le créancier et son débiteur. On a tort de définir les quasi-contrats des faits volontaires, come toute le monde le dit de confiance à la suite d’Aubry et Rau.*” Anche VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat*, Th. Bordeaux, 1912, definì tale figura storicamente falsa, razionalmente inesatta e praticamente inutile.

²⁶³ Per la dottrina francese recente sul quasi-contratto, vedi J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, R., 1969, 653. Vedi poi M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, pg. 973, e di H. CHANTELOUP, *Les quasi-contrats en droit international privé*, LGDJ, 1998

vincita.²⁶⁴ Oltre a chi, nel commentare tale orientamento, si è felicitato per l'allargamento della famiglia dei quasi-contratti, non è mancato chi ha evidenziato come solo forzando la concezione classica di tale figura la Cassazione francese ha favorito il suo ritorno in auge.²⁶⁵ Ma pure nell'*avant-projet* di ricodificazione presentato al Ministro di Giustizia nel 2005 viene ritagliato a tale istituto uno spazio importante²⁶⁶ e ciò non può

²⁶⁴ Cfr. Cass. 6 settembre 2002, in *Bull.civ.*, n. 4; D 2002, p. 2963, con nota di D. MAZEAUD e in *AJ*, 2002, p. 2531, con osservazioni di A Lienhard; in *Rev. Contrats*, 2003, n. 1, p. 80, con nota di Fenouillet – Adde PH. LE TOURNEAU ET A. ZABALZA, *Le réveil des quasi-contrats (à propos des loteries publicitaires)*, *Contrats Conc. Consum.*, dicembre 2002, chron., n. 22 – E. TERRIER, *La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique*, D. 2004, chron., p. 1179. Tale indirizzo è stato confermato dalle sentenze Cass. 18 marzo 2003, *Bull. Civ.*, I, n. 85; Cass. 29 settembre 2004, inedita. In argomento, vedi anche E. SAVAUX, *La dilution des catégories*, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil, sous la direction de GENEVIÈVE PIGNARRE*, Dalloz, 2005; C. CAILLÉ, *Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, 2005, p. 64 ss.. Fino a quel momento, le decisioni si erano divise: alcune si fondavano sull'improbabile esistenza di un atto giuridico-contratto (Cass. civ. , II, 11 febbraio 1998, *Bull. Civ.* II, n. 55; *JCP* éd G. 1998, II, 10156, con nota di CARDUCCI, e vedi *JCP*, I, 155, osservazioni di M. FABRE-MAGNAN; *Rép. Not. Defrénois*, 1998, p. 1044, osservazioni di D. MAZEAUD; D. 1999, p. 109, con nota di R. LIBCHABER - Cass. civ. 12 giugno 2001, *JCP. Éd. G.* 2002, II, 10104 con nota di D. HOUTCIEFF, et I, 122, n. 5, con nota di G. VINEY; D 2002, somm., p. 1316, con nota di D. MAZEAUD.) o di una obbligazione per volontà unilaterale (Cass. civ. 28 marzo 1995, D. 1995, p. 277, con nota di PH. DELEBEQUE; D. 1996, p. 180, con nota di J. L. MOURALIS; *Rev. Trim. Dir.civ.*, 1995, p. 886, con nota di J. MESTRE) e altre privilegiavano la via della responsabilità delittuale (Cass. civ. 3 marzo 1988, D. 1988, p. 405, con nota di J.L. AUBERT; *JCP*, 1989, II, 21313, con nota di G. VIRASSAMY; Cass. civ. 28 giugno 1995, D. 1996, p. 180, con nota di J. L. MOURALIS Cass. civ. 19 ottobre 1999, in *JCP*, éd. G. 2000, II, 10347, con nota di F.MEHREZ Cass. civ. 26 ottobre 2000, in *Bull. Civ.*, II, n. 148). Più rigoroso perché non forzava la volontà dell'impresa di vendita per corrispondenza di impegnarsi ad attribuire il premio, questo ultimo strumento era meno efficace nella misura in cui il pregiudizio indennizzabile era molto inferiore al valore della vittoria attesa. Visti gli inconvenienti delle altre impostazioni seguite, la Cassazione ne ha imboccata una nuova, riconducendo alla fonte quasi-contrattuale l'obbligazione nascente dall'annuncio di un premio fatto ad una persona determinata.

²⁶⁵ E' in effetti normalmente ritenuto che l'obbligazione quasi-contrattuale abbia per origine un fatto volontario del creditore che avvantaggia altri; cfr., a riguardo, D. MAZEAUD, in D. 2002, p. 2966 e ss., che dimostra atteggiamento circospetto sulla rinascita di tale figura.

²⁶⁶ Cfr. gli artt. dal 1327 al 1339 e la definizione generale, di cui all' art. 1327, del seguente tenore: "*Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires, comme la*

che deporre per una rinnovata attenzione verso tale ambigua figura.²⁶⁷

3.3 Segue. Il significato del concetto di obbligazione legale in Germania, tra obblighi di protezione, obblighi precontrattuali e rapporti contrattuali di fatto e obblighi precontrattuali.

Anche in Germania il quasi-contratto è stato criticato per mancanza di valore scientifico,²⁶⁸ ma una rinascita di tale categoria dogmatica è stata suggerita già da qualche decennio,²⁶⁹ fino alla sua introduzione esplicita nella recente ricodificazione del diritto delle obbligazioni.

Si deve considerare, peraltro, che i giuristi di lingua tedesca, nell'indicare le obbligazioni nascenti dalla legge fanno riferimento prevalentemente a quelle nelle quali non è individuabile un accordo contrattuale. Questo è l'ampio significato che in tale ordinamento, notoriamente pervaso dal principio del dogma della volontà e caratterizzato da un profilo individualistico, si dà all'espressione "obbligazioni *ex lege*". Del resto, la macrodistinzione tra negozi giuridici e obbligazioni nascenti dalla legge ha creato non poche incertezze, facendo confluire in quest'ultima categoria sia le obbligazioni derivanti da fatto illecito che quelle da quasi-contratto.²⁷⁰

Ad un ambito solo storico si può, invece, collocare in questo sistema

gestion sans titre de l'affaire d'autrui, le paiement de l'indu ou l'enrichissement sans cause dont il résulte, un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui".

²⁶⁷ Cfr. CORNU, *Quasi-contrats, in Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, 2006, p. 63, ha affermato che "Aujourd'hui tout le monde sait que loin d'être obsolète, cette classification s'accorde avec la division majeure des actes juridiques et des faits juridiques que le tableau des sources présente en tête du projet".

²⁶⁸ Come Kunkel ha insegnato nel suo diritto privato romano, JÖRS –KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 1949, 193, la tesi dello scarso valore della figura del quasi-contratto discende in Germania per primo da A. RAMM, *Der Quasikontrakt nach den Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung*, Leipzig, 1882

²⁶⁹ Cfr. HÜBNER, *Heinz. Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Band I, München, Berlin 1964, pp. 397 ss.; MAYER MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen, Rev.int.dr.ant.*, 1965, 450 ss.

²⁷⁰ Cfr., ad esempio, MEDICUS, *Gesetzliche Schuldverhältnisse: Delikts- und Schadensrecht, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag*, München, 2003, *passim*

giuridico la categoria delle obbligazioni legali *stricto sensu*.

Molti sistemi pandettistici del diritto delle obbligazioni tedesco, quali quelli proposti dal Vangerow, dal Baron, e dell'Arndts, menzionarono, infatti, la legge al fianco del contratto o del delitto come fonte delle obbligazioni.²⁷¹ Il Windscheid²⁷² propose, invece, un sistema più complesso, introducendo nella *divisio obligationum* la categoria autonoma dei diritti di credito nascenti da cause analoghe ai contratti e trattando le obbligazioni derivanti da cause affini ai delitti a fianco delle singole figure consimili. A parte collocò, inoltre, una categoria di altri diritti di credito di fonte legale (*andere gesetzliche Forderungsrechte*), fra cui inserì l'obbligazione *ad exhibendum* e l'obbligo agli alimenti, oltre che i casi di responsabilità per obbligazione altrui.²⁷³

²⁷¹ Cfr. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 1876, p. III, § 707, p. 655 e *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, III, 1849, § 707 ss., p. 625 ss., che accoglie esplicitamente la categoria delle obbligazioni derivanti dalla legge, contrapponendole a quelle che derivano da contratto e da delitto. Egli tratta nel capitolo “delle obbligazioni individuali che derivano direttamente dalla legge”, l'*actio ad exhibendum* (vedi ora i §§ 809-811 del BGB) l'obbligazione riguardante la distribuzione d'un certificato (con riferimento a D 22,5 e al D 7,11), le obbligazioni derivanti dal funerale. BARON, *Pandekten*, Ed. Lipsia, 1896, § 210, p. 371, ammise esplicitamente la legge come fonte diretta di talune obbligazioni; va segnalato, poi, l'ARNDTS, *Trattato delle Pandette* – trad. Serafini, Bologna, 1880 – II, § 229 p. 92 ss., e WAECHTER, *Pandekten* – Lipsia 1881, II, § 183, che distinse, nella classificazione delle fonti, i negozi giuridici, le azioni illecite e le circostanze eventuali, da cui per disposizione di legge sorge un obbligazione, senza che si presupponga alcun atto da una delle due parti obbligate.

²⁷² Cfr. WINDSCHEID, *Lehrbüch des Pandektenrechts*, Berlino, 1882, § 362 e § 421 e ss.

²⁷³ Tra le codificazioni di lingua tedesca, il codice civile austriaco del 1811 perveniva alle medesime conclusioni del giusnaturalista Grozio. Ciò dopo una lunga elaborazione preliminare che prese le mosse dal codice Teresiano, che, al § 859 ABGB, prevedeva due soli *genera* di fonti di obbligazioni: il contratto e il danno sofferto, stabilendo per tutte le altre fonti il principio di tipicità legislativa. Nel suo commento a questo paragrafo, il principale artefice del codice civile austriaco, ZEILLER, *Commentar über das ABGB*, 3. Band, 1. Abtheilung, Wien, Trieste, 1812, p. 4, enumerava una serie di fattispecie, alcune delle quali sarebbero da considerare rapporti obbligatori ex lege (diritto agli alimenti del coniuge, dei figli e dei genitori, i rapporti tra tutore e pupillo, i diritti dei legatari verso gli eredi), mentre altre sarebbero quasi-contratti, come la gestione di affari e la ripetizione di indebitato. In argomento, vedi anche SWOBODA, *Die Gestaltung der obligationes ex variis causarum figuris im osterreichischen Recht*, in *Gerichts-Zeitung*, 71. Jahrgang, 1965, p. 64 ss.; MAYER-MALY, *Über den Sinngehalt des § 859 ABGB*, in *Osterreichische Juristenzeitung*, 20 Jahrgang, 1965, p. 64 ss.; ID., *Divisio obligationum*, *JUT* 360, 1967, 382 ss.. Significativa è, inoltre, la definizione

Il riconoscimento di obbligazioni particolari *ex lege* ha dato luogo, comunque, anche nella scuola tedesca ad una violenta critica nascente dal paragone con le classificazioni gaiana e giustiniana.²⁷⁴ In particolare, il suo massimo esponente, Savigny, mise in discussione, come è noto, la stessa utilità del metodo di classificare le fonti, preferendo superare la rigida elencazione di Gaio (contratto-delitto) per arrivare alle categorie generali ed astratte del contratto-accordo di volontà e della violazione del diritto (*Rechtsverletzung*).²⁷⁵ L'individuazione di tali categorie non aveva più nulla a che fare con un elenco di fonti, altro non rappresentando che l'occasione per elaborare concetti e regole di diritto che si riferiscono ai contratti ed ai delitti. Naturalmente questo superamento della concezione romanistica era

delle obbligazioni del § 307, comma 2, ABGB in cui il riferimento alle fonti (e tra queste alla legge) concorre a identificare il diritto stesso "*Rechte, welche zu einer Sache nur gegen gewisse Personen unmittelbar, aus einem Gesetz, oder aus einer verbindlichen Handlung entstehen, heißen persönliche Sachenrechte*".

Nella dottrina austriaca, si levarono voci discordanti tra loro con riferimento a questa classificazione delle fonti. Secondo GSCHNITZER, *Klang u. Gschnitzer, Kommentar*, IV/1, p.41, la presenza della legge aveva un significato ben preciso, almeno in senso negativo, cioè quello che, al di fuori dei contratti e dei quasi-contratti, nessun fatto lecito può produrre obbligazioni se non nei casi previsti dalla legge. Egli, però, inserisce nella classificazione i rapporti di obbligazione aventi la loro fonte nel contratto, considerandolo questo come unico atto giuridico capace di originare un rapporto di obbligazione quando la legge non disponga diversamente. Pone, poi, nella trattazione delle singole figure contrattuali, la gestione di affari altrui a fianco del mandato etc.. KRAINZ, (*System des osterreichischen Allgemeinen Privatrechts* –Vienna, 1907, IV edizione curata dal Pfaff e dall'Ehrenzmeig, Vol. II, p. 45 ss., cfr. pure UNGER, *System des osterreichischen Allgemeinen Privatrechts*, Lipsia, 1876, vol. II, p. 4) ripudiò la categoria delle obbligazioni *ex lege* ammessa dal codice civile austriaco (par. 859), assumendo che tali obbligazioni, in realtà, derivano da fatti che creano un diritto per forza della legge (*aus Kraft Gesetzes rechtserzeugenden Tat sachen*), e, scendendo ad un più particolareggiato esame, distingue questi stati giuridici in determinati atti di una persona, come ad esempio la *negotiorum gestio*, l'adizione dell'eredità, o in semplici situazioni o condizioni (*Zustande*), come ad esempio l'arricchimento senza causa, il vicinato, la tutela o, infine, in altri fatti (*Tatsachen*), come le disposizioni concernenti l'autorità (*behordliche Verfügungen*). Nelle predette obbligazioni, per il Krainz, la vera fonte consiste in questi stati di fatto e non nella legge. La legge, infatti, non può trarre i criteri per i quali impone la sua sanzione, se non dalla valutazione di rapporti sociali sia nel determinare gli effetti giuridici di un fatto volontario che essa reputa lecito o illecito, sia nel determinare gli effetti giuridici in occasione di stati di fatto, come ad esempio la vicinanza o da condizioni giuridiche come la parentela.

²⁷⁴ Specialmente BARON, *Pandekten*, 1879, § 210, p. 325, in opposizione a BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten II*, 1879, par. 247, p. 132 ss.

²⁷⁵ Cfr. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*,

giustificato con l'interpretazione restrittiva che la classificazione di Gaio aveva storicamente. Di qui l'esigenza di partire dagli astratti concetti del contratto e della violazione del diritto per svilupparli in tutta l'estensione della quale erano suscettibili.

L'influenza del Savigny è stata notevole nella formazione del BGB e i redattori del codice hanno, di conseguenza, consapevolmente rinunciato ad uno schema delle fonti dell'obbligazione.²⁷⁶

Si è preferito ricercare elementi unificanti nell'essenza e nel contenuto delle obbligazioni, anziché elementi di differenziazione insiti nelle singole fonti,²⁷⁷ presentando la materia come basata su di una sistematica che si articola a partire dai tre poli classici del contratto, del fatto illecito e dell'arricchimento senza causa.

Il BGB, a differenza delle precedenti codificazioni francese ed austriaca, pone quindi l'obbligazione come nozione centrale di uno dei suoi cinque libri e offre una regolamentazione generale valevole per tutti i rapporti obbligatori, e ciò grazie all'influenza del sistema delle Pandette, che fece della categoria obbligazione un pilastro del sistema del diritto privato.

Il sistema seguito dal codice civile tedesco enumera, peraltro, in altrettanti titoli distinti, ma senza una disposizione comune, quelle fonti delle obbligazioni, che generalmente si dicono nascenti dalla legge. Vi figurano l'indivisione o stato di comunione (tit. XV, libro II), l'esibizione delle cose (tit. XXIII, ivi) e l'arricchimento senza causa (tit. XXIV, ivi). In un certo senso, la legge si può incontrare anche nel § 305 BGB, nel contesto della automatica inserzione di clausole all'interno di un contratto.²⁷⁸

Berlin, 1853, II, par. 51, pag. 3

²⁷⁶ Conformemente A. BLOMEYER, *Allgemeines. Schuldrecht*, Berlin, 1957, 76; allo stesso modo si decise per il codice svizzero delle obbligazioni del 1912 (OR), che tratta nel capitolo III, del titolo I "delle obbligazioni risultanti da un arricchimento illecito" (art. 70 e 75) e nel capitolo successivo rimanda alle disposizioni del diritto cantonale o di quello federale il regolamento di tutte quelle obbligazioni che sono fondate nei rapporti di famiglia o di successione, o nei principi di diritto pubblico.

²⁷⁷ Cfr. DI MAJO, *Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 223 ss.

²⁷⁸ Cfr., per una dottrina classica del diritto delle obbligazioni del BGB, ESSER, *Schuldrecht*, 1960, 13; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 1964, 36 s.; FIKENTSCHER, *Das Schuldrecht*, 1965, 49 ss.

Un autorevole orientamento, ha rilevato, qualche decennio orsono,²⁷⁹ che solo per le fattispecie in cui manchi un accordo o non sia perfezionato un contratto si può parlare di obbligazioni fondate direttamente sulla legge. Solo per questi fatti eccezionali, da tenere in stretti confini, se l'ordinamento giuridico vuole mantenere il suo profilo individualistico, può essere accettata giuridicamente e politicamente l'esistenza di qualche obbligazione *ex lege*. Tale autore faceva, in realtà, riferimento alle obbligazioni non contrattuali da fatto lecito, individuate come rapporti contrattuali di fatto.²⁸⁰ Con tale istituto, si sarebbe, in pratica, riproposta la figura del quasi-contratto in termini corretti.²⁸¹

²⁷⁹ Cfr T. MAYER MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *Rev. int. dr. ant.*, 1965

²⁸⁰ Il saggio che originariamente ne ha proposto la ricostruzione è di G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, II, Leipzig 1943, pp. 5 ss; e colui che l'ha ampiamente rielaborata è S. SIMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, Frankfurt a. M., 1957. Debbono poi essere ricordati, tra quelli che hanno espresso una più o meno decisa adesione, A. NIKISCH, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle*, I, Tübingen, 1963, 79 ss.; R. REINHARDT, *Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte*, in *Festschrift für Schmidt – Rimpler*, Karlsruhe, 1957, 115 ss; e, seppur con molteplici ed importanti riserve, J. ESSER, *Gedanken zur Dogmatik der faktische Vertragsverhältnisse*, in *157 AcP*, 1958-1959, 86 e T. MAYER MALY, *Von solchen Handlungen die den Kontrakten in ihrer Wirkungen gleichkommen*, in *Festschrift für Wilburg*, Graz, 1965, 129 ss.. Tra le trattazioni che assumono una posizione critica rispetto ai rapporti contrattuali di fatto, vedi W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, 95 ss.; W. SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1958; F. BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien-New York, 1967, 85 ss; C. W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, 445 ss.; H. LEHMANN, *Faktische Vertragsverhältnisse*, in *NJW*, 1958, 1; W. ERMAN, *Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag*, in *NJW* 1965, 421; D. MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, Köln-Berlin-Bonn- München, 1979, 85 ss.; W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlin-New York, 1976, 55 ss.; J. ESSER- E. SCHIMDT, *Schuldrecht*, I, 1, Karlsruhe, 1975, 110 ss.; K. BALLERSTEDT, *Recensione a Simitis*, in *157 AcP*, 1958-1959, 124. In questi rapporti, viene individuato il criterio della tipicità sociale del comportamento rilevante al fine della formazione dell'obbligazione (Questo criterio venne impiegato dal *Bundesgerichtshof* nel 1956 come *ratio decidendi* del famoso caso della conclusione del contratto di parcheggio (in *BGHZ*, 1956, XXI, 319 ss.).

²⁸¹ I *Faktische Vertragsverhältnisse* sono stati distinti in tre categorie. La prima raccoglie i rapporti contrattuali ricollegati al fatto dell'offerta al pubblico di una prestazione o di un servizio di pubblico interesse e alla conseguente sua richiesta o messa a profitto da parte degli utenti, come nel caso di utilizzazione del mezzo di

L'affermazione in base alla quale, indipendentemente da una dichiarazione di volontà, il singolo poteva ritenersi obbligato dinanzi alla collettività, in nome dell'affidamento della buona fede o della aspettativa del terzo, costituiva una premessa per dare cittadinanza ad una nuova mentalità che negli anni futuri si sarebbe trasformata in una moderna coscienza solidaristica.

La concezione dogmatica tendente a ricostruire i rapporti di fatto in una categoria unitaria, che comprende i rapporti sorti da un contratto nullo, come per il caso della società o del rapporto di lavoro, o da un non contratto, rapporti cioè che non sorgono dal meccanismo proposta-accettazione, non è risultata però appagante, non essendo possibile includere queste situazioni di fatto in una categoria caratterizzata da elementi, disciplina ed effetti comuni.

Un significativo passo avanti verso l'emancipazione della centralità del contratto nel sistema delle fonti si è avuto, invece, con la riforma del diritto delle obbligazioni e la nuova formulazione del § 311, laddove si prevede la tipizzazione della responsabilità precontrattuale, degli obblighi di protezione, e si stabilisce esplicitamente che un rapporto obbligatorio possa nascere anche nei confronti di persone non destinate a diventare parti contrattuali.

Tutte queste ipotesi, anche prima che fossero confermate dal legislatore, erano state inserite dalla dottrina nella categoria delle obbligazioni derivanti dalla legge.²⁸² Parrà evidente, a questo punto, che il senso in uso in

trasporto tranviario o della somministrazione di beni di generale consumo (*Soziale Leistungsverpflichtung*). La seconda consta di quei rapporti, non preceduti da un valido o regolare atto costitutivo, derivanti dalla inserzione in una organizzazione comunitaria, rispetto alla quale il caratteristico elemento fiduciario legittimerebbe una parte a fare assegnamento sulla cooperazione promessa dall'altra (*Eingliederung in ein Gemeinschaftsverhältnis*). La società di fatto rientrerebbe, insieme con il rapporto di lavoro di fatto, nell'ambito di tale gruppo di rapporti. La terza comprendeva i rapporti derivanti da contatto sociale (*Kraft sozialen Kontakts*). Cfr., per un commento su questa classificazione, STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1977, p. 183

²⁸² E' la tesi di CANARIS, *Ansprüche wegen "positiver Vertrags verletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen*, *Juristen Zeitung*, 1965, 475 ss.. Lo stesso autore ammette che le obbligazioni ex lege sono rinvenibili anche nel

Germania per tale tipo di obbligazioni, confrontato con quello del diritto francese, possa essere considerato confliggente. Con l'espressione "obbligazione legale", nel diritto tedesco, si intende affermare per lo più che la responsabilità non è fondata sulla volontà delle parti. Non è tuttavia necessario che tale responsabilità sia regolata dalla legge. Può accadere che la responsabilità legale abbia una origine giurisprudenziale, a prescindere da una esplicita previsione normativa.

A tal proposito, si è affermato,²⁸³ in opposizione ad un diverso orientamento,²⁸⁴ che il concetto di obbligazione legale così definito non ingenera confusione. Grazie ad esso si potrebbe, invece, connotare in modo soddisfacente il secondo grande settore appartenente allo *Schuldrecht*, caratterizzato dal fatto che è il diritto oggettivo, e non le parti contrattuali, a trovare la ragione per il verificarsi di uno spostamento patrimoniale tra più soggetti. D'altronde, una regolamentazione generale per tutte le obbligazioni, quale quella presente nel BGB, fa sì che vi siano caratteristiche strutturali che possono dirsi essenziali tanto per le obbligazioni *ex contractu* che per quelle *ex lege*.

Nella categoria di cui si tratta, come detto, sono stati inclusi i cosiddetti obblighi di protezione, che tradizionalmente rappresentano una linea divisoria tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

A fondamento dei doveri di protezione e degli obblighi del traffico, vi è il ridimensionamento della rigida contrapposizione tra la specificità dei doveri

campo dei diritti reali e in quello della famiglia e delle successioni. Si citano ad esempio le relazioni che si instaurano tra il ritrovatore e colui che ha smarrito la cosa ex § 965 ss, tra l'obbligato al mantenimento e colui che ne ha diritto ex § 1601 ss, o tra l'erede ed il legatario ex § 2147. Si fa presente come l'ovvietà con la quale anche in queste situazioni si fa riferimento alle norme ed ai principi del diritto delle obbligazioni conferma la bontà di questa categoria quale strumento di regolamentazione. Il fatto che i relativi rapporti giuridici siano regolati in libri diversi da quello dell'obbligazione si deve, per questo Autore, unicamente a motivazioni di opportunità legislativa basate sulla considerazione dei rispettivi contesti e relazioni di vita reale.

²⁸³ CANARIS, *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002, p. 278

²⁸⁴ Cfr. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, wien-New York, 1996, p. 172

contrattuali e la genericità di quelli aquiliani.²⁸⁵

Si è precisato,²⁸⁶ inoltre, che la dottrina e la giurisprudenza tedesche, a causa dei limiti imposti dalla legge sia al risarcimento del danno contrattuale che a quello extracontrattuale, hanno sentito l'esigenza di proteggere beni non tutelabili con la disciplina del contratto e dell'illecito e si sono dimostrate più sensibili alla configurazione di altri tipi di responsabilità c.d. legale, con ciò intendendosi una responsabilità che, pur non nascendo dalla volontà delle parti, presuppone tra le stesse un minimo di contatto.

Esempio classico di obbligazione di fonte legale collegata in un certo senso agli obblighi di protezione è stato individuato nel dovere di comportarsi correttamente durante le trattative.²⁸⁷ A differenza di quanto accade nella

²⁸⁵ L'origine dogmatica dei doveri di protezione viene fatta risalire alla categoria delle *unentwickelte Schutzansprüche*, elaborata da KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 5 ss. e poi sviluppata in modo particolare da STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. Civ. Praxis*, 136, 1932, 257 ss.. In generale, in argomento, si vedano LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allg. Teil*, München, 1987, 10 ss.; MEDICUS, *Schuldrecht., I, Allg. Teil*, München, 1986, 183 ss.

²⁸⁶ Cfr. STOLL H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragverletzung*, in *Arch. Civ. priv.*, 1932, 176

²⁸⁷ Vedi MARKESINIS, *The German law of obligations*, Vol., I, *The law of contracts and restitution: a comparative introduction*, B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, Oxford, 1997, p. 64. Sul finire degli anni settanta si è sviluppata in Germania una forte contrapposizione alla categoria degli obblighi di protezione, cui avrebbero dovuto sostituirsi gli obblighi del traffico (*Verkehrspflichten*), la cui violazione darebbe luogo ad una responsabilità aquiliana. In tal senso, vedi MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachen v. Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, 488 ss.; U. HUBER, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in *Festschr. V. Caemmerer*, Tübingen, 1978, 862 ss.; VON BAR, *Verkehrspflichten, Richterliche Gefahrsteuergesetze im deutschen Deliktsrecht*, Köln, Berlin – Bonn – München, 1980, 21. Parlavano di ipertrofia del contratto o di finzioni contrattuali KREUZER, *Entscheidungen. Bürgerliches Recht*, in *JZ*, 1976, 778, e LORENZ, *Das problem der Haftung für primäre Vermögensschaden bei der Erteilung einer unrichtiger Auskunft*, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1973, 575. Anche in Italia, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato Cicu e Messineo*, XVI, Milano, 1984, p. 13, ha tacciato di barocchismo la dottrina tedesca, colpevole di costruire categorie giuridiche prive di appoggio normativo. Ma, a riguardo, dure critiche sono state espresse da C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit. 7 ss.; A. DI MAJO, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, in *Riv. crit. Dir. priv.* 1983, 174, e in Germania da CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1983, 803 ss., che ha rilevato che la teoria dei doveri di protezione aveva un preciso fondamento legislativo nel §

maggior parte degli ordinamenti giuridici, tra cui quello italiano, in Germania i doveri precontrattuali non vengono qualificati come fatti illeciti, bensì ricondotti nell'alveo contrattuale. Si muove dall'idea dell'esistenza di un rapporto obbligatorio tra i due eventuali *partner* contrattuali già in uno stadio precedente alla conclusione del contratto.²⁸⁸

In questo senso, si è rilevato che la denominazione di obbligazione *ex lege* è certo esatta, ma insufficiente, perché non individua il fatto cui la legge ricollega la nascita del rapporto obbligatorio precontrattuale.²⁸⁹

618, comma 1, BGB (secondo cui l'avente diritto alla prestazione di un servizio è tenuto a proteggere l'obligato contro qualsiasi pericolo di danno alla vita o alla salute) e da E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contraendo - Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt*, in *183 AcP*, 1983, 369 ss. e spec. 433 ss. La letteratura tedesca contemporanea, ormai immune dall'enfasi ideologica, nella sistemazione più divulgata si sofferma sui rapporti obbligatori legali che hanno la loro fonte in un contatto negoziale (LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1987, I, 104-124), il cui prototipo è costituito dalla responsabilità che può sorgere nella fase delle trattative contrattuali. Lo stesso LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14, 1987, § 2 I, p. 10 ss., ritiene che da tale ipotesi non ne consegua ancora un dovere ad una determinata prestazione, ma un rapporto obbligatorio senza dovere di prestazione primaria.

²⁸⁸ Cfr. CANARIS, *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002, p. 274; per analoghi rilievi nel diritto israeliano, vedi MORDECHAI RABELLO, *Buona fede e responsabilità precontrattuale nel diritto israeliano alla luce del diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 471 ss.

²⁸⁹ Cfr. BALLERESTEDT, in *Arch. civ. prax.*, 151 (1951), pp. 505-506. Analogamente si è espresso in Italia, con riferimento all'art. 1337, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 370. Si ricorda che la responsabilità precontrattuale è stata introdotta dal Von Jhering ed è stata riconosciuta prima da parte della Corte del Reich (RGZ 78, 238, 239 – rotolo di Linoleum- nonché RGZ 104, 265, 267) e poi dalla Corte Suprema federale (BGHZ 6, 330, 333) come rapporto obbligatorio legale nelle trattative contrattuali. In base a tale giurisprudenza, la Corte Suprema Federale ha quindi riconosciuto il rapporto obbligatorio legale della *culpa in contrahendo* in favore di terzi (BGHZ 66, 51, 54) ed ha esteso la tutela non solo al potenziale contraente ma anche ai terzi che siano persone di fiducia o amministratori (BGHZ 80, 80, 82, 88, 69) o che abbiano un interesse proprio al contratto (vedi BGHZ 14, 313, 318). Come noto, il BGB non prevedeva la *culpa in contrahendo*, ma singole fattispecie (§ 122, 307, 309, 523, 524, 600, 694). Di qui la difficoltà di un'applicazione analogica a casi non previsti (LARENZ, *Schuldrecht*, I, 102). E' così circolata, in alternativa l'idea di una forma di responsabilità da affidamento quale "*dritte spur*" tra quella contrattuale e quella extracontrattuale. Ma criticamente CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 1997, 196, che, in presenza di una situazione definita di obbligo (pur senza prestazione), ritiene conseguente il richiamo alla responsabilità contrattuale. Intende sottrarsi a questa alternativa SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*

3.4 La riforma dello Schuldrecht e l'introduzione del quasi-negozio tra le fonti dell'obbligazione. In particolare, la formula aperta del concetto di contatto negoziale di cui al § 311, comma 2, BGB e la valorizzazione dell'affidamento legittimo.

Attraverso la legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, la *culpa in contrahendo* e gli obblighi di protezione hanno ricevuto una disciplina legale e sono stati elevati ad istituto giuridico generale.²⁹⁰

La riforma rivoluziona la struttura dell'intero sistema, imperniandolo sulla figura centrale e generalissima della violazione di un obbligo (*Pflichtverletzung*), nozione onnicomprensiva, indicante sia il mancato rispetto di obblighi che danno luogo a responsabilità precontrattuale, sia la violazione di obblighi negoziali, principali o accessori da cui consegue l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento.²⁹¹ La nuova fattispecie unitaria della violazione dell'obbligo comprende ogni deviazione della prestazione programmata, così come contrattualmente dovuta, senza distinguere tra obblighi principali ed obblighi secondari del contratto, ed inoltre senza che rilevi se gli obblighi secondari siano riferiti alla

Allgemeiner Teil, Tübingen, 2003, I, 18, che, a prescindere dai casi in cui la *culpa in contrahendo* intende ovviare alle lacune della responsabilità aquiliana, ne sottolinea comunque la specificità, in quanto responsabilità legata all'inosservanza di doveri di comportamento propri di figure professionali posti a tutela di interessi "Vertragsbezogenen"

²⁹⁰ Cfr., in argomento, MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 797 ss.; M. WOLF, *La culpa in contrahendo nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2003, p. 65 ss.; COLOMBI CIACCHI, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni. Prime osservazioni*, in *Annuario del diritto tedesco*, 2001, p. 89 ss.; KROPHOLLER, in *Studienkommentar BGB*, München, 2003, sub § 311, BGB, n. 1; LORENZ, RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, n. 366; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2003, n. 30; PATTI, *Conclusioni: luci e ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, 625

²⁹¹ Cfr. ANDERS, *Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht des Entwurfs für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in *ZIP*, 2001, p. 184 ss.; SCHAPP, *Empfiehl sich die "Pflichtverletzung" als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrecht?*, in *JZ*, 2001, p. 583 e in senso critico, STOLL, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungenrecht*, in

prestazione o ad altri beni protetti dall'altra parte contrattuale.²⁹²

Infatti, dopo aver stabilito che “per la nascita di un’obbligazione per mezzo di un negozio giuridico, così come per la modificazione del suo contenuto, è necessario un contratto tra i soggetti del rapporto, se la legge non prevede diversamente”, il § 311, comma 2, BGB stabilisce che “un’obbligazione avente ad oggetto i doveri di cui al secondo comma del §241 sorge anche attraverso: 1) l’avvio di trattative contrattuali; 2) la preparazione di un contratto, durante la quale una parte, in considerazione di rapporti negoziali già consolidati, consente alla controparte di incidere sui suoi diritti, beni ed interessi, oppure affidi ad essa gli stessi; 3) analoghi contatti sociali (o negoziali) (*geschäftliche Kontakte*)”. Si sancisce, con questa norma, la nascita di determinati obblighi per i soggetti che partecipano alla fase di preparazione di un contratto e si fonda così la responsabilità per il loro inadempimento.

Va rilevato che il § 311, 2 comma, è, in un certo senso, una norma sulle fonti delle obbligazioni.²⁹³ Infatti, tale disposizione non solo indica il contratto come fonte dell’obbligazione, ma aggiunge ulteriori fonti da cui possono scaturire obblighi di protezione. Conferma quindi che il rapporto giuridico nascente dal contatto precontrattuale e negoziale è un rapporto obbligatorio che non richiede la conclusione di un successivo contratto, ma che nasce, per legge, proprio in base al § 311.

La responsabilità per *culpa in contraendo*, pur classificata in maniera atecnica come fattispecie di responsabilità legale, perché sorge indipendentemente da una volontà delle parti, ha, in realtà, natura quasi-contrattuale.²⁹⁴ Ciò comporta comunque una disciplina diversa, rispetto a quella tipica delle fattispecie di natura aquiliana. Anche in Germania, infatti,

JZ, 2001, p. 593

²⁹² Cfr. MAGNUS, *La riforma tedesca del diritto delle obbligazioni: la fattispecie unitaria della violazione dell’obbligo ed il sistema dei rimedi contro la violazione del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, 681

²⁹³ Per analoghi rilievi, con riferimento al nostro art. 1337 c.c., vedi C. A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 44 nota 22

²⁹⁴ Cfr. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 797 ss.; STOLL, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2001, p.176

nel caso di violazione di un dovere derivante da un rapporto obbligatorio, quale che ne sia la fonte, la colpa si presume e il danneggiante deve provare di non aver agito colposamente. Ciò, diversamente dal caso in cui l'obbligazione derivi da fatto illecito, in quanto l'onere della prova della colpa o del dolo sono, in questa ipotesi, a carico del danneggiato.

Un rapporto obbligatorio con conseguenti obblighi di protezione può, poi, sorgere anche prima, ed anzi senza la conclusione del contratto.²⁹⁵

Quello dei "contatti sociali (o negoziali) analoghi", di cui alla terza alternativa prevista dal § 311, è un concetto generale ed una clausola generale. Il § 311, comma 3°, chiarisce, infatti, che un rapporto obbligatorio di fonte legale consistente negli obblighi di cui al par. 241, comma 2, può sussistere anche in capo a terzi che non sono destinati a diventare parti del contratto. L'importante è che si sia comunque dimostrata l'apertura di un traffico negoziale in senso amplissimo. Non è sufficiente però qualsiasi contatto sociale occasionale.²⁹⁶

Un'obbligazione siffatta sorge in particolare quando il terzo suscita un rilevante affidamento in ordine ad un proprio comportamento ed in tal modo influenza in maniera decisiva le trattative o la stipulazione del contratto. E' così stato recepito l'analogo orientamento elaborato dalla giurisprudenza del

²⁹⁵ LIEB, *Das neu Schuldrecht – Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2002, §3, n. 35, p. 138; G. HOHLOCH, *La codificazione degli obblighi di protezione e della responsabilità per culpa in contraendo*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* a cura di Cian, Padova, 2004, 250 ss..

²⁹⁶ Cfr. WOLF, *La culpa in contrahendo nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2003, 87, CANARIS, *JZ*, 2001, 499, 520; PALANDT/HEINRICH, *Bürgerliches Gesetzbuch* § 311, n.10; BLENSKE, in SCHIMMEL/BUHLMANN, *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, 2002, p. 165. Un'eventualità simile può verificarsi quando una azienda collegata al debitore induca il creditore a compiere atti dispositivi del patrimonio (EMMERICH, *Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, München, 2003, sub § 311 BGB n. 73; sulla casistica giurisprudenziale, vedi HEINRICH, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, sub § 241 BGB n. 7) o quando, nel contesto dell'esercizio di una attività professionale, vengano date informazioni di particolare rilievo per chi le riceve (HOHLOCH, *La codificazione degli obblighi di protezione e della responsabilità per culpa in contraendo*, cit., p. 250). Tale disposizione, comunque, acquista un proprio autonomo significato nei rapporti di cortesia a carattere prenegoziale (EMMERICH, *op. cit.*, sub § 311 BGB, n. 72).

Bundesgerichtshof tedesco e dalla dottrina.²⁹⁷

I terzi che suscitano una notevole fiducia ed esercitano una forte influenza nelle trattative precontrattuali sono considerati responsabili in caso di rottura delle trattative.²⁹⁸ Sottolineano gli interpreti che proprio il riferimento alla misura dell'affidamento indotto dal terzo, che deve essere "rilevante", e come tale deve essere valutato dal giudice, costituisce un'efficace punto di partenza per la delimitazione concreta delle ipotesi di responsabilità del terzo per inadempimento dei doveri di protezione.

Ciò considerato, si può affermare che nella riforma dello *Schuldrecht* la figura del quasi-contratto (*Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*) sembrerebbe differenziarsi rispetto al *quasi-contrat* del *code civil*, per la previsione di un requisito ulteriore per la sua nascita, l'affidamento, che deve influenzare in maniera decisiva le trattative o la stipulazione del contratto.

L'inadempimento del dovere di rispettare i diritti, i beni e gli interessi del soggetto contraente ne determina la relativa responsabilità, che non scaturisce, quindi, da un dovere generale di *neminem laedere*, come

²⁹⁷ Cfr., a riguardo, MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 797 ss.; vedi, per una panoramica giurisprudenziale, MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, n. 200 ss.; BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter* in *AcP* 151 (1950-1951), p. 501 ss.

²⁹⁸ Una posizione del genere (secondo M. WOLF, *La culpa in contrahendo nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2003, p. 65 ss.) è quella del venditore di autoveicoli che vende una macchina usata accettata in pagamento da un suo cliente. Considerando la competenza del venditore, l'acquirente si fida delle informazioni sull'autovettura che vengono da questi rilasciate (Vedi BGHZ 87, 304; BGH NJW 1980, 2185; vedi anche BGH NJW 1997, 1233; a riguardo SCHAUTES/MALLMANN JuS 1999, 537). Un affidamento particolare di questo tipo, che influenza notevolmente le trattative contrattuali può essere suscitato anche dall'intermediario di opzioni a termine su merci, quando quest'ultimo si richiama, nei confronti di un cliente inesperto, a particolari esperienze e conoscenze interne (BGHZ 80, 80, 82). Non sono però sufficienti il semplice richiamo alla propria competenza (BGH NJW 1990, 506; BGH ZIP 1993, 1785, 1787) o le relazioni di affari esistenti da molti anni (BGH NJW-RR 1992, 605-606). Tale posizione può essere attribuita anche ad un avvocato che rilasci un parere giuridico che rappresenti una base fondamentale per il prosieguo delle trattative, mentre non può essere considerato tale uno fra più avvocati coinvolti nella redazione di un testo contrattuale (BGH NJW, 1989, 293).

nell'ordinamento italiano, ma dalla fonte specifica, qualificata dalla rubrica del §311 BGB come quasi-contratto.²⁹⁹

E' importante rilevare come il legislatore fosse ben cosciente del fatto che, data l'ampiezza della formulazione, sarebbe stato possibile includere nella fase precontrattuale anche la responsabilità professionale degli esperti per l'esattezza dei loro pareri nei confronti dei terzi.³⁰⁰ Nonostante ciò, secondo quanto risulta dalla relazione alla legge, ha preferito mantenere questa soluzione.³⁰¹

3.5 L'influenza del diritto tedesco nel sistema civilistico italiano. Le obbligazioni senza prestazione nascenti dall'affidamento legittimo creato da uno *status*.

²⁹⁹ Cfr. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 797 ss., che ha rilevato che i diritti, i beni e gli interessi protetti dalla norma del terzo comma del § 311 BGB si identificano nella libertà di contrarre o, più precisamente, nell'autonomia contrattuale. Il singolo soggetto deve essere posto in condizione di decidere liberamente se stipulare o meno il contratto ed altrettanto liberamente deve assumersi le obbligazioni che dal contratto derivano. Non soltanto la controparte, ma anche i terzi devono astenersi da ogni ingerenza nell'esercizio di tale manifestazione di autonomia. Nell'ordinamento italiano, a differenza che nel sistema tedesco, laddove ciò non avvenga, si ritiene che il comportamento del terzo integri una violazione dell'autonomia contrattuale, qualificabile come danno ingiusto, risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c., sulla base di una moderna impostazione giurisprudenziale della clausola generale della ingiustizia del danno. M. WOLF, *La culpa in contrahendo nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2003 p. 65 ss., ricorda che, all'interno della materia precontrattuale, si è sviluppata la figura della responsabilità per prospetto e materiale pubblicitario non veritiero. La responsabilità di questo tipo è tesa ad evitare contratti indesiderati nel settore degli investimenti di capitali in titoli e degli investimenti in immobili. Sono previste disposizioni particolari per i titoli quotati in borsa nei § 44 ss., della legge Borsa e, per i titoli offerti pubblicamente, nel § 13 della legge sui prospetti informativi (VerkprospG). Una responsabilità per prospetti e materiali pubblicitari è prevista anche per la vendita di partecipazione a fondi ex § 127 della legge sul mercato degli investimenti (InvestmG). Si tratta di istituti giuridici autonomi caratterizzati dal fatto che non presuppongono trattative contrattuali con soggetti concreti e un affidamento personale nei confronti di tali soggetti. Può essere chiamato a rispondere anche chi ha voluto essere nominato nel prospetto solo per referenza, come ad esempio una banca (BGH NJW 1992, 2148, 2149).

³⁰⁰ Cfr. la relazione sul § 311 BGB, *Bundestagsdrucksache* 14/6040 p. 163, come pure il rapporto della Commissione giuridica, *Bundestagsdrucksache* 14/7052, p. 190

Anche nel nostro sistema giuridico, ispiratosi in questo all'esempio tedesco,³⁰² sono stati individuati rapporti *lato sensu* contrattuali, laddove non è riscontrabile un vero contratto. La presenza di rapporti obbligatori di tale tipo è stata accertata, fuori da una qualsiasi relazione negoziale, nel caso in cui soggetti professionali, in relazione al loro particolare *status* o alla loro specializzazione nella materia, abbiano assunto una posizione di garanzia nei confronti dei destinatari della prestazione da essi fornita.³⁰³ Si trattava di fornire una forma giuridica adeguata a fattispecie nelle quali il danno non poteva dirsi derivare da una casuale o non desiderata collisione di soggetti terzi, tenendo presente comunque che l'affidamento può generare una responsabilità contrattuale solo in presenza di un altro elemento in grado di giustificare il superamento dei confini della responsabilità aquiliana. E l'ancorare l'affidamento alla professionalità ha fornito, per l'ideatore di questa teoria, un criterio certo e sicuro.³⁰⁴

Tali obbligazioni, si è detto, in analogia a quelle scaturenti dalle trattative precontrattuali, hanno la propria fonte nell'art. 1173 c.c, la cui portata ampia e flessibile ha costituito l'aggancio normativo di questi rapporti obbligatori derivante dal fatto di un contatto sociale. La verifica di tali ipotesi è utile anche per meglio collocare, poi, fattispecie con caratteri analoghi nelle quali

³⁰¹ Cfr. relazione illustrativa del § 311 BGB, *Bundestagsdrucksache* 14/6040 p. 163

³⁰² Cfr. H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschr. f. d. gesamt Staatswissen*, 1943, p. 82

³⁰³ Cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177-178, già pubblicato in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, p. 147 ss., che è giunto a tale conclusione partendo dal presupposto che, anche nella fase precontrattuale, l'affidamento tra le parti è fonte di un'obbligazione senza obbligo primario di prestazione.

³⁰⁴ La figura del professionista è considerata in un'accezione ben più ampia di quella cristallizzata nelle varie discipline a tutela del consumatore. Qui il professionista non è solo un soggetto con doveri di correttezza informativa (quale l'avvocato nei confronti di un terzo secondo Cass. sez.un. 23 marzo 2005, n. 6216, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4), ma anche chi, all'interno di una struttura sanitaria o scolastica, per la sua peculiare attività, è garante della salute del terzo. Parimenti, è annoverabile in questa categoria la pubblica amministrazione, che, occupandosi istituzionalmente dell'interesse generale, ha il dovere di adempiere gli obblighi costituzionalmente previsti di buon andamento e imparzialità. Per tali rilievi, mi si consenta il rinvio a FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 162-163

sono stete individuate però erroneamente delle obbligazioni di fonte legale. Negli ultimi anni, dunque, alcune sentenze della Cassazione e del Consiglio di Stato, stravolgendo orientamenti giurisprudenziali consolidati, ma da sempre controversi in dottrina, hanno accolto e riconosciuto una responsabilità da "contatto sociale" in campi nei quali la natura della responsabilità era ambigua. Le ipotesi di incerta collocazione sono state finora individuate in ambiti quali: quello dei comportamenti del medico strutturato che, nell'adempimento di un'obbligazione, cagioni un danno a soggetti che non gli sono formalmente creditori; nel caso dei precettori che vigilano allievi che si autoprocuroano lesioni; nell'agire non corretto della pubblica amministrazione; nell'ipotesi in cui il professionista o l'intermediario finanziario rendano informazioni non veritiere od inesatte ad investitori non professionali. In tema di responsabilità del medico strutturato, la giurisprudenza si era divisa sulla natura contrattuale od extracontrattuale della responsabilità, e l'intervento della Cassazione ha tentato di sciogliere, in maniera per la verità discutibile, questo nodo gordiano. Tanto in dottrina che in giurisprudenza³⁰⁵ è stato per lungo tempo affermato il modello della responsabilità extracontrattuale, fondando tale indirizzo sulla considerazione che il medico non sarebbe vincolato da alcun contratto con il paziente, ma agirebbe come organo dell'ente ospedaliero. Tale impostazione andava superata sia per ragioni teoriche, in quanto si attaglia ad una funzione meramente protettiva dell'attività medica, che non corrisponde alla realtà fenomenologica, sia per ragioni pratiche, perché tale modello rendeva troppo difficoltosa la tutela risarcitoria del paziente sotto il profilo probatorio e del regime prescrizioneale. La nota sentenza 589/1999

³⁰⁵ Cfr. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 313; A PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, p. 265; F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 722-723; F. CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XVII, 1997, p. 189 e 213 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1077; e, in giurisprudenza, vedi Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, c. 4 ss.; Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in *Resp. civ.*, 1999, p. 272 ss., con nota di E. RONCHI, *Colpa grave del medico: valutazione medico-giuridica lasciata al mero arbitrio*; Cass., 20 novembre 1998, n. 2428, in

della Cassazione,³⁰⁶ confermata da numerose altre negli anni successivi,³⁰⁷ non riuscendo a cogliere un momento di scambio di consensi tra medico e paziente, ma avendo comunque intenzione di richiamare un'impostazione che permettesse di definire come contrattuale la responsabilità del medico, ha individuato la figura dell'obbligazione senza prestazione originata dall'affidamento del paziente nella professionalità del medico.³⁰⁸

Un contatto sociale rilevante è stato individuato dalla Suprema Corte in altre ipotesi in cui esisteva un danno alla persona e l'affidamento legittimo era riposto nei confronti di un soggetto professionale. Ci si riferisce al caso dell'insegnante, che si afferma avere, oltre all'istituzionale dovere di insegnare, anche quello di sorvegliare allievi minorenni.³⁰⁹

Un'interpretazione letterale dell'art. 2048 c.c., che disciplina la responsabilità dei precettori per il fatto illecito commesso dagli alunni,

Foro it., Rep., 1998, voce «Professioni intellettuali», n. 165.

³⁰⁶ V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno resp.*, 1999, 294 ss.; M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 679 ss.; F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446 ss.; F. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1194 ss.; A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2000, p. 334 ss.; F. G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale"*, in *Giur. it.*, 2000, p. 740-746.

³⁰⁷ Tra le ultime, vedi Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Gius.civ. Mass.* 2006, 4

³⁰⁸ Per le critiche sulla incoerenza della motivazione di tale sentenza, che confonde la figura della obbligazione senza prestazione con i rapporti contrattuali di fatto e per il tentativo di ricostruire in modo alternativo una responsabilità autenticamente contrattuale, vedi FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 33 ss. e 43 ss.

³⁰⁹ Cfr., a riguardo, Cass., Sez. Un., 27 Giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2635 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; in *Resp. civ.*, 2002, p. 1022 ss., con nota di G. FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in *Corriere giur.*, 2002, p. 1293-1296, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*; in *Danno e resp.*, 2003, p. 51 ss., con nota di A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*. Più di recente, l'orientamento è stato confermato da Cass. 18 novembre 2005, n. 24456, in *Resp.civ.*, 2006, p. 372.

chiarisce che tale norma è applicabile solo se il minore danneggia un terzo, e ad essa non può ricondursi il caso dell'allievo che si fa male da solo, in quanto tale condotta non integra un illecito. Data la natura eccezionale della norma rispetto a quella generale di cui all'art. 2043 c.c., non era proponibile un'estensione applicativa che andasse al di là del caso specifico previsto. Con l'intenzione di alleviare l'onere probatorio, che ai sensi dell'art. 2043 c.c. sarebbe a carico dell'allievo, la Cassazione ha scelto, allora, la strada della contrattualità del rapporto tra amministrazione ed alunno, configurando, altresì, un contatto sociale rilevante tra allievo e insegnante.³¹⁰

L'ambito applicativo nel quale questa teoria è stata oggetto di maggiore attenzione da parte della giurisprudenza, sia civile che amministrativa, e nel quale, peraltro, ha ricevuto più interpretazioni fra loro discordanti, è quello afferente la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di un legittimo affidamento del privato. Uno dei motivi principali per i quali il contatto sociale si è insinuato tra le pieghe dell'azione amministrativa è senz'altro l'insoddisfazione degli interpreti verso l'impostazione adottata dalla storica sentenza che ha riconosciuto la risarcibilità degli interessi legittimi.³¹¹ Nella ricostruzione della Cassazione, la lesione dell'interesse

³¹⁰ Successivamente anche nella speculare ipotesi della responsabilità di chi non ha vigilato adeguatamente sulla condotta autolesiva di un bimbo, che per la sua giovane età era ancora incapace di intendere e volere, la Suprema Corte (Cfr. Cass. civ., 18 luglio 2003, n. 11245, consultabile in *Nuova giur.civ.comm.*, 2004, I, 491) ha riconfermato la non applicabilità della disciplina dettata dall'art. 2047 c.c. Essa ha ricondotto, invece, la responsabilità del sorvegliante e della struttura, nella quale l'incapace è stato ammesso, nell'alveo della responsabilità contrattuale, specificando che tra vigilante e bambino «si instaura pur sempre, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale il vigilante assume uno specifico obbligo di protezione reso ancora più intenso dal fatto che si tratta di bambini in tenera età, non ancora dotati di sufficiente autocontrollo».

³¹¹ Per una visione contrattualistica del rapporto P.A.-privato, vedi C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 654 ss., che ripropone la sua celebre teoria anche nell'ambito amministrativo. In tal senso anche S. AGRIFOGLIO, *Le Sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 1241 ss.; M. PROTTO, *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1005 ss.; ID, *La responsabilità dell'amministrazione per la lesione di (meri) interessi legittimi; aspettando la Consulta*, in *Resp. civ.*, 1998, p. 969 ss.; F.G. SCOCA, *Per*

legittimo non è condizione sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria, dovendo verificarsi altresì una lesione dell'interesse a un bene della vita meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.³¹² L'organo giudicante ha il dovere di svolgere un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, al fine di accertare se il sacrificio del privato trovi giustificazione nell'interesse ultraindividuale perseguito dall'autorità amministrativa con il provvedimento. Ma le difficoltà emerse presso la giurisprudenza posteriore riguardano proprio l'individuazione dei limiti di tale giudizio.³¹³ Diretta conseguenza di tale impostazione era la negazione di una protezione ogni volta che residuasse in capo alla P.A. un margine di discrezionalità tale da consentire la rinnovazione del procedimento con esito diverso da quello voluto dal privato. Questo orientamento limitativo delle legittime rivendicazioni del privato viene contraddetto e superato dalle pronunce che individuano una responsabilità da contatto sociale.³¹⁴

un'amministrazione responsabile, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4061

³¹² Per i commenti a Cass. 22 luglio 1999, n. 500, vedi R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3212; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, entrambi in *Foro it.*, 1999, I, c. 3212; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, entrambi in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 1221; M. FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 1999, p. 1025

³¹³ Il danno viene considerato ingiusto solo allorché il privato dimostri di avere titolo all'effettivo conseguimento del bene della vita avuto di mira, non essendo sufficiente la sussistenza di una mera probabilità di ottenerlo. In tal senso, vedi Cass. civ., sez. I, 1 agosto 2003, n. 11738, in *Guida al dir.*, 2003, n. 37, p. 49 ss.. In dottrina, dello stesso avviso, F. D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi dal muro di sbarramento alla rete di contenimento*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 272 ss.

³¹⁴ Vedi, ad esempio, Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, I, 2003, c. 79 ss., secondo cui il giudizio prognostico non deve condurre ad ammettere la tutela risarcitoria solo nelle rare ipotesi in cui l'attività dell'amministrazione risulti vincolata, cioè a risultato garantito per il privato, altrimenti, attesa la sostanziale assimilabilità della situazione giuridica fatta valere con quella del diritto soggettivo, rimarrebbe ferma, per una sorta di idiosincrasia, l'irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi. Vedi però in senso contrario Cass. civ., Sez. Lav., 24 marzo 2004, n. 5941, e Cass., Sez. Lav. 23 aprile 2004, n. 7733, entrambe consultabili in *Giust. civ. Mass.* 2004, 4, che hanno respinto decisamente la precedente impostazione sostenendo che dall'uso illegittimo della funzione amministrativa può derivare soltanto una responsabilità di tipo aquiliano. Ciò in quanto la configurazione di un diritto *ex lege* alla legalità, imparzialità e correttezza

Infatti, questa teoria sposta la visuale verso il rapporto giuridicamente rilevante che esiste tra cittadino e P.A., facendo perdere rilevanza alla clausola del danno ingiusto, che non può più fungere da filtro selettivo. L'incertezza, quindi, perde consistenza se il danno non è ricondotto alla perdita dell'utilità sostanziale, ma all'inadempimento del rapporto che si genera in relazione all'obbligo imposto dalla norma. Altro punto nodale della sentenza 500/99, che ha creato terreno fertile per la successiva adozione giurisprudenziale di nuove impostazioni di natura «paracontrattuale», è quello concernente la controversa questione dell'elemento soggettivo dell'illecito della P.A.

L'ispirazione che sorregge l'orientamento giurisprudenziale del contatto amministrativo qualificato sorge anche dalla consapevolezza del fallimento di tutti i criteri che sono stati individuati per dare una definizione della colpa dell'apparato, e dal riconoscimento dell'impossibilità sul piano pratico per il privato di fornire elementi utili per la valutazione della colpa.³¹⁵ Aldilà delle summenzionate motivazioni di carattere pratico, che hanno suggerito l'accoglimento giurisprudenziale di questa impostazione, è indubitabile che, a seguito dell'entrata in vigore della legge 241/90, tra privato e pubblica amministrazione sia nato un rapporto speciale, dal quale sorgono per il privato una serie di diritti quali: quello a partecipare al procedimento, a vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, a poter accedere ai documenti in possesso dell'Amministrazione, a vedere prese in esame le osservazioni presentate, ad ottenere una motivazione per la decisione che vanifica un'aspettativa. Quelli appena citati non possono essere però

in genere dell'azione amministrativa autoritativa, quand'anche circoscritto all'ambito di relazioni particolari, comporterebbe il sostanziale annientamento di una figura di diritto positivo qual è l'interesse legittimo, e ciò in contrasto con lo stesso sistema costituzionale.

³¹⁵ Si trova traccia di questo ragionamento nella prima pronuncia del Consiglio di Stato che richiama esplicitamente questa teoria, nella quale sono stati considerati applicabili alcuni profili della responsabilità contrattuale, anche se solo con riferimento all'accertamento dell'elemento soggettivo, con relativa applicazione della regola dell'art. 1218 c.c. quanto alla ripartizione dell'onere della prova (Cfr. in Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Resp. civ.*, 2001, p. 975, con nota di V. CARBONE, *Il giudice amministrativo adotta la responsabilità da contatto procedimentale*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 183; conforme Cons. Stato 2 settembre

considerati obblighi di prestazione, dato che ciò è precluso dalla posizione di supremazia della P.A., che qualifica come di diritto pubblico il rapporto e impedisce di considerarla alla stregua di un debitore.

Il danno subito dal privato non potrà che rilevare, allora, in esito alla violazione dell'obbligo di protezione che nel rapporto obbligatorio presiede la sfera giuridica dell'altra parte in forza del principio di buona fede. Emerge, infatti, accanto al dovere della P.A. di perseguire l'interesse pubblico nel rispetto della legalità, l'obbligo accessorio di rispetto o di protezione della sfera del soggetto privato per le conseguenze dannose che l'instaurato rapporto è suscettibile di provocare. L'affidamento del privato consiste nel ritenere che l'amministrazione si comporterà correttamente e soddisferà la pretesa all'atto favorevole, a meno che a ciò vi osti il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, che porti a far prevalere nel caso concreto un altro interesse. Molto più che nelle fattispecie precedentemente esaminate, è quindi qui che l'obbligazione senza prestazione sembra avere una sua collocazione più corretta.³¹⁶

Con le pagine che seguono si tenterà di approfondire ipotesi nelle quali la dottrina o la giurisprudenza hanno individuato responsabilità per inadempimento di obbligazioni preesistenti non volontariamente contratte e come tali definite ex lege. Si constaterà come i termini della questione si rivelino delicati, in quanto l'alternativa rispetto ad una responsabilità da inadempimento di una obbligazione, vale a dire la natura aquiliana della stessa, porta con sé le note rilevanti differenze di disciplina.

Del resto, il contravvenire ad un divieto di compiere una determinata attività non è detto che rilevi come inadempimento di un obbligo, ma può essere considerata una violazione di norma imperativa di legge, valutabile ai fini di una colpa extracontrattuale, e, in verità, in tema di responsabilità per fatto illecito, la colpevolezza di un determinato comportamento può derivare

2005 n. 4461, in *Foro amm. CDS*, 2005, p. 2596).

³¹⁶ In ordine al rilievo secondo il quale nelle sentenze in cui si richiama il contatto amministrativo qualificato, sembra essere evidente, al di là delle affermazioni testuali in motivazione, il tanto atteso riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità ex art. 1337 c.c., si veda sempre FAILLACE, *La responsabilità*

sia dalla violazione dei criteri generali di prudenza e perizia, sia dall'inosservanza di specifiche norme di legge o di regolamento.³¹⁷

Si tenterà di sottolineare nell'interpretazione delle fattispecie che seguono, in analogia con quelle appena descritte che hanno manifestato la presenza di un "contatto" rilevante, che i requisiti essenziali per inferire la natura contrattuale (o meglio quasi-contrattuale) del rapporto sono, come in Germania, la lesione di un affidamento legittimo e la determinabilità del soggetto leso.

3.6 Il preteso inadempimento di una preesistente obbligazione di fonte legale e la natura della responsabilità degli amministratori di società di capitali.

Il ricorso a figure quali gli obblighi di protezione è stato considerato prezioso al fine di qualificare la posizione e la relativa responsabilità degli amministratori di società di capitali nei confronti dei terzi e nei confronti dei creditori sociali.

L'art. 2394 c.c. stabilisce la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Tale azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. L'art. 2395, invece, stabilisce il diritto al risarcimento del danno spettante ai terzi che siano stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori.

Entrambe le ipotesi, per autorevole dottrina,³¹⁸ sottenderebbero una responsabilità di natura contrattuale derivante dall'inadempimento di una preesistente obbligazione di fonte legale, riguardante la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, obbligazione assunta dagli

da contatto sociale, cit., p. 169

³¹⁷ Cfr., a riguardo, *ex multis*, Cass. 10 febbraio 1994, n. 1364, in *Riv. giur. edilizia* 1994, I, 981

³¹⁸ Cfr. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 225

amministratori con l'accettazione della carica.³¹⁹

A questo orientamento si può eccepire, però, che, nel nostro ordinamento, i doveri di protezione in favore di terzi sono stati riconosciuti dalla giurisprudenza solo laddove l'affidamento fosse ingenerato da uno *status* del debitore di diversa pregnanza rispetto a quello che qualifica l'amministratore di s.p.a.. Il debitore, infatti, deve ricoprire una posizione istituzionalmente deputata a creare fiducia nei terzi. Senza contare che la contrattualizzazione della responsabilità conseguente alla violazione di un interesse di protezione può darsi solo in caso di determinatezza o determinabilità dei soggetti destinatari dell'obbligo, e tale non si può definire la posizione dei numerosi e indistinti terzi che possono essere danneggiati dal comportamento *contra legem* di un amministratore di società di capitali.³²⁰

³¹⁹ Conformemente FRÈ, *Società per azioni*, artt. 2325-2461, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997, 866; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992, 523; TISCINI, *I presupposti delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali*, in *Dir. fall.*, 1998, I, 9; ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000, 57 ss.; PESCATORE, *Gli amministratori*, in *Manuale di diritto commerciale* a cura di Buonocore, Torino, 2001, 331; SAMBUCCHI, *Commento all'art. 2395*, in *Società di capitali. Commentario a cura di Piccolini e Stagno D'Alcontres*, vol. II, Napoli, 2004, 718 ss. Cfr. anche ANGELICI, *Società per azioni ed in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 977 ss., che attribuisce natura contrattuale all'azione. In giurisprudenza, vedi Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Società*, 1999, 557; Cass. 22 novembre 1971, n. 3371, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, 2, *Società per azioni*, 1974, 1636; App. Roma, 21 maggio 1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1805; Trib. Milano, 19 gennaio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 174).

³²⁰ In senso analogo, vedi CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, *Enc. giur. Treccani*, 1990, p. 4; PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2, Torino, 2006, p. 900 ss.; contrario al richiamo degli obblighi di protezione, anche DI GIOVANNI, *Responsabilità civile e organi della società: appunti sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci delle società di capitali verso i terzi estranei alla società*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 540 ss., il quale nega una possibile collocazione della fattispecie nell'ambito dei doveri generali di protezione di derivazione germanica, non ravvisando nell'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio sociale un diritto a favore dei terzi, sicchè qualifica la responsabilità nello schema della tutela esterna del credito; contra vedi G. M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2006, nota 32, pag. 200 e E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003, 18 ss., che rilevano una contraddizione in chi

Per questi motivi, non sembra conclusiva per affermare la natura “contrattuale” della responsabilità, la preesistenza di uno specifico obbligo di conservare il patrimonio sociale derivante dalla legge.

L’opinione prevalente in giurisprudenza ed in dottrina è, peraltro, che la responsabilità degli amministratori verso i terzi di cui all’art. 2395 abbia natura extracontrattuale, e ciò proprio per il rilievo che tra gli amministratori ed il terzo non vi è un rapporto obbligatorio antecedente alla lesione, sicchè la norma sanziona, in realtà, la violazione del generale divieto posto dall’art. 2043 di pregiudicare colpevolmente o dolosamente l’altrui sfera patrimoniale.³²¹ In altri termini, si tratta di violazione tipizzata dal legislatore, e riconducibile alla clausola generale dell’art. 2043, i cui

caldeggia una soluzione extracontrattuale, pur applicando alla stessa ipotesi istituti propri della disciplina dell’inadempimento, quali la distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato, il criterio della diligenza professionale, il richiamo a regole di causalità materiale. In posizione intermedia si collocano coloro che reputano necessario distinguere a seconda che sia stato violato il precetto del *neminem laedere* o un obbligo legale specifico, DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, 507 ss.; BORGIOI, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975, 352 ss.; *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395 cc.*, in *Giur. comm.* 1981, II, 699 ss.

³²¹ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, p. 291; ID., *Le nuove società di capitali e cooperative*, in Galgano e Genghini, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, XXIX, 1, Padova, 2004, 296; PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2, Torino, 2006, p. 900 ss.; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, a cura di Galgano, Torino, 2002, 367 ss.; CARNEVALI, *La responsabilità civile degli amministratori per danno ai risparmiatori in Contratto e impresa*, 1988, 87, che ha rilevato che gli articoli 2394 e 2395 c.c. hanno giustificato un riconoscimento della tutela aquiliana dei diritti di credito trent’anni prima della sentenza Meroni; RAGUSA-MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969, p. 93 ss.; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 362 ss.; in giurisprudenza si sono pronunciate analogamente, per lo più in *obiter dicta*, Cass. 21 maggio 1991 n. 5723, in *Riv. dir. comm.* 1992, II,1; Cass. 7 settembre 1993 n. 9385, in *Giur. comm.*, 1994, II, 365; Cass. 1 aprile 1994 n. 3216, in *Foro it.*, 1995, I,1302; Cass. 28 febbraio 1998, n. 2251, in *Giur. it.*, 1998, 1639; Cass. 3 dicembre 2002, n. 17110, in *Foro it.* 2003, I,2438; cfr. Cass. 3 agosto 1988, n. 4817, in *Dir. Fall.*, 1989, II, p. 381, nella quale si sottolinea che la responsabilità trova applicazione solo quando la violazione del diritto individuale del socio o del terzo sia in rapporto causale diretto con l’azione degli amministratori, a nulla rilevando che il socio od il terzo possano avere azione anche contro la società; Trib. Milano 22 ottobre 1990, in *Società*, 1991, p. 218, con nota di PATELLI, *Risoluzione per inadempimento del contratto sociale*; Trib. Milano 16 ottobre 1989, in *Società*, 1990, p. 902, con nota di GALASSO, *Azione extracontrattuale di responsabilità ex art. 2395*, nella quale è precisato che la prescrizione è quella

caratteri di specialità dipendono dal fatto che deve sussistere uno stretto rapporto tra la lesione cagionata al terzo e l'atto di gestione compiuto dall'amministratore.³²²

D'altra parte, la natura atipica dell'illecito aquiliano non esclude che talune figure possano essere tipizzate, senza che ciò porti a doverne negare la natura di illecito da includersi nell'ambito del danno ingiusto.

Tuttavia, come è stato già rilevato,³²³ una diversa qualificazione della responsabilità dell'art. 2395 c.c. non è foriera di conseguenze significative, in quanto l'onere della prova del creditore verte sugli stessi fatti, tanto che si consideri l'azione di natura aquiliana, quanto che la si fondi sull'inadempimento di una obbligazione. Per giurisprudenza pacifica, infatti, per affermare la responsabilità degli amministratori è sufficiente provare, sia nell'azione sociale, sia in quella dei creditori sociali, l'inadempimento degli amministratori ad un loro obbligo previsto dalla legge o dallo statuto, e che da tale inadempimento è derivato un danno alla società; non è quindi necessario provare la colpa degli amministratori, spettando invece a costoro l'onere di provare i fatti che valgono ad escludere o ad attenuare la loro responsabilità.³²⁴ L'unica differenza di rilievo che dipendeva dalla diversa qualificazione in ragione della diversa fonte dell'obbligo riguardava il termine prescrizione, ma è stata recentemente eliminata dalla nuova disciplina del comma 2 del 2395 c.c..

dell'art. 2947 c.c.; Trib. Milano, 21 aprile 1986, in *Società*, 1986, p. 1211.

³²² Segnala questo aspetto MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit. p. 365 e Trib. Milano 20 ottobre 1997, in *Società*, 1998, p. 320 con nota di RONCO, *Azione di responsabilità verso il socio accomandatario amministratore*. Nemmeno l'argomento, la cui importanza viene accentuata da chi afferma la natura contrattuale della responsabilità, per il quale l'obbligo di conservare il patrimonio sociale è previsto per legge, è conclusivo, in quanto i generici canoni di diligenza, prudenza e di perizia possono essere sostituiti da specifiche prescrizioni di legge, la cui violazione di per sé integra gli estremi della colpa (si veda, F. GALGANO, *Diritto commerciale- Le società*, p. 286).

³²³ Cfr. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, 963

³²⁴ Cass. 24 marzo 1999, n. 2772, in *Società*, 1999, 1065; Cass. 9 luglio 1979, n. 3925, in *Dir. fall.*, 1979, II, p. 453; Cass. 22 novembre 1971, n. 3371, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, 2, *Società per azioni*, 1974, 1636

3.7 Soggetti professionali e obblighi di rendere informazioni corrette. Fattispecie analoghe senza una qualificazione uniforme.

3.7.1 Incertezze testuali e ambiguità classificatorie nelle obbligazioni che sorgono tra società di revisione, sindaci o esperti incaricati di valutare i conferimenti in natura e soggetti terzi determinabili.

Discorso più complesso si deve fare in ordine alla posizione delle società di revisione, che hanno il compito di verificare, rilasciandone attestazione, la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili, oltre alla conformità dei bilanci alle risultanze delle scritture e alle norme civilistiche che li disciplinano. Esse esprimono il proprio giudizio sul bilancio preparato dagli amministratori mediante un atto finale, che, quando il bilancio viene giudicato conforme alle regole che lo disciplinano, può assumere il valore di un vero e proprio certificato positivo.³²⁵ Dall'espressione delle suddette valutazioni può nascere una responsabilità della società di revisione, sia per quanto concerne il suo rapporto con la società revisionata, sia per quel che riguarda il rapporto in cui essa necessariamente si pone con i terzi destinatari dell'informazione di bilancio. Sebbene la prestazione della società di revisione si svolga a causa ed in seno ad un rapporto contrattuale e sia, quindi, destinata a soddisfare un bisogno della società che le ha conferito l'incarico, tuttavia l'oggetto della prestazione è, per sua natura intrinseca, destinato a comunicare ad una massa indeterminata di soggetti un giudizio particolarmente qualificato, in quanto proveniente da una fonte specializzata, sull'attendibilità del bilancio della società. La società, peraltro,

³²⁵ Per una ricostruzione della disciplina della revisione contabile, vedi M. BUSSOLETTI, *Società di revisione*, in *Enc. dir.* XLII, 1990, p. 1080 ss.; F. REDAELLI, *Società di revisione*, in *Digesto disc. priv.*, sez. comm., XVI, 1997, p. 222 ss.; G. FAUCEGLIA, *Società con azioni quotate in Borsa*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.* aggiorn., 2000, p. 665 ss.; F. GALGANO, *La revisione contabile*, in *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, III, 2, p. 429 ss.. Sul problema della responsabilità, vedi D. CASADEI, *La responsabilità della società di revisione*, Milano, 2000, p. 33 ss.; M. GIRETTI, *Il revisore che sbaglia paga: ma quanto e a chi?*, in *Danno resp.*, 2000, p. 481 ss.; M. BARBUTO, *Responsabilità della società di revisione*, in *Fallimento*, 1997, p. 575 ss..

adempiendo la prestazione dovuta ad un soggetto determinato, sa che di essa beneficiano anche altri soggetti, i quali hanno il diritto di confidare nell'esattezza del predetto adempimento. Per questo motivo, l'inadempimento, oltre a colpire la sfera del titolare del rapporto obbligatorio, è idoneo a produrre conseguenze negative anche in sfere giuridiche estranee al rapporto contrattuale.³²⁶ La revisione può, poi, essere disposta dagli organi delle società interessate ad uso interno, per verificare la corretta redazione del bilancio e la contabilizzazione dei fatti gestionali. Questo tipo di revisione può essere espletata su richiesta di terzi, possibili investitori, oppure su iniziativa della società stessa, nell'intento di attrarre l'attenzione di un investitore previamente individuato, in quanto destinatario dell'attività di revisione e di certificazione in vista di futuri investimenti riguardanti la società stessa, per esempio, in sede di vendite di aziende o cessione di pacchetti azionari.³²⁷

La nuova disposizione dell'art. 2409 sexies c.c., secondo la quale, “*i soggetti incaricati del controllo contabile sono sottoposti alle disposizioni dell'articolo 2407 e sono responsabili nei confronti della società, dei soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri*” ha indotto, per una chiara suggestione letterale, a classificare tale fattispecie in termini di responsabilità di fonte legale, quindi di tipo *lato sensu* contrattuale, anche rispetto ai singoli soci e ai terzi che abbiano subito un danno a seguito della predisposizione e diffusione di un giudizio non corretto, ovvero a causa dell'omissione o negligente esecuzione di controlli in ipotesi dovuti. La responsabilità del revisore deriverebbe non dalla violazione del generico precetto del *neminem laedere*, ma dalla violazione di obblighi di comportamento imposti dalla legge specificamente a carico

³²⁶ Cfr. V. SALAFIA, *La responsabilità civile dei revisori della contabilità e del bilancio*, in *Danno resp.*, 2002, p. 684

³²⁷ Cfr. M. FRANZONI, *Responsabilità delle società di revisione*, in *Danno resp.*, 2002, p. 110, che precisa che in queste ipotesi, di frequente verifica, la società di revisione svolge un controllo per finalità affatto diverse rispetto a quelle che la legge prevede. L'esecuzione di un preciso incarico indica un altrettanto preciso obiettivo prefissato dal committente.

del revisore o della società di revisione.³²⁸ Il legislatore ha fissato i presupposti di obbligatorietà della revisione, ha definito in dettaglio i diversi doveri del revisore (all'art. 2409-ter c.c.) e le modalità di svolgimento dei medesimi e infine ne ha sanzionato l'inadempimento individuando altresì i soggetti legittimati ad esperire l'azione di danni. Per questo motivo, secondo tale orientamento, dovendo dare contenuto e senso alla responsabilità esterna dei revisori bisognerebbe muovere non dalla *lex aquilia*, né dal contratto, ma dalla legge.³²⁹

E' la medesima argomentazione che regge la tesi secondo cui sarebbero contrattuali le azioni di cui agli artt. 2394 e 2395 c.c., azioni esplicitamente esperibili anche nei confronti dei revisori ai sensi dell'art. 2407 c.c., così come richiamato dall'art. 2409-sexies c.c..

Tale orientamento è stato, del resto, sostenuto in prospettiva analoga con riferimento alla responsabilità esterna dei sindaci,³³⁰ e se ne trovano tracce

³²⁸ Cfr. G. M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2006, 176, secondo cui non può pensarsi che il legislatore della riforma, nel formulare la nuova norma in tema di responsabilità dei revisori nella s.p.a. non quotate fosse ignaro del dibattito sull'art. 164 t.u.f., e non ritiene azzardato affermare che l'art. 2409-sexies abbia confermato, a modo di interpretazione autentica, una responsabilità legale già esistente nel diritto speciale delle s.p.a. quotate; sempre in favore della natura contrattuale della responsabilità, vedi DI CECCO, *Commento all'art. 2409 sexies c.c.*, in *Commentario Sandulli-Santoro*, Torino, 2003, p. 659; A. ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, Milano, 1979, p. 198, nota 88; D. CASADEI, *La responsabilità delle società di revisione*, Milano, 2000, p. 179; G. PARTESOTTI, voce *Società di revisione*, in *Enc. Giur.*, XXIX, 1993, p. 8; F. BONELLI, *Responsabilità della società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 974, in commento all'art. 12 d.p.r. 136/1975, scriveva "dal punto di vista terminologico, e forse non solo terminologico, potrebbe discutersi se sia adeguata l'espressione responsabilità extracontrattuale per fatti illeciti della società di revisione: la responsabilità della società di revisione nei confronti dei terzi investitori, soci o finanziatori non deriva infatti dalla violazione del generico dovere del *neminem laedere*, né è un semplice mezzo di accollo di un danno ingiusto, caratteristiche queste che tradizionalmente contraddistinguono la responsabilità extracontrattuale per fatti illeciti, ma deriva e viene in considerazione se e perché vi sia stata la violazione di preesistenti obbligazioni imposte dalla legge alla società di revisione".

³²⁹ Cfr. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2006, 182

³³⁰ Si è osservato che la responsabilità esterna dei sindaci discende non già dalla violazione del generico dovere del *neminem laedere*, ma dalla violazione di preesistenti obbligazioni imposte dalla legge, in conseguenza e per il fatto del

nella recente inclinazione a qualificare la responsabilità dell'esperto ex art. 2343 c.c.³³¹ ovvero ex art. 2501 *sexies* c.c. come contrattuale sia nei confronti della società, sia rispetto ai soci (ed eventualmente ai terzi) in quanto derivante sempre e comunque dalla violazione di specifici obblighi di comportamento.³³² L'indicazione testuale che fa riferimento all'"inadempimento" di un'obbligazione richiede un'attenta valutazione, se si fa riferimento all'esperienza del quasi-contract della *common law*,³³³ ma

rapporto che i sindaci intrattengono con la società, a tutela diretta ed indiretta dei soci e dei terzi. Vedi, a riguardo, FORTUNATO, *Le responsabilità professionali e legali nelle funzioni di revisore con particolare riguardo ai doveri del collegio sindacale*, in *Riv. dott. comm.*, 1990, 959; TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Il codice civile. Commentario, diretto da Schlesinger*, Milano, 1992, 330 ss.; CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 5, Torino, 1988, 179; G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, n.16, 1985, p. 576; CASELLA, *Azione di responsabilità contro i sindaci di società per azioni*, in *Temi*, 1959, p. 465 ss.; CAFARO, *Del collegio sindacale*, in *Dir. fall.*, 1949, I, 174 ss.

³³¹ Cfr. MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo e Portale*, vol. 1, Torino, 2004, 515 ss., che afferma la responsabilità ex art. 1218 c.c. dell'esperto incaricato della stima dei conferimenti in natura e di quella della relazione sulla congruità del rapporto di cambio nell'operazione di fusione.

³³² Cfr. C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo e Portale*, vol. 7, Torino, 2004, 676, che ritiene che il particolare status professionale dell'esperto debba considerarsi di per sé idoneo ad instaurare anche rispetto ai soci ed agli eventuali terzi un rapporto obbligatorio, anche se privo di fondamento contrattuale e SERRA-SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società* (Commento al d. lg. 16 gennaio 1991, n. 22), Torino, 1994, 73, per cui proprio nello specifico obbligo di imparzialità dovuto a tutti gli interessati si può ravvisare la radice di un'obbligazione in senso proprio per il cui inadempimento può ravvisarsi una responsabilità da qualificare sempre come contrattuale.

³³³ Nel diritto inglese, piuttosto che partire dalla formulazione di un dovere negativo generalizzato ed indifferenziato del *neminem laedere*, si riconoscono specifici doveri positivi di comportamento che le circostanze del caso concreto impongono di osservare a favore di altri. Ne consegue che il danneggiato che invochi il *tort of negligence* deve provare che l'autore dell'atto aveva un obbligo specifico (*duty of care*), esistente nell'ambito di una relazione, nei confronti del soggetto leso, che esso sia stato violato (*breach of duty*) e che ne sia conseguito un danno. Nel 1963, la *House of Lords* ha riconosciuto l'esistenza di un ampio *duty of care*, affermando per la prima volta la possibilità di un dovere di diligenza nei confronti dei terzi che abbiano subito un danno meramente patrimoniale a causa di un *negligent misstatement*, ove possa essere stabilita una relazione di sufficiente prossimità espressiva della vicinanza tra la posizione del terzo e l'autore dell'illecito (*Hedley Byrne & co. Ltd. V Heller & Partners Ltd.*), anche in difetto di una relazione contrattuale o fiduciaria tra due soggetti ovvero anche in assenza di frode. A tal fine, però, non basta che la perdita dell'attore fosse prevedibile, si deve altresì dimostrare che tra attore e convenuto sussistesse una *special relationship*,

anche degli obblighi di protezione dell'ordinamento tedesco di cui al nuovo § 311 Abs. 3, BGB, norma che, come abbiamo visto, prevede la responsabilità del terzo che, creando una speciale relazione di affidamento con una delle parti in trattativa, eserciti una rilevante influenza sulle trattative negoziali o sulla conclusione del contratto.

Consapevole di tali esperienze straniere, autorevole dottrina, considerato che il terzo qualificato non può considerarsi in quella posizione di estraneità che caratterizza la responsabilità extracontrattuale, e valorizzando l'affidamento riposto nelle qualità professionali della società di revisione, che assume un obbligo di perizia alla stregua di quanto previsto dall'art. 1176 c.c.,³³⁴ ha colto l'esistenza di un contatto rilevante nei confronti dei terzi qualificati. Nonostante la natura privatistica dell'attività svolta, deve ritenersi, infatti, che i revisori contribuiscano a realizzare l'interesse pubblico alla protezione del mercato finanziario, poiché la società di revisione è inserita in un sistema pubblicistico di vigilanza, con la conseguenza che i giudizi positivi da essa espressi sono in grado di conferire

superando il *test of proximity*. Negli Stati Uniti, il giudice Cardozo, nella decisione *Ultramares Corp. V. Touche*, ha esteso ai revisori l'applicazione della teoria della *privity in tort*, in base alla quale, anche in assenza di un rapporto contrattuale, il revisore può avere un *duty of care* nei confronti dei terzi, il cui mancato rispetto può dar luogo a responsabilità. Tale relazione si configura però solo in quelle circostanze in cui si dimostri l'esistenza di un contatto con il terzo che ha fatto affidamento su informazioni o documenti trasmessigli direttamente dal revisore, contatto così stretto da avvicinarsi a quello di *privity*. Si deve trattare di una relazione quasi-contrattuale tra le parti medesime: diversamente, l'espansione della responsabilità per inesatte informazioni potrebbe dar luogo al rischio di imporre una "*liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class*".

³³⁴ Cfr., in tal senso, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 236, che ha evidenziato che questa responsabilità non è ascrivibile solo alla società, ma in via solidale anche a coloro che hanno sottoscritto la certificazione, nonché ai dipendenti che hanno svolto le operazioni di controllo contabile. Per una responsabilità di natura contrattuale, in questa ipotesi, ma utilizzando l'istituto del contratto con effetti protettivi per il terzo, vedi A. Di Majo, *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*, Torino, 2002, p. 82; ma contro questa impostazione, per la difficoltà di individuazione dei terzi protetti, vedi M. BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, cit., p. 358 ss.; BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2006, 182, sostiene che la fonte della tutela dei terzi sia l'obbligazione legale stessa, senza necessità di ipotizzare ulteriori doveri di protezione (da contatto), di cui, di fronte alla specifica previsione normativa, non si ravvisa la necessità.

una particolare attendibilità ai bilanci certificati, suscitando in soci e terzi un legittimo affidamento.

Certamente, volendo percorrere tale strada, occorre che il giudice eserciti un'attenta verifica della consistenza del contatto tra il terzo e la società di revisione, contatto che deve rendere giuridicamente rilevante l'interesse al corretto adempimento del compito di controllo, superando così la soglia dell'interesse di mero fatto ascrivibile al terzo qualsiasi.³³⁵

La contemplazione della destinazione delle informazioni ad un terzo individuato può costituire il rapporto particolare necessario ad orientare la tutela a beneficio di un determinato soggetto. In questo modo, è possibile evitare il paradosso di un'obbligazione contrattuale *ad incertam personam*.³³⁶

Ma c'è da registrare che, in senso contrario ad una impostazione contrattualistica della responsabilità dei revisori, i giudici di legittimità³³⁷

³³⁵ Cfr., in tema, FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., p. 146 ss. A questo riguardo T. DI MARCELLO, *La responsabilità delle società di revisione nei confronti dei terzi tra violazione di obblighi e lesione di interessi protetti*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 454, ritiene che, per affermare la responsabilità delle società di revisione nei confronti dei terzi, occorrerebbe accertare se il revisore abbia acconsentito alla pubblicazione della propria relazione e se tale pubblicazione sia idonea ad integrare gli estremi di un rapporto particolare tra revisore e terzo, sulla base del quale, quest'ultimo abbia avuto ragione di riporre affidamento nella stessa, oppure se gli interessi dell'investitore siano giuridicamente tutelati da qualche complesso di norme o da una singola disposizione. Questo Autore distingue tra il contatto con la relazione di certificazione, non rilevante, e il contatto rilevante con la società di revisione. L'idea di una "iperresponsabilità" che possa giustificare una richiesta di risarcimento sulla base del semplice contatto con il documento certificativo non sembra trovare supporto normativo nel nostro ordinamento.

³³⁶ Diversamente, BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle S.p.a.*, Torino, 2006, 222, ritiene che, nell'ipotesi di specie, non si ponga un problema di indeterminabilità dei creditori della prestazione, considerato che esistono obbligazioni che non sono prive del carattere della specificità, anche in presenza di una generalità di possibili beneficiari, come nel caso degli interessi diffusi.

³³⁷ Vedi Cass. civ. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Danno resp.* 2003, p. 537 ss., con nota di A. ADDANTE, *Responsabilità civile delle società di revisione e solidarietà* in *Danno resp.*, 2003, p. 365 e V. SALAFIA, *Responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*, in *Società*, 2002, p. 1513; in *Foro it.*, 2003, I, c. 2147 ss., con nota di A. FABRIZIO-SALVATORE; in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 441 ss., con nota di T. DI MARCELLO, *La responsabilità delle società di revisione nei confronti dei terzi tra violazione di obblighi e lesione di interessi protetti*, che, in senso critico rispetto a questa pronuncia, propone, in alternativa, una responsabilità da affidamento prenegoziale, derivante dallo stesso principio generale che trova

hanno considerato come di natura extracontrattuale la responsabilità della società di revisione nei confronti di terzi qualificati per l'erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società, compiuta su incarico di quest'ultima.³³⁸ Ed anche con riferimento alla nuova normativa, si è sostenuta tale impostazione,³³⁹ rilevando che il legislatore, nel recente d.lgs. 37/2004, non ha eliminato dal primo comma dell'art. 164 t.u.f. il riferimento ai fatti illeciti. Il termine "inadempimento" per il legislatore del 2003 dovrebbe identificare, quindi, quella condotta materiale che, se con riferimento alla società cliente rileva come inadempienza contrattuale, con riguardo ai terzi ed ai soci si delinea giuridicamente come fatto colpevole di cui all'art. 2043 c.c..

Del resto, quale che sia la scelta della qualificazione della responsabilità

applicazione negli artt. 1337-1338 c.c., e che sarebbe figura più pregnante del semplice contatto sociale, in quanto contraddistinta dalla presenza di vere e proprie trattative. Nello stesso senso della Suprema Corte, vedi Trib. Milano 18 giugno 1992, in *Giur. it.* 1993, I, II, p. 3 ss., con nota adesiva di P. MONTALENTI, *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per negligente certificazione*; Trib. Torino 18 settembre 1993, in *Giur. it.* 1994, I, II, p. 655, con nota di M. SANTARONI, *In tema di negligenza del revisore*; in *Corr. giur.*, 1994, p. 495, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità delle società di revisione*; in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 284, con nota di G. ROMAGNOLI, *Un caso di responsabilità della società di revisione nei confronti degli investitori per negligente certificazione*; in *Le società*, 1994, p. 87, con nota di A. DI MAJO, *Quali responsabilità per i revisori contabili?*; App. Torino, 30 maggio 1995, in *Foro it. Rep.*, 1996, voce *Società*, e Trib. Milano 21 ottobre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 554, con nota di R. WEIGMANN.

³³⁸ Alcuni autori si sono addirittura interrogati in merito alla superfluità di una norma che sarebbe meramente riproduttiva del principio del *neminem laedere*, già previsto in generale dalla disciplina sull'illecito aquiliano (Cfr. in tal senso F. RANIERI, *La responsabilità da false informazioni*, in *Giur. comm.*, 1976, p. 656); ma, a tal riguardo, appare persuasiva l'opinione di chi evidenzia come l'art. 164 T.U.F. abbia una funzione più propriamente specificativa rispetto all'art. 2043 c.c., e sia cioè diretto a puntualizzare come l'inadempimento contrattuale possa essere apprezzato anche quale condotta illecita nei confronti dei terzi (Così A. ROSSI, *Spunti sulla nuova disciplina della revisione contabile*, in *Società* 1999, p. 1034 ss.; per la valutazione della responsabilità extracontrattuale nell'esercizio della revisione contabile, in applicazione della disciplina generale di cui all'art. 2043 c.c., vedi anche P. BALZARINI, *La disciplina delle società quotate nel T.U.F. – D. Lgs 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di P. Marchetti e L. A. Bianchi, Milano, 1999, p. 1946-1947

³³⁹ MAGGIOLINO, *Commentario alla riforma delle società*, diretta da Marchetti, *Collegio sindacale. controllo contabile artt. 2397- 2409 septies*, Milano, 2005, 339 ss.; E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003, p. 61

esterna del revisore, quasi-contrattuale o extracontrattuale, non si tratta di decisione cruciale, giacchè a ben vedere l'unica differenza di disciplina può riguardare la quantificazione del danno, con riferimento all'art. 1225 c.c., norma applicabile solo in caso di responsabilità contrattuale.

Infatti, sotto il profilo soggettivo, possono essere considerati largamente coincidenti a fini applicativi il parametro imposto dall'art. 2407 c.c. della professionalità e della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico ed il criterio della assenza di dolo o colpa di cui all'art. 2043 c.c..

Inoltre, per ciò che riguarda la distribuzione dell'onere della prova, se si accoglie la tesi secondo la quale le obbligazioni del revisore sono obbligazioni di mezzi, chiunque citi in giudizio il revisore finirà per dovere provare nei fatti che il revisore stesso ha tenuto una condotta differente da quella prescritta dalle regole dell'arte. Di più, il legislatore della riforma, nel prevedere all'art. 2409 sexies, ult. comma, c.c. un unico termine di prescrizione di cinque anni, sia che si tratti di azione sociale che di azione individuale di responsabilità, ha neutralizzato a monte una delle differenze ritenute fondamentali tra regime di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

3.7.2 Qualificazione del rapporto sottostante e natura dei doveri informativi degli intermediari finanziari ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. 58/1998.

Come abbiamo già rilevato con riferimento alla posizione delle società di revisione nei confronti dei soggetti controllati, quando l'informazione viene fornita da un soggetto che, per la sua posizione professionale o per i suoi rapporti con il soggetto che riceverà l'informazione, crea in questi una sorta di affidamento particolare sull'esattezza dell'informazione, pur in assenza di un *vinculum iuris* contrattuale, questi deve rispondere dei danni cagionati ingiustamente.³⁴⁰

³⁴⁰ Per F. GIGLIOTTI, *Illecito da informazione e responsabilità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 917 ss., in materia di responsabilità omissiva per illeciti da

L'ipotesi che viene qui in rilievo è quella degli intermediari finanziari che hanno la funzione di mettere in contatto i risparmiatori, desiderosi di investire al meglio, con gli emittenti dei titoli di investimento, capaci di produrre utili o rendite più o meno elevate. Il dovere di informazione, in questo caso, si attegga come obbligo di comunicazione delle conoscenze acquisite, e la condotta dovuta è propriamente una partecipazione di scienza che può avere ad oggetto tanto l'enunciazione di fatti storici, quanto la formulazione di giudizi e valutazioni.³⁴¹ L'intermediario, quindi, è tenuto non solo a chiarire al cliente i fatti in sé, ma ad aiutarlo anche ad interpretarli nel loro esatto significato economico, per trarre da essi conseguenze corrette. Ad esso è fatto carico, quindi, anche di consigliare e orientare il cliente, mediante coerenti giudizi valutativi, verso le scelte di investimento reputate più opportune.³⁴²

L'esigenza di tutela del risparmiatore che si è fidato di soggetti qualificati, perché iscritti in apposito albo, controllato da strutture pubbliche nell'interesse della collettività, viene riconosciuta da specifici dati comportamentali cristallizzati dalle più recenti normative. Nell'ambito del D.Lgs. 58/98, ci sono, infatti, disposizioni (in particolare l'art. 21) dettate espressamente a favore dell'investitore non professionale al quale l'intermediario dovrà fornire, come condizione preliminare ad ogni attività

informazione, in caso di destinatario determinato, la rilevanza giuridica dell'omissione dovrà cogliersi sul piano della responsabilità contrattuale, ricorrendo l'inadempimento di un'obbligazione sorta, giusta l'art. 1173 c.c., in conformità dell'ordinamento giuridico, seppure non da atto negoziale.

³⁴¹ Sulla disciplina dei promotori finanziari, vedi M. DE MARI-L. SPADA, *Orientamenti in tema di intermediari e promotori finanziari*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1261 ss. e *Testo unico della finanza: D.lgs 24 febbraio 1998, n. 58: commentario* a cura di G. F. Campobasso, Torino, 2002, *sub* art. 23, p. 210 ss., ove numerosi riferimenti.

³⁴² Cfr. P. ABBADESSA, *Diffusione dell'informazione e doveri di informazione dell'intermediario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 307 ss., che propone la soluzione dell'analogia con la posizione del mediatore, con conseguente applicazione dell'art. 1759 c.c., rinviando, invece, per alcune ipotesi, alla posizione del mandatario. Vedi, in maniera adesiva a questa impostazione, G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli 1990, p. 444; T. MONTECCHIARI, *La responsabilità delle banche per false informazioni da prospetto*, cit., p. 951; G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999, p. 199 ss.

di investimento e di gestione, informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza è necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento.³⁴³

Dal contatto tra intermediario e investitore sembra avere origine, quindi, un rapporto–cornice, previsto e regolato dalla normativa speciale, e caratterizzato dalla presenza di obblighi secondari senza prestazione principale, destinati a permanere per tutta la durata del rapporto, e funzionali a perseguire gli ulteriori obblighi di prestazione di volta in volta costituiti con i singoli contratti.³⁴⁴

Il problema si pone quando chi emette i titoli diventa insolvente, sicchè l'investitore subisce il danno del quale pretende il risarcimento nei confronti dell'intermediario.³⁴⁵

³⁴³ La qualificazione giuridica degli obblighi di comportamento degli intermediari gioca, ovviamente, un ruolo fondamentale nel determinare la sanzione applicabile alle violazioni commesse nella prestazione dei servizi di investimento. Recentemente, diverse pronunce hanno fatto discendere da tali violazioni la nullità del contratto di investimento (tra le tante, vedi Trib. Mantova 18 marzo 2004, annotata da E. SCIMEMI, *La prima sentenza italiana sulla vendita di «tango bonds»*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 698; Trib. Venezia 22 novembre 2004 e Trib. Mantova 1° dicembre 2004 in *Danno e resp.*, 2005, 604, con nota di ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*. Si tratta di una impostazione che non ha convinto la Suprema Corte (Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, 4, 1105, con nota di SCODITTI), che ha deciso che i comportamenti illegittimi tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto, quale che sia la natura della norma violata, essendo estranei alla fattispecie negoziale, non danno luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore. Per una rassegna giurisprudenziale completa sull'argomento, vedi GOBBO-SALODINI, *I servizi di investimento nella giurisprudenza più recente*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 5 ss..

³⁴⁴ In tal senso, vedi anche C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La nuova legge sulla intermediazione mobiliare. La nuova legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1993, I., p. 315 ss.

³⁴⁵ Sulla responsabilità da prospetto, vedi T. MONTECCHIARI, *La responsabilità della banca per false informazioni da prospetto*, in *Vita not.*, 1994, p. 946 ss.; G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986; P. G. JAEGER, *Appunti sulla responsabilità da prospetto*, in *Quadimestre*, 1986, p. 283 ss.; P. BALZARINI, *La responsabilità da prospetto*, in *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 775; U. CARNEVALI, *In tema di responsabilità da prospetto delle banche*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1003; A. CRESPI, *La falsità del prospetto informativo inviato alla Consob ex art. 18 legge 7 giugno 1974, n. 216*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova, cit.*, p. 300 ss.; G. ALPA, *Il prospetto informativo*, in

Ciò sembra comportare che gli intermediari siano tenuti a rispondere, anche in assenza di un contratto, per inadempimento di specifici doveri di informazione *ex lege* e quindi da inadempimento in senso ampio.

Ma sulla natura della responsabilità l'orientamento non è certo univoco, dato che, come si intende qui ribadire, dall'inadempimento di tali obblighi informativi, di per sé, non si può dedurre la natura della responsabilità.

E' necessario verificare l'origine del rapporto stesso tra professionista e soggetto informato e quale vincolo si istituisca tra i due soggetti: se esso nasca all'interno di un rapporto accessivo ad altri rapporti negoziali preesistenti tra le parti o se esso tragga origine da un rapporto non negoziale. Il primo caso va risolto nella logica dell'inadempimento contrattuale, il secondo è stato classificato come una ipotesi di responsabilità extracontrattuale, ritenendolo una lesione del diritto alla corretta informazione.³⁴⁶

Per un'altra ricostruzione, invece, che è stata peraltro suffragata dalla giurisprudenza di merito, la responsabilità in questione è di natura precontrattuale.³⁴⁷ Presupposto di tale impostazione è che il concetto di

Nuova giur. civ. comm., 1988, p. 3 ss.; F. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 617 ss.

³⁴⁶ Cfr., in tal senso, M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1623 ss., che non ritiene applicabile la regola della buona fede precontrattuale, perchè il promotore non è parte del contratto e l'art. 1337 non è estensibile ai terzi, neppure a titolo di concorso. Nello stesso senso, per la natura extracontrattuale della responsabilità; F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 570-571; U. CARNEVALI, *In tema di responsabilità da prospetto delle banche*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1004; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998., p. 588; vedi, poi, G. ALPA, *Il prospetto informativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, p. 312, secondo il quale l'informazione economica data al pubblico comporta la diffusione di una notizia *in incertam personam*, che configura un illecito aquiliano. Inoltre, la fattispecie negoziale, al momento in cui viene emanato, pubblicato e comunicato il prospetto, non si è ancora conclusa e quindi, se di responsabilità si tratta, siamo al di fuori del contratto, e la fattispecie rientra nell'illecito aquiliano.

³⁴⁷ In particolare, vedi, G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, cit., p. 49; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 300 ss.; F. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, cit., p. 632; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino,

parte che conduce una trattativa ai sensi dell'art. 1337 c.c. sia estensibile a tutti coloro che, pur non essendo parte del contratto, intervengono nella trattativa stessa con una particolare qualifica professionale, che suscita quell'affidamento determinante per convincere il risparmiatore all'impiego del suo denaro, e si adoperano per la conclusione del contratto. Diversamente ragionando, può venire ancora in rilievo, facendo leva sull'affidamento legittimo riposto nelle qualità di un soggetto qualificato, la teoria delle obbligazioni senza prestazione.³⁴⁸

Occorre comunque tenere conto che l'art. 23, comma 6, del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 del T.u.i.f., stabilisce che "nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta".³⁴⁹ Tale disposizione fa riferimento ai

2000, p. 101; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 2, Torino 2000, p. 386 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano 11 gennaio 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, c. 796 ss., con nota di E. CASTELLANI, *Intermediari finanziari e responsabilità da prospetto: spunti comparatistici alla luce di un caso italiano*; in *Giur. Comm.* 1988, II, p. 585 ss., con nota di G. FERRARINI, *Investment bank, prospetti falsi e culpa in contrahendo*; S. BAZZANI, *Sulla c.d. responsabilità da prospetto e sulla posizione degli intermediari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 499; A. TENCATI, *Garanzia di solvibilità e responsabilità della banca per prospetto infedele*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 513. Pur se l'enunciazione più chiara dell'interessante principio appena riferito si rinviene nella decisione di appello, App. Milano 2 febbraio 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 49 ss., con nota di M. ARIETTI, *Culpa in contrahendo e responsabilità da prospetto* e in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 755. In argomento vedi anche D. SANTOSUOSSO, *La buona fede del consumatore e dell'intermediario nel sistema della responsabilità oggettiva (a proposito della responsabilità della Sim per illecito del promotore)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, p. 62 ss.

³⁴⁸ Si veda Trib. Roma, 31 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2538, con nota di PERRONE, secondo cui, dal rilievo costituzionale del "bene risparmio", va desunta l'esistenza di un legittimo affidamento: "nel segno del contatto sociale qualificato la responsabilità dell'intermediario finanziario per omessa informazione trova inquadramento nell'ambito della responsabilità contrattuale per inadempimento"; in dottrina, cfr. CASTRONOVO, da ultimo in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 536 ss.

³⁴⁹ Si tratta di una norma che trova i suoi immediati precedenti nell'art. 13, comma 10, della L. 2 gennaio 1991, n. 1, istitutiva delle società di intermediazione mobiliare (nella quale si faceva riferimento alla diligenza del mandatario) e nell'art. 18, comma 5, del D. Legs. 23 luglio 1996, n. 415, il cd. decreto Eurosim. cfr., in argomento, TOPINI, *L'onere della prova nei giudizi di responsabilità per danni cagionati nello svolgimento dei servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 698; GILOTTA, *La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi di risarcimento*

giudizi di risarcimento del danno senza ricostruire a monte il rapporto tra intermediario e cliente. Il ruolo di questa norma è, quindi, quello di mantenere uniformi i meccanismi probatori sia che la responsabilità operi a garanzia della diligente prestazione di un servizio nei termini più ampi e atipici, sia che la responsabilità generale si specifichi in funzione del collegamento con la lesione di un credito e dunque con l'inadempimento di un vero rapporto obbligatorio. Con questa norma, dunque, il cliente, quale che sia la fonte dell'obbligazione, dovrà limitarsi a provare il danno subito e la riconducibilità dello stesso al comportamento dell'intermediario, e spetterà a quest'ultimo, se vorrà rimanere esente da responsabilità, provare che malgrado l'avvenuta violazione egli ha curato l'interesse del cliente con la specifica diligenza richiesta.

3.7.3 Il rapporto tra l'ente previdenziale e il suo assicurato genera per la Suprema Corte obbligazioni derivanti da un "atto normativo pubblico".

Rimanendo in tema di responsabilità per informazioni inesatte, c'è da registrare la presenza di un orientamento che, attraverso l'individuazione di una discutibile responsabilità di natura legale, ha, in realtà anticipato, per i requisiti della sua applicazione e per gli effetti ultimi in tema di disciplina, l'accoglimento della teoria del contatto sociale nel nostro ordinamento.

Con una serie di sentenze, a partire dal 1992,³⁵⁰ la Cassazione ha, infatti, inaspettatamente, ma correttamente abbandonato la concezione della natura extracontrattuale della responsabilità dell'Inps per le errate informazioni date all'assicurato, abbracciando la teoria della natura contrattuale dello stesso rapporto.³⁵¹ Nella fattispecie in esame, che pur consiste

dei danni derivanti dallo svolgimento di servizi di investimento, in *Giur. comm.*, 2005, 616

³⁵⁰ Cfr. Cass. 11 giugno 1992 n. 7197, in *Giur.it.*, 1995, I, 1, 359, con nota di PAGLIANTINI

³⁵¹ Cfr., in argomento, R. VIANELLO, *Errata comunicazione di dati assicurativi: responsabilità dell'Inps*, in *Lav. Giur.*, 1995, 124 ss.; Cfr. anche RAUSEI, *Comunicazione erronea dell'Inps e risarcimento danni*, in *Dir. rel. Ind.*, 2005, 479

sostanzialmente nell'ipotesi in cui un ente pubblico, erogando false informazioni ad un privato, arreca pregiudizi alla di lui posizione, si è giunti da tempo a soluzione condivisibile, ma diversa rispetto a quella riscontrata in casi analoghi.³⁵²

Il rilievo per lo studio *de quo* è dato dal fatto che fonte dell'obbligazione del rapporto che sorge tra l'ente previdenziale e l'assicurato viene considerata "la legge" o "l'atto normativo pubblico".

La Cassazione ha desunto dall'obbligo dell'Inps di fornire agli assicurati notizie sulla loro esatta posizione assicurativa la contrattualità della responsabilità per errata comunicazione di dati assicurativi. La questione si presenta generalmente in questi termini: l'assicurato presenta domanda esplorativa e l'ente previdenziale risponde comunicando erroneamente gli estremi della posizione assicurativa. Solitamente, tale comunicazione induce l'assicurato a cessare l'attività lavorativa in occasione del raggiungimento del presunto minimo contributivo, nella erronea previsione di aver maturato il diritto alla pensione ovvero lo convince ad astenersi dal presentare una domanda di ricongiunzione.³⁵³

Il successivo ricalcolo disillude il pensionando, che proverà ad essere riassunto, tentando contestualmente la via del risarcimento del danno nei confronti dell'ente previdenziale.

Secondo l'orientamento precedentemente dominante³⁵⁴ era riconoscibile a

ss.

³⁵² Cfr., per un'ipotesi recente in cui è stata stabilita la natura extracontrattuale della responsabilità della p.a. per aver reso informazioni inesatte, Cass. 9 febbraio 2004, n. 2424, in *Resp.civ.prev.*, 2004, p. 731, con nota di POTO

³⁵³ E' il caso deciso da Cass. 17 agosto 2004 n. 16044, in *Giust.Civ.Mass.*, 2004, 7-8

³⁵⁴ E' un orientamento ribadito fino a Cass. 5 giugno 1998, n. 5570, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1228, e vedi precedentemente Cass. 30 marzo 1994 n. 3123, in *Giust.civ. Mass.*, 1994, 3-4; Cass. 4 aprile 1997, n. 2946, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 538; Cass. 16 aprile 1994, n. 3635, in *Giust. civ.*, 1995, p. 218; Cass. 3 marzo 1983, n. 1594, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 3156, con nota di SCONOCCHIA, *Responsabilità dell'Inps per erronea comunicazione della posizione contributiva contenuta nel provvedimento di reiezione della pensione*; Cass. 8 ottobre 1984, n. 5031, in *Inf. Prev.*, 1984, p. 43 ss.; Cass. 17 novembre 1984, n. 5882, *Inf. Prev.*, 1984, p. 383 ss.; Cass. 15 giugno 1988, n. 4053, *Inf. Prev.*, 1988, p. 1856 ss; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7445, *Foro it, rep.* 1987, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 567; Cass. 16 luglio 1987, n. 6283, *ibid.*, n. 568; Cass. 2 febbraio 1989, n. 638, *id.*, *Rep.*

carico dell'Istituto una responsabilità ex art. 2043 c.c. per il fatto illecito del proprio dipendente, sempre a condizione che l'assicurato provasse il dolo o la colpa della condotta evocata e il necessario nesso di causalità.

Ciò in ossequio all'interpretazione proposta da autorevole dottrina,³⁵⁵ secondo cui l'Istituto non sarebbe onerato da alcun obbligo di informazione nei confronti degli assicurati, ma di mero accertamento dei requisiti necessari all'erogazione della pensione, mentre sarebbe da escludere ogni funzione non solo costitutiva, ma anche solo probatoria della posizione contributiva dell'assicurato. La domanda presentata dall'assicurato per ottenere la prestazione previdenziale costituirebbe, quindi, atto di impulso di un procedimento amministrativo che ha il solo scopo di rendere liquida ed esigibile la prestazione stessa e che si conclude con la comunicazione dell'atto che ne stabilisce la misura e provvede all'assegnazione.

Dalla qualificazione come extracontrattuale della responsabilità di cui si discute, conseguiva che il privato che intendeva far valere la responsabilità dell'Inps aveva l'onere di provare non solo il danno subito, il suo ammontare e il nesso di causalità, ma anche la colpa o il dolo dell'ente. Onere della prova il cui assolvimento, in teoria, avrebbe dovuto imporre lo svolgimento di gravose indagini amministrative per stabilire l'effettiva riconducibilità dell'errore alla negligenza dell'Istituto.³⁵⁶

1989, *voce cit.*, n. 62; Cass. 15 novembre 1988, n. 6167, *Inf. Prev.*, 1989, p. 405 ss., con nota di ARGENTINO, *Quando sbaglia l'Inps...*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1989, p. 693; Cass. 9 marzo 1992, n. 2820, *id. Rep.*, 1992, *voce Previdenza sociale* n. 810; Cass. 19 agosto 1993, n. 8782, *id. Rep.* 1994, *voce Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 263; Cass. 11 agosto 1993, n. 8619, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 721, con nota di ROZZIO, *Osservazioni a Cass. Civ. n. 8619/93 sulla responsabilità dell'Inps per erronea comunicazione all'interessato della sua posizione contributiva*); per la giurisprudenza di merito, vedi Trib. Varese 30 novembre 1984, n. 607, in *Inf. prev.*, 1986, p. 87 ss.; Pret. Como 22 giugno 1985, n. 311, *Inf. prev.*, 1986, 328; Trib. Bergamo 18 dicembre 1986, n. 227, *Inf. Prev.* 1987, p. 1248; Trib. Pavia 6 maggio 1987, n. 146, *Inf. prev.*, 1988, p. 1881; Trib. Verona 16 dicembre 1988, *Dir. Prat. Lav.*, 1989, p. 1864 ss; App. Milano 18 aprile 1989, n. 591, in *Inf. Prev.*, 1989, p. 1743 ss.; Trib. Varese 27 novembre 1989, n. 71, *Inf. Prev.*, 1990, p. 1433; Trib. Bergamo 4 marzo 1991, n. 261, *Inf. Prev.* 1991, p. 978 ss.

³⁵⁵ Cfr. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1987, 671

³⁵⁶ Tuttavia, come emerge dal tenore delle sentenze emanate in argomento, si è sempre ovviato a dette difficoltà probatorie, ricorrendo a presunzioni semplici e regole di comune esperienza e considerando conforme alla comune esperienza la

Fino alla svolta predetta, si era quindi privilegiata la soluzione extracontrattuale per la pretesa inesistenza di un preesistente rapporto giuridico informativo.³⁵⁷

normale correlazione tra errori nella comunicazione di dati e negligenza del soggetto incaricato delle relative annotazioni. Il legittimo affidamento del privato è stato giustificato dalla presunzione di legittimità che dovrebbe essere connaturale all'esistenza di un atto amministrativo. In tal senso, vedi Cass. 5 dicembre 1978 n. 5737, in *Prev. Soc.*, 1979, p. 626. Il nesso di causalità tra la condotta del funzionario dell'ente e il danno verificatosi veniva escluso, però, ove in capo all'assicurato difettasse l'ordinaria diligenza che avrebbe consentito di accorgersi dell'errore riconoscibile (Cfr. Cass. 3 marzo 1983, n. 1594, *cit.*; Trib. Varese 30 novembre 1984, n. 607, *cit.*; Trib. Bergamo 18 dicembre 1986, n. 2127, *cit.*; Trib. Pavia 29 marzo 1988, n. 122, in *Inf. Prev.*, 1988, p. 919; App. Bologna 17 febbraio 1990, n. 140, in *Inf. Prev.* 1990, p. 1114, che sottolinea l'applicabilità dell'art. 1227 c. 2 c.c. anche all'illecito extracontrattuale. Rimane il fatto che solo errori assolutamente macroscopici, come tali facilmente riconoscibili dall'assicurato, possono avere rilievo al fine di limitare l'ammontare del danno risarcibile ex art. 1227 c.c. Appare arduo, peraltro, individuare una totale esclusione di responsabilità dell'ente, sia per il notevole affidamento ingenerato nei privati da comunicazioni fornite da un ente pubblico, sia in ragione dell'indubitabile prevalenza dell'obbligo di informazione normativamente imposto a carico dell'ente, rispetto a quello di verifica che può ipotizzarsi a carico del privato. Cfr. Cass. 11 maggio 1978, n. 2319, in *Prev. Soc.* 1978, p. 1804 ss.; Trib. Modena 21 dicembre 1979, n. 1140, *cit.*; Cass. 3 marzo 1983, n. 159, *cit.*; Trib. Varese 30 novembre 1984, n. 607, *cit.*; Cass. 14 aprile 1987, n. 3702, in *Inf. Prev.*, 1987, p. 1471 ss.; Trib. Pavia 18 marzo 1988, n. 118, *cit.*; Cass. 15 giugno 1988, n. 4053, *cit.*; Cass. 8 febbraio 1990, n. 889, in *Inf. Prev.*, 1990, p. 921.

³⁵⁷ Per la responsabilità extracontrattuale in caso di informazioni inesatte rese dall'Inail, vedi Cass. Civ., sez. lav., 22 novembre 1999, n. 12941, in *Giust.civ. Mass.*, 1999, 2323. Il ragionamento è chiaro nella motivazione di Trib. Modena 21 dicembre 1979 n. 1140, *cit.*, secondo cui "l'errore circa l'ammontare dei contributi versati non integra un inadempimento nel contesto di un rapporto obbligatorio, per il che sarebbe stato necessario che la corretta informazione costituisse l'oggetto dell'obbligazione. Al contrario, a parte la difficoltà di ricondurre sotto la disciplina delle obbligazioni un rapporto previdenziale prima che sia venuto ad effettiva maturazione il diritto a pensione, nessuna norma consente di affermare l'esistenza di un obbligo di informazione". Cfr., nello stesso senso, SCONOCCHIA, *Responsabilità dell'Inps per erronea comunicazione della posizione contributiva contenuta nel provvedimento di reiezione della pensione*, *cit.*, che rimarca l'inesistenza di una norma che preveda per lo stesso assicurato un diritto di ricognizione in relazione alla propria posizione assicurativa, e FERRAÛ, *Posizione contributiva: l'errata comunicazione dell'ente previdenziale*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1989, 2395 ss., entrambi in adesione a Pret. Varese 21 gennaio 1981, in *Prev. Soc.*, 1982, p. 338, secondo cui "la comunicazione incidentale ed accessoria, fatta dall'Inps all'assicurato in occasione del provvedimento di rigetto di una domanda di pensione circa i requisiti maturati dall'assicurato e il numero di contributi al medesimo accreditati, non costituisce per l'Inps l'adempimento di un obbligo, al quale corrisponda un diritto soggettivo perfetto dell'assicurato: pertanto, in caso di errore nella comunicazione, non vi è violazione di legge che possa essere fonte di

Né secondo la giurisprudenza prevalente erano parse utilmente impiegabili, per dimostrare il menzionato rapporto, varie norme invocate dagli assicurati.³⁵⁸

Solo successivamente, alcune pronunce della Cassazione hanno ammesso la sussistenza, variamente motivando sul punto, di un obbligo all'informazione in capo all'ente previdenziale, ma ciò non aveva condotto al riconoscimento della contrattualità della responsabilità per errata comunicazione, ostandovi, presumibilmente, l'inconfigurabilità del rapporto giuridico informativo, causata dalla persistente difficoltà di individuare la correlativa situazione giuridica soggettiva attiva. E in effetti, le prime pronunce che delineano il termine passivo del rapporto (obbligo di informazione) non fanno menzione del contrapposto termine attivo (diritto all'informazione).³⁵⁹

Solo con la sentenza n. 7197/1992³⁶⁰ la responsabilità *de qua* veniva inquadrata nell'alveo contrattuale, e a tale opzione teorica il Supremo Collegio giungeva proprio adottando gli stessi schemi normativi di riferimento e lo stesso impianto concettuale impiegato in precedenti

responsabilità per danni”.

³⁵⁸ Cfr. Cass. 17 novembre 1984, n. 5882, *cit.*; Trib. Varese 30 novembre 1984, n. 607, *cit.*; App. Milano 8 luglio 1986, n. 1652, in *Inf. Prev.*, 1986, p. 1311; Pret. Pistoia 10 settembre 1986, n. 280. *Inf. Prev.* 1987, 322; *contra*, vedi Pret. Brescia 5 maggio 1988, n. 133, in *Inf. Prev.*, 1988, p. 1356 ss. e Cass. 15 giugno 1988, n. 4053, *cit.*. Ad esempio, erano stati invocati gli artt. 51 e 52 R.D. 28 agosto 1924, n. 1422, riguardanti il rilascio del libretto personale dell'assicurato; l'art. 38 legge 30 aprile 1969, n. 153, riguardante l'obbligo del datore di lavoro di consegnare entro il 31 marzo di ogni anno al lavoratore un estratto conto contenente l'indicazione della retribuzione corrisposta e dei relativi importi versati nell'anno precedente all'Inps a favore del lavoratore stesso (i commi 2, 3 e 4 dell'art. 38 sono stati abrogati dall'art. 4 D.L. convertito nella legge 4 agosto 1978, n. 467, che a sua volta prevede un vero e proprio reticolo di informazioni tra datore di lavoro ed ente previdenziale).

³⁵⁹ Cfr. Cass. 15 gennaio 1988, n. 6167, in *Inf. Prev.*, 1989, 405, “l'obbligo dell'Inps di fornire agli assicurati notizie non altrimenti acquisibili sulla loro esatta posizione contributiva deriva non soltanto dal dovere di conformare il proprio operato a criteri di buona amministrazione, ma anche da specifici accordi intervenuti in materia su scala nazionale e locale tra l'Inps e gli enti di patronato. Più articolate le argomentazioni di Cass. 8 febbraio 1990, n. 889, *cit.*, che ricomprende l'informazione circa la posizione assicurativa tra i compiti istituzionali dell'Inps, estendendo la tradizionale base normativa di riferimento tramite i richiami al D.M. 5 febbraio 1969, alla circolare Inps Dir. Gen. N. 53406 del 27 aprile 1970 e all'art. 1 D.P.R. 31 dicembre 1978 n. 1388.

³⁶⁰ Cfr. S. Pagliantini, *In materia di obblighi di informazione*, in *Giur. it.*, 1995, I,

pronunce che giustificavano scelte interpretative antitetiche.³⁶¹ L'art. 78 R.D. n. 1422/1924, che prevede l'obbligo dell'Istituto di informare l'assicurato circa la sua situazione previdenziale, in caso di mancato accoglimento della domanda di pensione, viene indicato come parametro esegetico grazie al quale far emergere la natura contrattuale della responsabilità per errata comunicazione di dati assicurativi.³⁶² Il presupposto normativo di questa nuova opzione interpretativa è stato individuato, anche, nell'art. 54 della legge 9 marzo 1989 n. 88. La giurisprudenza più recente³⁶³ ritiene che sulla base di quest'ultima norma possa ravvisarsi un obbligo generale in capo agli enti previdenziali di informare l'assicurato sulla sua posizione assicurativa e pensionistica qualora egli ne faccia richiesta, obbligo cui corrisponderebbe un potere di certazione in capo agli stessi istituti.³⁶⁴ Sotto altro profilo, si è inoltre rilevato che detto obbligo di informazione costituisce mera specificazione di quei doveri di correttezza e diligenza di cui agli artt. 1175 e 1176, che gravano sull'ente previdenziale nella fase di esecuzione del rapporto giuridico previdenziale preesistente tra le parti, ossia nell'adempimento dell'obbligazione *ex lege* avente ad oggetto l'erogazione della pensione.³⁶⁵

Il complesso rapporto giuridico previdenziale fra l'ente pubblico e l'assicurato sorge, in realtà, nel momento stesso in cui vengono in essere i

1, 359, n

³⁶¹ Cfr., ad esempio, Cass. 8 febbraio 1990, n. 889, *Inf. Prev.*, 1990, 921, richiamata da Cass. 11 giugno 1992 n. 7197, in *Giur.it.*, 1995, 1,1, 359

³⁶² Cfr. Cass. 11 giugno 1992 n.7197, *cit.*, secondo cui “la comunicazione di informazioni inesatte integra un inadempimento, con conseguente applicabilità delle norme in tema di responsabilità contrattuale”.

³⁶³ Cfr. Cass. 22 maggio 2001, n. 6995, in *Giust.civ.*, 2002, p. 2891 ss.

³⁶⁴ Tale disposizione stabilisce che “è fatto obbligo agli agenti previdenziali di comunicare, a richiesta esclusiva dell'interessato o da chi ne sia legalmente delegato o ne abbia i diritto ai sensi di legge, i dati richiesti relativi alla propria situazione previdenziale e pensionistica. La comunicazione da parte degli enti previdenziali ha valore certificativo della situazione in essere descritta.”

³⁶⁵ Cfr. Cass. 8 novembre 1996, nn. 9775 e 9776, in *Giust.civ. Mass.* 1489 e 1490. In altri termini, nella fase di accertamento del diritto dell'assicurato alla liquidazione della prestazione previdenziale, l'ente è tenuto ad adempiere a determinate prestazioni di natura accessoria correlate al principio di buona fede ex 1375 c.c.; Cfr. ROSELLI, *Le controversie in materia di previdenza ed assistenza sociale*, in *Dottrina e giurisprudenza sistematiche di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1995, p. 18

presupposti di fatto presi in considerazione dalla legge, come, ad es., l'inizio di una attività lavorativa, subordinata o autonoma, o l'iscrizione in particolari albi, o la costituzione di un rapporto di parentela o di coniugio con un soggetto già assicurato. La responsabilità per la violazione di una di queste obbligazioni, che secondo una definizione impropria della Cassazione, trovano la loro fonte "in una attribuzione normativa pubblica o in un atto amministrativo", non è considerata aquiliana, ma contrattuale, con i noti esiti in materia di riparto dell'onere probatorio e prescrizione, pur temperati dall'abituale ricorso in questo campo alle presunzioni.³⁶⁶

³⁶⁶ Questo orientamento si è consolidato con successive pronunce, tra le quali si possono annoverare Cass. 8 novembre 1996 n. 9775, in *Foro it. Rep.*, 1996, voce *Previdenza sociale*, n. 932; Cass. 2 settembre 1996, n. 8036, in *Foro it, Rep.*, 1996, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 230; Trib. Udine 7 agosto 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1513 ss., con nota di GAUDINO, *Responsabilità (contrattuale) dell'Inps per errata comunicazione dei dati contributivi* Cass. 8 novembre 1996, n. 9776, in *Foro it.*, 1997, I, 1895; Cass. 5 giugno 1998, n. 5570; Cass. 3 marzo 1999 n. 1800, in *Resp. civ. prev.* 2000, 2, 354; Cass. 22 novembre 1999, n. 12941, in *Giust.civ.Mass.*, 1999, p. 2323; Cass. 18 Novembre 2000, n. 14953, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 2373; Cass. 19 maggio 2001 n. 6867, in *Giust.civ. mass.*, 2001, 1011; Cass. 8 aprile 2002, n. 5002, in *Or. giur. lav.* 2002, p. 662 ss.; e in *Mass. Giur. lav.*, 2002, n. 8-9, p. 598 ss., con nota di PARISE, *Informazioni errate fornite dall'Inps e diritto al risarcimento degli assicurati*; Cass. 22 maggio 2001, n. 6995, in *Giust. civ.* 2002, 2891 ss.; Cass. 17 dicembre 2003 n. 19340, in *Lav. Giur.* 2004; Cass., sez. lav., 24.4.2004, n. 7859, in *In Dir. e giust.*, 2004, 20, 42, con nota di SGROI, *L'attività di certificazione e la responsabilità dell'Inps*; Cass., sez. lav., 17 agosto 2004 n. 16044, in *Dir. prat. lav.*, 2005, p. 464 ss.; Trib. Genova, 13 dicembre 2004, in *www.altalex.com*). Il ricorrente, in tali ipotesi, fonda la sua pretesa risarcitoria sulla violazione colposa di uno specifico obbligo comportamentale da parte dell'istituto previdenziale: quest'ultimo non può essere considerato come un qualsiasi terzo che abbia leso un'altrui posizione giuridica, essendo il suddetto comportamento sostanzialmente ascrivibile al piano della responsabilità contrattuale. L'Istituto può sottrarsi all'obbligo risarcitorio, in applicazione dei principi sulla responsabilità contrattuale, provando la non imputabilità del danno a causa, ad esempio, della mancata presentazione da parte dell'assicurato della domanda di contribuzione volontaria. Al riguardo, alcune interessanti pronunce della Suprema Corte sono intervenute sulla determinazione del risarcimento del danno, commisurandone l'entità alle retribuzioni perdute dal momento della cessazione del rapporto sino al conseguimento del trattamento pensionistico (Cass. 24 gennaio 2003, n. 1104, in *Lav. Giur.*, 2003, p. 578) ed escludendo, al contempo, che in proposito possano assumere rilievo i contributi volontari corrisposti al fine di raggiungere i requisiti necessari al conseguimento della prestazione, atteso che al pagamento di tali somme il lavoratore è comunque tenuto ancorché in misura inferiore (Cass. 16 aprile 1994, n. 3635, in *Giust. civ.*, 1995, I, 217, con nota di Marzano, *Osservazioni in tema di risarcimento del danno al lavoratore*). E' da segnalare, poi che altra sentenza isolata della Suprema Corte ha inquadrato la fattispecie nell'ambito della responsabilità precontrattuale,

Si tratta, nel caso di specie, in realtà, del riconoscimento da parte di una disposizione normativa della rilevanza dell'affidamento posto dall'assicurato nella posizione di un soggetto pubblico deputato a fornire informazioni veritiere. Il riferimento alla legge come fonte di una obbligazione non va, però, preso alla lettera, visto che nelle medesime decisioni citate si fa riferimento a presupposti di fatto ai quali la legge ricollega la nascita di una obbligazione. Più propriamente si può ricondurre tale fattispecie, quindi, alla categoria dei quasi-contratti o meglio ancora tra gli altri atti o fatti di cui all'art. 1173 c.c..

3.8 L'inadempimento da parte della Banca dell'obbligazione legale o meglio quasi-contrattuale relativa al pagamento di un assegno non trasferibile.

La più recente ed eclatante ipotesi nella quale è stata ricollegata allo *status* di un soggetto la nascita di un'obbligazione "contrattuale" è quella afferente alla posizione della Banca girataria per l'incasso che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dall'intestatario. Si è parlato in questa ipotesi di un'obbligazione nascente dalla legge o quasi-contrattuale, in contrapposizione con la diversa categoria delle obbligazioni *ex delicto*.

La valorizzazione della posizione speciale dell'Istituto di credito, che, in quanto facente parte di un sistema ispirato a regole di trasparenza ed alla corretta gestione del credito, crea un affidamento nei confronti del risparmiatore, consumatore o investitore non professionale era già stata affermata in diverse occasioni, ma raramente si era associata ad essa una responsabilità *lato sensu* contrattuale.³⁶⁷

assumendo che essa sarebbe regolata dall'art. 1338 c.c.. Sarebbe palese l'analogia della fase di formazione di questo rapporto con quella di un contratto di diritto privato, analogia che legittimerebbe, attesa l'identità di *ratio*, l'applicazione estensiva della norma sopra indicata (Cass. 5 giugno 1998 n. 5570, *Giust.civ.Mass.*, 1998, 1228).

³⁶⁷ In ordine allo *status* peculiare della Banca, vedi CL. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.* 1995, IV, c. 362; ID., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa,*

Per meglio comprendere l'importanza della pronuncia, occorre richiamare alcuni concetti basilari della materia che si affronterà.

La clausola di non trasferibilità, ai sensi dell'art. 43 R.D. 21 dicembre 1933 n. 1736, trasforma il titolo di credito in titolo a legittimazione invariabile, con preclusione della sua circolazione sia sul piano cartolare, che con riguardo alla cessione ordinaria, con l'unica eccezione costituita dalla possibilità, da parte del prenditore, di effettuare la girata alla banca per l'incasso. Tale norma, peraltro, è applicabile anche agli assegni circolari in virtù del disposto dell'art. 86.

La suddetta norma stabilisce, poi, in maniera laconica ma ferma, che risponde del pagamento colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore o dal banchiere giratario per l'incasso.³⁶⁸

I termini della questione mutano a seconda di una serie di variabili, vale a dire del tipo di assegno che viene negoziato, della qualifica del banchiere che esegue il pagamento, che può essere il trattario, l'emittente o il giratario per l'incasso, e del soggetto che subisce il danno, traente, richiedente o prenditore.

Invero, la clausola «non trasferibile» può essere apposta, come detto, sia sull'assegno circolare che sull'assegno bancario e, mentre nel primo caso la banca emittente è cambiariamente obbligata verso il prenditore, nel secondo,

tit. cred., 1997, II, 655C. MIRABILE, *Responsabilità aquiliana della banca per divulgazione di false od errate informazioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 401; M. COMPORTI, *Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità*, a cura di S. Maccarone e A. Nigro, Milano, 1981; ALPA, BESSONE, ZENO ZENCOVICH, *Fatti illeciti*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, XIV, Torino, 1995, p. 299 s.; GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 7 ss.; PELLIZZI, *La responsabilità della banca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, 157 ss.; G. FERRI, *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 1 ss.; MARZONA, *Lo status (professionalità e responsabilità) della banca in una recente sentenza della Cassazione*, *ivi*, 1994, II, 266. In giurisprudenza, v. Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2129; Cass., 8 gennaio 1997, n. 72, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 653.

³⁶⁸ Il problema ha grande rilevanza pratica, soprattutto da quando la diffusione di assegni recanti la clausola «non trasferibile» è notevolmente aumentata, cioè dopo l'entrata in vigore del d.l. 3 maggio 1991 n. 143, conv. nella l. 5 luglio 1991 n. 197 (c.d. legge «antiriciclaggio»), che ha reso obbligatoria l'apposizione della clausola di intrasferibilità a tutti gli assegni di importo superiore ai venti milioni di lire.

il trattario è libero di pagare a chi appare legittimato alla sua riscossione.³⁶⁹

Al pagamento, poi, può provvedere sia la banca trattaria o emittente, in caso di assegno circolare, sia il banchiere che ha negoziato il titolo in qualità di giratario per l'incasso. D'altro canto, un pregiudizio può essere subito non solo dal vero prenditore, ma anche dal traente o da chi appare essere il richiedente di un assegno circolare.

Non di rado, ci si imbatte in sentenze che, senza offrire sufficienti ragioni, equiparano – ai fini della responsabilità – la posizione giuridica della banca emittente (di un assegno circolare) alla situazione della banca trattaria o girataria per l'incasso; altre volte, invece, si leggono pronunce, che – pur non riferendosi *expressis verbis* all'assegno bancario – sono strutturate su caratteri così generici e aspecifici da dare l'impressione che con esse i giudici abbiano inteso proporre una soluzione applicabile indifferentemente ai due mezzi di pagamento, indipendentemente dal ruolo assunto dal banchiere.

L'assegno bancario - è noto - contiene l'ordine incondizionato, impartito dal traente alla banca trattaria, di pagare una somma determinata al soggetto indicato come prenditore, o al portatore (art. 1 e 5 l. ass.); ordine impartito sulla base di fondi, esistenti presso la banca trattaria, di cui il traente ha la disponibilità, in virtù di un rapporto contrattuale bancario - tra cliente, traente e banca trattaria - cui inerisce la convenzione assegni (art. 3 l. cit.). Una volta che sia stato emesso l'assegno bancario - è opportuno ricordarlo - non può essere accettato dalla banca trattaria; avendosi per non scritta ogni menzione di accettazione che vi sia apposta (art. 4, comma 1). Non esiste, quindi, alcun rapporto obbligatorio (cartolare) tra la banca trattaria ed il presentatore dell'assegno. Unico rapporto esistente, e rilevante, è quello contrattuale tra la banca ed il cliente. Sulla base del costituito rapporto contrattuale bancario accompagnato dalla convenzione assegni, ed esistendo fondi a copertura, la Banca è obbligata verso il cliente ad effettuare il pagamento della somma indicata al presentatore dell'assegno, che risulti

³⁶⁹ Ciò già lascia intendere come sia tutt'altro che pacifica la scelta di estendere al *chèque* i risultati interpretativi raggiunti sul terreno dell'assegno circolare.

cartolarmente legittimato.

L'assegno circolare, invece, è emesso - su richiesta del cliente che abbia o versi i necessari fondi disponibili - dalla banca all'ordine della persona indicata dal richiedente (art. 82). Vi è, dunque, un rapporto obbligatorio (cartolare) diretto fra la banca emittente ed il prenditore od il presentatore legittimato da una serie continua di girate: la prima è obbligata (cartolarmente) verso il secondo al pagamento della somma indicata.

Non si instaura, invece, un rapporto obbligatorio tra la banca ed il richiedente, perché l'emissione dell'assegno circolare da parte della banca, in esecuzione della richiesta, e la consegna di esso al richiedente esauriscono ogni rapporto fra i due. A costoro bisogna poi aggiungere la banca girataria per l'incasso che, in entrambi i casi, può inserirsi nella vicenda per negoziare l'assegno in favore del prenditore, anticipandogliene l'importo mediante pagamento in contanti o accredito sul conto.

Quel che più interessa, per il tema trattato, è l'equivocità delle posizioni assunte in merito alla natura della responsabilità prevista dall'art. 43, comma 2°, 1. ass.. Chi individua una responsabilità contrattuale della banca, richiama le norme sull'esecuzione del mandato. Per questo filone giurisprudenziale, nato nell'ambito dei rapporti riguardanti assegni bancari, la banca girataria "non è soltanto mandataria del presentatore girante, ma, per disposizione di legge, è sostituita anche, e soprattutto, alla banca trattaria nell'esplicazione del servizio bancario". La banca negoziatrice viene qualificata come sostituta, *ex art. 1717*, ultimo comma, c. c. della trattaria, nell'espletamento degli adempimenti legati alla convenzione di assegno, volti alla verifica della legittimazione e all'identificazione del presentatore, sicché vi sarebbe un'azione contrattuale diretta spettante non solo alla banca trattaria, ma anche al traente nei confronti della banca girataria.

In quest'ottica, sarebbe onere dell'istituto negoziatore identificare diligentemente il portatore del titolo, poiché, in caso contrario, esso sarà responsabile nei confronti della banca trattaria e, in virtù dell'art. 1717, ultimo comma, c.c., anche nei confronti del traente.³⁷⁰

³⁷⁰ Cfr., tra le altre, Cass. 8 settembre 1977, n. 3928, in *Banca borsa tit. cred.*,

In altri termini, il traente può esercitare verso la banca che ha effettuato il pagamento irregolare la medesima azione contrattuale che avrebbe potuto esercitare in forza della convenzione di assegno nei confronti della banca trattaria, non potendo i di lui diritti ricevere una tutela diversa secondo che il pagamento venga richiesto alla banca trattaria o ad altra banca girataria per l'incasso.

Tuttavia, questo orientamento lascia privo di tutele il legittimo prenditore ed è avversato dalle decisioni più recenti del Giudice di legittimità, che rilevano come una tale costruzione sia incompatibile con la considerazione che il banchiere giratario è totalmente estraneo sia alla convenzione di assegno sia al rapporto di emissione del titolo; esso, investito e attivato dalla procura all'incasso, figura soltanto quale rappresentante del girante, in nome e per conto del quale riceve il pagamento. Vero è, quindi, che la banca trattaria o emittente non potrebbe mai, in caso di girata per l'incasso, procedere direttamente al controllo della legittimazione e all'identificazione del presentatore, cionondimeno appare superfluo ogni richiamo ai principi in tema di mandato, posto che anche per ciò che attiene alla negoziazione dei titoli di credito valgono le stesse regole dettate per il pagamento; anzi, la previsione legislativa della possibilità di girare per l'incasso l'assegno non trasferibile esclusivamente a un banchiere assume un preciso significato

1978, II, 392; Cass. 14 ottobre 1980, n. 5507, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Titoli di credito*, n. 53; Cass. 6 maggio 1987, n. 4187, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, 359; Cass. 17 maggio 2000, n. 6377, in *Giust. civ.*, 2001, I, 791; Cass. 16 novembre 2001 n. 14359, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1939. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Napoli 30 novembre 1994, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, 205; in dottrina, cfr. CALTABIANO, *Il conto corrente bancario*, Padova, 1967; PORZIO, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno*, 12, Torino, 1985, p. 859 ss; MACCARONE, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, in *Le operazioni bancarie* a cura di Portale, Milano, t. II, 1978, p. 625; SALANITRO, *Conto corrente bancario*, in *Digesto Disc. priv. Sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 8 ss; CAVALLI, *Conto corrente bancario*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1990; SCHERMI, *Assegno non trasferibile e responsabilità del banchiere*, in *Giust. civ.* 1999, 11, 3020, secondo cui una relazione giuridica, obbligatoria, è costituita ed esiste, nell'assegno bancario non trasferibile, tra la banca trattaria ed il cliente-traente, e, nell'assegno circolare non trasferibile, tra la banca emittente (su richiesta del cliente) e l'intestatario (prenditore); per cui è ravvisabile a carico della banca, che abbia pagato l'assegno a persona apparentemente legittimata ma non titolare del diritto, una responsabilità contrattuale, rispettivamente verso il cliente traente e verso il prenditore.

proprio in considerazione della responsabilità professionale e della funzione di pubblico interesse degli istituti di credito, cioè dell'estrema sicurezza offerta dalla particolare qualità del soggetto intermediario.

In ogni caso, l'interpretazione dell'art. 43, legge sull'assegno, offerta dalle sentenze che si iscrivono in questo indirizzo, se può apparire confacente in tema di assegno bancario (per il quale è, in realtà, avanzata), la cui struttura si spiega sullo schema della delegazione di pagamento, non sembra riproponibile per l'assegno circolare; è infatti largamente contestato che all'atto dell'emissione dell'assegno circolare si stipuli un contratto di mandato, in relazione al quale possa aversi la sostituzione (o il submandato nei confronti) della banca girataria.³⁷¹

Un diverso orientamento, sviluppatosi anch'esso in tema di assegno bancario non trasferibile, ha preferito configurare la fonte dell'obbligazione della banca negoziatrice come extracontrattuale nei riguardi di qualsiasi soggetto che abbia subito e possa dimostrare un danno in conseguenza del pagamento dell'assegno non trasferibile a persona non legittimata.³⁷²

³⁷¹ Cfr. in tal senso, Cfr. MOLLE, *I titoli di credito bancari*, Milano, 1972, 23. Più articolate le posizioni di PATRONI GRIFFI, *Banca emittente, banca girataria e richiedente nel pagamento dell'assegno circolare "non trasferibile" al non legittimato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1980, I, 360 s.; SEVERINI, *In tema di pagamento di assegni muniti di clausola di non trasferibilità*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 3037

³⁷² In dottrina, cfr. F. MARTORANO, *Pagamento di assegno non trasferibile*, in *I titoli di credito* a cura di G.L. PELLIZZI, Milano, 1980, 375; v., altresì, G.L. PELLIZZI, *L'assegno bancario*, Padova, 1964, I, 509, secondo cui, dall'art. 43, 2° comma, sorge una responsabilità aquiliana, che deriva da una «sorta di obbligo legale *erga omnes*, cioè verso tutti quelli che possono essere pregiudicati nei loro interessi ». v. anche A. PATRONI GRIFFI, *Banca emittente, banca girataria e richiedente nel pagamento dell'assegno circolare «non trasferibile» al non legittimato*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1980, I, 358; DE MARCHI, *Legittimazione a contestare la regolarità del pagamento di assegno non trasferibile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, 142, MANFREDONIA, *Osservazioni sulla responsabilità della banca girataria per l'incasso di un assegno non trasferibile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1980, II, 280; BONOMI, *Giurisdizione e responsabilità aquiliana della banca per illegittimo pagamento di assegno non trasferibile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 10 e DEVESCOVI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nell'assegno non trasferibile*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2001, II, 925; COTTINO, *Noterelle su un tema controverso: l'art. 43 legge assegni*, *Riv. dir. impr.*, 2005 p. 5. e, in giurisprudenza, vedi Cass. 18 aprile 2005, n. 8005, in *Foro it.*, 2005, I, 1165, con nota di richiami; Cass., Sez. I civ. Sez. I civ. 16 novembre 2001 n. 14359, in *Dir. fall.* 2002, II, 404; Cass. 9 gennaio 1999 n.1087, in *Giust. civ.*, 2000, I,1817;

In questo caso, la banca incaricata all'incasso non si configurerebbe quale sostituta della trattaria o emittente, ma quale rappresentante del soggetto che conferisce la procura all'incasso. In particolare, detta azione extracontrattuale sussisterebbe per violazione della clausola di intrasferibilità dell'assegno e del conseguente diritto del prenditore a che il titolo non sia pagato a persona diversa dall'intestatario. La responsabilità in discorso sarebbe fondata sulla funzione pubblica del servizio di pagamento degli assegni circolari.³⁷³

Per la giurisprudenza più recente,³⁷⁴ anche l'individuazione di una responsabilità extracontrattuale non è persuasiva. Tale orientamento, infatti, pare ispirato all'intento pratico di evitare che la configurazione della responsabilità *sub specie* contrattuale possa condurre a una sorta di deresponsabilizzazione dell'istituto negoziatore, il quale, ove fosse considerato quale mero sostituto della banca trattaria ed esecutore delle istruzioni di quest'ultima, ben potrebbe limitarsi a pagare la somma al presentatore una volta che la trattaria, ricevuto l'assegno in compensazione, non abbia sollevato eccezioni sulla sua regolarità. Di qui, secondo la Suprema Corte, sarebbe sorta l'esigenza di investire la banca girataria di un titolo autonomo di responsabilità, la cui rilevanza non viene meno per via della concorrente condotta della banca trattaria.

Ma, a parte ciò, per i Giudici di legittimità, la tesi della responsabilità aquiliana non è condivisibile sul piano dei principi generali in tema di obbligazioni, dato che tale tipo di responsabilità ricorre solo allorquando la

Cass. 2 febbraio 1998 n.1023, in *Danno e resp.*, 1998, 601; Cass. 3 luglio 1990, n. 6778, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, II, 706; Cass. 13 ottobre 1993, n. 10111, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, 188; Cass. 2 marzo 1996, n. 1641, in *Giust. civ.* 1996, I, 1300; Cass. 2 febbraio 1998, n. 1023, in *Danno e resp.* 1998, 601; Cass. 9 febbraio 1999, n. 1087, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1357; Cass. 28 luglio 2000, n. 9902, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1320; Cass. 20 settembre 2000, n. 12425, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 119; Cass. 16 marzo 2004, n. 5308, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Titoli di credito*, n. 34.

³⁷³ Cfr. Cass. 2 marzo 1996, n. 1641, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1300

³⁷⁴ Cass. 5 ottobre 2006 n. 19512, con nota di VENTURELLI, *Responsabilità della banca girataria per l'incasso di assegni circolari non trasferibili*, in N.G.C.C., 2006, I, p. 859; *Foro it.*, 2006, I, 1091, con nota di D. SABBATINI; L. TIRELLI, *Pagamento di assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore: e' tempo che intervengano le Sezioni unite*, in *Corr.giur.*, 2006, p. 208.

pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti dell'autore di un danno ingiusto, non legato al danneggiato da alcun rapporto giuridico precedente o, comunque, indipendentemente da tale eventuale rapporto.

Ove, per il Supremo Collegio, a fondamento della pretesa dedotta in giudizio, venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, o anche derivante dalla legge, non vi è luogo per l'illecito aquiliano, ma è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale o legale derivante da un preesistente vincolo obbligatorio. Nel caso, non v'è dubbio che l'obbligazione per l'istituto negoziatore di pagare l'assegno solo al prenditore o al beneficiario deriva direttamente dalla disposizione di legge di cui all'art. 43 legge sull'assegno. Anzi, da tale disposizione sembra discendere il richiamo a una più stretta diligenza proprio dell'istituto negoziatore di assegni in ragione degli aspetti pratici e sostanziali dell'operazione di pagamento. A questo proposito, si rammenta che la banca girataria riceve materialmente il titolo dal proprio cliente, trovandosi così a gestire in forma individuale la presentazione dell'assegno in versamento, con maggiori possibilità di riscontrare eventuali irregolarità nella circolazione del titolo o contraffazioni. Di contro, l'azienda trattaria e quella emittente si vedono normalmente consegnare il titolo in stanza di compensazione, all'interno di una rimessa comprendente una moltitudine di altri titoli, per giunta con tempi assai ristretti per poterne eccepire l'irregolarità (verificandosi, in caso contrario, la presunzione di "pagato" che consegue allo spirare dei termini delle procedure interbancarie). In diversi termini, l'art. 43 legge sull'assegno, per agevolare l'incasso dell'assegno intrasferibile, ne ammette la girata esclusivamente a un banchiere sul cui vaglio fa affidamento, rendendolo - per così dire - mallevadore verso la trattaria della esatta identificazione del prenditore e infine responsabile dell'inesatto pagamento.

Quindi, per la Suprema Corte, la responsabilità della banca girataria per l'incasso, promanando direttamente dalla legge, non si configura come obbligazione *ex delicto*, ma, per l'appunto, come obbligazione *ex lege* (ai sensi dell'art. 43 l. ass.), riconducibile in base all'art. 1173 c.c., ad ogni altro

atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico.³⁷⁵ Trattasi, in fin dei conti, per la Cassazione, di fattispecie tipica di obbligazione che, pur non avendo natura contrattuale, non può per ciò solo essere ricondotta nello schema generale dell'art. 2043 c.c., potendosi definire come quasi-contrattuale.

Si giunge ad affermare che il fondamento della correlativa azione risarcitoria è unico e non vi sarebbe bisogno di diversificarne il titolo (contrattuale, extracontrattuale, cartolare) a seconda del soggetto che si ritiene danneggiato.

Il criterio per individuare il soggetto titolare della pretesa dovrà essere fondato sull'individuazione della sfera giuridica patrimoniale sulla quale è in concreto caduto il danno. In linea generale, il pregiudizio derivante dal pagamento dell'assegno circolare a soggetto diverso dal prenditore potrebbe ripercuotersi sul richiedente, ovvero sul prenditore, ovvero infine sulla stessa banca emittente se nella negoziazione si sia inserita una banca girataria per l'incasso.

Facendo leva sulla professionalità dell'agente e individuando contestualmente una responsabilità da inadempimento di una obbligazione quasi-contrattuale, indiscutibilmente la Corte sembra riferirsi, senza citarlo espressamente, al noto orientamento che intravede contatti sociali rilevanti, nel caso si verifichi la lesione di un affidamento legittimo. Qui la rilevanza del contatto sociale sarebbe già stata prevista da una norma.

La qualificazione della responsabilità della banca come contrattuale risultava, nel caso, decisiva per quel che concerne la durata (decennale) della prescrizione del diritto al risarcimento e per l'individuazione dei soggetti legittimati ad azionarlo nei confronti della banca.³⁷⁶

³⁷⁵ Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 6 ottobre 2005 n. 19512, cit.; Cfr., in senso conforme, anche Cass. civ. Sez. I, 25-08-2006, n. 18543, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8; Trib. Bologna 1/6/2006, in www.giuraemilia.it

³⁷⁶ Segue un'impostazione non coincidente con quella di cui al testo, VENTURELLI, *Responsabilità della banca girataria per l'incasso di assegni circolari non trasferibili*, *N.G.C.C.*, 2006, I, p. 859, per il quale la banca girataria per l'incasso può essere chiamata a rispondere del pagamento ex art. 43 comma 2 non tanto perché ha pagato al soggetto non legittimato, quanto piuttosto perché è riuscita ad ottenere dalla banca emittente, attraverso il meccanismo della stanza di

Questa impostazione, in effetti, crea una tutela ad ampio spettro di protezione, che, senza sfumature o condizionamenti, e fuori da ogni problematica legata ai vari rapporti di provvista o di valuta cartolare o causale, risolve in modo netto il possibile conflitto di interessi e di posizioni tra protagonisti del regime innescato dalla clausola di intrasferibilità.

Va anche tenuto in considerazione che la Corte di Cassazione, nello stabilire che l'obbligazione dell'istituto negoziatore di pagare solo al legittimo prenditore dell'assegno trova la propria fonte direttamente nella legge, ha preso posizione circa il problema della liberatorietà del pagamento effettuato a persona diversa dal prenditore, stabilendo che anche gli obblighi di corretta identificazione e della legittimazione del prenditore derivano direttamente dalla legge in virtù del ruolo assunto dal servizio bancario.

Tale diligenza, secondo la Cassazione, deve essere valutata con riguardo a comportamenti conformi alle regole della specifica professionalità, rapportata al particolare ruolo che la banca negoziatrice viene ad assumere nei confronti dei soggetti coinvolti nel rapporto cartolare.

Successivamente, un'altra sentenza del Supremo Collegio,³⁷⁷ seguendo l'indirizzo inaugurato dalla succitata sentenza, ha precisato che la L. Ass., art. 43, comma 2, regola in modo autonomo l'adempimento dell'assegno non trasferibile, con deviazione sia dalla disciplina generale del pagamento dei titoli di credito con legittimazione variabile, sia dal disposto del diritto comune delle obbligazioni di cui all'art. 1189 c.c., che libera il debitore che esegua il pagamento in buona fede in favore del creditore apparente (con

compensazione la prestazione erroneamente anticipata senza aver acquistato il relativo diritto cartolare. Si profilerebbe un obbligo di natura non risarcitoria, ma restitutoria derivante dal carattere indebito della prestazione ricevuta dalla banca girataria e riconducibile al c.d. indebito oggettivo *ex latere accipientis*. Il presupposto fondamentale perché essa operi è che la banca emittente abbia regolarmente pagato l'assegno in sede di compensazione: qualora ciò non sia successo, nessun obbligo può essere ascritto alla banca girataria, la quale potrà rivalersi per l'indebita anticipazione nei confronti del girante non legittimato. Sostengono la natura restitutoria dell'obbligazione ex art. 43 anche PATRONI GRIFFI, *Banca emittente, banca girataria e richiedente nel pagamento dell'assegno circolare non trasferibile al non legittimato*, in *Banca Borsa, tit.cred.*, 1980, I, 363; BUTTARO, *Responsabilità nel pagamento dell'assegno: limiti legali al risarcimento e svalutazione monetaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 427 ss.

³⁷⁷ Cass. 25 agosto 2006 n. 18543, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8

relativo onere probatorio a carico del "solvens"). Si afferma che, in tale ipotesi, la banca che abbia effettuato il pagamento in favore di chi non era legittimato non è liberata dall'originaria obbligazione finché non paghi al prenditore esattamente individuato (o al banchiere giratario per l'incasso) a prescindere dalla sussistenza dell'elemento della colpa nell'errore sulla identificazione dello stesso prenditore. Ciò, in quanto, la responsabilità della banca, che paghi al giratario senza osservare la clausola di non trasferibilità, deriva dalla violazione dell'obbligazione "ex lege", posta a suo carico dalla L. Ass., art. 43, comma 2. Sembra desumersi dal tenore di questa motivazione che la natura quasi-contrattuale dell'obbligazione implichi pure una responsabilità oggettiva della banca girataria per l'incasso che paga a colui che non è intestatario dell'assegno non trasferibile.

Per la verità, a prescindere dalla natura della responsabilità, il criterio d'imputazione della responsabilità per danni nell'ipotesi descritta ha già da alcuni anni seguito la medesima direttiva.³⁷⁸

Sia i fautori della responsabilità aquiliana che i sostenitori della responsabilità contrattuale hanno sostanzialmente concordato sulla necessità, per la banca, di porre in essere tutti gli accorgimenti e le cautele

³⁷⁸ Per G. COTTINO, *Noterelle su un tema controverso: l'art. 43 legge assegni*, Riv. dir. impresa, 2005 p. 5, il perseguimento dell'obiettivo di sicurezza nella circolazione che la clausola di non trasferibilità intende perseguire, e cui la ferrea sanzione irrogata dalla norma costituisce indispensabile presidio, non potrebbe essere tradito facendo rientrare nella finestra l'applicazione della norma generale espressa dall'art. 1992, secondo comma, c.c., con cui si libera il debitore che senza dolo o colpa grave adempia la prestazione al possessore, o di quella civilistica, pure generale di cui all'art. 1189, I comma, c.c., che sancisce il carattere liberatorio dell'adempimento in buona fede al creditore apparente. Per GALLETTI, *Posizione della banca negoziatrice nel pagamento di assegno con cancellazione della clausola d'intrasferibilità*, in *Banca borsa tit. cred.* 1996, 2, 210, la soluzione sta nel ricostruire la norma non come contenente un titolo autonomo di responsabilità, quanto nel fissare il criterio d'imputazione (che, si vedrà, potrebbe ben essere oggettivo) di una responsabilità per danni che ha la sua fonte all'esterno del disposto esaminato, e precisamente, a seconda delle ipotesi, nell'inadempimento di un rapporto convenzionale (come pare congruo per le relazioni banca-traente) o nella violazione del principio del *neminem laedere* (con riferimento ai rapporti che vedono coinvolti invece banca e prenditore). In entrambe, le ipotesi la norma interverrà a derogare dalle disposizioni ordinarie sul risarcimento dei danni, introducendovi un elemento specializzante che si basa sulla particolarità dell'attività svolta dal danneggiante.

suggerite dalla sua esperienza e professionalità.³⁷⁹ Ma l'individuazione di una responsabilità obiettiva è avvenuta non senza cambiamenti di opinione e ripensamenti nell'arco degli ultimi cinquant'anni.

Inizialmente, infatti, si individuò un nesso puramente obiettivo fra danno e comportamento della banca.³⁸⁰ Si temette, però, che questo indirizzo

³⁷⁹ La giurisprudenza ha precisato che pur non essendo tenuta a dotarsi di sofisticate attrezzature chimiche o strumentali (Cass. 19 maggio 2000, n. 6524 in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1066, e Cass. 15 luglio 2005 n.15066, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 6), la banca deve tuttavia spiegare la particolare diligenza consona al suo status (Cass. 3 dicembre 1983, n. 7239 in *Giust. civ. Mass.* 1983, fasc. 11), il cui contenuto non può essere definito in base a parametri rigidi e predeterminati, ma va determinato in relazione al singolo caso concreto con riferimento, fra l'altro, al luogo del pagamento, alla persona del presentatore, all'importo del titolo ed al tipo di documento d'identificazione esibito (Cass. 11 ottobre 1978 n. 4525, in *Resp. civ. e prev.* 1979, 326; Cass. 4 ottobre 1979 n.5118, in *Giust. Civ. Mass.* 1978, fasc. 10; Cass. 3 aprile 1992 n. 4087 in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, 599; Cass. 5 agosto 1994 n.7307, in *Riv. dir. comm.* 1994, II, 463, Cass. 6 dicembre 1994 n. 10460, in *Giust.civ. Mass.*, 1994, fasc.12; Cass. 14 marzo 1997 n. 2303 e Cass. 18 agosto 1997, n.7658, entrambe in *Resp.civ.prev.*,1998, p. 441, con nota di FRAU; in dottrina, sulla diligenza della banca ed i criteri per valutarla, SCIALOJA JR., *In tema di responsabilità della banca per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, 348, LABANCA, *Il criterio dell'accorto banchiere e la clausola di non trasferibilità dell'assegno bancario* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, 119, MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e cambiari*, Napoli, 1979, 512, SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.* 1995, I, 1, 356; MARZONA, *Lo status dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione* in *Banca, borsa, tit.cred.*, 1994, II, 266.

³⁸⁰ Per la Suprema Corte, questa deroga rispetto a quanto sancito in generale dall'art. 1992, comma 2, c.c. era giustificata dalla finalità attribuita dalla stessa legge alla clausola «non trasferibile»: quella cioè di conferire al prenditore un'assoluta sicurezza del pagamento dell'assegno, evitandogli i rischi derivanti dallo smarrimento o sottrazione del titolo. E' il filone giurisprudenziale aperto dalla nota Cass., 7 ottobre 1958, n. 3133, in *Banca borsa tit. cred.*,1959, II, 299, con nota di BUTTARO, *Sulla diligenza della banca nella identificazione del portatore di un assegno «non trasferibile»* e in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1839, con nota adesiva di BIANCHI D'ESPINOSA, *Pagamento di assegno «non trasferibile» e identificazione del prenditore*; in dottrina, di recente, non senza perplessità, cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, Torino, 1992, p. 290; e COTTINO, *Diritto commerciale*, II, t. 1, 3^a ed., Padova, 1992, p. 362 ss.. Valorizzano la volontà di tutelare il portatore legittimo dell'assegno contro i rischi derivanti dallo smarrimento e dalla sottrazione, MARTORANO, *Pagamento di assegno non trasferibile*, in *I titoli di credito* a cura di Pellizzi, Milano. 1980, p. 361; Id., *Lineamenti generali dei titoli di credito*, Napoli, 1979, p. 506; PIERI, *L'assegno*, nella *Giur. giust. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1988, p. 139; in giurisprudenza, di recente, Trib. Milano, 20 luglio 1990, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, p. 110; Cass., 14 dicembre 1987, n. 9267, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 1989, II, p. 136, entrambe annotate da LABANCA; Trib. Milano, 25 maggio 1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*,

rigoroso potesse produrre il risultato di «rendere troppo difficoltoso il pagamento degli assegni non trasferibili, con l'abbandono, da parte della clientela, della clausola di intrasferibilità».³⁸¹ Seguì quindi, per un trentennio, un diverso orientamento, volto a non distanziarsi da un criterio d'imputazione soggettivo, agganciato alla colpa.³⁸²

Anche questa lettura della norma, tuttavia, non è andata esente da critiche, essendosi obiettato che essa non teneva conto dell'interesse dell'autore della clausola, il quale vuole evitare che il pagamento pervenga nelle mani di un soggetto diverso da quello indicato come prenditore.³⁸³

Nel 1999 si è verificato un definitivo *revirement* della Corte di cassazione, che ha ripreso la teoria oggettivistica, ponendo a carico della banca il rischio

1993, II, p. 602).

³⁸¹ Così DE MARCHI, *Assegni «non trasferibili» o assegni «non pagabili»?* , in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 463, ma v. anche BUTTARO, *op. cit.*, 302, il quale aveva osservato che se si fosse addossato alla banca il rischio dell'identificazione del presentatore, ciò avrebbe portato le banche a pagare gli assegni non trasferibili solo ai loro abituali clienti, personalmente conosciuti agli sportelli.

³⁸² Si affermò, infatti, che il banchiere non risponde del pagamento di un assegno non trasferibile se ha impiegato la dovuta diligenza nell'identificazione del legittimato cartolare; con ciò riconducendo la previsione dell'art. 43 l. ass. ai principi sanciti dall'art. 1992 c.c.. Scopo della clausola di non trasferibilità sarebbe, alla stregua di questa lettura, esclusivamente quello di impedire la circolabilità del titolo, evitando il rischio di un successivo acquisto del diritto da parte di un terzo, attraverso il possesso di buona fede dell'assegno. (In questo senso, MOLLE, *I titoli di credito bancari*, Milano, 1972, p. 17; CHIOMENTI, *Continua l'oscillazione della giurisprudenza sul problema della liberatorietà del pagamento di titolo cambiario "non trasferibile" effettuato in buona fede a persona diversa dal prenditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, pp. 413 ss., spec. 417; cfr. anche PELLIZZI-PARTESOTTI, *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, 2ª ed., Padova, 1995, sub art. 43, p. 298 ss; LABANCA, *La posizione del traente di assegno bancario munito di clausola di non trasferibilità*, in *Banca, borsa, tit.*, 1989, II, p. 137 ss.). L'espressione «colui che paga a persona diversa dal prenditore» andrebbe quindi intesa non con riferimento alla persona fisica del prenditore, ma alla legittimazione cartolare. Perciò, in base al principio generale dell'art. 1992, comma 2, c.c., deve considerarsi liberatorio il pagamento effettuato, senza dolo o colpa grave, a chi sia apparso legittimo prenditore, pur restando fermo il principio secondo cui la diligenza, nel caso di assegno non trasferibile, deve essere particolarmente oculata e rigorosa, dato anche lo *status* del banchiere, con conseguente dovere del *solvens* di provare l'assenza di colpa. Cass. 9 luglio 1968, n. 2360, in *Foro it.* 1969, I, 121; Cass. 18 agosto 1997, n. 7658, in *Banca borsa*, 1999, II, 305; Cass. 2 marzo 1996, n. 1641, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, 1300; Cass. 20 dicembre 1995, n. 13013, *ivi*, 1697; Cass. 5 agosto 1994, n. 7307, *ivi*, 1995, I, 1012; Cass. 25 gennaio 1983, n. 686, in *Foro it.*, 1984, I, 1361.

³⁸³ In tal senso, cfr. SANTONI, *Gli assegni non trasferibili*, Napoli, 1988, 53 s.

assoluto dell'erronea identificazione della persona del prenditore, con evidente deviazione dal disposto di cui all'art. 1189 c.c..³⁸⁴

In definitiva, la formulazione drastica di cui all'art. 43 risponde ad esigenze di certezza, che sono sottese alla clausola di intrasferibilità e che sono messe a repentaglio allorquando ci si avventuri nei sentieri della colpa grave o lieve che sia. Se la banca risponde anche senza colpa ciò significa che le alee del furto, della manomissione, della sostituzione di persona e dell'omonimia ricadono su di essa. Significa dunque che l'art. 43 enuncia una responsabilità obiettiva, per rischio professionale e un'eventuale azione di danni contro l'autore della manomissione dovrà essere coltivata da essa e non dal traente che si sia visto costretto a rinnovare il pagamento o dal prenditore che non l'abbia ricevuto. Considerato che questo orientamento oggettivistico è seguito ormai da tempo dalla Suprema Corte, l'individuazione di una natura quasi-contrattuale della responsabilità della Banca ha avuto ricadute pratiche, nel caso di specie, solo ai fini della durata della prescrizione. La questione della natura della fonte dell'obbligazione permane, però, essenziale e non a caso è stata devoluta all'attenzione delle Sezioni Unite per una auspicabile definitiva risoluzione.³⁸⁵ Si pensi, del resto, che se la visione contrattualistica di regola sembra preferibile per le ragioni dogmatiche e pratiche di cui si è dato conto, è anche vero che dall'impostazione extracontrattuale della responsabilità si potrebbero, talvolta, far derivare importanti conseguenze in punto di determinazione dell'ammontare del danno risarcibile, non limitando quest'ultimo al solo importo dell'assegno, ma integrandolo con tutti quegli altri eventuali pregiudizi che siano conseguenza diretta ed immediata della violazione della clausola d'intrasferibilità.

³⁸⁴ Cfr. Cass. 9 febbraio 1999 n. 1098, in *Banca, Borsa, tit.*, 1999, III, 3021 ss., con nota di SCHERMI, *Assegno non trasferibile e responsabilità del banchiere*, e in *Foro it.*, 1999, I, 799 ss., con nota di LAMBO, *Appunti sulla responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al falso legittimato*; Cass., 29 agosto 2003, n. 12698; Cass. 12 marzo 2003, n. 3654; Cass. 16 maggio 2003 n. 7653, tutte in *Giust. civ.* 2004, 12, 3033, con nota di E. SEVERIN, *In tema di pagamento di assegni muniti di clausola di non trasferibilità*.

3.9 Conclusioni.

E' stato detto efficacemente che la formula delle obbligazioni nascenti dalla legge, più che designare un tema omogeneo, costituisce un trasversale e problematico rinvio al dualismo tra fatto e norma.³⁸⁶

Si è, peraltro, ritenuto che la comprensione dell'istituto potesse essere completa solo ove se ne ricostruissero le tappe storiche fondamentali, fermo restando che in tale materia l'influenza sul nostro diritto dei sistemi giuridici più avanzati, quali quello francese e quello tedesco, è percepibile in maniera evidente.

L'*excursus* storico-comparatistico, spesso impervio, compiuto alla ricerca di una condivisibile definizione di tale categoria di obbligazioni dai confini così incerti, potrebbe aver indotto nel lettore un senso di disorientamento, pertanto, sembra necessario riassumerne i risultati e trarne le conclusioni.

Un frammento di Modestino del III secolo d.c., per la sua ambiguità testuale, la dubbia derivazione e le lunghe dispute che ha causato, ben potrebbe essere simbolo dell'intera vicenda dottrinale che ha avuto come protagonista l'obbligazione di fonte legale.

Coloro che hanno inserito tra le fonti dell'obbligazione la legge, hanno riconosciuto la paternità di tale concetto a Modestino; chi con veemenza lo ha rigettato, ha colto, proprio in quel frammento, un'inaccettabile commistione tra il piano delle fonti del diritto e quello delle fonti dell'obbligazione, che dovrebbero comportarsi come due rette parallele che non possono intersecarsi.

Quel che è certo è che già nell'epoca classica, accanto alle due tipiche e antiche fonti dell'obbligazione, vi erano altri casi di obbligazioni, di difficile collocazione, che sorgevano da un'oggettiva situazione giuridica.

Nuova spinta all'idea che l'obbligazione potesse sorgere da una fonte legale venne data, poi, da Grozio, padre del giusnaturalismo, il quale pose accanto alla *pactio* ed al *maleficium*, la *lex* come fonte equivalente di obbligazioni, e

³⁸⁵ Cfr. Cass. ord. 20-05-2006, n. 11888

³⁸⁶ Cfr. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004, p.7

da lui si giunse al Pothier, ispiratore della codificazione francese del 1804. Quest'ultimo pose la legge naturale come causa remota di tutte le obbligazioni, ma la considerò pure come fonte di particolari obbligazioni, al pari dei contratti e dei delitti, dei quasi-contratti e dei quasi-delitti. Solo con il *code civil*, frutto di una cultura giuridica ormai matura, il concetto ha cominciato ad assumere contorni più definiti.

Nell'ambito delle obbligazioni non volontarie, si distinse tra obbligazioni quasi-contrattuali e obbligazioni legali. Le prime hanno per causa prossima l'azione volontaria dell'uomo, le altre sorgono immediatamente dall'autorità della legge.

L'esame di due secoli di dottrina francese relativa a questa norma ha contribuito a dare un quadro ben delineato dai profondi cambiamenti e della maturazione progressiva nelle opinioni dei giuristi.

L'idea di abbandonare la classificazione codicistica per abbracciare la nota ed universalmente riconosciuta teoria degli atti e fatti giuridici si è presentata per la prima volta in Francia già verso la metà del XIX secolo. Si evidenziò correttamente che la legge non può essere fonte materiale di una obbligazione, ma solo la fonte formale di essa.³⁸⁷

Si comprese che se Pothier aveva indicato la legge come possibile origine di un'obbligazione, è perché non aveva colto che, all'infuori di ogni intervento umano, anche un fatto naturale, come la nascita di un soggetto, può essere considerata fonte dell'obbligazione.

Il significato di fatto giuridico, inteso come accadimento specifico o modificazione della realtà di origine sia umana che naturale può, quindi,

³⁸⁷ GOMAA, *op.cit.*, nota 4, p. 172, nel commentare l'ipotesi della legge come fonte dell'obbligazione, la definiva « *un mensonge, une erreur, un mépris de la science juridique, qui trouble les esprits des jeunes juristes qui viennent d'apprendre, en première année de licence, que la loi est une source des règles du droit, puis en deuxième année, que la loi est une source d'obligation. La loi n'est donc, et ne peut être, que la source formelle de l'obligation. Si certains, comme Pothier, influençant ainsi le Code civil français, voyaient la loi dans certains cas comme la seule source – donc formelle et matérielle – de l'obligation, c'est parce que l'on ne pensait alors, comme source matérielle, qu'aux seuls faits de l'homme. C'était oublier que les faits de la nature – l'écoulement du temps ou la naissance, par exemple – constituent également des faits concrets qui peuvent, à l'extérieur de toute intervention humaine, déclencher une norme légale et ainsi créer, dans*

consistere anche in un mutamento qualitativo della persona, da ricomprendere nel concetto di cambiamento di *status*.

Da una prospettiva diversa partiva, invece, il Planiol, che innalzò sostanzialmente il contratto allo stesso livello proprio della legge.

La sola forza della volontà sarebbe sufficiente a creare l'obbligazione, agendo sola ed indipendentemente dalla legge.³⁸⁸ Ma per la moderna dottrina è considerato ormai *jus receptum* che se il contratto esiste e crea obbligazioni civili è perché è il diritto oggettivo, la legge che lo abilita a ciò. Quindi la legge va considerata la fonte mediata anche delle obbligazioni contrattuali.

L'analisi delle speciali figure previste dall'art. 1370 come obbligazioni *ex lege stricto sensu* ha indotto a comprendere che la loro importanza è relativa, a livello sistematico, in quanto le stesse possiedono uno statuto particolare.

Si pensi all'obbligazione alimentare, i cui caratteri di irrinunciabilità, indisponibilità, imprescrittibilità, deviano dalla disciplina generale sull'obbligazione, e ne certificano la peculiarità.

Né potrebbe essere diversamente in un sistema quale quello francese privo di una disciplina generale delle obbligazioni.

Conferma tali valutazioni anche *l'Avant-projet de réforme du droit des obligations*, presentato al Ministro della Giustizia il 22 settembre 2005, sull'onda dei festeggiamenti del bicentenario del *code civil*, il quale, nel mantenere tale figura, contestualmente ne nega un'importanza sistematica.

Aspetto singolare di questa tentata ricodificazione concerne, proprio, l'incoerenza delle scelte fatte in tema di classificazione delle fonti.

L'avant-projet, infatti, consacra ed integra formalmente nel tessuto codicistico le categorie degli atti e fatti giuridici, mettendo in rilievo che è sempre la legge che ricollega loro l'effetto di diritto che determinano.

In questo sistema, che segue palesemente le riflessioni della dottrina dominante, viene, come detto, illogicamente riproposta la categoria delle

l'immédiat, une obligation".

³⁸⁸ Cfr., in questo senso, J.GHESTIN, *La notion de contrat, Droits*, 1990.12.7.10 e ss.

obbligazioni ex lege, la cui origine è pur determinata da un fatto giuridico. E' stata creata, quindi, una terza via ibrida ed inaccettabile.

Se il suddetto testo manterrà o meno nelle prossime stesure questo orientamento o giungerà a più meditate soluzioni, al momento non è dato sapere.

Certamente, la dottrina francese più recente ha proposto un tentativo, che pare per la verità maldestro, di rivitalizzare la figura di cui si tratta.

Sono state, infatti, avvicinate all'obbligazione legale figure eterogenee quali l'apparenza e le immissioni che, in maniera certamente più corretta, andrebbero ricondotte ad ipotesi quasi-contrattuali o di responsabilità obiettiva. Proprio la scarsa credibilità di tali tentativi conferma l'inutilità di riproporre nel nuovo codice francese, che già contempla il quasi-contratto, una figura che raccolga fattispecie residuali, già compiutamente regolamentate dalla materia di riferimento.

Passando ad esaminare il nostro sistema civilistico, va rilevato che esso cominciò ad affrancarsi dal diritto francese, prima gettando alle ortiche per motivazioni politiche il lungo e meritevole lavoro sul progetto di un codice italo-francese sulle obbligazioni, poi creando nel nuovo codice del 1942, ad imitazione del BGB, un libro intero dedicato alle obbligazioni. Nell'ambito di questa operazione, venne espunta dalla classificazione delle fonti la categoria delle obbligazioni ex lege.

Così facendo, si diede credito a coloro che rilevavano correttamente come la legge "è, in un certo senso, fonte di tutte le obbligazioni, in quanto nessuna obbligazione può concepirsi che non sia fondata sulla legge; ma d'altra parte essa non può creare un'obbligazione se non in quanto esista un qualche elemento di fatto."

La dottrina civilistica italiana nei decenni successivi ha accolto favorevolmente la nuova classificazione di cui all'art. 1173 c.c., elogiandone la formula aperta che fa riferimento all'ordinamento giuridico e non più alla legge.

Un inatteso ed inopinato cambiamento di rotta si è avuto, però, con la legge di riforma del diritto internazionale privato del 1995, che, all'art. 61, include

le obbligazioni legali, dando del concetto un'interpretazione estensiva, annettendovi pure quelle tradizionalmente inserite tra i quasi-contratti.

Se si pone mente al fatto che, prima dell'emanazione di tale legge, vari progetti, tutti di analogo tenore, si sono succeduti nel corso di quasi trent'anni, sembra chiara la pervicacia con la quale si è giunti alla soluzione di cui all'art. 61. Questo indubbiamente spinge a porsi degli interrogativi sull'effettivo recepimento della teoria degli atti e fatti giuridici nel nostro ordinamento, essendo quest'ultima inattaccabile da un punto di vista logico, ma ponendo forse qualche perplessità agli interpreti per la visione razionalistica che propone.

Peraltro, nel rilevare l'inutilità di una *divisio obligationum* così come concepita nell'art. 1173 c.c., data l'atipicità sia della fonte contrattuale, che di quella extracontrattuale, autorevole dottrina ha proposto una classificazione alternativa, in grado di porre in rilievo la funzione delle obbligazioni, in analogia con il più recente orientamento della dottrina anglo-americana. In tale classificazione trovano una collocazione le obbligazioni *ex lege*, le cui funzioni sarebbero molteplici, quali ad esempio l'assistenza, la copertura di rischi, la cooperazione.

La teoria degli atti o fatti giuridici e quella che classifica le obbligazioni in base alla loro funzione, pur essendo alternative, non sono in necessario contrasto logico tra loro, in quanto descrivono la medesima fattispecie sotto prospettive diverse. Del resto, si deve anche tenere presente che considerare un'obbligazione come nascente da un fatto o direttamente dalla legge non comporta differenze di disciplina, in un sistema come il nostro che vanta una disciplina generale per le obbligazioni non diversamente regolamentate. Certamente, l'idea della legge come fonte dell'obbligazione non si può liquidare, in considerazione del suo altissimo valore storico e dell'influenza che ha esercitato nella formazione degli ordinamenti moderni, con meri rilievi razionalistici.

Ma si deve pure concordare, avuto riguardo alle risultanze desumibili dall'indagine eseguita sulla giurisprudenza, con chi rilevò che spesso essa viene utilizzata come un'espressione di comodo, "una frase ellittica per dire

che la legge ricollega un'obbligazione ad uno stato o ad un fatto, che non è contratto né atto illecito imputabile a colpa”.

L'obbligazione ex lege è vista spesso, insomma, dalla nostra giurisprudenza come sinonimo di obbligazione non volontaria. Il risultato è che tale categoria, date le sue incertezze definitorie, invece che risultare un elemento di chiusura della classificazione delle fonti, come affermavano i giuristi del primo Novecento, è diventata paradossalmente sinonimo di atipicità.

Accade spesso, infatti, che la legge ed il fatto, che pure in questa vicenda giuridica si presentano come elementi antitetici, diventino componenti di un endiadi che rivela la struttura irregolare di una obbligazione rispetto agli schemi classici del contratto o del delitto.

E' il caso in cui ipotesi tipizzate di fatti illeciti vengono confuse con obbligazioni di natura differente, in quanto derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria, per il loro criterio di imputazione o per il criterio anomalo di stima del danno.

Ad esempio, il diritto ad un'equa riparazione in caso di mancato rispetto del termine ragionevole del processo, che ha carattere indennitario e non risarcitorio, è considerato dalla Suprema Corte come *“una obbligazione ex lege, riconducibile (ex art. 1173 cod. civ.) ad ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico”*.

Si è poi posto in rilievo come, nel corso dei secoli, fin dal diritto comune, vi sia stata interferenza e indebita comunicazione tra la categoria del quasi-contratto e quella dell'obbligazione nascente dalla legge. Alcune fattispecie che hanno figurato nell'una categoria sono transitate poi nell'altra e viceversa.

Alla luce di ciò, è parso utile ripercorrere brevemente le fasi essenziali della figura del quasi-contratto nei sistemi giuridici più avanzati.

E ciò si è fatto anche per valutare l'influenza sul nostro ordinamento del diritto tedesco, che ha originariamente rinunciato ad uno schema delle fonti dell'obbligazione e che, nel descrivere le obbligazioni legali, lo fa in maniera spesso generica, facendo in realtà riferimento ad obbligazioni non volontarie.

La recente ricodificazione del diritto delle obbligazioni, ha introdotto, però, una sorta di norma sulle fonti dell'obbligazione, inserendovi oltre all'istituto di derivazione giurisprudenziale della *culpa in contraendo*, la previsione di altri obblighi di protezione di natura "quasi-negoziale".

Di notevole interesse nell'ambito del sistema riformato è, in particolare, il terzo comma dello stesso § 311 BGB, che chiarisce come un rapporto obbligatorio di fonte legale possa sussistere anche in capo a terzi che non sono destinati a diventare parti del contratto, laddove questi siano vittima di un affidamento legittimo tradito.

Le soluzioni proposte da tale innovazione legislativa tedesca, che riprende, in realtà, una tradizione giurisprudenziale consolidata, sono state da tempo recepite in Italia da chi, con successo, ha individuato obbligazioni senza prestazione, risolvendo in senso favorevole al soggetto danneggiato la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente, dell'insegnante nei confronti dell'allievo, della pubblica amministrazione nei confronti del cittadino.

La presenza di rapporti obbligatori di tale tipo è stata, quindi, accertata dalla nostra Suprema Corte, nel caso in cui soggetti professionali, in relazione al loro particolare *status* o alla loro specializzazione nella materia, abbiano assunto una posizione di garanzia nei confronti dei destinatari della prestazione da essi fornita.

La medesima *ratio* si può rilevare in determinate ipotesi, nelle quali la Cassazione non ha applicato la teoria del contatto sociale, ma meno elegantemente e impropriamente ha individuato obbligazioni *ex lege*.

In questi casi, il vero discrimine tra responsabilità contrattuale ed aquiliana non è certo dato dalla violazione di una norma di legge, che, di per sé, può integrare anche gli estremi della colpa extracontrattuale.

E' piuttosto la presenza di un affidamento ingenerato dallo *status* di professionista del debitore della prestazione e la determinabilità del soggetto leso che fanno deporre per una responsabilità contrattuale in senso ampio.

Così, recentemente, in tema di responsabilità per aver reso informazioni inesatte, la Cassazione ha individuato da parte dell'Inps l'inadempimento di

una obbligazione legale nei confronti del suo assicurato. Tale obbligazione viene fatta derivare dall'inosservanza del generale obbligo dell'ente previdenziale, *ex* articolo 54 legge 88/1989, di informare l'interessato sulla sua posizione assicurativa e pensionistica.

In maniera analoga, è stato considerato l'inadempimento di una obbligazione legale da parte della banca girataria per l'incasso di assegni circolari non trasferibili.

Secondo una innovativa decisione della Suprema Corte, infatti, l'obbligo previsto dall'art. 43 L. ass., di natura non contrattuale, non potrebbe essere considerato, per ciò solo, di origine aquiliana, ma troverebbe proprio nella legge la sua unica fonte.

Se è vero che, in entrambe queste ipotesi, la legge sanziona l'inadempimento di determinati obblighi tipizzati, maggior rilievo deve essere dato all'affidamento legittimo creato dallo *status* della Banca o dell'ente pubblico, che risulta essere la vera fonte dell'obbligazione.

Si parla di obbligazione legale, ma poi esplicitamente viene richiamata la figura del quasi-contratto, che riappare nel linguaggio dei nostri Giudici, dopo oltre sessant'anni di purgatorio, con un requisito nuovo che lo caratterizza: l'affidamento qualificato disatteso. Ma gli interrogativi sulla correttezza di questa qualificazione sono doverosi, considerando che la definizione classica di quasi-contratto nella nostra tradizione giuridica contempla il requisito della liceità del fatto da cui origina l'obbligazione.³⁸⁹

Come si può sostenere che la Banca nel pagare a chi non è intestatario dell'assegno non trasferibile ponga in essere un fatto lecito?³⁹⁰ Nel caso di specie, facendo riferimento proprio alla motivazione della sentenza, sembra

³⁸⁹ Si consideri che la definizione data dall'art. 1140 del codice civile del 1865 al quasi-contratto era la seguente "Il quasi-contratto è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca tra le parti".

³⁹⁰ Si potrebbe parlare di fatto lecito solo aderendo alla tesi che sostiene la natura restitutoria del rimedio di cui all'art. 43 L. ass.. Secondo questo orientamento, la banca girataria per l'incasso dovrebbe rispondere del pagamento erroneo per avere ottenuto dalla banca emittente, attraverso il meccanismo della stanza di compensazione, la prestazione erroneamente anticipata senza aver acquistato il relativo diritto cartolare.

più corretta l'impostazione che individua la nascita di tale obbligazione dallo *status* del debitore, che ha l'obbligo, nello svolgere la propria prestazione, di impiegare la diligenza propria della sua qualifica professionale.

Un ragionamento analogo viene proposto da parte della dottrina in ordine alla natura delle obbligazioni delle società di revisione nei confronti dei terzi destinatari dei loro accertamenti e per quelle degli intermediari finanziari nei confronti degli investitori non professionali.

Diversamente, invece, si deve dire con riferimento alla responsabilità degli amministratori di società di capitali nei confronti dei terzi o dei creditori sociali. In questo caso, non sembra che colga nel segno quella pur autorevole dottrina che individua la presenza di obblighi di protezione da parte degli amministratori, considerato che la posizione da loro ricoperta non genera un affidamento legittimo, non trattandosi di soggetti professionali.

In tali ipotesi, quindi, la soluzione extracontrattuale pare quella preferibile.

In definitiva, dall'esame delle ipotesi ricondotte alla categoria delle obbligazioni *ex lege*, non può sfuggire come quelle classicamente ricondotte a tale categoria, come le obbligazioni alimentari o le obbligazioni reali non necessitino di particolare attenzione in quanto tali, avendo le stesse una loro disciplina già ben definita, che non può essere estesa a casi analoghi.

Le obbligazioni legali in senso ampio, definite spesso come quasi-contrattuali, invece, possono suscitare notevole interesse, laddove sorgano dal "fatto" del contatto sociale tra un soggetto professionale ed un terzo, al di fuori di un rapporto contrattuale. In questo caso, la qualifica di obbligazione legale, intesa in senso meramente descrittivo, denuncia che a fianco dell'interesse individuale di cui strumento è il contratto, esistono altri aspetti da considerare nell'ambito di una classificazione delle fonti, quali la volontà generale, l'interesse comune, la buona fede, l'affidamento legittimo.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA P., *Diffusione dell'informazione e doveri di informazione dell'intermediario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 307 ss.
- ADDANTE, *Responsabilità civile delle società di revisione e solidarietà*, in *Danno resp.*, 2003, p. 365
- ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000
- AGRIFOGLIO S., *Le Sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 1241 ss
- AL SANHOURY, *L'acte juridique et le fait juridique, cours de droit civil approfondi (en arabe)*, 1953-54
- ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005
- ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 493 ss.
- ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, Milano, 1936, III, 27
- ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1949
- ALPA, BESSONE, ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Pietro Rescigno, VI, Torino, 1995
- ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Digesto sez. civ.*, Vol. IV, 1989, 148-196
- ALPA, *Il prospetto informativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, p. 312
- ALPA, *La lettura del code civil in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2005, p. 6 ss.
- ALPA, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1992, p. 435 ss
- AMODIO, *La responsabilità medica nell'esperienza francese tra schemi consolidati e prospettive aperte dalla loi n. 2002-303*, in *Dir. ec. ass.*, 2004
- ANDERS, *Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstörungsrecht des Entwurfs für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in *ZIP*, 2001, p. 184 ss
- ANGELICI, *Società per azioni ed in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 977 ss.
- ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 27 ss.
- ANSON, *Principles of the english law of contract*, Oxford, 1959

- ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1934
- ARE, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti delle obbligazioni*, Napoli, 1915
- ARIETTI M., *Culpa in contrahendo e responsabilità da prospetto*, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 755
- ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX à nos jours*, éd PUF, 1975
- ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, LGDJ, 1969
- ARNDTS, *Trattato delle Pandette – trad. Serafini*, Bologna, 1880
- ASCOLI, *L'unificazione del diritto delle obbligazioni*, in *Mon. Trib.*, 1929, p. 1 ss.
- ASTUTI G., *Il "code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, 1969, rist. *Ann. storia dir.* 1970-1973, pp. 1-87
- ATYIAH P.S., *Contracts, promises and the law of obligations*, in *The Law quarterly review*, vol. 94, 1978
- ATYIAH, *Introduction to the law of contract*, Oxford, 1971
- AUBERT J.L., *Introduction au droit*, éd Armand-Colin, coll.U, 1995
- AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, T. IV, Paris, 1871, n. 305
- AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, p. 24 ss.
- BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 73
- BALLARINO T., *L'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato*, in *Dir. intern.*, 1963, I, 380 e 936
- BALLERSTEDT, *Recensione a Simitis*, in *AcP*, 1958-1959, 124.
- BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter* in *AcP* 151 (1950-1951), p. 501 ss.
- BALZARINI P., *La disciplina delle società quotate nel T.U.F. – D. L.gs 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di P. Marchetti e L. A. Bianchi, Milano, 1999
- BALZARINI, *La responsabilità da prospetto*, in *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 775
- BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1946
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, II, Le fonti*, Milano, 1963, p. 333 ss.
- BARASSI, *Natura ed effetti della promessa di matrimonio*, in *Nuovo dir.*, 1940, p. 282
- BARBUTO M., *Responsabilità della società di revisione*, in *Fallimento*, 1997, p. 575 ss.

- BAREL, voce *Obbligazione*, XII) *Diritto internazionale privato: obbligazioni ex lege*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1997
- BARELA V., *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2003, II, 150
- BARETONI ARLERI, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano 1966, 209 ss.
- BARIATTI, *La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 5 ss.
- BARON, *Pandekten*, ed. Lipsia, 1896
- BATISTONI FERRARA, voce *Obbligazione nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, XI, 1994, 296 ss.
- BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, th. Caen, 1989
- BAUDRY, LACANTINIERE ET L. TARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XV, Paris, 1908
- BAZZANI S., *Sulla c.d. responsabilità da prospetto e sulla posizione degli intermediari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 499
- BEAUCHARD, *La projet de réforme du code civil français*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 903 ss.
- BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 1999
- BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 300 ss.
- BERRA, *Quasi-contrats*, in *Juris. Cl. Civ.*, artt. 1370-1371
- BESSONE e DI PAOLO, *Apparenza*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1 ss.
- BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 374 ss.
- BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936
- BETTI, *Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir.comm.*, 1929, 665 ss.
- BETTI, *Sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti. Postilla alla replica del sen. D'Amelio*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, p. 184 ss.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, III, Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954
- BEUDANT, *Cours de droit civil français*, T. VIII, 1936, n. 8-12
- BIANCA, *Art. 1218 c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979
- BIANCA, *Commento all'art.1 della Convenzione di Roma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, pp. 902-903
- BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1990

- BIANCA, *L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma del codice civile*, in *Riv. dir.civ.*, 2006, p. 64
- BIANCHI, *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano*, I, Lanciano, 1888
- BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Fatti e atti giuridici*, in *Diritto civile*, I, 2, Torino, 1987
- BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. dir. civ. comm. diretto da Cicu e Messineo*, Milano, 1984, p. 85 ss.
- BILLIAU, in J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, in *Traité de droit civil* diretto da J. Ghestin, Paris, 2005, p. 41
- BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. comm. diretto da CICU e MESSINEO*, Milano, 1967, 715 ss.
- BIONDI, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, in *Foro pad.*, 1953, I, c. 351 s..
- BISEGNA, voce *Tutela e curatela*, in *NN.D.I.*, XIX, Torino, 1973, 938
- BLAISE J.B., *Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage*, in *Rev.trim.droit. civ.*, 1965, p. 260 ss.
- BLENSKE, in SCHIMMEL/BUHLMANN, *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, Neuwied, 2002
- BLOMEYER, *Allgemeines. Schuldrecht*, Berlin, 1957
- BOERO, *In tema di legittimazione attiva e di prescrizione dell'azione contro gli amministratori ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1990, II, 285 ss.
- BOLAFFIO, *La legislazione commerciale italiana*, Torino, 1934, p. 279
- BONELLI F., *Responsabilità della società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 974
- BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 225
- BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1917
- BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1921
- BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1921, p. 118 ss.
- BONILINI, *Divorzio ed effetti di diritto ereditario*, in BONILINI-TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1997, p. 753 ss.
- BONILINI, *Le obbligazioni di fonte successoria parte I e parte II*, rispettivamente in *Studium juris* 2002, pp. 1447 – 1455 e *Studium Juris*, 2003, pp. 41-50
- BONILINI, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1992

- BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano, Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, Bologna, 1982
- BONNECASE, *Précis de droit civil*, T. II, Paris, 1934
- BONOMI, *Giurisdizione e responsabilità aquiliana della banca per illegittimo pagamento di assegno non trasferibile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 10
- BORGIOLO, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975
- BRASIELLO, voce *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Nuovo Digesto*, VIII, 1939, p. 1202
- BRECCIA, *La gestione di affari*, nel *Tratt. dir. priv. Rescigno*, IX, Torino, 1984
- BRINI, *L'obbligazione nel diritto romano*, Bologna, 1905
- BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten II*, 1879
- BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, Padova, 1911
- BUSNELLI F. D., *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 570-571
- BUSNELLI F. D., *Lesione di interessi legittimi dal muro di sbarramento alla rete di contenimento*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 272 ss.
- BUSSOLETTI M., *Società di revisione*, in *Enc. dir.* XLII, 1990, p. 1080 ss.
- BUTA G. M., *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2006
- BUTTARO, *Responsabilità nel pagamento dell'assegno: limiti legali al risarcimento e svalutazione monetaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 427 ss.
- BUTTARO, *Sulla diligenza della banca nella identificazione del portatore di un assegno «non trasferibile»*, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1839
- BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien-New York, 1967
- BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien-New York, 1996
- CAFAGGI F., voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XVII, 1997, p. 189 ss.
- CAFARO, *Del collegio sindacale*, in *Dir. fall.*, 1949, I, 174 ss.
- CAILLÉ, *Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, 2005, p. 64 ss.
- CALTABIANO, *Il conto corrente bancario*, Padova, 1967
- CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*,

- Tolentino, 1929
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, Torino, 1992
- CANARIS, *Anspruche wegen "positiver Vertrags verletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen*, *Juristen Zeitung*, 1965, 475 ss.
- CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, 445 ss.
- CANARIS, *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002, p. 278
- CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio. Profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv.dir. civ.*, 2003, p. 37
- CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1983, 803 ss.
- CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico, parte I*, in Tarello, *Materiali per una storia della cultura giuridica in Italia*, Bologna, 1974
- CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, IX.1, Torino, 1999
- CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, *Dig. Disc. Priv. Sez. priv.*, 12, Torino, 1995
- CANNATA, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 25 ss.
- CAPACCIOLI, *L'accertamento tributario*, in *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 1966, I, 3 ss.
- CAPITANT H., *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*, in *Rev. crit. légis et jurispr.*, 1900, p. 156, n° 187
- CAPITANT, *Des obligations de voisinage*, *Revue crit. leg. iur.*, 1900, vol. 49, p. 158 ss.
- CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil, notions générales*, Paris, 1912
- CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3212
- CARBONE, *La responsabilità delle società di revisione*, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 284
- CARBONE, *Il giudice amministrativo adotta la responsabilità da contatto procedimentale*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 183
- CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno resp.*, 1999, 294 ss.

- CARBONNIER, *Droit civil*, T. IV, *Les obligations n. 10*, Paris, 1972, p. 29-30
- CARBONNIER, *Le code civil, Les lieux de mémoire*, sous la direction de P. Nora, 2, 2, Paris, 1986
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951
- CARNEVALI, *In tema di responsabilità da prospetto delle banche*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1003
- CARNEVALI, *La responsabilità civile degli amministratori per danno ai risparmiatori in Contratto e impresa*, 1988, 87
- CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civile del Consiglio nazionale del notariato* diretto da Perlingieri, Napoli, 2004
- CASADEI, *La responsabilità della società di revisione*, Milano, 2000
- CASELLA, *Azione di responsabilità contro i sindaci di società per azioni*, in *Temì*, 1959, p. 465 ss.
- CASSANO, *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente*, in *Contr.*, 2003, 72
- CASSESE S. *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 149
- CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, Milano, 1913
- CASTRONOVO, *Il contratto nei principi di diritto europeo*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002
- CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La nuova legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 300 ss.
- CASTRONOVO, in CASTRONOVO-REALMONTE, *Le ragioni del diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative nel diritto civile dalla prospettiva delle obbligazioni*, in *Jus*, 1996, 87 ss.
- CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 1221
- CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006
- CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 654 ss.
- CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, Enc.giur. Treccani, 1990
- CATALA, *Présentation général de l'avant-projet*, in *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, Paris, 2005, p.2
- CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. Dir.*, XVI, 1967, 933

- CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 313
- CAVALLI, *Conto corrente bancario*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1990
- CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 5, Torino, 1988, 179
- CHALFINA, *Wesen und Bedeutung des Vertrages im sowjetischen sozialistischen Zivilrecht*, 1958
- CHANTELOUP H., *Les quasi-contrats en droit international privé*, LGDJ, 1998
- CHIOMENTI, *Continua l'oscillazione della giurisprudenza sul problema della liberatorietà del pagamento di titolo cambiario "non trasferibile" effettuato in buona fede a persona diversa dal prenditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, pp. 413 ss.
- CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p.505
- CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra coniugi*, in *Riv. dir. civ.* 1910, p. 145 ss.
- CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, Torino, 1885
- COLIN- CAPITANT- DE LA MORODIERE, *Traité de droit civil*, 2, Paris, 1959
- COLIN E H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, éd. Dalloz, 1959
- COLOMBI CIACCHI, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni. Prime osservazioni*, in *Annuario del diritto tedesco*, 2001, p. 89 ss.
- COMANDÈ, *Danni privati e indennizzi pubblici: la giungla degli indennizzi alle vittime della criminalità*, in *Danno resp.*, 200, 696 ss.
- COMBACAU, *Ouverture à l'ouvrage collectif sur l'acte juridique*, *Rev. Droits*, 1988, T. VII, p. 5
- COMPORTE, *Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità*, a cura di S. Maccarone e A. Nigro, Milano, 1981
- COMPORTE, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, continuato da MENGONI, Milano, 1980, 230 ss.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1986
- CORNU, *Quasi-contrats*, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, 2006
- COSTANZA, *Il rapporto obbligatorio: un archetipo universale. Traccia per un intervento*, in *I cinquant'anni del Codice Civile*, II, Milano, 1993
- COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Torino, 2000
- COTTINO G., *Noterelle su un tema controverso: l'art. 43 legge assegni*, in

- Riv. dir. impresa*, 2005 p. 5
- COTTINO, *Diritto commerciale*, II, t. 1, 3^a ed., Padova, 1992
- CRESPI, *La falsità del prospetto informativo inviato alla Consob ex art. 18 legge 7 giugno 1974, n. 216*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 1 ss.
- D'ALESSIO, *Corso di diritto finanziario*, Napoli, 1937
- D'AMATI, voce *Rapporto giuridico d'imposta*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991
- D'ORS A., *Re et verbis: resumen de la comunicacion presentada al Congreso internacional de derecho romano, en Verona, septiembre, Madrid*, 1948
- D'ANGELO, *L'art. 844 c.c. e il diritto alla salute*, in *Tutela della salute e diritto privato a cura di BRECCIA e BUSNELLI*, Milano, 1978
- DE FILIPPIS, CASABURI, *Il giudice tutelare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 1999, 165
- DE GREGORIO-G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, 163 ss., spec. 169 ss.
- DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, Catania, 1929
- DE MARCHI, *Assegni «non trasferibili» o assegni «non pagabili»?*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 463
- DE MARCHI, *Legittimazione a contestare la regolarità del pagamento di assegno non trasferibile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, 142
- DE MARI M. -L. SPADA, *Orientamenti in tema di intermediari e promotori finanziari*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1261 ss.
- DE NOVA, *Obbligazioni (dir. int. Priv.)*, in *Enc.dir.*, XXIX, Milano 1979
- DE NOVA, *Obbligazioni contrattuali e obbligazioni nascenti dalla legge: la riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, in *Quaderni della Riv.trim.dir. proc.civ.*, I, Milano, 1996, p. 141
- DE ROSA, *L'obbligo di mantenimento e le sue fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2004
- DE ROSE, *Equa riparazione per i processi troppo lunghi: la legge 24 marzo 2001, n. 89 e la sua derivazione europea*, in *Cons. stato*, 2001, II, 459
- DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1922
- DE SEMO G., *Gestione di affari altrui (dir. vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, VII, 815
- DEGNI, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Studi sul diritto delle obbligazioni*, Napoli, 1915, p. 24
- DEL MONTE (Brixienensis), *De finibus regundis nel Tractatus Universi iuris – Venetiis 1562*
- DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, III, Pisa, 1844, parte

II, sez. II, *Diritto ai servizi*

- DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1953, p. 279 ss.
- DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, T. II., Bruxelles, 1819
- DEMOGUE, *De la classification des sources des obligations*, *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXIII anno del suo insegnamento*, T.I, Diritto privato, 1915
- DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. III, Paris, 1923, n. 79, p. 123 ss.
- DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, t. XXXI, Bruxelles, 1882, n. 14 e 15,
- DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, T. XXXI, éd Lahure, 1882, p. 15-2
- DENOZZA E PRESTI, *Questioni in tema di unico azionista*, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 614
- DEVESCOVI, *Nuove operazioni e responsabilità degli amministratori e dei liquidatori*, Padova, 1997
- DEVESCOVI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nell'assegno non trasferibile*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2001, II, 925
- DI BRINA, *La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della s.p.a.*, Milano, 1997
- DI CECCO, *Commento all'art. 2409 sexies c.c.*, in *Commentario Sandulli-Santoro*, Torino, 2003
- DI CIOMMO F., *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2002, p. 1022 ss.
- DI CIOMMO F., *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 ss.
- DI GIOVANNI, *Responsabilità civile e organi della società: appunti sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci delle società di capitali verso i terzi estranei alla società*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 540 ss.
- DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale* (art. 1173-1176), in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, a cura di F. Galgano, IV, 1988
- DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446 ss.
- DI MAJO, *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*, Torino, 2002
- DI MAJO, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, in *Riv. crit. Dir. priv.* 1983, 174

- DI MAJO, *Quali responsabilità per i revisori contabili?*, in *Le società*, 1994, p. 87
- DI MAJO, *Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 223 ss.
- DI MAJO, voce *Obbligazione, I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990
- DI MARCELLO T., *La responsabilità delle società di revisione nei confronti dei terzi tra violazione di obblighi e lesione di interessi protetti*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 454
- DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995
- DOGLIOTTI M., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 1994
- DÖLLE H., *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschr. f. d. gesam Staatswissen*, 1943, p. 82
- DOMAT, *Les lois dans leur ordre naturel, proemio al libro II*, Paris, 1689
- DOMENICHINI G., *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, n.16, 1985, p. 576
- DONZELLI, *Configurabilità del divieto di nuove operazioni dopo lo scioglimento della società*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3255
- DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif francais*, Paris, 1999
- DURANTON, *Cours de droit francais suivant le code civil*, t. X, 1834, n. 17
- EMMERICH, *Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, München, 2003, sub § 311 BGB n. 73
- ERMAN W., *Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag*, in *NJW* 1965, 421
- ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Tome 32, 1933, p. 638
- ESSER J. - E. SCHIMDT, *Schuldrecht*, I, 1, Karlsruhe, 1975, 110 ss.
- ESSER J., *Gedanken zur Dogmatik der faktische Vertragsverhältnisse*, in 157 *AcP*, 1958-1959, 86
- ESSER, *Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil: ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1960, 13
- FABIANI, *L'azione di responsabilità per le operazioni successive allo scioglimento nel passaggio fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Il fallimento*, 2004, p. 292 ss.
- FACCI G., *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*, in *Resp. civ.*, 2002, p. 1022 ss.
- FADDA e BENSA, *Note dei traduttori a Windscheid, Diritto delle pandette*, Milano-Roma, 1902, 563 ss.

- FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004
- FALCON, voce *Obbligazione VII) Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990
- FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova 1999, 320
- FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 689
- FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965, 432 ss.
- FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Roma- Bari, 2003
- FATÔME, *Apparence et contrat*, Paris, 2004
- FAUCEGLIA G., *Società con azioni quotate in Borsa*, in *Dig. disc. priv. sez. comm. aggiorn.*, 2000, p. 665 ss.
- FAVRE ROCHEX e G. COURTIEU, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, Paris, 2003
- FEDELE, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca ad art. 22-23, Bologna-Roma 1978, pp. 21 ss.
- FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIII, Paris, 1827 (rist. Osnabruck, 1968), p. 450 ss.
- FERRANDO, *Il matrimonio*, nel *Tratt. dir. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, pp. 89 ss.
- FERRARA JR-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1994
- FERRARI BRAVO L., *Aspetti generali della disciplina della responsabilità per fatto illecito nel diritto internazionale privato italiano*, in *Ann. Bari*, 1962
- FERRARINI G., *Investment bank, prospetti falsi e culpa in contrahendo* in *Giur. Comm.* 1988, II, p. 585 ss.
- FERRARINI G., *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986
- FERRAÙ, *Posizione contributiva: l'errata comunicazione dell'ente previdenziale*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1989, 2395 ss.
- FERRI G. B., *Dai codici della proprietà al codice dell'impresa*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 401 ss.
- FERRI G., *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 1 ss.
- FERRI G.B., *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990
- FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, in *Dig. Italiano*, Vol. IX, I, p. 728
- FERRINI, *Manuale di pandette*, Milano, 1908
- FIFOOT, *History and sources of the common law. Tort and contract*, London, 1949
- FIGONE, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO, FORTINO, RUSCELLO, I,

- Milano, 2002, p. 82 ss.
- FIKENTSCHER W., *Schuldrecht*, Berlin-New York, 1976
- FINOCCHIARO F., *Del matrimonio*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 79-83, Bologna-Roma, 1971, 140
- FLEMING, *The Law of Torts*, Sydney, 1987
- FLOUR J. E L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, vol. 1, L'acte juridique*, Paris, 1975
- FLOUR J., *Les obligations*, éd Armand Colin, Coll. U, 1975, p. 56
- FLUME W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, 95 ss.
- FORTUNATO, *Le responsabilità professionali e legali nelle funzioni di revisore con particolare riguardo ai doveri del collegio sindacale*, in *Riv. dott. Comm.*, 1990, 959
- FORZIATI M., *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 679 ss.
- FRACCHIA F., *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale*, in *Foro it*, 1999, I, c. 1194 ss.
- FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, art. 2043-2059, Bologna-Roma, 1993 p. 27 ss.
- FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, a cura di Galgano, Torino, 2002, 367 ss.
- FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986
- FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004
- FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 1999, p. 1025
- FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in *I contratti in generale, II*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1623 ss.
- FRANZONI, *Presente e futuro del codice civile*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 169
- FRANZONI, *Responsabilità delle società di revisione*, in *Danno resp.*, 2002, p. 110
- FRÈ, *Società per azioni, artt. 2325-2461*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997, 866
- FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998
- FRIDERICI G. HOUCKII, *Oratio inauguralis "de proprio obligationum iure ex variis causarum figuris dicta publica" 1744*, nel *Thesaurus novi Diss. Iur. In Acad. Belgicis – Brema 1779* vol. III, tomo I, p. 404 e ss

- FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem: a proposito della distinzione fra diritti di credito e diritti reali*, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 173
- FUSARO, voce *Obbligazione "propter rem" ed onere reale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 393 ss.
- G. ROTONDI, *Schema di un lavoro sulle fonti delle obbligazioni*, in *Scritti giuridici*, Pavia, 1922, III, 490
- GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974
- GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 7 ss.
- GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 722 ss.
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990
- GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1996
- GALGANO, *La revisione contabile*, in *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, III, 2, p. 429 ss.
- GALGANO, *La soggezione della p.a. al diritto comune*, in *Diritto civile e commerciale*, I, 1993, I, 296 ss.
- GALGANO, *Le associazioni, Le fondazioni, I comitati*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1996
- GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in Galgano e Genghini, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, XXIX, 1, Padova, 2004
- GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 576 ss.
- GALLETTI, *Posizione della banca negoziatrice nel pagamento di assegno con cancellazione della clausola d'intrasferibilità*, in *Banca borsa tit. cred.* 1996, 210
- GALLINARI, *Le immissioni indirette e l'art. 844 c.c.*, in *Riv.trim.dir. proc.*, 1948, 280
- GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, nel *Trattato dir. comparato*, Sacco, Torino 1997
- GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, 1973, 172 ss.
- GALLO, voce *Quasi contratti*, in *Digesto IV, disc. Priv. Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 154 ss.
- GANDOLFI, *Verso il tramonto del concetto di obbligazione nella prospettiva di un Codice unico per l'Europa*, *Riv. dir. civ.* 1995, I, 203 ss.
- GARCIA AMIGO, *Leciones de derecho civil*, II, *Teoria general de las*

- obligaciones y contratos*, Madrid, 1995
- GARRON F., *L'article 1370 du Code civil, Extrait du dossier Bicentenaire du Code civil : les petits articles sont également de la fête*, in *Revue Lamy droit civil*, 2004, n° 7, p. 49
- GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1965
- GAUDINO, *Responsabilità (contrattuale) dell'Inps per errata comunicazione dei dati contributivi*, in *Foro it.*, 1997, I, 1895
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996
- GHESTIN J., M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, in *Traité de droit civil* diretto da J. Ghestin, Paris, 2005
- GHESTIN J., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, 1988
- GHESTIN J.-G.GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, 1994
- GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia: 1865-1942*, Roma, 1985
- GHISALBERTI, *Unità nazionale ed unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma, 1991
- GIANNINI A.D., *L'accertamento dell'imposta*, in *Riv. it. Dir. fin.*, 1942, p. 69 ss.
- GIANNINI M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964
- GIGLIOTTI F., *Illecito da informazione e responsabilità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 917 ss.
- GILOTTA, *La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi di risarcimento dei danni derivanti dallo svolgimento di servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2005, 616
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, Firenze, 1885
- GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 72 ss.
- GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968
- GIORGIANNI, *La parte generale delle obbligazioni a cinquant'anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in A.A.V.V., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 535 ss.
- GIORGIANNI, voce *Obbligazione* (diritto civile), in *Noviss. Dig.*, XI, Torino, 1965, 597 ss.
- GIOVENCO, *Le categorie delle obbligazioni "ex lege" Origini storiche e costruzione dogmatica*, Empoli, 1938
- GIRETTI M., *Il revisore che sbaglia paga: ma quanto e a chi?*, in *Danno resp.*, 2000, p. 481 ss.
- GOBBO-SALODINI, *I servizi di investimento nella giurisprudenza più recente*,

- in *Giur.comm.*, 2006, II, p. 5 ss.
- GOMAA N.M.K., *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, 1968
- GOUBLET, *La notion de quasi contrat, classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, 1904
- GRANDMOULIN, *Nature delictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, Thèse, Rennes, 1892
- GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990
- GROSSO, in GROSSO-DEJANA, *Le servitù prediali*, Torino, 1963
- GRZEGORCZYK, *L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit*, in *Rev. Droits*, 1988, T. VII, p. 47
- HARTMANN, *Die obligation*, Erlangen, 1875
- HAUPT G., *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, II, Leipzig 1943
- HEINECCI, *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, Napoli, 1778
- HENCKEL, *Vorbeugender Rechtsschutz*, in *Zivilrecht*, in *Arch. civ.pr.*, 1974, 97 ss.
- HEUSTON e BUCKLEY, *Law of Torts*, Londra, 1987
- HOHLOCH G., *La codificazione degli obblighi di protezione e della responsabilità per culpa in contraendo*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* a cura di Cian, Padova, 2004, 250 ss.
- HONORAT, *“Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, 653
- HOUCKII, *Oratio inauguralis “de proprio obligationum iure ex variis causarum figuris dicta publica*, 1744, nel *Thesaurus novi Diss. Iur. In Acad. Belgicis – Brema 1779* vol. III, tomo I, p. 404 e ss.
- HUBER U., *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in *Festschr. V. Caemmerer*, Tübingen, 1978, 862 ss.
- HÜBNER, *Heinz. Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Band I, München, Berlin, 1964, pp. 397 ss.
- HUMBERT, *Portalès et Justinien, ou les épaules d'Enée*, in *1804-2004 Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, 2004, p. 42
- IANNELLI, *Sulla tutela delle immissioni industriali e sulla non operatività dell'art. 844 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 371 ss.
- IERONIMUS DE MONTE (BRIXIENSIS), *De finibus regundis nel Tractatus Universi iuris – Venetiis 1562*, Vol. III, p. II, p. 341
- IRTI, *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB*, in *I cento anni del*

- codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002, 34 ss.
- ISLE, *Prospettive del diritto internazionale privato. Un simposio*, Milano, 1968
- IZAR S., *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge n. 89/2001 (cd. legge Pinto) sulla responsabilità dello Stato per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Resp.civ. prev.*, 2002, 971
- J. CARBONNIER, *Droit civil, T. IV, Les obligations* n. 10, Paris, 1991
- J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, in *Rev. trim. de droit civil*, 1969, 653
- J. PELISSIER, *Les obligations alimentaires*, Paris, 1961
- JAEGER, *Appunti sulla responsabilità da prospetto*, in *Quadimestre*, 1986, p. 283 ss.
- JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1995, 131
- JÖRS –KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1949
- JOSSERAND, *Cours de droit civil francais*, T. II, Paris, 1939
- KEENER, *Law of Quasi-Contracts*, New York, 1893
- KÖNDGEN J., *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981
- KRAINZ, *System des osterreichischen Allgemeinen privatrechts* –Vienna, 1907, IV edizione curata dal Pfaff e dall'Ehrenzmeig, Vol. II, p. 45 ss.
- KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929
- KROPHOLLER, in *Studienkommentar BGB*, München, 2003, sub § 311 BGB
- LA MONICA, *Orientamenti della giurisprudenza in tema di danno da contagio post-trasfusionale*, in *Danno resp.*, 2006, 469
- LA RANA, *La teoria delle "obbligazioni pubbliche"*, in *Nuova rass. leg. dottr. giur.*, 1994, 1133 ss.
- LA TORRE, *Le assicurazioni*, Milano, 2000
- LABANCA, *Il criterio dell'accorto banchiere e la clausola di non trasferibilità dell'assegno bancario* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, 119
- LABANCA, *La posizione del traente di assegno bancario munito di clausola di non trasferibilità*, in *Banca, borsa, tit.*, 1989, II, p. 137 ss.
- LAMBERT- FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, in *R.t.d. civ.*, 1986, p.1
- LAMBO, *Appunti sulla responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al falso legittimato*, in *Foro it.*, 1999, I, 799 ss.
- LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 51 ss.

- LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allg. Teil, München, 1987, 10 ss.
- LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Liv. III du code civil*, T. VII, éd Durand Pédone, 1885
- LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, T. III, 5 éd. Economica, n. 49
- LAURENT J.C., *L'apparence dans les qualifications juridiques*, Thèse Caen, 1931, p. 5
- LE TOURNEAU PH., *L'éthique des affaire set du management au XXI siècle*, Dalloz, 2000, p. 119
- LE TOURNEAU PH., *Rép.civ., V, Le mandat*, 1992, n. 162 ss.
- LEHMANN H., *Faktische Vertragsverhältnisse*, in NJW, 1958, 1
- LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, Zeitsch. F. priv. U. off. Recht d. G. vol. XXVII, 1910, pag. 515 ss.
- LENTI, *Una nota sul concetto di status*, in *Scritti in onore di Sacco*, II, Milano, 1994, p. 675-676
- LEVI-BRUHL, *Aspects sociologique du Droit*, Paris, 1955
- LIBERTINI M.-P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1995, XII, 509
- LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, IV, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981, 271 ss.
- LIEB, *Das neu Schuldrecht – Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2002
- LOMONACO, *Delle Obbligazioni e dei contratti in genere*, Napoli, 1906
- LONGO F., *L'art. 2 della legge Pinto: indennizzo o risarcimento?* In *Giur. it.*, 2003, 276 ss.
- LORENZ, *Das problem der Haftung fur primare Vermögensschaden bei der Erteilung einer unrichtiger Auskunft*, in *Festschrift fur Karl Larenz*, Munchen, 1973, 575
- LORENZ, RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Munchen, 2002
- LUGATO M., *Assicurazioni sociali e diritto internazionale privato*, Milano, 1994
- LUZZATO-CARBONE, voce *Obbligazione VI; Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto*, in *Enc. Giur.Treccani*
- MACCARONE, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, in *Le operazioni bancarie* a cura di Portale, t. II, Milano, 1978
- MAGGIOLINO, *Commentario alla riforma delle società*, diretta da Marchetti, Collegio sindacale. controllo contabile artt. 2397- 2409 *septies*, Milano, 2005
- MAGNUS, *La riforma tedesca del diritto delle obbligazioni: la fattispecie unitaria della violazione dell'obbligo ed il sistema dei rimedi contro*

- la violazione del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa* 2004, 681
- MAITLAND, *The forms of actions at Common law*, Cambridge, 1936
- MALATESTA, *Art.61*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, p.1205
- MALAURIE ET L. AYNÈS, *Cours de droit civil, Les obligations*, Paris, 1998
- MALINVAUD PH., *Droit des obligations*, 8 éd., Litec, n. 24 e ss.
- MALTESE, *Ancora sul fondamento della responsabilità dell'assicuratore r.c.a. verso il terzo danneggiato*, in *Foro it.* 2004, V, 56
- MANDRY, *Das gem. Familiengüterrecht*, Tübingen, 1871
- MANFREDONIA, *Osservazioni sulla responsabilità della banca girataria per l'incasso di un assegno non trasferibile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1980, II, 280
- MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du code civil*, t. IV, éd Delamotte, 1873
- MARESCOTTI, *Scioglimento della società e responsabilità per le nuove operazioni*, in *Società*, 1986, 1070 ss.
- MARKESINIS, *The German law of obligations*, Vol., I, *The law of contracts and restitution: a comparative introduction*, B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, Oxford, 1997
- MAROI, *Obbligazione*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, IV, Milano, 1934, 292
- MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e cambiari*, Napoli, 1979
- MARTORANO, *Pagamento di assegno non trasferibile*, in *I titoli di credito a cura di G.L. PELLIZZI*, Milano, 1980, 375
- MARTORANO, *Pagamento di assegno non trasferibile*, in *I titoli di credito a cura di Pellizzi*, Milano. 1980, p. 361
- MARTY E RAYNAUD et JOURDAIN, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 1995
- MARTY et RAYNAUD, *Les obligations, les sources*, éd Sirey, Paris, 1988
- MARTY- RAYNAUD, *Indroduction générale à l'étude du droit*, Paris, 1972
- MARZONA, *Lo status dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione* in *Banca, borsa, tit.cred.* 1994, II, 266
- MAYER MALY T., *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *Rev. int. dr. ant.*, 1965
- MAYER MALY T., *Von solchen Handlungen die den Kontrakten in ihrer Wirkungen gleichkommen*, in *Festschrift für Wilburg*, Graz, 1965
- MAZEAUD H. E L. e A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Paris, 1957, p. 678
- MAZEAUD H. E L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tomo II, 1,

- Obligations Théorie générale*, Montchrestien, 1998
- MAZZACANE, *Inadempimento alla promessa di matrimonio e legittimazione attiva all'azione di risarcimento*, in *Temi nap.*, 1960
- MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, Köln-Berlin-Bonn- München, 1979
- MEDICUS, *Gesetzliche Schuldverhältnisse: Delikts- und Schadensrecht, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag*, München, 2003
- MEDICUS, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, München, 1986, 183 ss.
- MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachen v. Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, I*, Köln, 1981, 488 ss.
- MEMMO, *Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 376 ss.
- MEMMO, *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999
- MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 797 ss.
- MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, in *Contratto e impr.*, 2006, 1175
- MEMMO, *Le categorie ordinanti del sistema delle obbligazioni e dei contratti nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 51 ss.
- MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 507 ss.
- MENGONI, *Le obbligazioni. I cinquant'anni del codice civile. Atti del convegno di Milano*, I, Milano, 1993, 241
- MENGOZZI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 16 a 31*, in *Tratt. Rescigno*, I, Torino, 1982, 463
- MERCATI L., *Le obbligazioni pubbliche tra legge e provvedimento*, in *Giornale di diritto amm.*, 2003, p. 247 ss.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1965
- MICHEL-TREMONTI, *Obbligazioni (dir. trib.)*, in *Enc. dir.*, vol XXIX, Milano, 1979, p. 429 ss.
- MINERVINI G, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 365
- MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 1, Torino, 2004, 515 ss.
- MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955
- MIRABILE, *Responsabilità aquiliana della banca per divulgazione di false od errate informazioni*, in *Banca ,borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 401

- MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, t. 1, Gand, L. Hebbelynck, 1851
- MOLLE, *I titoli di credito bancari*, Milano, 1972
- MONACO R., *L'efficacia della legge nello spazio (diritto internazionale privato)*, Torino, 1954
- MONATERI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000
- MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998
- MONIER M., *Cours de pandectes, 1948-1949: Histoire de la notion d'obligation et de la classification des obligations d'après leurs sources*, Paris, Cours de droit, 1948-1949, p. 58
- MONIER, *Cours de pandectes, 1948-1949: Histoire de la notion d'obligation et de la classification des obligations d'après leurs sources*, Paris, 1948-1949
- MONTALENTI, *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per negligente certificazione*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 1
- MONTECCHIARI T., *La responsabilità della banca per false informazioni da prospetto*, in *Vita not.*, 1994, p. 946 ss.
- MORDECHAI RABELLO, *Buona fede e responsabilità precontrattuale nel diritto israeliano alla luce del diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 471 ss.
- MORELLI G., *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, XII, Napoli, 1986
- MOROZZO DELLA ROCCA, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo nelle prime decisioni della Cassazione e in Danno e resp.*, 2002, 1114
- MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*; in *Danno e resp.*, 2003, p. 51 ss.
- MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973
- MUNKMANN J. H., *The law of quasi-contracts*, London, 1950
- NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1985
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato Cicu e Messineo*, XVI, Milano, 1984, p. 21
- NERSON R., *De l'influence exercée sur le droit français des obligations par le projet franco-italien de code des obligations et des contrats, approuvé à Paris en Octobre 1927*, in *Il progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni*, Padova, 1980, p. 22 ss.
- NESPOR, *Tutela della salute e legittimità dell'imposizione di un trattamento sanitario*, in *Corr. Giur.*, 1990, 1018
- NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, vol. 7, 1997, 466 ss.
- NIKISCH, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Vom deutschen zum*

- europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle*, I, Tübingen, 1963, 79 ss.
- NIORT, *Le code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'une symbole national*, in *R. t.d.civ.* 2005, 257 ss.
- NIVARRA L., *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989
- OBERTO *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova, 1996
- ORR, *The law of contract, the law of torts, natural persons, associations of persons*, London, 1950
- PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1941
- PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, 1916
- PACCHIONI, *I quasi contratti e l'azione di arricchimento*, Padova, 1927
- PACIELLO, in SANDULLI- SANTORO, *La riforma delle società*, 3, Torino, 2003, 247 ss
- PADOA-SCHIOPPA, *Dal Code Napoleon al codice civile del 1942*, in *Riv.dir.civ.*, 1993, 531 ss.
- PAGLIANTINI, *In materia di obblighi di informazione*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 359
- PANZANI, *Interpretazioni dinamiche e nuove letture del diritto fallimentare: gli amministratori ed i soci*, in *Fallimento*, 2004, 971
- PARTESOTTI G., voce *Società di revisione*, in *Enc. Giur.*, XXIX, 1993
- PATELLI, *Risoluzione per inadempimento del contratto sociale*, in *Società*, 1991, p. 218
- PATRONI GRIFFI, *Banca emittente, banca girataria e richiedente nel pagamento dell'assegno circolare "non trasferibile" al non legittimato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1980, I, 360 ss.
- PATTI, *Codice civile tedesco*, Milano, 2005
- PATTI, *Conclusioni: luci e ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, 625
- PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2004
- PATTI, *Il pagamento dei debiti ereditari*, in *Fam.pers. succ.*, 2006, 6 ss.
- PELLIZZI G.L., *L'assegno bancario*, Padova, 1964, I, 509
- PELLIZZI, *La responsabilità della banca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, 157 ss.
- PELLIZZI-PARTESOTTI, *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, 2ª ed., Padova, 1995, sub art. 43, p. 298 ss.
- PERLINGIERI P., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 92 ss.
- PERNAZZA-SABBADINI, *Diritto applicabile alle società costituite all'estero e responsabilità dell'unico azionista*, in *Società*, 2002, p. 971

- PEROZZI, *Le obbligazioni romane: prolusione letta il 14 aprile 1902 : con note - Bologna*, 1903
- PESCATORE, *Gli amministratori*, in *Manuale di diritto commerciale* a cura di Buonocore, Torino, 2001
- PICKER, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contraendo - Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt*, in *183 AcP*, 1983, 369 ss.
- PIERI, *L'assegno*, in *Giur. giust. civ. e comm. fondata da Bigiavi*, Torino, 1988, p. 139
- PIGNATARO G., *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999
- PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2, Torino, 2006, p. 900 ss.
- PINUS- CASTELNUOVO, *Infezione da Hiv: il ristoro del danno tra indennizzo e risarcimento*, in *Danno resp.*, 2006, 469
- PIZZETTI F. G., *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale"*, in *Giur. it.*, 2000, p. 740-746
- PLANIOL E G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, 2 ed., Paris, 1952, n. 2, p. 15
- PLANIOL, *Classification des sources des obligation*, in *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, 1904, p. 225 ss.
- PLANIOL, *Traité èlémentaire de droit civil*, 1912, T. II, n. 807
- POCAR F., *Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien*, in *R.C.D.I.P.*, 1996, 41ss.
- POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2002
- POLACCO, *Trattato delle obbligazioni*, II, ediz. Atheneum, Roma, 1915
- POLLAUD-DULIAN, *Le modèle du Quasi-contrat*, in *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modele*, a cura di THIERRY REVET, L.G.D.J., 2005, p. 413 ss.
- PONTIER J.M., *L'indemnisation des victimes contaminées par le virus du SIDA*, in *Act. Leg. Dalloz*, 1992, 5me Cahier, 35
- PONZANELLI G., *Equa riparazione per i processi troppo lenti*, in *Danno resp.* 2001, 570
- PONZANELLI, «*Pallino anonimo*», ovvero attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di «welfare state», in *Foro it.*, 1992, I, 1348
- PONZANELLI, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-management?*, in *Danno. resp.*, 2003, 428 ss.

- PONZANELLI, *L'equa riparazione del danno secondo la legge Pinto: l'intervento della Cassazione e della Corte d'appello di Milano sulla vicenda Saeveke*, in *Danno e resp.*, 2002, 1114
- PONZANELLI-BUSATO, *Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge n. 210 del 1992*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 952 ss.
- PORZIO, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 12, Torino, 1985, p. 859 ss.
- POTHIER, *Traité du contrat de société*, Paris, 1807
- PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e rapporto proprietario*, Napoli, 1984
- PROTTO M., *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1005 ss.
- PROVERA G., *Alimenti*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1972
- PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1877
- QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. COMPORTE e G. SCALFI, Milano, 1988
- RADAELLI, *Nuove considerazioni sul problema dei danni nei rapporti di vicinato*, in *Riv.dir.civ.*, II, 1941, 220
- RADICATI DI BROZOLO L., *Questioni di giurisdizione e di legge applicabile in tema di indebito e di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa*, 1985, II, 188 ss.
- RAGUSA-MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969
- RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 311
- RAMM, *Der Quasikontrakt_nach den Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung*, Leipzig, 1882
- RANIERI F., *La responsabilità da false informazioni*, in *Giur. comm.*, 1976, p. 656
- RAUSEI, *Comunicazione erronea dell'Inps e risarcimento danni*, in *Dir. rel. Ind.*, 2005, 479 ss.
- RAYNAUD, *Cours de droit civil: les obligations*, Paris, 1961
- REALMONTE F., *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 617 ss.
- REDAELLI F., *Società di revisione*, in *Digesto disc. priv.*, sez. comm., XVI,

- 1997, p. 222 ss.
- REINHARDT R., *Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte*, in *Festschrift für Schmidt – Rimpler*, Karlsruhe, 1957, 115 ss.
- RESCIGNO G.U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2002
- RESCIGNO P., *Introduzione al volume IX del Trattato Rescigno*, I, 9, Torino, 1999
- RESCIGNO P., *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (note minime di diritto privato)*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 629 ss.
- RESCIGNO P., *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000
- RESCIGNO P., *Note di diritto privato sull'attività dell'amministrazione pubblica*, in *Manuale del diritto privato*, Napoli, 1975
- RESCIGNO P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, pp. 209 ss.
- RESCIGNO P., voce *Obbligazioni* (nozioni), in *Enc. dir.* XXIX, Milano, 1979
- RHODE H., *Die Willenserklärung und der Pflichtgedanke im Rechtsverkehr (la déclaration de volonté et la pensée de devoir dans le transport legal)*, 1938
- RICCIO, *La tendenza generalizzatrice del principio dell'apparenza del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 520 ss.
- RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo, 1915
- RICCOBONO, voce *Quasi-contratto* (dir. rom.) in *Noviss. Dig.it.*, XIV, Torino, 1967, p. 632
- RIPERT ET BOULANGER, *Traité de droit civil*, Paris, T. II, n. 21-26
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles – la régime démocratique et le droit civil moderne – aspects juridiques du capitalisme moderne – Les forces créatrices du droit*, Paris, 1949
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- ROMAGNOLI G., *Un caso di responsabilità della società di revisione nei confronti degli investitori per negligente certificazione*; in *Le società*, 1994, p. 87 ss.
- ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967
- ROMANO, *Responsabilità degli amministratori per la violazione del divieto di nuove operazioni*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3255
- ROMBOLI, *Persone fisiche* in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, sub art. 5, 340
- RONCHI, *Colpa grave del medico: valutazione medico-giuridica lasciata al mero arbitrio*, in *Resp. civ.*, 1999, p. 272 ss.

- RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003
- ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, *Danno e resp.*, 2005, 604
- RORDORF, *Perdita del capitale e responsabilità per nuove operazioni*, in *Società*, 1992, 1486 ss.
- ROSELLI, *Le controversie in materia di previdenza ed assistenza sociale*, in *Dottrina e giurisprudenza sistematiche di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1995, p. 18
- ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, Milano, 1979
- ROSSI, *Spunti sulla nuova disciplina della revisione contabile*, in *Società* 1999, p. 1034 ss
- ROTONDI M., *Il progetto italo francese delle obbligazioni*, 1953, rist. Scritti giuridici, I, Napoli, 1990 e in *Il progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni*, Padova, 1980
- ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 2, Torino 2000, p. 199 ss.
- RUSSO P., *L'obbligazione tributaria in A.A. V.V.*, *Il rapporto giuridico tributario*, in *Trattato di diritto tributario* diretto da Amatucci, Padova, 1994, II, 3 ss.
- SABBATINI; L. TIRELLI, *Pagamento di assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore: e' tempo che intervengano le Sezioni unite*, in *Corr.giur.*, 2006, p. 208
- SACCO, *Alla ricerca dell'origine dell'obbligazione*, *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 609 ss.
- SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005
- SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 357
- SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993
- SALAFIA V., *La responsabilità civile dei revisori della contabilità e del bilancio*, in *Danno resp.*, 2002, p. 684
- SALAFIA, *Responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*, in *Società*, 2002, p. 1513
- SALANITRO, *Conto corrente bancario*, in *Digesto Disc. priv. Sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 8 ss.
- SALIS L., *Sul progetto di un codice italo francese delle obbligazioni e contratti*, Urbino, 1933
- SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979
- SAMBUCCHI, *Commento all'art. 2395*, in *Società di capitali. Commentario a cura di Piccolini e Stagno D'Alcontres*, vol. II, Napoli, 2004, 718 ss.
- SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1987

- SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 7, Torino, 2004, 676
- SANTARONI M., *In tema di negligenza del revisore*, in *Giur. it.* 1994, I, II, p. 655
- SANTONI, *Gli assegni non trasferibili*, Napoli, 1988
- SANTORO F. -PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865, 1966, rist. Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977
- SANTORO F. -PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971
- SANTORO P., *Copertura finanziaria e impegno contabile nelle obbligazioni contrattuali degli enti locali*, in *Finanza locale*, 1999, 475 ss.
- SARFATTI, *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, Milano, 1924
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile*, I, *Le sources de la responsabilité civile*, Paris, 1951
- SAVAUX, *La dilution des catégories*, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, sous la direction de GENEVIÈVE PIGNARRE, Dalloz, 2005
- SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1853
- SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 127 ss.
- SCHAPP, *Empfiehl sich die "Pflichtverletzung" als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrecht?*, in *JZ* 2001, p. 583
- SCHERMI, *Assegno non trasferibile e responsabilità del banchiere*, in *Giust. civ.* 1999, 11, 3020
- SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2003
- SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford;1951, 507
- SCIALOJA JR., *In tema di responsabilità della banca per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, 348
- SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, Vol. II, p. 521.
- SCIALOJA, *Per un'alleanza legislativa fra gli Stati dell'Intesa*, in *Nuova ant.*, 1 febbraio 1916, I, p. 450 ss.
- SCIALOJA, *Postilla alla replica del prof. Betti*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, p. 190 ss.
- SCOCA F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4061
- SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, *Riv.trim. dir. proc. civ.*,

1954, 334

- SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.* 1995, I, 1, 356
- SCONOCCHIA, *Responsabilità dell'Inps per erronea comunicazione della posizione contributiva contenuta nel provvedimento di reiezione della pensione*, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 3156
- SCOTTI CAMUZZI, *L'unico azionista*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, 2, Torino, 1991, 667 e ss.
- SCUTO, *Le fonti dell'obbligazione secondo le varie classificazioni e la classificazione del nuovo codice civile*, Napoli, 1953
- SEATZU F., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali? Considerazioni in margine ad una recente proposta del "gruppo europeo di diritto internazionale privato" del «gruppo europeo di diritto internazionale privato»*, in *Jus*, 2001, 37
- SEGRÈ, *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, III, 1930, 514 ss.
- SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1909
- SÉRIAUX, *Droit de obligations*, Paris, 1992
- SERRA, *Il regime di responsabilità nelle società di capitali unipersonali, tra il disposto abrogato dell'art. 2505 c. c. e la Legge di riforma del 31 maggio 1995*, n. 218, in *Giur. It.*, 2002, 12
- SERRA-SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società (Commento al d. lg. 16 gennaio 1991, n. 22)*, Torino, 1994
- SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003
- SEVERINI, *In tema di pagamento di assegni muniti di clausola di non trasferibilità*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 3037
- SGROI, *L'attività di certificazione e la responsabilità dell'Inps*, in *Dir. e giust.*, 2004, 42
- SIEBERT W., *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1958
- SIMITIS S., *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, Frankfurt , 1957
- SIRENA P., *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999
- SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi-contrattuale dell'obbligazione* in *Riv. dir. civ.*, 1997, 249 ss.
- SPALLAROSSA, *Note in tema di apparenza del diritto*, in *Foro padano*, 1972, I, 537
- STANGHELLINI L., *I diritti del terzo danneggiato e le azioni di risarcimento nell'assicurazione obbligatori della responsabilità civile*, Milano, 1990
- STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto*

- privato*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1977, p. 183
- STIPO, *Brevi note sulle obbligazioni pubbliche nel campo del volontariato*, in *Studi in memoria di Piga*, Milano, 1992, II, 1907 ss.
- STOLFI, *In tema di apparenza giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 107
- STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1952
- STOLFI, *Note minime sull'apparenza del diritto*, in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1, 797 ss.
- STOLL H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragverletzung*, in *Arch. Civ. priv.*, 1932, 176
- STOLL, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2001, p.176
- STOLL, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungenrecht*, in *JZ* 2001, p. 593
- SWOBODA, *Die Gestaltung der obligationes ex variis causarum figuris im osterreichischen Recht*, in *Gerichts-Zeitung*, 71. Jahrgang, 1965, p. 64 ss.
- TALAMANCA voce "obbligazioni" (diritto romano), in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 39
- TAMBURINO G., voce *Alimenti (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 40 ss.
- TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1992, 330 ss.
- TENCATI, *Garanzia di solvibilità e responsabilità della banca per prospetto infedele*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 513.
- TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, Napoli, 2004
- TERRE F., P. SIMLER, *Droit civil: les biens*, Paris, 1992
- TERRÉ F., PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1996
- TERRIER, *La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique*, D. 2004, chron., p. 1179
- THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2000, p. 334 ss.
- TISCINI, *I presupposti delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali*, in *Dir. fall.*, 1998, I, 9
- TISSIER, *Le code civile t les classes ouvrières*, in *le Livre du centenaire du code civil*, t. I, Paris, 1904, p. 71 ss.
- TOMMASI, *L'attività e le fonti delle obbligazioni*, Lecce, 2003

- TOPINI, *L'onere della prova nei giudizi di responsabilità per danni cagionati nello svolgimento dei servizi di investimento*, in *Giur.comm.*, 1999, I, 698
- TOULLIER et J.B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code, : ouvrage dans lequel on a reuni la theorie a la pratique*, Bruxelles, 1837
- TOULLIER, *Droit civil français*, T.XI, ed Renouard, 1830
- TRANQUILLO, *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, in *Giur. it.*, 1996, 426
- TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961
- TROPLONG, in *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXXII, 1848, t. 37, p. 339
- TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 235 ss.
- UBERTAZZI G.M., *Studi sul contratto di assicurazione nel diritto internazionale privato. La lex contractus ed il contratto di assicurazione*, in *Dir. intern.*, 1962, I, 523 ss.
- UNGER, *Handeln auf eigne Gefahr: ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz*, 1893
- UNGER, *System des osterreichischen Allgemeinen Privatrechts*, Lipsia, 1876
- VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1876
- VANGEROW, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, III, Leipzig, 1849
- VANONI, *Elementi di diritto tributario*, in *Opere giuridiche*, vol. II, Milano, 1962, p. 112 ss.
- VENTURELLI, *Legge Pinto: per le Sezioni Unite la prova del danno non patrimoniale è in re ipsa*, in *Danno resp.*, 2004, 512
- VENTURELLI, *Responsabilità della banca girataria per l'incasso di assegni circolari non trasferibili*, in *N.G.C.C.*, 2006, I, p. 859
- VENTURINI, *Diritto internazionale privato. Diritti reali e obbligazioni*, Padova, 1956, p. 117
- VIANELLO R., *Errata comunicazione di dati assicurativi: responsabilità dell'Inps*, in *Lav. giur.*, 1995, 124 ss.
- VIDIRI, *Responsabilità degli amministratori per nuove operazioni e fallimento della società*, in *Società*, 1996, 282
- VINCENTI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, 1973
- VINEY, *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil, diretto da Ghestin*, Parigi, 1995
- VISALLI, *Il contratto imposto*, *Riv. dir. civile*, I, 1999

- VISINTINI G., *Immissioni (diritto civile)*, in *Nss. D.I.*, Appendice, Torino 1980, 1218 ss.
- VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1077
- VITTA- F.MOSCONI, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, V, Torino, 1994
- VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino 1975
- VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1926
- VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat*, Th. Bordeaux, 1912
- VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946
- VON BAR, *Verkehrspflichten, Richterliche Gefahrsteuungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Koln, Berlin – Bonn – Munchen, 1980
- WAECHTER, *Pandekten*, Lipsia 1881
- WEIGMANN, *L'unico azionista nel concordato preventivo delle società. Questioni in tema di "unico azionista"*, in *N.G.C.C.*, 1995, I, 140
- WEIGMANN, *Oltre l'unico azionista*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 537
- WESTEMBERG, *De causae obligationis. Liber singularis. Hanoviae*, 1747
- WIEACKER, *Societas . Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936
- WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Berlino, 1882
- WINDSCHEID, *Pandette*, trad. it., I, Torino, 1930
- WINFIELD P.H., *The law of quasi-contracts*, London, 1952
- WOLF M., *La culpa in contrahendo nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2003 p. 65 ss.
- WOLFANGI A., LAUTERBACHII. *Collegium Pandectarum VI*, Tubinga, 1784
- ZACHARIE-CROME, *Manuale del diritto civile francese*, Milano, 1908
- ZAGRA, *Divieto di nuove operazioni: autonomia dell'azione ex art. 2449 c.c.*, in *Società*, 1996, 282
- ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958
- ZASIVS, *Commentaria. Seu lecturas eiusdem in titulos primae Pandectarum partis (quod vulgo Digestum Vetus vocant) complectens eos videlicet, qui ordine sequuntur*. Francof. ad Moen, 1590
- ZEILLER, *Commentar uber das allgemeine burgerliche Gesetzbuch fur die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie*, Wien, Trieste, 1813