



SOCIETÀ ITALIANA DI STORIA DEL DIRITTO

# Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica

*a cura di*

**Carlotta Latini**



**G. Giappichelli Editore**

## PREFAZIONE

Il problema dell'interpretazione è da sempre una delle questioni centrali nella riflessione giuridica: interpretare come attività creativa del diritto, o come attività meramente esterna, tecnica, in definitiva, apolitica è uno dei nodi della scienza giuridica, come anche il porsi di fronte al come, in un certo contesto istituzionale, l'operatore giuridico usi il documento normativo e condizioni la norma, definendola. Naturalmente, il discorso sulla teoria dell'interpretazione non va confuso con l'ideologia dell'interpretazione<sup>1</sup>. Ritenerne la norma come l'antefatto del processo interpretativo, è uno dei problemi principali dell'interprete. Dobbiamo, tra gli altri, agli studi di Giovanni Tarello se si è riflettuto a lungo, intorno alla metà degli anni Settanta del secolo scorso, intorno all'analisi del linguaggio giuridico<sup>2</sup>. Il discorso di tipo argomentativo è quanto serve all'interprete per fondare la sua tesi ed in sostanza per sostenere le sue ragioni. La relazione tra l'interpretazione e l'argomentazione è spesso talmente scontata da sembrare inutile lo sforzo di una distinzione.

A partire dagli studi di Perelman<sup>3</sup>, inoltre, si è verificato un importante passaggio, ovvero quello della considerazione dell'assenza della necessaria relazione tra razionalità e argomentazione, essendo il campo dell'argomentazione piuttosto quello del verosimile. La distanza che separa l'argomentazione (giuridica) e il calcolo razionale, alla luce degli studi di Perelman e Olbrechts-Tyteca, si allarga ulteriormente, specie con l'aggiunta di aspetti emotivi, ritenuti rilevanti nell'ambito argomentativo.

Questo volume nasce dalle riflessioni che sono state realizzate dagli studiosi che hanno partecipato al Convegno *Argomentazione e lessico nella*

---

<sup>1</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 61 ss.

<sup>2</sup> G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974.

<sup>3</sup> C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione: La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1966, p. 3 ss.

*tradizione giuridica* della Società Italiana di Storia del diritto tenutosi a Camerino, il 27-29 settembre 2018: il Convegno ha collocato la tradizione storico-giuridica nell'ambito della riflessione sull'argomentazione, con utili innesti e feconde riflessioni, sino al diritto vigente. I numerosi contributi si sono sviluppati, ciascuno nell'ambito del proprio oggetto, dando una risposta al problema interpretativo che il Convegno si è posto. Il contributo di Carlo Pelloso ha come punto di partenza proprio l'utopia razionalista di Leibniz, la cui eco pare rinvenibile nell'opera di Windscheid, Raffaele Volante si sofferma sulla norma che si produce in giudizio nell'esperienza di diritto comune. Luigi Pellecchi si concentra sulle esercitazioni proposte nelle scuole di retorica. Ferdinando Treggiari si occupa di alcuni casi tra medioevo ed età moderna. Federico Procchi affronta il tema dell'oratoria giudiziale di I e II secolo, Federigo Bambi quello della *Rettorica* di Cicerone secondo Brunetto Latini, Giovanni Cossa sull'*argumentum e contrario* e il problema delle lacune. Elisabetta Fusar Poli si sofferma sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione Penale tra la fine dell'Ottocento ed i primi del Novecento, Aurelio Gentili sul modello di argomentazione, Luigi Ferrajoli da un lato contesta l'idea del giudice "bocca della legge", dall'altra rifiuta quella della giurisdizione creativa.

L'iniziativa si è svolta nel gradevole quadro della nuova sede della Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino, anche nell'ottica della manifestazione di solidarietà e sostegno ad una sede universitaria tanto provata dall'emergenza del terremoto del 2016.

Carlotta Latini

Camerino, ottobre 2021

CARLO PELLOSO

## INTERPRETAZIONE GIURIDICA E ARGOMENTAZIONE PROCESSUALE. ALCUNE RIFLESSIONI À REBOURS

«La creazione è continua» (T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 32.3 [1955], p. 765)

SOMMARIO: 1. Giurisprudenza sillogistica e ‘*iuris prudentia*’ endo-argomentativa. – 2. Giurisprudenza a-dogmatica e coscienza giudiziale. – 3. Uno sguardo verso la ‘alterità’ dell’esperienza giuridica ateniese. – 4. Il giuramento elastico tra sovranità dei ‘*nomoi*’, giudici laici e logografia decidente. – 5. ‘*Interpretatio*’ e retorica a Roma: spunti dal mito.

### 1. *Giurisprudenza sillogistica e ‘iuris prudentia’ endo-argomentativa*

Al fine di perimetrare l’area di perlustrazione la quale, per quanto sterminata e fuori dalla mia portata, tenterò di percorrere diagonalmente in questo mio intervento, credo che alcune parole scritte dal più influente, se non dal più grande, dei pandettisti si prestino eccellentemente allo scopo e, senza ombra di dubbio, in modo incomparabilmente più efficace rispetto a ogni mio sforzo. E così non mancherò di rispettare il canone retorico prescritto per l’*exordium* dell’*oratio*, che vuole non solo una professione di affettazione di modestia per *animos impellere*, ma anche la introduzione della questione che si intende affrontare, per *rem docere*.

Bernard Windscheid nel primo volume del suo *Diritto delle Pandette* scrive che la c.d. «decisione finale» (sia essa, in vero, l’interpretazione dottrinale o dell’avvocato, sia essa quella giudiziale) altro non è che «il risultato di un computo»; un computo i cui soli «fattori sono i concetti giuridici»; ed è proprio dalla nettezza, precisione, chiarezza di questi che dipende la certezza stessa del risultato e quindi dell’interpretazione sostenuta o accolta<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*<sup>8</sup>, trad. it., 1, Torino, Utet, 1908, p. 75.

Credo sia ancora profonda e persistente nelle parole di un uomo, e così influente, del XIX secolo l'eco dell'utopia razionalista che Leibniz, impermeabile all'idea di Ramo secondo cui ogni *sententia* è non *numeranda* ma *ponderanda*, aveva tradotta nel 1666 nella dissertazione *De arte combinatoria*: qui, infatti, l'allora giovanissimo scienziato e filosofo, vicino ad Hobbes e all'equazione tra 'computing' e 'reasoning', sognava di ridurre il metodo giuridico al *calculus ratiocinator* e di individuare *a priori* una 'griglia topica concettuale' che fosse una autentica 'matematica giuridica' della decisione (o meglio dell'asserzione dedotta a soluzione di un caso della vita)<sup>2</sup>. Ma ancor più è evidente come il pensiero del pandettista tedesco trasudi di quel giuspositivismo del XIX secolo che rivendicava di essere figlio della scuola della esegesi e, insieme, fratello della giurisprudenza dei concetti.

Quel giuspositivismo che erodeva – almeno *in thesi* – al giudice pressoché ogni spazio creativo: è infatti solo lungo il corso del XX secolo che viene riscoperta, studiata e teorizzata compiutamente la discrezionalità costitutiva processuale almeno in senso debole, la funzione del 'decidere' nell'accezione, valorizzata anche da Talamanca<sup>3</sup>, di rinvenire e financo di costituire la concreta regola di diritto, anche se sempre partendo, in linea con la più recente tradizione, dagli enunciati di legge, ma per superarne inesorabilmente in nome di una 'semiosi illimitata', il testo (e ciò in contrapposizione al 'giudicare', ossia al proclamare meramente il diritto)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> G. W. LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria, in qua ex arithmeticae fundamentis complicationum ac transpositionum doctrina nouis praeceptis exstruitur et usus ambarum per uniuersum scientiarum orbe* [1666], in *Philosophische Schriften*, 1, 1663-1672, Berlin, Akademie Verlag, p. 163 ss.; T. HOBBS, *Leviathan* [1651], Oxford, OUP, 1909, p. 33; vd. P. RAMUS, *Institutiones dialecticae*, 2, Parisiis, ex typographia Matthaei Davidis, 1550, p. 95.

<sup>3</sup> M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999, p. 142 ss.

<sup>4</sup> Cfr., sulla creazione giudiziale di situazioni soggettive e non di regole, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1982, p. 154 ss.; vd., inoltre, in tema, G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 217, il quale tende a negare, almeno in teoria, che la creazione giudiziale per via interpretativa 'possa' raggiungere la pura discrezione e l'arbitrio, ossia sfociare, abbandonato il realismo, in una deriva ermeneutica (U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, La nave di Teseo, 1990, p. 337). La realtà è altra e anzi talora i giudici – al di là della negata possibilità e contro la semiotica – forzano o il dato fattuale o quello normativo per rispondere a istanze che le *lacunae iuris* lascerebbero prive di soluzione. Per esempio, nell'interpretazione dell'art. 416-ter cod. pen., atteso che la disposizione punisce solo lo scambio di denaro verso voti alle elezioni, i giudici – nella consapevolezza che, più che il denaro, al centro degli scambi v'erano favori, appalti, posti di lavoro – hanno interpretato il termine 'denaro', fingendo di aderire ad un'autentica operazione analogica, come 'utilità', sia in ossequio formale al mito dell'applicazione assiomatica e dell'onnipotenza sillogistica, sia nella so-

Quel giuspositivismo che, nell'alveo del giudizio, riduceva alle parti della controversia il gioco dell' 'argomentazione'<sup>5</sup>, sia nella sua connessione alla logica<sup>6</sup>, sia nella sua connessione alla retorica<sup>7</sup>. L'eterogeneità di questo mondo – imbevuto di *esprit de géométrie*, fatto di nettezze e solidità concettuali e operative – rispetto all'oggi e alla sua 'deculturazione' è incontroversa: eclissato, con l'aiuto della filosofia analitica, insieme al rassicurante rigore del dogmatismo, almeno nella prassi (se non nelle convinzioni ideali<sup>8</sup>), quel cosmo giuridico di pura idealità si proponeva di sottrarre, nelle sue più radicali declinazioni, anche la rilevanza di una indagine sulle conseguenze pratiche, sociali ed economiche di una data soluzione, mentre l'esatto opposto – la preminenza dell'interesse concreto rispetto al dogma come attuazione di vero *esprit de finesse* – in dottrine,

---

stanziale ammissione che un'interpretazione diversa della *littera legis* avrebbe vanificato qualsiasi applicazione pratica (vd., paradigmaticamente, Cass., 16 giugno 2015, n. 25302). L'approccio appena descritto riassume bene, empiricamente, quella visione, di matrice anche giudaica, espressa da Ascarelli soprattutto nel saggio da cui è tratta la citazione in epigrafe sul rapporto tra ontologia del diritto e significato della norma: la legge si dà solo attraverso la sua 'interpretazione' - 'superamento' (traduzione, versione che va oltre il testo e crea, più che restituire, la significazione, come in ebraico *targum*, non a caso, significa sia traduzione che interpretazione: S. LIEBERMAN, *Rabbinic Interpretation of Scripture, in Essential Papers on the Talmud*, edited by M. Chernick, New York, New York University Press, 1994, p. 430); quale traduzione di un enunciato in un enunciato altro, l'interpretazione, nel suo tendere a palesare il significato 'autentico', però, sarà di necessità anche allontanamento progressivo da quel significato, imprimendo un mutamento al testo di 'legge' e rendendo quest'ultima sempre 'altra' da sé: è questo il modello di Porzia contrapposto a quello (a-interpretativo) di Shylock, su cui vd., ampiamente, T. GAZZOLO, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pisa, Pacini, 2018, *passim*.

<sup>5</sup> Secondo Barthes, che rammenta di *argumentum* tanto il duplice uso ciceroniano (sia il 'fittizio plausibile', sia la 'idea verosimile impiegata per convincere'), quanto la precisazione quintiliana ('maniera di provare una cosa per mezzo di un'altra, di confermare ciò che è dubbio per mezzo di ciò che non è', l'argomentazione è «un ragionamento ... impuro, facilmente drammatizzabile, che partecipa ad un tempo dell'intellettuale e del fittizio, del logico e del narrativo» (R. BARTHES, *La retorica antica*<sup>9</sup>, trad. it., Milano, Bompiani, 2011, p. 65).

<sup>6</sup> Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986, p. 35 ss.; G. BONIOLO-P. VIDALI, *Strumenti per ragionare*, Milano, Mondadori, 2002, p. 57 ss.; A. CATTANI, *Esortazione alla teoria e alla pratica dell'argomentazione. Una modesta riproposta*, in *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, a cura di A. Mariani Marini, Milano, Giuffrè, 2003, p. 5.

<sup>7</sup> Cfr. S. STATI, *Principi di analisi argomentativa. Retorica, logica, linguistica*, Bologna, Patron, 2002, p. 9; F. CAVALLA, *Dalla 'retorica della persuasione' alla 'retorica degli argomenti'. Per una fondazione logica rigorosa della topica giudiziale*, in *Linguaggio, argomentazione e metodo nel diritto*, Roma, CNF, 2003, p. 27.

<sup>8</sup> N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, Utet, 1990, soprattutto p. 75 ss.

accademiche e giudiziali, è salutato come *nouvelle vague* ‘privatistica’<sup>9</sup>.

La cornice ideologica in cui si iscriveva il pensiero di Windscheid è, infatti, quella di un diritto che si credeva costruibile e applicabile *more geometrico* come un sistema aristotelicamente ‘panico’, il quale avrebbe reso sempre possibile non solo una soluzione, ma altresì una soluzione logica e coerente. Il postulare l’equazione, celeberrima, tra diritto e legge (equazione che – non serve sottolinearlo – implicava la sudditanza del giudice, quale soggetto istituzionalmente chiamato ad applicare e interpretare il diritto per eccellenza, unicamente alla legge) era però solo un primo tassello di un mosaico ben più variopinto e ampio. Si proclamava – ed è questo che intendo qui evidenziare – la ‘vera scientificità’ della giurisprudenza, intesa sia come dottrina delle corti sia come scienza giuridica, unicamente là ove essa avesse interpretato attraverso i procedimenti logici e dimostrativi propri delle scienze esatte e fosse rimasta rigidamente ‘a-valutativa’, vale a dire impermeabile a ogni valutazione assiologica, ossia tanto alle opinioni, quanto ai valori e agli argomenti rinvenibili in topiche extra-legali. Il meccanismo della sussunzione avrebbe operato, in ossequio alla forma del ragionamento del sillogismo retorico, con la *lex*, in quanto *ratio* vincolante nel suo *scriptum* e nella sua *voluntas* quale unico e irrinunciabile *argumentum* entimematico, cioè con la legge quale unica premessa da cui dedurre assiomaticamente la soluzione per ogni caso di specie<sup>10</sup>.

Nella impossibilità di annichilire il contributo personale dell’operatore giuridico alla determinazione della premessa maggiore, le ineluttabili controversie interpretative, strette entro i confini di questo assetto ideale, sarebbero insorte normalmente solo sul significato letterale di un dato disposto: l’agone processuale – e quindi tanto la schermaglia oratoria delle parti quanto il ruolo del giudice – sarebbe stato compresso in questo limitato *status causae* retorico e la grammatica, la sintassi e l’etimologia avrebbero dovuto risolvere lo strumentario essenziale degli operatori giuridici.

L’influenza di questo modello, per sua aspirazione pan-legalistico e cognitivo o forse meglio ‘scientista’, ha valicato i confini del XIX secolo per giungere operativamente quasi intatto sino all’ultimo trentennio, o comun-

---

<sup>9</sup>G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 87 ss.; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 163 ss.; M. LA TORRE, *Teoria dell’argomentazione giuridica e concetto di diritto. Un’approssimazione*, Appendice a R. ALEXI, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 357 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim* e, soprattutto, p. 137 ss.

<sup>10</sup>K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1970, p. 68.

que almeno sino alle prime avvisaglie di cedimento, non solo ideale, ma anche strutturale, dell'edificio giuspositivista<sup>11</sup> e, quindi, di ricostruzione del ruolo – prima solo ancillarmente cognitivo e dimostrativo – dell'argomentazione nell'applicazione, oltre che nella costituzione, del diritto<sup>12</sup>.

Non è, quindi, sorprendente che anche nella miglior dottrina processualciviltistica del primo cinquantennio del XX secolo, i rapporti tra potere legislativo e potere giudicante venissero precisati attraverso la qualificazione della giurisdizione ora come 'attuazione della volontà della legge', ora come 'specificazione effettuale del comando legislativo': ciò, come è chiaro, sempre presupponendo la strumentalità e la funzionalità del giudice alla legge, come gabbia capace di includere ogni realtà<sup>13</sup>.

Di poi, l'imperante *modus procedendi* interpretativo di marca sillogistica, oltre che dai silenzi codicistici sul ruolo costitutivo dell'argomentazione<sup>14</sup>, affiora dalla formulazione dell'art. 12 delle preleggi (che impone anzitutto la sussunzione del caso sotto la lettera della legge)<sup>15</sup>; inoltre, la ri-

---

<sup>11</sup> Più in generale, vd. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 6 ss., 301 ss., 315 ss., 325 ss. (su cui cfr. i molti e densi contributi inclusi in *L'interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili. Atti del convegno [Bari, 29-30 settembre 2016]*, a cura di M. Pennasilico, Napoli, ESI, 2019, *passim*).

<sup>12</sup> Cfr., paradigmaticamente, J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it., Milano, Guerini e Associati, 1996, p. 231 ss.

<sup>13</sup> G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, 1, Roma, Foro Italiano, 1930, p. 3 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 30 ss.

<sup>14</sup> Se, in nome di una sola pretesa non-eterointegrabilità del codice (cfr. J.E.M. PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, 1989, p. 27), il codice civile austriaco e quello prussiano riconoscono al giudice un potere integrativo in virtù dell'equità e del diritto naturale, il BGB e il codice del 1942 (ma vd. gli artt. 1226, 1384 oltre all'art. 114 cod. proc. civ.), come quello francese, si distinguono per l'assenza di analoghe disposizioni, l'articolo 1 dello ZGB svizzero si spinge a prevedere addirittura che oltre alla prima fonte del diritto, ossia la legge (ogni disposizione cogente dalla Costituzione o legge fondamentale alla legge ordinaria dall'altra), e oltre alla consuetudine (applicabile come fonte sussidiaria dal giudice d'ufficio, ma giammai *contra legem* o in deroga alla legge, a meno che non si tratti di materia di competenza cantonale), in assenza di diritto positivo, ha spazio l'applicazione della *regula iudicis* ossia la regola che il giudice adotterebbe 'come legislatore' nel senso o di una libera investigazione del diritto o di una sentenza dispositiva (cfr. M. GMUR, *Commentario al codice civile svizzero tradotto per incarico delle superiori autorità federali e cantonali da Luigi Colombi*, 1, Bellinzona, Grassi, 1909, p. 48 ss.). Vd., in tema, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, Einaudi, 1952, p. 104 ss.; ALPA, *L'arte di giudicare* (nt. 3), p. 33 ss.; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (nt. 10), p. 252 s.; GENTILI, *Il diritto come discorso* (nt. 11), pp. 5 s., 301 ss.

<sup>15</sup> Art. 12 disp. prel. cod. civ.: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e



duzione del diritto alla legge, insieme alla a-valutatività della giurisprudenza, è un totem consacrato non solo, come noto, a livello costituzionale, dall'art. 101<sup>2</sup> (che sancisce la sudditanza del giudice alla legge), ma anche e soprattutto dall'art. 118 delle disp. att. cod. proc. civ., che, infatti, oltre a disporre la necessaria indicazione nella motivazione della sentenza delle norme di legge (precedendo così l'art. 132<sup>1</sup>, n. 4, cod. proc. civ.), precisa come debba essere omessa 'ogni citazione di autori giuridici'<sup>16</sup>.

Infine, non va tralasciato che la forza metodologica di questo programma (integrante consciamente una aspirazione e una finzione, piuttosto che una fotografia dell'esistente)<sup>17</sup> non ha risparmiato neppure i reticoli argomentativi seguiti dalla giurisprudenza italiana, sia quella più e meno recente, sia quella più e meno innovativa. Sul finire degli anni '90, quando si è trattato – e con epocale frattura rispetto al passato – di riconoscere in termini di 'contrattualità' la responsabilità del medico ospedaliero nei confronti del paziente per violata protezione, non si è optato di sposare per intero la teoria, in Italia tutta dottrinale, della c.d. obbligazione senza prestazione ('Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht') che predica l'applicazione, *ex lege* ed *ex fide bona*, degli artt. 1218 ss. cod. civ. (ossia degli articoli concernenti la responsabilità da 'contratto', da intendere, in vero, nel senso di responsabilità da 'atto non illecito', ossia a prescindere dalla conclusione di qualsivoglia contratto *ex artt. 1321 ss.*)<sup>18</sup>. La suprema corte

---

dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

<sup>16</sup> Art. 118 disp. att. cod. proc. civ.: «La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell'articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione. In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici».

<sup>17</sup> Si è addirittura discusso di un 'dogmatismo fantastico' imperniato sull'interpretazione 'aritmetica', cui si oppone un'interpretazione 'semiotica': cfr. GENTILI, *Il diritto come discorso* (nt. 11), p. 82, nt. 4; vd., sul punto, S. BERTEA, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, *passim*.

<sup>18</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, 1, Milano, Giuffrè, 1995, p. 147 ss.; *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, Giuffrè, 2006, p. 443 ss.; *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 679 ss.; *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale. Nota a Cass.*, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1233 ss.; *Eclissi*

non ha, come potrebbe apparire *prima facie*, forzato e manipolato il dato normativo alla realtà, ma – al contrario – ha piegato la realtà al codice e ha ritenuto esistente, seppur solo di fatto, un incontro di volontà tra medico e paziente là dove tale incontro invece non vi era menomamente: e ciò per poter procedere a una piana e meccanica sussunzione del rapporto ‘tra passanti’, cioè tra parti non previamente relate *inter se*, sotto la rubrica della ‘responsabilità per inadempimento (contrattuale)’<sup>19</sup>. Parimenti, dinanzi

---

*del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 128 ss. Per la recezione in Italia della figura dogmatica, di matrice germanica, dell’obbligazione senza (obbligo primario di) prestazione, cfr. C. RINALDO, *Die Haftung Dritter in Deutschland und Italien*, Berlin, De Gruyter, 2017, p. 124 ss.

<sup>19</sup>Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss. (con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; nonché in *Corriere giur.*, 1999, p. 446 ss., con nota di A. DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*): «si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso ... Conseguenze che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell’onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d’opera intellettuale professionale». Successivamente, vd., in modo analogo, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 788 (con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi [ma provvisori?] assetti della responsabilità medica*; vd., inoltre, A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 872 ss.). Un’importante messa a punto sulla teoria e la prassi dell’obbligazione senza prestazione si rinviene in L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, 1.3, Padova, Cedam, 2010, p. 3 ss. Diverso l’approccio di Cass., 12 luglio 2016, n. 14188 (consultabile all’indirizzo <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2016/07/cass-civ-14188-16.pdf>; ma vd., pure, *I Contratti*, 2017, p. 35 ss., con nota di F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale [ipotesi sull’immunità]*), con un recupero *sui generis*, entro una cornice metodologica che eleva la tradizione a criterio comprimario di ermeneutica legislativa, della tripartizione gaiana delle fonti delle obbligazioni e, soprattutto, di quella giustiniana (Gai. 2 *res cott.* D. 44.7.1; I. 3.13 pr.). Dogmaticamente, il passo in avanti è davvero notevole rispetto agli approcci giurisprudenziali pregressi, ché il c.d. ‘contatto sociale qualificato che ingenera affidamento nel creditore della protezione’ non è più inteso (fittiziamente e contro la natura delle cose, come in precedenza) come un ‘atto consensuale, produttivo di un rapporto giuridico patrimoniale, di fatto’ (un atto, cioè, parametrato inevitabilmente alla figura negoziale almeno bilaterale scolpita dagli artt. 1321 ss.). Ancorché implicitamente, esso rileva come un *contractum* nel senso gaiano di ‘atto lecito, anche non consensuale, fonte di obbligazione’ che emerge dagli artt. 1218 ss. (Gai 3.88: *nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*), oltre che, esplicitamente, come uno dei *quasi contractus* giustinianeî ricavati dall’analisi delle eterogenee *variae causarum figurae* gaiane (richiamate all’art. 1173 accanto al contratto e al fatto illecito, ancorché il sistema di responsabilità rimanga modulato secondo una netta bipartizione). Cfr., sulla sentenza in oggetto e sull’impiego in essa del diritto romano, C. CASCIONE, *L’invaldente*

alle pressanti e nuove istanze di tutela a fronte delle multiformi declinazioni pratiche del c.d. danno meramente patrimoniale (ossia del nocimento che colpisce – senza il medio della lesione di una situazione giuridica protetta – la ‘sostanza economica’ di un soggetto), la corte di cassazione piegava già dagli anni ’80 alla lettera del codice l’essere stesso del ‘patrimonio’: per poter applicare l’art. 2043 cod. civ., che limita la risarcibilità ai ‘danni ingiusti’ (ossia, anzitutto, *contra ius* oltre che *non iure*), si è ritenuto necessario assumere – con evidente, anche se occulta, finzione strumentale – il patrimonio (o meglio la sua integrità) come una entità capace in quanto tale di formare l’oggetto di un non meglio precisato ‘diritto soggettivo’, rispettando così formalmente il meccanismo della sussunzione e il canone della legge come premessa al ragionamento sillogistico giudiziale<sup>20</sup>.

Questo approccio metodico giurisprudenziale, mi pare chiaro, nulla ha a che vedere con quello anfibio, sia induttivo sia deduttivo, che traspare dal celebre aneddoto che immortala Bartolo nell’individuare nel caso concreto le premesse del suo ragionamento e nel Digesto la *topica* degli argomenti della soluzione raggiunta<sup>21</sup>. Nulla ha a che vedere con quello assai più recentemente teorizzato, sulla base della semiologia di Pierce, da Arthur Kaufmann in chiave di ‘abduzione’ (ossia di formulazione di una ipotesi provvisoria e non pre-giudiziale a valle della pre-comprensione dell’interprete, seguita poi da induzione e analogia, deduzione)<sup>22</sup>. E, a maggior

---

*cont(r)atto. Osservazioni minime su Cass. civ. 14188/2016, in Iurisprudenzia.it*); R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano: un problema aperto*, in *Rivista giuridica sarda*, 1 (2017), p. 1 ss.; F. PROCCHI, ‘Contatto sociale qualificato’, *diritto romano e tradizione romanistica: brevi considerazioni a margine di Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in Agricoltura e costituzione, una costituzione per l’agricoltura. Studi in onore di M. Goldoni*, 2018, Pisa, Plus, p. 355 ss.; S. DI MARIA, *Note minime sul ‘buon uso’ del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index*, 46 (2018), p. 623 ss. Vd., inoltre, per un approccio storico-diacronico che valorizza il diritto romano oltre che nel passato anche nell’attualità, T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un’esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti e A. Somma, Frankfurt a.M., Max Planck Institute for European Legal History, 2018, p. 111.

<sup>20</sup> Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, p. 2739 ss., con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*. Cfr., in critica, F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità civile*, a cura di F.D. Busnelli e S. Patti, Torino, Giappichelli, 1997, p. 119 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 29 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità* (nt. 18), p. 110 ss.

<sup>21</sup> Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto Romano nel medioevo. Prima versione dal tedesco dell’avvocato Emmanuele Bollati con note e giunte inedite*, Torino, Gianni e Fiori, 1887, p. 638.

<sup>22</sup> A. KAUFMANN, *Il ruolo dell’abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2001, p. 321 ss.

ragione, il metodo esemplificativamente descritto in nulla partecipa della via di interpretazione seguita, inconfutabilmente almeno nell'ambito del diritto privato, dai *prudentes* romani i quali, chiamati al progresso dell'ordinamento per un periodo lunghissimo e in un contesto irripetibile in cui sia la legge non esauriva il diritto, ma ne era solo una minima porzione, sia non aveva modo di fiorire una dottrina delle corti giudicanti costitutiva<sup>23</sup>, operarono come autentici 'decisori'<sup>24</sup>.

Se la nostra giurisprudenza, per come succintamente si è appena visto, si è sentita addirittura legittimata, o forse costretta, a forzare i dati della realtà in ossequio al mito dell'applicazione assiomatica della disposizione legislativa, ritenendo non solo auspicabile, ma altresì vero, che ogni soluzione discenda dal ragionamento sillogistico e dalla sua premessa legalistica, come è a tutti noto il ragionamento giurisprudenziale romano, dalle premesse all'esito (che consista nella creazione innovativa o nella applica-

<sup>23</sup> Cfr. Pomp. *Lib. sing. ench.* D. 1.2.2.5, 12, su cui vd. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Bari, Laterza, 1982, pp. 211, 224 ss.; vd., inoltre, M. TALAMANCA, *La 'lex' ed il sistema normativo*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 232.

<sup>24</sup> Da una attenta osservazione del fenomenico, dapprima i pontefici (depositari del sapere precettistico circa riti e formule volti a piegare la volontà degli dèi e modificare il contingente naturale e umano) iniziarono a ricavare soluzioni a casi concreti e, poi, a comporre e sistemare un apparato di *regulae* e di categorie che, poco alla volta, vennero organizzate soprattutto dalla *scientia* laica in un sistema che, se in un primo momento non poteva che essere ancillare rispetto al bisogno della *civitas* di mantenimento della *pax* con gli dèi, fu poi dotato di una sua autonomia e di un suo specialismo: vd. L. GAROFALO, *Diritti greci e scienza giuridica romana*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2008, p. 97 ss., nonché, sul ruolo del giurista come 'autore decisivo' – anzi come vero e proprio 'decidente' – per l'individuazione-creazione delle regole di diritto da applicare, vd. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico* (nt. 4), p. 142 ss. Ciò ovviamente non significa disconoscere né l'apporto di ulteriori 'formanti' (specie in sede processuale: cfr. A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*), né la totale avulsione dell'impianto casistico del diritto classico di Roma dal momento normativo e dalla direttrice sistematica: cfr., sulla preminenza 'casistica' dell'esperienza giuridica romana nella sua formazione ed evoluzione almeno sino all'età imperiale, L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 151; ancora fondamentale è, ovviamente, M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1, *Philologisch-historische Klasse*, Göttingen, Akademie der Wissenschaften, 1962, p. 54 ss. sul rapporto tra la *interpretatio* dei giuristi e l'attività del giudice, vd. P. GIUNTI, *Iudex' e 'iurisperitus'. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale e la sua narrazione*, in *Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, a cura di V. Marotta e E. Stolfi, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2012, p. 213 ss.; sul rapporto della *scientia iuris* con i magistrati giudicanti, vd., invece, D. MANTOVANI, *'Praetoris partes'. La 'iurisdictio' e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, a cura di M. Gigliola e R. Villata, Napoli, Jovene, 1999, pp. 33 ss., 103 ss.

zione di *ius* preesistente), è preponderantemente, se non tutto, interno alla struttura del rapporto controverso, di modo che il caso stesso non è mai orpello metagiuridico o *exemplum* retorico, ma parte integrante, della ‘decisione’<sup>25</sup>: entro una cornice tratteggiata da poche linee-guida fissate dai *mores* e dalle forme scritte del diritto autoritativo oltre che da malleabili principi come quello di *fides*, nonché di *bonum et aequum*, il *ius* elaborato nella e dalla ‘casistica’ dei giuristi romani – ancorché modello remoto della nostra dogmatica giuridica e leggibile, consapevolmente, con la nostra dogmatica – giammai avrebbe potuto prescindere dalla valutazione delle premesse o delle conseguenze pratiche, sociali ed economiche di un dato fatto<sup>26</sup>. È sufficiente qui ricordare che, all’insegna dell’*utilitas*, Ulpiano e Modestino, distillando un pensiero che si era precisato e sedimentato negli ultimi secoli<sup>27</sup>, per pervenire al concreto criterio di imputazione dell’inadempimento applicabile *ex fide bona* a un dato rapporto contrattuale, si limitano a considerare ‘economicisticamente’ l’assetto, tutto interno al negozio divisato dalle parti, dei benefici e dei sacrifici, così bilanciando e modulando la gravità del criterio in corrispondenza alla posizione, più o meno vantaggiosa in relazione a quella della controparte, assunta dal singolo debitore inadempiente<sup>28</sup>. Di contro, ha intrapreso tutt’altro percorso lo

---

<sup>25</sup> Cfr., per tutti, E. STOLFI, *I casi e la ‘regula’. Una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Atti del Convegno ARISTEC (Roma, 22-23 febbraio 2013)*, a cura di L. Vacca, Napoli, Jovene, 2014, p. 1 ss.

<sup>26</sup> Tale riscontro di ‘alterità’ non è affatto in contraddizione con l’uso della dogmatica moderna nell’interpretazione storica del diritto romano propugnato da E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica*, a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 59 ss., 495 ss., 573 ss., che avvertiva, infatti, che «non è l’istituto studiato, che va piegato ad immagine e somiglianza delle nostre categorie, ma sono, viceversa, queste ultime che debbono servire alla comprensione dell’istituto» (p. 144 s.).

<sup>27</sup> Come scrive G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 61 s.: «ridimensionato da tempo l’apporto della critica interpolazionistica, sono ben pochi i risultati che, maturati nel suo ambito, attualmente conservano valore; si può quindi predicare con verisimile sicurezza che il criterio dell’*utilitas* appartiene pienamente al patrimonio concettuale della giurisprudenza classica che lo applicò con consapevolezza e larghezza di visione e non fu principio che si affermò nella stagione posteriore del diritto postclassico-giustiniano. Non solo, ma se, come è stato fatto, si decidesse di valorizzare alcune indirette testimonianze, si potrebbe ulteriormente affermare che si tratta di un criterio già conosciuto, anche se con probabilità non ancora in forme compiute, da giuristi della tarda Repubblica e del primo Principato, come Quinto Mucio Scevola, Alfeno e Sabino. Di converso, l’*utilitas contrabentium* sembrerebbe trovare una posizione del tutto marginale nel pensiero dei compilatori giustiniane, essendo ricordata nelle Istituzioni imperiali in un solo passaggio e in modo del tutto incidentale».

<sup>28</sup> Ulp. 28 *ad ed. D.* 13.6.5.2: *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum*

gico-argomentativo (ossia prescindendo, a monte, dal principio mobile del gioco degli interessi contrattuali sottesi al negozio), in seno alla più ampia problematica concernente la diversificazione di fondamento e limite della responsabilità per l'inadempimento dell'obbligo di restituzione della cosa mobile altrui, un fortunato orientamento della corte di cassazione<sup>29</sup>. Infatti

---

*dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolum praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur;* su D. 50.17.23, cfr., per tutti, S. TAFARO, *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, Cacucci, 2000, p. 69 ss.; 'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50,17,23. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, 1, Bari, Cacucci, 1984, *passim*; vd., infine, Mod. 2 *sub titulo de deposito vel commodato* Coll. 10.2. Il sistema codicistico italiano ha consegnato un rigido sistema (unitario e oggettivo) tendenzialmente insensibile, almeno *prima facie*, alla logica duttile della *regula* romana dell'*utilitas contrahentium*, tale per cui solo in forza di precisi correttivi empirici sarebbe possibile scalfire la natura monolitica del giudizio di responsabilità *ex art.* 1218 cod. civ. (incapace, in punto di principio, di differenziare tanto la responsabilità del depositario da quella del comodatario, quanto quella del comodatario normale da quella del comodatario che detiene anche con vantaggio del comodante). La dottrina, per esempio, ha ricavato il principio secondo cui la responsabilità del soggetto tenuto alla prestazione, in quanto non riceve utilità in base al contratto, va valutata con minor rigore, dalla specifica disciplina di alcune figure di contratti gratuiti, come quella versata nell'art. 1710 (ove è stabilito che «il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia», e si precisa, sempre all'interno del comma iniziale, che, «se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»), nonché nell'art. 1768 cod. civ. (ove, precisato al comma 1 che «il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia», si afferma al comma successivo che, «se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»): vd., sul punto, G. SANTUCCI, *'Diligentia quam in suis' e valutazione della responsabilità per colpa 'con minor rigore' nel codice civile italiano*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, Jovene, 2006, p. 375 ss.; L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP*, 5 (2012), pp. 49 s., 67 ss., 160.

<sup>29</sup> Cfr. Cass., 17 novembre 2010, n. 23211, in *I Contratti*, 2011, p. 329 ss. (con nota di R. SENIGAGLIA, *La rilevanza contrattuale dell'obbligazione di custodire nei contratti misti a struttura complessa*): «nel caso dell'affidamento di un'autovettura ad un'officina per la riparazione, l'obbligazione della custodia e della riconsegna fanno parte di un contratto misto nel quale confluiscono le cause del deposito e di altro contratto, in cui l'obbligo di custodia e di restituzione assume funzione accessoria, in quanto finalizzato all'adempimento dell'obbligazione principale, costituita dall'espletamento della riparazione dell'autoveicolo. Per vincere la presunzione *iuris tantum* di gratuità del deposito stabilita dall'art. 1767 cod. civ. non può ritenersi sufficiente l'esercizio da parte del depositario di una qualsiasi attività economica nell'ambito della quale il deposito e la custodia non assumono una rilevanza tipica, tale da farne ritenere implicita l'onerosità, ma è necessario che il depositario eserciti un'attività abituale di custodia giacché solo la natura abituale e professionale della custodia esclude che la prestazione possa ritenersi gratuita integrando l'esercizio di un'attività necessariamente economica nell'ambito della prestazione di servizi».

ti, con particolare riguardo al caso del contratto a causa mista e a struttura complessa di ‘rimessaggio di un autoveicolo in vista della riparazione’, i supremi giudici hanno giustificato la responsabilità – a fonte e a cause di esonero di tipo oggettivo – in capo al riparatore-custode ragionando in termini di sussumibilità della fattispecie concreta – in ossequio alla teoria della combinazione e dell’integrazione delle due figure tipiche del contratto di prestazione d’opera e di quello di deposito oneroso – nell’art. 1218 cod. civ. e nell’art. 1780 cod. civ.<sup>30</sup>, ovviamente solo dopo che sia stata vinta la presunzione *iuris tantum* di gratuità della prestazione custodiente ex art. 1768: non solo per colpa, ma anche in ipotesi di provata diligenza nell’esecuzione del contratto, è chiamato a risarcire il danno chi contrattualmente sia tenuto, dietro corrispettivo dovuto dalla controparte, a riparare e a restituire la cosa riparata. E ciò contro quel pregresso orientamento giurisprudenziale, opposto nella soluzione, ma omogeneo quanto al metodo sillogistico e legalistico, che, invece, una volta sposata la tesi dell’assorbimento (la quale implica in casi siffatti la prevalenza anche di ‘regime’ oltre che di ‘causa’ sul deposito del contratto d’opera), invoca l’art. 1176 cod. civ. e l’art. 1177 cod. civ. per supportare una responsabilità a titolo di colpa in capo al prestatore d’opera quale custode (e non depositario) solo in via ‘accessoria’<sup>31</sup>.

Si tratta di una via finalizzata ad ascrivere le conseguenze negative dell’inadempimento al prestatore d’opera custode, la quale – modulata in due soluzioni divergenti ancorché basate su una comunanza di vedute (ossia patrocinanti o la responsabilità oggettiva o la responsabilità per colpa) –, non solo tende a vanificare l’unitario sistema generale di responsabilità contrattuale che il nostro codice civile configura elevando rigorosamente l’inadempimento in sé e per sé (e non l’inadempimento imputabile) a sola fonte

---

<sup>30</sup> Cfr. Cass., 19 luglio 2004, n. 13359, in *Mass. giust. civ.*, 2004, p. 7 s.: «l’art. 1780 cod. civ. trova integrale applicazione anche quando l’obbligazione di custodia e della riconsegna sia necessariamente compresa nel contenuto di un contratto diverso (come nella specie il contratto d’opera) o formi parte di un contratto misto nel quale confluiscono le cause del deposito e di altro contratto. In tema di responsabilità del depositario l’art. 1780 cod. civ., che prevede il caso della sottrazione della cosa depositata per ricollegarvi un obbligo di avviso al depositante, ripete la regola stabilita dall’art. 1218 cod. civ.; per ottenere la liberazione il depositario è tenuto a fornire la prova che l’inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile. La prova liberatoria verte non tanto sulla diligenza quanto sul fatto che ha causato l’evento».

<sup>31</sup> Cass., 27 ottobre 1981, n. 5618; Cass., 23 gennaio 1986, n. 430; Cass., 25 settembre 1995, n. 10116. Ma contro tale esito (imputazione per colpa) in ipotesi di ‘custodia accessoria’, cfr. C. PELLOSO, *L’obbligo di custodia*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da M. Talamanca e L. Garofalo, 1,2, Padova, Cedam, 2014, p. 645 ss.

oggettiva dell'obbligo risarcitorio<sup>32</sup>, ma – è quasi superfluo rammentarlo – assai poco si lascia permeare, in vista della soluzione concreta del caso, dall'esigenza, ragionevole oltre che razionale, di parametrare il criterio di imputazione dell'inadempimento (variabilmente oggettivo o soggettivo) all'equilibrio tra le posizioni delle parti contrattuali (e, quindi, alla onerosità e alla gratuità del negozio divisato). Esigenza quest'ultima che, invece, è posta al centro di quel sistema di responsabilità che lo stesso Gaio lasciava intuire ai suoi discenti, lumeggiando plasticamente il caso della mancata restituzione della *res* del *locator* (committente) da parte del *conductor operis* (lavandaio o rammendatore prestatore d'opera), una volta ritenuto quest'ultimo la parte contrattuale nella cui prevalente *utilitas*, nel complesso dell'operazione, si configurava la detenzione gratuita della *res* su cui svolgere, dietro corrispettivo, l'*opus*<sup>33</sup>. In altre parole, là dove la giurisprudenza italiana riconosce una responsabilità oggettiva da deposito oneroso, l'*utilitas* di entrambe le parti giustificerebbe un fondamento colposo; là dove la giurisprudenza italiana riconosce una responsabilità a titolo di colpa per inadempimento della singola prestazione custodiente, l'*utilitas* pre-

<sup>32</sup> A ben vedere, infatti, è l'art. 1218 cod. civ. che configura generalmente e fisiologicamente una responsabilità oggettiva a livello di fondamento (l'art. 1176 cod. civ. rispondendo ad altra istanza): cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 281, 290, 294 s., 300 ss., 312 s., 317 s., 379 s.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* (nt. 18), pp. 455 ss.; 555 ss., 559 s.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 424 ss., 630 s.

<sup>33</sup> Gai. 3.205-206: *item si fullo polienda curandaue aut sarcinator sarcienda uestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si soluendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem saluam esse. Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.* Sul punto, con riguardo all'ipotesi del versamento previo della *merces*, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, '*Custodia*', '*receptum*' e responsabilità contrattuale, in *Seminarios Complutenses*, 29 (2016), pp. 263 ss., 271 s. In vero, e a precisazione di quanto scrivevo nel contributo appena citato, una volta riconosciuto che il tenere la *res* da parte del *conductor* è prestazione 'singola' cui non corrisponde alcuna controprestazione in capo al *locator*, è giocoforza ritenere, sempre all'insegna della *utilitas contrabentium*, che la sola alternativa classicamente plausibile è quella tra *dolus* e *custodia* (mentre – cosa da escludere in pratica, ancorché ipotizzabile in teoria, come emerge da D. 4.9.5 pr. [*et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt*] – se la *merces* fosse controprestazione e dell'*opus* e della detenzione, allora l'inadempimento dell'obbligo di *reddere* sarebbe da imputare a titolo di *culpa*). Il *conductor operis*, cioè, risponderebbe solo per dolo e colpa grave in caso di mancato previo versamento della mercede, in tal frangente ben potendosi dire la detenzione della *res* nell'interesse prevalente del *locator*.



valente in capo al prestatore d'opera giustificerebbe un fondamento oggettivo dell'obbligo risarcitorio.

Il diritto interpretato è 'nel caso' e l'argomentazione della soluzione al caso parte 'dal caso', in un rapporto che, pur non condividendo l'ansia del modello legislativo di arginare la minaccia del divenire, controllando il futuro e l'im-prevedibile<sup>34</sup>, partecipa dello scopo legislativo di fagocitare il caso attraverso l'applicazione di una regola benché non attraverso il congegno della '*facti species*'<sup>35</sup>. Se, interrogandosi finemente sullo 'statuto ontologico e fenomenologico' del giuridico, Adolf Reinach sosteneva nel XX secolo che, come le piante, i numeri, le case, le entità giuridiche sono dotate di un 'essere' – una 'regalità a priori assoluta, si potrebbe dire sulla scorta di Pindaro<sup>36</sup>; una *physis* universale, direbbe Aristotele<sup>37</sup> – che ben pre-

<sup>34</sup> E. SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, Adelphi, 1979, p. 15.

<sup>35</sup> E. BETTI, *Diritto romano*, 1, Padova, Cedam, p. 4.

<sup>36</sup> Mi pare, infatti, che questa sia una linea di pensiero emergente anche nel celeberrimo frammento pindarico n. 169 (Snell-Maehler) per cui, stando all'insuperabile approfondimento interpretativo del Gigante, il *nomos* quale re è, conformemente a un universalismo 'naturale', un'idea, un «principio assoluto» che assoggetta, nella sua superiorità, tanto uomini quanto divinità (M. GIGANTE, '*Nomos basileus*'. *Con un'appendice*, Napoli, Bibliopolis, 1996, pp. 72 ss., 94, 102, 112); e parimenti emerge da quel celebre passo erodoteo che, nel citare in parte Pindaro, dopo aver contrapposto l'istituto greco della cremazione dei morti a quello della necrofagia proprio degli indiani callati, è ben lungi dal proclamare la 'relatività sovrana dei costumi', tutt'al contrario statuendo l'esistenza e l'operatività di un 'principio universale' che, nella sua 'regalità panica', vincola ogni popolo a 'compiere atti di pietà verso i genitori defunti', ferme restando le plurime differenze attinenti alle modalità di adempimento, variabili contingentemente da ordinamento a ordinamento, ma giammai negative del presupposto principio universale (Herod. 3.38). Esisterebbe dunque per Pindaro e per Erodoto – come più in generale per Reinach – un'idea di dovere *a priori* di pietà declinabile in plurimi regimi positivi mutevoli.

<sup>37</sup> Questa stessa anima vivifica il 'rapporto dialogico' tra il 'giusto' fisico (per natura) e il 'giusto' nomico (per convenzione umana), ossia tra il *nomos* comune e il *nomos* particolare: intendendo, infatti, in Arist. *Eth. Nic.* 1134 b 18-24 (cfr., inoltre, Arist. *pol.* 1287 b) il diritto c.d. fisico (o 'comune' secondo Aris. *rhét.* 1368 b, 1373 b) come quel diritto che, esprimendosi in termini universali, può essere specificato dall'uomo (ma non negato o mistificato), tra 'ciò che è scritto come proprio di una *polis*' e 'ciò che non è scritto ed è comune' (ossia, entro il giusto politico, tra ciò che è 'fisico' e ciò che è 'nomico') non si instaura un rapporto antagonista, ma solo di 'sinergia dialettica', in aperta polemica con le argomentazioni relativistiche dei sofisti (in tali termini, persuasivamente, G. ZANETTI, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 5 ss.): così, se l'esempio aristotelico della norma che impone di 'sacrificare in onore di Brasida' può scomporsi in un *nomos koinos* (universale) che impone senz'altro il 'sacrificio', e in una puntualizzazione (particolare) di *nomos idios* che precisa il destinatario (o, in altri frangenti, può precisare diverse modalità del sacrificio), allo stesso modo il passo erodoteo attesta un rapporto simile tra vincolo generale di 'pietà verso i genitori defunti' e disposizioni particolari che specificano il *quomodo* della 'pietà filiale' (cfr., *amplius*, C. PELLOSO, *Coscienza*