

DALL'OBBLIGO ALLA PRESTAZIONE DEGLI ALIMENTI ALLA OBLIGATIO EX LEGE

ANTONIO SACCOCCIO

ABSTRACT: Una vera e propria obbligazione alimentare legale sorge in diritto romano relativamente tardi, a causa del concorrere di vari elementi, tra cui spicca il potere assorbente della *patria potestas*. Solo con l'imperatore Antonino Pio si registra nelle fonti una consistente casistica in tema. I romani non si pongono pertanto il problema della collocazione dogmatica di questa obbligazione, che non trova posto né all'interno delle classificazioni elaborate da Gaio (bipartizione e tripartizione) né di quella elaborata da Giustiniano (quadripartizione). Essa non si riscontra neanche nella rielaborazione che trae spunto da Teofilo, la quale offre lo spunto per la nascita dell'istituto dei quasi contratti, fino a quel momento sconosciuto alle fonti romane.

Con i giuristi umanisti ci si pone il problema della definizione dei quasi contratti, che sono visti come atti umani leciti produttivi di obbligazioni senza il consenso. Tale definizione, che passa nei Cc. francese del 1804 e poi nel Cc. it. 1865, i quali adottano in linea di principio la quadripartizione di origine giustiniana, lasciava scoperto un ambito, all'interno del quale, tra le altre fattispecie, si collocavano proprio le obbligazioni alimentari legali. Il vizio appare imputabile al tentativo di costruire dogmaticamente una categoria intorno al dato di struttura anziché al dato meramente effettuale. Per il recupero di queste obbligazioni, che non si riesce ad inserire nella quadripartizione, si crea la categoria delle *obligationes ex lege*, come categoria residuale.

Il passaggio da una accezione giusnaturalistica ad una positivista del termine 'legge' determina un corto circuito logico, il quale, a sua volta, provoca l'abbandono della categoria delle *obligationes ex lege* da parte del Cc. it. 1942, il quale tenta il ritorno alla tripartizione gaiana.

La mancata comprensione della infondatezza di una assimilazione strutturale lascia però invariata la lacuna classificatoria con riguardo alle obbligazioni alimentari legali, a cui la dottrina risponde riesumando la vecchia e desueta categoria delle *obligationes ex lege*, la quale però non appare in grado di illuminare dogmaticamente in maniera sufficiente queste obbligazioni. Si propone il ritorno alla categoria delle *variae causarum figurae*, in cui l'interprete sia avvertito della coerenza solo effettuale della categoria stessa.

RESUMEN:

Parole chiave: Alimenti; obbligazioni alimentari legali; fonti delle obbligazioni; quadripartizione; quasi contratti; *variae causarum figurae*; *obligationes ex lege*.

Sommario: I. La posizione del problema: la 'nascita' dell'obbligazione alimentare in diritto romano. – II. La collocazione dell'obbligazione alimentare all'interno della teoria delle fonti delle obbligazioni: una precisazione. - III. L'obbligazione alimentare e le teorie romane sulle fonti delle obbligazioni: dalla bipartizione alla quadripartizione. 1. Dalla bipartizione alla tripartizione in Gaio. 2. Il tentativo di Modestino. 3. Da Giustiniano a Teofilo: la nascita dei quasi contratti. – IV. La 'categoria' del quasi contratto. – V. Verso le Codificazioni: la 'legge naturale' come criterio ordinatore delle obbligazioni. VI. Il Cc. francese del 1804. 1. Tra la volontà e la legge (civile). 2. Dalla 'legge civile' di nuovo alla 'legge naturale': ritorno al futuro?. 3. Le *obligationes ex lege* nell'ordinamento giuridico italiano: dal Cc. it. 1865 al Cc. it. 1942. 4. 'Ogni altro atto o fatto idoneo a produrle' come 'porta aperta' per il ritorno alla 'legge naturale'. 5. Ciò che si scaccia dalla porta rientra dalla finestra: il ritorno della *obligatio ex lege* per l'inquadramento dogmatico delle obbligazioni alimentari.

I. La posizione del problema: la 'nascita' dell'obbligazione alimentare in diritto romano.

A partire dal I sec. d.C., il diritto romano assiste alla nascita e allo sviluppo, secondo modalità che tutto sommato costituiscono ancora un aperto campo di indagine per i romanisti, del regime delle obbligazioni alimentari¹ legali² all'interno della *familia* romana.

¹ In verità il concetto stesso di 'obbligazione' alimentare è stato tutt'altro che esente da discussioni: già i pandettisti, infatti, rilevavano come in questo caso ci troveremmo di fronte ad «anomalische Rechte», trattandosi piuttosto di diritti che si radicano in un *officium*, a cui corrisponderebbe non una normale *obligatio*, non diritti di per se stessi, ma

In linea generale, e senza scendere in questa sede nei particolari³, si può affermare che l'obbligo legale reciproco di soccorrere con la prestazione degli alimenti alcune persone particolarmente 'vicine' all'alimentando sorse a Roma, all'interno della giurisdizione consolare⁴, con ogni verosimiglianza nei rapporti tra patrono e liberto: infatti, già nel I sec. a.C., con la *lex Aelia Sentia*, l'inosservanza di un tale dovere, nell'una o nell'altra direzione (liberto-patrono e patrono-liberto),

piuttosto doveri morali resi coattivi dall'ordinamento: cfr. G. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht, mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes*, I, Tübingen, 1871, § 28, 229 s.; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, I, 1873², § 73, 234 s.; G. HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihrer Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, 145. Su questa base, A. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra coniugi*, in *Riv. dir. civ.* 1910, 145 ss., cito da *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, *Scritti di: Teoria generale del diritto; Diritto di famiglia*, t. II, a cura di F. MESSINEO, Milano, 1965, 713 ss., poté esaltare il carattere autonomo dell'obbligazione alimentare, considerato come rispondente ad un interesse di ordine superiore, metaindividuale, tutelato solo mediatamente in vista della salvaguardia dell'interesse pubblico (vd. *infra*, nt. 28). Ai nostri giorni, non si dubita più del fatto che la struttura dell'obbligazione sia rinvenibile anche in materie collocate al di fuori delle sezioni del Cc. dedicate al diritto delle obbligazioni in senso stretto: cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, II, Milano, 1965⁹, § 74, 230; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale del rapporto)*, I, Milano, 1968, 74 ss.; P. RESCIGNO, s.v. *Obbligazioni (diritto privato) a) nozioni generali*, in *ED*, 29, Milano, 1979, 146 s.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 23 ss.

² Non interessano qui né gli obblighi alimentari che sorgono da legato (per i quali cfr. il titolo 34,1 del Digesto), né quelli che sorgono per determinazione convenzionale delle parti o da illecito: per un inquadramento di queste fattispecie, vd. ora M. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, IV, *Il diritto di famiglia*, III, a cura di M. DOGLIOTTI e M. SESTA, Torino, 1999, 533 ss. Analogamente, non mi occupo del problema delle istituzioni alimentari nel diritto romano, sulle quali esiste una ricca bibliografia: cfr., *ex multis*, W. KUBITSCHKEK, s.v. *alimenta*, N. 2, in *PWRE*, I,1 1894, 1484 s.; E. DE RUGGIERO, s.v. *Alimenta*, in *Diz. ep. di antich. rom.*, I, 1895, 402 ss.; V. SIRAGO, *L'Italia agraria sotto Traiano*, Louvain, 1958 (Napoli, 1991²), 275 ss.; R. DUNCAN-JONES, *The Purpose and Organisation of the Alimenta*, Papers of the British school at Rome, 1964, 123 ss.; E. LO CASCIO, *Gli alimenta, l'agricoltura italica e l'approvvigionamento a Roma*, in *Rend. acc. linc.*, 33, 1978, 311 ss.; W. ECK, *Die staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit*, München, 1979, cito dalla trad. it. *L'Italia nell'impero romano. Stato e amministrazione in epoca imperiale*, Bari, 1999, 151 ss.; C. BOSSU, *L'objectif de l'institution alimentaire: Essai d'évaluation*, in *Latomus*, 48, 1989, 372 ss.; A. ABRAMENKO, *Zur Organisation der Alimenterstiftung in Rom*, in *Laverna*, 1, 1990, 125 ss.; A. MAGIONCALDA, *L'età dei beneficiari nelle 'fondazioni' alimentari private per l'infanzia durante l'alto impero*, in *SDHI*, 61, 1995, 327 ss.; L. WIERSCHOWSKI, *Die Alimenterinstitution Nervas und Traians. Ein Programm für die Armen?*, in *Imperium romanum. Studien zu Geschichte und Rezeption. Fs. für K. Christ zum 75. Geburtstag*, a cura di P. KNEISSL e V. LOSEMANN, Stuttgart, 1998, 756 ss.; J. CARLSEN, *Gli alimenta imperiali e privati in Italia: ideologia ed economia*, in *Demografia, sistemi agrari, regimi alimentari nel mondo antico (Pavia, 17-19 ottobre 1997)*, a cura di D. VERA, Bari, 1999, 273 ss.; G. MIGLIORATI, *Cassio Dione e l'impero romano da Nerva ad Antonino Pio alla luce dei nuovi documenti*, Milano, 2003, 14 s.; G. MAININO, *Dalla persona alla persona giuridica: la persona in Gaio e il caso delle 'istituzioni' alimentari nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*, 70, 2004, 481 ss. (del quale però non mi pare condivisibile il tentativo di superare l'accezione concreta del termine 'persona' nelle fonti romane); C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli, 2006, 46 ss.; J.A. TAMAYO ERRAZQUIN, *Alimenta. Una institución a caballo entre la munificencia y la propaganda*, in *RIDA*, 57, 2010, 435 ss.; I. CAO, *Alimenta. Il racconto delle fonti*, Padova, 2010; L. DI PINTO, *Cura studiorum. Tra pensiero giuridico e legislazione imperiale*, Napoli, 2013, 21 ss.

³ Mi riprometto di tornare sul punto in un altro scritto di prossima pubblicazione sulle pagine di questa rivista.

⁴ In realtà ciò non risulta espressamente da nessuna fonte, ma la dottrina concorde lo deduce ragionevolmente dal fatto che la gran parte dei fr. conservati nel titolo D.25,7, in cui è discussa la materia, sono estratti da *libri de officio consulis*; è certo, però, che l'originaria competenza consolare venne presto meno, sostituita dai tribunali imperiali della *cognitio extra ordinem* e dal *praeses* in provincia: cfr. sul punto B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 268; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, 47, 2001, 32 (lett. alla nt. 7); EAD., *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. CASCIONE e C. MASI DORIA, Napoli, 2002, 136 ss., la congettura della quale (che nell'ambito della procedura *de partu adgnosendo* già in età ulpiana perfino il pretore potesse essere competente) mi pare tutto sommato azzardata. È però importante sottolineare un dato significativo e solitamente trascurato o sottovalutato in dottrina: l'affermarsi dell'obbligo alimentare grazie all'interposizione dei consoli costituisce a mio avviso un riflesso della forza (a quel tempo) del consolidato sistema di *ius civile* in tema di diritto di famiglia, considerato che l'obbligo alla prestazione degli alimenti non sorge all'interno della giurisdizione pretoriale, ma solo, grazie ai consoli, *extra ordinem*: così cfr. già G. LAVAGGI, s.v. *Alimenti (diritto romano)*, in *ED*, 2, 1958, 19.

era punita addirittura con la perdita della libertà, da un lato, e la perdita delle aspettative successorie, dall'altro lato⁵.

All'interno della *familia* in senso stretto, un tale obbligo sorse relativamente tardi, per una serie di ragioni, a cui non dovette essere estranea l'ampiezza di poteri connessa alla *patria potestatis*, che faceva, in linea di principio, del *pater familias* l'unico 'giuridicamente capace' all'interno del gruppo familiare⁶.

Di conseguenza, non sorprende che, in questo ambito, un vero e proprio obbligo legale di prestare gli alimenti a congiunti in difficoltà (e non un mero obbligo morale di soccorrere i parenti che versino in ristrettezze⁷) sorga, con ogni probabilità⁸, solo a partire dal I-II sec. d.C. (vd. *infra*,

⁵ Cfr. *Mod., l. sing. de manum* D.38,2,33: *Si patronus non aluerit libertum, lex Aelia Sentia adimit eius libertatis causa imposita tam ei, quam ipsi ad quem ea res pertinet, item hereditatem ipsi et liberis eius, nisi heres institutus sit, et bonorum possessionem praeterquam secundum tabulas*. Vd. anche, sebbene riferito ad un periodo più tardo, *Marcian. 13 inst.* D.37,14,5,1: *Imperatori nostro rescripto cavetur, ut, si patronus libertum suum non aluerit, ius patroni perdat*.

⁶ Nota e quasi tralattizia nella dottrina in materia è l'affermazione di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928² (rist. Roma, 2002), II, 168, ripresa poi soprattutto da E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti* cit., 295 e nt. 2, per cui la presenza della *potestas vitae necisque* (ma anche dello *ius exponendi* rispetto ai neonati) in capo al *pater familias*, così come l'impossibilità da parte dei *filius familias* di essere titolari di un patrimonio proprio, rendeva di fatto impensabile la posizione del problema; la stessa uscita dalla *potestas* (così come la mancata costituzione della *manus* sulla donna in caso di celebrazione di un matrimonio), ancorché storicamente risalente, doveva costituire un caso di diffusione inversamente proporzionale alla forza dirompente della *potestas* stessa, impedendo così la nascita di una casistica riguardante l'obbligazione alimentare: per questo punto, che costituisce quasi un *tópos* nella dottrina romana degli alimenti, cfr. G. LAVAGGI, s.v. *Alimenti (diritto romano)*, in *ED*, 2, 1958, 18; R. ORESTANO, s.v. *Alimenti (diritto romano)*, in *NNDI*, I,1, 1968, 483; A. DI FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, 47, 2001, 29; M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, 73, 1970, 336 ss. e poi da ultimo anche D. CENTOLA, *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare*, in *Teoria e Storia del diritto privato*, 6, 2013, 6 (dell'estratto). Per un riepilogo delle opinioni più risalenti, utile appare I.P. SURDUS, *De alimentis*, Venetiis, 1611, Tit. I, quaest. 27, § 2, p. 24. e Tit. I, quaest. 83, p. 66 s.

⁷ Cfr. soprattutto G. LEVAGGI, s.v. *Alimenti (diritto romano)*, in *ED*, 2, 1958, 19 ss.; ma poi cfr. anche M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, 73, 1970, 336 ss. Taluno ha ipotizzato che i romani avrebbero inizialmente riconosciuto un mero dovere morale di alimentare persone legate da parentela agnaticia, e solo successivamente questo si sarebbe trasformato in obbligo giuridico vero e proprio: in tal senso, dopo G. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrecht*, Tübingen 1871, I, 230 s., cfr. E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit*, in *Festschrift F. Schulz I*, Weimar, 1951, 311; a conclusioni non dissimili era giunto anche R. TAUBENSCHLAG, *Die Alimentationspflicht im Rechte der Papyri*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento I*, Palermo, 1936 (rist. Aalen, 1974), 507-511, con riferimento al diritto dei papiri greco egiziani per quanto riguarda il periodo anteriore agli antonini (con la possibile parziale eccezione del caso di una donna incinta verso il marito, in favore di lei e del nascituro); di recente, di obbligo morale parlano anche D. CENTOLA, *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti* cit., 6 (dell'estratto); *Id.*, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche*, in *SDHI*, 72, 2006, 172; L. SANDIROCCO, «Non solum alimenta praestari debent», in *Rivista di diritto romano*, 13, 2013, 17 ss. Anche nella civilistica si ipotizza il medesimo percorso di giuridicizzazione dei doveri alimentari: cfr. L. SECCO-C. REBUTTATI, *Degli alimenti. Commento del tit. XIII del Libro I del Codice civile*, Milano, 1957, 7 i quali parlano di «una esigenza di carattere morale ed equitativo» obbligo morale, che diventa giuridico solo a seguito di un accordo tra le parti o dell'intervento del giudice; C.G. TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, Napoli, 2004, 50, il quale parla di «giuridicizzazione di un dovere morale»; S. MUSCETRA-T.V. RUSSO, s.v. *Alimenti (diritti positivi odierni)*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, I, sotto la direzione di E. SGRECCIA e A. TARANTINO, Napoli, 2009, 312, i quali, con riferimento agli artt. 433-448 Cc. it. 1942 parlano di una «veste giuridica di un indefettibile precetto morale di umana solidarietà». A mio avviso, però, una simile impostazione sembra evocare una sorta di evolucionismo che, per le ragioni sopra descritte, non coglie alla radice la realtà giuridica familiare romana, ma cerca di spiegarla alla luce di categorie preconcepite, immaginando un passaggio dal non giuridico al giuridico. Di certo la frase del giurista Marcello, il quale, ancora nel III sec. d.C., afferma che «colui che la figlia partorisce non va a carico del di lei ascendente, ma di suo padre, a meno che il padre o non sia più in vita o sia povero» (D.25,3,8 *Marcell., 1 ad leg. Iul. et Pap.*: cfr. Iustiniani Augusti *Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, IV [20-27], a cura di S. SCHIPANI, Milano, 2011, 321) non può essere valutata come la rappresentazione di un 'dovere morale'. Più adeguato mi pare parlare di un 'obbligo non giuridicizzato', rispetto all'osservanza del quale, già in età repubblicana interveniva un diffuso controllo sociale, a cui poteva non essere estraneo l'intervento da parte dei censori, il quale di fatto risultava strumento idoneo a garantire una adeguata distribuzione delle risorse alimentari (ma non solo di quelle) all'interno della

nel testo), e viaggi di pari passo con l'affermarsi di una «ben diversa e più moderna organizzazione della famiglia, intesa come un gruppo di persone che si devono reciprocamente particolari riguardi anche sotto il profilo giuridico»⁹.

All'affermarsi di tale obbligazione contribuì senza dubbio, inoltre, il concorrere di alcuni altri elementi, tra i quali vale la pena qui ricordare: l'indebolimento dell'antico istituto della *patria potestas* (e la conseguente pratica scomparsa della *potestas vitae necisque*, sebbene essa non sia stata mai formalmente abolita e sebbene anche nel periodo postclassico continuiamo a riscontrare la vigenza dello *ius exponendi*); la diffusione dei matrimoni *sine manu* e il declino della funzione 'politica' della *familia*; l'acquisto da parte dei *filius familias* di una sempre maggiore autonomia patrimoniale rispetto al *pater*, che in termini moderni si esprime con l'acquisto da parte loro della 'capacità giuridica'; e, infine, la valorizzazione sempre maggiore dei vincoli di sangue (*cognatio*) e affettivi rispetto a quelli legati all'antico istituto dell'*adgnatio* non solo nella famiglia, ma anche, ad esempio, nell'ambito della successione pretoria (*bonorum possessio*).

In particolare, è possibile che una prima occasione per l'affermarsi di un dovere alimentare tra consanguinei sia stata offerta a Roma dal SC *Plancianum*, dell'età di Vespasiano, con cui a seguito di una complessa procedura, la donna, che affermasse di essere stata sposata con un cittadino romano, di avere poi divorziato da questi, ma di essere di lui incinta, dopo avergli inviato una apposita notifica, poteva costringere l'ex marito ad '*adgnosceret partum*', espressione con la quale si indicava l'obbligo del marito di *alere* (nutrire ed educare) il figlio così nato¹⁰.

famiglia: così cfr. già G. CORNIL, *Contribution a l'étude de la patria potestas*, in *NRHDFE*, 21, 1897, 475, ma poi anche M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, 73, 1970, 345. Mi pare interessante notare come nella civilistica moderna,

⁸ Estremamente dubbio mi appare voler inferire da una testimonianza risalente a Labeone (D.27,3,1,4 *Ulp.*, 36 *ad ed. Praeterea, si matrem aluit pupilli tutor, putat Labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egentis dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egens sit et filius in facultatibus positus*) l'esistenza di un obbligo legale agli alimenti del figlio nei confronti della madre già nel I sec. d.C. Ciò, però, non per le ragioni addotte da E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, Milano, 1925, poi in *Studi di diritto romano I. Persone e famiglia*, Milano, 1933, 267, il quale, per rendere coerente il passo con la posizione aprioristica da lui assunta (cioè che l'obbligo alimentare tra madre e figlio sarebbe stato istituito solo in età giustiniana) giudicava interpolato l'intero frammento, proponendo addirittura l'inserimento di un '*non*', prima di '*imputare*', attirandosi per questo diverse critiche (per una opinione concorde, vd. invece, però, F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938, 276 ss.), da parte di quanti ritenevano quella presente la più antica testimonianza di un obbligo alimentare tra congiunti: cfr., tra i tanti che condividono questa posizione, M. LAURIA, '*Periculum tutoris*', in *Studi in onore di S. Riccobono*, III, Palermo, 1933, 295 nt. 55 (= in *Studii e ricordi*, a cura di F. D'IPPOLITO, Napoli, 1983, 221 nt. 55); E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit*, in *Festschrift F. Schulz I*, Weimar, 1951, 354 e nt. 3; R. ORESTANO, *s.v. Alimenti (diritto romano)*, in *NNDI*, I,1, 1968, 483; M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, 73, 1970, 325 e 338; EAD., *Alimenti: tentativo di ordinare in modo sistematico le fonti autoritative citate dai giuristi*, in *Mélanges F. Sturm*, I, Liège, 1999, 595 ss.; M.P. BACCARI, *s.v. Alimenti (diritto romano)*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, I, sotto la direzione di E. SGRECCIA e A. TARANTINO, Napoli, 2009, 301; J.M. ALBURQUERQUE, *La prestación de alimentos en derecho romano y su proyección en el derecho actual*, Madrid, 2010, 44 ss. e 156 ss.; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti* cit., 44 s.; D. CENTOLA, *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti* cit., 23 ss. (dell'estratto), quest'ultimo però con una posizione alquanto equilibrata. Infatti, a me pare, piuttosto, che il giurista augusteo si limiti qui, in un contesto tipico (cioè in sede di rendiconto della tutela), a consentire al tutore la possibilità di imputare al pupillo quanto speso per gli alimenti somministrati alla madre di costui: voler dimostrare sulla base di ciò l'esistenza di un obbligo alla prestazione degli alimenti del figlio verso la madre mi pare che tenda a sottovalutare l'ampiezza della *fides bona* connaturata al *iudicium tutelae*. Del resto, una obbligazione alimentare tra madre e figlio al tempo di Labeone appare non in linea con il complessivo quadro socio-economico-giuridico delineato dalle fonti.

⁹ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 259; sul punto, vd. da ultima C. CORBO, *Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*, 77, 2011, 87 ss. con la letteratura più antica. Non mi pare però possibile affermare che in questo processo vengano coinvolti anche valori veicolati dal cristianesimo, secondo la nota tesi di M. ROBERTI, *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, in *Miscellanea A. Vermeersch, S.J.*, Roma, 1935, 27 ss. (cito dall'estratto).

¹⁰ Per un primo superficiale inquadramento del SC, vd. G. SCIASCIA, *Il senatoconsulto Planciano sui figli nati dopo il divorzio*, in *Atti del seminario romanistico internazionale (Perugia-Spoleto-Todi, 11-14 ottobre 1971)*, Perugia, 1972, 243 ss. La procedura, costituita dal sovrapporsi di due SC, è complessa e non è possibile qui seguirla nemmeno sommariamente; mi sia consentito rinviare a B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 261 ss.; A. DE

Non è escluso che si possano valorizzare in tal senso alcune testimonianze risalenti già all'età di Adriano¹¹, ma è certo che una casistica consistente però comincia ad emergere nelle fonti in nostro possesso solo a partire dal II sec. d.C., quando, con Antonino Pio, si comincia ad affermare il principio per cui *'parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est'*¹². Su questa base, la dottrina dominante ha avuto buon gioco nell'affermare che nel diritto romano una obbligazione alimentare legale si sarebbe affermata in pianta stabile solo tra il I e il II sec. d.C. e si sarebbe poi gradatamente consolidata.

Mi pare però evidente che si tratta di un obbligo che ancora in età imperiale fatica a trovare la sua 'giuridicizzazione', se ancora nel II sec. d.C. sono necessari degli interventi del principe per ribadire l'obbligo di sostenere gli ascendenti o i discendenti in difficoltà.

Per quanto riguarda le ragioni dell'emersione storica di un tale dovere, mi pare che le fonti confortino l'ipotesi per cui il punto di partenza sia costituito da richieste dei *patres* di essere alimentati dai figli ancora *in potestate* (e non viceversa)¹³, e solo successivamente il suo ambito

FRANCESCO, *Giudizio alimentare* cit., 93 ss.; M.G. ZOZ, *Scioglimento del matrimonio: riflessioni in tema di affidamento e mantenimento dei figli*, in *IURA*, 56, 2006-2007, 123 ss.; S. TAFARO, *Diritti dei fanciulli*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, a cura di A. PALMA, III, Napoli, 2009, 1281 ss.

¹¹ Il riferimento è alle *Sententiae et epistulae Adriani*, compilazione bilingue del III sec. (cfr. ed. Böcking; per orientarsi, cfr. N. LEWIS, *Hadriani Sententiae*, in *Greek Roman and Byzantine Studies*, 32, 1991, 267 ss.; G. FLAMMINI, *Le «sententiae» dell'imperatore Adriano: il latino giuridico nella didattica di età imperiale*, in *Atti del convegno internazionale «Il latino del diritto» [Perugia 8-10 ottobre 1992]*, a cura di S. SCHIPANI e N. SCIVOLETTO, Roma, 1994, 245 ss. entrambi con bibl.), la quale però verosimilmente riporta decisioni risalenti all'imperatore Adriano) in cui si legge di un obbligo alimentare posto dall'imperatore a carico di un figlio verso il padre (§ 4); di un *curator* al minore da lui tutelato (§ 12) e (con una doverosità di livello minore imposta dall'imperatore) di un figlio verso la madre (§ 14 dubbio): sul punto, cfr. in questo senso M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., 323 ss.; A.A. SCHILLER, *Alimenta in the Sententiae Hadriani*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1974, 401 ss.; E. QUINTANA ORIVA, *En torno al deber legal de alimentos entre cónyuges en el derecho romano*, in *RIDA*, 47, 2000, 179 ss., la quale però tende a confondere il dovere legale di prestare gli alimenti con le convenzioni o i legati che assolvono a tale funzione; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti* cit., 32 nt. 6 e 38 ss.; L. SANDIROCCO, *«Non solum alimenta praestari debent»*, in *Rivista di diritto romano*, 13, 2013, 17 ss.; contrario D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare* cit., 174.

¹² Cfr. C.5,25,1 (*Imp. Pius A. Basso; sine die et consule*), ma sempre ad Antonino Pio appare rimontare l'affermazione, nel 161 d.C., per cui *'Competens iudex a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit'* (C.5,25,2 *Divi fratres Celeri*; a. 161). Per analoghe affermazioni, vd. però anche *Ulp., 2 de off. cons. D.25,3,5,16 (Pater quamvis ali a filio ratione naturale debeat, tamen aes alienum eius non esse cogendum exsolvere filium rescriptum est)*; *Ulp., 2 de off. cons. D.25,3,5,6 (Idem [Divus Pius] rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constituerit apud iudicium iuste eam procreatam)*; o C.8,51,2 pr. (*Imp. Valentinianus Valens et Grat. AAA. ad Probum pp.*; a. 374), in cui l'imperatore Valentiniano III afferma testualmente: *Unusquisque subolem suam nutriat*; o C.6,61,8,4 (*Imp. Iust. A. Iohanni pp.*; a. 531), in cui Giustiniano, nel 531 d.C., afferma che *'Ipsum autem filium vel filios vel filias et deinceps alere patri necesse est'*. Vd. anche (indirettamente) *Ulp., 2 de off. cons. D.25,3,5,17*. Alla prestazione degli alimenti da parte dei figli ai loro *parentes* dedica una ampia trattazione Seneca: cfr. *Sen., Contr. 7,4,1* ss. La originaria competenza consolare era piena (il *summatim* di *Ulp. 2 de off. cons. D.25,3,5,8*, a differenza di quanto crede S. TAFARO, *Diritti dei fanciulli*, cit., 1292, si riferisce soltanto alla *quaestio de statu* eventualmente innestata all'interno di un giudizio alimentare); essa, però, venne presto meno, sostituita dai normali tribunali imperiali della *cognitio extra ordinem* e dal *praeses* in provincia: cfr. sul punto B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 268; A. DI FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli* cit., 32 (lett. alla nt. 7); EAD., *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, cit., 136 ss., la congettura della quale (che nell'ambito della procedura *de partu adgnosendo* già in età ulpiana perfino il pretore potesse essere competente) mi pare tutto sommato azzardata.

¹³ L'opinione contraria è stata a lungo dominante in dottrina: cfr. ad es. E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt* cit., 323 ss., seguito ancora di recente da P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana in età imperiale*, in *Index*, 40, 2012, 364. A mio avviso, però, una lettura non preconcepita delle fonti spinge verso l'interpretazione opposta. Innanzitutto, si noti come in due dei casi affrontati dall'imperatore Adriano (vd. *supra* nt. 11) si parli di richieste presentate dai genitori (padre e madre) nei confronti di un figlio; inoltre, è significativo che nella retorica latina, in tema di discussioni sull'obbligo agli alimenti, «le *quaestiones* riguardano esclusivamente l'obbligo dei figli di alimentare i genitori»: così cfr. A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli* cit., 58. Ancora: l'affermazione espressa dell'obbligo di prestare gli alimenti al padre in capo al figlio emancipato impubere (il quale, beninteso, sia nelle condizioni di poterlo fare) così come in capo al figlio *miles* (stavolta però *pietatis gratia*), si trova espressamente affermata in *D.25,3,5,13* e *15*. Infine, decisivo sul punto mi pare *Ulp., 2 de off. cons. D.25,3,5 pr.*: *Si quis pater a liberis ali desideret vel si liberi, ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscat. Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate*

applicativo sarebbe stato esteso a richieste corrispettive dei figli nei confronti dei genitori, anche al di fuori del vincolo potestativo, e poi, forse, nei rapporti del figlio con la madre¹⁴ o con gli avi e gli altri ascendenti dal lato paterno (*agnati*)¹⁵ o, reciprocamente, tra fratelli e sorelle¹⁶.

Con Giustiniano, la prestazione degli alimenti ai congiunti in difficoltà appare costituire un dovere ormai istituzionalizzato, discutendosi semmai soltanto sulla sua estensione¹⁷.

II. La collocazione dell'obbligazione alimentare all'interno della teoria delle fonti delle obbligazioni: una precisazione

In questa sede, non mi interessa tanto soffermarmi sulla nascita o sullo sviluppo dell'obbligazione alimentare, per seguirne l'evoluzione all'interno della tradizione civilistica, e neanche indagare sull'estensione dei doveri connessi a tale obbligazione (ad es., se rientrassero o meno nell'obbligo alimentare le spese per le medicine o per l'istruzione ecc.) o sul progressivo ampliamento del novero dei soggetti a carico dei quali essa veniva a gravare, perché tali argomenti sono stati oggetto di una consistente attenzione della dottrina romanistica e civilistica in periodi recenti, a cui non è estraneo anche un mio contributo apparso nelle pagine di questa stessa rivista¹⁸.

cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est. Et magis puto, etiamsi non sunt liberos in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere), dove il giurista severiano, con una prudenza da non sottovalutare, resa evidente dal '*magis puto*' (su cui si soffermano E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti* cit., 253; e F. LANFRANCHI, "Ius exponendi" e *obbligo alimentare nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 6, 1940, p. 16) si chiede se si debbano alimentare solo i figli in potestà o anche quelli emancipati; e anche se la risposta del giurista è positiva, il modo in cui la questione è posta dimostra come l'obbligo fosse sorto essenzialmente per i primi e fosse da questi passato anche ad altri soggetti che non rientravano all'interno della *potestas*. Per l'impostazione qui seguita, cfr. G. LAVAGGI, *s.v. Alimenti* cit., 18 s.; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli* cit., 32 nt. 6 e 38 ss., mentre per la chiave retorica per cui con la prestazione degli alimenti al padre si restituirebbe a questi parte del beneficio ricevuto dal figlio stesso con la nascita, vd. di recente M. LENTANO, «*An beneficium patri reddi possit*», in *Labeo*, 45, 1999, 392 ss.

¹⁴ Il passo di gran lunga più rilevante (e più discusso) a questo proposito è senza dubbio *Ulp.*, 36 *ad ed.* D.27,3,1,4, sul quale rinvio a quanto detto *supra*, nt. 8; cfr. però anche *Ulp.*, 2 *de off. cons.* D.25,3,5,2 e 3. Sul punto, dopo G. LONGO, *Contributi di critica esegetica*, I, *Sul diritto agli alimenti*, in *Ann. Macer.*, 17, 1948, 218 s., vd. ora M.G. ZOZ, *Scioglimento del matrimonio* cit., 123 ss., la quale (p. 128) parla di una sorta di «forza di attrazione» tra mantenimento e affidamento dei figli; troppo netta mi pare la posizione assunta (senza addurre argomenti convincenti) sul punto da M.P. BACCARI, *s.v. Alimenti* cit., 302. Si noti comunque che la madre è tenuta ad alimentare i figli solo in subordine al padre, dal quale può ripetere quanto eventualmente a tal fine versato: cfr. ad es. *Ulp.*, 2 *de off. cons.* D.23,5,5,14 (*Si mater alimenta, quae fecit in filium, a patre repetat, cum modo eam audiendam*: non condivido sul punto l'opposta interpretazione di S. TAFARO, *Diritti dei fanciulli*, cit., 1292); *Paul.*, 1 *quaest.* D.3,5,33 (che traccia anche un parallelo con la prestazione degli alimenti da parte della nonna al nipote); ma anche *Nov.* 117,7.

¹⁵ Cfr. *Paul.*, 1 *quaest.* D.3,5,33; *Ulp.*, 2 *de off. cons.* D.25,3,5,5. Su questi profili, vd. E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt* cit., 316 ss. e in particolare 327 ss.

¹⁶ La questione è ancora tutto sommato dibattuta, perché i casi riportati in *Iul.*, 21 *dig.* D.27,2,4 e in *Ulp.*, 36 *ad ed.* D.27,3,1,2 rappresentano delle particolarità (si noti che in entrambi i casi è coinvolto il giurista Salvio Giuliano) che non è detto possano essere generalizzate; mentre in *Paul.*, 2 *sent.* D.23,3,73,1; in *Paul.* 7 *ad Sab.* D.24,3,20; e in *Gai.* 12 *ad ed. prov.* D.26,7,13,2 non si esprime alcuna doverosità della prestazione alimentare: sul punto, cfr. G. LONGO, *Contributi di critica esegetica*, cit., 220 s.; E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt* cit., 356 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 268.

¹⁷ In particolare, Giustiniano estende l'obbligo alimentare nei confronti dei figli illegittimi (lo si può argomentare e *contrario* da *Nov.* 89,15 [a. 539]), con esclusione dei soli figli incestuosi o nati da relazioni delittuose, così come anche ai figli nati da matrimonio nullo (*Nov.* 12,2 [a. 535]; *Nov.* 89,13 [a. 539]). Gravati dall'obbligo verso i figli naturali risultano per l'imperatore anche i figli legittimi, fratelli naturali dell'alimentando (*Nov.* 89,12 [a. 539]). Egli, inoltre, generalizza ed estende all'infinito l'obbligazione di prestare gli alimenti a favore e contro gli avi paterni e materni, senza differenza tra loro (vd. *Nov.* 117,7 [a. 542] e *Iust. A. Demosth. pp.* a. 529 C.1,5,19,3), di cui alcune tracce erano presenti già all'interno del Digesto (vd. *Ulp.*, 2 *de off. proc.* D.25,3,5,2 e 8). Per questi profili, cfr. M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., 328 ss. e A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli* cit., 34 ss.

¹⁸ Per delle puntualizzazioni sui vari aspetti coinvolti, cfr., nell'ultimo quarantennio, M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., 328 ss.; EAD., *Alimenti: tentativo di ordinare in modo sistematico le fonti* cit., 595 ss.; EAD., *Rapporti di patronato: la interpretazione giurisprudenziale in tema di alimenti*, in *Studi in onore di A. Metro*, a

Non prenderò neanche in esame, dal punto di vista diacronico, la trattazione dell'obbligazione alimentare nelle fonti giuridiche a partire dalla Glossa accursiana, passando per l'opera fondamentale di Roffredo da Benevento e fino ai giusnaturalisti che hanno aperto la via alle trattazioni codicistiche della materia: per questo rinvio alle pregevoli opere pubblicate in materia in tempi anche a noi vicini¹⁹.

Qui mi interessa piuttosto soffermarmi sul problema costituito dalla collocazione tecnico-dogmatica dell'obbligazione alimentare all'interno della teoria romana e contemporanea delle fonti delle obbligazioni.

Tale questione, non deve essere confuso con quella, solo apparentemente analoga, relativa al fondamento di tale obbligazione alimentare, cioè, in altre parole, su quali siano i motivi che, da un punto di vista di politica giuridica, spingono il legislatore, quello antico come quello moderno, a prevedere una obbligazione alimentare legale a carico di alcuni soggetti.

Da quest'ultimo punto di vista, la dottrina ha frequentemente fatto riferimento a valori come *pietas*, *charitas sanguinis*, *miserecordia*, *aequitas* ecc., che già i romani evidenziavano a fondamento dell'istituto²⁰. In particolare, tra i civilisti contemporanei, alcuni, riagganciandosi ad una vecchia tesi enunciata dalla dottrina austriaca, hanno ritenuto di dover inquadrare la nostra obbligazione in una sorta di terra di confine in bilico tra la tutela di un interesse pubblico e uno privato, affermando che l'obbligazione alimentare altro non sarebbe se non un risvolto del dovere pubblicistico facente capo allo Stato di assicurarsi che ad ogni consociato non manchino i mezzi per la sussistenza: in tal modo, si finisce per dover ammettere che l'obbligazione alimentare rappresenti una estrinsecazione del dovere dello Stato di soccorrere quanti versino in stato di bisogno²¹. In questo quadro, non è mancato chi, negando la natura patrimoniale dell'obbligazione alimentare, ne ha di conseguenza sottolineato la natura di dovere pubblicistico, ritenendo che di essa, in quanto diritto familiare pubblico (o, come qualcuno ha scritto, un diritto familiare statuale)²², dovrebbe farsi carico in prima battuta lo Stato, il quale però lascerebbe il campo alla famiglia per esserne in qualche modo sollevato²³.

cura di C. RUSSO RUGGERI, VI, Milano, 2010, 539 ss.; FR. WYCISK, «Alimenta» e «victus» dans le droit romain classique, in *RHDfE*, 50, 1972, 205 ss.; L. BELTRAMI, *I doveri alimentari erga parentes*, in *Pietas e allattamento filiale. La vicenda, l'exemplum, l'iconografia. Colloquio di Urbino, 2-3 maggio 1996*, Urbino, 1997, 73 ss.; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli* cit., 31 ss.; EAD., *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, cit., 136 ss.; D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare* cit., 157 ss.; ID., *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti* cit., 6 (dell'estratto); L. SANDIROCCO, «Non solum alimenta praestari debent», cit., 17 ss.; C.I. CAO, *Alimenta. Il racconto delle fonti*, Padova, 2010, 15 ss.; A. SACCOCCIO, *Victus e alimenta nelle fonti giuridiche romane: storia di una evoluzione dogmatico-concettuale*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 33/2012 (pubbl. 2013), 139 ss.

¹⁹ Cfr. soprattutto G.S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti. L'obbligo 'ex lege' dei familiari nei giuristi dei secc. XII-XIV*, Torino, 1972, 7 ss.; ma ora vd. anche C. MEYER, *Le système doctrinal des aliments. Contribution à la théorie générale de l'obligation alimentaire légale*, Bern-Berlin-Bruxelles-Frankfurt a.M.-New York-Wien, 2006, 18 ss.

²⁰ Cfr., ad es., *Ulp.*, 2 de off. cons. D.25,3,5,2 (*caritas sanguinis*); *Imp. Alex. A. Herenniae* a. 227 C.2,18,11; *Paul.*, 1 quaest. D.3,5,33 pr.; *Mod.*, 2 resp. D.3,5,26,1; *Ulp.* 2 de off. cons. D.25,3,5,15; *Imp. Sev. et Ant. AA. Sabino* (a. 197) C.5,25,4 (*pietas*); *Ulp.* 2 de off. cons. D.25,3,5,14 (*affectus*); *Ulp.* 2 de off. cons. D.25,3,5,2 (*aequitas*); *Imp. Pius A. Basso* a. 161 C.5,25,1 (*iustitia*). Di *officium pietatis vel sanguinis* parlava già O. SCHANZE, *Zur Lehre vom Alimentationsanspruch*, in *Arch. für die Civ. Prax.*, 69, 1886, 250. Da sottolineare, comunque, che non mi pare corretto intendere in questo campo la *pietas* come fondativa di una vera e propria obbligazione reciproca tra padri e figli, come fa invece R. SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare*, in *Storia di Roma*, IV, *Caratteri e morfologie*, a cura di E. GABBA e A. SCHIAVONE, Torino, 1989, 522 s.

²¹ Per questa ricostruzione, vd. per primo M. v. HUSSAREK, *Die Familienrechtliche Alimentation nach österreichischem Rechte*, in *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhut's Zeitschr.)*, 20, 1893, 485 ss.; ma poi cfr. anche H. LÖSSL, *Bemerkungen zur Lehre von der Alimentation*, in *Juristischen Blättern*, 21, 1892, 266 ss.

²² Di «interesse pubblico familiare» parla, ad esempio, A. TORRENTE, *L'obbligazione alimentare e le sue sanzioni civili nel diritto italiano*, in *Riv. dir. matr.*, 1963, 191.

²³ Già P.I. SURDUS, *Tractatus de alimentis*, Venetiis, 1602, tit. 8, priv. 1, n. 18, 235 affermava, citando Bartolo, che «non solum alimenta piam causam concernunt sed et publicam utilitatem respicere videntur»; in Italia, il primo a

La conclusione quasi naturale di questo ragionamento è stata che l'alimentando non sarebbe titolare di un vero e proprio diritto di credito, ma solo il beneficiario di una prestazione di cui il titolare sarebbe lo Stato, il quale, però, ammetterebbe il singolo ad agire in giudizio per richiedere la prestazione essenzialmente per ragioni assistenziali²⁴.

Le critiche rivolte a questa impostazione, che, tralasciando altre riserve²⁵, pare perdere di vista la centralità della persona umana nell'elaborazione di modelli e istituti giuridici²⁶, hanno spostato il centro focale dell'istituto verso un profilo più individualistico, pur senza perdere di vista la dimensione sopraindividuale e, in certo senso, sociale che il dovere alimentare naturalmente portava con sé. E così, si sono elaborate teorie in un certo qual modo più eleganti, che richiamano a fondamento dell'obbligazione alimentare un «interesse della società alla vita dei suoi membri²⁷»; che si converte o in un decisamente più individualistico «diritto alla vita» di ogni singolo individuo²⁸, o si richiama a «ragioni etiche e sociali»²⁹, o si raffina nel contemperamento di questo diritto individuale alla vita con la nozione di solidarietà familiare (allargata)³⁰, considerata il vero

rilanciare la sopra vista (nt. 21) ricostruzione di Hussarek, fu Carnelutti, nei primi anni del secolo passato; successivamente, nonostante le critiche nel frattempo ad essa mosse (vd. *infra*, nel testo), cfr. R. DE RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano-Messina, 1953⁸, 231 ss.; con specifico riferimento al ruolo 'pubblicistico' della prestazione degli alimenti, cfr. soprattutto G. BO, *Il diritto degli alimenti. Natura del diritto e soggetti*, Padova, 1932, 61 ss.; ma poi cfr. anche W. ZANNINI, *Dichiarazione giudiziale di paternità naturale e obbligazione alimentare verso i figli non riconoscibili nel diritto internazionale privato*, in *Il Foro Padano*, 1950, I, 315 s.; L. SECCO-C. REBUTTATI, *Degli alimenti. Commento del tit. XIII del Libro I del Codice civile*, Milano, 1957, 8; nella stessa direzione, cfr. anche U. AZZOLINA, *Sulla compromissione in arbitri di controversie patrimoniali pertinenti alla separazione dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1954, 1069 ss.; più di recente, si vedano le prese di posizione di C. ROLANDO, *Alimenti e mantenimento nel diritto di famiglia. Tutela civile, penale, internazionale*, Milano, 2006 17, a giudizio della quale «l'istituto alimentare rileva nel quadro delle previdenze previste dall'ordinamento in favore dei soggetti bisognosi, evidenziando, a fortiori, l'inadeguatezza dei sussidi pubblici integrativi» e di R. PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. GABRIELLI, Padova, 2009, 470 ss., la quale sottolinea che «l'azione della persona bisognosa nei confronti dei soggetti obbligati è del tutto discrezionale, con la conseguenza che, in caso di rinuncia, è lo Stato ad essere tenuto all'erogazione delle prestazioni assistenziali, nell'esercizio di una sua funzione fondamentale». Invece, per una critica di questa impostazione vd. ora soprattutto M. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., 545 ss.

²⁴ Così cfr. C. MAIORCA, *Degli alimenti*, in *Codice civile, Libro Primo (Persone e famiglia)*, Commentario diretto da M. D'AMELIO, Firenze, 1940, 795.

²⁵ Cfr. ad es., per una critica, cfr. G. PROVERA, *Degli alimenti. Art. 433-448*, in *Commentario del Cc.* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1972, 3 nt. 2, il quale giustamente rileva che «l'utilità dello Stato è solo un effetto riflesso, non una premessa dell'obbligo degli alimenti».

²⁶ È il messaggio già presente nel Giurista Ermogeniano (III sec. d.C.): *hominum causa omne ius constitutum est [sit]*.

²⁷ Così vd. A. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare* cit., 714 e 735 ss.; ma nello stesso senso cfr. anche F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale II*⁹ cit., § 74, 225 s.; questa teoria trae forza da alcune caratteristiche dell'obbligazione alimentare, come l'indisponibilità, l'incedibilità, l'intrasmissibilità ecc.

²⁸ Cfr. ad es., G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto civile italiano* dir. da F. VASSALLI, III, Torino, 1958, 387; ID., s.v. *Alimenti (diritto civile)*, in *NNDI*, I,1, 1968, 485; di «esigenza di tutela (complementare) del diritto alla vita» parla più di recente F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 29; per il diritto alla vita si pronuncia ora anche M. MESSINA, *L'obbligazione alimentare*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico* diretto da G. AUTORINO STANZIONE, I, *Il matrimonio, Le unioni di fatto, I rapporti personali*, Torino, 2011², 437.

²⁹ Così cfr. G. TAMBURRINO, s.v. *Alimenti (diritto civile)*, in *ED*, 2, 1958, 26, secondo il quale con l'obbligazione alimentare l'ordinamento raggiungerebbe il duplice scopo di favorire il singolo bisognoso e rispondere all'interesse collettivo che vuole protetti gli indigenti.

³⁰ Di diritto alla vita, da coordinare con un più ampio dovere di solidarietà familiare, a sua volta da legare inscindibilmente ad alcuni articoli della nostra Costituzione (prevalentemente, ma non solo, gli artt. 2 e 3), parlano M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, VI, 4, Milano, 1994, 5 ss.; ID., *Gli alimenti*, cit., 533 ss.; B. DE FILIPPIS, *Diritto di famiglia. Legge, prassi e giurisprudenza*, Padova, 2011, 652; C.G. TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, Napoli, 2004, 50, ma vd. anche G. FERRANDO, s.v. *Alimenti*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., I, 2000, 51 ss.

perno intorno al quale ruota l'istituto nei tempi moderni³¹. Ovviamente, anche sul punto non sono mancate voci contrarie, che però tendono essenzialmente a decostruire il concetto di solidarietà familiare³².

In ogni caso, se si guarda alla tematica degli alimenti, è impossibile non considerare gli stravolgimenti a cui è andato incontro nel nostro ordinamento il diritto di famiglia in tempi tutto sommato non troppo lontani: ciò, inevitabilmente, ha prodotto evidenti mutamenti del quadro funzionale e dello stesso profilo soggettivo della materia degli alimenti³³, al punto che ne ha risentito la funzione e la stessa ontologia dell'obbligazione alimentare. In quest'ottica, ribadita la natura di diritto potestativo alla prestazione alimentare, si sono di recente affermate delle tesi che tentano di conciliare il diritto agli alimenti stessi nei confronti della famiglia con la più ampia funzione di sicurezza sociale spettante allo Stato³⁴, al punto da arrivare a ribaltare completamente la prospettiva giuridica degli ultimi due millenni, considerando cioè il tema degli alimenti come un «residuo storico»³⁵, se guardato dal punto di vista di una società, come quella moderna, che tende ad allontanare l'idea della povertà e dell'insuccesso individuale³⁶.

In realtà, chiarito che la costruzione del diritto agli alimenti come un diritto di natura pubblicistica sembra essere del tutto sprovvista sia di salde basi dogmatiche, sia di validi appoggi ricostruttivi dal punto di vista storico³⁷, merita segnalare come l'esito di questo dibattito sul fondamento dogmatico dell'obbligazione alimentare è stato quello di considerare l'obbligazione alimentare come una sorta di diritto patrimoniale *ex lege*, nel senso di 'nascente direttamente dalla

³¹ Già G. PROVERA, *Degli alimenti. Art. 433-448*, in *Commentario del Cc.* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1972, 1; ID., *s.v. Alimenti*, in *Dig. disc. priv.*, 1, 1987, 261 faceva riferimento a una generale «norma morale di umana solidarietà»; in senso analogo, cfr., successivamente A. TRABUCCHI, *s.v. Alimenti (diritto civile)*, in *NNDI Appendice*, I, 1980, 228 s.; T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, 24 ss.; A. GABRIELLI, *Degli alimenti*, in *Commentario al Codice civile* diretto da P. CENDON, *Aggiornamento 1991-2001*, I, Torino, 2002, 824; A.M. FERRARA, *Il diritto agli alimenti*, in *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, III, a cura di P. CENDON, Padova, 2005, 253 (= in ID., *Degli alimenti*, in *Commentario al Codice civile* a cura di P. CENDON, Milano, 2009, 1212 s.); M. CAVALLARO, *Gli alimenti*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coord. da A. ZOPPINI, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, II, *La famiglia*, Milano, 2009, 240, la quale parla di una «solidarietà sociale che in presenza di legami di natura familiare rinviene una sua autonoma applicazione»; A. FIGONE, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto di famiglia* dir. da P. ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, I, *Relazioni familiari, Matrimonio, Famiglia di fatto*, Milano, 2011², 238.

³² Vd. soprattutto F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994, 265 ss. e poi anche ID., *Autonomia privata e potere di disposizione* cit., 29 s., il quale lamenta che il termine «solidarietà» non avrebbe una «funzione semantica idonea ad evocare un determinato ed esclusivo significato»; a mio avviso, però, la natura di 'clausola generale' della solidarietà non le impedisce di individuare un portato minimo ineludibile, anche se precisabile ulteriormente in base all'attività degli interpreti, soprattutto in relazione ai diversi settori dell'ordinamento giuridico.

³³ Sul punto, basti qui rinviare alle osservazioni di G.B. FERRI, *Degli alimenti*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, a cura di G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, Padova, 1992, 578 ss.; C. ARGIROFFI, *Gli alimenti. I profili oggettivi del rapporto*, Torino, 1993, 1 ss.; ID., *Degli alimenti. Artt. 433-448*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2009, 4 ss.

³⁴ Cfr. D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, 1973, particolarmente 201 ss.

³⁵ È il rischio paventato da G. GIACOBBE, nella *Presentazione* al volume di C. ROLANDO, *Alimenti e mantenimento* cit., XVIII.

³⁶ Cfr. sul punto C. ARGIROFFI, *Degli alimenti. Artt. 433-448*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2009, 2. Lo sfondo mi sembra quello per altri versi esaltato dalle teorie del *pursuit of happiness* di matrice angloamericana: per il concetto, inserito, come noto, da Thomas Jefferson nella Dichiarazione di Indipendenza americana sulla scorta degli insegnamenti di Locke (cfr. *Two Treatises on Government*, London 1690, cap. VII, sect. 87-89 [l'opera fu inizialmente pubblicata anonima], e, per gli USA, S.D. GERBER, *The Declaration of Independence and Constitutional Interpretation*, New York, 1995, 193), vd., *ex multis*, M. KINGWELL, *In Pursuit of Happiness: Better Living from Plato to Prozac*, New York, 1998, 1 ss.; C. GRAHAM, *The Pursuit of Happiness. An economy of well-being*, Washington D.C., 2011, 1 ss.

³⁷ Oltre a quanto sopra detto (vd. *supra*, nel testo e alle ntt. 25, 26 e 31), vd. anche G. TAMBURRINO, *s.v. Alimenti* cit., 30, il quale nota che questa impostazione quantomeno trascura i doveri alimentari di origine extrafamiliare; osserva in proposito C. ARGIROFFI, *Gli alimenti* cit., 3; ID., *Degli alimenti* cit., 23 che la concezione pubblicistica e gerarchica della famiglia può dirsi oggi sicuramente superata.

legge' e dalla legge stessa collegato al dovere di solidarietà, con una serie di conseguenze 'a cascata', tra le quali spicca l'indisponibilità del diritto stesso³⁸.

Quello della *obligatio ex lege*, però costituisce un inquadramento dogmatico che, oltre ad emergere con molta fatica dalle fonti romane, non appare possibile collegare ad un adeguato statuto dogmatico, che doti la categoria di una qualche utilità dal punto di vista della teoria delle fonti delle obbligazioni. È utile, pertanto, spendere alcune considerazioni nel tentativo di ricostruire la storia della emersione di questa categoria, al fine di meglio illuminarne i contorni con riferimento precipuo alla tematica qui in esame.

III. L'obbligazione alimentare e le teorie romane sulle fonti delle obbligazioni: dalla bipartizione alla quadripartizione.

1. Dalla bipartizione alla tripartizione in Gaio

Se si prendono in esame le classificazioni delle fonti delle obbligazioni espressamente elaborate dai giuristi romani, ci si accorge immediatamente che la tripartizione *re-verbis-litteris*, elaborata dai giuristi romani all'interno del 'sistema' della *legis actio per conductionem* (e poi della *condictio* formulare) e costituente la prima sistemazione dogmatica delle fonti delle obbligazioni a partire dal II-I sec. a.C. non riservava nessuno spazio all'obbligazione alimentare, perché si consideravano come 'cause efficienti' della nascita delle obbligazioni solo gli 'elementi obbliganti' costituiti dalla presenza di una cosa presso l'obbligato (il quale non la poteva giuridicamente trattenere presso di sé, secondo un significato 'ampio' attribuibile in origine al *re obligari*), dalla scrittura solenne (*verbis obligari*) e dalla pronuncia di parole formali e solenni (*verbis obligari*)³⁹.

Con l'affiancarsi agli elementi di questa tripartizione del *consensus* come elemento obbligante⁴⁰, si crea una divisione delle fonti delle obbligazioni che rispecchia la dicotomia contratto-delitto, di cui ci danno notizia, come è noto, le Istituzioni gaiane.

Gai., 3,88 Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

In questo notissimo testo, Gaio contrapponeva il *contractus* al *delictum*, a formare, nell'ambito di una classificazione, avvertita dal giurista come primigenia e tendenzialmente esaustiva (*summa divisio*), la fonte di tutte le obbligazioni (*omnis obligatio*).

Il testo è estremamente conosciuto, come conosciute sono le problematiche che intorno ad esso hanno agitato la romanistica già a partire dalla fine dell'Ottocento⁴¹. In ogni caso, sia che si acceda

³⁸ Così espressamente vd. G. TAMBURRINO, s.v. *Alimenti* cit., 31.

³⁹ La bibliografia sul punto è sterminata. Per un inquadramento, cfr. soprattutto C.A. CANNATA, *La distincio re-verbis-litteris consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, a cura di G. BECKER e L. SCHNORR VON CAROSFELD, Berlin, 1970, 431 ss. a cui mi permetto di aggiungere, soprattutto per il periodo successivo, la ricostruzione offerta nel mio A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, 2002, 98 ss.; cfr. anche la nt. successiva.

⁴⁰ Per queste problematiche, che interessano solo tangenzialmente il tema qui in questione, seguo l'impostazione di C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano e classico*, in *IURA*, 21, 1970, 52 ss.; cfr. anche la nt. precedente.

⁴¹ Per un riepilogo delle varie posizioni sostenute in merito a questo problema, rinvio alla copiosa dottrina che ho analizzato in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 471 ss. Tra i tanti studiosi che se ne sono occupati, meritano una menzione particolare R. DE RUGGIERO, *La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel giustiniano*, in *Studi in onore di S. Peruzzi*, Palermo, 1925, 269 ss.; TH. MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, in *The Irish Jurist*, 2, 1967, 380 ss.; M. KASER, *Divisio obligationum*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, a cura di P. STEIN e A.D.E. LEWIS, London, 1983, 73 ss.; S. TONDO, *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in *Labeo*, 41, 1995, 371 ss.; L. WINKEL, *Alcune osservazioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti nominati nel diritto romano*, in *BIDR*, 103-104, 2000-2001, 51 ss., il quale tenta di dimostrare la derivazione aristotelica della classificazione gaiana, ma soprattutto C.A. CANNATA, *La distincio re-verbis-litteris*

alla vecchia e oramai superata idea del contratto-vincolo⁴² o contratto-affare⁴³ alla luce della quale i romani avrebbero inserito nella categoria ‘*contractus*’ tutto ciò che non era ‘*delictum*’, sia che si acceda, come mi pare ormai indiscutibile, a quella ‘elaborazione positiva’ del concetto gaiano di contratto, inteso come formato dall’unione tra il consenso e il cd. elemento obbligante (*res, verba, litterae* e consenso ‘nudo’)⁴⁴, evidenti rimangono i limiti della bipartizione gaiana, limiti peraltro, come è noto, avvertiti dallo stesso giurista.

consensu cit., 431 ss.; ID., *Sulla ‘divisio obligationum’* cit., 52 ss.; ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (I parte)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* raccolti da G. TARELLO, 4, 1974, 37 ss.; ID., s.v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, 12, 1995, 421, ID., *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, 9, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999², 22 ss. Dallo studioso milanese mi divide l’idea, da egli sostenuta, che Gaio abbia posto in essere una sistemazione solo didattica, del tutto «indifferente al problema dogmatico che le corrisponde», perché la costruzione dal punto di vista dogmatico risulterebbe zoppicante, in quanto mentre l’obbligazione da delitto è azionabile direttamente, sulla semplice base della commissione del delitto, quella generata dal contratto è azionabile solo in maniera mediata da un eventuale inadempimento; mi pare infatti che in tal modo si voglia collegare la prospettiva della nascita delle obbligazioni, considerata da Gaio, a quella della nascita delle azioni, che il giurista di Tiro invece non considera. Lo stesso Cannata adduce a prova della incompiutezza dogmatica della classificazione gaiana il fatto che mentre le singole *species* di obbligazioni da atto lecito (mutuo, compravendita, locazione ecc.) si convogliano in alcuni *genera* (*re, verbis, litteris, consensu*), a loro volta subordinati al più ampio *genus* costituito dal *contractus*, per le obbligazioni da atto illecito manca il tramite tra il *delictum* e i quattro *genera* ‘finali’ (furto, rapina, danneggiamento e *iniuria*): sul punto, però, molto più convincente mi pare ancora la spiegazione di G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963³, 8 ss., il quale invita a non confondere la genesi logica con quella storica della bipartizione gaiana.

⁴² Per il cd. ‘contratto-vincolo’ vd. già S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876 (rist. Aalen, 1980), 8 ss., ma poi cfr. anche A. PERNICE, *Parerga III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS RA*, 9, 1888, 195 ss. e 219 ss. e soprattutto P. BONFANTE, *Sulla genesi e l’evoluzione del «contractus»*, in *RIL*, 40, 1907, 888 ss., cito da *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1926, 105 ss., 123; ID., *Il contratto e la causa del contratto*, in *RDComm.*, 6, 1908, 115 ss., cito da *Scritti III* cit., 125 ss.; ID., *Sui «contractus» e sui «pacta»*, in *RDComm.*, 18/1, 1920, 1 ss., cito da *Scritti III* cit., 134 ss. Per questa accezione, cfr. anche P. DE FRANCISCI, *SYNALLAGMA. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia, 1916, 313 ss. e 329 ss.; E. BETTI, *Sul valore dommatico della categoria contrahere in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR*, 28, 1915, 10 ss.; ID., *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla non classicità della denominazione «quasi ex contractu obligatio»*, in *BIDR*, 25, 1912, 65 ss.; ID., *Appunti di teoria dell’obbligazione in diritto romano*, Roma, 1957, 17 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, II,1, Padova, 1960, 68 s.

⁴³ La teoria del contratto-affare fu enunciata, come è noto, per primo dal Perozzi: cfr. S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento*, Torino, 1898, 163 ss. (= in *Scritti giuridici*, II, *Servitù e obbligazioni*, a cura di U. BRASIELLO, 563 ss.); ID., *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, 31 nt. 1 (= in *Scritti giuridici*, II, cit. 337 nt. 1); ID., *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928², 17; essa, invero, faticò a trovare accoliti anche ai suoi tempi; in senso favorevole si pronunciarono però E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell’art. 1097 del Codice civile*, in *Riv. del dir. comm.*, 1923, I, 493 ss. (= in *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, 73 ss.); ID., *Ancora sulle fonti dell’obbligazione romana*, in *RIL*, 59, 1926 (cito da *Studi III* cit., 100 ss.); F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar, 1936, 80 ss.; ID., *Irrtum, Dissens oder gegenstandlose Leistungsbestimmung?*, in *Mélanges P. Meylan*, I, Lausanne, 1963, 383 ss.

⁴⁴ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³ cit., 32 ss., il quale, sul punto, media posizioni in un certo qual senso più estremistiche, espresse in precedenza da altri studiosi, tra i quali vale qui la pena ricordare particolarmente A. MARCHI, *Storia e concetto della obbligazione romana*, I, *Storia dell’obbligazione romana*, Roma, 1912 (rist. 1972), 28 ss.; U. BRASIELLO, *Sull’elemento subiettivo nei contratti*, in *Studi Urbinati*, 3, 1929, 103-130; ID., *Sull’influenza del Cristianesimo in materia di elemento subiettivo nei contratti*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, a cura di G.G. ARCHI, Milano, 1946, 540 ss.; G. BORTOLUCCI, *Note sul contratto romano*, in *Acta congressus iuridici internationalis, Romae, 12-17 novembris 1934*, I, Roma, 1935, 243 ss.; P. VOCI, *La dottrina del contratto nei giuristi romani dell’età classica*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, cit., 385 ss.; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, 198 ss. e 210 ss.; e soprattutto S. RICCOBONO, *La formazione della categoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi Bonfante*, I, Milano, 1930, 122-173; ID., *Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D.10,3,14 [Paul. 3 ad Plautium])*, in *AUPA*, 3/4, 1917, 165 ss. (= in *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, 1 ss.); ID., *La nozione del contractus e la propagazione degli elementi del contractus ai negozi solenni del ius civile*, in *Bollettino della Reale Accademia di Scienze, Lettere e Belle Arti di Palermo*, 1918, 11 ss. Sul punto, si vd. anche quanto dico A. SACCOCCIO, *Dal ‘Sistema romano dei contratti’ di Giuseppe Grosso all’affermarsi del principio del consensualismo in America Latina*, in *Diritto@Storia*, 11, 2013.

Infatti, nella bipartizione, pensata dal suo autore come partizione esaustiva del campo delle obbligazioni (*summa divisio; omnis obligatio*), non trovavano posto, a tacer d'altro, fattispecie non contrattuali produttive di obbligazioni, che però parimenti non derivavano neanche *ex delicto*, come ad es. la *solutio indebiti*, su cui lo stesso Gaio espressamente si soffermava, pur senza proporre una soluzione che risolvesse il problema dogmatico da lui stesso creato e constatato, nel testo del suo manuale istituzionale⁴⁵. Ovviamente, per le stesse ragioni, neppure l'obbligazione alimentare poteva ragionevolmente trovare albergo all'interno di questa divisione dicotomica, non derivando essa dal punto di vista dogmatico né dal *contractus* né dal *delictum*.

D'altra parte, non bisogna dimenticare che, come detto (*supra*, § 1), l'obbligazione alimentare fu introdotta a Roma proprio negli anni immediatamente precedenti a quelli in cui Gaio scrive la sua opera istituzionale: così, il combinato concorso di questi due elementi, cioè l'estrazione provinciale di Gaio, il quale pare sempre in ritardo nel ricevere gli 'aggiornamenti' in tema di diritto da Roma, e il fatto che nel II sec. d.C. l'obbligazione alimentare era ancora lontana dall'aver conquistato un accettabile statuto dogmatico, facilmente lascia comprendere le ragioni per cui, anche al di là delle insufficienze della bipartizione contratto-delitto (siamo evidentemente in una fase in cui la riflessione giuridica in tema di fonti delle obbligazioni era tutt'altro che matura), Gaio non l'abbia presa in considerazione per la propria costruzione.

Parzialmente coincidente è il discorso che può essere fatto a proposito della altrettanto nota tripartizione delle fonti delle obbligazioni che si legge nello stesso Gaio, ma nelle *Res cottidianae*, in un testo tramandato dal Digesto giustiniano⁴⁶.

Gai. 2 aur. D.44,7,1 pr. Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

Con la tripartizione contratto-delitto-*variae causarum figurae* Gaio pare voler ovviare alle insufficienze da lui stesso avvertite all'interno della bipartizione delle Istituzioni⁴⁷. Astrattamente ragionando, l'obbligazione alimentare avrebbe potuto trovare posto all'interno della categoria delle *variae causarum figurae*, che viene qui aggiunta alla bipartizione già considerata. In tale categoria, Gaio accomuna una serie di *causae obligationum* disomogenee dal punto di vista strutturale (il pagamento dell'indebitito per struttura intrinseca non ha nulla a che vedere con il legato obbligatorio o con la tutela, tantomeno con la responsabilità del giudice o degli albergatori ecc.), ma accomunate dal punto di vista funzionale dal fatto di generare obbligazioni in qualche modo (da qui il '*proprio quodam iure*' della fonte, solitamente trascurato dalla dottrina) assimilabili ora ai contratti, ora ai delitti⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. *Gai. 3,91 Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*. Ciò derivava, a mio avviso, dalla sovrapposizione del *contractus*, fondato sul *consensus*, sulla più antica divisione quadripartita *re-verbis-litteris-consensu*, che ritengo ancora essere sorta all'interno della riflessione dei giuristi sulla *legis actio per conductionem* prima, sulla *condictio* formulare poi: cfr., seguendo in parte Grosso, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 471 ss.

⁴⁶ Accedo alla corrente dottrina, oggi maggioritaria, che dà per superata quella vecchia impostazione (cfr. ad es. E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni* cit., 73 ss.; ID., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *RIL*, 59, 1926, cito da *Scritti III*, cit., 97 ss.) che riteneva di origine postclassica (insieme alle *Res Cottidianae*) la categoria delle *variae causarum figurae*; in senso contrario, vd. però ad es. Cannata (*infra*, nt. 54).

⁴⁷ Come è noto, Gaio elenca espressamente all'interno di questa *species* la *solutio indebiti*, la tutela, la gestione di affari altrui, il *iudex qui litis suam fecerat*, la responsabilità per *effusum vel deiectum*, e quella dei *nautae*, dei *caupones* degli *stabularii*: cfr. *Gai.*, 3 aur. D.44,7,5.

⁴⁸ Gaio vuole cioè sottolineare che le *obligationes quasi ex contractu* non hanno il '*proprium*' del contratto (cioè il consenso) né il '*proprium*' del delitto (cioè la colpevolezza), ma hanno, appunto un '*proprium quodam ius*': cfr. in questo senso già A. RAMM, *Der Quasikontrakt nach der Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung*, Leipzig, 1882, 18 ss.; M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, in *Rev. crit. de législ. et jurispr.*, 1904, 226; G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Torino, 1927, 231 s.; S. RICCOBONO, *La dottrina delle obbligazioni 'quasi ex contractu'*, in *AUPA*, ¾, 1917, 275; ma poi soprattutto F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, 71, 1970,

In ogni caso, il dato ai nostri fini rilevante rimane che Gaio non richiama l'obbligazione alimentare tra le fattispecie espressamente ricordate a questo proposito⁴⁹, verosimilmente per le stesse ragioni sopra indicate.

2. Il tentativo di Modestino

Si potrebbe indulgere alla tentazione di vedere riflesso una tipologia di obbligazioni di questo genere in quelle *obligationes ex lege*, che non potevano in alcun modo trovare posto nelle classificazioni gaiane, ma di cui ci parla Modestino in un famosissimo testo sulle fonti delle obbligazioni, che da sempre ha costituito una vera e propria *crux interpretum* e di cui riporto solo la parte qui di rilievo.

Mod., 2 reg. D.44,7,52 pr. Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.

(...)

5. Lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut non obtemperantes⁵⁰ contra facimus.

Il passo è stato da sempre considerato come non genuino, anche se, nella sua stesura attuale, non appare possibile spiegare né l'autore né le ragioni del supposto intervento⁵¹. Più di recente, si è diffuso un certo orientamento dottrinario che tende invece a considerare genuina la testimonianza, addirittura valorizzandola fino al punto di considerarla il modello scientifico di partizione delle

171 ss. Se non si capisce questo, si finisce per cogliere solo il profilo 'negativo' delle *variae causarum figurae*, cioè il fatto che esse non sono né contratti, né delitti, finendo poi, di conseguenza, per constatare che tale categoria costituirebbe una «scatola vuota» all'interno della quale non è possibile trovare elementi comuni, come fa ad es. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligations ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in *RISG*, 34, 1970, 226 s. Sul punto vd. anche *infra*, § II,5. Mi piace poi segnalare che nella civilistica moderna italiana, il concetto della classificazione delle fonti delle obbligazioni con riferimento alla funzione è usato da A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 72 ss. e 167 s., ma in un senso tutto diverso, volto ad individuare la funzione di volta in volta nell'assistenza, nella copertura dei rischi, nella cooperazione ecc. (in ottemperanza ai principi fatti propri dalla nostra Costituzione, come l'utilità e la funzione sociale, la parità di trattamento, la tutela della personalità, la ragionevolezza ecc.), dividendo così le obbligazioni a seconda che esse trovino la loro fonte nella volontà dei soggetti (al fine di garantire le aspettative dei soggetti) o nella volontà della legge (al fine di garantire lo *status quo* [ad es. sanzionando i delitti, l'indebito arricchimento ecc.]); in questa partizione, però, alcune obbligazioni, tra cui proprio l'obbligazione alimentare, mi pare faticino a trovare adeguata collocazione.

⁴⁹ Profondamente errato, perciò, mi appare quanto si legge in S. FAILLACE, *La controversa categoria delle obligationes ex lege*, Tesi di dottorato, 1007, p. 10, dove si afferma il contrario. Come è noto, infatti, tra le fattispecie che hanno un '*proprium quodam ius*' in qualche modo avvicinato al contratto, Gaio nella stessa opera (che però i giustinianeî collocano alcuni fr. dopo quello sopra ricordato, in D.44,7,5) ricorda espressamente la *negotiorum gestio* (pr.); la *tutela* (§ 1); il *legatum per damnationem* (§ 2); la *solutio indebiti* (§ 3).

⁵⁰ <Non obtemperantes>, vd. Mo-Kr., nt. 7.

⁵¹ Per i rimaneggiamenti, vd. S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 43 nt. 1 (= 348 nt. 1); E. ALBERTARIO, *La cosiddetta honoraria obligatio*, in *RIL*, 59, 1926 cito da *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, 27, il quale lo definisce addirittura «miserevole testo»; ID., *Delictum e crimen*, in *PUC*, 1934, cito da *Studi III cit.*, 174 s.; G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 3, Milano, 1930, 514; V. ARANGIO-RUIZ, *D.44,7,25 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, 1, Paris, 1926, 86 nt. 2; F. WIEACKER, *Societas cit.*, 85 nt. 2; A. D'ORS, *Re et verbis*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, Verona, 27-28-29.IX.1948, a cura di G. MOSCHETTI, III, Milano, 1951, 301; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 507; M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, in *ZSS RA*, 70, 1953, 156 e nt. 110; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946; 293; per TH. MAYER-MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *RIDA*, 12, 1965, 442; ID., *Divisio obligationum*, in *The Irish Jurist*, 2, 1967, 380 s. è altamente improbabile che esso possa essere attribuito ai compilatori, che avevano adottato nelle Istituzioni differenti schemi di ripartizione.

fonti delle obbligazioni decisamente migliore, a fronte della costruzione gaiana, che avrebbe valenza eminentemente didattica⁵².

Io penso però che, almeno nella stesura attuale, appaia estremamente complicato il compito di conferire un crisma di logicità ad un passo, come quello qui in esame che collega tra loro obbligazioni che strutturalmente e funzionalmente si pongono su piani diversi, intrecciando prospettive che appaiono difficilmente conciliabili sia al loro interno, sia con riferimento alle nozioni e agli istituti coinvolti nella costruzione proposta dal giurista⁵³.

D'altra parte, anche a voler credere alla genuinità del passo, o a voler ricostruire un intervento intenzionale su di esso da parte dei compilatori, rimane difficile comprendere la portata dell'*obligatio ex lege*⁵⁴ sulla base del tenore attuale del § 5 (*Lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut <non obtemperantes> contra facimus*), al quale è difficile attribuire un senso compiuto. Tanto è vero che, ad esempio, secondo Cuiacio Modestino vorrebbe qui comprendere tra le obbligazioni *ex lege* essenzialmente l'obbligo all'evizione nella compravendita⁵⁵; secondo De Luca, tra le obbligazioni *ex lege* considerate dal giurista romano dovrebbero rientrare sia il (presunto) obbligo di dotare le proprie figlie, sia l'obbligo corrispondente all'*actio ad exhibendum*⁵⁶; secondo Mayer-Maly e Cannata, infine, con la dizione '*obligamur lege*'

⁵² Secondo Mayer Maly il passo sarebbe genuino, e le sconessioni evidenti già a prima vista deriverebbero solo dalla sovrapposizione da parte di Modestino (ma l'a. non esclude che la sintesi sia stata operata dai compilatori) di due schemi diversi (e situati su diversi piani), che il giurista avrebbe tentato di conciliare, cioè la *summa divisio* gaiana, da un lato, la *summa divisio* giustiniana tra obbligazioni civili e pretorie (cfr. I.3,13,1): cfr. TH. MAYER-MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund* cit., 440; ID., *Divisio obligationum*, cit., 380 s. con cui concordano M. KASER, *Divisio obligationum*, cit., 84 s. e nt. 71 (secondo il quale il redattore di D.44,7,52 o non era capace o non era interessato a creare una struttura adeguata). Dal canto suo, C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum'* cit., 69 s.; ID., s.v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, 12, 1995, 423 ritiene che questo fr. rappresenti l'unico testo dei giuristi classici che descrivere una *divisio obligationum* inquadrata dal punto di vista dogmatico e non didattico; ad avviso di questo studioso, le uniche mende del testo sarebbero rappresentate dal riferimento ai delitti, peraltro espresso con l'anomalo termine '*peccatum*', di cui Modestino non aveva affatto bisogno, perché le figure di questa categoria rientravano già nell'*obligatio ex lege* o nell'*obligatio ex iure honorario*; l'omissione, *more solito*, dell'*obligatio litteris*; la spiegazione definitoria degli otto *genera* elencati, che avrebbe origine glossematica; pur senza citare Cannata, offre una ricostruzione simile ora anche C. MEYER, *Le système doctrinal des aliments* cit., 532. Infine, aderisce all'opinione di Cannata, ma senza mostrare alcuna contezza delle problematiche esegetiche del passo, di recente anche S. FAILLACE, *La controversa categoria delle obbligazioni ex lege*, cit., 16 s.

⁵³ Afferma M. TALAMANCA, 'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta', in *Iura*, 50, 1999, 95, che «difficilmente in un'unica *lex* del Digesto s'incontrano, come nella *l. 52*, tanti punti che non si riescono ad armonizzare con quanto dalle fonti altrimenti sappiamo sugli aspetti che il giurista avrebbe trattati».

⁵⁴ Non è da trascurare quanto affermava già E. BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in *AG*, 93, 1925, 304, cioè che i romani mai avrebbero previsto che un'obbligazione potesse derivare direttamente dalla legge, perché alla loro coscienza ripugnava che una obbligazione potesse sorgere a prescindere dal comportamento, da un «atto di parte» del singolo; nello stesso senso vd. anche L. GIOVENCO, *Le categorie delle obbligazioni "ex lege". Origini storiche e costruzione dogmatica*, Empoli, 1938, 6. Incomprensibile appare pertanto l'opinione di chi (senza peraltro citare fonti) ritiene fondata nel diritto romano la categoria della *obligatio ex lege*: vd. L. TESAURO, *Le fonti del rapporto obbligatorio*, in *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale, I, Caratteri generali, adempimento, inadempimento*, a cura di P. FAVA, Milano, 2008, 365. In ogni caso, non mi pare possibile oggi accogliere (come invece fa S. FAILLACE, *La controversa categoria delle obbligazioni ex lege*, cit., 12) l'idea bettiana che tale impostazione sarebbe il frutto di una visione individualista della società romana, in quanto del tutto anacronistica: sul punto, basti qui il richiamo a F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, in *Ann. di dir. comp. e di studi legislat.*, 16, 1941 (= in *Diritto e società nell'antica Roma*, a cura di A. DELL'AGLI e T. SPAGNUOLO VIGORITA, Roma, 1979, 248 ss.; lo scritto è stato stampato come volume autonomo dall'ed. Giappichelli, Torino, 1999, 3 ss.).

⁵⁵ Cfr. I. CUIACIUS, *Recitationes solemnes ad Tit. VII Lib. XLIV De obligat. et actionibus* [1588], in *Opera Omnia*, VIII, Neapoli, 1722, c. 386.

⁵⁶ Cfr. A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, Catania, 1929, 4, con riferimento a D.23,2,19. Da ricordare anche il riferimento alla '*obligatio lege nova introducta*' contenuto in *Paul., 2 ad Plaut.* D.13,2,1, senza alcuna ulteriore specificazione.

Modestino intendeva fare riferimento alle obbligazioni da delitto, dovendosi ritenere un glossema le parole ‘*aut ex peccato*’⁵⁷.

3. Da Giustiniano a Teofilo: la nascita dei quasi contratti

Lasciando da parte la costruzione di Modestino e riprendendo il ‘filone gaiano’, astrattamente, l’obbligazione alimentare avrebbe potuto trovare posto all’interno della categoria delle obbligazioni quasi da contratto, frutto della *divisio* quadripartita giustiniana tra obbligazioni da contratto, da delitto, *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*.

I.3,13,2 *Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*

Giustiniano riprende la categoria gaiana delle *obligationes ex variis causarum figuris*, e, rendendo esplicita quella omogeneizzazione funzionale che già in Gaio si presentava come ben impostata, ma latente, divide la categorie in due distinti raggruppamenti, costruendo le *obligationes quasi ex contractu* e quelle *quasi ex delicto*. Anche in questo caso si tratta, in maniera piuttosto evidente, di categorie omogenee solo funzionalmente (tutte producono una obbligazione, assimilabile ora a quella che sorge da contratto, ora a quella che sorge da delitto), ma del tutto disaggregate dal punto di vista strutturale, avendo le singole fattispecie richiamate ben poco in comune sotto questo profilo.

In altre parole, rispetto a Gaio, Giustiniano ammette che esistono delle obbligazioni che l’ordinamento riconosce come tali, e che presentano una stringente somiglianza con quelle di origine contrattuale, ma che, a stretto rigore, non possono essere assimilate a queste ultime, mancando loro l’elemento che egli giudica strutturalmente necessario per formare un contratto (quello che già Gaio definiva come il ‘*proprium*’ del contratto), cioè il consenso; lo stesso fa per il delitto. L’assimilazione, che non può viaggiare attraverso il dato di struttura, è quindi, condotta sul piano funzionale, riconoscendo l’imperatore che tali *causae* producono obbligazioni simili a quelle nascenti ora da contratto, ora da delitto, pur non avendo nella loro struttura il *proprium* dell’una o dell’altra fattispecie⁵⁸.

Rimane comunque il fatto che Giustiniano in effetti non si pone il problema dogmatico della fonte dell’obbligazione alimentare, che non richiama tra le figure delle *obligationes quasi ex contractu*, dove pure esse avrebbero potuto trovare posto dal punto di vista sistematico.

Per il problema qui affrontato, il discorso comincia ad assumere una piega diversa quando Teofilo, nella sua Parafrasi alle Istituzioni imperiali, affianca alla terminologia sopra vista (*obligationes quasi ex contractu*) quella di *quasi contractus*.

Par. Teoph. 3,13,1

Deutšra dš dia...resij aÚth, Ètij e,j tšssara tšmnetai, À g±r çpÕ sunall£gmatoj e.,sin À æsane çpÕ sunall£gmatoj À çpÕ ¡mart»matoj À æsane çpÕ ¡mart»matoj.

[*Altera vero divisio era est, quae in quattuor species deducitur; aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex delicto aut quasi ex delicto*].

Par. Teoph. 4,5 pr.

ka tÕ legŌmenon par¡ toçj nomikoçj litem suam™po...hse, toutšsti kaq™autoà d...khn ½geiren. Skopîmen «ra tÕ toioàton cóntracton™st...n À quasi cóntracton À déliction.

⁵⁷ Cfr. TH. MAYER-MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund* cit., 437 ss.; C.A. CANNATA, s.v. *Obbligazioni nel diritto romano* cit., 423.

⁵⁸ Per questo, è solo in un senso estremamente ampio che si può accogliere l’affermazione di A. RAMM, *Der Quasikontrakt* cit., 1, a giudizio del quale il quasi contratto entra nel mondo del diritto con Giustiniano; per una critica e la giusta impostazione, vd. già A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, cit., 4 ss.

[*et hoc est quod apud iure consultos dicitur «litem suam fecit». Dispiciamus an id contractus sit, an quasi contractus an delictum*].

Teofilo, passando dalle *obligationes quasi ex contractu* al *quasi contractus*⁵⁹, si sforza di individuare, anche dal punto di vista organico, un dato di omogeneità all'interno della categoria costituita da quelle obbligazioni che sono assimilabili a quelle prodotte dai contratti o dai delitti, passando così da una assimilazione solo da punto di vista della funzione ad una invece che pretende di essere condotta attraverso criteri di struttura: egli, cioè, crea una categoria (i cd. quasi contratti e i cd. quasi delitti, appunto) che, a differenza dell'assimilazione sul piano meramente effettuale condotta da Giustiniano, necessita di una definizione 'perimetrale', che però l'interprete fatica ad individuare, essendo per definizione la categoria priva di una omogeneità sistematica⁶⁰.

IV. La 'categoria' del quasi contratto

A partire dai glossatori, questa 'nuova' terminologia (quasi contratto/quasi delitto) viene in qualche modo adottata e 'istituzionalizzata'⁶¹: nella Glossa al ricordato passo delle Istituzioni è d'uso trovare queste fattispecie individuate come 'quasi contratti' e 'quasi delitti'⁶², e alla teoria del contratto viene sovente contrapposta la teoria del quasi contratto⁶³. Non facile, però, appare sciogliere il dubbio se i glossatori abbiano o meno avuto consapevolezza delle implicazioni dogmatiche della adozione di questa differente espressione: il fatto che 'quasi contratto' e 'quasi delitto' siano usati senza alcun ulteriore commento sembra far propendere l'interprete verso la soluzione negativa.

È solo a partire dal XIII sec. che, al di fuori delle trattazioni sulle fonti delle obbligazioni, si comincia ad avvertire come insufficiente la quadripartizione e a cercare un nuovo inquadramento per quelle *causae obligationum* che la precedente stratificazione dogmatica non aveva considerato all'interno di nessuna delle fonti enucleate. Così, proprio nelle opere dei giuristi di questo periodo si comincia a trovare la dizione '*obligationes ex lege*' riferita alle obbligazioni alimentari, per distinguerle da quelle che nascono *ex voluntate*⁶⁴: la distinzione è largamente presupposta nel

⁵⁹ Sul punto attirava l'attenzione già G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, *Diritto delle obbligazioni*, III, *Dei quasi contratti*, Padova, 1938, 3. Successivamente, cfr. soprattutto G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³ cit., 19. Solo in parte coincidente è S. RICCOBONO, s.v. *Quasi contratto (diritto romano)*, in *NNDI*, 14, 1968, 632 s., il quale imputa ai bizantini la costruzione della categoria generale del quasi contratto, ignota come tale ai classici. Sul punto mi duole lamentare la assoluta approssimazione della nostra civilistica, la quale sovente fa rimontare direttamente a Giustiniano la categoria dei quasi contratti e dei quasi delitti, nel migliore dei casi offrendo ricostruzioni non più attuali e totalmente false di queste vicende: vedine un esempio in C.M. NANNA, *Doveri professionali di status e protezione del cliente-consumatore. Contributo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione*, Bari, 2012, 143 ss.

⁶⁰ Su questi problemi, vd. in particolare TH. MAYER MALY, *Divisio obligationum*, cit., 377; F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio* cit., 212 ss.

⁶¹ J.CHR. WOLTÄR, *Observationum quae ad ius civile et brandeburgicum pertinent fac. prim.*, Halae Magdeburgicae, 1777, *Obs.* XVIII, 111: «ante omnia notes velim: dictionem quasi contractus et quasi delicti in toto iure non reperiri, sed a doctoribus adinventam»; sulla *divisio obligationum* nella dottrina medioevale rinvio a C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni* cit., 73 ss. e 77 ss. con la nt. 87 in particolare, dove l'a. convincentemente afferma che «la terminologia *quasi contractus* e *quasi malefictum (quasi delictum)* doveva essere corrente nell'epoca in cui essi [i glossatori] cominciarono ad operare»

⁶² Nella Glossa a questo passo delle Istituzioni che ho potuto consultare (ed. Lugduni, 1559) le dizioni 'ex quasi contracto' e 'ex quasi delicto' sono adottate nel testo; ma vd. anche, per non fare che un solo altro esempio sempre tratto dalla *sedes materiae*, la gl. *figuris* a D.44,7,1 pr. ma vd. anche la gl. *casus* a I.4,5 pr., dove si nomina il *quasi delictum*.

⁶³ Cfr. G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni* cit., 237.

⁶⁴ Non è compito di questo scritto ripercorrere le tappe dell'affermarsi dell'obbligazione alimentare nel periodo del diritto cd. intermedio: cfr. F. CICCAGLIONE, s.v. *Alimenti*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, I,2, Milano, 1910, particolarmente 1248 ss.; G.S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti. L'obbligo 'ex lege' dei familiari nei giuristi dei secc. XII-XIV*, Torino, 1972, 7 ss.

trattato *'De alimentis'* attribuito a Martino da Fano (m. 1272)⁶⁵; Roffredo Epifanio da Benevento (1170 circa – dopo 1243) individuava i soggetti tenuti *ex lege* a prestare gli alimenti⁶⁶, mentre Bartolo (1314 – 1357), nel porre la differenziazione tra alimenti disposti da taluno *mortis causa* o *inter vivos* e alimenti dovuti legislativamente, riteneva più nobile prendere le mosse nella trattazione da questi ultimi, che a suo avviso risulterebbero fondati sulla *necessitas naturae*⁶⁷.

Ma non mi pare che ciò implichi una consapevole volontà di rivedere la teoria giustiniana delle fonti delle obbligazioni: piuttosto ritengo che i giuristi si sforzino empiricamente di trovare una collocazione dogmatica ad una *'causa'* di obbligazioni che non trovava posto nelle partizioni al tempo in uso. Una riflessione più matura, soprattutto sulla categoria del quasi contratto, invece, appare presente in tutta la sua evidenza con gli umanisti, quando, riaffermato lo studio della lingua greca⁶⁸, si può avere una diversa consapevolezza del tipo di intervento condotto sul punto da Teofilo: per la prima volta Cuiacio e poi soprattutto Donello, criticata da un lato come incoerente l'inclusione della *lex* tra le *causae obligationum*⁶⁹, e adottata la quadripartizione giustiniana così come riletta da Teofilo, affrontano il vero problema dogmatico posto dalla quadripartizione, cioè quello della definizione dei quasi contratti: questi per Donello sono atti umani non illeciti che obbligano pur essendo privi del consenso⁷⁰.

V. Verso le Codificazioni: la *'legge naturale'* come criterio ordinatore delle obbligazioni

Con riferimento alla tematica qui in esame, il percorso finora descritto apriva per la dottrina un altro e diverso fronte, costituito dalla discussione sulla utilità di questa *'nuova'* categoria, quella cioè dei quasi contratti, intesi appunto come atti leciti non consensuali che producono obbligazioni⁷¹. Fino al corso del secolo XIX, il dibattito sul punto è stato fervido, coinvolgendo le

⁶⁵ Cfr. U. NICOLINI, *Il trattato «De alimentis» di Martino da Fano*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, Verona, 27-28-29.IX.1948, a cura di G. MOSCHETTI, I, Milano, 1951, 337 ss. e 353 ss. per la ricostruzione del testo.

⁶⁶ ROFFREDUS BENEVENTANUS, *Libelli iuris civilis*, Avenione, 1500, ff. 110-111, cito dalla rist. anast. in *Corpus glossatorum juris civilis*, VI, a cura di M. VIORA, Augustae Taurinorum, 1968, 222 ss.

⁶⁷ Cfr. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Tractatus de alimentis*, in *Opera Omnia*, X, *Consilia, Quaestiones et Tractatus*, Venetiis, 1590, § 1, f. 126: «alimenta deberi contingit tam ex iure naturali quam ex iure sanguinis et affectionis, tam ex hominis mortui dispositione, quam ex dispositione viventis»; i primi, poi, cioè gli *alimenta* dovuti *iure naturali*, secondo Bartolo sarebbero «dignora» rispetto a tutti gli altri; se, piuttosto che Bartolo, l'effettivo autore del trattato *De Alimentis* sia il genero Nicola Alessandri, come afferma J.L.J. VAN DE KAMP, *Bartolo da Sassoferrato*, in *Studi Urbinati*, 9, 1933, 48 s., è questione che comunque in questa sede non rileva.

⁶⁸ Sulla probabile non conoscenza del greco nell'Occidente per tutto il Medioevo (da cui il noto brocardo *'graecum est, non legitur'*), vd., in generale E. TIRABOSCHI, *Storia della letteratura italiana*, Firenze, 1807, IV.2, 344 ss.; con riferimento ai glossatori in particolare, vd. P. TOSCANEL, *Jus Graeco-Romanum sive Bizantinum - Istituzioni di diritto bizantino* (versione italiana dal testo latino), in *Amor veritatis, cum plenitudine legis. Atti del Convegno internazionale in memoriam Petri Toscanel. Romam, 2-4 ottobre 2002*, Roma, 2003, 139 ss.

⁶⁹ H. DONELLUS, *Opera Omnia. Commentariorum de iure civili Tomus Tertius*, Florentiae, 1843, 481, a giudizio del quale legge e *ius honorarium* riguardavano un'altra classificazione, quella tra obbligazioni civili e onorarie, mentre l'*obligatio ex necessitate* avrebbe fatto riferimento alle obbligazioni *quasi ex contractu*.

⁷⁰ H. DONELLUS, *Opera Omnia. Commentariorum de iure civili Tomus Quartus*, Florentiae, 1843, lib. 15, cap. 14, 131: «Quasi contractus est factum omne non turpe, quo aut is qui fecit alteri, aut alteri ei, aut uterque alteri sine consensu obligatur».

⁷¹ I quasi delitti, in un certo senso, destano a tali fini meno problemi, perché si ricava l'impressione che con questa dizione si vogliano in realtà individuare i delitti meno gravi, al punto che tali obbligazioni finirono presto per essere appiattite sui delitti, come avviene, ad es., nel Cc. it. 1942 (vd. l'art. 1173, *infra*, nel testo). Sul punto, cfr. C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni* cit., 88 ss.; ID., s.v. *Obbligazioni nel diritto romano*, cit., 435. In ogni caso, non sono mancate dispute in merito alla esistenza o meno di caratteristiche comuni a tutta la categoria dei cd. quasi delitti: cfr. P. STEIN, *The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, in *RIDA*, 5, 1958, 563 ss.; ID., *La natura delle obbligazioni quasi ex delicto*, in *Ius*, 9, 1958, 267 ss., il quale identifica tale caratteristica nella responsabilità pretoria; A. D'ORS, *'Litem suam facere'*, in *SDHI*, 48, 1982, 391 ss., con cui concorda J. PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987, 46 ss., ID., *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J. Murga Gener*, a cura di J. PARICIO, Madrid, 1994, 57 s., i quali pensano alla responsabilità oggettiva; W.M. GORDON, *The Roman Class of Quasi-*

migliori intelligenze giuridiche europee⁷²; all'esito di esso, agli albori della codificazione francese, superando quella sorta di costruzione 'in negativo' della categoria che emergeva dalle fonti romane, dove, come detto, l'accento era posto sull'effetto (l'obbligazione) e non sul dato di struttura (le obbligazioni *quasi ex contractu*, o, se vogliamo adottare la nuova costruzione, i quasi contratti, appunto), si giunse sostanzialmente a concordare su quella definizione 'in positivo' dei quasi contratti già offerta dagli umanisti francesi, che vedeva in essi degli atti umani leciti produttivi di obbligazione, pur in assenza di un accordo tra le parti⁷³.

Evidente appariva già al tempo la difficoltà di costruire una categoria su elementi comuni tanto labili, accomunando tra loro fattispecie estremamente diverse e con pochissimi punti di contatto, come il legato obbligatorio, la tutela, il pagamento dell'indebito o la *communio incidens*, per citarne solo alcune. Tale difficoltà costruttiva della categoria, produsse, proprio nel tornio di anni considerato, una duplice serie di reazioni. Da un lato, infatti, in Germania, pur considerando il tentativo, verso la metà del secolo, di salvare la categoria da parte di Savigny⁷⁴, si operò una serrata critica del concetto, che condusse al suo mancato accoglimento nella codificazione del 1900⁷⁵.

delicts, in *Estudios de derecho romano (Homenaje al Prof. C. Sánchez del Río y Peguero)*, II, Zaragoza, 1967, 308 ss., il quale gli rimprovera di aver trascurato un possibile ruolo della *culpa*, che è invece l'elemento evidenziato da R. HOCHSTEIN, *Obligaciones quasi ex delicto. Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhundert*, Stuttgart, 1971, *passim*; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in ANRW, II,14, Berlin-New York, 1982, 713 s., la quale pensa alla responsabilità per fatto altrui (nello stesso senso, vd. più di recente anche A. FÖLDI, *Appunti sulla categoria dei quasi delitti*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, III, Napoli, 2001, 423 ss.); dall'altro lato, D. STOJCEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, in *IURA*, 8, 1957 57 ss., che invece nega la ricorrenza di elementi comuni tra le fattispecie incluse nella categoria). Per la prospettiva di Gallo, che pensa ad una categoria omogenea a livello di efficacia ma disomogenea a livello di struttura, valga quanto si è detto *supra*, nt. 48 a proposito delle *obligationes quasi ex contractu*; mi pare che in questo senso il 'non proprie' di D.44,7,4-6 acquisti una pregnanza maggiore che non parlando *tout court* di una responsabilità «Eigener Art» (H. HÜBNER, *Zur Haftung der iudex qui litem suam fecit*, in *IURA*, 5, 1954, 202) o di un mero «criterio negativo» (A. ARNESE, *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari, 2011, 117). Nulla aggiunge sul punto lo studio di T. GIMÉNEZ CANDELA, *Los llamados cuadridelitos*, Madrid, 1990, mentre per una sintesi recente vd. F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei quasi delitti*, Bologna, 2010.

⁷² Vedine una efficace sintesi in A. RAMM, *Der Quasikontrakt* cit., 6 ss.

⁷³ Cfr. J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, VI, Neapoli, 1781, ad D.44,7,5 n. 5, c. 144: «quasi contractus sunt praesumptae conventiones ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio»; A. VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus ac forensis*, II, cito dall'ed. Lugduni, 1755, III,28,4, 789: «factum omnem non turpem quo alter alteri (pater liberis ad alimenta praestanda) sine conventionem obligantur»; J.O. WESTENBERG, *Principia juris secundum ordinem Digestorum seu Pandectarum, ad D.2,14, § 54*, in *Opera omnia juridica*, I, Hannoverae et Luneburgi, 1746, 127; (v. anche ID., *Dissertationes juridicae novem de causis obligationum, diss. II, cap. 3, § 7, ibidem*, 77): «est autem quasi contractum factum non turpe, ex quo citra conventionem nascitur obligatio»; U. HUBER (1636-1694), *Praelectionum juris civilis libri tres*, cito dalla ed. Maceratae, 1838, II, lib. X ti. 4, 355: «facta honesta, ex quibus (id est quorum occasione) sine conventionem nascitur obligatio propter aequitatem»; C. HEILBRON, *Dissertatio jur. inaug. De natura obligationis quae quasi ex contractu oritur*, Amstelodami, 1828, 8: «facta non turpia in quibus sine consensu obligatio et actio iuris civilis nascitur propter aequitatem inter ignorantes et invitos tamquam ex vero contractu». In tal senso, ancora sul finire dell'Ottocento si affermava che nasce una obbligazione da quasi contratto tutte le volte in cui ci si trovi in presenza del contenuto essenziale («wesentliche Inhalt») proprio di un contratto, pur mancando l'elemento cardine essenziale di questo, cioè il consenso: cfr. A. RAMM, *Der Quasikontrakt* cit., 16. Proprio sulla base di questa osservazione (cioè del fatto che nei quasi contratti manca l'elemento essenziale dei contratti, ovvero il consenso), M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, in *Rev. crit. de légis. et jurispr.*, 1904, 225 ss. particolarmente 229 affermava che era necessario rifiutare il nome stesso di 'quasi contratti', che avrebbe indotto ad una assimilazione, del tutto erronea dal punto di vista dogmatico, di questi ai contratti, e che i quasi contratti andrebbero meglio definiti come fatti umani involontari e illeciti vd anche ID., *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1923⁹, 262 s., dove si legge che contratti e quasi contratti differiscono soltanto per un elemento di secondaria importanza, costituito dall'accordo di volontà. Per la definizione soltanto 'in negativo' dei quasi contratti e dei quasi delitti vd. anche C.A. CANNATA, s.v. *Obbligazioni nel diritto romano* cit., 430.

⁷⁴ Vd. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, VI, Berlin, 1847, 31 s., per il quale il quasi contratto includeva gli atti unilaterali compiuti senza la cooperazione dell'altra parte. Savigny aveva ben presente la difficoltà di coesistenza di fattispecie come i legati o le tutele all'interno di una categoria che fosse comunque agganciata al contratto, e cercava di superare in tal modo il problema già a livello definitorio. Sul percorso che da questa idea porterà alla più tarda configurazione dell'idea del 'contratto di fatto' ('faktische Vertrag'), sulla quale non è

Dall'altro lato, invece, in Francia, si scelse di accogliere nella sostanza la quadripartizione di origine giustiniana. Il percorso, però, anche qui è stato travagliato. Infatti, ancora Domat accoglieva l'idea, di chiara impronta giusnaturalistica⁷⁶, per cui le obbligazioni scaturiscono tutte alla luce del principio di natura per cui nessuno deve potersi arricchire a danno di altri: ecco perché questo studioso classifica «tre sorte di colpe» che generano le obbligazioni, identificandole nel delitto, nel contratto e in «quelle che hanno rapporto alle convenzioni e che non s'imputano a delitto»⁷⁷.

Diversamente, invece, Pothier media in maniera differente queste istanze giusnaturalistiche con l'eredità della tradizione giustiniana. Il punto di partenza rimane pur sempre la categoria della legge (in senso giusnaturalistico). Secondo Pothier, tutte le obbligazioni hanno per causa mediata la legge (laddove per legge si intende evidentemente la legge naturale), e, in primo luogo, il principio per cui nessuno deve arricchirsi a danno degli altri. Secondo questo studioso, però, in taluni casi (ad es. nei contratti o nei delitti), l'elemento mediatore è assorbente e la legge naturale rimane solo come causa remota dell'obbligazione che sorge da questi atti; in altri casi, invece (come nei quasi contratti), l'elemento mediatore è più debole, e deve essere valutato di volta in volta come idoneo dall'ordinamento; in altri casi ancora, la mediazione cessa, e l'obbligazione trova la sua fonte direttamente nella legge naturale⁷⁸. Conclude pertanto Pothier che ci sono obbligazioni che non rientrano in nessuna delle quattro categorie giustiniane (contratto, delitto, quasi delitto e quasi contratto), perché hanno per causa immediata e unica la legge: per es. – e qui veniamo al punto che ci interessa – non è in virtù di nessun contratto o quasi contratto che i minori, quando abbiano i mezzi, devono fornire gli alimenti ai loro padri poveri⁷⁹.

VI. Il Cc. francese del 1804

1. Tra la volontà e la legge (civile)

qui possibile trattarsi nemmeno tangenzialmente, rinvio al panorama generale offerto da S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, al quale, però, è necessario aggiungere almeno S. SEGALINI, «Contrahere» senza «consentire»? *Il punto di vista dello storico*, in *Rivista di diritto romano*, X, 2010, 2 (dell'estratto), dove è citata la bibliografia essenziale sul tema.

⁷⁵ Cfr. esemplificativamente, C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, Erlangen, 1796, § 308, 243 ss., il quale parla di «Larve der Quasicontracte»; S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876 (rist. Aalen, 1980), 20 nt. 1, che li definisce un «rätselhafter Begriff»; H. DERNBURG, *Pandekten*, II, Berlin, 1886, § 6, 16 nt. 8 («die Gruppe der Quasikontrakte ist nicht mehr aufrecht zu erhalten. Sie umfasst sehr verschiedenes»); per una difesa, però, vd. più di recente T. MAYER-MALY, *Das Gesetz* cit., 450.

⁷⁶ Cfr. infatti già H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, Jenae, 1673, I,16,1 ss., 16 ss., a giudizio del quale sia le obbligazioni da quasi contratto che quelle da quasi delitto andavano ricondotte alla legge; sul punto vd. già C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni* cit., 111.

⁷⁷ Cfr. J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, cito dalla trad. it. dell'ed. fr. Paris, 1777, III, Napoli, 1787, Lib. II, tit. 8, 150 s.; in quest'ultima categoria, però, Domat racchiude fattispecie più simili al delitto, come il danno cagionato da *effusio vel deiectio* o da animali o da crollo di edifici ecc. Non mi pare, però, che l'intento di Domat sia stato quello di espellere i delitti dalla «materia civile», come invece afferma Cannata; mi pare che lo studioso italiano nella lettura di Domat si lasci guidare troppo dalla sua idea (*supra*, nt. 41) della inadeguatezza di un metodo classificatorio che ponga sullo stesso piano contratti e delitti.

⁷⁸ Cfr. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, I,1,3, in *Oeuvres de Pothier*, I, Paris, 1822, n. 123, 64 rilevava come «la loi naturelle est la cause au moins mediate de toutes les obligations; car si les contrats, délits et quasi délits produisent des obligations, c'est primitivement parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a comis par sa faute»; sul pensiero di Pothier su questo tema, utili risultano le considerazioni di C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni* cit., 102 ss.; ID., s.v. *Obbligazioni nel diritto romano* cit., 433.

⁷⁹ Cfr. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., I,1,3, n. 123, 65: «Par exemple, ce n'est en vertu d'aucun contrat ni quasi-contrat que les enfans, lorsqu'ils en ont le moyen, sont obligés de fournir des aliments à leur père et mère qui sont dans l'indigence. C'est la loi naturelle seule qui produit en eux cette obligation».

Tale impostazione di Pothier non manca di rimbalzare anche al di fuori dei confini della Francia⁸⁰, ma soprattutto, per quanto qui interessa, lascia la sua impronta sul Cc. francese del 1804.

Il *Code civil*, però, pur accogliendo in linea di massima questo risultato, si pone da una prospettiva radicalmente differente da quella propugnata da Domat e Pothier, perché il perno dell'intero sistema delle fonti delle obbligazioni ora appare essere la volontà delle parti, in ossequio al dogma borghese della libertà dell'individuo: si crea così una partizione tra le obbligazioni che derivano dalla volontà delle parti e quelle che si formano senza questa volontà; queste ultime sono divise in obbligazioni che derivano direttamente dalla legge e obbligazioni che derivano solo mediatamente dalla legge, attraverso il concorso di un comportamento umano, diverso comunque dall'accordo, categoria che comprende i delitti e i quasi delitti, ma soprattutto i quasi contratti⁸¹.

art. 1370 «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 lequel il est obligé.

Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui que 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.

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre».

Il ragionamento condotto dal legislatore francese, e sotteso all'art. sopra riportato, appare essere il seguente: in linea di principio, tutte le obbligazioni derivano dalla legge, la quale collega ad un certo evento l'effetto giuridico consistente nella nascita di una obbligazione. Tra questi eventi, in primo luogo va posto l'accordo delle parti (*convention*), ma accanto a questo esistono altri comportamenti umani (*faits personnelles*) che generano obbligazioni: per la classificazione di queste fonti si recupera la 'vecchia' quadripartizione di origine giustiniana, che, accanto ai

⁸⁰ In questo senso vd. già A.D. WEBER, *Systematische Entwicklung von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung*, Schwerin und Wismar, 1805, § 30, 87 ss.; A. RAMM, *Der Quasikontrakt* cit., 19 ss.; in Italia, per questa impostazione vd. F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, Torino, 1880, 7 ss.

⁸¹ Incidentalmente si può notare come nella *Common Law*, laddove pure si afferma che le obbligazioni sono o volontariamente contratte o imposte dalla legge, si lascia però uno spazio marginale ai 'quasi contracts' per i soli casi della restituzione di un arricchimento («The fundamental distinction has been that between obligations which are voluntarily assumed, and obligations which 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 which came to be known as the law of quasi-contract, or in more modern times, as the law of restitution»). Rispetto alla tradizione civilistica, però, in tale sistema viene in considerazione un concetto di obbligazione molto più ampio, che comprende una qualsiasi relazione tra due persone, una delle quali può costringere giudizialmente l'altra a compiere o non compiere un certo atto o attività: sul punto, per approfondimenti, cfr. P.S. ATIYAH, *Contracts, promises and the law of obligations*, in *LQR*, 94, 1978, 193 ss. (= in ID., *Essays on contract*, Oxford, 2012); G. ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig. sez. civ.*, IV, 1989, 148 ss.; M. SARFATTI, *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, Milano, 1924, 260 ss.; A.S. ORR, *The Law of Contract. The Law of Torts. Natural Persons. Associations of Persons*, in *Stephen's Commentaries on the Law of England*, II, London, 1950, 3 ss. (Introductory) e 260 sss.; *European Contract Law. Material for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, a cura di B. FAUVARQUE-COSSON e D. MAZEAUD, Munich, 2008, 39 ss. Sulla necessità di ribadire un ruolo 'forte' del concetto di obbligazione nel *condendo* diritto comune europeo, in opposizione alla costante 'contrattualizzazione' in atto del diritto delle obbligazioni, vd. invece G. GANDOLFI, *Verso il tramonto del concetto di obbligazione nella prospettiva di un Codice unico per l'Europa?* in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 203 ss.; G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, IV, 491 ss. e 505 in particolare; C.W. CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 19 ss. e 37; M. BIANCA, *L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, VI, 59 ss.; esprime una preferenza per il modo di partire le obbligazioni adottato dalla *Common Law* da ultimo C.A. CANNATA, *Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni* cit., 1186 s.

contratti, conosceva appunto i delitti, i quasi contratti e i quasi delitti⁸². Poiché però esistono anche obbligazioni che nascono senza la mediazione né della *convention* né di un *fait personnel*, queste devono essere ricondotte alla ‘sola’ volontà della legge (*l'autorité seule de la loi*), che ne costituisce la ‘fonte’ immediata e diretta.

Nell’analizzare la natura di questi elementi mediatori, poiché non residuava dubbio né su cosa fossero i contratti, né su cosa fossero i delitti e i quasi delitti (che di fatto finivano per essere schiacciati sui delitti stessi, fino a risultarne assorbiti)⁸³, la vera esigenza sentita era quella di definire in maniera soddisfacente i quasi contratti. Di qui la norma dell’art. 1371.

art. 1371 «Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l’homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque de deux parties».

Questa formulazione dell’art. 1371 si riallaccia in maniera evidente alla definizione data da Pothier dei quasi contratti, di cui costituisce praticamente un calco⁸⁴; soltanto che, rispetto al modello, la dizione ‘fatti puramente volontari dell’uomo’ presenta l’omissione, che è stata definita «incredibile», dell’aggettivo ‘lecito’, senza il quale si giungerebbe all’assurdo di dover considerare ‘quasi contratti’ anche i delitti, che indiscutibilmente riposano su ‘fatti (ancorché illeciti) volontari dell’uomo’⁸⁵.

Chiaro appare il tentativo di valorizzare degli istituti, come il quasi contratto e il quasi delitto, che operino «sul piano dell’integrazione del sistema a fronte di fenomeni con caratteri di atipicità o comunque lacunosamente regolati»: in sostanza, nella mente del legislatore la formula ‘quasi-contratto’ tenderebbe ad esaltare la teorica della volontà dei privati quale motore dei fenomeni giuridici, riportando la mente dell’interprete alla volontà negoziale di ‘auto disposizione da parte dei privati, così come quella ‘quasi delitto’ evocherebbe la volontà colpevole quale presupposto della responsabilità per fatto illecito⁸⁶.

Ma, al di là delle pecche definitorie della norma codicistica, era proprio questo ragionamento sotteso all’articolo di legge a risultare infondato, perché creava delle categorie (il quasi contratto e il quasi delitto) totalmente prive di consistenza dogmatica. La dottrina, infatti, non tardò ad arrivare a demolire la categoria così elaborata: ad esempio, a proposito del quasi contratto si notava che,

⁸² Vd. sul punto H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, in *Rev. trim. droit civ.*, 35, 1936, 13 ss., il quale lamenta che il risultato di tale operazione dogmatica è di aver costruito una teoria generale dell’obbligazione come accessoria a quella del contratto. Peraltro, nella dottrina francofona l’adozione di un tale modello da parte del legislatore francese del 1804 non cessa di attirare critiche: cfr., a titolo esemplificativo, B. MOORE, *La théorie des sources des obligations: éclatement d’une classification*, in *Thémis*, 36, 2002, 689 ss.; P. WÉRY, *L’article 1370 du Code civil et la nomenclature des sources des obligations*, in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d’obligation extracontractuelles*, a cura di S. STIJNSE e P. WÉRY, Bruxelles, 2007, 1 ss.

⁸³ Vd. *supra*, nt. 72.

⁸⁴ Cfr. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, I,1,2, cit., n. 113, 61: «On appelle quasi-contrat le fait d’une permise par la loi, qui l’oblige envers une autre personne, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu’il intervienne aucune convention entre elles».

⁸⁵ Cfr., ad es., K.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, trad. it. di V. DE MATTEIS, IV, Napoli, 1862, § 621, 5 e nt. 1; C. DEMOLOMBE, *Traité des engagement qui se forment sans convention, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, VIII, Paris, 1882 (che corrisponde al vol. 31 del *Cours de Code Napoléon*), 31; C.B.M. TOULLIER, *Il diritto civile francese VI cit.*, § 11 ss. 8 ss.; V. MARCADÈ, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, cito dalla trad. it. dell’ed. di Parigi, a cura di L. SAMPOLO, Palermo, 1858, vol. III, 181, il quale lamenta anche che nella definizione dell’art. 1371 il legislatore ha mancato di differenziare gli atti leciti da quelli illeciti. Si noti, per inciso, che invece l’aggettivo è presente nell’art. 1140 del Cc. it. 1865, che, per il resto, corrisponde pedissequamente all’art. 1371 del Cc. fr. («il quasi contratto è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta una obbligazione verso un terzo, o un’obbligazione reciproca tra le parti»).

⁸⁶ Cfr. sul punto particolarmente D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. PERLINGIERI, III, 15, 2004, 66 s., il quale però non sembra rendersi pienamente conto della mancata riuscita dell’operazione tentata dal legislatore francese (e poi, analogamente, da quello italiano del 1865).

sebbene la *negotiorum gestio* fosse inquadrata tradizionalmente in questo ambito, il gerito poteva risultare obbligato verso il gestore pur non avendo egli compiuto alcun ‘fatto volontario’ da cui sorgesse l’obbligazione: la critica finiva in tal modo per coinvolgere la stessa utilità e il fondamento dogmatico della categoria del quasi contratto, di cui si proponeva pertanto il superamento⁸⁷.

2. Dalla legge naturale a quella civile

In questa sede, però, interessa maggiormente notare un’altra conseguenza dell’impostazione accolta dal *Code civil*: infatti, perso il principio ordinatore della legge (naturale), in qualche modo sostituita dalla legge civile⁸⁸, e posta in primo piano la volontà delle parti (cioè essenzialmente il contratto), il conseguente stringente accostamento ai contratti stessi dei quasi contratti (definiti appunto come ‘fatti [leciti] puramente volontari dell’uomo’) lasciava scoperto il campo di quelle obbligazioni che non nascevano né da un accordo, né da un fatto illecito, ma che a loro fondamento non avevano neanche un ‘fatto (lecito ma non contrattuale) volontario dell’uomo’, come, ad esempio, proprio le obbligazioni alimentari, che qui stiamo analizzando.

Per questa tipologia di obbligazioni, che, oltre alle obbligazioni alimentari comprendeva anche quelle che scaturiscono dai rapporti di vicinato o l’assunzione obbligatoria della tutela, si rendeva necessaria l’aggiunta di una norma come quella prevista nel comma 2 dell’art. 1370, nella quale si chiarisce, attraverso la teorica sopra riferita degli elementi ‘mediatori’, che ci sono alcune obbligazioni che derivano esclusivamente dall’autorità della legge (l’*autorité seule de la loi*), senza la necessità della ulteriore intermediazione offerta dalla *convention* o dai *faits personnelles* (leciti o illeciti).

Il legislatore francese, cioè, riconosce che, oltre a contratti, delitti, quasi contratti e quasi delitti (tutti atti mediatori di obbligazioni derivanti dalla legge), esistono anche altri eventi che fanno anch’essi nascere obbligazioni, ma alla base dei quali non si riscontra nessuno degli elementi mediatori in precedenza descritti, cioè né un consenso dell’obbligato o del futuro creditore né un

⁸⁷ Nella dottrina francese, infatti, finiscono per essere convogliate tutte quelle critiche che già ampiamente circolavano in Europa sul concetto di quasi contratto. Sul punto, oltre quanto detto *supra*, nt. 76, basti qui il ricordo di M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, cit., 226 ss.; ID., *Traité élémentaire* II^o cit., 262 ss.; C.B.M. TOULLIER, *Il diritto civile francese* cit., 9 nt. 4, il quale parla di «oscura ed impropria denominazione di quasi contratto»; L. JOSSERAND, *Cours de droit positif français*, II, Paris, 1939³, 7, il quale definisce il quasi contratto come «une sorte de monstre légendaire qui’il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique»; P. ESMEIN, *Obligations*, I, in M. PLANIOL-G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI/1, Paris, 1952, 8; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Principes, doctrine, jurisprudence*, II 1948², 401, il quale giudica il quasi contratto una nozione «radicalement fautive, au surplus dépourvue, comme classification des sources d’obligations, de toute utilité pratique, qu’il convient dès lors d’abandonner». Più in generale, sulla parabola dei quasi contratti nel panorama di diritto europeo, vd. da ultimo S. FAILLACE, *La controversa categoria delle obligations ex lege*, cit., particolarmente 119 ss., il quale individua una crisi sul finire dell’Ottocento e una sorta di ‘rinascita’ dell’interesse nei loro confronti nel periodo attuale, soprattutto (ma non solo) in Francia; per quest’ultimo profilo, cfr. J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, in *Rev. trim. de droit civil*, 67, 1969, 653 ss.; M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Paris, 1997, 1 ss.; H. CHANTELOUP, *Les quasi-contrats en droit international privé*, Paris, 1998, *passim*; cfr. anche H. HÜBNER, *Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung*, in *Fs. H.C. Nipperdey zum 70. Geb.*, I, München-Berlin 1964, 373 ss.

⁸⁸ Cfr., *ex multis*, C.E. DELVINCOURT, *Corso di Codice civile*, VI, trad. it., Napoli, 1828², III,5, 8 s. (prima ed. francese *Cours de Code Napoléon*, II, Paris, 1923, 3 s.); C. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il Codice francese*, trad. it., Napoli, 1842 (prima ed. fr. Paris, 1827-33), 6: «le obbligazioni nascono o da un fatto dell’uomo cui la legge congiunge la forza obbligatoria o dalla sola legge che le impone direttamente ai cittadini»; M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, cit., 225 ss.; ID., *Traité élémentaire* II^o cit., 260; M.L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code Napoléon (art. 1110 à 1386)*, V, Paris, 1857, 543 ss.; C.B.M. TOULLIER, *Il diritto civile francese* cit., 6 ss., secondo il quale le esistono solamente «due cause veramente produttive di obbligazioni: la volontà dell’uomo e la legge»; per una critica vd. però R. DEMOGUE, *De la classification des sources des obligations*, in *Scritti giuridici dedicati e offerti a G. Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, I, *Diritto privato*, Milano-Torino-Roma, 1915, 110 s., secondo il quale le obbligazioni sorgerebbero, oltre che dalla legge, dall’accordo tra debitore e creditore o dalla volontà solo del primo o solo del secondo.

suo fatto, lecito o illecito. In tali casi, aggiunge, l'obbligazione deriva dalla 'sola' autorità della legge⁸⁹.

Nasce così una sorta di nuova categoria dogmatica, cioè quella delle *obligationes ex lege*, che vengono qui intese in un senso nuovo e tutto diverso da quello che abbiamo sopra visto in Modestino, cioè come una sorta di categoria residuale, nella quale raccogliere tutte quelle obbligazioni che non si riusciva, per un motivo o per un altro, a ricondurre ad alcuna delle categorie precedentemente elencate, le quali si erano ormai irrigidite entro uno statuto dogmatico che considerava solo il dato di struttura⁹⁰. Evidenti mi paiono in proposito le differenze tra le *obligationes ex lege* così concepite e le costruzioni elaborate dalla tradizione giuridica che va dal XIV al XVII sec., che di tali obbligazioni *ex lege* aveva soltanto una nozione vaga e tutt'altro che dogmaticamente raffinata⁹¹; così come rispetto anche alla impostazione giusnaturalistica sopra considerata a proposito di Domat e poi di Pothier, in cui alla legge era riconosciuta una diversa e più pregnante funzione primaria⁹².

3. Dalla 'legge civile' di nuovo alla 'legge naturale': ritorno al futuro?

È chiaro come il passaggio dalla legge di natura a quella civile comporti differenti modalità di affermazione della tassonomia assiologica espressa da un determinato tipo di società.

Proprio per questo, la costruzione così elaborata appariva affettata da un nuovo e più grave vizio. Infatti, una volta passati con il *Code civil* a identificare nella legge civile (e non più nella legge naturale) la causa primigenia di tutte le obbligazioni, si finiva per non comprendere più il senso e la portata dell'aggiunta degli elementi mediatori, primi fra i quali proprio il quasi contratto (ma anche il quasi delitto), proprio per la diversa portata 'normogenetica' (per così dire) della legge naturale rispetto a quella civile. D'altra parte, nella categoria delle *obligationes ex lege*, la legge (intesa come statuizione positiva), pur non presentandosi come trascendente rispetto ai comportamenti umani (accordo, atto lecito, atto illecito) richiamati come mediatori⁹³, si poneva evidentemente su un piano dogmatico diverso rispetto a questi: a stretto rigore, si ragionava, si dovrebbe ammettere che tutte le fonti discendono dalla legge, e quindi, continuavano i critici, o si richiama solo questa come fonte di tutte le obbligazioni, o si rinuncia a richiamare a questo proposito la legge e si passa nell'esame ad un gradino più basso, quello dei singoli 'comportamenti' o 'fatti', che da soli esauriscono la categoria (cioè, in una parola, al piano costituito dagli 'elementi mediatori')⁹⁴. Per uscire da questa contraddizione, già i primi esegeti del Codice francese, sebbene avessero ben chiaro il 'nuovo' significato di legge come statuizione positiva, nell'attribuire un senso al richiamo

⁸⁹ Il primo caso esemplificativamente richiamato dal Codice (assenza del consenso dell'obbligato), riguarda i rapporti di vicinato; il secondo (assenza del consenso di colui sul quale graverà l'obbligazione) l'assunzione obbligatoria di tutela. È appena il caso di precisare che il richiamo è fatto a tutti quei casi in cui il chiamato alla tutela non può rifiutarla, mentre ovviamente non comprende i casi in cui l'assunzione di tutela è volontaria, fattispecie che rientrerebbe invece nei quasi contratti.

⁹⁰ Così espressamente M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, cit., 1904, 230 ss.

⁹¹ Cfr. sul punto in particolare L. GIOVENCO, *Le categorie delle obbligazioni "ex lege". Origini storiche e costruzione dogmatica*, Empoli, 1938, 15 ss.

⁹² Secondo TH. MAYER-MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund* cit., le categorie dei quasi contratti e dei quasi delitti erano viste come un'alternativa all'idea dell'obbligazione legale (in senso giusnaturalistico); per una impostazione simile, vd. già anche J. BARON, *Pandekten*, Leipzig, 1896^o, § 210, 373.

⁹³ Lo notava, in via incidentale, già C. SCUTO, *Le fonti delle obbligazioni secondo le varie classificazioni e la classificazione del nuovo Codice civile*, Napoli, 1953, 153. In effetti, secondo l'impostazione del Cc. le obbligazioni derivavano allo stesso modo dalla presenza di uno degli elementi mediatori, così come dalla 'sola' legge.

⁹⁴ Per il diritto francese, oltre agli aa. cit. *supra* al § precedente, vd. soprattutto P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle*, in *Rev. trim. de droit civ.*, 32, 1933, 638. In tempi più vicini a noi, sul punto si sofferma soprattutto C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni* cit., 106 s.; ID., *Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni* cit., 1184 s.; ID., s.v. *Obbligazioni nel diritto romano* cit., 433 s.; secondo P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, 414 il vizio deriverebbe dalla sovrapposizione tra le fonti delle obbligazioni e le fonti del diritto oggettivo.

alla ‘sola legge’ nella classificazione delle fonti delle obbligazioni finivano per recuperare in maniera anacronistica la vecchia accezione giusnaturalistica del termine, costruendo così una sorta di contenitore residuale, che aveva l’unica funzione di servire come categoria di chiusura del sistema delle fonti delle obbligazioni⁹⁵.

E allora tra gli scrittori di questo tornio di anni si legge ad esempio in Delvincourt che nella categoria delle *obligationes ex lege* andrebbero comprese tutte quelle obbligazioni tese, sulla base dell’equità, ad evitare un danno che non si sia ancora verificato o a risarcirlo, se già verificatosi, recuperando in tal modo alla legge quel piano equitativo che essa aveva sotto l’egida della scuola del diritto naturale⁹⁶. In questa stessa ottica, meglio si spiega l’affermazione di Ortolan, secondo il quale l’obbligazione alimentare rappresentava una fonte di obbligazioni del tutto scollegata dalle varie classificazioni derivanti dal diritto romano, costituendo piuttosto «une autre source d’obligations suivant les principes de la pure raison philosophique»⁹⁷. Dal canto suo, Planiol riteneva che la vera distinzione all’interno delle fonti delle obbligazioni doveva essere tra quelle nascenti per un «accord de volontés entre les créancier et le débiteur, et la volonté toute puissante de la loi»⁹⁸. Infine, Demolombe afferma a chiare lettere che, con riferimento alle obbligazioni che si formano senza convenzione, «c’est le fait lui-même, tout d’abord, qui d’après la loi naturelle, en est la source première»⁹⁹. Gli studiosi successivi si limitano a meglio precisare questa linea ricostruttiva, affermando, come fa ad es. Mazeaud, doversi ammettere che le obbligazioni nascono o per volontà del creditore e del debitore, o al di fuori di tale volontà¹⁰⁰, o che esse nascono tutte dalla legge, che però è messa in moto o da un atto o da un fatto giuridico¹⁰¹.

4. Le *obligationes ex lege* nell’ordinamento giuridico italiano: dal Cc. it. 1865 al Cc. it. 1942.

Rispetto al *Code Napoléon*, le incrostazioni dogmatiche, come spesso accade, sono molto più evidenti nel Cc. it. del 1865, che adotta in linea di principio il recupero della quadripartizione giustiniana come rielaborata nell’omologo francese, ma, nel tentativo di rendere più chiaro il percorso argomentativo svolto da quel legislatore, finisce per estremizzare anche quella contraddizione che nel Cc. francese era invece rimasta a livello latente solo tra le righe del testo.

Recita, infatti, l’art. 1097 del Cc. it. 1865¹⁰²:

⁹⁵ Una utile sintesi delle diverse posizioni dottrinarie assunte su questo tema a partire dai primi esegeti di prima generazione del *Code civil* fino ai giorni più recenti è offerta da M. BOUDOT, *La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle*, in *Enrichissement sans cause-Classification des obligations*, a cura di M. MANNINO-C. OPHÈLE, Poitiers, 2007, 131 ss.

⁹⁶ Emblematico mi pare quanto afferma C.E. DELVINCOURT, *Corso di Codice civile VI*², cit., III,5, 8 nt. 17 (prima ed. *Cours de Code Napoléon*, II, Paris, 1923, 3 nt. 1), dove, nel commentare le obbligazioni che nascono dalla legge, chiarisce che si intende la legge civile, «ma in generale in questo caso essa non fa che sanzionare le disposizioni della legge naturale».

⁹⁷ Cfr. J. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l’empereur Justinien*, III, Paris, 1857⁶ (1° ed. 1827), 132, laddove la «raison philosophique» era individuata dall’a. nella costituzione della famiglia o di più ampie entità sociali destinate a rispondere ai bisogni primari dell’uomo. La linea seguita sembra essere quella già sostenuta dal filosofo inglese A. FERGUSON, *Institutes of Moral Philosophy*, Edinburgh, 1773, Part. 5, cap. 19, sect. 3, 200, il quale, riferendosi alle obbligazioni sorgenti dalla tutela, e in critica al diritto romano, affermava che esse «arose from equity», sebbene il diritto romano le riconducesse in qualche modo all’alveo del contratto.

⁹⁸ Cfr. M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, cit., 225.

⁹⁹ Cfr. C. DEMOLOMBE, *Traité des engagement qui se forment sans convention, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, VIII, Paris, 1882 (che corrisponde al volt. 31 del *Cours de Code Napoléon*); ma vd. anche già Id., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, I, Paris, 1877 (che corrisponde al vol. 24 del *Cours cit.*), 2 s.

¹⁰⁰ Cfr. H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, in *Rev. trim. droit civ.*, 35, 1936, 6 ss.

¹⁰¹ J. BONNECASE, *Precis de droit civil*, II, Paris, 1939³, 450.

¹⁰² Per il Cc. it. preunitari, che adottano classificazioni molto simili, vd. il dettaglio degli articoli richiamato da L. GIOVENCO, *Le categorie delle obbligazioni “ex lege”* cit., 41; sul punto torna di recente anche U. PETRONIO, *Art. 1173. Fonti delle obbligazioni*, in *Comm. del Cod. civ. diretto da E. Gabrielli, Delle obbligazioni. Artt. 1173-1217*, a cura di V. CUFFARO, Torino, 2012, 7.

art. 1097 «Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi contratto, da delitto o quasi delitto».

Il cerchio si chiude e la contraddizione appare, se possibile, ancora più netta ed evidente: anche qui, al di là del dibattito in Italia, sulla utilità stessa della categoria dei quasi contratti¹⁰³, la questione continua ad essere costituita dal fatto che se la legge non è un mero criterio ordinatore (legge naturale) ma una statuizione positiva posta dallo Stato, essa deve essere posta su un piano più alto e diverso rispetto agli elementi ‘mediatori’ (contratto, quasi contratto ecc.), e non può essere assolutamente confusa sullo stesso piano di questi¹⁰⁴. L’idea di base, in un Codice improntato al liberismo, era quella di fare della legge una sorta di ‘norma di chiusura’ dell’elenco delle fonti delle obbligazioni, assegnando alla legge il ruolo di unico possibile limite dell’autonomia privata¹⁰⁵. In ogni caso, certo non aiuta il fatto che la legge venga addirittura posta al primo posto nell’elenco delle fonti di obbligazione¹⁰⁶.

E anche qui la soluzione è vista in una serrata critica all’impostazione del Codice, il quale, si è detto, avrebbe in questo caso accolto un significato atecnico di legge¹⁰⁷, oppure, più propriamente,

¹⁰³ Cfr., ad esempio, la Relazione al Progetto del 1936, 10, dove si legge che la quadripartizione sarebbe «certamente incompleta, inesatta e irrazionale» soprattutto perché il quasi contratto sarebbe un istituto «arcaico e facile a ingenerare confusione», mentre nella Relazione al Re, la categoria del quasi contratto si riconosce «priva di una sicura tradizione storica, essendo ignota al diritto romano classico e priva altresì di un contenuto determinato». Tra la dottrina del tempo, cfr. particolarmente G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno*, V, *Fonti delle obbligazioni, Quasi contratti – Fatti illeciti – Legge*, Firenze, 1886², 17, il quale afferma che «la categoria dei quasi contratti non poggia sopra criterii scientifici, ma sopra ragioni storiche soltanto», parlando a questo proposito di «definizione impossibile» e rimproverando al legislatore del 1865 di non averli soppressi (l’impostazione dell’a. però mi pare diversa nelle edizioni successive dell’opera: vd. ad es. la 7^o ed., Firenze, 1925, 1 ss.); A. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Studi di diritto privato*, Roma, 1906, 55, secondo cui «il quasi contratto non esiste, è una finzione»; G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, 1926³, 509 ss.; ID., *Trattato delle obbligazioni* cit., 236; ID., *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano civile e commerciale*, Padova, 1935³, 33 ss.; ID., *Diritto civile italiano* II, III, cit., 2 ss.; secondo il quale non solo il quasi contratto sarebbe del tutto estraneo alle fonti romane, ma la stessa quadripartizione giustiniana non avrebbe alcun valore scientifico né logico, ma deriverebbe soltanto dalla «scolastica tendenza alla sistemazione simmetrica delle fonti delle obbligazioni»; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni* cit., 93; L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1921, 348, il quale parla di una «vecchia definizione erronea»; C. SCUTO, *Le fonti delle obbligazioni* cit., 17 ss., secondo il quale (p. 43), «di questa figura giuridica benissimo si poteva fare a meno». Per una difesa della categoria nello stesso tornio di tempo, vd. però, ad es., V. SCIALOJA, *In difesa di termini giuridici fuori d’uso*, in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante*, 2, Roma, 1930, 7 ss. (dell’estratto) = in *Riv. dir. civ.*, 6, 1930, 579 ss.

¹⁰⁴ Cfr., a mero titolo esemplificativo, S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 45 ss. (= 337 ss.); G. ARE, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti delle obbligazioni*, Napoli, 1915 (che però non mi è stato possibile vedere); E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni* cit., 91; L. TRIPICCIONE, *Contributo alla dottrina delle fonti delle obbligazioni*, in *AG*, 94, 1925, 93 ss.; G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni* cit., 238; ID., *Diritto civile italiano* II, III, cit., 2; G.E. GUERRERA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *RISG*, 6, 1931, 283 ss.; A. RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1938, 380, il quale, commentando l’art. 1097, afferma che: «È però possibile fare una classificazione più razionale delle fonti di obbligazione. Questa deve partire dall’osservazione che gli obblighi tutti nascono dalla legge; che taluni però sorgono senza il concorso della volontà dell’obligato, altri invece sono voluti dall’obligato stesso»; C. SCUTO, *Le fonti delle obbligazioni* cit., 95 ss.; J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, *La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las Instituciones de Gayo y de Justiniano y su valor sistematico en el moderno derecho civil*, in *Sem. Compl.*, 6, 1994, 104 ss.

¹⁰⁵ Così cfr. ad es. già P. RESCIGNO, s.v. *Obbligazioni* cit., 151, il quale ricorda come nella mentalità del tempo la legge costituiva l’unico limite che la volontà delle parti poteva incontrare; ciò non poteva non contrastare con la diversa mentalità da cui era improntato il Cc. del 1942, che, infatti, elimina la menzione della legge (che era invece ancora presente nel progetto del 1936), richiamando più in generale l’ordinamento giuridico, finendo così per permettere, per una sorta di nemesi storica, l’ingresso nella disciplina delle obbligazioni anche di fonti del diritto più tarde, come ad esempio la Costituzione.

¹⁰⁶ Lo nota anche U. PETRONIO, *Art. 1173. Fonti delle obbligazioni*, cit., 8.

¹⁰⁷ Cfr. E. BETTI, *Le fonti d’obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in *AG*, 93, 1925, 314 ss., secondo cui «la legge non è che una espressione di comodo, una frase ellittica per dire che la legge ricollega un’obbligazione ad uno stato o ad un fatto, che non è né contratto né atto illecito imputabile a colpa», dal momento che

affermando la necessità di ridurre a due le ‘vere’ fonti dell’obbligazione, la legge e l’atto umano, inserendo in quest’ultima categoria le altre quattro fonti (contratto, delitto, quasi contratto e quasi delitto) e assegnando alla legge il ruolo di collettore diretto di tutte quelle altre obbligazioni che altrimenti sarebbero rimaste non giuridicizzate¹⁰⁸.

In Italia, l’esito di questo dibattito si è avuto nell’art. 1173 Cc. it. 1942, che, non senza resistenze¹⁰⁹, abbandona le categorie del quasi contratto e del quasi delitto, sulla spinta di quella parte della dottrina che le considerava categorie ascientifiche, fondate soltanto su ragioni storiche¹¹⁰ e decide altresì di espungere dall’elenco la legge, con una scelta «consapevole e non casuale»¹¹¹. In conseguenza di ciò, il legislatore italiano del 1942 dichiara la propria intenzione di tornare alla tripartizione del Gaio delle *Res cottidianae*, e abbandona consapevolmente la categoria delle obbligazioni ex lege, ritenendola incoerente con l’art. così costruito¹¹².

5. ‘Ogni altro atto o fatto idoneo a produrle’ come ‘porta aperta’ per il ritorno alla ‘legge naturale’.

È stato detto che il legislatore italiano, con la formulazione dell’art. 1173 Cc. it. 1942 («ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico») che, tutto sommato, tende a rompere l’argine dello stretto gius-positivismo e a offrire, tramite il richiamo all’ordinamento giuridico, una classificazione potenzialmente ‘aperta’ delle fonti stesse¹¹³, intendesse recuperare proprio questa ‘antica’ nozione di ‘legge’ in senso giusnaturalistico¹¹⁴. Ed in

«la legge, di per sé sola, non crea mai alcun effetto giuridico, ma pone sempre il nesso causale tra una situazione di fatto (fattispecie) e l’effetto correlativo».

¹⁰⁸ Così cfr. A. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, cit., 39 ss.; B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1905, 391; G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni* cit., 239, il quale pensa che le obbligazioni derivino dalla volontà privata o da un fatto (non importa se lecito o illecito) (vd. però ID., *Elementi di diritto civile*³, cit., 509 ss., dove l’a. ripropone la tripartizione contratto-delitto-*variae causarum figurae*); N. STOLFI, *Diritto civile*, III, *Le obbligazioni in generale*, Torino, 1932, § 226, 111 ss.; L. GIOVENCO, *Le categorie delle obbligazioni “ex lege”* cit., 45 ss. Acute osservazioni sul punto si possono leggere ora in U. PETRONIO, *Art. 1173. Fonti delle obbligazioni*, cit., 33. Mi pare però che voler far rimontare questa scansione volontà-legge alla bipartizione gaiana contratto-delitto (così vd. C. MEYER, *Le système doctrinal des aliments* cit., 532), sia una operazione dogmaticamente e scientificamente inaccettabile.

¹⁰⁹ Cfr., ad es., G. CARCATERA, s.v. *Quasi contratto e quasi delitto*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, Milano, 1937; ID., *Le fonti di obbligazione nell’art 1173 del nuovo Codice civile*, in *Corte di Bari*, 1942, 41 ss. Nota A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, cit., 19 s., come sia degno di nota che la categoria dei quasi contratti sia stata consapevolmente mantenuta nel Progetto per l’unificazione del diritto delle obbligazioni tra Italia e Francia del 1929; sul punto, vd. anche le osservazioni di Ascoli al Progetto: «la categoria dei qc è stata fatta segno a molte critiche, ma la nostra commissione ha ritenuto di non dare troppo peso a queste critiche, le quali sono puramente formali e non possono diminuire il valore tradizionale di questa figura». Sulle discussioni in merito alle fonti delle obbligazioni in questo Progetto vd. ora U. PETRONIO, *Art. 1173. Fonti delle obbligazioni*, cit., 35 ss.

¹¹⁰ Vd. *supra*, nt. 103.

¹¹¹ Cfr. C.M. NANNA, *Doveri professionali di status* cit., 139; non mi pare però possibile pensare, come l’a. fa interpretando in tal senso una autorevole corrente dottrinarina (la quale, per la verità, ricostruiva in modo molto più calibrato il succedersi degli eventi storici: cfr. P. RESCIGNO, s.v. *Obbligazioni* cit., 151; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 173 ss.), che il legislatore abbia inteso sostituire all’art. 1173 Cc. il richiamo alla legge con quello all’ordinamento giuridico, con il preciso intento di richiamarsi «in primo luogo ai principi generali ricavabili nell’ambito dello stesso codice civile».

¹¹² Sul punto, vd. P. RESCIGNO, s.v. *Obbligazioni* cit., 150.

¹¹³ Cfr. sul punto, già M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell’obbligazione*, in *Riv. dir. civ.* 1965, I, 70 ss., ma poi, per tutti, D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 3: «il riferimento all’ordinamento giuridico è idoneo a richiamare una realtà normativa complessa, che non si esaurisce nella dimensione della legge».

¹¹⁴ C.A. CANNATA, *Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni* cit., 1184 s.; se interpreto bene il suo pensiero, lo studioso ricava questo dato dal riferimento all’«ordinamento giuridico», anziché alla ‘legge’; mi pare però che questa ricostruzione tenda a sottovalutare il diverso piano su cui si colloca la ‘legge’ giusnaturalistica rispetto ad un ordinamento giuridico, che, in quanto tale, è proprio di uno Stato. Cfr. anche C.A. CANNATA., s.v. *Obbligazioni nel diritto romano* cit., 434 s.; ID., *Le obbligazioni in generale*, cit., soprattutto 25 ss., dove però l’a. chiarisce che quando legge diventa legge dello Stato «il senso della *divisio* è interamente perso e siccome contratto e delitto sono sempre oggetto di previsioni legislative espresse, tanto vale dire semplicemente che le fonti delle obbligazioni sono quelle che la legge prevede».

effetti, già tra i più antichi commentatori del Cc. it. 1942 si leggeva che in realtà l'art. 1173 dovrebbe essere interpretato come se avesse diviso le fonti delle obbligazioni in due somme categorie: obbligazioni derivanti «dalla volontà del debitore, ossia dalla sua consapevole intenzione di assumere il dovere di adempiere... [e] dalla volontà della legge»¹¹⁵, dando luogo ad un sistema 'aperto' ed 'elastico' delle fonti delle obbligazioni, in cui, in definitiva, spettava all'interprete offrire una coloritura della singola fattispecie in chiave di giuridicità o meno¹¹⁶.

La dottrina più recente, però, non ha seguito questa ricostruzione, mantenendosi fedele alla lettera della tripartizione proposta nel testo normativo. In particolare, quasi come il Gaio delle Istituzioni, si è trovata in imbarazzo di fronte ad alcune obbligazioni, riconosciute dal nostro ordinamento, alla cui base non è possibile individuare né un contratto, né un delitto, ma nemmeno un 'fatto' o un 'atto' giudicato dall'ordinamento come idoneo alla produzione di una obbligazione.

L'esempio più significativo di questa sorta di 'fattispecie di frontiera' è offerto proprio dall'obbligazione alimentare qui in esame, laddove a fondamento dell'obbligo alimentare tra congiunti non appare agevole riscontrare un fatto o atto di qualche tipo¹¹⁷.

Una possibile soluzione proposta per conferire un adeguato statuto dogmatico anche a questa fattispecie è stata quella di 'allargare' la nozione di 'fatto giuridico' (come assunta ai sensi dell'art. 1173)¹¹⁸, accogliendone una accezione ampia, disposta a comprendere al suo interno anche situazioni oggettive o meri stati di fatto, quale, ad es., una qualità giuridicamente rilevante di una persona, come lo 'status'¹¹⁹ costituito dal legame parentale che origina l'obbligo di prestare gli alimenti¹²⁰. Ma questa costruzione non ha trovato accoglimento.

¹¹⁵ Cfr. L. FERRARA, *Diritti privato attuale*, I, Roma, 1945, 130; W. D'AVANZO, *Delle obbligazioni in generale*, I, *Disposizioni preliminari*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, I, *Commentario* dir. da M. D'AMELIO e E. FINZI, Firenze, 1948, 10; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, III, Milano, 1959⁹, § 98, 24, secondo il quale la corretta partizione delle fonti delle obbligazioni le dovrebbe dividere in obbligazioni volontarie e legali (o ex lege); C. SCUTO, *Istituzioni di diritto privato*, II, Napoli, 1955⁷, 138; dubbiosi R. DE RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, II, *Diritti di obbligazione e contratti. Tutela dei diritti*, Milano, 1953⁸, 57 ss., i quali ammettono la bontà della bipartizione proposta, ma solo in critica alla tripartizione dell'art. 1173; mentre per una critica vd. già P. SCHLESINGER, s.v. *Quasi-contratto e quasi delitto (diritto moderno)*, in *NNDI*, 14, 1968, 636, il quale nota come la riferita bipartizione lasci diverse incertezze, come ad es. a proposito degli obblighi disposti *ex lege* a completamento di quanto voluto dalle parti (cd. *naturalia negotii*); addirittura non manca chi, come M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, cit., 74 s., propone di dividere le obbligazioni in contrattuali ed extracontrattuali, di fatto recuperando l'antica bipartizione gaiana sopra vista.

¹¹⁶ Cfr. M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, cit., 71 s.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 75; U. PETRONIO, *Art. 1173. Fonti delle obbligazioni*, cit., 41 ss.; dubbioso C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990 (rist. agg. 1997), 6 ss. Sul punto, cfr. anche TH. MAYER MALY, *Divisio obligationum*, cit., 383, a giudizio del quale il legislatore all'art. 1173 avrebbe dovuto prevedere «a more specialized cause of legal efficacy».

¹¹⁷ Non mi pare meritevole di accoglimento la ricostruzione che tende a collocare a base dell'obbligo alimentare il fatto della nascita, perché, a ben guardare, l'alimentando acquisisce il diritto sulla base di una fattispecie complessa, che lega all'evento della parentela (e non della nascita) altri elementi, come lo stato di bisogno dell'alimentando medesimo e la disponibilità da parte dell'eventuale obbligato; sul punto, vd. ora D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare* cit., 162.

¹¹⁸ Sulla nozione di 'fatto giuridico' in senso 'dinamico', inteso come qualsiasi mutamento di una situazione giuridica o come fatto materiale al quale si accompagna il mutamento di una situazione giuridica, vd. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1906⁹ (rist. Aalen, 1984), § 67, 305 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto privato*, Roma, 1951³ (rist. Camerino, 1998), 200 ss. e 206 s. in particolare; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1954, 333; G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1963¹², 288 ss. È solo con questa chiave di lettura che può essere accolta una vecchia osservazione, risalente addirittura a P. VOCI, *La dottrina romana* cit. 294, il quale affermava che a suo avviso una corretta classificazione avrebbe dovuto dividere le obbligazioni a seconda che nascano da 'fatti giuridici' o da 'atti giuridici' (leciti o illeciti), perché la teoria generale «non conosce altro che atti e fatti».

¹¹⁹ Sul concetto di *status*, che, collegando a doppio filo ogni singolo individuo alla famiglia da cui origina, deve servire a consentire il conferimento a quest'ultimo di un «identità personale sul piano giuridico», cfr. L. LENTI, *Una nota sul concetto di status*, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, a cura

6. Ciò che si scaccia dalla porta rientra dalla finestra: il ritorno della *obligatio ex lege* per l'inquadramento dogmatico delle obbligazioni alimentari.

Al contrario, un'altra parte della dottrina comprende nei fatti giuridici solo situazioni dinamiche, quali i comportamenti del privato, e non situazioni statiche del soggetto, con la conseguenza che l'obbligazione alimentare non può rientrare nei 'fatti' così intesi¹²¹. Dal punto di vista tecnico-giuridico, si sottolinea, in particolare, come nelle obbligazioni alimentari il dovere dell'obligato risulti legato alla sua appartenenza ad una comunità familiare, e quindi ad un suo 'status', senza che sia in alcun modo ravvisabile un comportamento (né un suo 'factum' nel senso 'dinamico' del termine sopra visto) alla base di esso. Di qui l'esigenza di ricondurre la fattispecie nell'alveo delle obbligazioni legali¹²².

In questo quadro complessivo, si è detto che opportunamente andrebbero separate le 'vere' obbligazioni alimentari considerate dal diritto civile (cioè quelle di origine convenzionale o testamentarie), da quelle imposte dal diritto, così che l'aggettivo 'legale' rappresenterebbe soltanto la via percorsa dall'ordinamento per «signifier plutôt leur autonomie fonctionnelle que leur origine matérielle»¹²³. E si pretende di dare valenza scientifica a un tale risultato enfatizzando in maniera particolare la contrapposizione dell'obbligo *ex lege* di prestare gli alimenti a quello, di contenuto analogo, derivante da negozio giuridico (*inter vivos* o *mortis causa*) o da atto illecito¹²⁴.

Nella stessa linea, si è affermato che un autonomo significato della legge nella teoria delle fonti delle obbligazioni dovrebbe essere mantenuto tutte le volte in cui non si ravvisa alla base della singola fattispecie un atto o un fatto, ma uno *status*¹²⁵, oppure, ancora, che *ex lege* avrebbe in tal caso un significato atecnico, «che si esaurisce, in definitiva, nella riaffermazione della giuridicità

di P. CENDON, II, Milano, 1994, 659 ss. e 673 ss.; in precedenza, cfr. sul punto anche P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, III, 209; G. ALPA, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, 435 ss.

¹²⁰ È questa la via seguita, ad esempio, da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende delle obbligazioni*, Milano, 1954, 3 ss., ma nello stesso senso vd. anche C. SCUTO, *Le fonti delle obbligazioni* cit., 95 s. e 153.

¹²¹ Vd., ad es., G. PROVERA, *Degli alimenti*. Art. 433-448, cit., 1 ss., ma poi soprattutto P. SIRENA, *La gestione di affari altrui* cit., 415.

¹²² Cfr. TH. MAYER-MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund* cit., 448; J. PELISSIER, *Les obligations alimentaires. Unité ou diversité?*, Paris, 1961, part. 120 ss., il quale distingue così le obbligazioni alimentari sorte nell'ambito della solidarietà sociale o familiare da quelle nate a seguito di un atto umano; P. RESCIGNO, *Situazione e status* cit., 209 ss.; ID., *Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 25 ss.; R. DE ROSA, *L'obbligazione di mantenimento e le sue fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 59 ss.; in un senso non dissimile, P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, III, 1982, 92 ss. parla del diritto del c.d. diritto morale d'autore spettante agli stretti congiunti come di un diritto nascente *ex lege*. In senso contrario, si è rilevato che la nascita determina comunque un fatto giuridico soggettivo, che si pone alla base del cambiamento di *status* (così vd. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto privato*, Roma, 1951³ [rist. Camerino, 1998], 212); oppure che alla base dell'obbligazione alimentare si può comunque individuare quella «alterazione dello *status* del soggetto che diventi genitore» (vd. S. FAILLACE, *La controversa categoria delle obligationes ex lege*, cit., 86 ss., a giudizio del quale la legge si porrebbe alla base del dovere di solidarietà tra familiari, mentre ciò che 'trasformerebbe' l'obbligo generato dal dovere in una vera e propria obbligazione sarebbe soltanto il 'fatto' [ai sensi dell'art. 1173 Cc. it. 1942] rappresentato dallo stato di bisogno); a queste ricostruzioni si può obiettare che esse non reggono per il caso di obbligo alimentare non coniugato ad un atto generativo di uno dei due soggetti obbligati (ad es. tra fratelli o con riferimento a genero e nuora, suocero e suocera), perché in tal caso il 'fatto' (= situazione non statica, ma dinamica) di certo mancherebbe.

¹²³ Così cfr. C. MEYER, *Le système doctrinal des aliments* cit., 531

¹²⁴ Per queste affermazioni mi baso essenzialmente su G. TAMBURRINO, s.v. *Alimenti* cit., 25.

¹²⁵ Cfr. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui* cit., 415 (*supra*, nt. 91), a giudizio del quale alla base dell'obbligazione legale andrebbe ravvisata l'appartenenza ad una comunità, in opposizione «al fattore individualistico esprimendosi in una sistematica delle fattispecie costitutive dell'obbligazione fondata sul contratto e sul fatto illecito»; l'a. riprende qui parzialmente una tesi già di TH. MAYER-MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund* cit., 448 (vd. *supra*, nt. 52), ma già A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, cit., 27 ss. notava come le obbligazioni legali, a differenza di quelle quasi contrattuali, si «stabiliscono per ragioni di pubblico interesse».

dell'obbligazione (...) correndo il rischio di assegnare alla legge il ruolo residuale di raccolta di tutte le ipotesi che non rientrino in nessuna delle categorie principali»¹²⁶: al di fuori di tale ambito, rievocare l'*obligatio ex lege* costituirebbe null'altro che la riesumazione di un relitto della contrapposizione giusnaturalistica tra volontà e legge sopra vista¹²⁷, e costituirebbe nulla più di un «comodo espediente riassuntivo»¹²⁸.

A mio avviso, però, si tratta di spiegazioni non convincenti¹²⁹. Non vi è chi non veda l'evidenza della difficoltà di sistemare dogmaticamente questa categoria all'interno della teoria delle fonti delle obbligazioni accolta dal nostro codice, all'esito della quale assistiamo ad una sottile operazione scientifica: quella di ripristinare in qualche modo una vecchia categoria, quella della *obligatio ex lege* come catalizzatore, contenitore di una «serie aperta di obbligazioni... che non si lasciano ricondurre a funzioni predeterminate, come quelle contrattuali o risarcitorie e/o restitutorie»¹³⁰. Tale categoria era di fatto sconosciuta al diritto romano ed era stata bollata come antistorica già dai commentatori del passato Cc. e per questo cacciata dal legislatore del 1942 dalla porta principale del nostro ordinamento giuridico; essa, attraverso questa operazione, finisce per fare il suo ingresso nel nostro ordinamento da una porticina laterale.

A me pare, però, che una classificazione delle fonti delle obbligazioni possa avere un senso soltanto se non si limita ad essere un mero esercizio teorico volto ad offrire una delle decine di possibili scansioni dei diversi modi in cui le obbligazioni vengono ad esistenza, ma tenda ad offrire un concreto aiuto a costruire delle categorie dogmatiche nelle quali incanalare le diverse tipologie di obbligazioni¹³¹.

Da questo punto di vista, se non è di aiuto individuare la legge e la volontà come i due poli all'interno dei quali far ruotare le obbligazioni dal punto di vista della loro genesi, molto più utile mi pare riconoscere il dato di natura per cui le obbligazioni sono generate da atti umani leciti e da atti umani illeciti, che rappresentano i due divergenti centri catalizzatori di questo ambito concettuale. E allora, l'operazione che si intravede alla base dell'art. 1173 Cc. it. 1942, che crea una categoria 'autonoma' di 'atti o fatti idonei a produrle [= le obbligazioni] in conformità dell'ordinamento giuridico', senza avvertire della eterogeneità strutturale della categoria stessa, la quale è invece aggregabile sotto il profilo meramente effettuale, finisce per esaltare delle rigidità classificatorie, le quali, a loro volta, possono essere superate solo a colpi di espedienti interpretativi,

¹²⁶ S. FAILLACE, *La controversa categoria delle obligationes ex lege*, cit., 6; ma nello stesso senso vd. già F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile III*⁹, cit., § 98, 24, il quale chiarisce alla legge deve riconoscersi il ruolo di «fonte diretta e immediata dell'obbligazione» ogni qual volta «non esista un atto umano, nel quale l'obbligazione possa trovare il proprio fondamento»; per le *obligationes ex lege* come categoria residuale vd. già (J. ESSER-E. SCHMIDT, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1984⁶, § 4, 50 ss.; W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlin-New York, 1997⁹, § 18, 58.); P. RESCIGNO, s.v. *Obbligazioni* cit., 160 ss., il quale parla di «comodo espediente riassuntivo»; sul punto vd. anche, ampiamente, C. SCUTO, *Le fonti delle obbligazioni* cit., 95 ss. Nella stessa linea, vd. anche F. ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. di mer.*, 2007, II, 559 s.

¹²⁷ Come era esplicito, ad esempio, nel pensiero di A. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, cit., 58 ss., il quale aggancia chiaramente l'*obligatio ex lege* al «sommo principio *neminem laedere*»; per una impostazione diversa, vd. invece L. MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuali*, in *Riv. del dir. comm. e del dir. gen. delle obblig.*, 1956, II, 369 s., secondo il quale le *obligationes ex lege* comprenderebbero tutte quelle volte a sanzionare i rapporti precontrattuali (ad es. obbligo di informazione, di comunicazione ecc.); C. ARGIROFFI, *Degli alimenti* cit., 7.

¹²⁸ Così cfr. D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 52.

¹²⁹ Un problema simile (sebbene non coincidente) sorge a proposito dell'obbligazione dell'assicuratore di pagare direttamente al terzo danneggiato, nel caso della assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile (vd. art. 18 L. 990/1969), laddove la fonte di tale obbligazione non può che essere la legge, nella sua funzione di promozione dello sviluppo sociale: sul punto, vd. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 228.

¹³⁰ Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 74.

¹³¹ In caso contrario, la classificazione delle fonti delle obbligazioni sarebbe soltanto un gioco raffinato che consiste nell'individuare il maggior numero possibili di fatti, eventi o situazioni alle quali può essere collegato il sorgere dell'*obligatio*, perdendosi però di vista un possibile apporto dogmatico della partizione. Il punto era colto già in parte da G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, *Fonti delle obbligazioni - Quasi contratti*, Firenze, 1925⁷, 1 ss.; ma poi cfr. anche M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, cit., 70 ss.; ID, s.v. *Obbligazione* cit., 604; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 162 ss.

come quelli sopra visti. Meglio sarebbe, a mio avviso, rendere più chiaro il dettato dell'art. in questione, specificando la necessità di una ipostatizzazione concettuale che non tradisca il dato di realtà per cui, se esistono contratti e delitti, non esistono, come categorie omogenee, né quasi contratti né quasi delitti, tantomeno fatti o atti genericamente idonei a produrre obbligazioni; e specificando, nel contempo, la necessità altresì di scolpire una categoria allineata solo da un punto di vista degli effetti prodotti, e non anche da quello della omogeneità sostanziale della stessa.

In definitiva, si deve riconoscere che, oltre a contratto e delitto, esistono altre fattispecie generatrici di obbligazioni che, dal punto di vista funzionale, sono più simili ai contratti che non ai delitti, o, se si vuole, fattispecie che, producono obbligazioni pur non potendo essere aggregate in maniera omogenea dal punto di vista strutturale, se non per il fatto che non sono né contratti né delitti, ma generano obbligazioni che sono più simili a quelle che nascono dai primi o dai secondi. Così la *negotiorum gestio* non è un contratto, ma genera obbligazioni simili al mandato; la *solutio indebiti* non è un contratto, ma genera obbligazioni simili a quelle nascenti da mutuo ecc. E così anche l'obbligazione alimentare pare generare obbligazioni che sono più simili a quelle nascenti da contratto che non a quelle nascenti da delitto, e quindi dovrebbe essere inserita in questa categoria che coglie l'assimilazione soltanto dal profilo funzionale.

Questo non significa tornare alla quadripartizione e risuscitare la vecchia categoria dei quasi contratti ma, semmai, tornare all'accezione giustiniana delle *obligationes quasi ex contractu*, che consente di cogliere nella partizione delle fonti delle obbligazioni non solo una operazione avente un valore classificatorio, ma altresì di porre in essere una scansione che collochi ogni elemento risultante all'interno di un *genus* (o di una *species* sottordinata) che abbia un preciso statuto dogmatico, come tale applicabile a tutto il *genus* (o *species*).

Solo così mi pare, abbia senso adoperarsi a classificare le fonti delle obbligazioni: da questo punto di vista, costruire concetti 'contenitori' come quello della *obligatio ex lege*, attribuendo ad essi il ruolo residuale di raccogliere tutto quanto la partizione creata non è in grado di assorbire, costituisca, da un lato, una spia della insufficienza stessa della classificazione adottata, dall'altro lato, metta in essere una operazione di nessuna utilità né a livello dogmatico né a livello sistematico.