

«Comparison involves history»

Sabrina Di Maria, Gianni Santucci*

Quello che si è soliti chiamare metodo «storico-comparativo»¹ o anche «retrospektive Rechtsvergleichung»² è stato autorevolmente illustrato più volte e di esso in Italia³, come in Germania⁴ o nel resto dell'Europa⁵, abbiamo avuto innumerevoli applicazioni.

Sotto il versante della comparazione giuridica, soprattutto con riguardo ai paesi di civil law, non si può infatti trascurare l'indispensabilità del recupero della matrice storica del diritto romano ai fini della comprensione delle diversità normative e dottrinali circa i diversi sistemi privatistici nazionali: conserva carattere esemplare la

* Professoressa associata e Professore ordinario di diritto romano e dell'antichità, entrambi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

¹ In argomento cfr., tra gli altri, V. GIUFFRÈ, *Studio comparato e studio storico del diritto*, in Labeo, 9, 1963, 355 ss.; G. IMPALLOMENI, *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato* (1971), ora in *Scritti di diritto romano e di tradizione romanistica*, Padova, 1996, I, 287 ss., in part. 292 ss.; A. WATSON, *Roman Law and Comparative Law*, Athens-London, 1991; G. Pugliese, *Diritto romano e diritto comparato*, in *Incontro con Giovanni Pugliese*, 18 aprile 1991, Milano, Giuffrè, 1992, 128 ss.; C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di G.B. Impallomeni*, Milano, 1998, 53 ss.; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001, 107 ss.; L. VACCA (a cura di), *Ricerca storica e indagine comparatistica. Un primo bilancio*, Torino, 2001. Assai di recente si veda il volume collettaneo *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti, S. Di Maria, Trieste 2019.

² H. HÜBNER, *Sinn und Möglichkeiten retrospektiver Rechtsvergleichung*, in *Festschrift für G. Kegel zum 75. Geburtstag* 26. Juni 1987, a cura di H.J. Musielak e K. Schurig, Stuttgart-Berlin-Köln, 1987, 235 ss.

³ Si vedano, a mero titolo di esempio, di recente A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino, 2018; M. VINCI, *Ricerche in tema di retentio. Tutela dei miglioramenti sulle res obligata ed equilibrio 'dinamico' tra creditore garantito e terzo possessore: diritto romano, tradizione romanistica, codificazioni moderne*, Torino, 2018.

⁴ Riferimenti in N. JANSEN, *Reinhard Zimmermann and European Private Law*, in *European Private Law beyond the Common Frame Reference. Essays in Honour of R. Zimmermann*, a cura di A. Vaquer, Groningen, 2008, 19, nt. 10; a cui si può anche aggiungere, fra i contributi più significativi, i volumi collettanei dell'*Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, a cura di M. Schmoekel, J. Rückert e R. Zimmermann, Tübingen, 2007, arrivato per ora al secondo volume, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, a cura di R. Zimmermann. Si veda, infine, anche R. KNÜTEL, *I compiti della romanistica nel nostro tempo*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea fra XX e XXI secolo. Atti del Convegno*, Torino 26-27 maggio 2005, a cura di E. Stolfi, Torino, 2006, 141 ss.

⁵ Si vedano, tra gli altri, i contributi di M. BAJMURATOW, J. CHARYTONOW, W. DAJCZAK, W. KOSSAK e M. SKREIPEK in *Roman Law and European Legal Culture*, a cura di A. Dębiński e M. Jońca, Lublin, 2008.

massima di Gino Gorla «Comparison involves history», coniata sull'altrettanto celebre «History involves comparison» di Frederic William Maitland⁶.

Le «basi romanistiche»⁷ dei codici civili europei o di altri continenti sono fin troppo note per dovervi insistere. Tuttavia l'idea di continuità che è alla base di questo modo di individuare il rapporto tra diritto romano e diritti moderni è sovente il frutto di identità tralazie che, in realtà, devono essere conosciute e apprezzate nella loro dimensione storica al fine di essere poi definitivamente superate.

Sapere – riprendendo un esempio suggerito da Antonio Mantello circa l'indifferenza per la storia giuridica da parte dei giuristi di diritto positivo⁸ – che i giuristi romani, per definire il profilo soggettivo della responsabilità, extracontrattuale e contrattuale, avevano elaborato un modello intorno alla figura astratta del bonus et prudens pater familias e che tale modello costituisce ancora il parametro di quasi tutti gli ordinamenti in vigore è cosa senz'altro utile, anche se l'indagine storica al riguardo forse non importerà più di tanto al giurista che si occupa di diritto positivo, in quanto probabilmente egli sarà soddisfatto nel conoscere l'istituto contemplato nel codice e le relative interpretazioni maturate nella teoria o nella prassi. Ha scritto non a torto Marco Balzarini: «l'utilità del sapere che i latini chiamavano lupus quell'animale in via di estinzione che noi oggi chiamiamo lupo, equivale, credo, a quella di sapere che già i romani avevano individuato una figura simile al nostro contratto estimatorio»⁹.

Concretamente, il solo fatto che il diritto romano abbia anticipato il presente non obbliga per questo il giurista di diritto positivo alla conoscenza storica del precedente; si ritorna così a quanto osservava Giuseppe Cambiano, eminente storico della filosofia dell'Antichità, filosofo, a proposito dell'identità fra pensiero filosofico

⁶ G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 930, nt. 5; F.W. MAITLAND, *Why the History of English Law Is not Written*, in *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, a cura di H.A.L. Fischer, Cambridge, 1911, I, 488. Per un quadro del ruolo della storia e del concetto di tradizione giuridica presso i cultori della comparazione giuridica si veda A. SOMMA, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 8, 2003, 317 ss. Si vedano, fra gli altri, anche H. KÖTZ, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, in *JuristenZeitung*, 47, 1992, 20 ss.; L. MOCCIA, *Riflessioni introduttive sull'ipotesi di un «giurista (e di un diritto) europeo»*, in *I giuristi e l'Europa*, a cura di L. Moccia, Roma-Bari, 1997, 5 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La civilistica italiana e il metodo comparativo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 17, 1999, 382; A. GAMBARO, *Problemi di metodo e prospettive d'indagine*, in *Ricerca storica e indagine comparatistica*, cit., 65 ss.; L. MOCCIA, *Le basi culturali del giurista europeo: un punto di vista continentale*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2001, 573 ss.

⁷ L'espressione, divenuta nota, talora anche in senso deteriore, è mutuata da S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950.

⁸ A. MANTELLO, «Diritto europeo» e «diritto romano»: una relazione ambigua, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno, Ferrara, 27 febbraio 2004*, a cura di P. Zamorani, A. Manfredini e P. Ferretti, Torino, 2005, 102 e 104 s.

⁹ M. BALZARINI, *Intervento*, in *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi. Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza della II Facoltà di Roma*, Milano, 1989, 86.

antico e moderno, secondo cui basterà affidare a pochi la cura delle «radici» e per il resto dedicarsi pienamente all'«albero frondoso», cioè alla modernità¹⁰.

Tuttavia, il giurista di diritto positivo – tornando all'esempio della responsabilità – potrà anche venire a conoscenza che, accanto alla *diligentia diligentis patris familias*, i giuristi romani avevano pensato, solo nell'ambito di determinati rapporti, anche ad un diverso modello, la c.d. *diligentia quam in suis*, in cui si adottavano come parametro di valutazione della responsabilità le attitudini concrete del singolo debitore. Nell'area di civil law quest'ultimo modello è stato accolto, più o meno ampiamente, nella maggior parte delle moderne codificazioni, anche con recenti conferme, ma, talora, è stato del tutto rifiutato, mentre è addirittura penetrato nel common law nordamericano.

A questo punto, però, sarà degno di interesse per il giurista contemporaneo conoscere, per esempio in una prospettiva di comparazione giuridica, le ragioni della conservazione e quelle dell'esclusione di siffatto criterio di responsabilità nei moderni ordinamenti. Per fornire una risposta soddisfacente ai quesiti appena posti l'unico strumento è l'indagine storica nell'ambito della tradizione romanistica. Per esempio, per comprendere le ragioni dell'esclusione della *diligentia quam in suis* nel vigente ordinamento italiano si dovrà necessariamente indagare e comprendere la controversia agitata nella dottrina civilistica fra Otto e Novecento, che si concentrò quasi esclusivamente in modo diretto sulle fonti romane¹¹. Solo la comprensione del diritto romano e della tradizione posteriore potrà spiegare il perché e il divenire di principi operanti nell'esperienza giuridica attuale o orientare l'interprete nella definizione di antinomie concettuali rendendolo consapevole di problemi che appunto solo la relativa dinamica storica rende intellegibili. Di pari interesse, sempre proseguendo nell'analisi dell'esempio proposto, si rivelerà la questione, indissolubilmente collegata alla precedente, se la *diligentia quam in suis* romana avesse avuto la stessa funzione e ratio di quella successivamente adottata nella stagione del *ius commune* o di quella odiernamente utilizzata. Qui il problema, oltre a continuare ad interessare il giurista della contemporaneità, coinvolgerà anche il romanista che voglia prendere le «giuste misure» nell'ambito della ricerca di puro diritto romano, perché solo la conoscenza di come l'oggetto del suo studio sia stato assunto e interpretato nella storia della tradizione civilistica gli consentirà di isolare le inevitabili sovrastrutture concettuali che si sono depositate su di esso trasformandolo e che, spesso inconsapevolmente, condizionano anche l'analisi di chi lo voglia

¹⁰ G. CAMBIANO, *Schiavitù e libertà dai classici*, in *Di fronte ai classici*, a cura di I. Dionigi, Milano, 31 ss. Il rapporto con i classici, specie dell'antichità greco-romana, è tema costantemente rivisitato e compreso nelle più diverse angolature; v. in argomento, tra gli altri, T.S. ELIOT, *What Is a Classic*, che si può leggere in *Opere 1939-1962*, a cura di R. Sanesi, Milano, 2003, pp. 473 ss., e fra i più recenti, M. BRETONE, *In difesa della storia*, Roma-Bari, 2000; I. CALVINO, *Perché leggere i classici*, Milano, 2002; S. SETTIS, *Futuro del «classico»*, Torino, 2004; L. CANFORA, *Gli Antichi ci riguardano*, Bologna, 2014; I. DIONIGI, *Il presente non basta*, Milano 2016.

¹¹ Sul punto di recente: G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis* (Profili di storia e dogmatica), in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 538 ss.

conoscere nella sua dimensione originaria¹²: «per fare correttamente storia occorre innanzitutto ricostruire la distanza che separa l'argomento dall'interprete»¹³.

Per quanto riguarda specificamente l'ordinamento italiano, appare di rilievo ricordare che una chiave di ingresso dell'interpretazione storica è stabilita, seppur indirettamente, dallo stesso legislatore. È noto, infatti, che il testo della Relazione al re per l'approvazione del testo del codice civile, con riguardo al secondo capoverso dell'art. 12 delle disposizioni preliminari dove si richiamano i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato in funzione di criterio ermeneutico, spiega che «il termine 'ordinamento' risulta comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.) con esso concordante»¹⁴.

Sempre nella Relazione ora richiamata si legge significativamente che è stato preferito il richiamo ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato e non a quelli del «diritto vigente» in quanto quest'ultima formulazione «avrebbe potuto apparire troppo limitativa dell'opera dell'interprete»¹⁵.

In questa prospettiva vi sono volte in cui il giudice italiano - pur se numerosi sono anche i casi in cui nelle sentenze il richiamo al diritto romano assume una mera funzione esornativa senza l'apporto di alcun contributo concreto alla risoluzione del

¹² Anche se, come ricorda P. PICHONNAZ, Reinhard Zimmermann's Contribution to Contemporary Roman Law, in *European Private Law beyond the Common Frame Reference*, cit., 28, sulla scorta del pensiero di J. Derrida, un testo «cannot be interpreted "objectively", without an input from the interpreter».

¹³ R. FIORI, *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio Padova 25-26 novembre 2005*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2007, 48.

¹⁴ Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli, Roma, 1943, 40.

¹⁵ Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli, cit., 40. Nella dottrina italiana si sono percorse anche altre strade. Così si è argomentato sul fatto che, stante l'assenza di un'abrogazione del *Corpus iuris civilis* nel suo complesso, sia possibile ammettere la sopravvivenza normativa di esso con riguardo a situazioni o figure giuridiche non contemplate da diritto positivo nazionale e purché, naturalmente, si recepiscano indicazioni dell'antico diritto compatibili con i principi dell'ordinamento positivo predetto. In questo senso G. IMPALLOMENI, *In tema di strade vicinali* (1987), ora in *Scritti di diritto romano e di tradizione romanistica*, Padova, 1996, 541 ss. (in part. 551 s., nt. 49). La suggestione è stata ripresa efficacemente da L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'«exceptio doli generalis» romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 42, 1996, 629 ss. (in part. 650 s.). In rapporto alle realtà giuridiche latinoamericane, S. SCHIPANI, *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori*, in *Apollinaris*, 45, 1992, 653 ss., ha proposto un'argomentazione non dissimile da quella formulata da Impallomeni, concludendo sulla sopravvivenza normativa del diritto romano in termini di «principi generali» a cui ci si può direttamente rifare (nel caso di specie il problema concerne il debito internazionale dei paesi latinoamericani).

problema giuridico affrontato¹⁶ - argomenta dal diritto romano in modo sostanziale, fondando anche su di esso le proprie rationes decidendi e si assiste per lo più - e per fortuna - a recuperi del diritto romano che illuminano in modo corretto e fecondo la coerenza fra tradizione romanistica e il diritto positivo.

In questa prospettiva, per continuare con l'esempio della *diligentia quam in suis*, possiamo ricordare questa figura nella sua applicazione di strumento di presunzione ed accertamento della colpa grave. Così un consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte dei conti, per valutare in generale la responsabilità amministrativa (art.1, co.1 legge n.20/1994) per danni erariali dei pubblici operatori che fa riferimento al concetto di colpa grave affermando che «in sostanza, tale colpa (definita dal *Corpus iuris civilis Iustiniani culpa lata*) viene valutata, secondo l'accezione ormai acquisita alla giurisprudenza contabile, con riferimento alla diligenza eventualmente inferiore che il soggetto osserva nelle cose sue (*diligentia quam suis*)»¹⁷ oppure che essa «consiste in un comportamento avventato e di straordinaria negligenza tale da contrastare con quel senso minimo di diligenza che anche i soggetti al di sotto della media sociale sono soliti usare ed inferiore alla diligenza che il soggetto osserva nelle cose sue (*diligentia quam suis*)»¹⁸.

¹⁶ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 5 aprile 1990, n. 2831, in Riv. it. dir. lav., 1991, 183 ss., ove i giudici – in materia di licenziamento irrogato a lavoratori da parte di datori di lavoro che svolgevano attività imprenditoriale di gruppo mediante compartecipazione azionaria in altre società – nel definire la nozione di società costruita nella forma di holding, affermano «L'impresa individuale non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana'. È evidente che con tale formulazione si volle fare subito una distinzione, da un lato, tra l'iniziativa privata, quale modo tradizionale di acquisizione dei beni della vita, sia mobili che immobili (risparmio e proprietà), e dall'altro, l'esercizio dell'impresa, quale strumento di produzione fondato sulle capacità personali dell'imprenditore (rischio ed organizzazione), secondo la nostra stessa tradizione giuridica: 'noi concepiamo l'impresa come la strutturazione sinergica di uomini e di cose per l'esercizio dell'attività negoziale' (*instructam, autem, tabernam, sic accipiemus: quae, et regus et hominibus, ad negotiationem paratis constat'*, Ulpiano, D. 50, 16, 185)». Per una velata critica verso il richiamo al testo ulpiano operato dalla Cassazione in questa sentenza, cfr. già F. GALGANO, *Il rovescio del diritto*, Milano, 1991, 6 s. Diversamente invece P. CERAMI, *Diritto commerciale romano: dalla prassi dello scambio all'exercitio negotiationis*, in Studi Senesi, 119, 2007, 248 e P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, 53. Per un'analisi dettagliata del concetto di «taberna instructa», v. M.A. LIGIOS, «Taberna», «negotiatio», «taberna cum instrumento» e «taberna instructa» nella riflessione giurisprudenziale classica, in «Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad A. Dell'Oro, Padova, 2001, 23 ss. In materia di lavoro subordinato si v. anche Cass. civ., sez. lav., 12 aprile 1989, n. 1742, in Foro It. (1990) 1654 ss., in cui i giudici di legittimità (questa volta però su sollecitazione del difensore di una delle parti che aveva invocato nei propri scritti difensivi l'*aequitas romana*) ai fini della determinazione del concetto di equità, fanno riferimento alle fonti romane e addirittura all'*ἐνείκεια* greca.

¹⁷ Corte dei conti, 12 novembre 2001, n.332.

¹⁸ Corte dei conti, 23 maggio 2003, n.452. Si vedano anche Corte dei conti, 7 luglio 2003, n.1626; Corte dei conti, 30 novembre 2006, n.1104; Corte dei conti, 8 maggio 2009, n.305.

Un ulteriore e più significativo esempio in tal senso è fornito dalla sentenza n. 14188/2016, della prima sezione civile della Cassazione, che è tornata sulla vexata quaestio della natura della responsabilità precontrattuale¹⁹.

Nel caso di specie, al fine di disancorare la responsabilità precontrattuale dal torto aquiliano, la Cassazione argomenta storicamente, recuperando la nozione di quasi-contratto che viene a costituire il fondamento dogmatico su cui porre il «riconoscimento di una responsabilità di tipo contrattuale, anche in assenza di un formale vincolo negoziale tra le parti». E così i giudici di legittimità premettono: «La tesi ha la sua genesi in concezioni ed elaborazioni risalenti al diritto romano, perpetuatesi nel corso dei secoli (si consideri che la figura del quasi-contratto, della quale si dirà, si è mantenuta, con qualche variante, nel diritto comune ed è stata recepita dal Codice Napoleone e dal nostro codice civile del 1865, per poi sparire solo nel codice del 1942), e – di poi – riprese e perfezionate dai giuristi contemporanei europei, in special modo tedeschi ed anglosassoni, oltre che dalla stessa dottrina nazionale»²⁰.

Entrando poi in medias res, i giudici ritengono che l'orientamento giurisprudenziale di legittimità che riconduce la responsabilità precontrattuale al disposto dell'art. 2043 c.c. abbia pretermesso, rimanendo invece ancorato alla «bipartizione fondamentale», la terza fonte delle obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c., impedendo così di dare il giusto rilievo «alla peculiarità di talune situazioni non inquadrabili né nel torto né nel contratto, e – tuttavia – singolarmente assimilabili più alla seconda fattispecie, che non alla prima» e tale ambiguità classificatoria avrebbe radici lontane: «Anche nella dottrina romana più antica la classificazione delle fonti delle obbligazioni si ridusse al dualismo tra obligationes ex contractu o ex maleficio [sic!]²¹ ed obligationes ex delicto, laddove al contractus venne attribuito l'esclusivo significato di negozio giuridico bilaterale diretto a creare un vincolo obbligatorio finalizzato ad una prestazione, consistente della dazione di denaro o di una cosa. E ciò in conformità alla tradizionale (Gaio) definizione di obbligazione come 'iuris vinculum', tutelato dall'ordinamento e diretto a costringere il debitore ('necessitate adstringimur') a dare alcunché al creditore ('alicuius solvendae rei') a titolo di prestazione nascente, dapprima solo dal contratto, poi anche dal delitto²². E tuttavia,

¹⁹ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in Giur. it., 2016, 2565 ss. In argomento, con ampi riferimenti bibliografici, v. S. DI MARIA, Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione, in Index, 46, 2018, 623 ss.; C. CASCIONE, Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature, Napoli, 2020, 121 ss.

²⁰ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188/2016, n. 3.2.

²¹ In questo passaggio i giudici mostrano incertezza: sembra infatti che obligationes ex contractu siano sinonimo di obligationes ex maleficio, contrapposte a obligationes ex delicto; sul punto v. già C. CASCIONE, Diritto romano e giurisprudenza odierna, cit., 121 ss.

²²Va su questo punto rilevato che la definizione di obligatio richiamata dalla Suprema Corte è tratta dalle Institutiones di Giustiniano (I. 3.13 pr.), e non da Gaio. Tuttavia di recente è stata avanzata l'ipotesi che la definizione giustiniana, certamente di origine classica, possa essere stata tratta proprio dall'opera Res Cottidianae di Gaio; v. G. FALCONE, «Obligatio est iuris vinculum», Torino, 2003, precipue 35 ss. Pertanto l'attribuzione gaiana da parte della Corte di Cassazione più che come una disattenzione, del resto veniale nell'ottica in cui si muove il giudice, potrebbe essere interpretata anche come una testimonianza di una profonda e aggiornata conoscenza dei risultati della scienza giusromanistica.

la bipartizione non incontrò il favore della giurisprudenza in special modo del praetor peregrinus, che si sforzò di configurare un'obbligazione da atto lecito, pure in assenza di un negozio bilaterale²³. Tale opzione ermeneutica trovò, infine, un coronamento nei Digesta giustiniane, nel quale alle obbligazioni ex contractu ed a quelle ex delicto o ex maleficio, si affiancarono le obligationes 'ex variis causarum figuris', che divennero, poi, nelle successive Istituzioni, obligationes 'quasi ex contractu'. Nella categoria del 'quasi contractus' il diritto romano post-classico annoverò, dunque, quegli atti o fatti che avevano in comune il carattere negativo di non essere contratti in senso proprio, ma nei quali vi era comunque un contatto tra le parti che generava un'obbligazione in qualche modo assimilabile a quella contrattuale donde il nomen di 'quasi contractus' – come nel caso dell'indebito, nel quale l'obbligo della restituzione scaturiva dal mero fatto del pagamento erroneamente eseguito, o della negotiorum gestio, scaturente da un'attività intrapresa allo scopo di fare cosa utile ad altri»²⁴.

Prosegue poi la Corte: «L'istituto proveniente dal mondo antico è rimasto in vita – come si è detto – per secoli, fino ai codici europei dell'800. Nelle successive elaborazioni dogmatiche, la provocazione dei giuristi romani a guardare al di là del contratto formale si è tradotta, in special modo nella dottrina tedesca degli anni '30 del secolo scorso nell'individuazione e concettualizzazione della relazione biunivoca che viene a porsi tra l'affidamento precontrattuale ed il rapporto obbligatorio, sebbene in assenza di un formale contratto e degli obblighi di prestazione che ne derivano. Fino al delinearsi, nella riflessione successiva, di un vero e proprio 'rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione', qualificato dall'affidamento reciproco delle parti e, perciò, connotato da 'obblighi di informazione e di protezione', costituenti un completamento ed un corollario dell'obbligo di 'buona fede' che grava su ciascuna parte, laddove viene ad assumere una posizione di garanzia nei confronti dell'altra»²⁵.

Ora è fuor di dubbio che alcuni passaggi motivazionali della pronuncia possano apparire discutibili agli occhi del giusromanista, tuttavia ciò non inficia il solido ragionamento della Suprema Corte, ricordando ai giuristi attenti alla contemporaneità che la complessità dell'interpretazione giuridica talora non può avvenire senza una consapevolezza della prospettiva storica e senza l'ausilio di una metodologia a ciò confacente.

²³ Come già giustamente sottolineato da CASCIONE, *Diritto romano e giurisprudenza odierna*, cit., 126, in questo caso «ci troviamo... di fronte alla figura di un fantomatico praetor peregrinus».

²⁴ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188/2016, n. 5.

²⁵ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188/2016, n. 6.