



Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Dottorato di Ricerca in
Diritto, Mercato e Persona
Ciclo XXXII

TESI DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO – IUS/01

Responsabilità da contatto sociale qualificato

Coordinatore del dottorato e supervisore
Chiar.ma Prof.ssa Carmela Camardi

Dottoranda
Roberta Cosio
Matricola 956322

Indice

Introduzione	1
--------------	---

Capitolo I

Ricostruzione delle fattispecie giurisprudenziali

1. Premessa.....	6
2. Responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria.....	7
2.1. L'evoluzione della giurisprudenza.....	8
2.2. L'intervento del Legislatore: dalla Balduzzi alla Gelli-Bianco.....	14
3. Responsabilità dell'insegnante per le lesioni cagionate dall'alunno a se stesso.....	19
4. Responsabilità della banca per pagamento di assegno non trasferibile a persona non legittimata	23
5. Responsabilità del mediatore.....	26
6. Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi.....	30
6.1. Il regime previsto dalla sentenza n. 500/99: la responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo.....	32
6.2. L'evoluzione successiva alla sentenza n. 500/99.....	34
6.3. Problema aperto: la ricostruzione dell'elemento soggettivo nella responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi.....	37
6.4. <i>Segue</i> . La natura della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi.....	39
7. Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.....	43
8. Conclusioni: emersione di nuovi temi di indagine.....	49

Capitolo II

Il contatto sociale nell'elaborazione della dottrina.

Dai confini delle categorie risarcitorie al contenuto dell'obbligazione.

Sezione I

I confini tra contratto e illecito nell'elaborazione dottrinale

1. Premessa.....	54
2. Cenni storici.....	55
3. Distinzione o <i>reductio ad unum</i> ?	57
3.1. Il profilo soggettivo della responsabilità.....	58
3.2. La ripartizione dell'onere della prova.....	59
3.3. Danni risarcibili.....	63
3.4. Diverso termine di prescrizione.....	65
4. Il criterio discrezionale tra le due forme di responsabilità	67
4.1. Alle origini della tesi della responsabilità da contatto sociale qualificato: la responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale.....	69
4.2. Sulla asserita differenza strutturale tra responsabilità per “lesione del diritto” e responsabilità per violazioni di “obblighi”.....	74
4.3. Argomenti di carattere testuale.....	76
4.4. Sulla rilevanza della buona fede e dell'affidamento.....	77

Sezione II

Il contenuto dell'obbligazione

1. Premessa.....	82
2. Le origini del concetto di obbligazione: dall' <i>obligatio</i> romana all'elaborazione del Savigny.....	82
3. Il contenuto dell'obbligazione nelle disposizioni «generalissime» del codice del 1942.....	85
4. La teoria degli obblighi di protezione nella dottrina italiana.....	88
5. La figura dell'obbligazione senza prestazione.....	94
5.1. Il dibattito sulla figura.....	97
6. Considerazioni conclusive.....	102

Capitolo III

L'obbligazione come rapporto complesso.

Uno sguardo comparato

1. Premessa: le ragioni della comparazione.....	110
2. La nascita dei doveri di protezione nella dottrina tedesca: la teoria delle violazioni positive del contratto.....	111
2.1. L'individuazione di obblighi di protezione “connessi” all'obbligo primario di prestazione.....	113
3. La riforma del diritto delle obbligazioni (<i>Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts</i>).....	117
3.1 La <i>culpa in contrahendo</i> : il nuovo § 311 BGB.....	120
4. Nascita ed evoluzione delle <i>obligations de sécurité</i> in Francia.....	123
5. La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del <i>Code civil</i> francese: il nuovo art. 1112 <i>code civil</i>	127

6. Cenni sulla responsabilità precontrattuale nei modelli di <i>common law</i> . L'esperienza inglese.....	130
6.1. <i>Segue</i> . L'esperienza americana.....	131
7. Modelli a confronto.....	137

Capitolo IV

Tra contratto e illecito: la rilettura delle fattispecie alla luce dell'ordinamento complesso

1. La «zona grigia» tra contratto e illecito.....	144
2. Il diritto interno di derivazione europea. L'approccio rimediale e il principio di effettività.....	147
3. <i>Segue</i> . L'emergere del terzo paradigma in materia di appalti pubblici.....	151
4. <i>Segue</i> . La possibile estensione del modello di responsabilità vigente in materia di appalti al più generale ambito dei rapporti privato-pubblica amministrazione.....	154
5. Il diritto interno puro. Sulla sostenibilità dogmatica della categoria del contatto sociale.....	158
6. <i>Segue</i> . La presa di posizione del legislatore sul caso pilota (responsabilità medica).....	162
6.1 Possibile estensione del modello di responsabilità sanitaria ad altre fattispecie.....	164
7. <i>Segue</i> . Le ipotesi residuali.....	166
 <i>Considerazioni conclusive</i>	 167

Bibliografia

Introduzione

Il presente lavoro si propone di indagare la figura della c.d. responsabilità da contatto sociale qualificato, la quale raccoglie una serie di ipotesi di danno che si collocano a metà strada tra il contratto e l'illecito, cioè in quella che è stata definita come la “zona grigia” tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale¹.

Più nel dettaglio, l'espressione contatto sociale qualificato viene utilizzata con riferimento a quei casi in cui si ravvisa l'esistenza di un rapporto particolare, una “relazione” tra le parti, creatasi prima del verificarsi dell'evento pregiudizievole e connotata dall'affidamento riposto dall'una nei confronti dell'altra, in ragione delle sue particolari qualità (del suo *status*). In tutte queste ipotesi, sebbene manchi una specifica obbligazione scaturente da un contratto precedentemente stipulato, si ritiene che, in ragione della particolare relazione venutasi a formare tra soggetti determinati, si perda l'elemento dell'estraneità che costituisce il *proprium* della responsabilità aquiliana.

Di qui, la scelta di applicare, al verificarsi del danno, la disciplina della responsabilità contrattuale (*rectius* da inadempimento di precedente obbligazione).

L'idea di costruire questa proposta teorica nasce dall'osservazione dell'evolversi della realtà sociale. La complessità sopravvenuta dei rapporti sociali, infatti, ha creato ambiti di relazioni intersoggettive nei quali maturano interessi di tutela, al tempo stesso, indipendenti da un accordo pregresso e anteriori alla creazione di un danno.

Queste circostanze “relazionali” - nelle quali si sviluppa un interesse di ciascuna parte alla protezione della propria persona e delle proprie cose - risultano esuberanti rispetto alla rigida dicotomia contratto-illecito, tutta costruita sulla presenza o meno di un accordo idoneo a generare obbligazioni, ovvero di una casuale interferenza tra sfere giuridiche, poi foriera di pregiudizi.

I problemi giuridici che dalla costruzione di questa figura derivano riguardano (essenzialmente) l'impatto che essa produce su due dei pilastri portanti del diritto civile:

¹ Così, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 443 ss.

la tradizionale struttura del rapporto obbligatorio fondato sul solo obbligo di prestazione, da un lato, e la definizione dei confini tra le due forme di responsabilità, dall'altro.

Con riferimento alla struttura del rapporto obbligatorio, la questione muove dalla costruzione dello stesso come rapporto semplice, a struttura lineare, avente ad oggetto la sola prestazione ovvero come rapporto complesso, che, accanto all'obbligo primario di prestazione, vede il sorgere di obblighi altri c.d. di protezione.

Di qui, il passaggio ulteriore, ossia la ricostruzione della nozione di rapporto obbligatorio prescindendo dalla (necessaria) presenza dell'obbligo primario di prestazione e facendo (esclusivamente) leva sul requisito della relazionalità. Esito cui si è pervenuti rivestendo gli obblighi di protezione di una funzione (non più solo accessoria, ma) autonoma, tesa a garantire l'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose dalla specifica possibilità di danno derivante dalla particolare relazione costituitasi.

La ricostruzione, in questi termini, del rapporto obbligatorio genera, a sua volta, un mutamento nell'individuazione del criterio distintivo tra le due specie di responsabilità.

Si configura una *summa divisio* tra situazioni relazionali, caratterizzate da obblighi tra le parti (siano essi di prestazione ovvero di sola protezione), la cui violazione dà origine a responsabilità da inadempimento e situazioni non relazionali, le quali, sul terreno della responsabilità, assumono le caratteristiche della responsabilità aquiliana².

Questo lavoro di ricerca si propone di verificare se il ricorso alla categoria del contatto sociale risulti necessario (o quantomeno opportuno), ovvero se le ipotesi in essa contemplate non possano trovare (nel sistema) una risposta diversa.

Il testo è composto da quattro capitoli.

Nel capitolo I è offerta una ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza che hanno accolto la figura della responsabilità da contatto sociale, a partire dalla sentenza "pilota" resa in materia di responsabilità sanitaria nel 1999.

Nel ripercorrere questo itinerario, si cercherà di mettere in evidenza le ragioni per cui la giurisprudenza, sebbene i casi esaminati presentino caratteristiche non del tutto simili, ha

² C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 72.

ritenuto opportuno applicare alle relative fattispecie il regime della responsabilità da inadempimento di precedente obbligazione.

Nel capitolo II è l'elaborazione dottrinale che sta dietro la figura ad essere analizzata, sia esaminando la linea di confine esistente tra le due forme di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), che indagando il contenuto (semplice o complesso) del rapporto obbligatorio.

Nel capitolo III, la figura dell'obbligazione come rapporto complesso è analizzata in chiave comparata. Ciò in quanto l'elaborazione della teorica del contatto sociale discende dalla riproposizione, nell'ambito della nostra esperienza giuridica, delle idee sul rapporto obbligatorio maturate nella scienza giuridica tedesca.

Questa parte dello studio è condotta al fine di verificare le ragioni che, nell'ordinamento di provenienza e in quello di recepimento, hanno portato all'elaborazione della figura in esame, nonché al fine di comprendere se il ricorso a questo modello possa risultare utile e opportuno anche nel nostro ordinamento.

Nel capitolo IV, gli elementi emersi nella ricerca saranno ordinati operando una rilettura delle fattispecie precedentemente esaminate, che porterà ad individuare due distinte aree di riferimento: l'area del diritto interno di derivazione europea e l'area del diritto interno puro. Attraverso un'opera di decostruzione della categoria, verranno raggiunte conclusioni diverse a seconda della fattispecie presa in considerazione, giungendo a dimostrare come la figura del contatto sociale, in realtà, risulti in gran parte superflua rispetto al fine che intende realizzare.

Capitolo I

Ricostruzione delle fattispecie giurisprudenziali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria. – 2.1. L'evoluzione della giurisprudenza. – 2.2. L'intervento del Legislatore: Dalla Balduzzi alla Gelli-Bianco. – 3. Responsabilità dell'insegnante per le lesioni cagionate dall'alunno a se stesso. – 4. Responsabilità della banca per pagamento di assegno non trasferibile a persona non legittimata. – 5. Responsabilità del mediatore. – 6. Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi. – 6.1. Il regime previsto dalla sentenza n. 500/99: la responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo. – 6.2. L'evoluzione successiva alla sentenza n. 500/99. – 6.3. Problema aperto: la ricostruzione dell'elemento soggettivo nella responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi. – 6.4. *Segue.* La natura della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi. – 7. Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. – 8. Conclusioni: emersione di nuovi temi di indagine.

1. Premessa

Il presente capitolo si propone di analizzare la figura del “contatto sociale qualificato” negli orientamenti della giurisprudenza. La scelta di partire dall’analisi delle fattispecie giurisprudenziali non è, certamente, casuale. La ridefinizione dei confini tra illecito e contratto, infatti, trova origine in una evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali che, nell’ultimo ventennio, ha mutato i confini della materia in un dialogo (non privo di contrasti) con la dottrina. Le ragioni di questo mutamento hanno origini profonde.

Tra le categorie ordinanti del diritto civile due pilastri sembrano investiti da un profondo mutamento. «La prima (categoria) attiene alla concezione unitaria di obbligazione, incentrata sul dovere di prestazione del debitore cui il creditore ha diritto, l’altra (categoria) ha riguardo alla distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, discendenti, l’una, dall’inadempimento di una obbligazione preesistente, l’altra, dal danno (ingiusto) causato da taluno a un soggetto con lui precedentemente irrelato»³.

Si tratta di una mutazione delle strutture portanti del diritto civile che tocca temi come la costruzione dell’obbligazione come rapporto semplice, a struttura lineare, avente ad oggetto la sola prestazione ovvero come rapporto complesso, che, accanto all’obbligo di prestazione, vede il sorgere di obblighi altri, c.d. di protezione, riguardanti l’interesse della persona a non subire pregiudizi al proprio corpo e ai propri beni nel corso e a causa dell’attuazione del rapporto obbligatorio; nonché l’espansione dell’area della responsabilità contrattuale «che è chiamata a coprire delle proprie regole anche quelle violazioni che non trovano la propria fonte, diretta o mediata, in un contratto, ma nei principi generali dell’ordinamento in forza di un contatto sociale qualificato»⁴.

³ Cfr. L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione. Applicazioni pratiche*, in *Tratt. obbl.*, GAROFALO e TALAMANCA (a cura di), vol. I, Tomo III, Padova, 2010, p. 3.

In merito all’utilità di una rivisitazione delle categorie giuridiche, N. LIPARI, *Le categorie giuridiche*, Milano, 2013, pp. 6-7 della Presentazione: «Nel volume si mettono in discussione le categorie (soggetto, beni, atto di autonomia, responsabilità) sulle quali era costruito l’impianto delle “*Dottrine generali del diritto civile*” di F. SANTORO-PASSARELLI non tanto per contestarne l’originario equilibrio, quanto, in un radicale mutamento di prospettiva, per rendere esplicito che il diritto civile (...) deve liberarsi dal letto di Procuste di categorie assunte come degli a priori, perché ciascuna di esse può essere legittimamente configurata (...) solo all’esito del procedimento interpretativo, ormai definitivamente libero dal preconetto che il suo punto di riferimento oggettivo sia soltanto un sistema di enunciati posti».

⁴ Cfr. L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione. Applicazioni pratiche*, in *Tratt. obbl.*, GAROFALO e TALAMANCA (a cura di), vol. I, Tomo III, Padova, 2010, p. 7.

Quando si parla di “contatto sociale qualificato”, si fa riferimento a quelle ipotesi in cui si ravvisa l’esistenza di un rapporto particolare, una “relazione” tra le parti, creatasi prima del verificarsi dell’evento pregiudizievole e connotata dall’affidamento riposto dall’una nei confronti dell’altra, in ragione delle sue particolari qualità.

Si tratta di rapporti innervati non solo da doveri negativi (astensione da ogni indebita ingerenza nella sfera altrui), ma anche da doveri positivi (obblighi di informazione, obblighi di custodia, etc.), che richiedono di agire al fine di proteggere la sfera giuridica dell’altro soggetto del rapporto.

In tutte queste ipotesi, tra le sfere giuridiche di soggetti determinati si instaura un contatto, una relazione giuridicamente rilevante che, pur in mancanza di una specifica obbligazione scaturente da un contratto, li sottrae dalla sfera di reciproca estraneità propria della responsabilità aquiliana. Con riferimento a tali ipotesi, la giurisprudenza ha operato, mediante lo strumento del “contatto sociale qualificato”, la trasmigrazione dall’area della responsabilità aquiliana a quella della responsabilità contrattuale.

In tema, la sentenza “pilota” è quella resa dalla Corte di cassazione nel 1999 in materia di responsabilità sanitaria.

Dall’esame di questa pronuncia conviene, quindi, partire, allo scopo di comprendere da quali circostanze questi rapporti vengono generati.

2. Responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria

La responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria è una fattispecie particolarmente significativa sia per la rilevanza dei valori in gioco, sia perché, con riferimento ad essa, la giurisprudenza di legittimità ha prestato adesione, per la prima volta, alla tesi della responsabilità da contatto sociale qualificato.

Innanzitutto, è opportuno precisare che il problema della natura della responsabilità medica si pone nei casi in cui l’obbligo di cura non trova fondamento in un contratto di prestazione d’opera professionale stipulato col paziente (nel qual caso è indubbia la natura contrattuale della connessa responsabilità), ma nei casi in cui l’intervento del sanitario avviene in situazioni di emergenza, senza che il paziente abbia potuto preventivamente selezionare il medico e soprattutto (ipotesi più frequente) quando il medico presta la

propria opera a favore dei pazienti di una struttura sanitaria, senza che con questi abbia mai stipulato un vero e proprio contratto.

Risulta chiaro come, ai fini della presente indagine, l'attenzione vada immediatamente focalizzata sulla posizione del medico dipendente da struttura sanitaria, considerata la peculiare fattispecie in cui esso si inserisce e che si presenta come trilaterale, coinvolgendo non già solamente il medico e il paziente, bensì anche la struttura.

La dottrina e la giurisprudenza hanno, infatti, scomposto tale fattispecie complessa in tre rapporti bilaterali: rispettivamente, il rapporto tra medico e struttura, quello tra struttura e paziente e quello tra medico e paziente.

I primi due rapporti si caratterizzano, per orientamento consolidato, per la presenza di un contratto⁵ tra i soggetti del rapporto giuridico, tanto che nessun dubbio può sollevarsi sulla natura contrattuale della relativa responsabilità.

Il terzo rapporto (medico-paziente) richiede, viceversa, un'attenta analisi alla luce dell'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali e dei più recenti interventi legislativi.

2.1. L'evoluzione della giurisprudenza

In merito alla natura della responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria, sino agli anni Novanta, l'orientamento prevalente in giurisprudenza era nel senso di ricondurla alla responsabilità extracontrattuale⁶, in considerazione dell'assenza di un contratto stipulato direttamente tra medico e paziente. Si diceva che l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero ovvero di visita ambulatoriale, comportasse la conclusione di un contratto di prestazione d'opera professionale tra paziente ed ente ospedaliero, cui non partecipava il medico.

Il medico instaurava col paziente solo un rapporto giuridicamente indiretto.

Infatti, quest'ultimo non aveva alcuna facoltà di scelta del medico (che veniva invece scelto dalla struttura in ragione delle disponibilità, dell'orario, del tipo di intervento, etc.).

Di conseguenza, la responsabilità del sanitario, in assenza di contratto tra medico e paziente, non poteva che essere qualificata come aquiliana.

⁵ Il rapporto tra struttura e medico si traduce in un contratto di lavoro dipendente; il rapporto tra struttura e paziente, invece, viene ricondotto al contratto atipico di ospedalità o di assistenza sanitaria, comprensivo sia di prestazioni strettamente mediche sia di prestazioni diverse, *lato sensu* alberghiere: vitto, alloggio, riscaldamento, sorveglianza, etc.

⁶ Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141; Cass. 24 marzo 1979, n. 1716; Cass. 13 marzo 1998, n. 2750.

Questo orientamento si è sviluppato nel periodo in cui si sosteneva che la responsabilità contrattuale potesse nascere soltanto da contratto o da altra obbligazione posta dalla legge. In mancanza di contratto, e, più in generale, di una obbligazione in senso classico, gli eventuali danni dovevano farsi rientrare nello schema della responsabilità aquiliana.

Si trattava di una tesi improntata sulla differenziazione tra i due poli di responsabilità: il rapporto medico-paziente non preceduto da contratto veniva visto alla stessa stregua della cosiddetta “responsabilità del passante”.

Da questo orientamento discendevano conseguenze pratiche importanti con riferimento a:

- a) Onere della prova: spettava al paziente-danneggiato dimostrare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie in base all’art. 2043 c.c.;
- b) Termine di prescrizione dell’azione risarcitoria: quinquennale ai sensi dell’art. 2947 c.c.;
- c) Cumulo di responsabilità aquiliana e contrattuale: infatti, in casi del genere, si configurava una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e una responsabilità aquiliana del medico rispetto al medesimo evento.

L’ascrizione dell’attività del medico dipendente da struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale è stata sottoposta a serrate critiche.

In primo luogo, perché «riduce al momento terminale, cioè il danno, una vicenda che non incomincia con il danno, ma si struttura prima come rapporto, in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico ed il medico accetta di prestargliene»⁷.

In secondo luogo, perché ricondurre la responsabilità del medico alla responsabilità aquiliana significa restringere l’area risarcitoria alle sole ipotesi di interventi (connotati da colpa) che comportano un peggioramento dello stato di salute del paziente rispetto alla situazione *quo ante* (c.d. *culpa in faciendo*)⁸.

Ma in realtà, la giurisprudenza, nella prassi, eludeva tale postulato, ritenendo che, seppure la responsabilità del medico fosse da qualificare come extracontrattuale, essa ricomprendeva anche le ipotesi di *culpa in non faciendo*, ossia le ipotesi in cui il paziente

⁷ In questi termini, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589.

⁸ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589.

non realizzava il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere.

A partire dagli anni '90, invece, emergono una serie di tesi volte a ricostruire la responsabilità del medico in termini di responsabilità contrattuale, utilizzando, però, diversi percorsi logico-giuridici.

La prima sentenza della Corte di cassazione⁹ ad inaugurare il nuovo indirizzo a favore della responsabilità contrattuale del medico, argomenta sulla base dell'art. 28 Cost.¹⁰ ed è la c.d. tesi dell'immedesimazione organica. Secondo questa ricostruzione, sia il medico che la struttura rispondono a titolo contrattuale, perché la radice della responsabilità è la medesima: la negligente esecuzione della prestazione sanitaria. Questa tesi sostiene, dunque, la responsabilità contrattuale diretta sia dell'ente che del medico: dell'ente in quanto ad esso riferibile, per il principio di immedesimazione organica, l'operato del medico dipendente; del medico in quanto la sua responsabilità avrebbe radice comune a quella dell'ente, ossia la negligente esecuzione della prestazione sanitaria¹¹.

Tale orientamento, però, è stato criticato in ragione del richiamo operato all'art. 28 Cost. che risulta non esaustivo, considerato che la norma in questione effettua un generico rinvio alle leggi penali, civili ed amministrative, ma la legge civile contempla due forme di responsabilità (contrattuale ed aquiliana). Di conseguenza, il solo richiamo all'art. 28 Cost. non può di per sé risultare risolutivo del problema relativo alla natura della responsabilità del medico.

⁹ Cass., 1 marzo 1988 n. 2144: «La responsabilità dell'ente pubblico gestore del servizio sanitario è diretta, essendo riferibile all'ente, per il principio della immedesimazione organica, l'operato del medico suo dipendente, inserito nell'organizzazione del servizio, che con il suo operato, nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria, ha causato danno al privato che ha richiesto ed usufruito del servizio pubblico. E, per l'art. 28 Cost., accanto alla responsabilità dell'ente esiste la responsabilità del medico dipendente. Responsabilità che hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria. Pertanto, stante questa comune radice, la responsabilità del medico dipendente è, come quella dell'ente pubblico, di tipo professionale; e vanno applicate a quella dell'ente pubblico, di tipo professionale; e vanno applicate anche ad essa, analogicamente, le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale».

¹⁰Alla stregua del quale: «*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*».

¹¹ In linea con Cass., 1 marzo 1988 n. 2144, anche Cass., 3 marzo 1995, n. 2466, in *Giur. it.*, I, c. 91, con nota di D. CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*; Cass., 27 luglio 1998, n. 7336, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 996 ss., con nota di M. GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*; Cass., 2 dicembre 1998, n. 12233, in *Danno e resp.*, 1999, p. 777 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*.

Successivamente, sono state avanzate due ulteriori tesi.

Per un verso, la tesi del contratto a favore di terzo¹², secondo la quale l'ente quando stipula il contratto con il medico (cioè il contratto di lavoro), lo stipula a favore del terzo, ossia il paziente, beneficiario della prestazione sanitaria.

Il paziente (terzo beneficiario) potrà, quindi, far valere l'inadempimento dell'obbligo nascente dal contratto stipulato dall'ente con il medico.

Per altro verso, la tesi del contratto con effetti protettivi a favore di terzo (paziente)¹³.

Il contratto con effetti protettivi a favore di terzo si configurerebbe, in base a tale opinione, ogniqualvolta da un determinato contratto sia deducibile l'attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale da parte del medico, che è debitore solo dell'ente da cui dipende, ma alla sua esecuzione con diligenza, tale da evitare danni al terzo medesimo (c.d. dovere di protezione).

All'individuazione di un dovere di protezione (in capo al medico) segue, in caso di danno, il riconoscimento di una responsabilità contrattuale da inadempimento.

La critica rivolta a queste due tesi¹⁴ (tesi del contratto a favore di terzo e tesi del contratto con effetti protettivi a favore di terzo) è identica e fa leva sul fatto che, in realtà, il paziente-danneggiato non agisce in forza del contratto esistente tra l'ente ospedaliero e il medico di cui sarebbe terzo beneficiario (ossia il contratto di lavoro), ma azionando il diverso contratto intervenuto tra lui (paziente) e l'ente, rispetto al quale egli non è terzo beneficiario, ma parte contrattuale.

Le ricostruzioni precedentemente elencate sono state superate dall'accoglimento della tesi della responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato.

¹² In dottrina, V. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 675 ss. Per la giurisprudenza, si veda quella citata da DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur. mer.*, 1999, p. 1152 ss.

¹³ In dottrina, V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 690 ss.; A. R. VENNARI, *Diritto del nascituro a nascere sano, obbligo di prestazione del medico e sua responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 908 ss. Più in generale, sull'istituto del contratto con effetti protettivi per il terzo, si veda, M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 41 ss.; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 20 ss.

¹⁴ Critica sviluppata dai giudici di legittimità nella sentenza n. 589/1999, ove si dice che l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente «sia dall'ente ospedaliero, sia dal medico dipendente, ma da ciascuno di questi sotto un diverso profilo nei confronti di un diverso soggetto. Quanto all'ente ospedaliero, l'attività è dovuta nei confronti del paziente quale prestazione che l'ente si è obbligato ad adempiere con la conclusione del contratto d'opera professionale. Quanto al medico dipendente, l'attività è dovuta nei confronti dell'ente ospedaliero, nell'ambito del rapporto di impiego che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere».

La Corte di cassazione, con la storica sentenza n. 589/1999, ha, infine, ricostruito la responsabilità del medico in termini di responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato¹⁵. Dunque, nei confronti del medico dipendente da struttura sanitaria (pubblica o privata), secondo la Suprema Corte, si configurerebbe una responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione, in quanto, posto che (sicuramente) sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione e la sua violazione si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale. Al di là del richiamo, improprio, ai rapporti contrattuali di fatto¹⁶, la Corte desume dall'inquadramento contrattuale effettuato precisi effetti "sui veri nodi della responsabilità del medico, cioè il grado della colpa e la ripartizione dell'onere della prova". Sul primo versante, la Corte richiama l'art. 1176 c.c. nella sua interezza, con la conseguenza che al medico chirurgo sarà richiesta non solo la diligenza del buon padre di famiglia (comma 1) ma, in quanto debitore qualificato, il rispetto di tutte le regole e l'impiego degli strumenti adeguati, che, nel loro insieme, costituiscono la conoscenza della professione medica. È fatto salvo il disposto di cui all'art. 2236 c.c. (che trova applicazione diretta "senza la necessità di effettuarne una applicazione analogica"), che limita, per i casi di particolare difficoltà, la responsabilità per imperizia (non anche quella per negligenza o imprudenza) alle sole ipotesi di dolo o colpa grave.

Una volta omologate le responsabilità della struttura sanitaria e del medico sul piano della responsabilità contrattuale, la Corte supera anche le tradizionali modalità di ripartizione dell'onere probatorio tra ente, medico e paziente, affermando che «sia ai fini della rilevanza del grado della colpa che della ripartizione dell'onere probatorio, non esiste una

¹⁵ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, che ha rappresentato la prima decisione in tema di responsabilità contrattuale da "contatto sociale", con nota di CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss., nonché A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, fasc. 4, p. 441 ss. che rileva come si debba parlare non di «obbligazione senza prestazione», ma di «prestazione senza obbligazione», poiché il contatto sociale impone, pur in assenza di contratto, di eseguire la stessa prestazione che deriverebbe dal vincolo contrattuale.

¹⁶ Così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 485 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 679 ss. che sottolinea come i rapporti contrattuali di fatto debbano essere tenuti distinti dall'obbligazione senza prestazione, in quanto i primi si caratterizzano per il particolare *modus* in cui si forma il contratto, che, dunque, esiste (sebbene di fatto) e produce obbligazioni "piene", di prestazione, mentre l'obbligazione senza prestazione non ha ad oggetto la prestazione, ma solo obblighi di protezione della sfera giuridica altrui.

differenza di posizioni tra i due soggetti, a seconda che si agisca nei confronti dell'ente ospedaliero ovvero del medico dipendente».

La sentenza in esame è stata oggetto di valutazioni opposte.

I sostenitori della teoria del rapporto obbligatorio senza prestazione hanno ravvisato, nella decisione della Corte, una adesione alle argomentazioni poste a sostegno dell'esistenza di detta categoria¹⁷.

Altri¹⁸ hanno letto le argomentazioni della Cassazione in senso pienamente consonante con la dogmatica tradizionale relativa alla struttura dell'obbligazione, circoscrivendo le novità della sentenza nell'ambito delle fonti delle obbligazioni.

Resta il fatto che l'orientamento si è successivamente consolidato, trovando conferma nell'importante sentenza, a sezioni unite, n. 577 del 2008¹⁹.

La sentenza ritiene applicabili anche alla responsabilità medica i principi in materia di prova dell'inadempimento espressi nella celebre pronuncia, sempre a sezioni unite, n. 13533/2001. In quel contesto, le sezioni unite, nel risolvere un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici, hanno enunciato il principio secondo cui «posto che il presupposto fattuale (l'inadempimento) è il medesimo, non può che essere identico il criterio di ripartizione dell'onere della prova (ai sensi dell'art. 2697) in materia di responsabilità contrattuale, sia che il creditore agisca per l'esatto adempimento, sia che domandi la risoluzione del contratto ovvero il risarcimento del danno, senza che al riguardo rilevi in alcun modo la distinzione tra obbligazioni di mezzi o di risultato.

Il creditore deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento». Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che «al creditore istante è sufficiente la mera allegazione

¹⁷ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 485 ss.

¹⁸ A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, 4, pp. 450-451, afferma che «il vero elemento di novità della sentenza è più sul versante delle fonti di *obligatio* che non su quello di una diversa tipologia di obbligazione (obbligo senza prestazione). Resta indubbio, infatti, che detta responsabilità, se si concretizza e attualizza in occasione dell'esecuzione della prestazione sanitaria, si attegga, quanto al suo contenuto, come una normale obbligazione che richiama comportamenti destinati a produrre un risultato utile per il creditore». In definitiva, l'Autore afferma che è più corretto parlare non di «obbligazione senza prestazione», ma di «prestazione senza obbligazione», poiché il contatto sociale impone, pur in assenza di contratto, di eseguire la stessa prestazione che deriverebbe dal vincolo contrattuale.

¹⁹ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*.

dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, quali quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento».

Applicando tali principi alla ripartizione dell'onere probatorio nelle cause di responsabilità professionale medica, risulta che l'attore (paziente-danneggiato) deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore (medico-danneggiante), l'onere di dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato o che, pur essendovi stato, non è stato causa del danno.

La distribuzione dell'onere della prova, avallata dalle sezioni unite, è stata oggetto di numerose critiche ed obiezioni. In estrema sintesi, è stato evidenziato che con tale riparto viene addossata al medico la prova dell'esattezza dell'adempimento e dell'assenza di causalità tra il supposto suo inadempimento e il danno "giungendo a configurare una responsabilità di tipo oggettivo" avversata da una parte consistente della dottrina²⁰.

Per superare tali obiezioni e, più in generale, per risolvere la questione dell'inquadramento della responsabilità del medico è intervenuto il legislatore.

2.2. *L'intervento del Legislatore: Dalla Balduzzi alla Gelli-Bianco*

Il primo intervento si è avuto con il c.d. decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158), poi convertito in legge (l. 8 novembre 2012, n. 189), il cui articolo 3 prevedeva testualmente: *«l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di*

²⁰ In questi termini, A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 879. Sul tema si veda anche V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, nota a Cass., sez. un., n. 13533/2001, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1571, nonché U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, p. 120, i quali sottolineano come la soluzione adottata dalla giurisprudenza sul riparto dell'onere della prova sia eccessivamente rigida, in quanto non distingue tra inadempimento totale e adempimento inesatto, richiedendo anche in quest'ultima ipotesi (che peraltro è quella che si verifica nella maggior parte dei casi di responsabilità del medico) che il creditore (paziente-danneggiato) si limiti ad allegare l'inesattezza dell'adempimento, gravando sul debitore (medico-danneggiante) l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

Sotto il profilo penalistico, la riportata previsione ha sancito l'esonero da responsabilità penale per colpa lieve del medico, qualora quest'ultimo si sia attenuto alle linee guide e alle buone pratiche accreditate presso la comunità scientifica.

Ma la disposizione rileva anche sotto il profilo civilistico, prevedendo che, anche quando il medico non risponde penalmente per colpa lieve, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c. e il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.

Proprio il richiamo contenuto nell'art. 3 della legge Balduzzi all'art. 2043 c.c. ha riaperto il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità del medico.

La disposizione in esame, infatti, anche per la sua ambiguità, ha dato luogo a diverse interpretazioni, in giurisprudenza, come in dottrina.

Nello specifico, l'attenzione degli studiosi si è rivolta a comprendere se il riferimento all'art. 2043 c.c. dovesse intendersi in senso pregnante e quindi tale da costituire il nuovo paradigma a scapito del consolidato orientamento formatosi in giurisprudenza.

Le posizioni formatesi a seguito della legge Balduzzi possono essere così riassunte.

Secondo un primo orientamento sorto nella giurisprudenza di merito²¹, la disposizione in esame non avrebbe alcuna portata innovatrice in merito alla natura della responsabilità medica che resterebbe disciplinata ai sensi dell'art. 1218 c.c., di conseguenza l'interprete dovrebbe continuare a seguire il consolidato diritto vivente, qualificando in termini contrattuali, da contatto sociale qualificato, la responsabilità del medico.

Per questo primo orientamento, nulla sarebbe mutato.

Anche la Suprema Corte mostra di condividere questa posizione.

In un primo arresto del 2013²², sia pure in forma di *obiter dictum*, si dice che la norma ha una portata essenzialmente penalistica, volta ad agevolare l'utile esercizio dell'arte

²¹ Trib. Arezzo 14 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 367; Trib. Caltanissetta 1 luglio 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1988 con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*; Trib. Cremona 1 ottobre 2013, in *Danno e resp.*, 2014, 633, con nota di L. MATTINA, *"Legge Balduzzi": natura della responsabilità civile del medico*; Trib. Firenze 12 febbraio 2014, in *Riv. it. med. Leg.* 2014, 737, con nota di A. GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della legge Balduzzi*; Trib. Brindisi 18 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 2015, 56.

²² Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030.

medica, evitando pretestuose azioni penali, mentre la materia della responsabilità civile continua a seguire le sue regole consolidate.

In un'altra pronuncia²³, resa con ordinanza nell'aprile dell'anno successivo, i giudici di legittimità sostengono che il richiamo all'art. 2043 c.c. va inteso nel senso che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, riaffermando il principio *in lege aquilia et levissima culpa venit* senza prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità aquiliana.

Secondo altro orientamento, sviluppatosi nell'ambito della giurisprudenza di merito, che si colloca sul versante opposto rispetto a quello appena esaminato, il legislatore avrebbe espressamente preso posizione sul tema, smentendo l'elaborazione giurisprudenziale consolidatasi negli ultimi quindici anni. In particolare, è stato sostenuto che il dato normativo, coordinato con gli obiettivi della novella, suggerisce di ricostruire la responsabilità del medico in termini aquiliani, «gettando alle ortiche l'utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale»²⁴.

In sostanza, il dato letterale, la *ratio legis* volta a contenere la spesa sanitaria e a contrastare il fenomeno della medicina difensiva, la finalità di limitare l'ammontare dei danni risarcibili e di deviare il flusso del contenzioso per errori medici dal sanitario alle strutture sono tutti fattori che inducono parte della giurisprudenza ad affermare che l'art. 2043 c.c. costituisce il paradigma cui ricondurre la responsabilità del professionista sanitario.

Al fine di superare le profonde incertezze interpretative contenute nella legge 189/2012 (c.d. legge Balduzzi), è stata di recente emanata la nuova legge in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, legge n. 24/2017 (c.d. legge Gelli), entrata in vigore giorno 1 aprile 2017.

²³ Cass. 17 aprile 2014, n. 8940.

²⁴ In questo senso, Trib. Varese 26 novembre 2012, che sottolinea l'esistenza di una volontà consapevole del legislatore nell'aderire al modello di responsabilità aquiliana, nonché, in senso analogo, Trib. Milano 30 ottobre 2014 e Trib. Milano 17 luglio 2014, che critica da un punto di vista sostanziale l'applicazione della teoria del contatto sociale e sottolinea, appellandosi all'art. 12 delle disp. prel. al c.c. e al divieto per l'interprete di svuotare di significato le norme, che «se il paziente/danneggiato agisce in giudizio nei confronti del solo medico con il quale è venuto in contatto presso una struttura sanitaria, senza allegare la conclusione di un contratto con il convenuto, la responsabilità risarcitoria del medico va affermata soltanto in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito ex art. 2043 c.c. che l'attore ha l'onere di provare».

È noto che il testo di legge ha recepito molti dei suggerimenti provenienti dalla Commissione consultiva presieduta da Guido Alpa sulle problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, istituita con decreto del Ministro della salute del 26 marzo 2015 e che ha concluso i propri lavori il 30 luglio 2015²⁵.

Lo stesso Presidente della Commissione, nel commentare il disegno di legge ormai approvato in via definitiva, ha sottolineato come il primo obiettivo del testo è quello di introdurre maggiore precisione nell'applicazione delle regole considerato che la legge Balduzzi aveva dato luogo a difficoltà interpretative tali da generare un fitto contenzioso²⁶.

Le novità di maggiore rilievo si rinvergono nella disciplina contenuta all'art. 7, rubricato "Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria".

Come illustrato nelle pagine precedenti, la responsabilità della struttura²⁷ si fonda su un contratto atipico, a prestazioni corrispettive, da taluno definito di ospedalità, da altri di assistenza sanitaria, cui si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c. Sulla base di tale contratto, insorgono, a carico della struttura sanitaria, accanto all'obbligo di fornire la prestazione medica, tutta una serie di obblighi: vitto, alloggio, assistenza al paziente ricoverato e, più in generale, organizzazione di tutte queste prestazioni. Ciò comporta che, quando parliamo di responsabilità della struttura sanitaria, in realtà, dobbiamo distinguere tra: 1) responsabilità della struttura per mancata o inesatta esecuzione della prestazione medica principale; 2) responsabilità della struttura per inadempimento delle obbligazioni accessorie. La prima viene ricondotta al modello della responsabilità per fatto dell'ausiliario o del preposto (art. 1228 c.c.). La seconda, definita responsabilità di tipo gestionale, che si configura quando il pregiudizio subito dal paziente non sia ricollegabile all'intervento diagnostico/terapeutico del medico, ma all'inadempimento di prestazioni proprie della struttura (di tipo organizzativo, relative a

²⁵ Un quadro ricostruttivo dei lavori della Commissione è stato pubblicato, a firma di Margherita De Bac, su *Il Corriere della sera* del 25 agosto 2015.

²⁶ Cfr. Guido Alpa: "Cambia l'onere della prova. Sarà un argine al contenzioso", intervista di Valentina Brazioli, su www.sanitainformazione.it

²⁷ È irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti a livello normativo gli obblighi scaturenti dai due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi. Cfr. Cass., 25 febbraio 2005, n. 4058.

turnazione, manutenzione delle attrezzature, vigilanza e custodia dei pazienti), è ricondotta al modello di cui all'art. 1218 c.c.

Tale ricostruzione viene cristallizzata in legge nel primo comma dell'art. 7, laddove si legge che: *«La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente ancorché non dipendenti dalla struttura stessa, risponde, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., delle loro condotte dolose e colpose».*

Con riferimento, invece, alla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, che (a partire dalla famosissima sentenza della Cassazione n. 589/99) era stata ricondotta al modello della responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato", l'art. 7, al terzo comma, stabilisce che: *«L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione assunta con il paziente».*

Ebbene, con la legge Gelli, il legislatore espressamente qualifica come extracontrattuale la responsabilità del medico che non ha agito nell'adempimento di un'obbligazione di fonte contrattuale assunta verso il paziente²⁸, comportando ciò una differenza netta, rispetto al passato, sia in termini di oneri probatori (più gravosi per il danneggiato), sia in termini di prescrizione dei diritti. Soccorre, comunque, l'azione proponibile nei confronti della struttura che rimane sempre di natura contrattuale. L'idea sembra essere quella di considerare la struttura come un'impresa cui possono essere imputate le scelte organizzative e quindi i rischi tipici connessi alle attività che si svolgono all'interno di essa, facendo, di conseguenza, su di essa ricadere il rischio clinico-organizzativo, in quanto unico soggetto in grado di prevenire i danni e sostenerne i costi.

Dato questo quadro, è ragionevole ipotizzare che il paziente-danneggiato «preferisca abbandonare la coltivazione del *claim* nei confronti del singolo medico, puntando sulla più tranquillizzante matrice contrattuale, da attivare nei confronti della sola struttura»²⁹.

²⁸ L'inciso «salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» sembra verosimilmente deputato a gestire la situazione in cui il paziente scelga di accedere ad una data clinica giustappunto perché vi fa capo il proprio medico di fiducia, che, però, è in quella strutturato. Così R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, V, 2017, 4, p. 167, nota 25.

²⁹ Sempre in questi termini, R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, V, 2017, 4, p. 168.

Occorre, infine, sottolineare come lo spostamento del baricentro normativo verso la responsabilità extracontrattuale nel rapporto tra paziente e sanitario, oltre alle delicate questioni (anche di ordine temporale³⁰) che comporta, ha sollevato dubbi di carattere costituzionale.

In dottrina³¹ si è evidenziata, infatti, una possibile violazione del 1° e del 2° comma dell'art. 24 della Costituzione, per effetto delle modifiche in ordine alla distribuzione dell'onere della prova, che renderebbero per il paziente eccessivamente difficile assolvere tale onere, in evidente violazione "dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale costituzionalmente riconosciuto".

Sotto altro profilo, sono stati sollevati "dubbi di costituzionalità, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., in relazione alla disposizione che impone un duplice regime di responsabilità, laddove nel configurare la responsabilità del medico dipendente come extracontrattuale e, viceversa, quella del medico libero professionista e dell'ente ospedaliero in termini di responsabilità contrattuale, si viene a porre in essere una violazione del principio di uguaglianza nei termini di una irragionevole differenza di trattamento".

3. Responsabilità dell'insegnante per le lesioni cagionate dall'alunno a se stesso

Tre anni dopo la storica sentenza n. 589/99 sulla responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria, il campo di applicazione della teoria del contatto sociale qualificato viene ampliato da una pronuncia a sezioni unite del 2002³², ricomprendendovi anche la responsabilità dell'insegnante per le lesioni che l'alunno cagiona a se stesso.

³⁰ Ad avviso di C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. Giur.*, 2017, 6, p. 748, «la disciplina della l. n. 24/2017, non configurandosi tecnicamente come di interpretazione autentica, ma appunto di (anomala) qualificazione di fattispecie, ed avendo la stessa un contenuto indubbiamente innovativo, anche rispetto alla l. n. 189/2012, dovrebbe trovare applicazione solo alle ipotesi di responsabilità sorte nel periodo della propria vigenza».

³¹ S. ROSSI, *Spigolature sulla legge "Gelli" tra testo e contesto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2017, 2, p. 165 ss.

³² Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola pubblica per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1012 ss., con nota di G. FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale* e in *Corr. giur.*, 2002, p. 1293 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*; Cass., 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 49 ss., con nota di I. CARASSALE, *Danno cagionato dall'incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*; Cass., 18 novembre 2005, n. 24456, in *Danno e*

Con riferimento a tale fattispecie, il problema di fondo attiene all'applicabilità o meno dell'art. 2048, comma 2, c.c., che disciplina la responsabilità dei precettori e di coloro che insegnano un mestiere o un'arte per i danni cagionati dal fatto illecito dei loro allievi o apprendisti per il tempo in cui sono sotto la loro vigilanza, anche all'ipotesi di danno cagionato dall'allievo a se stesso (autolesioni).

Su tale questione, si sono formati due orientamenti.

Secondo una prima impostazione (maggioritaria), l'art. 2048 c.c. va inteso, all'interno del sistema della responsabilità civile, quale norma eccezionale rispetto alla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.; per tale ragione, va esclusa ogni forma di interpretazione analogica e, conseguentemente, la disposizione va applicata al solo caso di danno cagionato dall'allievo a terzi³³.

Secondo altro orientamento, seguito da alcune pronunce di legittimità³⁴, sebbene attraverso *obiter dicta*, l'art. 2048 c.c. risulta applicabile anche al danno da autolesione, in quanto norma speciale e non eccezionale.

Proprio sul contrasto esistente circa l'invocabilità dell'art. 2048 c.c. nei soli casi di danno procurato ad altri o anche nel caso di danno procurato a se stessi, intervengono le sezioni unite nel 2002, rigettando la tesi estensiva, ma giungendo comunque ad una soluzione differente rispetto a quella prospettata dall'orientamento prevalente (ricorso alla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.).

resp., 2006, p. 1081 ss., con nota di V.V. CUOCCI, *Danno autoprocuratosi dall'allievo e responsabilità dell'istituto scolastico*, e di T. PERNA, *Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il "contatto sociale" in ambito scolastico*; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1197, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2089 ss., con nota di A. SESTI, *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato: inoperatività dell'art. 2048, comma 2, c.c.*

³³ In tal senso, in dottrina, M. FRANZONI, *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, in *Danno e resp.*, 1997, 4, p. 454.

³⁴ Cass. 11 agosto 1997, n. 7454, in *Danno e resp.*, 1998, p. 260, con nota di M. ROSSETTI, *La P.A. risponde del danno causato dall'alunno a sé medesimo*. In dottrina, C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 2012, secondo il quale «la colpa presunta degli insegnanti concerne anche il danno che l'allievo arrechi a se stesso in quanto l'obbligo di vigilanza è imposto in primo luogo a tutela dei minori loro affidati».

In sostanza, la Suprema Corte, in questa pronuncia, qualifica sia la responsabilità dell'istituto scolastico³⁵, che la responsabilità dell'insegnante³⁶, come responsabilità contrattuale. In particolare, le sezioni unite affermano che «la relazione qualificata derivante dal contatto sociale tra allievo e insegnante fa sorgere in capo a quest'ultimo, accanto all'obbligo di istruire ed educare, anche un obbligo di protezione onde evitare che l'allievo procuri a se stesso lesioni, la cui violazione determina il sorgere di una responsabilità di natura contrattuale ex art. 1218 c.c.».

Da tale inquadramento, discende l'applicazione del regime probatorio previsto dalla sentenza, a sezioni unite, n. 13533/2001. Di conseguenza, nelle controversie per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, l'attore dovrà soltanto provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre sarà onere della controparte dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa a lui non imputabile.

³⁵ Con riguardo alla posizione dell'istituto, le Sezioni unite affermano che "l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, in virtù del quale, nell'ambito delle obbligazioni assunte dall'istituto, deve ritenersi sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso. Tale affermazione mina, se non addirittura, capovolge un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa sulla natura giuridica dell'iscrizione degli allievi negli istituti scolastici di ogni ordine e grado, ricondotta alla categoria giuridica dei "meri atti amministrativi" (atti non negoziali). Così, in dottrina, P. VIRGA, *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, Milano, 1999, p. 20.

In giurisprudenza, Cass., sez. un., 9 aprile 1973, n. 997, in *Resp. civ. e prev.*, 1973, p. 262.

Successivamente, con la nota sentenza della Cassazione, a sezioni unite, n. 26972/2008 in materia di danno non patrimoniale, il rapporto negoziale che si instaura tra istituto ed allievo è stato qualificato come "contratto di protezione", al pari dei contratti attinenti al settore sanitario.

³⁶ In merito alla responsabilità civile del personale scolastico statale, la disciplina è contenuta nella legge 312/1980.

In particolare, l'art. 61, al 1° e 2° comma, dispone che: "la responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi...", applicando tale limitazione "anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamento degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi".

Occorre rilevare che la limitazione della responsabilità del personale ai soli casi di dolo o colpa grave "verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamento degli alunni sottoposti alla vigilanza" va intesa nel senso che il limite è fissato verso l'Amministrazione non verso i terzi. Si tratta, quindi, di un limite destinato ad operare nell'ambito dell'eventuale giudizio di rivalsa che l'Amministrazione intraprenda contro l'insegnante davanti alla Corte dei conti, dopo aver subito una condanna a favore del terzo danneggiato.

Inoltre, occorre precisare che l'art. 61, comma 2, opera esclusivamente sul piano processuale, rendendo l'Amministrazione (il Ministero della pubblica istruzione) l'unico soggetto provvisto di legittimazione passiva nel giudizio promosso dal terzo. E poiché la norma in esame non pone distinzioni circa il titolo dell'azione risarcitoria, la carenza di legittimazione passiva degli insegnanti opera sia nel caso di azione proposta a titolo contrattuale, che nel caso di azione proposta a titolo extracontrattuale.

All'impostazione accolta dalle sezioni unite nel 2002 si è conformata la pressoché unanime giurisprudenza successiva, sia di legittimità³⁷ che di merito³⁸.

La dottrina, invece, ha sollevato una serie di perplessità.

In primo luogo, si è contestato il differente trattamento riservato al danno cagionato dall'allievo ai terzi (in particolare ad altri allievi), cui si applicherebbe la responsabilità aggravata ex art. 2048 c.c., rispetto alle autolesioni, auspicando la parificazione del trattamento, nel senso dell'attrazione di entrambe le ipotesi nell'area della responsabilità contrattuale³⁹.

Altra critica attiene, invece, all'uso improprio, fatto dalla Suprema Corte, della teoria del contatto sociale in una fattispecie (autolesioni) ritenuta non assimilabile a quella del medico dipendente da struttura ospedaliera, in relazione alla quale tale teoria è stata in principio elaborata, in quanto appare dubbio che la figura dell'insegnante possa ricondursi al "professionista", considerato che "la professionalità del docente si manifesta piuttosto nell'insegnare che nel tutelare la salute dell'allievo"⁴⁰.

³⁷ Cass., 11 novembre 2003, n. 16947; Cass., 18 novembre 2005, n. 24456; Cass., 29 aprile 2006, n. 10030; Cass., 21 marzo 2007, n. 8067; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1769, con nota di A. ASTONE, *Responsabilità da cose in custodia: in tema di gita scolastica e danno da autolesione*, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2047 ss. Più recentemente, Cass., 19 febbraio 2016, n. 3275; Cass., 9 maggio 2016, n. 9337.

³⁸ Trib. Catanzaro, 18 maggio 2009, che con riguardo ad un caso di suicidio dell'allieva avvenuto nell'istituto scolastico durante l'orario di lezione, riconosce la responsabilità del Ministero per non aver provato di aver effettuato, l'insegnante in questione, i controlli sull'assenza e sugli spostamenti dell'allieva; la pronuncia è di particolare interesse in quanto, attesa la natura contrattuale della responsabilità a cagione del contatto sociale, attribuisce agli attori anche il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale, sulla scia della sentenza delle Sezioni unite n. 26972/2008, qualificando come contratto di protezione quello che si instaura tra allievo e precettore.

³⁹ In questi termini, F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola pubblica per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2640, il quale sostiene che è verosimile attendersi il ridimensionamento del campo di applicazione dell'art. 2048 c.c. e l'attrazione dell'intera area di responsabilità degli insegnanti e dei soggetti ad essi equiparati all'area della responsabilità contrattuale, differenziando, in tal modo, non già l'allievo autolesionista dagli altri allievi, bensì la responsabilità verso tutti gli allievi (per autolesioni o lesioni ad altro allievo), che sarebbe contrattuale atteso l'obbligo di protezione gravante sul precettore nei confronti di tutti gli allievi, rispetto alla responsabilità per danno ai terzi, i quali, essendo indeterminati non sarebbero soggetti all'obbligo di protezione e, dunque, sarebbero *de residuo* coperti dall'art. 2048 c.c.

⁴⁰ Così S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Bologna, 2004, p. 54 ss.

4. Responsabilità della banca per pagamento di assegno non trasferibile a persona non legittimata

Sul tema della responsabilità che l'art. 43, comma 2, legge assegno fa ricadere sulla banca che ha negoziato un assegno munito di clausola di non trasferibilità in favore di persona non legittimata si è espressa la Corte di cassazione, a sezioni unite, nel 2007⁴¹.

Si trattava di comporre il contrasto sussistente circa la natura – contrattuale o extracontrattuale – della responsabilità cui si espone la banca che paghi a persona non legittimata un assegno non trasferibile.

Su tale questione si contrapponevano diversi orientamenti.

Alcuni qualificavano la responsabilità come contrattuale, in virtù della convenzione di assegno che vincola la banca girataria in quanto sostituta e mandataria della banca trattaria⁴². Altri optavano per la tesi della natura aquiliana⁴³. Altri ancora, facendo leva sul disposto normativo, sottraevano la responsabilità della banca alle categorie classiche, contrassegnandola di una specificità sua propria, discendente dall'obbligazione *ex lege* contenuta nella detta norma e suscettibile di tutela grazie al *tertium genus* delle fonti previsto dall'art. 1173 c.c., ove, appunto, accanto al binomio contratto – illecito, figurano “altri fatti ed atti idonei a produrre obbligazioni”⁴⁴.

Le sezioni unite optano per la natura contrattuale della responsabilità, ma sulla base di un percorso argomentativo diverso. Preso atto degli approdi giurisprudenziali in tema di responsabilità medica e dell'insegnante per danno cagionato dall'alunno a se stesso, finiscono per ricomprendere nella categoria del “contatto sociale qualificato” anche la

⁴¹ Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, 12, p. 1706 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; nonché in *Giur. it.*, 2008, p. 864, con nota di L. BUFFONI, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, e, *ivi*, 1152, con nota di G. COTTINO, *Dalle Sezioni unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato a esigerlo*. Il principio di diritto affermato in questa decisione è stato di recente richiamato da Cass., 22 maggio 2015, n. 10534, che parla di «obbligo professionale di protezione» a carico della banca.

⁴² Cass. 17 maggio 2000, n. 6377, in *Danno e resp.*, 2000, 1022, con nota di A. BATÀ – A. SPIRITO, *Responsabilità della banca*; Cass., 25 agosto 2006, n. 18543.

⁴³ Cass., 18 aprile 2005, n. 8005, in *Giur. it.*, 2005, 1851; *Nuova giur. civ. comm.* 2006, I, 440, con nota di G. TRUNCELLITO, *Assegno non trasferibile e responsabilità della banca girataria per l'incasso*.

⁴⁴ Cass., 6 ottobre 2005, n. 19512, in *Contratti*, 2006, 897, con nota di E. FOCESATO, *Incasso di assegni circolari non trasferibili con clausola “per conoscenza e garanzia”*; *Corr. giur.*, 2006, 327, con nota di G. TRAVAGLINO, *Titoli di credito*.

fattispecie esaminata. Giungono a questa soluzione affermando che «in capo al banchiere presso cui l'assegno non trasferibile è posto all'incasso sorge un obbligo professionale (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto) di far sì che il titolo sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso e la responsabilità deriva appunto dalla violazione di un siffatto obbligo di protezione, che opera nei confronti di tutti i soggetti interessati alla regolare circolazione del titolo ed al buon fine della sottostante operazione».

La pronuncia in esame assume particolare rilievo anche per il modo in cui perviene a sostenere la *vis expansiva* della responsabilità contrattuale al di fuori delle ipotesi in cui l'obbligo di prestazione derivi dalla fonte contrattuale intesa in senso proprio.

Affermano, infatti, le sezioni unite che «la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà l'art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui esso dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale ne sia la fonte».

In sostanza, la Corte sostiene che la qualificazione “contrattuale” costituisce una *sineddoche*, giustificata dal fatto che essa ricorre con maggiore frequenza in presenza di vincoli contrattuali inadempiti, ma che, in realtà, il suo campo di operatività è più ampio, ricomprendendo l'inadempimento di una qualsiasi obbligazione preesistente, in quanto, sotto il profilo pratico, non vi è alcun motivo per distinguere tra obbligazioni *ex contractu* e obbligazioni *ex lege*, data la comune soggezione al regime di cui all'art. 1218 c.c.

Questa ricostruzione ha prestato il fianco ad una serie di critiche.

Alcuni hanno ritenuto “inappropriato” l'utilizzo della categoria della responsabilità da contatto sociale, in quanto, trattandosi di una responsabilità che nasce da una norma (art. 43 l. assegno), in essa troverebbe la sua fonte, senza doverla ricercare altrove⁴⁵.

Altri, pur condividendo, la soluzione cui sono pervenuti i giudici, qualificando come contrattuale la responsabilità della banca, ritengono, però, che l'obbligo posto dall'art. 43 l. assegni non sia qualificabile come mero obbligo di protezione, bensì come obbligo di prestazione, ponendo in capo alla banca non solo l'obbligo di “conservare la sfera

⁴⁵ In questi termini, G. COTTINO, *Dalle Sezioni unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato a esigerlo*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1152.

giuridica altrui”, ma anche di pagare al prenditore e/o al banchiere giratario per l’incasso, cioè un comportamento ben finalizzato a garantire un risultato favorevole al traente (l’esatto pagamento) o a quanti da esso indicati (il prenditore)⁴⁶.

Più di recente, le sezioni unite sono tornate a pronunciarsi sull’interpretazione dell’art. 43, comma 2, legge assegni, confermando la natura contrattuale, da contatto sociale, della responsabilità della banca, ma esprimendosi anche su un’altra questione⁴⁷.

Nello specifico, il problema riguarda i presupposti in presenza dei quali può essere ritenuto responsabile l’istituto di credito per il pagamento di un assegno munito di clausola di non trasferibilità. Ci si chiede cioè se l’art. 43 legge assegni detti una regola di responsabilità oggettiva ovvero di responsabilità colpevole.

Sulla questione si contrapponevano due orientamenti.

Secondo una prima tesi⁴⁸, la norma in questione, in quanto funzionale a tutelare il prenditore non solo dal rischio di un’indebita circolazione, ma anche da quello dello smarrimento e del furto, disciplinerebbe il pagamento in senso restrittivo, ossia nel senso di ritenere la banca responsabile finché non paghi il reale beneficiario, e ciò a prescindere dalla sussistenza dell’elemento della colpa nell’errore sull’identificazione del prenditore.

Secondo una diversa impostazione⁴⁹, invece, l’art. 43 legge assegni andrebbe interpretato come una regola di responsabilità fondata sulla colpa.

⁴⁶ Così, A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 2007, 12, p. 1706 ss., il quale esprime perplessità in ordine alla figura dell’obbligazione senza prestazione, rinvenendo nella fattispecie della responsabilità della banca (così come nella responsabilità del medico) non già delle obbligazioni di protezione, ma delle normali obbligazioni aventi ad oggetto una prestazione vera e propria.

L’Autore, infatti, evidenzia le difficoltà di ricostruire un’obbligazione priva del contenuto proprio dato dalla prestazione e ciò sulla falsariga di un modello codicistico che eleva la “prestazione” ad elemento della fattispecie-obbligazione (art. 1174), mentre considera “comportamenti” più o meno virtuosi verso soggetti o cerchia di soggetti determinati come strumentali rispetto ad essa (art. 1175).

⁴⁷ Cass., Sez. un., 21 maggio 2018, n. 12478, con nota di A. CARRATO, *Responsabilità della banca per il pagamento di assegno “non trasferibile” a soggetto non legittimato: le Sezioni Unite risolvono il contrasto*, in *Corr. giur.*, 7, 2018, p. 895 ss.; F. DEGL’INNOCENTI, *Responsabilità della banca girataria per l’incasso dell’assegno non trasferibile*, in *Corr. giur.* 2018, p. 895 ss.; A. IULIANI, *Assegno non trasferibile. Responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al prenditore abusivamente legittimato*, in *Giur. it.*, 6, 2019, p. 1328 ss.; A. DI BIASE, *Il pagamento dell’assegno non trasferibile a persona non legittimata alla luce delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2019, p. 775 ss.

⁴⁸ Cass., 7 ottobre 1958, n. 3133, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1839, con nota favorevole di L. BIANCHI D’ESPINOSA, *Pagamento di assegno non trasferibile e identificazione del prenditore*; e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II, p. 299 ss., con nota critica di L. BUTTARO, *Sulla diligenza della banca nella identificazione del portatore di un assegno “non trasferibile”*.

⁴⁹ Cass., 9 luglio 1968, n. 2360, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1774, con nota di G. GUALTIERI, *Responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore*; in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 332 ss., con nota di A. SCIALOJA, *In tema di responsabilità della banca per il pagamento di assegni*.

In base a questa lettura, la banca sarà ritenuta responsabile se non adempie la propria obbligazione con la diligenza qualificata richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c.

Per converso, se l'errore nell'identificazione del soggetto tenuto a ricevere il pagamento non è dovuto a colpa, non può esservi responsabilità della banca.

Tale ultimo indirizzo è quello condiviso dalle sezioni unite nel 2018, le quali argomentano proprio a partire dalle conclusioni raggiunte, sempre a sezioni unite, nel 2007, circa la natura della responsabilità del banchiere, affermando che «una volta ricondotta la responsabilità della banca negoziatrice nell'alveo di quella contrattuale derivante da contatto qualificato, non appare più sostenibile la tesi secondo cui essa risponde del pagamento dell'assegno non trasferibile effettuato in favore di chi non è legittimato a prescindere dalla sussistenza dell'elemento della colpa nell'errore sull'identificazione del prenditore. Una responsabilità oggettiva può infatti concepirsi solo laddove difetti un rapporto in senso lato "contrattuale" fra danneggiante e danneggiato, ed il primo sia chiamato a rispondere del fatto dannoso nei confronti del secondo non per essere con questi entrato in contatto, ma in ragione della particolare posizione rivestita o della relazione che lo lega alla cosa causativa del danno»⁵⁰.

5. Responsabilità del mediatore

La giurisprudenza ha fatto ricorso alla categoria del contatto sociale anche in tema di mediazione, al fine di affermare la responsabilità contrattuale del mediatore per l'inesattezza delle informazioni da lui fornite allo scopo di favorire la conclusione di un contratto alle parti di un futuro affare. La pronuncia di riferimento in materia risale al 2009⁵¹. In essa, la Corte di cassazione, anzitutto, distingue tra mediazione ordinaria o

⁵⁰ In senso critico sulla (presunta) incompatibilità tra la responsabilità contrattuale e i criteri di imputazione oggettivi, A. IULIANI, *Assegno non trasferibile. Responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al prenditore abusivamente legittimato*, cit., p. 1238 ss., il quale precisa che «la lettera dell'art. 1218 c.c. è chiara nel distinguere tra fondamento e limite della responsabilità: il primo costituito dall'inadempimento nella sua oggettività, il secondo identificato nella impossibilità della prestazione dovuta a causa non imputabile. (...) Se il limite della responsabilità è rappresentato dall'impossibilità della prestazione, mutuo è invece l'art. 1218 c.c. sul criterio di imputazione della responsabilità medesima. (...) È chiaro, dunque, che la scelta tra un criterio di imputazione soggettiva e uno oggettivo, non discende affatto dalla natura contrattuale della responsabilità, ma piuttosto da considerazioni attinenti, oltre che alla funzione della clausola di intrasferibilità, alle conseguenze di sistema che dall'una e l'altra scelta possano derivare».

⁵¹ Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2281, con nota di A. SESTI, *Responsabilità aquiliana del mediatore mandatario nei confronti del soggetto promissario acquirente del bene*; in *Studium iuris*, 2009, p. 1380

tipica di cui all'art. 1754 c.c., consistente in un'attività giuridica in senso stretto e mediazione atipica, di tipo contrattuale, ricondotta alla disciplina del mandato⁵².

Quanto alla prima (mediazione tipica), i giudici di legittimità sottolineano come la previsione di cui all'art. 1754 c.c., individuando nel mediatore «colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza» pone in rilievo tre aspetti:

- a) L'attività di mediazione prescinde da un sottostante obbligo a carico del mediatore stesso, perché posta in essere in mancanza di apposito titolo (costituente rapporto subordinato o collaborativo);
- b) “La messa in relazione” delle parti ai fini della conclusione di un affare è quindi qualificabile come di tipo non negoziale, ma giuridica in senso stretto;
- c) Detta attività si collega al disposto di cui all'art. 1173 c.c., in tema di fonti delle obbligazioni e, specificatamente, al derivare queste ultime, oltre che da contratto e da fatto illecito, anche da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

Tale attività viene quindi – dalla Suprema Corte - qualificata come materiale (attività giuridica in senso stretto) e non negoziale, non solo perché gli effetti della stessa sono predeterminati dal legislatore (in particolare, con riferimento alla provvigione), ma soprattutto perché non vi è alla base un contratto, quindi, il mediatore acquista il diritto alla provvigione sulla base di un comportamento (messa in relazione di due o più parti)

ss., con nota di G. DE CRISTOFARO, *Responsabilità extracontrattuale del mediatore per comportamento illecito nei confronti di terzi*; in *Danno e resp.*, 2010, p. 264 ss., con nota di A. MASTRORILLI, *Mediazione e responsabilità da contatto sociale*; in *Giur. it.*, 2010, p. 61 ss., con nota di E. BAZZO, *La figura e le responsabilità del mediatore ordinario e del mediatore mandatario*; ivi, p. 818, con nota di G. CHIARINI, *La natura della mediazione tra attività giuridica in senso stretto e mandato*; ivi, p. 1065, con nota di F. VITELLI, *Brevi cenni circa la natura della responsabilità del mediatore ex art. 1759 c.c.*; in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 755 ss., con nota di S. MEZZANOTTE, *Attività giuridica in senso stretto e responsabilità da contatto sociale nella mediazione*.

⁵² Nel caso oggetto della pronuncia, una parte aveva dato incarico ad una società (Italiana Immobiliare) di vendere un suo immobile. Il rapporto, dunque, era stato ricostruito, sia dalle Corti territoriali che dalla Corte di cassazione, come rapporto di mandato con la parte che aveva conferito l'incarico. La società (Italiana Immobiliare), però, non eseguiva i propri obblighi di mandataria con la diligenza professionale richiesta. E infatti, non rendeva edotta la parte promissaria acquirente (sottoscrittrice di proposta di acquisto) della contitolarità del bene in capo a più soggetti (di cui uno deceduto e con eredi non reperibili) ed in ordine alle reali condizioni dell'immobile (assoggettato a pratica di condono edilizio). Veniva, dunque, ingenerato nel promissario acquirente (soggetto destinatario dell'attività, ma estraneo al rapporto contrattuale di mandato) un affidamento non colpevole, con il conseguente sorgere in capo al mediatore-mandatario di una responsabilità a titolo aquiliano ex art. 2043 c.c. nei suoi confronti.

che il legislatore riconosce per ciò solo fonte di rapporto obbligatorio e dei connessi effetti giuridici. Cosa diversa, secondo i giudici, è l'attività svolta dal mediatore perché "incaricato" da una o più parti ai fini della conclusione dell'affare, attività che si configura nei casi in cui una parte, volendo vendere (o acquistare) un immobile, si rivolge ad un soggetto che professionalmente esercita questo mestiere e gli conferisce un incarico, consistente nel reperire un acquirente (o venditore) per l'immobile.

In questo caso, si configura un vero e proprio rapporto contrattuale, assimilabile – secondo la Cassazione - al contratto di mandato ex art. 1703 c.c., in quanto il mediatore agisce, non sulla base di un mero comportamento di messa in contatto di due o più parti, ma proprio perché "incaricato" da una parte alla conclusione dell'affare (vendere o acquistare un bene immobile).

A tale diversa (duplice) qualificazione giuridica dell'attività del mediatore, consegue un diverso regime di responsabilità.

In relazione alla mediazione tipica, la responsabilità del mediatore, con specifico riferimento alla violazione degli obblighi di correttezza ed informazione, viene ricondotta all'alveo della responsabilità contrattuale da contatto sociale.

In relazione alla mediazione atipica, invece, essendo l'attività del mediatore posta in essere in adempimento di un obbligo contrattuale, la responsabilità viene ricondotta all'ambito contrattuale, ma non da contatto sociale.

Più in dettaglio, il mediatore-mandatario risponde, in caso di inadempimento, a titolo contrattuale nei confronti di chi gli ha conferito l'incarico, mentre nei confronti dell'altro soggetto (che non gli ha conferito l'incarico, ma che è comunque destinatario della sua attività) risponde a titolo aquiliano, in quanto terzo estraneo al rapporto contrattuale (di mandato).

Particolarmente significativo, in merito alla mediazione tipica, il seguente passaggio: «se *prima facie* la responsabilità del mediatore non mandatario appare agevolmente di natura extracontrattuale, risulta preferibile, riguardando la stessa una figura professionale, applicare la più recente previsione giurisprudenziale di legittimità della responsabilità da contatto sociale; infatti, tale situazione è riscontrabile nei confronti dell'operatore di una professione sottoposta a specifici requisiti formali ed abilitativi, come nel caso di specie in cui è prevista l'iscrizione ad un apposito ruolo, ed a favore di quanti, utenti-consumatori, fanno particolare affidamento nella stessa per le sue caratteristiche (si pensi

ad esempio, alle c.d. agenzie immobiliari dalle particolari connotazioni professionali ed imprenditoriali). Da tale configurazione di responsabilità a carico del mediatore, che opera ai sensi dell'art. 1754 c.c. in caso di contenzioso tra il mediatore stesso e le parti, deriva sia che è il primo a dover dimostrare di aver fatto tutto il possibile, in base alla richiamata diligenza ex art. 1176, comma 2, c.c., nell'adempimento degli obblighi di correttezza ed informazione a suo carico (mentre spetta alle seconde fornire prova esclusivamente dell'avvenuto contatto ai fini della conclusione dell'affare), sia che il termine di prescrizione per far valere in giudizio detta responsabilità del mediatore è quello ordinario decennale».

La sentenza, pur menzionata tra le più significative nella relazione dell'anno 2009 dal Primo Presidente della Cassazione⁵³, non è stata esente da critiche.

In primo luogo, la questione relativa alla natura e ai limiti della responsabilità del mediatore si incardina sull'irrisolta questione della fonte della mediazione, della quale è da sempre controversa la natura⁵⁴.

In particolare, un Autore sottolinea come «pur essendo stato nella nostra dottrina autorevolmente sostenuto, circa alla metà dello scorso secolo, il carattere non contrattuale della mediazione, è un dato di fatto quello secondo cui essa è sempre stata, dopo il codice del 1942, nella pratica e nella giurisprudenza, trattata come un contratto».

Ciò nonostante, i giudici di legittimità, nella pronuncia in esame, qualificano la mediazione tipica di cui all'art. 1754 c.c. come atto giuridico in senso stretto, «compiendo un salto indietro nel tempo di circa un secolo e mezzo»⁵⁵.

Lo stesso Autore ritiene che il richiamo alla categoria del “contatto sociale”, in tema di responsabilità del mediatore per false o omesse informazioni, sia stato compiuto più per “moda” che per reale consapevolezza, considerato che “gli obblighi di informazione trovano il loro fondamento negli artt. 1759 e 1175 c.c., oltre che nella l. n. 39/1989”, di conseguenza, trattandosi di obbligazioni *ex lege*, dal loro inadempimento scaturisce

⁵³ *Relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009, VIII – Appendice: Rassegna di Giurisprudenza, I. Civile, I. Contratti.*

⁵⁴ Qualifica la mediazione come atto giuridico in senso stretto, L. CARRARO, *Mediazione e mediatori*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1964, p. 476. *Contra*, R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975, p. 92 ss, che propende per la natura contrattuale della mediazione. È diffusa anche l'opinione (seppure minoritaria) secondo la quale nella mediazione sarebbe ravvisabile una fonte contrattuale con modalità di conclusione diverse rispetto a quelle ordinarie (c.d. rapporti contrattuali di fatto).

⁵⁵ In questi termini, A. ZACCARIA, *La mediazione è un «contatto sociale» mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 11, p. 727.

automaticamente il sorgere di responsabilità contrattuale, senza la necessità di “andare alla ricerca di una (ulteriore) base contrattuale⁵⁶”.

6. *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi*

La teoria del contatto sociale qualificato ha trovato applicazione non solo nell’ambito del diritto civile, ma anche nell’ambito del diritto amministrativo, sia con riferimento alla responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, che in materia di responsabilità precontrattuale.

Quanto alla responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, essa viene riconosciuta, per la prima volta, ad opera della storica sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite n. 500 del 1999⁵⁷.

Con questa pronuncia cade il «dogma» della irrisarcibilità degli interessi legittimi, riconoscendo la Corte nell’art. 2043 c.c. una norma primaria sanzionatoria delle condotte produttive di danno (e non una norma secondaria di condotte vietate da altre norme) e giungendo, così, ad affermare che «la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di un altro interesse giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana, ai fini della qualificazione del danno come ingiusto». A queste conclusioni, la Corte perviene sulla base di una ricostruzione

⁵⁶ Così, A. ZACCARIA, *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, in *Resp. civile*, 2010, 4, pp. 256-257.

⁵⁷ C. Cass., SS. UU., 22 luglio 1999 n. 500, per un commento alla quale si veda in *Foro it.*, 1999, I, p. 2487 ss., R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell’età della responsabilità*; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all’affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 987 ss., F. BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*; G. ALPA, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 949 ss., E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell’interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*; in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 335 ss., F. D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*; in *Giust. civ.*, 1999, p. 10 ss., P. STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*; in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 832 ss., L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*; in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1270 ss., C. CASTRONOVO, *L’interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 395 ss., A. DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*.

sostanzialistica delle posizioni giuridiche soggettive, per certi versi simile a quella comunitaria, che si concentra sull'interesse materiale sotteso alla dicitura formale⁵⁸.

Coerentemente, nella stessa pronuncia, l'interesse legittimo viene configurato come «posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita, oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene».

La svolta raggiunta da questa sentenza assume particolare importanza, posto che, fino a quel momento, la pubblica amministrazione aveva goduto di una sorta di immunità, originariamente legata al carattere di assolutezza del potere pubblico, con riferimento ai danni cagionati nell'esercizio della propria pubblica funzione⁵⁹.

E infatti, affermatosi dapprima con riguardo alla sola attività esercitata dall'amministrazione *iure privatorum*, il principio di responsabilità è stato poi esteso ai danni causati nell'esercizio di funzioni pubbliche, ma solo limitatamente alla tutela delle posizioni "forti", ricorrendo alla teoria della degradazione dei diritti soggettivi in interessi legittimi. Si pensi, in particolare, al diritto di proprietà. A partire dagli anni '70, è stato possibile ottenere dinanzi al giudice ordinario il risarcimento dei danni derivanti da lesioni a interessi legittimi di tipo oppositivo, ritenendo che, se un provvedimento amministrativo incideva, in maniera illegittima, su una posizione giuridica soggettiva del privato, la posizione di quest'ultimo – che, per effetto dell'autoritarità ed imperatività del provvedimento, era stata degradata da diritto soggettivo ad interesse legittimo – tornava a riespandersi, consentendo al privato di ottenere tutela mediante un giudizio distinto in due fasi: prima annullamento dell'atto illegittimo da parte del giudice amministrativo, poi condanna al risarcimento da parte del giudice ordinario.

Un sostanziale vuoto di tutela si registrava, invece, con riguardo agli interessi legittimi pretensivi, rispetto ai quali, peraltro, non poteva operare il meccanismo della *fictio iuris*

⁵⁸ In questi termini, E. MORLINO, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo*, in L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, p. 162.

⁵⁹ Sottolinea l'importanza fondamentale di questa pronuncia F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4045 ss., il quale rileva che «l'affermata responsabilità dell'amministrazione assume un rilievo ben più intenso della semplice risarcibilità dei danni provocati ai privati: investe il modo di essere e il modo di comportarsi dell'amministrazione. Questa dismette definitivamente la sua veste autoritaria, o autoritativa; diviene struttura di servizi, che trova i suoi referenti nei cittadini, anche in omaggio al principio della sovranità popolare».

dei c.d. diritti affievoliti, trattandosi di situazioni giuridiche (non preesistenti, ma) in attesa di espansione.

In conclusione, è solo a partire dal 1999 che si pone concretamente il problema della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi e, con esso, quello strettamente connesso di delineare lo statuto giuridico riferibile a tale fattispecie. Appare dunque opportuno analizzare preventivamente il regime previsto, in via interpretativa e in assenza di un quadro normativo di riferimento, dalle sezioni unite nella sentenza in questione, in quanto da esso prenderanno (parzialmente) le distanze la successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, nonché la disciplina normativa formatasi successivamente e poi confluita nel codice del processo amministrativo (d. lgs. 104/2010).

6.1. Il regime previsto dalla sentenza n. 500/99: la responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo

Nella sentenza n. 500/99 le sezioni unite inquadrano il risarcimento del danno conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi nel sistema dell'illecito aquiliano delineato dagli articoli 2043 e seguenti del codice civile.

Nell'ottica di tale ragionamento, dunque, la lesione dell'interesse legittimo rappresenta solo uno degli elementi costitutivi della complessa fattispecie da cui scaturisce il risarcimento del danno (insieme al nesso di causalità, l'elemento soggettivo, il danno, etc). Da questa impostazione, sotto il profilo processuale, la Corte fa discendere tre importanti conseguenze: il riconoscimento della giurisdizione sulla domanda risarcitoria al giudice ordinario; il riconoscimento dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento del provvedimento illegittimo e l'applicazione del termine di prescrizione quinquennale secondo il regime ordinario di prescrizione dell'azione risarcitoria in via extracontrattuale ai sensi dell'art. 2947 c.c.

Dal punto di vista sostanziale, invece, la sentenza, con riferimento al profilo soggettivo, supera il criterio della *culpa in re ipsa*, ossia della sostanziale coincidenza tra illegittimità del provvedimento e colpa dell'amministrazione che ha adottato o dato esecuzione al provvedimento, addossando sul privato l'onere di provare la presenza dell'elemento soggettivo in capo all'amministrazione (e non al funzionario agente).

Si parla, infatti, di colpa dell'apparato amministrativo, che si configura in presenza di violazione – attraverso l'adozione o esecuzione dell'atto illegittimo – «delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità».

Sotto il profilo oggettivo, invece, si richiede al privato di dimostrare l'effettiva lesione del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo vantata, di cui bisogna accertare la spettanza. In altri termini, la Suprema Corte reputa «la lesione dell'interesse legittimo condizione necessaria, ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della pubblica amministrazione l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo».

In sostanza, ciò che si chiede al giudice è di valutare la fondatezza della pretesa vantata dal privato, distinguendo, però, tra l'ipotesi in cui vengono in rilievo interessi legittimi oppositivi e l'ipotesi in cui vengono in rilievo interessi legittimi pretensivi⁶⁰.

Nel primo caso, per le sezioni unite, il danno ingiusto può ravvisarsi «nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere».

Nel secondo caso, invece, si richiede di «vagliare la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza, onde stabilire se il pretendente sia titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta».

⁶⁰ La distinzione, come è noto, è stata tratteggiata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.

In particolare gli interessi legittimi oppositivi sono correlati ad un'attività provvedimento restrittiva della sfera giuridica del destinatario; invece, gli interessi pretensivi dialogano con i poteri amministrativi di carattere ampliativo. In altri termini, con l'interesse oppositivo si tende a conservare un bene della vita presente nel patrimonio dell'amministrato; mentre con l'interesse pretensivo il privato aspira al conseguimento di un bene della vita, assente nel proprio patrimonio.

Successivamente, questo statuto, processuale e sostanziale, così delineato dalle sezioni unite, viene ad essere fortemente modificato.

6.2. *L'evoluzione successiva alla sentenza n. 500/99*

Dopo aver brevemente analizzato gli aspetti più significativi della pronuncia delle sezioni unite del 1999, occorre dar conto di quella che è stata la successiva elaborazione in materia, in quanto ancora oggi, nel nostro ordinamento, alcuni dei tratti fondamentali dell'istituto della responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale illegittima presentano un elevato grado di incertezza, tale da minarne la coerenza sistematica e – per quel che più rileva dal punto di vista del cittadino – l'effettività⁶¹.

Il primo passaggio importante, dal punto di vista normativo, si è avuto con la riforma avviata con la legge n. 205/2000, che ha devoluto al giudice amministrativo, nell'ambito della sua generale giurisdizione di legittimità, le controversie risarcitorie⁶².

La legittimità costituzionale di tale scelta è stata poi confermata dalla sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, ove si è individuato il fondamento del potere di risarcire del giudice (anche amministrativo) direttamente nel diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., che garantisce «alle situazioni soggettive attribuite alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela».

Si è, in tal modo, affermato il principio di concentrazione delle tutele – annullatoria e risarcitoria – in capo al giudice amministrativo, che viene a disporre di una piena giurisdizione in quanto giudice naturale degli interessi legittimi.

Ancora, sempre con riferimento alla disciplina processuale, la questione che ha assunto maggiore rilevanza è quella relativa alla c.d. pregiudizialità amministrativa⁶³.

⁶¹ In questi termini, C. FELIZIANI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in *federalismi.it*, 6/2018, p. 4, che richiama, sul punto, in maniera più approfondita D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. amm.*, 3, 2009, p. 521.

⁶² Art. 7, comma 4, legge 205/2000: “Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali”.

⁶³ L'argomento è stato oggetto di numerosi saggi e monografie. Tra queste ultime, senza pretesa di completezza, si possono ricordare F. TUCCARI, *Annullamento dell'atto e processo risarcitorio*, Napoli, 2004; S. R. MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006; V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006; R. VILLATA,

Termine che indica un particolare assetto dei rapporti tra tutela demolitoria e risarcitoria, in virtù del quale un privato, che si ritenga leso da un atto dell'amministrazione, deve richiedere prima l'annullamento dell'atto e, solo ove l'abbia ottenuto, procedere alla richiesta di risarcimento.

In particolare, a seguito della sentenza n. 500/1999, che ha introdotto il rivoluzionario principio autonomistico dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, si è sviluppato un acceso contrasto giurisprudenziale tra il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione, portatori di orientamenti opposti.

Il Consiglio di Stato⁶⁴ ha per lungo tempo sostenuto la necessità del permanere della pregiudizialità amministrativa, quale presupposto essenziale per la tutela risarcitoria, «che rispetto alla prima riveste carattere (meramente) consequenziale, ulteriore ed eventuale».

In particolare, la ragione più frequentemente richiamata a sostegno di questa tesi fa leva sulla diversità dei termini di decadenza delle due azioni: mentre l'azione di annullamento deve essere esperita entro il breve termine decadenziale di sessanta giorni, per l'azione risarcitoria vale il termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 2947 del codice civile. Naturalmente, il termine più breve previsto per l'azione di annullamento si spiega in ragione della necessità di assicurare stabilità e certezza dell'atto amministrativo, il quale spiega effetti rilevanti non solo sul destinatario dello stesso, ma anche sui terzi che vi fanno affidamento.

Viceversa, – si dice – ove l'azione risarcitoria fosse esperibile anche dopo il decorso del breve termine decadenziale previsto per l'annullamento, ossia entro il quinquennio, si esporrebbe la pubblica amministrazione a problemi di tipo economico, in quanto l'atto – non più annullabile – potrebbe comunque risultare fonte di esborso di denaro per la pubblica amministrazione in termini risarcitori.

Invece, con la pregiudiziale annullatoria, decorso il termine previsto per l'impugnazione, il provvedimento si ritiene del tutto consolidato, non potendo più costituire fonte di risarcimento.

Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. IV, Padova, 2008, p. 469 ss.

⁶⁴ Cons. Stato, Ad. Plen, 22 ottobre 2007, n. 12.

All'estremo opposto stava l'orientamento delle sezioni unite della Cassazione⁶⁵, che sostenevano la non necessarietà della pregiudizialità e, di conseguenza, la possibilità di esperire autonomamente l'azione per il risarcimento del danno. Si richiama, in primo luogo, il dato normativo costituzionale (art. 24 Cost.), il quale stabilendo che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, riconosce a ciascuno non solo il diritto di chiedere tutela giurisdizionale, ma anche di scegliere di quale tutela avvalersi, tra le varie forme di tutela apprestate dall'ordinamento.

In secondo luogo, si contesta la motivazione dell'infondatezza della domanda risarcitoria in assenza di azione di annullamento, in quanto il fatto che il privato abbia ommesso di far valere l'illegittimità attraverso l'azione di annullamento non implica un'automatica sanatoria dell'atto amministrativo che era e continua ad essere illegittimo e fonte di responsabilità.

Pone fino allo scontro tra Consiglio di Stato (fermo nel sostenere il principio della pregiudizialità amministrativa) e Corte di cassazione (propensa ad ammettere l'azione risarcitoria autonoma) la soluzione accolta dal codice del processo amministrativo (art. 30 d. lgs. 104/2010)⁶⁶, che, per un verso, ammette l'autonoma proponibilità dell'azione di risarcimento ("la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, può essere chiesta contestualmente ad altra azione o in via autonoma") e, per altro verso, introduce un termine di decadenza molto ridotto entro il quale esperire l'azione ("termine di decadenza di 120 giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo").

⁶⁵ Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

⁶⁶ Sull'art. 30 c.p.a., R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie* e M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, p. 596 ss.; B. SASSANI, *Le azioni*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 356 ss.; P. CHIRULLI, *Il giudice amministrativo alla prova delle riforme: l'azione risarcitoria autonoma e la difficile costruzione di una responsabilità civile "di diritto pubblico" in una prospettiva di diritto comparato*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Napoli, 2010, p. 1021 ss.; G. D. COMPORTI, *La tutela risarcitoria "oltre" il Codice*, in *Foro amm. T.A.R.*, 10, 2010, p. 67 ss.; F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2012, p. 968.

I problemi di maggior rilievo attengono, però, ad uno degli aspetti della disciplina sostanziale, ossia al criterio giuridico di imputazione della responsabilità per illegittimo esercizio dei pubblici poteri⁶⁷.

Tale elemento assume fondamentale importanza nella ricostruzione dell'istituto della responsabilità dell'amministrazione, anche perché strettamente legato, da un punto di vista logico, al tema – oggetto della ricerca – della natura della responsabilità.

6.3. Problema aperto: la ricostruzione dell'elemento soggettivo nella responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi

Come accennato nei paragrafi precedenti, la Corte di cassazione, con la sentenza n. 500/1999, supera il tradizionale orientamento in tema di accertamento della colpa della pubblica amministrazione (tesi della *culpa in re ipsa*)⁶⁸, addossando sul privato l'onere di provare (anche) la presenza dell'elemento soggettivo in capo all'amministrazione intesa come apparato. Secondo questa impostazione, la colpa sarebbe configurabile qualora «l'adozione o esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) fosse avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi

⁶⁷ Hanno analizzato la questione, tra gli altri, A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005, p. 209 ss.; O. CILIBERTI, *L'elemento soggettivo nella responsabilità civile della pubblica amministrazione conseguente a provvedimenti illegittimi*, in E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, p. 251 ss.; S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008; F. ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentoale*, Padova, 2002, p. 185 ss.; F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Atti del Convegno di Varenna 2008*, Milano, 2009, p. 211 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, p. 87 ss.; S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2009, p. 49 ss.

Ancor più di recente, E. M. BARBIERI, *Provvedimenti illegittimi. Risarcimento del danno ed onere della prova della colpa della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. app.*, 1, 2012, p. 17 ss.; G.D. COMPORI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2013, p. 521 ss.; C. FELIZIANI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Giurisprudenza europea e nazionale a confronto*, in M. ANDREIS - R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016, p. 169 ss.

⁶⁸ In giurisprudenza, Cass. sez. un. 22 maggio 1984, n. 5361. In dottrina, F. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino, 2000.

e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità».

A seguito della pronuncia, però, la dottrina prevalente mostra perplessità dinanzi a questa ricostruzione dell'elemento soggettivo⁶⁹.

Dal punto di vista pratico, si sottolinea la difficoltà per il privato di raggiungere la prova della colpa, soprattutto in considerazione del fatto che questa non va riferita all'atteggiamento psicologico del singolo funzionario agente, ma ad un ente.

Inoltre, si contesta la realizzata equivalenza tra l'elemento della colpa e la violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, in quanto, in tal modo, viene a crearsi una sovrapposizione, per un verso (ossia nel caso di violazione della regola di imparzialità), con l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere, consistente nella trasgressione dei principi generali che governano l'agire dell'amministrazione e, per altro verso (ossia nel caso di violazione del principio di buon andamento), con l'illegittimità dell'atto per violazione di legge, consistente nel mancato rispetto delle norme che specificano i contenuti e le modalità di esercizio del potere amministrativo⁷⁰.

Per tali ragioni, la giurisprudenza successiva sviluppa e articola diversamente il requisito della colpa, spostando il problema sul terreno del regime probatorio.

In tale prospettiva, si perviene ad un sostanziale alleggerimento dell'onere della prova incombente sul privato, il quale può limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto

⁶⁹ Cfr., M.E. SCHINAIA, *Lo stato attuale dell'ordinamento italiano in relazione al processo di armonizzazione europea in materia di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Rass. Cons. Stato*, 2002, II, p. 297 ss., critica il concetto di colpa dell'apparato che – a suo parere - denuncia solo l'intenzione di non volere fare riferimento all'elemento psicologico della persona fisica che ha agito per la pubblica amministrazione. F. CARINGELLA, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2002, p. 462 ss.; E. MORLINO, *La via semplificata verso il risarcimento: i confini di una conquista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 173 ss. sostengono che la configurabilità della prova dell'elemento soggettivo in questi termini (colpa riferita all'apparato amministrativo che si sostanzia nella violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione) costituisca un tentativo di arginare la responsabilità della pubblica amministrazione e funga, dunque, da "contrappeso" per l'apertura alla risarcibilità degli interessi legittimi. S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in *Rass. Cons. Stato*, 1999, II, p. 1599 ss., assume l'inafferrabilità del concetto di colpa in senso soggettivo per la diffusione nei pubblici uffici della negligenza e imperizia che, però, sono dovute per lo più all'ordinamento alluvionale e in continua trasformazione che non riesce a raggiungere un sistema di stabilità e di certezza, con la conseguenza che gli operatori si muovono con estrema difficoltà.

⁷⁰ F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4052-4053, sottolinea l'opportunità di una distinzione tra violazione di legge ed eccesso di potere, poiché l'inosservanza di regole specifiche (violazione di legge) è di per sé non solo illecita, ma anche colpevole, di conseguenza, non richiede particolari dimostrazioni di colpa, mentre nel sindacato sulla discrezionalità (eccesso di potere), occorre riscontrare la colpa, che, per il rispetto dell'area di discrezionalità riservata all'amministrazione, può consistere soltanto nell'inosservanza dei principi generali che governano l'agire dell'amministrazione.

amministrativo, in quanto essa, nella normalità dei casi, costituisce (già) indice (grave, preciso e concordante) della colpa dell'amministrazione.

Per converso, spetterà a quest'ultima, per andare esente da responsabilità, provare di essere incorsa in una delle circostanze integranti gli estremi del c. d. errore scusabile, quale, ad esempio, la formulazione incerta delle norme, l'esistenza di contrasti giurisprudenziali, la rilevante complessità del fatto, l'errore derivante da comportamento del privato che interviene nel procedimento.

Seguendo questa impostazione, il risultato raggiunto – e accolto dalla prevalente giurisprudenza – consiste nel ricorso a parametri di natura oggettiva per la risoluzione dei problemi che si pongono in ordine alla prova dell'elemento soggettivo dell'illecito, fermo restando il carattere aquiliano della responsabilità.

Emerge, in tal modo, l'intreccio esistente tra il tema dell'elemento soggettivo e quello relativo alla natura della responsabilità⁷¹, sul quale la giurisprudenza ha assunto posizioni tra le più varie, le quali verranno esaminate nel paragrafo che segue.

6.4. Segue. *La natura della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi*

In via generale, può dirsi che la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi è stata sussunta, nel tempo, negli alternativi paradigmi della responsabilità aquiliana, contrattuale da contatto sociale qualificato, precontrattuale⁷², nonché nell'ambito di una responsabilità speciale⁷³, avente caratteri suoi propri⁷⁴.

⁷¹ Tale aspetto viene messo in evidenza da G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2009, p. 241 ss., il quale evidenzia come «l'alternativa tra i due tipi di responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) sarebbe dunque (anche) l'alternativa tra addossare l'onere della prova della colpa al danneggiato o all'amministrazione».

⁷² In giurisprudenza, si vedano, ad esempio, TAR Lombardia, III, 9 marzo 2000 n. 1869; TAR Lombardia, III, 31 luglio 2000 n. 5130; TAR Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001 n. 609.

In dottrina, per tutti, M. G. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, nonché, più di recente ID., *La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni nella stipulazione dei contratti pubblici*, in *Atti dell'incontro di studio Conclusione del contratto preliminare e responsabilità precontrattuale*, Roma 19 – 21 gennaio 2009.

⁷³ In giurisprudenza, si veda, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2013, n. 3521: «La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo risponde ad un modello speciale non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile».

⁷⁴ L. MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 37.

Come è noto, la prima posizione assunta in giurisprudenza (sentenza n. 500/99) è quella che riconduce tale forma di responsabilità nel sistema extracontrattuale di cui all'art. 2043. La suddetta tesi, però, è stata criticata da parte della dottrina e non sempre seguita in giurisprudenza.

Sul versante dottrinale⁷⁵, è stato rilevato che nelle ipotesi in cui il privato e l'amministrazione sono parti di un procedimento amministrativo, difetta l'aspetto che caratterizza la responsabilità extracontrattuale, ossia l'estraneità tra danneggiante e danneggiato. E infatti, a seguito del "contatto" che si instaura nel corso del procedimento sorge un rapporto giuridico destinato ad escludere quell'estraneità che costituisce il presupposto della responsabilità extracontrattuale.

Tale rapporto - si è altresì sottolineato - risulta ancora più stretto di quello che lega le parti di una trattativa, in quanto nella relazione che lega l'amministrazione al privato non viene in rilievo solo l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, ma tutta una serie di precisi obblighi gravanti sull'amministrazione in base alla legge n. 241 del 1990.

Tra questi, in particolare, assumono rilievo l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento (art. 7), gli istituti della partecipazione (art. 9 ss.), la figura del responsabile del procedimento (art. 4 ss.), l'obbligo di concludere il procedimento entro un certo termine con provvedimento espresso (art. 2), l'obbligo di motivazione del provvedimento (art. 3).

Questa ricostruzione, però, non implica il sorgere di un obbligo di prestazione in capo alla pubblica amministrazione cui corrisponde un diritto di credito del privato-cittadino. Tale tesi, sostenuta da quella parte della dottrina amministrativistica che accoglie l'idea di un diritto amministrativo paritario⁷⁶, che identifica la paritarietà nell'idea che l'interesse legittimo debba ormai essere considerato situazione soggettiva pienamente tutelabile alla stregua del diritto soggettivo, non merita condivisione, in ragione della

⁷⁵ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 654 ss.; ID., *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della p.a.*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, p. 691 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 224 ss.; ID., *La «civiltà» della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2013, p. 637 ss.

⁷⁶ Questa la formula utilizzata da F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, p. 3230 ss. Segue la sua impostazione, G. BERTI, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *sub. art. 113 e 103, c. 1 e 2*, Bologna-Roma, 1987, p. 112.

«supremazia della p.a., che pur permane e continua a caratterizzare di diritto pubblico il rapporto», nonché «del carattere unilaterale e discrezionale delle decisioni assunte»⁷⁷.

Tuttavia, questo non impedisce, nel rapporto che si instaura tra p.a. e privato nell'ambito del procedimento, di ricorrere alla figura dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione, ossia la figura del rapporto giuridico nel quale sussistono (solo) obblighi di rispetto e di protezione dell'altrui sfera giuridica, che «non nascono dal semplice contatto procedimentale, bensì specificatamente dallo status della p.a., quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte di legittimità dei propri atti»⁷⁸.

Sul versante giurisprudenziale, la ricostruzione in chiave contrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione viene accolta prima dal Consiglio di Stato⁷⁹ e poi dalla Corte di cassazione⁸⁰, in pronunce rimaste – tuttavia – isolate.

Più precisamente, questa giurisprudenza condivide l'impostazione dottrinale sopraesposta solo in relazione alla questione relativa alla distribuzione tra le parti dell'onere probatorio relativo alla colpa della pubblica amministrazione, senza affermare la generale operatività delle regole proprie della responsabilità contrattuale.

In altri termini, si valorizza la ricostruzione operata dalla dottrina del contatto sociale nella parte in cui mette in evidenza la specifica fisionomia della posizione giuridica del privato coinvolto nella vicenda amministrativa, affermando che «proprio l'adeguata valorizzazione del rapporto procedimentale instaurato tra le parti consente di affermare che l'onere della prova dell'elemento soggettivo dell'illecito va ripartito secondo criteri sostanzialmente corrispondenti a quelli codificati dall'articolo 1218 del codice civile. Detta conclusione, peraltro, resta circoscritta alla rilevanza del profilo della colpa, senza implicare la soluzione del più ampio problema dell'attuale fisionomia del rapporto amministrativo e della sua distanza concettuale dallo schema della obbligazione di diritto civile»⁸¹.

Un passaggio ulteriore, sempre in relazione alle conseguenze pratiche derivanti dall'adesione al modello del contatto sociale, attiene alla possibilità di concedere il

⁷⁷ F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4060; ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 17.

⁷⁸ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, *cit.*, p. 224; ID., *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 640.

⁷⁹ Cons. Stato, V, 6 agosto 2001, n. 4239 e, successivamente, Cons. Stato, VI, 20 gennaio 2003, N. 204.

⁸⁰ Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.

⁸¹ Cons. Stato, V, 6 agosto 2001, n. 4239, punto 34.

risarcimento del danno (anche) in assenza di un favorevole giudizio circa la c.d. spettanza del bene della vita. Ciò in quanto si riconosce autonomo rilievo alla violazione delle regole procedurali, indipendentemente dalla compromissione dell'interesse all'utilità finale cui il privato aspira.

Quest'aspetto assume particolare importanza perché consente di superare alcuni dei problemi posti dall'impostazione fatta propria dalla sentenza n. 500/99, che richiede, per l'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. la prova dell'effettiva lesione dell'interesse materiale al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla.

Sul punto, comunque, almeno sino ad oggi, la giurisprudenza dominante⁸² mantiene un atteggiamento restrittivo, ritenendo che dalla lesione delle sole regole formali e, precipuamente, procedurali non discenda alcun diritto al risarcimento, restando necessaria la prova della spettanza del bene della vita, e, dunque, dell'esito favorevole dell'esperita azione amministrativa⁸³.

⁸² Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018 n. 1859: «...è applicabile al caso di specie il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo per vizi formali (tra i quali si può annoverare non solo il difetto di motivazione, ma anche e soprattutto i vizi del procedimento), non reca di per sé alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento caducato *ope iudicis* e non può pertanto costituire il presupposto per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno (*ex multis*: Cons. Stato, Ad. plen., 3 dicembre 2008, n. 13; III, 23 gennaio 2015, n. 302; IV, 8 febbraio 2018, n. 827, 4 luglio 2017, n. 3255, 6 febbraio 2017, n. 489; V, 27 novembre 2017, n. 5546, 17 luglio 2017, n. 3505, 6 marzo 2017, n. 1037, 15 novembre 2016, n. 4718, 23 agosto 2016, n. 3674, 10 febbraio 2015, n. 675, 14 ottobre 2014, n. 5115; VI, 30 novembre 2016, n. 5042).

Come precisato nell'ambito di tale indirizzo giurisprudenziale, il risarcimento del danno non è infatti una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo, ma richiede la verifica di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso) e, nel caso di richiesta di risarcimento del danno conseguente alla lesione di un interesse legittimo pretensivo, è subordinato, alla dimostrazione, secondo un giudizio prognostico, che il provvedimento sarebbe stato rilasciato in assenza dell'agire illegittimo dell'amministrazione. Tale giudizio prognostico non può tuttavia essere positivo quando la spettanza del bene richiesto è subordinata al nuovo esercizio del potere amministrativo in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire, come nel caso di un annullamento che pone all'amministrazione l'obbligo di provvedere nuovamente, senza tuttavia vincolarla quanto alla determinazione finale da assumere».

Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2018 n. 825: «Per accedere alla tutela risarcitoria, è indispensabile, ancorché non sufficiente, che il provvedimento (o il comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica incida sul bene della vita finale. Ciò funge da sostrato materiale dell'interesse legittimo e non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative o dei ritardi procedurali. Il giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi formali (quali il difetto di istruttoria o di motivazione), in quanto pacificamente non contiene alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente di fondare la pretesa al risarcimento del danno»; il Consiglio di Stato ha quindi concluso che «In materia di risarcimento del danno da mancata edificazione da provvedimento illegittimo, si dà corso alla tutela risarcitoria solo in presenza della prova seria della spettanza in concreto del diritto di edificare e delle conseguenze dannose».

⁸³ Tra gli altri, analizza la questione F. FRACCHIA, *Risarcimento di danni da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a "risultato garantito"?*, in *Foro it.*, 2000, III, c. 481.

In conclusione, giova precisare che, a fronte di queste poche pronunce che valorizzano la teorica della responsabilità da contatto sociale, la giurisprudenza più recente resta incline alla tesi della natura extracontrattuale⁸⁴.

7. Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ha trovato accoglimento prima in dottrina⁸⁵ e poi in giurisprudenza.

In un primo momento, infatti, la giurisprudenza riteneva non configurabile una tale forma di responsabilità, in virtù della natura discrezionale dell'attività che precede la stipula del contratto e fu solo a partire da una pronuncia resa negli anni Sessanta dalla Cassazione⁸⁶ che la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della P.A. iniziò a far breccia, seppur limitatamente all'ipotesi in cui l'amministrazione avesse scelto, quale modalità di selezione del contraente, la trattativa privata. Solo in una successiva fase si registra una graduale apertura verso il riconoscimento della responsabilità precontrattuale anche in presenza di attività amministrativa discrezionale. Le ipotesi più ricorrenti riguardano la revoca o l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione con modalità, ancorché legittime sul piano formale, contrarie al principio di buona fede, ovvero, la mancata

⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2008, n. 512410 «in tema di responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimento illegittimo e all'elemento soggettivo della colpa, va esclusa l'applicabilità dei principi concernenti la responsabilità contrattuale per inadempimento in ordine alla presunzione relativa di colpa e l'iscrizione all'amministrazione dell'onere di dimostrare la propria incolpevolezza, e, mentre il privato può limitarsi a fornire al giudice elementi indiziari quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'azione amministrativa, l'univocità della normativa di riferimento e il proprio apporto partecipativo al procedimento, dal canto suo l'amministrazione può allegare elementi rientranti nello schema dell'errore scusabile, spettando poi al giudice apprezzarne e valutarne l'idoneità a comprovare o a escludere la colpevolezza dell'amministrazione stessa, senza che possa considerarsi valida l'equazione "illegittimità dell'atto-colpa dell'apparato pubblico"; pertanto, la responsabilità patrimoniale della p.a. conseguente all'annullamento giurisdizionale di atti illegittimi dev'essere inserita nel sistema dell'accertamento dell'illecito extracontrattuale, alla stregua del quale l'imputazione non può avvenire sulla base del dato oggettivo dell'illegittimità del provvedimento».

Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2009, n. 120611 sempre sullo stesso presupposto teorico (ossia la natura extracontrattuale della responsabilità già affermata da Cass. Sez. Un. n. 500 del 1999), «in caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, il risarcimento del danno è ascrivibile in capo all'amministrazione esclusivamente a titolo di responsabilità extracontrattuale e pertanto, la quantificazione dello stesso deve essere determinata in forma equitativa e non sulla base del criterio di cui all'art. 134 dl. n. 163/2006, che disciplina la diversa fattispecie relativa al diritto potestativo dell'appaltante di recedere unilateralmente da un contratto in corso».

⁸⁵ M. GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 519 ss.

⁸⁶ Cass. 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, 1165.

approvazione ministeriale del provvedimento di aggiudicazione, imputabile a scorrettezza dell'amministrazione.

In questi casi, la parte che invoca la tutela risarcitoria non fa valere un esercizio illegittimo del potere, ma la scorrettezza del comportamento posto in essere dall'amministrazione, lesivo del legittimo affidamento del privato.

In tempi relativamente recenti, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 6/2005, ha distinto tra attività provvedimento illegittima, lesiva di interessi legittimi e scorrettezza comportamentale della P.A., precisando che, nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente, l'Amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le norme dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione determina responsabilità da attività provvedimento illegittima per lesione di interessi legittimi), ma anche le norme generali sulla correttezza e buona fede prescritte dal diritto comune, ossia gli artt. 1337 e 1338 c.c. (la cui violazione determina responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto). Anche in questo caso, la questione centrale concerne la natura giuridica della responsabilità precontrattuale, la quale, come è noto, continua ad essere controversa tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza.

Secondo la tesi classica, condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria e da parte della dottrina, la responsabilità precontrattuale va ascritta all'alveo della responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.). Tale orientamento mette in evidenza come nell'ambito delle trattative non si è ancora instaurato un vincolo contrattuale o, più in generale, un vincolo obbligatorio tra le parti. Solo, infatti, dopo la conclusione del contratto possono sorgere obblighi giuridici in capo ai contraenti. La natura aquiliana di tale responsabilità appare del resto comprovata dalla considerazione che il dovere di buona fede imposto ai contraenti ai sensi dell'art. 1337 c.c. non è posto a carico di un soggetto determinato per soddisfare un interesse particolare-individuale, ma deve essere osservato dalla generalità dei consociati, in quanto mira a tutelare un interesse della vita di relazione: l'interesse alla corretta e leale esplicazione della libertà negoziale⁸⁷.

⁸⁷ Così BIANCA M.C., *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 2012, p. 562. Sempre a sostegno della tesi della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, ma con un'argomentazione di segno diverso, A. VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, in ALPA-BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1987, p. 264, secondo il quale l'assunto della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale sarebbe più coerente rispetto alla funzione che la norma sulla buona fede nelle trattative sarebbe chiamata ad assolvere in un contesto di mercato in cui la crescente circolazione di informazioni fra gli imprenditori e fra questi e il pubblico, finalizzate alla distribuzione dei beni e servizi, al collocamento di titoli, alla circolazione di capitali, pone problemi di tutela dell'affidamento che finiscono per coinvolgere la generalità dei soggetti che operano nel mercato stesso, risultando allora

Sul versante opposto, parte consistente della nostra dottrina, subendo l'influsso della scuola tedesca, propende per la natura contrattuale della responsabilità di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.⁸⁸. Secondo questa tesi, l'instaurazione delle trattative farebbe sorgere tra i soggetti coinvolti un rapporto obbligatorio (sebbene non avente ad oggetto una prestazione in senso tecnico). In particolare, già nel 1956, Luigi Mengoni aveva sostenuto con grande chiarezza che «quando una norma giuridica (in questo caso l'art. 1337 c.c.) assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è indice sicuro che questa relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio. Tale rapporto obbligatorio trova la sua fonte nella terza categoria della classificazione gaiana, riprodotta dall'art. 1173 c.c. (altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico). Il fatto cui la legge ricollegerebbe la nascita del rapporto obbligatorio consisterebbe nell'affidamento obiettivo ingenerato in una parte dal contegno altrui, come si ricaverebbe dalla nozione stessa di buona fede in senso oggettivo»⁸⁹.

La vivacità del dibattito dottrinale, però, non trova riscontro nella giurisprudenza, posto che la qualificazione in termini aquiliani della responsabilità precontrattuale è monolitica, almeno fino al 2011⁹⁰.

preferibile qualificare la correttezza nell'attività precontrattuale come un dovere che grava su qualsiasi soggetto, cui fa riscontro l'interesse della generalità degli altri soggetti a non subire, a causa della violazione di tale dovere, un ingiusto danno, piuttosto che come contenuto di un'obbligazione *ex lege* che sorge nei confronti di uno o più determinati soggetti qualificabili come controparti di un rapporto contrattuale *in itinere*.

⁸⁸ Sottolineano la peculiarità di un dibattito (quello sulla natura della responsabilità precontrattuale) condotto pressoché esclusivamente dalla dottrina: G. D'AMICO, *La natura della responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, ROPPO V. (a cura di), Rimedi-2, V, Milano, 2006, p. 1107; nonché, L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato Bessone*, XII, 2, Il contratto in generale, Torino, 2000, p. 347 ss., il quale stigmatizza «l'orientamento della giurisprudenza, specie di legittimità, tanto granitico, quanto sordo ad ogni contraria sollecitazione, nel ripetere tralaticciamente lo *slogan* sulla natura extracontrattuale della responsabilità». Infine, C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *CASTRONOVO-MAZZAMUTO* (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, p. 334 ss., il quale osserva che: «la responsabilità precontrattuale è andata incontro nella sua storia centocinquantenaria ad un destino paradossale. Tutti coloro che ne hanno approfondito l'aspetto teorico, da Jhering a Faggella, da Saleilles a Chironi, da Mengoni a Benatti, a Turco, così come la totalità della dottrina tedesca, ne hanno affermato la natura contrattuale, anche se di età in età sono cambiati i punti di riferimento ai quali tale contrattualità ha potuto essere ricondotta», mentre «la giurisprudenza italiana e l'altra metà della dottrina sostengono che la responsabilità precontrattuale ha natura aquiliana».

⁸⁹ Così MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 361 ss., spec. 364 (dove si trova il brano riprodotto nel testo).

⁹⁰ Orientamento confermato anche dalle Sezioni unite: Cass. Sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 1834.

Nel 2011, infatti, sono intervenute due pronunce (Cass. civ. nn. 24438 e 27648 del 2011), che hanno fatto breccia nell'orientamento consolidato della Corte di legittimità⁹¹.

Più nel dettaglio, la Corte Suprema ha affermato che «nell'ambito della responsabilità precontrattuale la parte che agisce in giudizio per il risarcimento del danno non è tenuta a provare il dolo o la colpa dell'autore dell'illecito, versandosi in una delle ipotesi previste dall'art. 1173, come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui la responsabilità precontrattuale costituisce una figura normativamente qualificata».

Le sentenze del 2011 sono state seguite da pronunce di segno opposto (in linea con l'orientamento tradizionale)⁹², ma hanno aperto la strada ad una più recente sentenza resa a sezione semplice nel 2016 (n. 14188)⁹³, che si segnala, tra l'altro, per la corposità dell'argomentazione (quasi una sentenza a sezioni unite).

⁹¹ Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 11, p. 1647, relativa ad un'ipotesi di erronea scelta del contraente in un contratto di appalto pubblico, divenuto inefficace per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo. Il danno di cui si chiedeva il risarcimento era quello derivante dalla lesione dell'affidamento incolpevole riposto dal privato sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione, che prima gli aveva attribuito una posizione di vantaggio, poi venuta meno a seguito dell'annullamento del provvedimento.

In questa pronuncia, la Corte si esprime in termini ancora poco incisivi, affermando che: «la responsabilità configurabile in capo alla p.a., pur non essendo qualificabile né come extracontrattuale, né come contrattuale, si avvicina di più a quest'ultima poiché consegue al contatto tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto e si fonda sulla violazione del dovere di buona fede e correttezza per aver leso l'interesse del privato, qualificabile non in termini di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo alla regolarità e legittimità dell'aggiudicazione».

In termini più chiari, Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 12, p. 1795, riguardante una convenzione conclusa tra P.A. ed un architetto, cui non era seguita la registrazione presso la Corte dei Conti e che quindi risultava improduttiva di effetti, con conseguente impossibilità del professionista di far valere i diritti nascenti dalla convenzione. La P.A. recedeva dalla convenzione e l'architetto, avendo già in parte eseguito la prestazione, chiedeva il compenso per l'attività professionale già espletata. La Corte qualifica la domanda come risarcimento danni da responsabilità precontrattuale, affermandone la natura contrattuale in quanto fondata sul contatto sociale qualificato instauratosi tra le parti nel corso delle trattative.

Sulle pronunce in esame, note di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, fasc. 4, p. 1227 ss. e C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, fasc. 6, p. 1949 ss.

⁹² Cass. civ., 26 febbraio 2013, n. 4802, in *Guida dir.*, 2013, p. 50 ss.; Cass. civ., 16 gennaio 2013, n. 1000; Cass. civ., 10 gennaio 2013, n. 447, in *Danno e resp.*, 2013, P. 754 e ss., con nota di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*; Cass. civ. 20 marzo 2012, n. 4382, *ivi*, 2012, p. 1103 e ss., con nota di V. MONTANI, *Responsabilità precontrattuale ed abbandono ingiustificato delle trattative: un rapporto da genus a species*.

⁹³ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, 12, p. 2565 ss., con nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*; in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051 ss., con commento di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; in *NGCC*, 2016, I, p. 1451 ss., con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*; in *Dir. civ. cont.*, 15 luglio 2016, con nota di I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»? Cfr. l'analisi di C. SCOGNAMIGLIO, Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, II, p. 1515 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*,

La fattispecie oggetto di controversia riguarda un contratto di appalto stipulato tra una P.A. e una società. Tale contratto, nello specifico, era stato stipulato, ma non approvato con provvedimento espresso dell'organo competente.

Infatti, con riferimento ai contratti conclusi con la P.A., per il dispiegamento degli effetti, occorre, oltre la formale stipula del contratto, anche l'approvazione ministeriale da effettuarsi con provvedimento espresso. Sotto questo profilo, la Corte afferma che: «l'eventuale responsabilità della P.A., in pendenza dell'approvazione ministeriale, deve essere configurata come responsabilità precontrattuale ai sensi degli artt. 1337 e 1338, inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da contatto sociale qualificato, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 e dal quale derivano non obblighi di prestazione ai sensi dell'art.1174, bensì reciproci obblighi di buona fede, protezione, informazione ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.».

L'affermazione della Corte prende le mosse dall'art. 1173 c.c.

Nell'analisi della norma, secondo la Corte, «risulta pretermessa la terza, importante, fonte delle obbligazioni, rappresentata (...) da ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico; il che non ha consentito di dare il giusto rilievo, sul piano giuridico, 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». Viene, poi, ricordata “la dottrina tedesca degli anni '30 del secolo scorso⁹⁴”, sulla base della quale viene a delinarsi, nella riflessione successiva, «un vero e proprio rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione, qualificato dall'affidamento reciproco delle parti e, però, 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».

2017, p. 35 ss.; E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1, p. 233 ss.

⁹⁴ L'origine della responsabilità precontrattuale viene tradizionalmente ricondotta all'elaborazione di Rudolf von Jhering. Sul tema si veda, E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1, p. 233 e ss., nonché G. D'AMICO, *La natura della responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, ROPPO V. (a cura di), Rime-2, V, Milano, 2006, p. 980-983, che effettuano una ricostruzione delle origini dell'istituto.

Sul piano comparato, la motivazione della sentenza richiama solo l'ordinamento anglosassone⁹⁵, soffermandosi, subito dopo, sull'evoluzione della dottrina italiana ed, in particolare, sugli approdi cui la stessa è pervenuta laddove viene messo in luce «come il *proprium* della responsabilità contrattuale non sia più costituito dalla violazione di una pretesa di adempimento, bensì dalla lesione arrecata ad una relazione qualificata tra soggetti, in quanto tale sottoposta dall'ordinamento alla più pregnante ed efficace forma di responsabilità, rispetto a quella aquiliana, rappresentata dalla responsabilità di tipo contrattuale».

A questo punto, la motivazione della sentenza ripercorre gli orientamenti giurisprudenziali sul “contatto sociale qualificato” analizzati in precedenza (dagli incidenti scolastici alla responsabilità del sanitario; dalla violazione degli obblighi procedurali assunti dall'amministrazione nei confronti dei privati, a seguito dell'instaurazione di un procedimento amministrativo, al c.d. preliminare di preliminare); orientamenti che troverebbero riscontro anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia (viene richiamata la sentenza C-261/91 del 17 giugno 1992)⁹⁶.

La soluzione adottata dalla Cassazione ha trovato larga condivisione in dottrina, sia pure con accenti diversi.

In particolare, è stato evidenziato che «nel ragionamento della Cassazione (...) si ha l'impressione di un capovolgimento del corretto sviluppo storico degli istituti tale per cui non è l'obbligazione senza prestazione che nasce come generalizzazione della

⁹⁵ Il riferimento è alla configurazione in termini di responsabilità contrattuale di vicende (c.d. *special relationships*) nelle quali la responsabilità trae origine da un rapporto non costituito mediante contratto, ma che, nondimeno, genera un affidamento di ciascuna parte nell'altra ed un correlato, reciproco, obbligo di buona fede.

Mancano, invece, i riferimenti all'ordinamento tedesco e a quello francese che sono giunti a soluzioni opposte.

Il legislatore tedesco, nel riformato par. 311 (2) BGB, ha espressamente attribuito alla responsabilità precontrattuale natura contrattuale. Sul par. 311 (2) BGB quale norma diretta a codificare la responsabilità precontrattuale, cfr., tra gli altri, C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 11-12; A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 77 ss.; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.; C.W. CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle LEISTUNGSSTORUNGEN*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2003, p. 19 ss.

Il legislatore francese, con l'introduzione degli artt. 1112-1112-2 *code civil*, ad opera dell'*Ordonnance* 10.2.2016, n. 131, dedicati proprio alla fase delle trattative, sembra, invece, aver adottato la soluzione opposta.

Per l'analisi delle disposizioni in materia di responsabilità precontrattuale nell'ordinamento tedesco e francese, si veda, più avanti, capitolo III, §§ 3.1 e 5.

⁹⁶ Richiamo giustamente definito “improprio” da C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura “contrattuale” della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, 11, p. 1519, nota 30.

responsabilità precontrattuale, ma piuttosto quest'ultima a rappresentare l'ultima epifania dell'obbligazione senza prestazione⁹⁷».

La stessa dottrina favorevole all'inquadramento della responsabilità precontrattuale nell'alveo contrattuale, peraltro, non è disponibile a concepirne un allargamento oltre l'ipotesi originaria⁹⁸.

8. Conclusioni: emersione di nuovi temi di indagine

L'analisi effettuata degli orientamenti giurisprudenziali conduce ad una serie di considerazioni.

Il primo elemento di riflessione trae origine dalla qualificazione legislativa (nella legge Gelli-Bianco) della responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria in termini aquiliani (almeno come regola).

Tale qualificazione è da ritenersi confinata all'interno di questa fattispecie (il medico strutturato) o, viceversa, ha una capacità espansiva, tramite l'applicazione analogica⁹⁹, in fattispecie che presentano una *eadem ratio*?¹⁰⁰

Un secondo elemento di riflessione nasce dall'esame della recente sentenza resa dalla Corte di cassazione in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione¹⁰¹. Fermo restando l'auspicabile intervento delle sezioni unite in materia (non emergendo, allo stato, un orientamento consolidato), occorre chiedersi se la responsabilità precontrattuale si ponga solo «come *species* della più ampia figura

⁹⁷ F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 192, nonché L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 58 ss.

⁹⁸ Sul tema si veda A. DI MAJO, *L'obbligazione protettiva*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, pag. 11, il quale afferma che «proprio muovendo dalla “specificità” (del caso) della *culpa in contrahendo*, non sembra sia consentito “navigare” oltre di essa, nel “mare aperto” di rapporti aventi diversa natura e collocazione», nonché A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 77 ss.

⁹⁹ Sull'applicazione dell'analogia in un ordinamento complesso, N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 60-82.

¹⁰⁰ Per la risposta a questo quesito, si veda capitolo IV, §§ 6 – 6.1.

¹⁰¹ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188.

costituita dall'obbligazione senza prestazione»¹⁰², ovvero prescinda dall'adesione a tale teorica, pur mantenendo una sua divisibilità¹⁰³.

In questa seconda ipotesi, peraltro, occorrerebbe verificare quali sviluppi può avere la pronuncia in questione nel settore dei c.d. contatti negoziali¹⁰⁴.

Ulteriore riflessione merita poi l'affermazione della Corte (sempre contenuta nella medesima sentenza) secondo cui «il significativo ampliamento dell'area di applicazione della responsabilità contrattuale (...) è certamente frutto di un'evoluzione nel modo di intendere la responsabilità civile che dottrina e giurisprudenza hanno operato, nella prospettiva di assicurare a coloro che instaurano con altri soggetti relazioni significative e rilevanti, poiché involgenti i loro beni ed interessi – sempre più numerose e diffuse nell'evolversi della società, dei bisogni e delle esigenze dei cittadini – una tutela più incisiva ed efficace rispetto a quella garantita dalla responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.». Nelle parole della Corte emerge l'esigenza di dare soddisfazione a bisogni di tutela via via emergenti e non rinvenienti un'adeguata protezione nelle norme in cui tradizionalmente venivano sussunte. Detto altrimenti, in questa affermazione si avverte un «distacco dalla fattispecie»¹⁰⁵, che «disvela un bisogno, un'esigenza (di tutela) che la fattispecie non ha avuto la volontà, l'occasione o la capacità di individuare, onde la necessità di delineare un altro percorso»¹⁰⁶.

Più in generale, può dirsi che dall'esame della casistica è emersa la scelta (seguita dalla giurisprudenza nazionale dal 1999 in poi) di adottare un approccio «funzionale» al diritto, che supera la ricerca dei presupposti della fattispecie risarcitoria, per concentrarsi

¹⁰² C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 4, p. 1235.

¹⁰³ A. DI MAJO, *L'obbligazione protettiva*, cit., p. 11.

¹⁰⁴ Sul punto, occorre far riferimento a A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 77 ss. ID., *«Contatto sociale» e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus civile*, 2017, 3, p. 185 ss., il quale, effettuando una comparazione con il diritto tedesco, in particolare il par. 311 (2) BGB, così come modificato all'esito della riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, evidenzia, per un verso, la scelta del legislatore tedesco di attribuire natura contrattuale alla responsabilità precontrattuale e, per altro verso, la scelta di escludere che un semplice contatto sociale (ossia un contatto non negoziale, né assimilabile a un contatto negoziale) possa essere considerato fonte di obbligazioni.

¹⁰⁵ Sul tema, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Dir. proc. civ.*, 2014, p. 36 ss. Si fa riferimento a quell'ormai noto processo seguito, sempre più di frequente, dalla Suprema Corte che, abbandonando il tradizionale *modus decidendi* fondato sulla riconduzione delle fattispecie concrete entro norme astratte, offre soluzioni esito non dell'applicazione di regole, ma della realizzazione di valori.

¹⁰⁶ Cfr. A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 59.

sull'individuazione del rimedio più adatto, al fine di garantire la protezione più efficace del bisogno di tutela avanzato dalla parte in giudizio.

Seguendo questa impostazione, la scelta della regola da applicare è operata (non secondo lo schema di tipo sillogistico o sussuntivo, ma) guardando alla *ratio* e al profilo assiologico-pratico degli interessi tutelati, in quanto si ritiene che essa assuma una dimensione di giustizia (solo) quando è in grado di fornire la più idonea e congrua soluzione al problema di interessi che ogni caso concreto o fatto della vita pone.

In tale prospettiva va apprezzato (anche) il diritto privato europeo, che non sembra legato alla logica della fattispecie, ma piuttosto a quella «del soddisfacimento dell'interesse e ciò in termini di effettività della tutela»¹⁰⁷.

«Nelle direttive di fonte europea, infatti, si prescinde del tutto dalla considerazione se tra il produttore e il consumatore danneggiato vi sia un rapporto obbligatorio nato da un precedente contratto. Ciò che conta è il danno e l'individuazione del soggetto che dovrà supportare il costo (...), indipendentemente dall'individuazione di un preesistente rapporto obbligatorio»¹⁰⁸.

Preziosa indicazione che andrà valorizzata nel prosieguo di questo lavoro.

¹⁰⁷ A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., p. 59, nota 37.

¹⁰⁸ N. LIPARI, *La responsabilità*, in *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 197.

Capitolo II

Il *contatto sociale* nell'elaborazione della dottrina. Dai confini delle categorie risarcitorie al contenuto dell'obbligazione.

Sezione I

I confini tra contratto e illecito nell'elaborazione dottrinale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni storici. – 3. Distinzione o *reductio ad unum*? – 3.1. Il profilo soggettivo della responsabilità. – 3.2. La ripartizione dell'onere della prova. – 3.3. Danni risarcibili. – 3.4. Diverso termine di prescrizione. - 4. Il criterio discretivo tra le due forme di responsabilità. – 4.1. Alle origini della tesi della responsabilità da contatto sociale qualificato: la responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale. – 4.2. Sulla asserita differenza strutturale tra responsabilità per “lesione del diritto” e responsabilità per violazioni di “obblighi”. – 4.3. Argomenti di carattere testuale. – 4.4. Sulla rilevanza della buona fede e dell'affidamento.

1. Premessa

Il presente capitolo si propone di analizzare la figura del “contatto sociale qualificato” nell’elaborazione dottrinale.

E infatti, l’analisi svolta sugli orientamenti giurisprudenziali relativi alle fattispecie poste ai confini tra illecito e contratto ha messo in evidenza come le circostanze “relazionali” nelle quali si sviluppa un interesse di protezione dei “beni della vita” siano esuberanti rispetto alla rigida dicotomia contratto vs. illecito, tutta costruita sulla presenza o meno di un accordo idoneo a generare obbligazioni, ovvero di una casuale interferenza tra sfere giuridiche, poi foriera di pregiudizi.

La stessa indagine ha pertanto dimostrato come la complessità sopravvenuta dei rapporti sociali ha piuttosto creato ambiti di relazioni intersoggettive nei quali *comunque* maturano interessi di tutela al tempo stesso indipendenti da un accordo pregresso, e anteriori alla creazione di un danno.

Nell’ambito di queste relazioni le “parti” non stipulano accordi, e tuttavia gestiscono un “rapporto” intriso di azioni e comportamenti, e soprattutto tale da coinvolgere interessi rilevanti sul piano giuridico (basti pensare al tema della responsabilità medica nelle strutture sanitarie organizzate).

Nemmeno può dirsi che tali circostanze possano o vadano *de plano* ricondotte alle obbligazioni nascenti dalla legge, perché, di solito, queste ultime sono individuate da specifiche fattispecie normative che individuano una prestazione tipica, un debitore e un creditore; laddove, invece, le fattispecie fin qui esaminate non sono previste dalla legge, ovvero lo sono (talvolta) soltanto dopo il loro presentarsi come controversie giurisdizionali, ma si sviluppano per l’appunto nell’ambito di relazioni più complesse a loro volta non semplicemente riconducibili a rapporti obbligatori specifici, ma – il più delle volte – a contesti organizzativi ampi e differenziati (la sanità, la scuola, l’attività bancaria, l’intermediazione commerciale, etc.), nei quali gli interessi coinvolti e i possibili accadimenti non sempre sono espressamente presi in considerazione dalla relativa disciplina regolatrice.

Questa situazione ha del tutto naturalmente generato i contrasti giurisprudenziali che si sono analizzati, come accade tutte le volte in cui i fatti reali esuberano rispetto alla categorie e/o alla norme che l’interprete utilizza per regolarli.

Sicché occorre adesso riesaminare il problema sotto il profilo dogmatico, per verificare come quelle categorie di cui la scienza giuridica dispone per regolare gli interessi e i casi prospettati siano state ripensate e riformulate in funzione normativa.

Lo si farà, prima, esaminando la linea di confine esistente tra le due forme di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) e, successivamente, indagando il contenuto (semplice o complesso) del rapporto obbligatorio.

Dall'individuazione della linea di confine tra le due specie di responsabilità, occorre iniziare la riflessione. Dopo un necessaria premessa storica bisogna, innanzitutto, interrogarsi sull'opportunità di conservare una differenza tra le due forme di responsabilità in ragione della normativa esistente.

In particolare, occorre esaminare se la distinzione regge nell'analisi delle principali questioni che distinguono, tradizionalmente, la responsabilità contrattuale da quella aquiliana. In sintesi, occorre esaminare: a) il profilo soggettivo della responsabilità; b) la ripartizione dell'onere della prova; c) il profilo dei danni risarcibili; d) il termine di prescrizione. Conclusa questa prima parte, occorre approfondire il dibattito dottrinale sulla responsabilità da contatto sociale qualificato attraverso l'analisi, a specchio, di alcuni dei diversi argomenti che si confrontano sul tema. Mi riferisco, in particolare: a) al problema della asserita differenza strutturale e funzionale tra responsabilità per "lesione del diritto" e responsabilità per violazioni di "obblighi"; b) all'esame degli argomenti di carattere testuale; c) all'esame della rilevanza della buona fede e dell'affidamento.

Nel paragrafo conclusivo, infine, si formuleranno alcune considerazioni che, dopo avere preso posizione sulle questioni esaminate, si pongono come punti di partenza per la successiva riflessione.

2. Cenni storici

Le origini del distinguo tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana risalgono al diritto romano.

In quel sistema, la linea di confine tra le due forme di responsabilità era chiara, fondandosi sulla sussistenza o meno del vincolo contrattuale.

Era configurabile una responsabilità contrattuale nel caso di inadempimento da parte del debitore dell'obbligo di prestazione derivante dalla precedente stipulazione contrattuale;

mentre, viceversa, ricorrevano gli estremi della responsabilità aquiliana nell'ipotesi di illecito di matrice penalistica.

Dunque, nell'impostazione propria del diritto romano, fondata sulla *lex Aquilia*, l'illecito aquiliano altro non era che il risvolto civilistico del delitto.

Si distinguevano i *delicta* dai *quasi delicta*: i primi, quali il furto, la rapina, ecc. erano fattispecie penali che generavano obbligazioni risarcitorie di carattere civilistico.

Le seconde erano fatti senza rilevanza penale, ma assimilabili, dal punto di vista della necessità della sanzione, al fatto penale e come questo di conseguenza trattati.

Emergeva allora una netta linea discretiva, seguita anche dal Codice civile del 1865, in quanto modellato sulla scia del diritto romano, che contrapponeva nettamente la responsabilità contrattuale per violazione di obblighi *ex contractu* e la responsabilità aquiliana per *delicta* o *quasi delicta*.

Il Codice civile del 1942 ripudia la quadripartizione (contratto, delitto, quasi contratto, quasi delitto) risalente alle Istituzioni di Giustiniano e riprodotta nel Codice civile del 1865 e accoglie, invece, nell'art. 1173 c.c., una classificazione corrispondente alla tripartizione adottata da Gaio nelle sue *Institutiones*.

Le obbligazioni, infatti, secondo l'attuale lettera della norma, possono sorgere da: contratto, fatto illecito e “*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*”.

Permane, quindi, nell'attuale codice, la distinzione, nell'ambito delle fonti delle obbligazioni, tra contratto e fatto illecito, dalla quale discende, almeno formalmente, il *discrimen* tra la responsabilità contrattuale (che presuppone l'inadempimento di un'obbligazione preesistente) e la responsabilità aquiliana (che implica, invece, la violazione del dovere generico del *neminem laedere*, ossia il dovere di non intromettersi nella sfera giuridica altrui cagionando un danno).

Questa distinzione entra in crisi in presenza di una serie di ipotesi di danno (le fattispecie oggetto di studio nel presente lavoro), in cui tra le sfere giuridiche di soggetti determinati, pur in assenza di contratto, si instaura un contatto, una relazione giuridicamente rilevante che li sottrae dalla sfera di reciproca estraneità prima del verificarsi dell'evento pregiudizievole.

Dalla difficoltà di inquadrare tali figure emerge, in tutta la sua complessità, la questione relativa all'opportunità o meno di differenziare le due forme di responsabilità in ragione

della normativa esistente; nonché quella della delimitazione delle rispettive sfere di operatività sulla base di criteri certi ed univoci.

3. *Distinzione o reductio ad unum?*

Il primo interrogativo da porsi è il seguente: esistono due diverse forme di responsabilità o vi è unità strutturale?

Il codice civile regola in due distinte sedi la responsabilità che segue all'inadempimento delle obbligazioni (artt. 1218 ss.) e la responsabilità che segue alla commissione di un fatto illecito (artt. 2043 ss.) e a questa distinzione ricollega una diversità di disciplina, sebbene vi siano anche norme comuni a entrambi i tipi di responsabilità.

Il problema dell'unità strutturale o meno della responsabilità è stato al centro di un vivace dibattito dottrinale¹ che vede essenzialmente contrapporsi la voce di coloro i quali valorizzano le convergenze tra le due forme di responsabilità propugnando, *de iure condendo*, un superamento della distinzione²; e coloro i quali, partendo dal dato incontrovertibile della diversa disciplina prevista *de iure condito*, restano "fedeli" alla tradizionale distinzione³.

Per elaborare questo problema, occorre richiamare i principali caratteri distintivi delle due forme di responsabilità e soffermarsi brevemente su ciascuno di essi.

¹ Nell'ambito delle trattazioni più generali, si veda, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1212 – 1222*, in *Commentario al codice civile*, (diretto da) P. SCHLESINGER, Milano, 1987, p. 33; ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, pp. 13 e 193.

² Cfr. F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 784 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 129 ss.; P. RESCIGNO, voce: *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano 1979, p. 206; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, p. 17 ss.; G. VISINTINI, voce: *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, Roma, 1990; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1081 ss.; ID., *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 13 ss.

³ R. SCOGNAMIGLIO, voce: *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 670 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 449.

3.1. *Il profilo soggettivo della responsabilità*

Al centro del dibattito si pone sicuramente il ruolo attribuito alla colpa.

Da un lato, è affermazione largamente condivisa quella che ritiene la colpa elemento costitutivo dell'illecito aquiliano.

Viceversa, variegata sono le opinioni sul profilo soggettivo in sede contrattuale.

In quest'area (contrattuale) la questione risiede, da sempre, nel coordinamento tra gli artt. 1176 c.c. e 1218 c.c., e nel rilievo attribuito alla diligenza del debitore nell'attuazione del rapporto obbligatorio fino alla prova dell'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

I sostenitori della tesi della *reductio ad unum* ritengono che anche la responsabilità per inadempimento sia una responsabilità per colpa e rinvergono, quindi, nell'art. 1176 c.c. un parametro unitario sempre applicabile, quale paradigma astratto, per la valutazione di comportamenti che causano danni ad altri.

I sostenitori della tesi opposta reputano, viceversa, che solo nell'illecito aquiliano la colpa si ponga in posizione centrale in quanto criterio di imputazione dell'illecito, mentre invece, nell'inadempimento contrattuale, essendo l'inadempimento fatto in sé sufficiente a fondare la responsabilità, la colpa svolgerebbe un ruolo secondario, non di imputazione della responsabilità, ma di criterio (la cui presenza) escluderebbe la rilevanza dell'impossibilità della prestazione⁴.

⁴ In questi termini, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 449, il quale afferma che «la colpa non è un criterio di imputazione della responsabilità contrattuale, ma è un criterio di esclusione della rilevanza dell'impossibilità come limite della (oltre il quale si esclude la) responsabilità e, prima ancora, come causa di estinzione dell'obbligazione (art. 1256)». Si veda anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 199, «non è neanche logicamente prospettabile la tesi secondo la quale la responsabilità di colui a cui carico già sussiste una *precisa* obbligazione e/o vincolo contrattuale abbia il medesimo fondamento (e natura) della responsabilità in cui incorre colui che, pur non essendo legato da alcun rapporto con altri, provochi comunque un danno *ingiusto* alla altrui sfera giuridica».

3.2. *La ripartizione dell'onere della prova*

In ordine all'onere della prova, si può affermare, in via generale, che, nell'ipotesi di responsabilità aquiliana, l'art. 2967 c.c. genera a carico del danneggiato l'onere di dimostrare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito, compresa la colpa dell'autore. Nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, viceversa, la regola probatoria contenuta nell'art. 1218 c.c. ultimo inciso comporta a carico del creditore soltanto la dimostrazione dell'obbligazione preesistente e – secondo l'opinione maggioritaria – l'allegazione (non la prova) dell'inadempimento, mentre pone a carico del debitore la prova che l'impossibilità della prestazione derivi da causa a lui non imputabile.

Sul modo di intendere tale ultima formula e quindi sull'imputabilità dell'inadempimento contrattuale⁵, si contrappongono – storicamente – due opinioni.

La tesi della natura oggettiva della responsabilità per inadempimento⁶, che fa leva sul combinato disposto degli artt. 1218 c.c. e 1256 c.c., quale meccanismo di imputazione che prescinde dalla valutazione della diligenza del debitore.

La tesi della natura soggettiva della responsabilità per inadempimento⁷, che coordina gli artt. 1218 c.c. e 1256 c.c. con l'art. 1176 c.c., richiedendo al debitore solo lo sforzo diligente.

Con la conseguenza, in quest'ultimo caso, che se il debitore dimostra di avere agito diligentemente, per ciò solo andrebbe esclusa la sua responsabilità.

⁵ Per una completa analisi delle tesi sulla natura della responsabilità del debitore per inadempimento, vedi U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991, pp. 233, 461, 496.

⁶ Affermano la natura oggettiva della responsabilità per inadempimento, tra gli altri, G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 595; ID., voce: *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 287; L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 194 e 280. ID., voce: *Responsabilità contrattuale*, diritto vigente, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072; C. CASTRONOVO, voce: *obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, p. 4; G. VISINTINI, *Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti (L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza nel rapporto obbligatorio)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 222.

⁷ Affermano la natura soggettiva della responsabilità per inadempimento, tra gli altri, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. XVI, t. 2°, *Il comportamento del debitore*, Milano, 1984, p. 50, 56, 59, 71, 74; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, (a cura di) F. GALGANO, Libro Quarto, *Delle Obbligazioni, sub artt. 1173-1176*, Bologna-Roma, 1988, p. 409; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca, sub artt. 1218-1229*, Bologna-Roma, 1979, p. 79; ID., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 15.

Resta il fatto che, al di là della diversa configurazione della responsabilità contrattuale, appare diverso il riparto dell'onere della prova nelle due aree (contrattuale ed aquiliana). Nella responsabilità aquiliana spetta al danneggiato - creditore dimostrare dolo o colpa del danneggiante, mentre nella responsabilità contrattuale è il debitore a dover dimostrare che l'impossibilità della prestazione derivi da causa a lui non imputabile.

Risulta immediatamente comprensibile come i primi due profili analizzati (ruolo dell'elemento soggettivo nei due modelli di responsabilità e distribuzione dell'onere della prova) siano strettamente connessi.

Ebbene, i sostenitori della tesi della *reductio ad unum*⁸ ritengono che la distinzione in merito al riparto dell'onere probatorio si attenui in modo significativo quando viene in rilievo la dicotomia obbligazioni di mezzi - obbligazioni di risultato⁹.

Nelle prime, infatti, la prestazione dovuta consiste nel solo comportamento del debitore, a prescindere dal risultato finale positivo atteso dal creditore.

In tali obbligazioni, dunque, è il comportamento del debitore ad essere direttamente in obbligazione, mentre il risultato sperato resta fuori dall'oggetto dell'obbligazione ed è connotato da aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni, che possono sfuggire alla sfera del suo controllo.

Nelle seconde, invece, ciò che conta è proprio il conseguimento del risultato finale cui il debitore è vincolato.

In altri termini, è il risultato cui mira il creditore (non il comportamento diligente) ad essere direttamente in obbligazione.

Di conseguenza, il mancato raggiungimento di tale risultato integra di per sé inadempimento.

⁸ In particolare, F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, cit., p. 84; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 14 ss., 143 ss.; ID., *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, (diretto da) G. VISINTINI, vol. I, 2009, p. 73 ss.

⁹ Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato la bibliografia è sterminata.

Tra i vari contributi, restano essenziali gli studi di L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss., ora in *Obbligazioni e negozio. Scritti*, vol. II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 197 ss.; C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, (a cura di) Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993 p. 30 ss.; M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Novissimo Dig. it.*, XI, 1965, p. 598 ss.; P. RESCIGNO, voce: *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano 1979, p. 190 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 137 ss.; V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, XII, p. 397 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, 190 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, (a cura di) Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1985, p. 456 ss.

Si sottolinea, quindi, come tale distinzione si rifletta sulla diversa ripartizione dell'*onus probandi*, portando a realizzare nelle ipotesi di obbligazioni di mezzi, che per lo più coincidono con i casi di responsabilità professionale, un perfetto parallelismo con la regola generale di responsabilità extracontrattuale, al punto che, ad esempio, la responsabilità del medico sarebbe retta dagli stessi criteri sia quando sul medico gravi una responsabilità extracontrattuale, sia quando il rapporto col paziente configuri un'ipotesi di responsabilità contrattuale.

Infatti, la giurisprudenza ha qualificato la prestazione medica come obbligazione di mezzi, ritenendo che spettasse al paziente (creditore/danneggiato) provare l'inesatto adempimento ex art. 1176, comma 2, c.c., ossia che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza.

Com'è noto, però, la tradizionale dicotomia obbligazioni di mezzi - obbligazioni di risultato è stata sottoposta a revisione critica dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, utilizzando quale principale argomento la considerazione che in ciascuna obbligazione assumono rilievo sia il comportamento del debitore (ossia l'impegno che il debitore deve mettere per ottenere il risultato) che il risultato pratico da raggiungere.

La Suprema Corte, con la celebre pronuncia a sezioni unite n. 13533/2001¹⁰, sulla scia delle indicazioni dottrinali, ha, peraltro, superato tale distinzione, almeno sotto il profilo della distribuzione dell'onere della prova, enunciando il principio secondo cui «posto che il presupposto fattuale (l'inadempimento) è il medesimo, non può che essere identico il criterio di ripartizione dell'onere della prova (ai sensi dell'art. 2697) in materia di responsabilità contrattuale, sia che il creditore agisca per l'esatto adempimento, sia che

¹⁰ Sul tema, si veda, V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, nota a Cass., sez. un., n. 13533/2001, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1571, nonché U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, p. 120, i quali sottolineano come la soluzione adottata dalla giurisprudenza sul riparto dell'onere della prova sia eccessivamente rigida, in quanto non distingue tra inadempimento totale e adempimento inesatto, richiedendo anche in quest'ultima ipotesi (che peraltro è quella che si verifica nella maggior parte dei casi di responsabilità del medico) che il creditore (paziente-danneggiato) si limiti ad allegare l'inesattezza dell'adempimento, gravando sul debitore (medico-danneggiante) l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento. Sul punto, le critiche vertono essenzialmente sul fatto che, in realtà, lamentando l'inesattezza, il creditore ammette di aver ricevuto la prestazione e si trova quindi nella miglior posizione per dimostrarne la difformità rispetto a quanto dedotto in obbligazione. A questa critica, la giurisprudenza di legittimità risponde richiamando il c.d. principio di sufficienza dell'allegazione, che imporrebbe al creditore, nell'ipotesi di inesatto adempimento, di allegare gli specifici aspetti di inesattezza, restringendo, di conseguenza, l'oggetto della prova liberatoria posta a carico del debitore. E tuttavia, talvolta l'onere di allegazione non viene spinto sino alla necessità di indicare specifici profili tecnici di responsabilità professionale, conoscibili soltanto dagli esperti del settore, ritenendo, viceversa sufficiente una contestazione generica d'inesattezza della prestazione. Così F.D. BUSNELLI, *L'onere della prova nella responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 208 ss.

domandi la risoluzione del contratto ovvero il risarcimento del danno, senza che al riguardo rilevi in alcun modo la distinzione tra obbligazioni di mezzi o di risultato. Il creditore deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento».

Questa pronuncia evoca una serie di principi di matrice dottrinale.

Per un verso, il principio di presunzione di persistenza del diritto, in virtù del quale, una volta provato dal creditore il fatto costitutivo del diritto (il titolo), si crea una presunzione d'inadempimento (allo scadere del termine previsto per l'esecuzione della prestazione), che spetta al debitore vincere¹¹.

Per altro verso, il principio di vicinanza della prova (inteso come facilità per l'una o per l'altra parte di assolvere l'onere probatorio), in virtù del quale è più razionale che la prova gravi sul debitore, in quanto concernente fatti che attengono alla sua "economia" (restando, di converso, estranei alla sfera del creditore).

Quest'ultima regola appare ancora oggi discussa e non da tutti condivisa¹².

Resta, però, il fatto che l'orientamento in questione si è successivamente consolidato, trovando inoltre conferma nell'importante sentenza, a sezioni unite, n. 577 del 2008¹³, resa in materia di responsabilità medica.

¹¹ Sul tema, si veda, C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 175 ss.; nonché le perplessità manifestate da S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di) A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1987, p. 118 ss. circa la sua applicazione al rapporto obbligatorio, destinato fisiologicamente all'estinzione, per il quale sembra quindi ingiustificato presumere alla scadenza l'inadempimento e dovrebbe, semmai, presumersi il contrario.

¹² G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 2005. p. 240 ss., critica l'orientamento in esame ritenendo che il discorso in merito al riparto dell'onere della prova si ponga diversamente a seconda che il creditore chieda l'adempimento ovvero la risoluzione.

In sostanza, secondo questa dottrina, solo nella prima ipotesi, ossia quando a fondamento della domanda si ponga il fatto costitutivo del diritto a ottenere la prestazione, ovvero il contratto, il creditore può limitarsi ad allegare il titolo (la fonte del diritto di credito), mentre, quando a fondamento della domanda si ponga il fatto del mancato soddisfacimento del diritto, cioè l'inadempimento, tocca al creditore dare la prova negativa dell'inadempimento o quella positiva dell'inesattezza dell'adempimento, alla stessa maniera di quando si fa valere il risarcimento del danno da fatto illecito in cui spetta al danneggiato provare il fatto colposo e doloso da parte del danneggiante.

Pertanto, in quest'ultima ipotesi, non sussisterebbero differenze tra il regime probatorio concernente il creditore e il regime probatorio concernente il danneggiato da fatto illecito.

¹³ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*.

Applicando i principi in materia di prova dell'inadempimento contrattuale alla ripartizione dell'onere probatorio nelle cause di responsabilità professionale medica, risulta che l'attore (paziente-danneggiato) deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare

3.3. *Danni risarcibili*

In tema di danni risarcibili, la differenza risulta, a livello di dato normativo, particolarmente netta.

Infatti, l'art. 2056 c.c. dichiara applicabili ai fatti illeciti le norme principali in tema di valutazione del danno dettate nella sede ove è regolato l'inadempimento (artt. 1223, 1226, 1227) fatta eccezione per l'art. 1225 c.c.¹⁴.

Ne discende che, mentre la responsabilità contrattuale impegna il debitore a risarcire solo i danni prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione, salvo che l'inadempimento non dipenda da dolo, l'estensione dei danni risarcibili risulta più ampia in sede aquiliana ove, per il mancato richiamo dell'art. 1225 c.c. da parte dell'art. 2056 c.c., risultano risarcibili

l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore (medico-danneggiante), l'onere di dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato o che, pur essendovi stato, non è stato causa del danno.

¹⁴ Al di là del richiamo espresso degli artt. 1223, 1226 e 1227 da parte dell'art. 2056 c.c., l'orientamento largamente prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, reputa che anche l'art. 2058 c.c., in ragione del quale il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica e l'art. 2056, comma 2, c.c., secondo cui il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso, siano applicabili alla responsabilità contrattuale (nonostante la loro collocazione nell'ambito dei fatti illeciti), in quanto espressione di principi generali comuni alle due forme di responsabilità.

In merito all'art. 2059 c.c., com'è noto, a seguito della rivisitazione in chiave costituzionalmente orientata, la risarcibilità dei danni morali è stata ammessa anche in ambito contrattuale.

Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, p. 120 ss., con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): « die hard »*; G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il « nuovo statuto » del danno non patrimoniale*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38 ss., con note di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss., con commento di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "De profundis" per il danno esistenziale*.

Cfr., commenti di F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 97 ss.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 ss.; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 410 ss.; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, ivi, p. 415 ss.; E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, ivi, 2009, II, p. 81 ss.; G. PONZANELLI, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, ivi, 2009, II, p. 90 ss.; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 5 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 261 ss.;

tutti i danni prevedibili e imprevedibili, purché conseguenze immediate e dirette del fatto illecito.

Anche in questo caso, i sostenitori della tesi della *reductio ad unum* hanno proposto un'interpretazione svalutativa della mancata riproposizione dell'art. 1225 c.c. nel campo del risarcimento aquiliano¹⁵, sottolineando come già la regola dell'art. 1225 c.c. soffra numerose eccezioni e risulti vanificata in numerose ipotesi: *in primis*, esclude espressamente la limitazione della responsabilità ai soli danni prevedibili in presenza di dolo, *in secundis*, risulta operante solo quando vi sia un sensibile scarto temporale tra il momento in cui è sorta l'obbligazione e quello in cui si verifica l'inadempimento e soprattutto viene messo in rilievo come, in realtà, anche in ambito aquiliano, nell'interpretazione giurisprudenziale, venga recuperato il limite della risarcibilità dei soli danni prevedibili mediante il riferimento al criterio di prevedibilità dell'evento e al suo collegamento con la colpa aquiliana. In altri termini, la giurisprudenza, specie di legittimità, è portata ad escludere il risarcimento di quei danni che l'agente non avrebbe potuto prevedere, di conseguenza, se risulta impossibile prevedere l'evento, questo diventa indice di mancanza di colpa, con conseguente esclusione della responsabilità.

Tuttavia, sul punto, si è replicato che l'imprevedibilità cui fa riferimento l'art. 1225 c.c. concerne il dimensionamento del danno¹⁶. Danno prevedibile significa che la sanzione va proporzionata al valore della prestazione dedotta in obbligazione (per la sua oggettiva qualità o per la sua particolare destinazione economica): si vuole commisurare il risarcimento al rischio economico dedotto nello scambio¹⁷.

In giurisprudenza, viene utilizzata la seguente formula: «l'imprevedibilità alla quale la norma fa riferimento (..) costituisce un limite alla misura dell'ammontare del danno,

¹⁵ In particolare, F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, cit., p. 86; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 157 ss.; ID., *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, (diretto da) G. VISINTINI, vol. I, 2009, p. 90-91.

Svaluta il mancato richiamo dell'art. 1225 c.c. da parte dell'art. 2056 c.c. anche G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 208 ss.; ID., *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 2005, p. 249, che reputa l'art. 1225 c.c. espressione di un principio generale, ossia quello per cui la piena responsabilità per danni si ha soltanto in caso di dolo (cioè solo in ragione della particolare gravità della condotta), ragion per cui, esso andrebbe esteso anche all'area extracontrattuale.

¹⁶ Per il dibattito dottrinale sul tema, si veda, C. TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 93 ss.

¹⁷ C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 373; M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, p. 146 ss. In questo ordine di idee, anche C. SALVI, voce: *Risarcimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, 1989, p. 1089.

determinando la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una determinata categoria di rapporti, sulla scorta delle regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici¹⁸».

Mentre, invece, la prevedibilità dell'art. 2043 c.c. attiene alla selezione del rischio (pericolo) che una certa condotta produca un certo danno, rendendo l'evento imputabile all'agente in quanto ascrivibile a sua condotta colposa.

3.4. *Diverso termine di prescrizione*

Diversa è anche la regolamentazione in tema di termine di prescrizione: mentre l'art. 2947 c.c. introduce, con riferimento al fatto illecito, una prescrizione breve di 5 anni, in campo contrattuale si applica la regola generale dell'art. 2946 c.c. che prevede il termine di prescrizione ordinario decennale, salve le previsioni di termini più brevi per alcuni contratti. Quanto alla spiegazione delle differenze legate ai termini di prescrizione, solitamente, dottrina e giurisprudenza richiamano la Relazione al codice n. 1206, dove si legge che la prescrizione breve di cinque anni in materia aquiliana trova ragione nella considerazione che «nella molteplicità dei casi la prova del fatto illecito si fonda sulla deposizione dei testimoni: col decorso del tempo il ricordo delle circostanze su cui questi sono chiamati a deporre svanisce o si attenua e si accrescono così i pericoli inerenti a siffatto mezzo di prova»¹⁹, mentre in area contrattuale risulta più frequente o probabile la disponibilità di prove documentali.

¹⁸ Cass. civ. n. 6725/2005 e Cass. civ. n. 11189/2007.

¹⁹ Cfr. G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e note di commento*, Libro VI, Milano, 1943, p. 231.

Individuano la ragione del termine di prescrizione in materia aquiliana «nell'opportunità di circoscrivere ad un più breve periodo l'esercizio di un diritto affidato a prove, per lo più testimoniali, labili in quanto più soggette all'usura del tempo» anche F. ROSELLI e P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. XX, *Tutela dei diritti*, tomo 2°, Torino, 1998, p. 559 ss; G. COLOMIBINI, *Prescrizione del diritto al risarcimento del danno*, in *Arch. Civ.*, 1995, p. 641 ss.

Anche questo profilo differenziale viene criticato da parte della dottrina²⁰, che lo considera posto, non in rapporto logico e sistematico col diverso fondamento dei due ordini di responsabilità, bensì quale mero accidente normativo causa di distorsioni interpretative e fonte di espedienti non giustificabili.

Si ritiene, infatti, che spesso l'azione diretta ad ottenere il risarcimento venga spostata da un terreno di responsabilità all'altro solo per evitare le conseguenze sfavorevoli di una prescrizione più breve²¹.

Sul punto, si è replicato che, in realtà, la differenza sotto il profilo prescizionale va ricollegata alla determinatezza delle circostanze che presiedono l'illecito contrattuale, in contrapposizione all'indeterminatezza delle circostanze che causano l'illecito aquiliano: mentre, infatti, quando si controverte dell'inadempimento di un contratto il tema della prova è in larga misura predefinito e circoscritto, in quanto al creditore spetta solo provare il contratto e allegare l'inadempimento, con riferimento all'ipotesi in cui si controverta di un illecito aquiliano, all'attore spetta non solo di provare il pregiudizio subito, ma anche che ad arrecarglielo è stato il convenuto e che la condotta è a lui ascrivibile quantomeno a titolo di colpa. Se ne deduce che, in quest'ultimo caso, diverse difficoltà probatorie possono porsi, soprattutto quando la raccolta di prove sia procrastinata nel tempo²².

All'esito dell'analisi dei principali caratteri differenziali delle due forme di responsabilità, si può quindi concludere questa prima parte della riflessione, affermando che, al di là delle interferenze e delle analogie di sviluppi tra le due discipline, occorre ribadire la

²⁰ Cfr., F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, cit., p. 87-88; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 157 ss.; ID., *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 90-92.

²¹ Cfr., F. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 90-92, sottolinea come «a ben vedere, la diversità dei termini di prescrizione costituisce la ragione che meglio spiega la “contrattualizzazione” di vaste aree di responsabilità, nonché la creazione della regola giurisprudenziale del concorso di responsabilità, che consente al danneggiato di scegliere tra i due regimi il più favorevole oppure, quando una delle due azioni sia preclusa, di ricorrere all'altra».

²² Così M. BARCELLONA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle «rationes» dei rispettivi regimi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 345, il quale afferma che «a questa differenza (attinente alla determinatezza probatoria della vicenda contrattuale e all'indeterminazione dell'illecito aquiliano), se ne aggiungono altre, più pregnanti, che concernono (i) la dimensione temporale entro cui si sviluppano queste due forme di responsabilità, (ii) la condizione del danneggiato cui esse offrono rimedio e (iii) la diversa sollecitudine che essa lascia presumere in chi deve attivarle». In sintesi, l'Autore intende dire che, mentre la responsabilità da inadempimento contrattuale serve a far fronte ad un mancato incremento della sfera di chi l'attendeva, la responsabilità aquiliana, provenendo dall'altrui agire distruttivo, implica un'inattesa e improvvisa privazione di una risorsa già appartenente alla sfera del danneggiato, indi per cui è diverso “l'effetto disorganizzativo” derivante dai due illeciti. Risulta mosso da maggiore urgenza chi lamenta di essere stato privato di ciò che già aveva e che gli viene improvvisamente a mancare, rispetto a chi vede deluse le sue aspettative di ricevere un arricchimento, nella forma della prestazione attesa.

perdurante attualità della distinzione esistente e, conseguentemente, interrogarsi su quale sia il criterio discretivo tra le due forme di responsabilità.

4. *Il criterio discretivo tra le due forme di responsabilità*

L'individuazione di tale criterio non è certamente impresa agevole.

La tesi tradizionale lo aveva basato sulla diversa natura del diritto leso, prevedendo che alla lesione di un diritto assoluto conseguisse la responsabilità aquiliana, mentre dalla lesione di un diritto relativo derivasse la responsabilità contrattuale²³.

Tale sistemazione tradizionale, però, non è apparsa più soddisfacente a seguito della celebre sentenza delle sezioni unite sul caso Meroni, che ha aperto nel nostro ordinamento la strada alla tutela aquiliana del credito o del contratto²⁴.

Con tale pronuncia è stata ammessa la configurabilità della responsabilità extracontrattuale in capo al terzo estraneo al rapporto obbligatorio o contrattuale che tuttavia cagioni l'impossibilità dell'adempimento o concorra a determinare l'inadempimento del debitore. In altri termini, anche l'ipotesi – non espressamente contemplata dalla norma - in cui l'impossibilità della prestazione derivi da comportamento del terzo estraneo al rapporto obbligatorio determina, oggi, un danno risarcibile ex art. 2043 c.c.

²³ La ricostruzione di una distinzione fondata sul valore assoluto o relativo della posizione lesa è attribuita ad A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, I, p. 13 ss. e 113 ss. Cfr. altresì, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1972, V, p. 645 ss. In dottrina, si registrano, però, già negli anni '50 del secolo scorso, interpretazioni che si affrancano dalla dicotomia diritto assoluto e diritto relativo, per evidenziare la differenza funzionale esistente tra la responsabilità aquiliana, intesa quale reazione al danno ingiusto e quella contrattuale, intesa quale soddisfazione dell'interesse dedotto in obbligazione. Così, R. SCOGNAMIGLIO, voce: *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 672.

Ulteriori dettagli possono rinvenirsi in C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, in *Giur. sistematica di dir. civ. e comm.*, vol. I, Torino, 1987, p. 296 ss.

²⁴ Cass. sez. un. 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giust. it.*, 1971, I, p. 680, con nota di G. VISINTINI e in *Foro it.*, 1971, I, p. 1284, con nota di A.C. JEMOLO, *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*.

Si trattava del caso di un sinistro stradale in cui era rimasto ucciso Luigi Meroni, calciatore del Torino, società di calcio cui la Cassazione riconobbe la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno aquiliano nei confronti del responsabile del sinistro.

La tesi oggi dominante²⁵ fonda, invece, la necessità di distinguere le due forme di responsabilità sulla loro differenza strutturale: mentre la responsabilità contrattuale discende dalla violazione di un obbligo preesistente, l'illecito aquiliano «si pone in esito alla lesione *tout court* di un diritto, quale sanzione di un danno che consegua da ogni lesione di situazioni soggettive che non si figurino come violazione di un obbligo»²⁶.

Nella responsabilità extracontrattuale, in sostanza, occorre verificare, in primo luogo, «se ricorra una situazione soggettiva, la cui lesione produce ingiustizia»²⁷.

In altri termini, tale responsabilità viene ricondotta al classico modello della “*responsabilità del passante*”²⁸, ove l'obbligo di risarcimento può investire “*chiunque*”²⁹.

Non così nella responsabilità contrattuale.

Quest'ultima, infatti, «muove dal presupposto dell'esistenza di un obbligo che si assume violato, dunque, non si pone in essa una questione circa l'ingiustizia»³⁰.

Da ciò deriva che, mentre nel caso di danno ex art. 2043 c.c. l'obbligazione risarcitoria nasce solo con la lesione, essendo in precedenza assente qualunque legame o contatto tra danneggiato e danneggiante, nel caso di inadempimento contrattuale si assiste al fenomeno della *perpetuatio obligationis*, cioè alla sostituzione dell'obbligazione preesistente con quella risarcitoria.

Su questo fondamento, o meglio su questa polarizzazione, è stata costruita la dottrina della c.d. responsabilità da contatto sociale (e del suo inquadramento nell'area della responsabilità contrattuale).

Tesi che è andata incontro a diverse critiche³¹.

²⁵ Un'analisi, in materia, è compiuta da G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, ESI, 2009, p. 17 ss.

²⁶ In questi termini, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 455.

²⁷ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 455.

²⁸ L'espressione “responsabilità del passante” utilizzata da C. CASTRONOVO ha incontrato la critica di F.D. BUSNELLI, in *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 539 ss.

²⁹ Come “responsabilità del chiunque” viene qualificata la responsabilità aquiliana da C. W. CANARIS, *Täterschaft und Teilhabe bei culpa in contrahendo*, in *Festschr. Hans Giger*, Bem, 1989, p. 85.

³⁰ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 456.

³¹ Come chi, F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, fasc. 1, p. 131 ss., in critica all'obbligazione senza prestazione, ritiene di dover concepire gli obblighi di protezione come necessariamente accessori ad un obbligo di prestazione, vero o presunto, onde l'obbligazione senza prestazione ne risulterebbe inevitabilmente sconfitta.

Peraltro, è stato autorevolmente sostenuto, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 65 ss., che gli obblighi di protezione sono pur sempre funzionali alla prestazione. Quel che conta è la «*connessione con la prestazione*», in

In particolare, Autorevole dottrina³² ha sottoposto la tesi ad un'articolata disamina che consente di affrontare, in modo approfondito, i singoli argomenti che si fronteggiano sul tema.

4.1. Alle origini della tesi della responsabilità da contatto sociale qualificato: la responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale

La tesi della c.d. responsabilità da contatto sociale nasce, o meglio, trova il suo paradigma nella responsabilità precontrattuale, così come configurata nella nota - trattato di Luigi Mengoni del 1956³³.

Nella “nota” si afferma che «la relazione diretta alla stipulazione di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede (...); questo perché quando una norma giuridica (come nel nostro caso l'art. 1337) assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede»³⁴.

Questo rapporto obbligatorio non ha radice nel contratto successivamente concluso.

«La fonte del rapporto in questione rientra piuttosto nella terza categoria della classificazione gaiana, riprodotta dall'art. 1173. In questo senso, la denominazione di obbligazione *ex lege* è certo esatta, ma insufficiente, perché non individua il fatto cui la legge ricollega la nascita del rapporto obbligatorio precontrattuale. Il fatto costitutivo viene solitamente individuato nel momento dell'instaurazione delle trattative. Ma tale valutazione non sembra del tutto esatta. Anche la semplice offerta di contratto, la semplice

assenza della quale non è possibile ritenere «dovuto od esigibile un comportamento da un obbligato che non c'è». Per una replica a tali rilevi, si veda, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 156-159. Rilevi e controdeduzioni su cui si tornerà più avanti.

³² M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, pp. 65 – 103.

³³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 459, parla di “nota-non nota”.

³⁴ Così L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 361 ss., spec. 364.

dichiarazione di voler trattare, può integrare il presupposto della norma dell'art. 1337, quando sia di tale contenuto o accada in circostanze tali da determinare immediatamente un affidamento dello stesso dichiarante verso il destinatario dell'offerta oppure di quest'ultimo nei confronti del primo, indipendentemente dall'avvio di una trattativa.

In generale, si può affermare che la relazione diretta alla stipulazione di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede, nel momento in cui sorge nei confronti di una o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra parte»³⁵.

Posta questa premessa e considerato il carattere atipico presentato dall'art. 1173 c.c.³⁶, l'Autore cui si deve l'elaborazione della categoria in questione³⁷, si è chiesto se il modello normativo di cui all'art. 1337 c.c., avulso dalla fattispecie cui la legge lo aveva dedicato originariamente, potesse essere adottato «per dar veste giuridica a vicende diverse da quella precontrattuale, ma suscettibili di essere risolte nella stessa forma».

In altri termini, Castronovo ha cercato di verificare se rapporti altri, diversi da quello precontrattuale, presentino le stesse caratteristiche e vadano perciò regolati dalla stessa disciplina.

Nell'art. 1337 c.c. il contatto sociale prodotto dalla trattativa e l'affidamento che esso genera nei soggetti tra i quali si stabilisce sottopone gli stessi al dovere di comportarsi secondo buona fede: «obbligo che impone di proteggere ciascuno la sfera giuridica dell'altro»³⁸. Da questa norma, per via analogica, viene tratta la seguente regola di carattere generale: qualsiasi situazione di contatto sociale che produca affidamento sottopone i soggetti di tale contatto al dovere di comportarsi secondo buona fede e vincola chi tale affidamento abbia suscitato ad un'obbligazione (“senza prestazione”) di proteggere la sfera giuridica di chi su tale affidamento abbia fatto conto.

La tesi viene contrastata sotto un duplice profilo³⁹.

³⁵ Cfr. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370.

³⁶ Sul punto, non si possono non richiamare le considerazioni di M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 71 ss., il quale sottolinea come il richiamo all' «ordinamento giuridico» contenuto nell'art. 1173 c.c. renda evidente il carattere *elastico* del sistema delle fonti delle obbligazioni, specificando, inoltre, che il giudizio di conformità all'ordinamento debba essere condotto facendo riferimento alle varie indicazioni provenienti dallo stesso, senza la necessità di un'espressa norma di legge che, specificatamente, individui l'atto o fatto produttivo di obbligazioni.

³⁷ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 466 ss.

³⁸ Cfr. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 364.

³⁹ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, pp. 65 – 103.

In primo luogo, vengono riaffermate le ragioni per le quali si dubita della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale.

Ragioni che, in sintesi, possiamo raggruppare nei seguenti argomenti:

- Nella *ratio* che si desume dalla normativa previgente: «il codice del 1865 non contemplava un corrispettivo dell'art. 1337, la responsabilità per *culpa in contrahendo* veniva sistematicamente ammessa e desunta dall'art. 1151»⁴⁰;
- Nel riferimento ad una giurisprudenza costante, pressoché monolitica, che riconosceva «in prevalenza carattere aquiliano alla responsabilità prevista dall'art. 1337»⁴¹.
- Nella visione comparatistica dell'istituto: «nel Common law le Corti, nonostante i principi declamati, riconoscono rilevanza alle c.d. *pure economic losses* e, in presenza di una *special relationship* ed a condizione di un *reasonable reliance*, concedono loro una tutela che, senza esitazione, qualificano come *torts*».

In secondo luogo, lo stesso ricorso all'analogia viene ritenuto discutibile perché il ricorso ad essa «suppone una lacuna dell'ordinamento e una tale lacuna non si darebbe ove i casi considerati potessero trovare risposta normativa diretta nell'art. 2043 c.c.»⁴²

In ordine alla prima perplessità (riconduzione della responsabilità precontrattuale all'area della responsabilità aquiliana), occorre ricordare, come già messo in evidenza nella prima parte del lavoro, che il monolitico orientamento della Cassazione, nello stesso anno in cui veniva edito il Trattato (2011), era in progressiva erosione.

In particolare, nel 2011, in due differenti pronunce⁴³, la Corte di cassazione accoglie la tesi della responsabilità da contatto sociale, affermando che «la responsabilità

⁴⁰ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, p. 75.

⁴¹ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, p. 75.

⁴² M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, p. 74.

⁴³ Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 11, p. 1647, anche se in termini non ancora molto incisivi, afferma che: «la responsabilità configurabile in capo alla p.a., pur non essendo qualificabile né come extracontrattuale, né come contrattuale, si avvicina di più a quest'ultima poiché consegue al contatto tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto e si fonda sulla violazione del dovere di buona fede e correttezza per aver leso l'interesse del privato, qualificabile non in termini di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo alla regolarità e legittimità dell'aggiudicazione».

Successivamente, in termini più chiari, Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 12, p. 1795, con riferimento ad una convenzione conclusa tra P.A. ed un architetto, cui non era seguita la registrazione presso la Corte dei Conti e che quindi risultava improduttiva di effetti, con conseguente impossibilità del professionista di far valere i diritti nascenti dalla convenzione. La P.A. recedeva dalla convenzione e l'architetto, avendo già in parte eseguito la prestazione, chiedeva il compenso per l'attività professionale già espletata.

precontrattuale ne costituisce figura normativamente qualificata», ma senza approdare ad una soluzione definitiva. E infatti, anche a seguito di queste pronunce, la giurisprudenza (in materia) resta oscillante. È solo nel 2016 che la Suprema Corte, con una sentenza-trattato che, sebbene resa a sezione semplice, presenta tutti i connotati di una pronuncia a sezioni unite⁴⁴, fa propria la tesi espressa da Mengoni nel 1956⁴⁵.

Una sentenza rilevante che, peraltro, appare suscettibile di ulteriori sviluppi in ordine al settore dei c.d. contatti negoziali⁴⁶.

In ordine alla seconda perplessità (il ricorso alla analogia), occorre evidenziare come Autorevole dottrina⁴⁷ tenda a superare il paradigma dell'analogia⁴⁸, quale strumento di auto integrazione del sistema giuridico, al fine di evidenziare come sia l'interpretazione estensiva che l'analogia «fanno parte, strumentalmente e funzionalmente, di un processo

La Corte qualifica la domanda come risarcimento danni da responsabilità precontrattuale, affermandone la natura contrattuale in quanto fondata sul contatto sociale qualificato instauratosi tra le parti nel corso delle trattative.

Sulle pronunce in esame, note di CASTRONOVO C., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, fasc. 4, p. 1227 ss. e SCOGNAMIGLIO C., *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, fasc. 6, p. 1949 ss.

⁴⁴ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, 12, p. 2565 ss., con nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*; in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051 ss., con commento di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; in *NGCC*, 2016, I, p. 1451 ss., con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*; in *Dir. civ. cont.*, 15 luglio 2016, con nota di I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»?* Cfr. l'analisi di C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, II, p. 1515 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, p. 35 ss.; E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1, p. 233 ss.

⁴⁵ Per l'analisi della sentenza in questione, si veda capitolo I, § 7.

⁴⁶ Sul punto, occorre far riferimento a A. ZACCARIA, *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, in *Resp. civile*, 2010, 4, pp. 245 ss. ID., *La mediazione è un «contatto sociale» mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 11, p. 726 ss. ID., *La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 77 ss. ID., *«Contatto sociale» e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus civile*, 2017, 3, p. 185 ss., il quale, propone di ravvisare nei «contatti sociali» una fonte negoziale di obbligazioni, in quanto fondati su dichiarazioni di volontà rappresentate da comportamenti concludenti. La considerazione dalla quale l'Autore prende le mosse per il suo ragionamento è la seguente: «il contratto si conclude attraverso una manifestazione di consenso, che non deve necessariamente assumere la veste di una dichiarazione espressa. La manifestazione di consenso potrebbe anche assumere la forma di un comportamento direttamente attuativo dello scopo negoziale che si intende raggiungere. E allora, posto che un comportamento concludente, oltre che all'esito di una valutazione condotta con riguardo alla singola fattispecie, può essere ravvisato anche all'esito di una valutazione condotta avendo presente le convinzioni generalmente diffuse nella generalità dei consociati, ecco che i comportamenti concludenti socialmente tipizzati altro non sono che contatti sociali, da intendersi come quell'insieme di circostanze e comportamenti, valutati in modo socialmente tipico, mediante i quali si realizzano operazioni economiche e trasferimenti di ricchezza».

⁴⁷ N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 60-82.

⁴⁸ Sul tema, occorre necessariamente far riferimento ai classici contributi di N. BOBBIO, *Analogia*, in *Novissimo Digesto italiano*, I, Torino, 1957, p. 695; M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 528 ss.

fondamentalmente unitario, essendo l'interprete necessariamente chiamato ad integrare l'immanente portata storica, logica ed assiologia implicita nell'astratta ipotesi normativa, con la conseguenza che è impossibile ritrovare sul piano strutturale un criterio sicuro di distinzione tra i diversi momenti in cui l'intervento dell'interprete tecnicamente si realizza»⁴⁹.

E' la stessa necessità di una lacuna ad essere in discussione.

«Nel momento stesso in cui il sistema delle fonti si disarticola e a determinare la disciplina di un rapporto concreto concorrono una pluralità di indici normativi (e non solo) di derivazione diversa, non ha evidentemente più senso parlare di lacune di un ordinamento, posto che questo concetto suppone una unitaria fonte di posizione degli enunciati e l'individuazione di un perimetro complessivo rispetto al quale possa parlarsi di un qualunque difetto di previsione o di disciplina».⁵⁰

Il problema, in un certo senso, si sposta: non si tratta di verificare l'esistenza di lacune, ma di evitare applicazioni incontrollate di categorie dogmatiche.

Di questo pericolo, in realtà, è ben cosciente la stessa dottrina che ha elaborato la tesi in questione⁵¹.

Resta, tuttavia, aperto il problema di fondo: se l'espansione della responsabilità precontrattuale riguardi solo i settori dei c.d. contatti negoziali o se, viceversa, vada al di là di essi configurandosi anche nelle ipotesi dei c.d. contatti sociali qualificati.

Tema sul quale si dovrà necessariamente tornare nel prosieguo del lavoro.

⁴⁹ N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, cit., p. 64. Peraltro, già nel ragionamento di L. CAIANI, *Analogia*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, p. 354 e 358 era possibile intravedere l'improprietà di riconnettere l'analogia al presupposto necessario di una lacuna, intesa come mancanza della regolamentazione del caso concreto.

⁵⁰ N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, cit., p. 73.

⁵¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 146-148, il quale mette in evidenza una serie di ipotesi in cui la giurisprudenza ha fatto cattivo uso della categoria, inquadrando fattispecie ad essa non appartenenti, come nel caso di rapporti aventi diretto fondamento in un contratto (fonte di obblighi di prestazione) o ipotesi di violazione di obblighi di comportamento posti a carico di un soggetto dalla legge, ossia ipotesi in cui già la violazione dell'obbligo *ex lege* determina responsabilità di tipo contrattuale, senza la necessità di far ricorso al requisito del contatto sociale.

4.2. Sulla asserita differenza strutturale tra responsabilità per “lesione del diritto” e responsabilità per violazioni di “obblighi”

Tornando adesso al primo, fondativo, argomento utilizzato per la costruzione della dottrina della c.d. responsabilità da contatto sociale (e del suo inquadramento nell’area della responsabilità contrattuale), esso si fonda sulla asserita differenza “strutturale” tra responsabilità per “lesione del diritto” e responsabilità per violazioni di “obblighi”, che discenderebbe dalla circostanza per cui «colui che non è vincolato da obblighi è libero fino a quando non si verifichi la lesione del diritto altrui», mentre «la responsabilità da violazione di un obbligo di protezione presuppone appunto un obbligo e perciò si configura come infrazione di un rapporto che lega già i soggetti, attivo e passivo, della fattispecie del danno»⁵².

Si afferma che, mentre l’art. 2043 c.c. è costruito con una proposizione normativa «caratterizzata *ab origine* dall’assenza di doveri di comportamento» dove la lesione del diritto altrui genera la responsabilità, al contrario, gli obblighi di protezione consistono in proposizioni normative le quali valgono a «costituire un preciso dovere di comportamento volto a tutelare una specifica sfera giuridica altrui»⁵³.

Questa distinzione non convince chi ritiene che «non vi siano elementi per sostenere che, a differenza del destinatario di un obbligo di protezione ex art. 1337 c.c., il passante dell’art. 2043 c.c. sia libero fino a quando non si verifichi la lesione del diritto altrui»⁵⁴.

In realtà, questa dottrina sostiene che «l’art. 2043 c.c. presenti una valenza prescrittiva assolutamente non diversa da quella racchiusa nell’art. 1337 c.c.. Nell’un caso e nell’altro la responsabilità si mostra, allo stesso modo, sottoposta alla duplice condizione della causazione di un danno e della valutazione del comportamento che (ne ha creato il rischio e) lo ha causato secondo un parametro previo, costituito rispettivamente dalla colpa/diligenza e dalla buona fede/correttezza. E come nel danno aquiliano ricorre la medesima *ratio* conservativa della sfera giuridica altrui, così la colpa/diligenza presenta

⁵² C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 456.

⁵³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., pp. 455 - 458.

⁵⁴ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 79.

un'attitudine prescrittiva (= un'idoneità alla determinazione previa del comportamento vietato) del tutto eguale a quella che si può accreditare alla buona fede/correttezza»⁵⁵.

Tesi, quest'ultima, che sembra richiamare la nota teoria del Carnelutti il quale, nel negare che l'*alterum non laedere* sia in sé un dovere, lo definì «sintesi di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno verso gli altri»⁵⁶.

Da questa premessa, l'Autore in questione ricava l'identità di natura della responsabilità contrattuale ed aquiliana, accumulate proprio dal conseguire, come sanzione, alla violazione di doveri di comportamento.

Affermazione che però risulta contrastata da chi⁵⁷ riafferma la differenza tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana, attestandola sul piano della distinzione tra doveri relativi e doveri assoluti, o meglio, tra obblighi e doveri in senso stretto. Solo quando tali doveri entrano necessariamente nella struttura del diritto, quest'ultimo si configura come vera e propria pretesa alla quale corrisponde allora un obbligo in senso proprio.

Da questa differenza di struttura deriva, quindi, il regime di responsabilità (contrattuale) che altra impostazione tende a negare⁵⁸.

Viene, peraltro, rilevato, sul piano funzionale, che la responsabilità contrattuale si situa in un circuito acquisitivo ed è rivolta a realizzare per equivalente ciò che il programma negoziale prometteva e che l'inadempimento ha fatto mancare, mentre la responsabilità extracontrattuale adempie a una funzione conservativa, la quale presuppone che la ricchezza debba rimanere «proprio colà ove già si trovava, tutte le volte in cui sia stata “ingiustamente” distrutta»⁵⁹, sicché «non è il carattere relativo o assoluto della doverosità del comportamento, ma la funzione traslativa o conservativa, cui tale doverosità è

⁵⁵ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, pp. 79 – 80.

⁵⁶ Cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 744.

⁵⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 203.

⁵⁸ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, p. 80, afferma che «la responsabilità dell'art. 2043 c.c. può dirsi dipenda dalla violazione di un obbligo preesistente allo stesso titolo e nello stesso modo di come questo può dirsi della responsabilità dell'art. 1337 c.c. e perciò la violazione di un obbligo preesistente non può costituire una ragione per espungere dalla responsabilità aquiliana la materia degli obblighi di protezione e dei c.d. nuovi danni che ad essa si vorrebbero assegnare».

⁵⁹ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, p. 97.

preordinata, che dà senso alla sua qualificazione in termini, rispettivamente, di obbligazioni o di obbligo»⁶⁰.

4.3. *Argomenti di carattere testuale*

Un ulteriore argomento utilizzato dalla dottrina della c.d. responsabilità da contatto sociale a sostegno della sua natura contrattuale si trae da quelle norme (artt. 1494, 1578, 1812 e 1821) che qualificano come contrattuale la responsabilità dipendente dalla violazione di obblighi (di protezione) preesistenti alla conclusione del contratto.

In sintesi:

- La responsabilità per il caso di vizi occulti del bene venduto, prevista dall'art. 1494 c.c., ha natura sicuramente contrattuale;
- Questa responsabilità consegue ad un fatto che precede la conclusione del contratto ed è quindi da ricondurre alla responsabilità precontrattuale;
- «Per il principio logico di non contraddizione (...) la conseguenza che la responsabilità deve considerarsi precontrattuale insieme alla contemplazione legislativa di essa come contrattuale implica la conferma della natura contrattuale della responsabilità *in contrahendo*»⁶¹.

Alla ricostruzione del dettato legislativo, Barcellona obietta:

- Che «non è affatto detto che la responsabilità prevista dall'art. 1494 c.c. consegua necessariamente ad un “fatto che precede la conclusione del contratto»⁶².
- Che potrebbe «non essere del tutto sicuro (...) che la responsabilità dell'art. 1494 c.c. abbia carattere precontrattuale anche nelle stesse ipotesi marginali di vendita di specie»⁶³.

⁶⁰ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, p. 98.

⁶¹ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale, cit.*, pp. 366 – 367.

⁶² M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, p. 82.

⁶³ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, p. 83.

- Che, infine, dal carattere precontrattuale «della responsabilità prevista dagli artt. 1494, 1578, 1812 e 1821» non discenderebbe, in modo univoco la natura contrattuale della responsabilità che andrebbe «determinata senza alcun pregiudizio legislativo» nell'ambito della contrattuale o extracontrattuale.⁶⁴

Fermo restando che non sembra ravvisarsi una “petizione di principio” nell'applicazione del principio logico di non contraddizione, resta il fatto che (almeno con riferimento ai fatti che precedono la conclusione del contratto) «la dottrina è pressoché unanime nel riconoscere natura contrattuale alla responsabilità collegata alla violazione dell'obbligo di dichiarare i vizi»⁶⁵.

Ma il dato testuale, desumibile dal codice civile o da leggi successive, non sempre ha carattere univoco.

Basti pensare, a titolo di esempio, alla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. Fattispecie che, a partire dalla famosissima sentenza della Cassazione n. 589/1999, era stata ricondotta al modello della responsabilità contrattuale da “contatto sociale qualificato”, ma che, successivamente, ha dovuto fare i conti dapprima con la legge Balduzzi (l. 189/2012) e, da ultimo, con la riforma Gelli-Bianco (l. 24/2017).

Quest'ultima espressamente qualifica come extracontrattuale la responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria che non ha agito nell'adempimento di un'obbligazione di fonte contrattuale assunta verso il paziente, comportando ciò una differenza netta, rispetto al passato, sia in termini di oneri probatori (più gravosi per il danneggiato), sia in termini di prescrizione dei diritti.

4.4. *Sulla rilevanza della buona fede e dell'affidamento*

Un ulteriore argomento (forse il più importante) utilizzato per riconoscere carattere contrattuale alla responsabilità da contatto sociale muove dal riconoscimento di un valore normativo ai caratteri dell'affidamento e della buona fede.

Più in particolare:

⁶⁴ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile, cit.*, p. 81.

⁶⁵ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale, cit.*, p. 366.

- L'art. 1337 c.c. assoggetta la relazione precontrattuale al dovere di buona fede;
- L'assoggettamento «di una relazione sociale all'imperativo della buona fede (...) la trasforma sul piano giuridico in un rapporto obbligatorio»⁶⁶;
- La fonte del rapporto in questione «rientra nella terza categoria della classificazione gaiana, riprodotta dall'art. 1173»⁶⁷;
- Il fatto cui la legge ricollega la nascita del rapporto obbligatorio precontrattuale «deve reputarsi costituito dall'affidamento obiettivo ingenerato in una parte dal comportamento dell'altra»⁶⁸;
- Tale rapporto obbligatorio «è funzionale alla tutela della sfera giuridica altrui»⁶⁹;
- «Ogni qual volta ricorra il “fatto” dell'obiettivo affidamento sorge un rapporto obbligatorio funzionale alla tutela della sfera giuridica dell'altro la cui violazione è da ricondurre all'area della responsabilità contrattuale»⁷⁰.

La critica di tale percorso è, sostanzialmente, affidata alla collocazione dell'affidamento nella sequenza delineata dall'art. 1337 c.c.

Si sostiene che “l'affidamento obiettivo” non «possa assumersi a fondamento del dovere di buona fede e della sua estensione analogica ad altre situazioni di contatto sociale»⁷¹ posto che «la fonte del dovere di buona fede è costituita dall'art. 1337 e che il fatto costitutivo di tale norma (...) non è affatto l'affidamento, bensì la trattativa (ossia il contatto sociale preordinato alla possibile conclusione del contratto): le parti debbono osservare l'obbligo di buona fede non perché si dia già tra esse un affidamento obiettivo, ma per il fatto che fra esse si è intrapresa una trattativa contrattuale e che, per l'effetto della buona fede cui l'art. 1337 le obbliga, sono tenute a non ingenerare reciprocamente un affidamento obiettivo (...). Di guisa che non è l'affidamento a far sorgere l'obbligo di buona fede ma, al contrario, è l'obbligo di buona fede a rendere rilevante l'affidamento»⁷².

⁶⁶ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 364.

⁶⁷ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370.

⁶⁸ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370.

⁶⁹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., pp. 461 - 463.

⁷⁰ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 469.

⁷¹ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 87.

⁷² M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 87.

In sostanza, secondo questa dottrina, l'affidamento non è costitutivo dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, ma rappresenta (insieme all'intervento di un danno ascrivibile alla sua delusione) «l'elemento costitutivo della succedanea obbligazione risarcitoria»⁷³.

Affermare che l'elemento costitutivo dell'art. 1337 c.c. non è l'affidamento ma la trattativa richiama alla mente la nota affermazione di Betti che individuava proprio nel momento dell'instaurazione delle trattative il fatto costitutivo della responsabilità⁷⁴.

Ma tale affermazione, com'è noto, non è da tutti condivisa.

Mengoni, infatti, afferma che «anche la semplice offerta del contratto, la semplice dichiarazione di voler trattare, può integrare il presupposto della norma dell'art. 1337, quando sia di tale contenuto o accada in circostanze tali da determinare immediatamente un affidamento dello stesso dichiarante verso il destinatario dell'offerta (...) oppure di quest'ultimo nei confronti del primo (...) indipendentemente dall'avvio di una trattativa»⁷⁵. Da questa premessa, secondo questa impostazione, si può affermare, in generale, che «la relazione diretta alla stipulazione di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede, nel momento in cui sorge nei confronti di una o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra parte. Solo normalmente questo momento coincide con l'inizio delle trattative»⁷⁶.

Non solo.

Nella sua nota-trattato, Mengoni eleva la buona fede di cui all'art. 1337 c.c. a “principio” per effetto «dell'evidente parallelismo dell'art. 1337 con gli artt. 1366 e 1375 (e si possono ricordare anche gli artt. 1358 e 1460 cpv.), nei quali la buona fede ha sicuramente il significato oggettivo di norma di condotta, desunta dall'ambito di correttezza del *bonus vir* e richiamata come criterio di determinazione del contenuto del contratto e degli effetti obbligatori che ne derivano»⁷⁷.

⁷³ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 88.

⁷⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 501.

⁷⁵ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370.

⁷⁶ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370.

⁷⁷ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 364.

Si tratta di un “principio” implicito⁷⁸ che si ricava per «induzione da un insieme di norme particolari e condensati in formule dottrinali, dette dai giuristi romani *regulae iuris*»⁷⁹, ma che non descrive, in quanto principio generale, una conchiusa classe di fatti, ma genera «una serie indeterminata di ipotesi ciascuna delle quali è suscettibile di venire assunta a formare altrettanto fattispecie diverse»⁸⁰.

Da qui la sua possibile estensione a fattispecie diverse da quelle che integrano la responsabilità precontrattuale ma che presentano una *eadem ratio*.

⁷⁸ R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985, pp. 162 e 163.

⁷⁹ L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali di diritto*, Atti del Convegno linceo, Roma, 27 – 29 maggio, 1992, p. 319.

⁸⁰ V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, p. 236.

Sezione II

Il contenuto dell'obbligazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini del concetto di obbligazione: dall'*obligatio* romana all'elaborazione del Savigny. – 3. Il contenuto dell'obbligazione nelle disposizioni «generalissime» del codice del 1942. – 4. La teoria degli obblighi di protezione nella dottrina italiana. – 6. La figura dell'obbligazione senza prestazione. – 6.1. Il dibattito sulla figura. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Nella sezione che precede sono stati esplorati i confini tra le due forme di responsabilità (contrattuale e aquiliana), al fine di collocare, nella prima o seconda categoria, le fattispecie esaminate nel primo capitolo di questo lavoro.

Il tema (individuazione della linea di confine tra le due specie di responsabilità) risulta strettamente connesso (ancorché concettualmente distinto) con un secondo profilo d'indagine: il contenuto semplice o complesso dell'obbligazione.

Sotto questo profilo, occorre ripercorrere (seppure brevemente) l'evoluzione storica dell'obbligazione dal diritto romano alla disciplina codicistica, tracciando il passaggio dall'*obligatio* (intesa come asservimento personale) all'obbligazione moderna (intesa quale strumento volto al conseguimento di un profitto).

All'interno della disciplina del codice civile, occorre poi soffermarsi sulla nozione di «prestazione», la quale, indubbiamente, contiene in sé un significato dualistico: essa, per un verso, ha riguardo al dovere di comportamento del debitore e, per altro verso, alla realizzazione dell'interesse creditorio.

Partendo da questa nozione di prestazione, risulta necessario approfondirne il contenuto: se esso, cioè, si riduca al (solo) dovere avente ad oggetto la prestazione principale ovvero comprenda in sé obblighi altri integrativi ovvero autonomi di protezione dell'altrui sfera giuridica.

Giunti alla conclusione che il rapporto obbligatorio vada inteso in termini complessi, si passerà ad esaminare la dottrina che, partendo dalla ricostruzione mengoniana della responsabilità precontrattuale, ha configurato la c.d. obbligazione senza prestazione.

All'esame del dibattito su questa figura vengono dedicati i paragrafi conclusivi.

2. *Le origini del concetto di obbligazione: dall'obligatio romana all'elaborazione del Savigny*

Nelle fonti romane classiche mancava una definizione di *obligatio*.

Essa appare solo più tardi nelle Istituzioni di Giustiniano: «*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*».

Inizialmente, il concetto di *obligatio* non era inteso nella moderna accezione di «dovere

di eseguire una certa prestazione», ma si caratterizzava per la sua natura eccezionale di «stato di soggezione di un soggetto rispetto ad un altro», cui si contrapponeva, invece, la situazione di libertà in cui si trovavano coloro che non erano obbligati.

L'eccezionalità della posizione dell'*obligatus* derivava dalla particolare configurazione dell'economia del tempo, che vedeva nella *familia* un'unità produttiva a se stante, chiusa e priva di rapporti di scambio con l'esterno, di talché la ricerca di credito al di fuori del nucleo familiare era raffigurata come una situazione del tutto eccezionale.

Successivamente, in età repubblicana, si assiste ad un duplice fenomeno: da una parte, una prima generalizzazione del concetto di *obligatio* (in cui vengono fatti rientrare sia gli obblighi derivanti da contratto che quelli derivanti da delitto) e, dall'altra, l'accentuarsi dell'aspetto economico dell'obbligazione, con il progressivo venir meno dell'aspetto legato all'asservimento personale.

Ma è solo con le dottrine del giusnaturalismo (del XVI e XVII secolo) e la scuola storica tedesca e della Pandettistica che nasce la forma moderna dell'obbligazione.

L'indirizzo tendente all'elaborazione di un diritto privato omogeneo risale all'opera di Savigny¹. In particolare, con riferimento alla teoria delle obbligazioni, la premessa da cui muove l'Autore è la seguente: l'essenza del «rapporto giuridico» consiste in «una sfera di dominio indipendente della volontà individuale».

Da questa definizione «proprietaria» di rapporto giuridico, Egli fa discendere il risultato che tutte le posizioni giuridiche dell'individuo perdono la loro specificità per ridursi a «forme di dominio» su oggetti diversi della realtà.

Proprietà e obbligazioni sono, in sostanza, aspetti diversi di un unico modello «dominiale», a seconda che il dominio abbia ad oggetto cose materiali (la proprietà) o «gli altri esseri simili al volente» (le obbligazioni).

Ma lo sforzo del Savigny non si limita alla ricerca delle affinità tra proprietà e obbligazioni. Egli va oltre, recuperando il concetto di obbligazione in un quadro di «normalità» (in antitesi alla natura eccezionale dell'*obligatio* romana), rilevandone peraltro la natura «transitoria» (rispetto ai rapporti reali e a quelli familiari).

L'obbligazione, in sostanza, finisce con il condividere il carattere generale ed astratto del diritto proprietario diventando uno strumento «normale» del commercio giuridico.

¹ F.C. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, I, trad. it. V. SCIALOJA, Torino, 1886; ID., *Le obbligazioni*, I, trad. it. G. PACCHIONI, Torino, 1912.

Questo breve *excursus* storico risulta necessario per comprendere appieno il fondamento dei moderni indirizzi in tema di oggetto dell'obbligazione.

E invero, il modello proprietario ha un'evidente influenza sulle c.d. teorie "patrimoniali". Teorie che ricostruiscono l'obbligazione sulla falsariga del diritto reale, nel senso di un diritto che ha per oggetto un bene-cosa o, comunque, un risultato patrimoniale.

Le c.d. teorie "personali" rappresentano, invece, una reazione a tale orientamento, laddove statuiscono il principio che è il comportamento del debitore (e non il bene dovuto) l'oggetto del diritto di credito.

Resta, però, il fatto che anche in tali teorie «la qualificazione dell'obbligazione quale rapporto "mediato" (e non immediato) tra il soggetto-creditore e la cosa (re)introduce un rapporto di parentela-affinità con lo schema della proprietà (e dei diritti reali)»².

L'unica teoria che prende le distanze dal modello proprietario è quella denominata "teoria di scopo"³. Secondo questa tesi, lo scopo entra a far parte della struttura dell'obbligazione, nel senso che si considera, quale elemento qualificante l'obbligazione, l'elemento finalistico, cioè lo scopo economico inteso «come la soddisfazione di un determinato, limitato interesse privato di una persona».

Di tale concezione sono stati sottolineati anche i pericoli, che derivano dall'abbandono dell'utilizzo di un rigoroso criterio formale.

Da qui la necessità, avvertita da Autorevole dottrina, di mantenere ferma la distinzione tra contenuto dell'obbligo ed oggetto del diritto, pur disposta secondo la relazione funzionale mezzo-scopo: «il primo è costituito dal comportamento dovuto, il secondo dalla soddisfazione dell'interesse tutelato, pensato come risultato da realizzare»⁴.

In altri termini, sulla base della teoria in esame, rimodulata con il correttivo apportato successivamente, il criterio ordinante la struttura dell'obbligazione non è più quello del potere-dominio su di un *quid* del mondo esteriore (sia esso il bene-cosa o il comportamento del debitore), ma del mezzo diretto ad uno scopo, dove, rispettivamente, il mezzo consiste in un dovere giuridicamente garantito e lo scopo nella soddisfazione dell'interesse dell'avente diritto.

² Così, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 9.

³ Teoria elaborata dallo studioso tedesco G. HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen, 1875.

⁴ Cfr. L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 158 ss., ora in *Obbligazioni e negozio. Scritti*, vol. II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 53 ss.

3. *Il contenuto dell'obbligazione nelle disposizioni «generalissime» del codice del 1942*

Nel codice del 1865, l'obbligazione civile costituiva essenzialmente un modo di acquisto della proprietà. Solo con il codice del 1942, l'obbligazione assume le sue moderne caratteristiche, risultando non più esclusivamente finalizzata all'acquisto della proprietà, ma operando, più in generale, quale strumento volto al conseguimento di un profitto⁵.

Il codice del 1942 non fornisce una definizione del concetto di obbligazione⁶, ma detta una serie di disposizioni generalissime, contenute negli artt. 1173, 1174, 1175 c.c., dalle quali desumere indicazioni circa struttura e contenuto della stessa.

In particolare, nell'art. 1174 c.c. troviamo il riferimento al concetto di «prestazione», che si connota, da un lato, per la patrimonialità e, dall'altro lato, per la corrispondenza ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.

Della norma sono state messe in discussione collocazione, funzione, natura e interpretazione⁷.

Ci si è chiesto se l'art. 1174 abbia natura «definitoria», nel senso di definire quali situazioni giuridiche debbano considerarsi obbligazioni e quali no, ovvero «precettiva», nella misura in cui impone alle parti un limite alla libertà nella creazione di obblighi.

⁵ Come è noto, con il codice del 1942 si realizza la c.d. «commercializzazione delle obbligazioni civili», ossia l'estensione della disciplina delle obbligazioni commerciali a quelle civili.

Questo dato si intende sottolineare, in quanto consente di capire come si è realizzato «storicamente» lo sganciamento delle obbligazioni dal ruolo di mero strumento per l'acquisto e la trasmissione della proprietà a «forma generale e astratta» da usare nei rapporti di produzione e scambio.

Mentre, infatti, sotto il vigore del codice civile del 1865, l'obbligazione civile si trovava in rapporto di imprescindibile connessione col diritto di proprietà (era collocata nel Libro III, intitolato «*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*»), quella commerciale, sotto il vigore del codice del commercio del 1882, rappresentava invece la forma generale utilizzata dalla classe mercantile per lo svolgimento delle operazioni commerciali. Così, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 11 ss.

⁶ Si legge nella relazione al codice civile (n. 557): «Si è rinunciato a precisare il concetto di obbligazione. L'argomento è schiettamente dogmatico; e se la legge l'avesse affrontato, mentre non avrebbe sedato il grave dissidio in dottrina, avrebbe esorbitato dal campo normativo entro cui deve strettamente mantenersi».

⁷ Cfr. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 197 ss.

Parte della dottrina, facendo leva sull'uso del verbo «dovere» («la prestazione *deve* essere suscettibile di valutazione economica e *deve* corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore») reputa difficile negarne la natura precettiva⁸.

Proprio al requisito della patrimonialità, la riflessione più antica assegnava la funzione di discriminare obbligazioni giuridiche da obblighi e doveri di diversa natura, pertinenti alla sfera della morale o della cortesia (ad esempio gli obblighi di collaborazione esistenti nell'ambito familiare).

Successivamente, invece, si è messa in luce la distinzione tra l'aspetto della patrimonialità della prestazione e quello della giuridicità dell'obbligo, affermando che la patrimonialità della prestazione costituisce carattere «oggettivo» della stessa, per cui occorre riferirsi all'ambiente giuridico-sociale nel quale l'obbligazione è sorta.

Il carattere o meno giuridico dell'obbligo assunto può, invece, essere messo in relazione con la volontà delle parti, disposte, ad esempio, a stipulare un corrispettivo in denaro o una clausola penale pur di garantire l'adempimento dell'obbligo.

In sostanza, secondo questa impostazione, mentre la volontà dei soggetti non può avere alcuna diretta incidenza sul carattere patrimoniale della prestazione, la può avere, al contrario, nel dare a quest'ultima la connotazione di obbligo giuridico⁹.

Sotto questo profilo, di diverso avviso, è altra dottrina, la quale ritiene che il carattere patrimoniale della prestazione possa essere non solo *intrinseco* alla prestazione considerata (si pensi al trasferimento di un bene o all'esecuzione di un servizio aventi di per sé un valore economico), ma anche derivare *ab extrinseco* dal modo con cui quella determinata prestazione è fatta oggetto delle pattuizioni delle parti.

Ciò che conta e su cui si pone l'accento è la strumentalità della (patrimonialità della) prestazione rispetto all'interesse (questo sì patrimoniale) che le parti ad essa annettono¹⁰.

In ogni caso, a prescindere dalla diversità delle opinioni esposte, ciò che risulta pacifico è che la nozione di «prestazione», pur nella sua evoluzione storica, richiama quella di atto, attività, comportamento del soggetto obbligato.

Sotto questo profilo, la questione più complessa e controversa su cui si sono concentrati gli studiosi attiene alla delimitazione della nozione «normativa» di prestazione,

⁸ Così, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1963.

⁹ M. GIORGIANNI, Voce: *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 581 ss.

¹⁰ In questi termini, A. DI MAJO, Voce: *Obbligazione (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 20.

guardando, per un verso, al dover prestare del debitore e, per altro verso, al connesso interesse del creditore.

Si discute, come è noto, se la prestazione si identifichi con il comportamento dovuto dal debitore (nel senso di impiego di sforzo, da parte di esso, finalizzato a far ottenere al creditore un risultato vantaggioso), ovvero se la prestazione debba integrare il raggiungimento di un risultato, inteso come realizzazione dell'interesse creditorio, di talché il suo mancato raggiungimento integri di per sé inadempimento dell'obbligazione. Proprio richiamandosi alla distinzione tra comportamento e risultato, la dottrina francese ha configurato due categorie di obbligazioni: quella di «mezzi» e quella di «risultato»¹¹. La creazione di questa dicotomia ha fortemente influenzato anche la dottrina italiana, che si è concentrata sul problema relativo all'estensione dell'oggetto o contenuto delle singole obbligazioni, trascurando, come sottolinea attenta dottrina¹², che il problema in esame riguarda più propriamente la «struttura dell'obbligazione», ossia la configurazione di essa a livello di teoria generale.

Come già rilevato dalla dottrina tedesca, l'espressione «prestazione» nel diritto delle obbligazioni contiene in sé un significato dualistico: essa, per un verso, ha riguardo al dovere di comportamento del debitore e, per altro verso, alla realizzazione dell'interesse creditorio. Questo dualismo trova la sua origine nell'evoluzione subita dall'obbligazione nel corso del tempo e si riflette nel linguaggio del codice, che presenta disposizioni che guardano al comportamento del debitore (o di entrambi i soggetti del rapporto), come quella sulla diligenza (art. 1176 c.c.) e quella sulla correttezza (art. 1175 c.c.) e disposizioni che, invece, sembrano presupporre la rilevanza del risultato, come la nozione di impossibilità cui fa riferimento l'art. 1218 c.c. e la possibilità che all'adempimento dell'obbligazione sia legittimato un soggetto diverso dal debitore (art. 1180 c.c.).

In sostanza, non può trarsi dalla disciplina positiva la soluzione al problema, in quanto essa è il risultato di concezioni diverse, che, di volta in volta, hanno influenzato l'evoluzione del pensiero dogmatico in ordine alla struttura dell'obbligazione.

Il dualismo comportamento-risultato appare dunque ineliminabile.

¹¹ Sul tema della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, un esame attento ed approfondito è compiuto da L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss., ora in *Obbligazioni e negozio. Scritti*, vol. II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 197 ss.

¹² Cfr. A. DIMAJO, *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 105 ss.

Può subire variazioni a seconda delle singole obbligazioni, ma non può essere annullato¹³. Si può quindi concludere affermando che l'obbligazione nel suo complesso vada intesa come «regola di comportamento in funzione del raggiungimento di un risultato, a questo finalizzata»¹⁴.

Partendo da questa nozione di prestazione, occorre, adesso, approfondirne il contenuto: se esso, cioè, si riduca al (solo) dovere avente ad oggetto la prestazione principale ovvero comprenda in sé obblighi altri integrativi ovvero autonomi di protezione dell'altrui sfera giuridica.

Il dato emergente dagli artt. 1174 e 1218 c.c. pone l'accento solo sul dovere primario di prestazione, considerando, la prima disposizione, la prestazione quale oggetto dell'obbligazione e, sanzionando la seconda, con il risarcimento del danno, il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta.

Ma tale concezione, secondo la quale l'obbligazione è un rapporto a struttura lineare ai cui poli si situano il debito, dal lato passivo, e il credito, dal lato attivo, appare alla maggior parte degli autori riduttiva, in quanto non tiene conto del fatto che ad un compiuto svolgimento del rapporto obbligatorio possono raccordarsi interessi altri, che non si identificano soltanto con quello alla prestazione, intesa *strictu sensu* come scambio di beni o utilità.

E allora occorre chiarire di quali interessi si tratta per poi affrontare il problema dogmatico di stabilirne la rilevanza concreta nella struttura dell'obbligazione.

4. *La teoria degli obblighi di protezione nella dottrina italiana*

Agli inizi degli anni '50 del secolo scorso, la categoria degli obblighi di protezione è stata introdotta nel nostro ordinamento giuridico da Emilio Betti e Luigi Mengoni¹⁵.

¹³ Nel senso che la distinzione obbligazioni «di mezzi» - obbligazioni «di risultato» sia accettabile solo nei termini di una maggiore o minore corrispondenza del risultato dovuto rispetto al termine iniziale, ossia l'interesse da cui l'obbligazione trae origine si esprime L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. *Studio critico*, cit., p. 188.

¹⁴ Così, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, artt. 1173-1176, cit., p. 111.

¹⁵ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 96; L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 371 ss., ora in *Obbligazioni e negozio*. *Scritti*, vol. II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 141 ss.

Il fondamento normativo di tale categoria sarebbe ravvisabile nell'art. 1175 c.c. (con riguardo all'obbligazione in generale) e negli artt. 1337, 1366 e 1375 c.c. (con riferimento alle obbligazioni derivanti da contratto)¹⁶.

All'interno di tale categoria si distinguono gli obblighi integrativi-strumentali e gli obblighi di protezione (o funzionali)¹⁷.

I primi, ossia gli obblighi accessori o integrativi-strumentali all'obbligo primario di prestazione sono obblighi non autonomi (cioè non azionabili in giudizio con azione autonoma), in quanto solo tendenti all'approntamento di quanto necessario o opportuno per assicurare l'esatto adempimento della prestazione principale.

Il codice civile, ad esempio, prende in considerazione l'obbligo di custodia all'art. 1177 c.c., ricomprendendolo nell'obbligazione di consegnare una cosa determinata.

Con riferimento a tali obblighi, si è osservato come non risulti necessario giustificare il loro assoggettamento, nell'ipotesi di violazione, alle regole della responsabilità contrattuale, in quanto l'eventuale lesione di tali obblighi è legata da un nesso di causalità immediata all'inadempimento dell'obbligo primario di prestazione¹⁸.

I secondi, ossia gli obblighi di protezione-funzionali, invece, accedono al rapporto obbligatorio in vista dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose dalla specifica possibilità di danno, derivante dalla particolare relazione costituitasi tra i due soggetti del rapporto¹⁹.

Oltre ai sopracitati Autori, tra i primi in Italia a occuparsi degli obblighi di protezione anche R. SCOGNAMIGLIO, voce: *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 670 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 55 ss.; C. CASTRONOVO, voce: *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 4 ss.

¹⁶ Così L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (*Studio critico*), cit., p. 368 ss.; C. CASTRONOVO, voce: *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 4 ss.

¹⁷ Secondo la denominazione data da C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 68.

¹⁸ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (*Studio critico*), cit., p. 371, riporta l'esempio del medico, la cui prestazione principale (obbligo di cura del malato) «involge per sua natura l'osservanza di certe regole scientifiche e tecniche, e conseguentemente uno sforzo costante di attenzione, di prudenza, di diligenza, senza di che verrebbe meno lo stesso concetto di cura che vuol essere essenzialmente una buona cura, cioè una cura conveniente al fine della guarigione del malato».

¹⁹ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (*Studio critico*), cit., p. 371, sempre con riferimento al medico, sottolinea l'esistenza anche di un autonomo obbligo di protezione, riportando l'esempio del «chirurgo che, terminata felicemente un'operazione addominale, nel riporre i ferri, si lascia sfuggire di mano un bisturi che colpisce l'occhio del paziente».

In contrapposizione agli obblighi di prestazione tipici della posizione giuridica debitoria, si tratta di obblighi essenzialmente reciproci cui sono tenuti entrambi i soggetti del rapporto.

Infatti, chi si mette in relazione con un altro soggetto, allo scopo di attuare un dato regolamento di interessi, espone la propria sfera giuridica a rischi che altrimenti non la toccherebbero, entra in una specifica zona di pericolo determinata dalla possibilità che l'attività dell'altra parte, connessa allo svolgimento del rapporto, sia di tale natura da arrecargli danno. Esempi, in tal senso, vengono individuati nell'art. 2087 c.c. in materia di contratto di lavoro, nell'art. 1681 c.c. in materia di trasporto di persone e negli artt. 1575, 1576 e 1580 c.c. in materia di locazione.

Sotto il profilo applicativo, l'aspetto più rilevante che deriva dalla configurazione di una tale categoria riguarda l'assoggettamento della violazione di tali obblighi alle regole della responsabilità contrattuale (a prescindere dalla soddisfazione dell'interesse alla prestazione) e la permanenza della tutela anche nell'eventuale ipotesi di caducazione del contratto, attesa la derivazione legale e l'autonomia degli obblighi in questione.

Tuttavia, la configurazione dell'obbligazione come rapporto complesso, comprensivo degli obblighi di protezione non ha ricevuto in Italia unanime consenso.

Infatti, tradizionalmente, in dottrina²⁰, la lesione di interessi altri rispetto a quelli dedotti in obbligazione avvenuta nel corso e a causa dell'attuazione del rapporto contrattuale è ricondotta all'illecito aquiliano (art. 2043 c.c.).

Si sostiene, in particolare, che l'elaborazione degli obblighi di protezione allo scopo di estendere la tutela contrattuale ad interessi che non hanno formato oggetto della prestazione principale e che perciò sarebbero protetti in via aquiliana non avrebbe senso nel nostro ordinamento, attesa l'esistenza di una clausola generale come l'art. 2043 c.c.,

L'Autore sostiene che di questo danno il chirurgo risponde contrattualmente, ma il titolo di responsabilità va individuato non nell'obbligo primario di prestazione (adempita esattamente), bensì nell'obbligo ausiliario, ma autonomo, di protezione.

²⁰ Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 159 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del contratto*, a cura di E. Del Prato, Milano, 2003, p.15; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, secondo il quale «l'obbligazione e la responsabilità contrattuale proteggono quello specifico interesse del creditore che è l'interesse alla prestazione (art. 1174). Diversi sono gli interessi della vita di relazione messi a rischio nel contatto sociale: dalla sicurezza della circolazione automobilistica alla lealtà della competizione economica alla correttezza e serietà delle trattative contrattuali. A protezione di essi si impongono agli operatori *doveri di condotta* che possono essere non generici, bensì calibrati sulle specificità degli interessi, delle attività, dei rischi in gioco, ma non per questo diventano *obbligazioni*. E la loro violazione genera responsabilità extracontrattuale».

cosicché l'art. 1175 c.c., se inteso come fonte di un dovere generale di protezione, sarebbe ridotto a una inutile duplicazione di quella norma.

Si evidenzia, altresì, che rispetto a siffatte lesioni le parti del rapporto obbligatorio si troverebbero in posizione di reciproca estraneità, sicché l'unica disciplina applicabile sarebbe quella della responsabilità aquiliana.

In altri termini, secondo quest'impostazione, tutto ciò che fuoriesce dall'ambito della prestazione dovuta è appannaggio della responsabilità extracontrattuale.

Contraria all'opportunità di attribuire un ruolo autonomo nel nostro ordinamento agli obblighi di protezione si mostra anche altra dottrina²¹, che risolve il problema all'interno dello stesso rapporto obbligatorio, di cui rifiuta una ricostruzione in termini complessi, allargando la nozione di prestazione al di là del bene o dell'utilità oggetto dell'obbligazione.

Secondo tale impostazione, a ben vedere, al debitore non si richiede semplicemente un comportamento improntato a correttezza, ma un comportamento diligente, cioè diretto ad evitare il danno al creditore.

Un siffatto comportamento, però, «fa parte integrante della prestazione dovuta senza che si debbano costruire artificialmente altri obblighi del debitore».

Un'analoga impostazione²², sempre facente leva sul dovere di diligenza ex art. 1176 c.c., ritiene che la prestazione dedotta in obbligazione assorba e comprenda i doveri di protezione della complessiva sfera giuridica della controparte, i quali perderebbero ogni autonomia nel rapporto obbligatorio.

La critica più articolata agli obblighi di protezione si deve, comunque, a Ugo Natoli²³.

L'Autore sostiene che tali obblighi, così come quelli accessori, «non sono altro che momenti nei quali si specifica la prestazione principale».

Più nello specifico, si sottolinea come ogni qual volta l'attuazione del rapporto coinvolge la persona di una parte, appartiene all'essenza della prestazione che «essa si svolga in modo da salvaguardare l'integrità della persona del creditore».

In altri termini, secondo questa dottrina, con riferimento alle ipotesi in cui un interesse di protezione appare necessariamente coinvolto nello stesso interesse primario alla

²¹ Cfr. M. C. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 2012.

²² Cfr. U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 151 ss.

²³ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1984, p. 12 ss.

prestazione (pensiamo ai casi del trasporto, della locazione e del lavoro subordinato), non avrebbe senso concepire la prestazione come spezzata in due parti.

E infatti, prendendo come esempio l'obbligazione del vettore di trasportare a destinazione una persona, non la si potrebbe concepire senza, in pari tempo, pensare all'esigenza che detto trasporto debba aver luogo senza danno per la stessa persona o le cose di essa.

Quanto, invece, all'art. 2087, si dice che esso è stato dettato in virtù della particolare natura del rapporto di lavoro e non può dunque valere sul piano generale.

Relativamente agli altri doveri di protezione, in particolare a quelli di avviso, si è infine constatato che essi sono già diffusamente statuiti in sede di disciplina di singoli contratti, sicché l'esigenza di protezione dei contraenti sarebbe già soddisfatta dalla legge e perciò non avrebbe senso costruire un dovere generico di informazione, che, tra l'altro, avrebbe carattere marginale.

La conseguenza di tali impostazioni, sotto il profilo applicativo, è che la tutela risarcitoria in via contrattuale risulta circoscritta dall'individuazione della portata della prestazione, oltre la quale non è possibile attribuire rilievo ad obblighi ulteriori.

Questa critica (come le altre) non appare convincente.

E invero, aderendo a tale impostazione, come rileva attenta dottrina²⁴, si finisce col porre i soggetti del rapporto obbligatorio in una situazione sostanzialmente deteriore rispetto agli altri soggetti, giacché ai rischi maggiori cui essi vanno incontro per il contatto che l'obbligazione ha stabilito non corrisponde una tutela adeguata²⁵.

Resta, comunque, il fatto che gli indici normativi richiamati depongono a favore dell'esistenza di tali obblighi.

L'art. 1681 c.c., infatti, sancisce un obbligo autonomo di preservare l'integrità del viaggiatore, come si desume dal secondo comma dello stesso articolo, che dispone la nullità delle clausole di esonero di responsabilità per i sinistri che colpiscono i viaggiatori.

²⁴ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 369, ora in *Obbligazioni e negozio. Scritti*, vol. II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 141 ss.

²⁵ Questa stessa dottrina, L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (Studio critico), *cit.*, p. 369, nota 15, per evitare l'eccessiva dilatazione degli obblighi in parola e la conseguenziale eccessiva "contrattualizzazione" della responsabilità aquiliana, sottolinea come la responsabilità da inadempimento di precedente obbligazione dovrebbe applicarsi in caso di violazione degli obblighi in esame «solo allorché si accerti una relazione di causalità necessaria e non di mera occasionalità tra il danno ai beni o all'integrità del contraente e l'esecuzione del contratto».

Ove si negasse l'esistenza di un dovere di protezione, tale statuizione non avrebbe alcun significato: e ciò perché una clausola come quella può riguardare solo un obbligo nella sua interezza, non un aspetto dello stesso²⁶.

Identici rilievi si possono svolgere in relazione all'art. 2087 c.c.

In merito agli obblighi di avviso, inoltre, si sostiene che proprio dalla constatazione che il legislatore ha specificato singoli doveri di correttezza si deve desumere che l'art. 1175 c.c. è da considerare, non come la sintesi normativa di doveri già riconosciuti da altre norme, bensì come una direttiva che investe ogni rapporto obbligatorio, avente portata generale²⁷.

In sostanza, la tesi dell'inutilità degli obblighi di protezione non risulta persuasiva, anche tenuto conto del fatto che la tesi contraria lascerebbe prive di tutela ipotesi in cui dalla natura della prestazione non è lecito dedurre l'esposizione a rischio o pericolo della persona o delle cose del creditore, ragion per cui, tale rischio potrebbe nascere da particolari circostanze e non essere dunque implicito nell'esecuzione della prestazione dovuta.

Partendo dall'assunto per cui risulta prevalente la tesi che ammette la configurabilità degli obblighi di protezione e al fine di comprendere come la nostra dottrina ha compiuto l'ulteriore passo di configurare obbligazioni prive dell'obbligo primario di prestazione, bisogna soffermarsi sull'uso che di tali obblighi è stato fatto per risolvere ipotesi di danni o pregiudizi verificatisi in occasione di «contatti» non ancora formalizzati in un valido rapporto obbligatorio.

È il noto caso della *culpa in contrahendo*.

Categoria elaborata da Rudolf v. Jhering per fornire spiegazione dogmatica all'utilizzo di azioni *ex contractu* in presenza di obblighi non ancora formati, invalidamente formati o retroattivamente venuti meno. Lo studioso tedesco, partendo dal presupposto per cui la *diligentia* fosse richiesta allo stesso modo, tanto nei rapporti contrattuali ancora in fase di formazione, quanto in quelli già perfezionati, considerava inadeguata l'applicazione della disciplina della responsabilità aquiliana per i danni subiti dal contraente che confidava nella serietà della trattativa e individuava, già in tale fase, obblighi di

²⁶ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 143 ss.,

²⁷ F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1359 ss.; L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 509;

salvaguardia in capo a ciascuna delle parti, cioè obblighi di protezione posti a tutela dell'affidamento dei soggetti partecipanti alla trattativa, dalla cui violazione faceva scaturire l'applicabilità della disciplina della responsabilità contrattuale.

Questo suggestivo apparato concettuale, nel nostro ordinamento, è stato oggetto di rimeditazione da parte di autorevole dottrina.

In particolare, tema già esaminato nella precedente sezione, ha ricostruito in termini di responsabilità contrattuale la *culpa in contrahendo* Luigi Mengoni²⁸ e, successivamente, sulla stessa scia, si è posto altro Autore, chiedendosi se il modello normativo di cui all'art. 1337 c.c., potesse essere utilizzato «per dar veste giuridica» a rapporti altri, diversi da quello precontrattuale, che presentino le stesse caratteristiche e vadano perciò assoggettati alla stessa disciplina²⁹.

5. La figura dell'obbligazione senza prestazione

Lo studio della teoria degli obblighi di protezione è stato ulteriormente approfondito dalla dottrina che propone l'utilizzazione, nel nostro ordinamento, di una nuova figura: l'obbligazione senza prestazione³⁰.

La riflessione in esame nasce da un interrogativo.

L'Autore si chiede se esistano altre ipotesi in cui, al pari delle trattative precontrattuali su cui è costruito il modello della *culpa in contrahendo*, nonostante la mancanza di un obbligo di prestazione, siano rinvenibili obblighi di protezione, in quanto tra danneggiante e danneggiato si è instaurata previamente una «situazione relazionale» nella

²⁸ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, op. cit., spec. p. 364.

²⁹ Così, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 464 ss.

³⁰ Tale figura, che affonda le sue radici nell'elaborazione dello studioso tedesco KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, è stata elaborata da Carlo Castronovo a partire da un'indagine sulla nuova disciplina dell'intermediazione mobiliare all'inizio degli anni novanta del secolo scorso, C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca bosa tit. cred.*, 1993, p. 319 ss. Successivamente sviluppata più compiutamente in *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995; ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 466 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 679 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.; ID., *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 128 ss.

quale questi stanno l'uno di fronte all'altro alla maniera di un debitore e un creditore, perdendo l'estraneità che è presupposto della responsabilità aquiliana³¹.

In sostanza, la generalizzazione dell'obbligazione senza prestazione è stata compiuta partendo dal «prototipo» della relazione precontrattuale.

Una volta giunti alla conclusione per cui, indipendentemente dalla stipulazione o meno di un contratto, risulta incluso nell'ambito del rapporto precontrattuale l'interesse di protezione dell'altrui sfera giuridica, è possibile individuare altre situazioni che, ugualmente, presentano un interesse di protezione, e perciò possono risolversi nella medesima forma giuridica.

Presupposto di tale elaborazione è l'accoglimento del modello di matrice tedesca della «responsabilità per violazione dell'affidamento» come categoria generale, cui vanno ricondotte le fattispecie in cui può fondatamente ritenersi che dal «contatto» tra soggetti sorga, pur in assenza di un contratto e in virtù delle particolari professionalità di uno di essi, un affidamento che, in questa prospettiva, è fonte di obbligazioni.

E invero, l'affidamento viene inteso come l'aspettativa del comportarsi di un soggetto secondo i dettami della diligenza, prudenza, perizia nelle condotte che possono risultare lesive delle situazioni soggettive altrui e secondo correttezza nelle condotte che possono cagionare perdite puramente patrimoniali, aspettativa che la buona fede fa diventare giuridicamente rilevante elevandola a obbligo per l'altra parte³².

L'obbligazione senza prestazione, in sostanza, è il risultato di una combinazione ove vengono in rilievo un contatto sociale qualificato dallo *status* professionale di uno dei soggetti, un affidamento (che sorge da esso) e la buona fede (che rende giuridicamente rilevante il contatto).

Questo schema teorico realizza un vero e proprio cambio di paradigma: l'essenza del rapporto obbligatorio non viene più individuata nella prestazione, bensì nella

³¹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema: "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno", Roma, 29 – 30 maggio 2008, su www.csm.it; ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 467; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 679 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.

³² In questo senso anche S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 393, secondo il quale «l'affidamento presuppone la condizione dell'aspettativa. [...] Se, dunque, il danno meramente patrimoniale è un pregiudizio da lesione dell'affidamento, la sua sede d'elezione è l'ambito contrattuale».

«relazionalità», come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro³³.

In altri termini, «la relazionalità si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile. [...] Ne risulta che l'essenza del rapporto obbligatorio, come ciò che deve esserci e non può non esserci, non è costituita dall'obbligo di prestazione, che appunto può mancare, bensì dagli obblighi funzionali al corretto svolgersi di quello che, nato da un contatto sociale qualificato, mediante essi diventa rapporto giuridico, che accresce il suo contenuto quando vi si innesta l'obbligo di prestazione».

Ulteriore conseguenza di questa ricostruzione, secondo la dottrina in esame, è il mutamento del criterio distintivo tra le due specie della responsabilità di diritto civile: non più fondato – come riteneva la tesi tradizionale - sulla diversa natura del diritto leso, bensì su una differenza di tipo strutturale.

La responsabilità per inadempimento discende dalla violazione di un obbligo preesistente (sia esso di prestazione ovvero di protezione).

Essa è dunque qualificata come tale per effetto della violazione della relazionalità, si riferisca questa alla prestazione o a un altro interesse messo a repentaglio dalla relazione medesima. «In questo senso l'intero diritto privato si riconfigura secondo una *summa divisio* tra situazioni relazionali, caratterizzate da obblighi tra le parti e la cui violazione dà origine a responsabilità appunto relazionale alla stregua della responsabilità da inadempimento, e situazioni non relazionali, le quali sul terreno della responsabilità assumono le caratteristiche della responsabilità aquiliana»³⁴.

³³ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 66.

³⁴ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 72.

5.1. *Il dibattito sulla figura*

L'elaborazione esaminata ha suscitato un forte interesse sia in dottrina che in giurisprudenza, così da divenire fonte di un inesauribile dibattito che riprende continuamente vigore in ragione dell'estensione giurisprudenziale della categoria a nuove fattispecie.

La dottrina risulta divisa tra coloro i quali attribuiscono validità alla tesi in esame e le riconoscono un'utilità all'interno del sistema della responsabilità civile e coloro che, al contrario, negano tale ruolo, ritenendo di poter risolvere diversamente i problemi legati alle fattispecie in cui viene in rilievo un tale affidamento.

La critica più articolata alla figura in esame³⁵ muove da considerazioni di ordine generale e sistematico relative alla difficoltà di abbandonare l'idea che il rapporto obbligatorio sia tale in quanto si dia una prestazione³⁶. Occorre precisare, però, che questa dottrina non rifiuta, ma anzi accoglie la teoria degli obblighi di protezione, affermando che «essa ancora regge ed è compatibile con il concetto della obbligazione, quale obbligo di prestazione, perché la protezione è pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione e, in ogni caso, (anche) dovuta in previsione di essa (ove si tratti di danni cagionati da contratto poi non concluso e/o invalido)».

Ma qui si ferma e non va oltre, ritenendo imprescindibile la connessione con la prestazione, in assenza della quale non è possibile ritenere «dovuto o esigibile un comportamento da un obbligato “che non c'è”»³⁷.

Questa dottrina, peraltro, ritiene possibile individuare la fonte di «specifici obblighi» che si trovano all'origine della responsabilità contrattuale anche in situazioni di affidamento, purché, però, siano saldamente radicate, a loro volta, in rapporti da cui sorgono doveri e pretese di comportamenti, che riproducono (schemi di) possibili «prestazioni», ossia comportamenti esigibili non dal *quisque de populo*, ma dal soggetto con cui si è entrati in

³⁵ Cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, p. 27 ss.; ID., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 59 ss.

³⁶ Così, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 66, il quale testualmente afferma che «potranno essere anche ragionevolmente larghe le maglie del *dare facere oportere* delle fonti, ma quel che conta è che tale *dare facere oportere* sia comunque giuridicamente configurabile, perché ancorato ad un determinato rapporto che ne proietti l'esecuzione in termini di “dover essere”. Al di là di ciò, v'è l'ambito occupato dal torto aquiliano».

³⁷ Cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

rapporto. In questa prospettiva, si pone anche lo studioso tedesco³⁸ cui si deve l'elaborazione del «rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione», il quale pone l'accento sul «contatto negoziale», visto in contrapposizione ad un mero «contatto sociale». La preoccupazione di fondo è che rinunciando ad un preciso criterio di delimitazione (la nozione di prestazione, pur ridefinita in termini moderni), «il confine tra le due forme di responsabilità resterebbe vago e indistinto e si avrebbe quale risultato un'area di responsabilità contrattuale dilatata oltre misura, ove soggetti di torti aquiliani figurerebbero solo quelli il cui comportamento fosse contrassegnato da un incontro «casuale»»³⁹.

Il dibattito ha ripreso vigore quando, sul piano giurisprudenziale, la teoria dell'obbligazione senza prestazione è stata accolta dalla Corte di cassazione con la storica sentenza n. 589/1999, che ha ricostruito la responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria in termini di responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato. A questa sentenza, l'Autore in questione ha dedicato una famosa e molto citata nota⁴⁰, nella quale rileva come, nel caso del medico, si debba parlare non di «obbligazione senza prestazione», ma di «prestazione senza obbligazione», poiché il contatto sociale impone, pur in assenza di un contratto, di eseguire la stessa prestazione che deriverebbe dal vincolo contrattuale.

In altri termini, questa dottrina sostiene che «se il medico interviene, l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto»⁴¹.

La conclusione cui si perviene è che «il vero elemento di novità della sentenza va individuato più sul versante delle fonti dell'*obligatio* che non su quello di una diversa tipologia di obbligazione (obbligo senza prestazione)».

³⁸ Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, p. 104, nt. 11.

³⁹ Cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 66.

⁴⁰ Cfr. A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, fasc. 4, p. 441 ss.

⁴¹ A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., p. 451.

Analoga è la posizione di M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove prospettive*, in *Danno e resp.*, fasc. 7, 2009, p. 703 ss; ID., *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 332 ss., il quale ritiene, con riguardo alla posizione del medico dipendente, che debba parlarsi, non di un mero obbligo di protezione, bensì di un'obbligazione *ex lege* ai sensi della previsione generale di cui all'art. 1173. «Tale rapporto *ex lege* avrebbe natura schiettamente contrattuale, articolandosi in una serie di prestazioni e di obblighi specifici, diretti a soddisfare un interesse predefinito, non l'interesse generico a non subire lesioni nella sfera dei propri diritti».

In sostanza, si accoglie l'idea che l'obbligazione nasca *ex lege*, ma si ritiene che essa sia piena, comprensiva dell'obbligo di prestazione: «In principio v'è dunque la prestazione, cui segue, come effetto necessario l'obbligazione».

In replica a questa costruzione, l'Autore della categoria dell'obbligazione senza prestazione afferma che, in tal modo, si realizza «un'obbligazione di fatto, la quale costituirebbe una non spiegata inversione tra fatto e diritto, dalla prestazione all'obbligazione». La critica si appunta sull'inadeguatezza del fatto ad andare oltre sé, costituendo la fonte di un'obbligazione, nonché sulla necessaria precisazione che la condotta del medico è sì di prestazione, ma nei confronti della struttura sanitaria, non del paziente, che creditore non è *ab origine* e tale non può diventare successivamente⁴².

Rifiuta l'idea che il rapporto obbligatorio tolleri l'assenza del dovere primario di prestazione anche altra dottrina⁴³, che, nell'ambito di un approfondito studio sulla risarcibilità del danno meramente patrimoniale alla luce dell'alternativa tra contratto e illecito, affronta il delicato problema dell'ammissibilità dell'obbligazione senza prestazione, in quanto propedeutico alla possibilità che tale modello di obbligazione costituisca la risposta alla domanda di risarcimento per le pure perdite patrimoniali.

All'accoglimento del suindicato modello, secondo quest'Autore, ostano una serie di argomenti. *In primis*, i doveri precontrattuali, dai quali, come è noto, l'intera teoria dell'obbligazione senza prestazione prende le mosse, che sembrano tradursi in vere e proprie prestazioni e non già in meri doveri di protezione.

In secondo luogo, si sostiene che l'obbligazione senza prestazione, così come elaborata, si rivela un'obbligazione in cui il legame (contatto) tra soggetti fa sorgere non un dovere di comportamento (attesa l'autonomia della prestazione), ma solo un dovere di risarcire (*praestare*), riducendosi in sostanza alla stregua di un «criterio di imputazione del danno»: ciò appare inaccettabile in quanto, a parte le perplessità sulla possibilità che un dovere di *praestare* possa sussistere senza un legame con un ulteriore rapporto obbligatorio, l'obbligazione senza prestazione rischia di trasfigurare assumendo la sostanza di una sorta di «rapporto di garanzia».

⁴² La replica è contenuto in due contributi: C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 679 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.

⁴³ Cfr. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 142 ss., p. 154 ss.

In definitiva, questa dottrina conclude affermando che, ricostruita l'obbligazione in termini di mero dovere secondario di risarcire, autonomo da un dovere di prestazione, sarebbe insussistente il rischio specifico di danno determinato dall'esistenza del rapporto obbligatorio, *id est* il rischio che l'interesse creditorio non venga soddisfatto e, proprio alla luce di tale considerazione, rifiuta l'idea di un rapporto obbligatorio privo dell'obbligo primario di prestazione.

Seguendo una diversa impostazione, assume un atteggiamento critico nei confronti dell'obbligazione senza prestazione anche altra dottrina⁴⁴, la quale, dopo aver effettuato un'analisi del diritto delle obbligazioni tedesco, in particolare il § 311 (2) del BGB, così come modificato all'esito della *Schuldrechtmodernisierung* del 2002, evidenzia, per un verso, la scelta del legislatore tedesco di attribuire natura contrattuale alla responsabilità precontrattuale e, per altro verso, la scelta di escludere che un semplice contatto sociale (ossia un contatto non negoziale, né assimilabile a un contatto negoziale) possa essere considerato fonte di obbligazioni.

Su quest'ultimo aspetto, l'Autore in questione si sofferma rilevando, attraverso un'analisi della casistica giurisprudenziale nostrana, come nelle pronunce della Suprema Corte degli ultimi anni si sia fatto ricorso «nelle situazioni più disparate e a fini anche considerevolmente diversi al “contatto sociale”» quale fonte di specifiche obbligazioni⁴⁵. Ebbene, secondo questa dottrina un semplice contatto sociale, senza il tramite di una base negoziale o normativa, non può essere considerato fonte di obbligazioni.

Questo perché si ritiene che «in difetto di un “mediatore giuridico”, il semplice, generico “contatto sociale”, anche se eventualmente “qualificato” dall'affidamento (...) può essere inteso solo come una fonte *extralegale* di obbligazioni, per la quale, però, nel nostro ordinamento non c'è spazio, dato che, ai sensi dell'art. 1173 c.c., oltre che al fatto illecito

⁴⁴ Cfr. A. ZACCARIA, *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, in *Resp. civile*, 2010, 4, p. 245 ss.; ID., *La mediazione è un «contatto sociale» mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 11, p. 726 ss.; ID., *La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 77 ss.; ID., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 344 ss.; ID., *Rappresentanza apparente e “contatto sociale”*: considerazioni circa il ruolo dell'affidamento nel diritto civile italiano, in *Studium iuris*, 2016, 10, p. 1161 ss.; ID., *“Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus civile*, 2017, 3, p. 185 ss.

⁴⁵ A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, *cit.*, p. 93.

e al contratto, possono sì essere fonti di obbligazioni anche gli altri atti o fatti idonei a produrle, ma solo in conformità dell'ordinamento giuridico⁴⁶».

La base legale di riferimento potrà essere diretta (lì dove esista una norma direttamente applicabile) o indiretta (lì dove si possa ragionare in termini di analogia, *legis o iuris*).

Di conseguenza, risulterà ammissibile l'estensione dell'art. 1337 c.c. ai contatti negoziali e ai contatti simili ai contatti negoziali, ma oltre non si potrà andare.

Pertanto, ove si guardi a contatti diversi da quelli sopramenzionati, per sostenere l'esistenza di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, si dovrà individuare un apposito aggancio normativo, che risulti estensibile in virtù della vicinanza alla fattispecie di volta in volta considerata⁴⁷.

L'Autore in questione, infine, suggerisce un ulteriore possibile inquadramento del "semplice" contatto sociale, ritenendo ravvisabile in esso una «fonte negoziale di obbligazioni». A questa conclusione, Egli giunge partendo dal presupposto per cui il contratto si conclude attraverso una manifestazione di consenso, che, però, non deve necessariamente assumere la forma di una dichiarazione espressa, ma ben può anche prendere le sembianze di un comportamento attuativo dello scopo che si vuole raggiungere, un comportamento «concludente». Tale comportamento, oltre che all'esito di una valutazione condotta con riguardo ad una singola fattispecie, ben potrebbe essere ravvisato anche all'esito di una valutazione condotta avendo presente quelle che sono le convinzioni socialmente diffuse nella generalità dei consociati (il modo in cui certe relazioni quotidianamente si svolgono nel traffico giuridico).

⁴⁶ In altri termini, sebbene l'Autore condivida l'impostazione secondo la quale il riferimento, contenuto all'art. 1173, agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico consente di ravvisare in quello accolto nel codice un sistema aperto delle fonti, valevole a ricomprendere qualsiasi fattispecie rilevante secondo il diritto nel suo evolversi ed effettivo operare, e dunque anche fattispecie svincolate da un singola proposizione legislativa, allo stesso tempo, però, reputa sempre necessario un aggancio normativo.

⁴⁷ A. ZACCARIA, "Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, cit., pp. 191 – 193, precisa che la tesi esposta rappresenta in larga parte l'adattamento all'ordinamento italiano della teoria della responsabilità da affidamento (*Vertrauenshaftung*), elaborata in Germania dallo studioso C. W. CANARIS, il quale sostiene che, al fine di fondare obbligazioni senza dovere primario di prestazione, un semplice richiamo al "contatto sociale" non può dirsi sufficiente, e che pertanto (...) obbligazioni senza dovere primario di prestazione debbano e possano essere fondate soltanto sull'analogia della fattispecie di volta in volta considerata con fattispecie già regolate.

Si arriva così alla conclusione che «i comportamenti concludenti socialmente tipizzati altro non sono che i contatti sociali, i quali vengono dunque a presentarsi come “fonti negoziali di obbligazioni”»⁴⁸.

E tuttavia, lo stesso Autore, anche richiamando la dottrina tedesca, conclude affermando che tali costruzioni risultano eccessivamente artificiali e prive di una base di realtà, in quanto messe in piedi al solo fine di giustificare il ricorso alla tutela contrattuale, laddove quella aquiliana appaia troppo debole.

Si replica a questa costruzione, affermando che, se in seguito alla riforma del diritto delle obbligazioni, il diritto tedesco ha limitato lo spettro di riferimento del contatto sociale idoneo a dar vita ad un rapporto obbligatorio (senza prestazione) alle sole figure direttamente o indirettamente richiamanti la *culpa in contrahendo*, lo stesso non riguarda anche «l’esperienza italiana, la quale, pur muovendo dalla categoria dogmatica di origine tedesca (...), l’ha rielaborata in relazione ad un dato positivo non identico, con la precisa consapevolezza della maggiore capacità di essa rispetto alla sola fattispecie delle trattative precontrattuali»⁴⁹.

6. Considerazioni conclusive

Dalla riflessione che precede emergono alcune considerazioni di fondo.

La prima attiene alla configurabilità, nel nostro ordinamento, di un rapporto obbligatorio avente struttura complessa.

La risposta affermativa, come già detto, oltre che rispondere all’esigenza pratica di garantire più adeguata tutela a soggetti che più di altri la necessitano, in quanto maggiormente esposti ai rischi derivanti dall’essere parti di un rapporto obbligatorio, trova sostegno in una lettura combinata degli artt. 1175 c.c. (il debitore e il creditore

⁴⁸ Così, A. ZACCARIA, *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, cit., p. 248; ID., “Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci., cit., p. 192 – 193.

Simili riferimenti sono presenti anche in F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, Torino, 2015, p. 113 ss., il quale accenna – con tono critico - a quelle teorie che, rinvenendo nel principio di effettività un saldo riferimento di fondo, riconnettono l’obbligazione al modo di conformarsi di una data relazione tra soggetti determinati, proponendosi di parlare di pretesa socialmente tipica, frequente e comune, quale condizione sufficiente della giuridicità.

⁴⁹ Così, in replica a Zaccaria, C. CASTRONOVO, *L’eclissi del diritto civile*, cit., p. 133 ss.

debbono comportarsi secondo le regole della correttezza) con gli articoli 1337, 1366 e 1375 c.c. (che impongono alle parti, in diversi momenti, di comportarsi secondo buona fede⁵⁰).

L'art. 1175 c.c., in questo contesto, è la disposizione di riferimento⁵¹.

Essa non ha precedenti nel codice del 1865.

Anzi, come è stato rilevato, «il legislatore, prima di riprodurre la vecchia norma sulla diligenza del buon padre di famiglia che è imposta all'obbligato, ha avuto cura di redigere una disposizione senza precedenti, sancendo che il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, con ciò prevedendosi, per la prima volta, che il comportamento non solo dell'obbligato, ma anche dell'avente diritto soggiace ad un medesimo criterio di valutazione»⁵².

L'art. 1175 c.c. è dunque la disposizione che fornisce sicura base normativa agli obblighi di protezione (o di correttezza⁵³), i quali vanno considerati «non come una categoria dottrinale rimessa all'opinabilità delle opinioni, ma come categoria normativa a tutti gli effetti, di cui perciò l'interprete non può che prendere atto»⁵⁴.

La seconda considerazione attiene alla responsabilità precontrattuale, dalla quale prende le mosse l'intera costruzione dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione.

La natura contrattuale di tale responsabilità ha trovato riscontro in una recente sentenza della Corte di cassazione⁵⁵. Il richiamo al “contatto sociale qualificato” (definito nella sentenza come “pregnante”), in questo contesto, non appare, però, né pertinente, né necessario. Come autorevolmente sottolineato⁵⁶, infatti, la fattispecie oggetto di sentenza riproduce una situazione di affidamento nel perfezionamento del rapporto instaurato con la pubblica amministrazione, che rende “inutile” il richiamo al contatto sociale, essendo sufficiente il ricorso all'obbligo *ex lege* di buona fede derivante dal contratto già stipulato *inter partes*.

⁵⁰ Secondo A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176, cit.*, p. 284 ss.; ID. Voce: *Obbligazione (teoria generale)*, *cit.*, p. 25, correttezza e buona fede sono da considerarsi sinonimi.

⁵¹ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (*Studio critico*), *cit.*, p. 368.

⁵² G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 166 ss.

⁵³ Precisa L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (*Studio critico*), *cit.*, p. 368, considerata la terminologia del nostro art. 1175 c.c.

⁵⁴ Così, C. CASTRONOVO, Voce: *Obblighi di protezione*, *cit.*, p. 3.

⁵⁵ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188. Si veda *supra* cap. I, § 7.

⁵⁶ A. DI MAJO, *Il contatto sociale. La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 12, 2016, p. 2565 ss.

Restano poi, nel limbo, altre problematiche, a partire dall'individuazione dell'ambito applicativo di tale responsabilità (precontrattuale).

Ricordiamo, infatti, che nella materia in esame risulta fondamentale l'individuazione di un punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela: da un lato, l'affidamento ingenerato dalle trattative in chi subisce il recesso, dall'altro, la libertà contrattuale di chi, prima dell'insorgenza del vincolo contrattuale, decide di interromperle.

Nella ricerca di tale (delicato) punto di equilibrio una recente sentenza dell'Adunanza plenaria⁵⁷ ha valorizzato, attraverso una lettura conforme a costituzione degli artt. 1337 e 1175⁵⁸ c.c., i c.d. "momenti relazionali", sostenendo che «il generale dovere di solidarietà

⁵⁷ Cons. St., Ad. Pl., 4 maggio 2018, n. 5, che si pronuncia sull'ambito applicativo della responsabilità precontrattuale della PA. Vengono posti all'Adunanza Plenaria due quesiti.

In primo luogo, si chiede se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente all'individuazione del contraente, allorché i concorrenti sono (solo) partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

In secondo luogo, nel caso di risposta affermativa al primo quesito, si chiede se la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione riguardi solo il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse pubblicato nonostante fosse conosciuto o dovesse essere conosciuto che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione.

La sezione remittente rileva sulla questione un contrasto giurisprudenziale tra chi ammette la configurabilità di una tale responsabilità (precontrattuale) anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione e chi ritiene che tutta la fase precedente l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto possa configurare una responsabilità della PA, ma solo di tipo pubblicistico (c.d. responsabilità da provvedimento illegittimo, per violazione delle norme di diritto pubblico), non anche di tipo privatistico (c.d. scorrettezza comportamentale della PA), posto che gli aspiranti alla posizione di contraenti, ossia i partecipanti ad una gara, possono vantare solo posizioni qualificabili in termini di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

L'Adunanza plenaria risolve le questioni nel senso che: a) il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) è configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; b) tale responsabilità è configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara.

⁵⁸ La premessa del ragionamento dell'Adunanza plenaria si lega ad una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 1337 e 1175 c.c., che si discosta da quella restrittiva fatta propria dall'ordinanza di remissione, secondo la quale l'art. 1337 trova fondamento nella c.d. "trattativa affidante", ossia una trattativa già in stato avanzato, tale da far sorgere un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto (momento che, nelle procedure ad evidenza pubblica, si configurerebbe solo con l'aggiudicazione).

L'interpretazione riduttiva del campo applicativo dell'art. 1337 c.c., peraltro, risulta supportata dall'esegesi della norma (che pone il dovere di correttezza in capo alle "parti" della "trattativa" e del "procedimento di formazione del contratto") e dalla *ratio* storica della stessa, che, come esplicitato nella Relazione al codice civile, rappresenta un'espressione tipica della solidarietà corporativa, ossia la solidarietà che unisce tutti fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale.

Tuttavia, l'Adunanza plenaria prende le distanze da tale interpretazione affermando che il dovere di correttezza e buona fede, in questo contesto, ha conquistato una funzione più ampia di quella concepita dal codice. Si dice testualmente in motivazione «La funzione del dovere di correttezza non è più tanto (o solo) quella di favorire la conclusione di un contratto (valido) e socialmente utile. Nel disegno costituzionale, che pone al centro l'individuo (art. 2 Cost.) l'attenzione si sposta dal perseguimento dell'utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà.

che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività ai sensi dell'art. 2 Cost., si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano "momenti relazionali" socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva».

Attraverso tale motivazione, peraltro supportata da altre e significative argomentazioni, l'Adunanza plenaria arriva a configurare in capo all'amministrazione il dovere di correttezza e di buona fede anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica.

Si tratta di una lettura estensiva del dovere di correttezza che, in quanto posto a tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, non può vedere ristretto il suo ambito applicativo alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto. Il ragionamento della Corte, che autorevole dottrina aveva già anticipato sulla scorta della lettura delle disposizioni codicistiche⁵⁹, è certamente suscettibile di

In particolare, (...) il dovere di correttezza (...) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenze illecite derivanti da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza.

Il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (...) impedisce allora di restringere lo spazio applicativo dell'art. 1337 alle sole situazioni in cui era stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto.

Al contrario, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione relazionale qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative».

Emerge, dunque, come l'utilizzo dell'interpretazione adeguatrice (si veda M. LUCIANI, Voce: *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 391 ss.) sia l'asse portante di tutta la sentenza.

Interpretazione che si pone in linea con l'opinione di chi ha, da tempo, sottolineato uno stabile collegamento tra il dovere di correttezza e «quell'aspirazione generalizzata alla instaurazione di una garanzia di sostanziale rispetto della personalità dei soggetti che, com'è noto, rappresenta la direttiva fondamentale di svolgimento delle strutture dell'intero sistema» (si veda U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 36).

⁵⁹ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370, il quale rileva (in dialettica con il pensiero di Betti, che individua nella trattativa il momento fondativo del rapporto precontrattuale) che il fatto costitutivo dell'art. 1337 c.c. può essere integrato «anche dalla semplice offerta di contratto, ovvero dalla semplice dichiarazione di voler trattare quando per il contenuto o le circostanze si determina immediatamente un affidamento».

Propende per una lettura estensiva dell'art. 1337 c.c. anche S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, p. 76 ss., sulla base del rilievo che l'art. 1337 c.c. si riferisce, oltre che alla fase della trattativa, anche, con espressione distinta, alla fase di formazione del contratto, la quale può iniziare anche prima delle trattative, come nel caso in cui venga inviato un invito ad offrire.

aprire nuovi spazi all'applicazione dell'art. 1337, ben al di là dell'area della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione (si pensi alle trattative tra privati).

Resta, però, il fatto che il Collegio non ritiene di affrontare *ex professo* la questione «se ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso generato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale, la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere di cui all'art. 2043 c.c. o diventi oggetto di una vera e propria obbligazione nascente da contatto sociale qualificato», sottolineando, però, come essa sia oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati assai controversi⁶⁰.

La terza riflessione riguarda proprio la questione che l'Adunanza plenaria non ha ritenuto di affrontare e che costituisce il tema di fondo di questa indagine.

Possiamo tradurla nella seguente domanda: è possibile configurare un'obbligazione senza prestazione?

Le tesi che si contrappongono sono sostanzialmente due.

Secondo una prima impostazione, non si può abbandonare l'idea che il rapporto obbligatorio sia tale in quanto si dia una prestazione.

Secondo altra impostazione, viceversa, l'essenza del rapporto obbligatorio va individuata (non più nella prestazione, bensì) nella relazionalità.

In sostanza, le due tesi si fondano su due differenti paradigmi: l'una ribadisce la centralità della prestazione; l'altra pone l'accento sulla relazionalità, come cornice entro la quale la prestazione si iscrive (solo) come una variante possibile.

Sulla scelta del paradigma da adottare, occorrerà prendere posizione.

⁶⁰ E tuttavia, sebbene l'Adunanza plenaria precisi che non si occuperà della questione della natura giuridica della responsabilità precontrattuale della PA, essa sembra comunque orientarsi nel senso della natura aquiliana di tale responsabilità, prevedendo in capo al privato, che intende agire in giudizio, precisi oneri probatori quali: a) la prova di aver maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere attività economicamente onerose; b) la prova della condotta della PA contraria ai doveri di lealtà e correttezza; c) la prova dell'imputabilità soggettiva della violazione dei doveri di correttezza all'amministrazione; d) la prova del nesso di causa tra la condotta scorretta della PA e il danno subito dal privato; e) la prova sia del danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), che del danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate).

Lo si farà nel capitolo conclusivo, premettendo, sin d'ora, che gli enunciati normativi, secondo l'insegnamento di autorevole dottrina⁶¹, tollerano solitamente non una, ma una pluralità di interpretazioni alternative, nessuna delle quali, per ciò stesso, può dirsi vera. Ciò che rileva maggiormente sono le argomentazioni utilizzate, le quali, pertanto, andranno, nel corso delle conclusioni, sottoposte ad una rigorosa verifica.

La quarta considerazione attiene, come accennato in precedenza, all'emergere di un terzo paradigma, che, perlomeno nelle materie che rientrano nell'ambito di applicazione dell'Unione europea, prescinde dalla qualificazione in chiave contrattuale o extracontrattuale della responsabilità, concentrandosi, piuttosto, sulla disciplina applicabile in termini di ripartizione dell'onere della prova, misura del danno risarcibile, cause di esonero dalla responsabilità, termini di prescrizione e decadenza e così via.

Nel diritto dell'Unione, in altri termini, si applica un modello di imputazione della responsabilità unico, che è tendenzialmente indifferente rispetto alla sua fonte (contratto o fatto illecito).

Prima di esaminare tali questioni, occorre, però, un ultimo passaggio: l'esame comparato dell'obbligazione come rapporto complesso in vari paesi europei.

Tema che costituisce oggetto del prossimo capitolo.

⁶¹ G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 395.

Capitolo III

L'obbligazione come rapporto complesso.

Uno sguardo comparato

SOMMARIO: 1. Premessa: le ragioni della comparazione. – 2. La nascita dei doveri di protezione nella dottrina tedesca: la teoria delle violazioni positive del contratto. – 2.1. L'individuazione di obblighi di protezione “connessi” all'obbligo primario di prestazione. – 3. La riforma del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*). – 3.1. La *culpa in contrahendo*: il nuovo § 311 BGB. – 4. Nascita ed evoluzione delle *obligations de sécurité* in Francia. – 5. La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del *Code civil* francese: il nuovo art. 1112 *code civil*. – 6. Cenni sulla responsabilità precontrattuale nei modelli di *common law*. L'esperienza inglese. – 6.1. *Segue*. L'esperienza americana. – 7. Modelli a confronto.

1. Premessa: le ragioni della comparazione

La ricezione in Italia del tema dell'obbligazione come rapporto complesso è il frutto di un processo di circolazione di modelli giuridici¹.

In particolare, la riproposizione nell'ambito della nostra esperienza giuridica delle idee sul rapporto obbligatorio maturate nella scienza giuridica tedesca ha portato a porre in discussione, da un lato, la tradizionale struttura del rapporto obbligatorio fondato sul solo obbligo di prestazione e, dall'altro, i confini tra le due forme di responsabilità.

Esito di questo processo è stata la creazione della categoria del "contatto sociale qualificato", all'interno della quale sono stati ricompresi una serie di istituti, quali la responsabilità da affidamento ingenerato dallo *status* professionale di un soggetto qualificato, la teoria degli obblighi di protezione, i rapporti contrattuali di fatto, il contratto con effetti protettivi verso terzi, la possibilità di generalizzare un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione.

In relazione a questa indagine, risulta quindi necessario capire in che modo, prima la dottrina, e poi la giurisprudenza, hanno recepito modelli provenienti da altre e diverse esperienze giuridiche, al fine di comprendere se il ricorso a queste categorie possa risultare utile e opportuno anche nel nostro ordinamento.

E infatti, ogni operazione di "trapianto giuridico", per essere realizzata correttamente, necessita di un processo di assimilazione, che deve tener conto della diversità di contesto nel quale la figura originaria viene a trovarsi².

Per tale ragione, nei paragrafi che seguono, verranno analizzate le dottrine elaborate in Germania e in Francia nel corso del XX secolo sul tema dell'obbligazione, mettendo in evidenza le peculiarità sistemiche dei due ordinamenti con riferimento ai problemi dell'inadempimento e del contratto, nonché alla differente fisionomia dei modelli di responsabilità extracontrattuale.

I paragrafi successivi saranno dedicati all'analisi della "nuova" disciplina introdotta da Germania e Francia in relazione alla responsabilità precontrattuale (§ 311 BGB e art. 1112 *code civil*).

¹ Sulla circolazione dei modelli giuridici, E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000; A. ZOPPINI, *Fonti del diritto privato, concorrenza tra ordinamenti giuridici e riforma del diritto delle obbligazioni (note minime)*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 6, 2006, p. 123 ss.

² Così, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile, cit.*, p. 150.

Seguirà, sempre in tema di affidamenti precontrattuali, un confronto con gli ordinamenti di *common law* (inglese e americano), ove è invece assente una specifica disposizione normativa.

All'esame delle somiglianze e delle differenze tra i vari modelli giuridici sarà dedicato il paragrafo conclusivo³.

2. *La nascita dei doveri di protezione nella dottrina tedesca: la teoria delle violazioni positive del contratto*

Come già esposto nella premessa, l'introduzione in Italia della figura del "contatto sociale qualificato" prende le mosse dall'elaborazione della moderna teoria del rapporto obbligatorio come rapporto complesso compiuta dalla dottrina tedesca.

Questa elaborazione parte dalla constatazione dell'esistenza di una serie di lacune all'interno del codice civile tedesco (BGB), relative all'assenza di una clausola generale a presidio dell'illecito aquiliano⁴ e alle debolezze della disciplina sulla responsabilità aquiliana dei padroni e committenti per il fatto dei dipendenti⁵ ma anche, e soprattutto, relative alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione contrattuale.

³ Sul valore della comparazione e sull'evoluzione del metodo comparativo, si veda, in particolare, A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018, p. 35 ss. ove si mette in luce che la comparazione, in una visione moderna, assume, sempre più spesso, una "funzione promozionale", che consiste nell'utilizzare «spezzoni di diritto straniero come argomenti per invocare soluzioni» più efficienti rispetto alle problematiche del diritto interno.

⁴ Come è noto, il legislatore del BGB ha realizzato un sistema di *Deliktsrecht* (norme relative all'illecito civile) tipico, ispirato ai principi del liberalismo economico. Ai sensi del § 823, comma 1, «chiunque violi, in contraddizione al diritto, la vita, l'integrità fisica, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto altrui, è obbligato a risarcire il danno che ne è derivato». Da ciò deriva che, nell'ottica di questa norma, solo chi ha subito un danno ai beni da essa enumerati può vantare la pretesa al risarcimento dei danni. Oltre ai diritti espressamente indicati, è tutelato «ogni altro diritto» che può qualificarsi come diritto assoluto. Restano, quindi, fuori dal novero dei beni protetti il patrimonio in quanto tale; di conseguenza, le perdite puramente economiche potranno essere risarcite solo quando rappresentino un effetto della lesione ai beni giuridici contemplati dalla norma. È evidente la differenza rispetto ai modelli offerti dal nostro codice civile e dal *code civil* francese, i quali contengono una clausola generale che obbliga al risarcimento del danno colui che cagiona un danno con dolo o colpa, e la ragione di tale differenza va individuata nel timore dei padri del BGB di aprire la strada, mediante una norma di questo tenore, ad un incontrollabile e pericoloso numero di pretese.

⁵ Ai sensi del § 831 BGB «chi assume una persona come commesso è obbligato al risarcimento del danno da questo illecitamente causato a terzi nell'esercizio delle proprie incombenze», ma «l'obbligo al risarcimento del danno non sussiste se il committente, nella misura in cui deve procurare commissioni o affari ovvero nella misura in cui deve dirigere l'esecuzione delle commissioni, ha osservato la diligenza necessaria secondo gli usi nella scelta del dipendente, oppure se i danni si sarebbero prodotti anche con l'osservanza di tale diligenza».

A differenza della corrispondente regola italiana contenuta nell'art. 2049 c.c., che nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prevalente viene intesa come un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in Germania vige una disciplina della responsabilità aquiliana dei padroni e committenti imperniata sul criterio della colpa, che consente al preponente

Infatti, il codice tedesco, prima dell'entrata in vigore, nel 2002, della legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*⁶), aveva limitato le ipotesi di violazione del contratto all'impossibilità della prestazione (*Unmöglichkeit der Leistung*) e al ritardo imputabile al debitore (*Verzug*), nulla prevedendo, in generale, per il caso dell'adempimento puntuale, ma difettoso (c.d. *schlechte Erfüllung*)⁷. Di conseguenza, proprio allo scopo di colmare le insufficienze teoriche e pratiche poste dalla disciplina tedesca sull'inadempimento, un avvocato tedesco, Hermann Staub, elabora la figura delle violazioni positive del contratto (*positiven Vertragsverletzungen*)⁸.

Egli pone a fondamento della sua riflessione la seguente considerazione: il codice tedesco, nel prevedere specificatamente il risarcimento del danno provocato dal ritardo (§ 286 BGB), non contiene «un'analogia disposizione per le numerose ipotesi in cui qualcuno viola un'obbligazione mediante condotta positiva, facendo qualcosa che dovrebbe omettere, oppure eseguendo la prestazione dovuta, ma in modo inesatto⁹».

In sostanza, l'Autore rileva come nella prassi si verificano tutta una serie di ipotesi in cui la violazione dell'obbligo non consiste in un'omissione (impossibilità o ritardo), ma in un'azione positiva¹⁰. E allora, in analogia con la disciplina del danno provocato da ritardo (§ 286 BGB), elabora il principio in base al quale «chi viola colpevolmente un'obbligazione con un'azione positiva deve risarcire l'altra parte del danno cagionato¹¹», mentre, nei casi di contratti sinallagmatici, il contraente non inadempiente

di liberarsi da ogni responsabilità se prova di non essere responsabile della scelta dei propri collaboratori o che il proprio dipendente, malgrado il danno arrecato, ha eseguito il proprio incarico diligentemente.

⁶ La *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* è entrata in vigore il 1° gennaio 2002.

⁷ Una completa descrizione del sistema tedesco dell'inadempimento è contenuta in A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 561 ss.; ID., voce: *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, diretto da R. Sacco, *Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 31 ss.

⁸ H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902, trad. it. G. VARANESE, con il titolo *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001 (da qui le ulteriori citazioni).

⁹ Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, *op. ult. cit.* p. 39.

¹⁰ Si riporta l'esempio del soggetto che, impegnandosi a non rivendere in Francia le lampade acquistate, lo fa comunque; al commerciante che, senza provvedere all'adempimento degli obblighi di protezione, fornisce ad altri una sostanza luminescente da lui prodotta che contiene sostanze esplosive le quali, poi, deflagrando, causano all'acquirente gravi danni; all'agente che, per negligenza, redige resoconti inesatti sulla solvibilità del suo cliente; al soggetto che lavora in modo continuativo per una ditta concorrente, nonostante sia ravvisabile nella situazione concreta una grave violazione dell'obbligo, al commesso che, per sua colpa, vende largamente al di sotto del prezzo di costo; al bilancio che risulta falso perché compilato inizialmente in maniera inesatta e così via.

¹¹ H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, *cit.*, p. 48.

ha diritto al risarcimento dei danni o allo scioglimento del contratto (§ 326 BGB)¹². Questa teoria, fatta eccezione per qualche voce dissenziente e qualche critica sul piano terminologico¹³, viene riconosciuta dalla dottrina successiva, che procederà ad integrarla ed arricchirla, come una tappa fondamentale nello studio del rapporto obbligatorio. In essa, infatti, si intravede quella prospettiva allargata del rapporto obbligatorio inteso come *Organismus*, nel quale, accanto all'obbligo di prestazione, sono rinvenibili obblighi di diversa natura che, considerati collaterali, accessori o connessi sotto il profilo strutturale o funzionale, si distinguono reciprocamente in ordine alle funzioni svolte.

2.1. *L'individuazione di obblighi di protezione "connessi" all'obbligo primario di prestazione*

La teoria di Staub, esaminata nel paragrafo precedente, costituisce il punto di partenza dello studio intrapreso da un altro Autore, Heinrich Stoll, sull'intero rapporto obbligatorio¹⁴.

Quest'ultimo oppone alla prospettiva parziale analizzata da Staub, riguardante il solo comportamento del debitore, una prospettiva di più ampio raggio, che considera nel suo complesso il rapporto obbligatorio, tanto dal lato del debitore, quanto da quello del creditore. Egli, infatti, mette in luce come l'esecuzione del rapporto obbligatorio, oltre al sorgere degli obblighi di adempimento, che hanno uno scopo positivo e sono diretti alla realizzazione dell'interesse alla prestazione, implica anche la creazione di obblighi "altri", definiti obblighi di protezione (*Schutzpflichten*), originati dal dovere di buona fede (*Treu und Glauben*) e che soddisfano l'interesse sia del debitore che del creditore a non subire lesioni nella propria sfera personale e patrimoniale.

¹² H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 101 ss.

¹³ La dottrina successiva contesterà la genericità e l'inesattezza della denominazione, sottolineandone il carattere erroneo, anche sul piano linguistico, dato che non tutti i casi ricondotti alle violazioni positive consistono in un fare positivo (*facere*), ma, anzi, alcuni di essi si sostanziano in un contegno negativo (omissione), come, ad esempio, la violazione di un dovere di informazione.

¹⁴ H. STOLL, *Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. pr.*, 1932, p. 288, trad. it. ANGELA LINDA LETTIERI con il titolo *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria*, in H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO (a cura di), *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 1 ss. (da qui le ulteriori citazioni).

L'Autore sottolinea come il dovere di buona fede «persegue necessariamente uno scopo negativo: esso deve proteggere la controparte dai danni che potrebbero scaturire dalla relazione speciale e per il tramite di essa¹⁵», ma, al contempo, specifica come «questi obblighi possono avere un contenuto piuttosto vario e, nonostante il loro scopo negativo, possono consistere anche in un fare positivo; spesso, infatti, sono obblighi di denuncia e di conservazione¹⁶».

Secondo questa ricostruzione, gli obblighi di protezione sono obblighi legali, in quanto trovano la loro fonte nella clausola generale di buona fede iscritta nel § 242 BGB.

Non entrano a far parte dell'oggetto principale dell'obbligazione, ma ad esso risultano connessi, tutelando la sfera giuridica della controparte con riferimento a beni (vita, salute, integrità fisica, proprietà), che potrebbero essere protetti sulla base delle regole di responsabilità aquiliana, ma che, risultando funzionali a realizzare lo scopo positivo dell'obbligazione, legittimano la controparte ad agire in base alle regole della responsabilità contrattuale¹⁷.

In altri termini, la ragione pratica posta alla base di questa grande elaborazione dogmatica va individuata nel fatto che ogniqualvolta si crea un regolamento di interessi, le sfere giuridiche dei soggetti che ne fanno parte entrano in una relazione particolare che espone a maggiori possibilità di danno e quindi porta ad attrarre beni, tipicamente tutelati sul piano della responsabilità aquiliana, al diritto dei contratti, allorché l'esigenza di proteggerli sorge a causa del rapporto obbligatorio.

In tal modo, si estende la protezione più ampia e forte concessa dalla normativa sull'inadempimento contrattuale a questi obblighi e ciò a prescindere dall'adempimento o meno della prestazione principale¹⁸.

E infatti, tra gli esempi riportati da Stoll per dimostrare che può esservi violazione dell'obbligo di protezione anche in presenza di un esatto e puntuale adempimento, troviamo quello del «maestro artigiano che installa una stufa e che, pur avendo eseguito a regola d'arte la sua prestazione, è contrattualmente responsabile sia se danneggia per

¹⁵ H. STOLL, *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria*, cit., p. 5 ss.

¹⁶ H. STOLL, *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria*, op. ult. cit.

¹⁷ In questi termini, L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 41.

¹⁸ L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, op. ult. cit.

negligenza la tappezzeria sia se sottrae qualcosa nell'appartamento; soltanto il contratto lo aveva messo nelle condizioni di poter incidere». Così, «se un suo operaio commette questi atti, l'artigiano è responsabile contrattualmente per i danni alla tappezzeria, per il furto nell'appartamento, per *culpa in eligendo*»¹⁹.

Nella concezione di Stoll, però, gli obblighi di protezione sono (ancora) qualificati e considerati in termini di "accessorietà" rispetto all'obbligo di prestazione e quindi non possono essere considerati se non in connessione con questo.

Un passo in avanti è compiuto da Günter Haupt, autore della criticata teoria dei rapporti contrattuali di fatto²⁰, il quale riconosce un ruolo significativo agli obblighi di protezione "autonomi", in particolare, quelli che danno fondamento alla responsabilità per *culpa in contrahendo*, ricomprendendoli nel primo gruppo della sua casistica tipizzata di rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*).

L'Autore riconosce rilievo giuridico ad una serie di relazioni sociali che nascono in modo tipico tra gli interessati, precisando come «l'elemento che fa assurgere una serie di rapporti a relazioni contrattuali non è l'accordo negoziale, ma soltanto circostanze di fatto oggettive²¹». Tale teoria fu duramente contestata per i suoi presupposti ideologici, in quanto si coglieva in essa una certa affinità con il pensiero nazionalsocialista, volto a valorizzare l'interesse della collettività, anche a scapito di quello dei singoli individui, a giuridicizzare i rapporti, giustificando, in tal modo, un'arbitraria limitazione della libertà mediante «l'imposizione di obblighi di comportarsi in un certo modo anche a chi non se li è mai assunti, né ha fatto nulla per assumerli»²².

Malgrado le critiche rivolte a questa teoria, successivamente, sarà Hans Dölle²³ a riaffermare l'autonomia del rapporto di protezione, proponendone una lettura ampliata volta ad estendere la responsabilità contrattuale anche a quelle ipotesi di "contatto sociale" diverse dalle trattative precontrattuali e contrassegnate dalla presenza di un affidamento tra i soggetti in contatto e, in questo caso, una posizione fortemente critica

¹⁹ H. STOLL, *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria*, cit., p. 33, in nota 134.

²⁰ G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. G. VARANESE, Torino, 2012, p. 50 ss.

²¹ G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., pp. 51-52.

²² In questi termini, L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, pp. 20 e 21.

²³ H. DOLLE, *Außergesetzliche Schutzpflichten*, in *Zeitschr. F. d. gesam. Staatswissen*, 1943, p. 67.

verrà assunta da un altro Autore, Karl Larenz²⁴, che contrappose il “contatto sociale” al “contatto negoziale”, sostenendo la necessità di limitare l’istituto della *culpa in contrahendo* ai soli contatti del secondo genere.

Questo scontro assunse concretezza, nella pratica, in occasione di un noto caso deciso dalla Corte suprema tedesca nel quale una cliente di un grande magazzino, entrata nell’area del negozio in cui era posto in vendita del linoleum, prima di compiere qualsiasi acquisto, venne colpita dalla caduta di un rotolo di materiale mal riposto dal dipendente²⁵. Venne citato in giudizio il titolare dell’esercizio commerciale e si pose il problema di capire se il sorgere di una pretesa risarcitoria andasse necessariamente collegato all’avvio delle trattative o potesse già avvenire con il semplice ingresso della cliente all’interno dei locali commerciali²⁶.

Larenz si espresse per la seconda soluzione, più favorevole per il danneggiato, Dölle per la prima, per cercare di dimostrare la sussistenza di uno spazio, accanto alla *culpa in contrahendo*, per la propria teoria del “contatto sociale”.

Il punto di vista di Larenz fu preferito e il Tribunale affermò la natura negoziale dell’obbligo del commesso di osservare la diligenza necessaria per la salute e la proprietà dell’altra parte nel momento dell’esposizione della merce.

La teoria del semplice “contatto sociale” fu quindi accantonata.

²⁴ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, I ed., München, 1953.

²⁵ RGH, 7 dicembre 1911, 78, RGZ 239.

²⁶ Difatti, la cliente al momento del danno non aveva ancora acquistato nulla, dunque, la controversia rischiava di restare priva di fondamento normativo, dato che il § 831 BGB fonda la responsabilità aquiliana del datore di lavoro per i danni cagionati dal dipendente solo sulla *culpa in eligendo* o *in vigilando* del datore medesimo.

Viceversa, il § 278 BGB fonda la responsabilità contrattuale del datore di lavoro per i danni cagionati dal dipendente (solo) sull’inesatto adempimento di quest’ultimo. Ma per esperire l’azione ex § 278 BGB bisognava ritenere sussistente tra le parti una relazione contrattuale.

3. La riforma del diritto delle obbligazioni (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)

La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni²⁷, entrata in vigore il 1° gennaio del 2002, modifica l'intera disciplina dell'inadempimento, precedentemente legato alle fattispecie della mora e dell'impossibilità della prestazione, inserendo nel BGB una clausola generale relativa all'inadempimento, contenuta nel § 280, in base alla quale «se il debitore viola un dovere derivante dal rapporto obbligatorio, il creditore può chiedere il risarcimento dei danni che ne derivano», ma «ciò è escluso nel caso in cui la violazione non sia imputabile al debitore».

Dunque, la nuova norma generale ricollega la responsabilità per i danni cagionati al creditore alla mera violazione di un obbligo (*Pflichtverletzung*), che diventa evidentemente il fulcro dell'intero sistema del diritto delle obbligazioni.

Il nuovo concetto di *Pflichtverletzung* ha il suo baricentro nella deviazione del comportamento dell'obbligato dal programma insito nel rapporto obbligatorio, in maniera non molto dissimile dalla formula contenuta nel nostro codice civile all'art. 1218, che fa discendere il risarcimento del danno dall'inesatta esecuzione della prestazione dovuta.

Il contenuto dell'obbligazione è poi disciplinato dal nuovo § 241 del BGB che, al primo comma, dispone «in forza del rapporto obbligatorio il creditore ha il diritto di esigere dal debitore una prestazione. La prestazione può anche consistere in un non fare» e al secondo comma aggiunge «il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, può obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte», così codificando la categoria dei doveri di protezione e attribuendo specificatamente ad essa tutela nell'ambito della responsabilità contrattuale.

²⁷ Sulla riforma del BGB, A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.; C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, trad. it. a cura di G. DE CRISTOFARO, in *Quaderni della rivista di diritto civile*, Padova, 2003; A. DIURNI, P. KINDLER, *Il codice civile tedesco «modernizzato»*, Torino, 2004; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 ss.; AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004; E. FERRANTE, *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr./Europa*, 2001, p. 761 ss.

La nuova formula (*Pflichtverletzung*) è dunque idonea a ricomprendere nel concetto di obbligazione sia gli obblighi di prestazione che quelli di protezione, i quali trovano la loro fonte nel contratto o nella legge.

La riscrittura in termini così generali della figura dell'inadempimento rappresenta un'evidente ricezione legislativa della teoria dell'obbligazione come rapporto complesso, nella quale gli obblighi di protezione convivono con pari dignità rispetto agli obblighi di prestazione²⁸. In sostanza, il concetto di "violazione dell'obbligo" adottato dal BGB assume un grado di generalità tale da apparire superiore rispetto alla nostra figura dell'inesatto adempimento (art. 1218 c.c.) ed a quella inglese di *breach of contract*²⁹.

Per ciò che rileva maggiormente ai fini di questo studio, il § 241, comma 2, assegna specifica base normativa agli obblighi di protezione.

Tali obblighi sussistono in capo a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio e la loro titolarità è svincolata dai concetti di "debitore" e "creditore".

E infatti, il soggetto che riveste la qualifica di debitore o creditore con riferimento agli obblighi di prestazione può assumere una diversa posizione con riguardo agli obblighi di protezione. Così il creditore di un obbligo di prestazione può essere debitore di un obbligo di protezione o viceversa³⁰.

L'obbligazione è ora intesa espressamente in senso ampio, come struttura complessa che mira a conseguire tanto l'utilità che è specificatamente oggetto del regolamento contrattuale, quanto l'interesse a non subire pregiudizi (patrimoniali e non) nella sfera giuridica delle parti a causa (o in occasione) dell'esecuzione della prestazione o dei contatti negoziali sorti per la stipulazione di un futuro contratto.

²⁸ A seguito della riforma dello *Schuldrechts*, una parte della dottrina tedesca ha sostenuto l'avvenuta equiparazione tra gli obblighi di prestazione e quelli di protezione, entrambi considerati obblighi primari (*Primärpflichten*).

In questi termini, H. BROX, W. D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 2003, p. 13, i quali schematizzano il rapporto obbligatorio nei seguenti termini: da una parte gli obblighi primari (*Primärpflichten*), dall'altra gli obblighi secondari (*Sekundärpflichten*), tra i quali è un esempio l'obbligo di risarcimento previsto dal § 280 BGB.

Nei primi rientrano gli obblighi di prestazione (*Leistungspflichten*) e gli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*).

Gli obblighi di prestazione a loro volta possono essere obblighi principali (*Hauptleistungspflichten*, un esempio è l'obbligo previsto dal § 433, comma 2, BGB, di pagare al venditore il prezzo pattuito) e/o accessori alla prestazione (*Nebenleistungspflichten*, un esempio è l'obbligo previsto dal § 666 BGB di dare delle informazioni).

²⁹ In questi termini, L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 62.

³⁰ Così, G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 134, nota 119.

Detto in altri termini, il rapporto obbligatorio è adesso costruito dalla legge come una figura capace di contenere due oggetti: obbligo di prestazione e obbligo di protezione (oppure solo quest'ultimo, come nel caso della *culpa in contrahendo*).

Gli obblighi di protezione trovano la loro fonte nella legge e, secondo parte della dottrina, vanno distinti, sul piano strutturale e sistematico dagli obblighi di prestazione, in quanto non sono esigibili, gravano in modo permanente sull'obbligato e non possono essere adempiuti, ma solo violati³¹.

Tuttavia, altra dottrina precisa che questa generalizzazione riguarda solo alcune tipologie di obblighi di protezione³². Ad esempio, il § 618 BGB obbliga l'avente diritto alla prestazione di servizi a proteggere il prestatore dai rischi che possono minacciarne la vita e l'integrità fisica. In questo caso, il prestatore di servizi può richiedere la preventiva attuazione delle misure di protezione, ricorrendo, eventualmente, al diritto di ritenzione, che gli permette di «rifiutarsi di eseguire la prestazione fino a quando non sia effettuata la prestazione che gli è dovuta» (§ 273).

Quanto, invece, alla disciplina conseguente alla violazione degli obblighi di protezione, non relativi alla prestazione, si applica il § 282 con le opportune distinzioni.

Se la violazione delle *Schutzpflichten* non è grave, al creditore spetta solo il risarcimento del danno ai sensi del § 280 BGB.

Se, invece, si tratta di un inadempimento grave si applicano i §§ 282 e 324 BGB, in forza dei quali viene conferita al creditore anche la possibilità di procedere allo scioglimento dell'intero contratto. Così, per esempio, se un ausiliario di un artigiano, che deve ristrutturare una casa di abitazione, provoca danni per negligenza ad un oggetto del committente, quest'ultimo potrà chiedere, ai sensi dei §§ 280 e 278, il risarcimento del pregiudizio sofferto, ma non potrà revocare l'incarico conferito all'artigiano e addossargli le eventuali maggiori spese affrontate per pagare un altro artigiano in sostituzione del primo (non potrà cioè chiedere il risarcimento «in luogo della prestazione»)³³.

³¹ Così, C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, cit., p. 20 ss.

³² D. MEDICUS, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, 2003, p. 206 ss.; P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2003, p. 72 ss.

³³ L'esempio è riportato da C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, cit., p. 19.

Qualora, però, la violazione da parte dell'artigiano o del suo preposto sia grave – ad esempio, si sono accumulate più violazioni o si tratta di un'infrazione ripetuta – il committente ai sensi del § 324 BGB potrà recedere dal contratto e addossare all'artigiano i costi affrontati per pagare un altro imprenditore in sua sostituzione (§ 282 BGB)³⁴.

3.1. *La culpa in contrahendo: il nuovo § 311 BGB*

Il § 311 del riformato BGB, che regola la costituzione dei rapporti obbligatori negoziali e dei rapporti simili a quelli negoziali, dopo avere stabilito al primo comma che «per la costituzione di un rapporto obbligatorio mediante negozio giuridico, così come per la modificazione del suo contenuto, è necessario un contratto tra le parti, se la legge non prevede diversamente», prevede, al secondo comma, che «un rapporto obbligatorio avente ad oggetto gli obblighi di cui al secondo comma del § 241, vale a dire gli obblighi di protezione, sorge anche attraverso: 1) l'avvio di una trattativa volta alla conclusione di un contratto; 2) l'avvio di un contratto nel quale, in vista di un eventuale rapporto negoziale, una delle parti concede all'altra la possibilità di influire sui suoi diritti, beni o interessi, o le affida questi ultimi; 3) simili contatti negoziali.

Da questa disposizione, emerge l'esistenza, nell'esperienza tedesca, di autonomi obblighi di protezione, che possono formare oggetto esclusivo del rapporto obbligatorio, a prescindere dall'esistenza di un obbligo di prestazione.

Il rapporto obbligatorio che ne deriva ha fonte legale ed è assoggettato alle regole della responsabilità contrattuale (§§ 280, 281, 282 BGB).

Data la formulazione ampia e generica del § 311, comma 2, particolarmente complesso risulta il problema relativo all'individuazione del suo ambito applicativo³⁵.

La disposizione, infatti, distingue tre diversi casi: l'avvio di trattative (n. 1), l'avvio di un contratto nel quale, in vista di un eventuale rapporto negoziale, una delle parti concede all'altra la possibilità di influire sui suoi diritti, beni o interessi, o le affida questi ultimi (n. 2), simili contatti negoziali (n. 3).

³⁴ Cfr. C. W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 19.

³⁵ Sull'ambito applicativo del § 311, da ultimo, si veda V. EMMERICH, sub § 311, in *Münchener Kommentar*, München, 2019.

Quanto alla prima ipotesi (§ 311 (2) n. 1), la dottrina afferma che l'inizio delle trattative è un fatto reale³⁶. Non si richiede una specifica dichiarazione di intenti, reputandosi sufficienti anche discussioni non vincolanti purché dirette alla conclusione di un contratto. Per converso, non si fanno rientrare nel concetto di avvio alle trattative i colloqui preliminari che si limitano a sondare gli interessi (economici) comuni per poter avviare, solo in un secondo momento, colloqui contrattuali concreti.

La seconda ipotesi (§ 311 (2) n. 2) costituisce il fatto fondamentale preso in considerazione dalla disposizione in esame e la formula “avvio di un contratto” va interpretata in senso ampio³⁷.

Nello specifico, non è necessario che sia stata già prevista la conclusione concreta di un contratto e non è necessario che un contratto venga effettivamente concluso nel corso degli anni successivi.

È sufficiente la presentazione di un'offerta o addirittura una semplice visita informativa durante la quale non si sono ancora avuti contatti personali tra le possibili parti contraenti (ad es. acquisti in un grande magazzino).

Oltre all'avvio del contratto, però, si richiede, per il sorgere di un'obbligazione precontrattuale, che una parte abbia la possibilità di influire sui diritti, beni o interessi dell'altra, ma, anche in tal caso, non occorre soddisfare requisiti particolari.

Ad esempio, non è necessario che la possibilità di intervento sia stata “concessa” mediante un atto consapevole, eventualmente anche un atto simile a un negozio giuridico. Pensiamo, ad esempio, all'apertura dei locali commerciali, che non consente di stabilire se le parti che entrano abbiano o meno concrete intenzioni di acquisto, semplicemente perché i locali commerciali sono aperti al pubblico proprio allo scopo di indurre i visitatori ad avviare trattative, vale a dire contatti commerciali.

Per l'applicazione del § 311 (2) n. 2 è quindi sufficiente, in linea di principio, la visita di un negozio da parte di un potenziale cliente, che, mentre visiona la merce, senza aver ancora parlato con il gestore, subisce un danno, in quanto questo già determina un possibile contatto commerciale tra le parti.

In altri termini, l'intenzione di acquisto non deve necessariamente esistere; è sufficiente che il cliente entri per chiedere informazioni.

³⁶ V. EMMERICH, sub § 311, *op. ult.cit.*, Rn. 42-44.

³⁷ V. EMMERICH, sub § 311, *op. ult.cit.*, Rn. 45-47.

Al contrario, però, non può ritenersi sufficiente l'ipotesi del cliente che entra nel locale di vendita per uno scopo non commerciale, come ad esempio, per ripararsi dalla pioggia. Quanto, infine, alla terza ipotesi disciplinata dal § 311 (2) n. 3, essa non trova applicazione in molti casi, data l'ampia interpretazione del concetto di "avvio di un contratto" di cui al secondo comma n. 2³⁸.

La stessa formula utilizzata "simili contatti negoziali" appare piuttosto oscura³⁹.

Così come per l'ipotesi precedente, anche in questo caso, si richiede che una parte abbia la possibilità di influire sui beni, diritti o interessi dell'altra parte.

Il caso più frequente è quello del danno da false informazioni, che sono di importanza economica essenziale per il destinatario delle stesse, nella misura in cui tali informazioni siano rese al di fuori della stipulazione di un apposito contratto, come nel caso di informazioni bancarie rese ai non clienti⁴⁰.

Altri Autori fanno rientrare in questa ipotesi anche i rapporti di cortesia, limitando, però, la tutela dell'affidamento ai soli casi di *Gefälligkeitsverhältnisse* che postulano un qualche contatto quasi-contrattuale⁴¹.

In ogni caso, l'ipotesi di cui al comma 2 n. 3 è molto significativa, soprattutto ai fini della presente ricerca, anche nella misura in cui esclude dall'ambito di applicazione della responsabilità precontrattuale contatti diversi dai contatti negoziali, cioè contatti non commerciali o contrattuali, ma meri «contatti sociali».

Se sono soddisfatte le condizioni prescritte dal § 311 (2) n. 1-3 per il sorgere della *culpa in contrahendo*, incombono in capo ad entrambe le parti del rapporto obblighi di protezione ai sensi del § 241 (2).

³⁸ V. EMMERICH, sub § 311, *op. ult. cit.*, Rn. 48-49.

³⁹ In questo senso, I. KOLLER, *Recht der Leistungsstörungen*, in I. KOLLER, H. ROTH, R. ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München, 2002, p. 64.

⁴⁰ Tale caso, soprattutto in passato, aveva dato luogo ad un ampio dibattito, portando la giurisprudenza tedesca, per affermare la responsabilità della banca, a ricorrere ad una *fictio*: una volta data l'informazione, si riteneva concluso, per fatti concludenti, un contratto tra la banca e il cliente.

⁴¹ Così, riprendendo l'esempio di prima, rientrerebbe nei rapporti di cortesia il caso della banca che fornisce gratuitamente consigli a soggetti che non sono clienti, ma non quello dei genitori o vicini di casa che badano ai bambini dei primi. In questi termini, M. WOLF, J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012, p. 316 ss.; E. A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, in *Münchener Kommentar*, München, 2007, Rn. 38, 79, 90; R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, 2016, p. 267, i quali osservano come la necessità di tutela si ponga nel primo caso (e non anche nel secondo), in quanto la disciplina della responsabilità extracontrattuale non offrirebbe protezione sufficiente (trattandosi di un danno meramente patrimoniale).

In questo modo, i beni, i diritti e gli interessi delle parti coinvolte nel rapporto giuridico, la loro intera sfera giuridica e di interesse è protetta in modo completo, ossia non limitatamente agli interessi patrimoniali, ma anche con riferimento ai beni vita, integrità fisica, salute, proprietà, libertà di disposizione o di decisione.

Quanto, invece, al diverso tema del novero dei soggetti legittimati a giovare dei vantaggi connessi alle pretese da *culpa in contrahendo*, il legislatore nel terzo comma della disposizione in esame stabilisce che «un rapporto obbligatorio avente ad oggetto obblighi di protezione può sorgere anche nei confronti di persone che non sono parti contrattuali. Un tale rapporto obbligatorio sorge in particolare se il terzo desta affidamento su di sé in misura notevole e con ciò influenza in modo significativo le trattative contrattuali o la conclusione del contratto».

Il criterio adoperato dal legislatore per individuare il terzo responsabile a titolo precontrattuale è quello dell'affidamento.

Da ciò, autorevole dottrina⁴² desume che la responsabilità del terzo per *culpa in contrahendo* vada limitata al solo soggetto che ha indotto le parti a confidare “in modo particolare” nella sua persona, ingenerando un affidamento e sfruttandolo per influenzare le trattative o la conclusione del contratto.

Questo può accadere, a titolo di esempio, nel caso di un contratto di consulenza stipulato con un professionista. Il soggetto estraneo al contratto che subisce un danno patrimoniale per aver fatto affidamento su quelle informazioni, può essere risarcito sul fondamento del mero affidamento riposto nei dati espressi da un soggetto qualificato, che lo hanno indotto a stipulare un contratto di per sé pregiudizievole.

4. *Nascita ed evoluzione delle obligations de sécurité in Francia*

A differenza della Germania, ove si deve principalmente agli sforzi della dottrina l'elaborazione della moderna teoria del rapporto obbligatorio, in Francia, la nascita e il successivo sviluppo del sistema delle obbligazioni di *sécurité* rappresenta un fenomeno essenzialmente giurisprudenziale.

⁴² C. W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 27; ID., *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, fasc. 1, p. 1 ss.

Più nel dettaglio, le *obligations de sécurité* nascono in relazione agli incidenti verificatisi in materia di trasporto. Infatti, sino al 1911, il regime applicabile ai danni subiti dal viaggiatore nel corso del trasporto era quello extracontrattuale.

Di conseguenza, il viaggiatore che subiva un danno in occasione del trasporto, per ottenere il risarcimento, era tenuto a provare la colpa del vettore.

Tale prova si risolveva in una *probatio diabolica* posta in capo al passeggero-transportato, il quale godeva di un trattamento ben peggiore di quello riservato alle merci cui in caso di deterioramento o perdita si applicava il regime della responsabilità contrattuale⁴³.

La situazione cambia nel 1911, quando la Corte di Cassazione francese con uno storico arresto interviene, introducendo l'obbligazione di *sécurité* nell'ambito del trasporto marittimo⁴⁴. La controversia aveva ad oggetto il danno subito da un passeggero di una nave, ferito al piede dalla caduta di un barile stivato negligenemente.

In quell'occasione, la Corte di cassazione decide, facendo ricorso alla regola generale sull'inadempimento dell'obbligazione (art. 1147 *code civ.*), che il vettore è tenuto a condurre il passeggero sano e salvo a destinazione dal momento in cui questi inizia la salita sul veicolo al momento in cui ha termine la discesa dal medesimo con conseguente natura contrattuale della relativa responsabilità⁴⁵.

In sostanza, il vettore non assume solo l'obbligo di condurre a destinazione il viaggiatore, ma anche quello di salvaguardarne l'incolumità durante l'intero viaggio.

Tale obbligazione è intesa come obbligazione *contractuelle de sécurité de résultat*, la cui violazione, implicante un danno alla persona del passeggero, integra *ex se* inadempimento, garantendo alla vittima il risarcimento del danno sofferto sulla base di un regime di responsabilità oggettiva contrattuale⁴⁶.

L'esistenza di questo obbligo di sicurezza all'interno del contratto di viaggio consente al viaggiatore ferito, a causa di un incidente occorso in esecuzione del trasporto, di essere esonerato dall'onere della prova (quasi sempre impossibile) della colpa del vettore,

⁴³ Sull'asserita disparità di trattamento esistente tra il trasporto di merci e quello di persone prima della storica pronuncia della Corte di cassazione francese del 1911, si veda L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, *op. cit.*, p. 161 ss.

⁴⁴ Cour de cass. 21 novembre 1911, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 253.

⁴⁵ La responsabilità del vettore per il danno subito dal passeggero non viene né qualificata come responsabilità aquiliana per colpa (art. 1382 *code civil*), né come responsabilità per fatto della cosa inanimata (art. 1384, comma 1, *code civil*), ma come inadempimento di un'obbligazione contrattuale. A questa soluzione si giunge valorizzando l'esistenza del contratto di trasporto e il fatto che l'incidente si sia verificato nel corso dell'esecuzione di tale contratto.

⁴⁶ Così, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 38 ss.

spettando, viceversa, al creditore, per esonerarsi, dimostrare la *cause étrangère*, ossia la causa esterna a lui non imputabile.

A differenza della teorizzazione tedesca, la nascita delle *obligations de sécurité* avviene nell'ambito di uno specifico contratto (contratto di trasporto) allo scopo di rafforzarne il contenuto. La sua genesi, dunque, tende a colmare una lacuna presente nel *Code civil* francese, che disciplinava il trasporto di cose (art. 1784 *code civ.*), ma non anche quello di persone.

In un primo momento, parte della dottrina francese non assume nei confronti di queste obbligazioni una posizione favorevole⁴⁷.

Si teme infatti che attraverso l'inserimento, in via interpretativa, di tali obbligazioni all'interno del contratto, possa risultare lesa il principio dell'autonomia contrattuale, che attribuisce alle parti la libertà di determinare il contenuto del contratto.

Tuttavia, due anni dopo il *leading case* del 1911 interviene un'altra pronuncia, riguardante il settore ferroviario⁴⁸, a conferma del principio precedentemente enunciato. Il caso riguardava un agente postale che, trovandosi sul treno per svolgere le sue mansioni lavorative, viene colpito in testa dalla caduta di un pesante volume riposto su un ripiano, a causa della rottura di un binario e del conseguente deragliamento del treno.

La responsabilità della Compagnia ferroviaria viene affermata, anche in questo caso, in applicazione della regola generale sull'inadempimento dell'obbligazione (art. 1147 *code civ.*). Si ribadisce che «il contratto di trasporto implica necessariamente l'obbligo di far pervenire in buono stato le cose e le persone a destinazione»⁴⁹ e si precisa che «l'obbligazione di *sécurité* si configura come un'obbligazione determinata, che obbliga il vettore ad un risultato preciso: condurre i passeggeri a destinazione nello stato in cui li ha ricevuti»⁵⁰.

Il fatto che questo risultato non sia raggiunto implica il diritto del trasportato ad ottenere il risarcimento del danno, salvo che il vettore non provi che l'inadempimento sia dovuto ad una causa estranea alla sua sfera di influenza, a lui non imputabile ai sensi dell'art.

⁴⁷ Cfr. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, secondo cui «la scoperta delle *obligations de sécurité* sarebbe frutto di una forzatura del contenuto del contratto avvenuta per mezzo di una interpretazione divinatoria».

⁴⁸ Cour de cass. 21 aprile 1913, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 257.

⁴⁹ Queste le parole usate dal Procuratore Generale Louis Sarrut nelle sue conclusioni, L. SARRUT, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 254 ss.

⁵⁰ L. SARRUT, *op. ult. cit.*

1147 *code civil*. In tal modo, il vettore resta responsabile anche qualora la causa dell'accidente resti sconosciuta.

In altri termini, secondo la Corte di cassazione francese, l'inadempimento dell'obbligazione di *sécurité* conduce ad una responsabilità senza colpa o oggettiva, poiché la prova della *cause étrangère* prescinde da ogni giudizio di valore sulla condotta del debitore, per determinare se egli ha agito bene o male⁵¹.

La giurisprudenza francese ha esteso progressivamente la figura delle *obligations de sécurité*, dapprima nel settore dei trasporti, a prescindere dal mezzo di locomozione utilizzato, sino ad arrivare a ricomprendere fattispecie del tutto distinte, come nel caso dei danni subiti dal cliente all'interno di ristoranti, alberghi, discoteche, supermercati, stabilimenti balneari, parcheggi, piste di pattinaggio, piscine, asili nido, e così via.

In tutti questi casi, non solo esiste un rapporto contrattuale tra le parti, ma l'esecuzione di tale rapporto è astrattamente idonea ad esporre a pregiudizio la persona e i beni del creditore. In altri termini, la teoria delle *obligations de sécurité* trova applicazione in tutti quei contratti in cui si crea un legame stretto (non di mera occasionalità) tra l'esecuzione della prestazione e la sicurezza del contraente. Tale obbligazione, dunque, non assume carattere autonomo (come accade in Germania), ma resta sempre funzionalmente "accessoria", ossia connessa all'obbligo primario di prestazione⁵².

La principale ragione dell'espansione di questi obblighi viene individuata dalla dottrina francese nel rigido divieto di cumulo tra azione contrattuale ed extracontrattuale impostosi in Francia a partire dalla seconda metà del XIX secolo, che mantiene nettamente separate l'area del contratto da quella dell'illecito, impedendo l'applicazione delle regole della responsabilità extracontrattuale ogni qualvolta il danno si verifichi

⁵¹ Sottolinea M. FEOLA, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA (a cura di), *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, come la decisione della Cassazione del 1913, oltre a ribadire la figura dell'obbligazione determinata di *sécurité* nell'ambito del trasporto di persone, si spinga ben oltre il *leading case* del 1911, poiché estende al vettore il regime di responsabilità contrattuale anche in assenza della stipula di un contratto tra l'agente postale e la Compagnia ferroviaria, ricorrendo alla *stipulation pour autrui tacite* tra l'Amministrazione postale e la Compagnia ferroviaria.

⁵² La dottrina francese esplicitamente afferma che «l'arricchimento del contenuto del contratto avviene mediante obbligazioni accessorie di *sécurité*, le quali tendono a trasformare in *faute* contrattuale nei riguardi del creditore un eventuale fatto generatore di responsabilità delittuale». Cfr. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité de Droit Civil sous la direction de Ch. Larroumet*, Paris, II éd., 2012.

nell'esecuzione di un'obbligazione nascente da contratto⁵³. Di conseguenza, in assenza della creazione delle obbligazioni di *sécurité*, qualsiasi fatto generatore di responsabilità aquiliana all'interno di un rapporto contrattuale sarebbe rimasto privo di tutela.

Malgrado l'assenza di un apposito fondamento normativo, la categoria degli obblighi di protezione in Francia è ancora oggi riconosciuta come valida e costituisce il fondamento giuridico di tutti quei comportamenti protettivi che gravano sul debitore ogniqualvolta la prestazione principale non abbia ad oggetto la protezione, ma quest'ultima risulti comunque strettamente connessa alla prima⁵⁴.

5. *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del Code civil francese: il nuovo art. 1112 code civil*

Il *Code civil* francese del 1804 non contemplava una norma sulla responsabilità precontrattuale. Questa scelta trova la sua *ratio* essenzialmente nell'importanza attribuita dai redattori del *code civil* al “dogma del consenso”, considerato unica fonte del vincolo negoziale⁵⁵.

Prima dell'incontro delle volontà che dà vita alla stipulazione del contratto, si riteneva non vi fosse spazio per l'inserimento di obblighi di condotta, restando, viceversa, ciascuna parte libera di mutare avviso.

Nonostante l'assenza di un dato normativo espresso, la giurisprudenza francese, a partire dagli anni '70, riconosce l'esistenza di un illecito precontrattuale nel comportamento di una parte che interrompe repentinamente le trattative, in violazione dell'obbligo di buona

⁵³ Un'analisi approfondita si rinviene in P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale: (analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, p. 92 ss.; G. PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 1984, p. 36 ss.

⁵⁴ Sulla qualificazione delle obbligazioni di *sécurité* come obbligazioni «di mezzi» o «di risultato» al fine di individuare il regime di imputazione della responsabilità (per colpa o oggettiva), si veda l'approfondita analisi compiuta da M. FEOLA, in H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO (a cura di), *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 115 ss.

⁵⁵ I redattori del *code civil* furono fortemente influenzati dal pensiero di Pothier, il quale scriveva «così come non posso, con la mia sola volontà, trasferire ad altri un diritto sui miei beni, se la sua volontà non concorre all'acquisto, allo stesso modo non posso, attraverso la mia promessa, accordare ad altri un diritto contro la mia persona, finché la sua volontà concorra ad acquistarlo, attraverso la sua accettazione della mia promessa», in *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for exéteur*, Paris, 1764.

fede, ledendo il ragionevole affidamento riposto dall'altra sulla conclusione del contratto⁵⁶.

Sin dall'inizio, proprio per l'assenza di un contratto, tale responsabilità viene considerata quale specifica figura di illecito aquiliano, precisando che «non è il recesso in sé dalle trattative a generare un danno risarcibile, ma l'atteggiamento sleale, oppure incoerente, che ingenera un affidamento oneroso nella continuazione delle trattative e nella possibilità di giungere alla conclusione del contratto»⁵⁷.

La recente riforma del *code civil* francese, intervenuta con l'*Ordonnance* del 10 febbraio 2016⁵⁸, che ha ridisegnato il diritto delle obbligazioni e dei contratti, introduce una specifica disciplina in materia di responsabilità precontrattuale⁵⁹.

La sezione dedicata alla conclusione del contratto, infatti, si apre con alcune disposizioni in tema di trattative (*négociations*): artt. 1112, 1112-1 e 1112-2.

L'art. 1112⁶⁰ prescrive che «l'iniziativa, lo svolgimento e la rottura delle negoziazioni precontrattuali sono liberi, ma devono essere imperativamente conformi a buona fede⁶¹.

Nel caso di condotta colposa tenuta durante le trattative, il risarcimento del danno non può avere ad oggetto la compensazione della perdita dei benefici attesi dal contratto non concluso».

⁵⁶ Si rinvia allo studio di J. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 46 ss.; B. LASSALLE, *Les pourparlers*, in *Rev. rech. juridique*, 1994, p. 825 ss.

⁵⁷ Così, C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, p. 134.

⁵⁸ La riforma francese del diritto delle obbligazioni e dei contratti è giunta a compimento con l'approvazione della legge di ratifica dell'aprile 2018 (*loi du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016*).

⁵⁹ Sulla riforma si veda, D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 432 ss.; ID., *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, *ivi*, 2014, p. 800 ss.; G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *Giustiziacivile.com*, 2016; L. KLEISTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, II, p. 1543 ss.; G. B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nome. Il problema della causa del contratto e la riforma del III libro del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 1 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 695 ss.; C. CREA, *Riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto privato francese*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, p. 229 ss.

⁶⁰ Art. 1112 «*L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu*».

⁶¹ Tale norma va collegata all'art. 1104 *code civil* che stabilisce che «i contratti devono essere negoziati, formati e eseguiti secondo buona fede» e che espressamente qualifica «la buona fede come principio di ordine pubblico», inderogabile attraverso un'apposita disposizione convenzionale.

Rispetto al *Projet de réforme* originario viene dall'*Ordonnance* espunto dall'art. 1112 un apposito 2° comma, il quale così disponeva: «la condotta o la rottura colposa di queste negoziazioni obbliga il suo autore alla riparazione sul fondamento della responsabilità extracontrattuale»⁶². In tal modo, si elimina l'esplicito riferimento alla responsabilità extracontrattuale, consentendo la possibile riapertura del dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale⁶³.

Tuttavia, va precisato che, allo stato attuale, anche chi solleva dubbi circa la possibilità di qualificare in altro modo la responsabilità precontrattuale non dubita che l'orientamento dominante, in dottrina e in giurisprudenza, sia nel senso della natura extracontrattuale⁶⁴. La riforma introduce anche due ulteriori disposizioni, in materia di obbligo di informazione (art. 1112-1)⁶⁵ e di riservatezza (art. 1112-2)⁶⁶.

Quanto all'obbligo di informazione, deve trattarsi di un'informazione determinante ai fini della formazione del consenso dell'altra parte alla stipula del contratto.

Quanto al suo contenuto, l'obbligo di informazione è limitato alle sole informazioni conosciute dal contraente, non anche a quelle che avrebbe dovuto conoscere (diversamente da quanto previsto dall'art. 1338 c.c.).

L'obbligo di informazione sorge solo se l'altra parte ignora senza colpa l'informazione o nel caso in cui sorga un ragionevole affidamento sulla controparte.

⁶² Anche la relazione al Presidente (*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance*), pubblicata in *Journal officiel* 11 febbraio 2016, colloca la responsabilità ex art. 1112 *code civil* nell'area della responsabilità extracontrattuale. Cfr. F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: multo rumore per nulla*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, p. 630, che osserva che «il dibattito dottrinale e gli orientamenti delle Corti non hanno trovato ancora un punto di convergenza sulla natura della *culpa in contrahendo*, sicché sarà la pratica a confermare o meno l'opinione della Relazione».

⁶³ In questi termini, M. FEOLA in H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO (a cura di), *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 122.

⁶⁴ Così E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* fasc. 4, 2017, p. 1301 ss., che riprende, da ultimo, E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Parigi, 2016, p. 285 ss.

⁶⁵ Art. 1112-1 «*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants*».

⁶⁶ Art. 1112-2 «*Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun*».

Ne deriva che, sono escluse le informazioni che l'altra parte già aveva nonché quelle che avrebbe potuto ottenere in modo ragionevole. Questo significa che, nonostante la previsione dell'obbligo di informazione, è negata tutela nell'ipotesi di ignoranza illegittima, ossia al soggetto che avrebbe dovuto informarsi e non l'ha fatto.

In merito alla distribuzione dell'onere della prova, la norma testualmente precisa che spetta alla parte che lamenta l'assenza di informazione dimostrare che essa gli era dovuta, mentre tocca all'altra parte la prova di averla fornita.

L'art. 1112-2 *code civil*, infine, prescrive espressamente un obbligo riservatezza, la cui violazione determina il sorgere di una responsabilità a carico di chi utilizza o divulga, senza autorizzazione, le informazioni confidenziali ottenute in occasione delle negoziazioni⁶⁷.

6. *Cenni sulla responsabilità precontrattuale nei modelli di common law. L'esperienza inglese*

Nell'ordinamento giuridico inglese manca una disposizione di carattere generale che regoli la fase delle trattative e la responsabilità precontrattuale.

In linea di principio, può dirsi che «la fase pre-negoziale resta confinata nel non giuridico, in omaggio al dogma dell'autonomia negoziale»⁶⁸.

Questo perché la concezione di contratto corrisponde ad uno scambio di promesse, una in *consideration* dell'altra, che possiedono la fondamentale caratteristica di essere *enforceable* e *binding* ai sensi di legge.

In altri termini, ciascuna parte può validamente vincolarsi ad un dato obbligo o divieto esclusivamente se a tale impegno corrisponde un reciproco sacrificio compiuto dall'altra.

Il collegamento tra la promessa (*promise*, la dichiarazione di assumere un obbligo) di una

⁶⁷ E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, *op. cit.*, p. 1301 ss., sottolinea la particolare innovatività di questa parte della norma: «la giurisprudenza riteneva che la materia della riservatezza fosse lasciata alla libertà contrattuale, sicché la responsabilità sorgeva solo se le parti avevano concluso uno specifico accordo di riservatezza. L'ampia formulazione ora utilizzata («colui che utilizza o divulga»), invece, si presta ad essere letta come espressione di un dovere di carattere generale e che, per giunta, investe non solo le parti in quanto tali, ma anche tutti i terzi implicati nella negoziazione».

⁶⁸ Sul punto, C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, p. 138 ove è specificata la resistenza del dogma sulla base della persistenza «della teoria del contratto e della teoria della *consideration*».

parte e quella dell'altra parte, è la cosiddetta *consideration*, considerata requisito, non del contratto, ma di ciascuna promessa.

In sostanza, a differenza del nostro ordinamento, ove nella nozione di contratto sono fatti rientrare non solo gli accordi caratterizzati da uno scambio di prestazioni e dal sorgere di obblighi in capo a tutte le parti (contratti bilaterali o sinallagmatici) ma anche quelli che, come la donazione, fanno sorgere obblighi in capo solo ad uno dei contraenti, nei paesi di *common law*, se manca l'assunzione di obblighi da entrambe le parti non può darsi vita ad un contratto.

La principale funzione del contratto è quella di “*securing that the expectations created by a promise of future performance are fulfilled, or that compensation will be paid for its breach*”⁶⁹.

Quanto alla sua formazione, opera, come nel nostro ordinamento, il meccanismo dell'offerta e dell'accettazione.

Ai fini della nostra indagine, ciò che maggiormente interessa rilevare è che, nell'ordinamento inglese, non esiste una clausola generale assimilabile alla nostra “buona fede oggettiva”⁷⁰, né si attribuisce rilievo ai c.d. affidamenti precontrattuali⁷¹.

Anzi, si afferma in modo perentorio che «*the duty of good faith is not expressly laid out in English Law*»⁷². Alcuni Autori, infatti, sostengono che la tematica della precontrattualità si riduce, nei sistemi di *common law*, all'accertamento dell'avvenuta o meno conclusione del contratto⁷³. Fino a tale momento, non vi è spazio per alcun tipo di risarcimento del danno a tutela degli interessi che dominano la c.d. fase precontrattuale e

⁶⁹ Altre funzioni sono quella di facilitare la pianificazione di quanto andrà fatto in futuro, stabilire le rispettive responsabilità e le modalità di esecuzione della prestazione, nonché allocare i rischi inerenti la transazione: Cfr. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, ed. Oxford University Press, 2016, p. 3.

⁷⁰ Così R. GOODE, *The concept of good faith in English Law*, in *Saggi, Conferenze e seminari del Centro Studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, diretto da M. J. BONELL, 1992, n. 2 reperibile sul sito <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/centri.htm>; sul punto anche L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, Milano, 2009, p. 38 ss.

⁷¹ Cfr. N. COHEN, *Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, in J. BEATSON e D. FRIEDMANN (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, p. 25 ss.

⁷² T. HASSAN, *The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts*, in *Suffolk Transnational L. J.*, 1980, vol. 5, p. 1 ss.

⁷³ Si è parlato a riguardo di *all or nothing approach*. Sul punto, Cfr. E. A. FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, in *87 Col. Law Rev.* 217, 1987.

ciò in quanto le parti di una trattativa sono viste come soggetti antagonisti, ognuna della quali persegue il proprio esclusivo interesse⁷⁴.

Questo principio è stato espresso in maniera chiara in quello che viene pacificamente considerato il *leading case* in materia di negoziazioni nel diritto anglosassone: il caso *Walford v. Miles*⁷⁵, relativo ad un episodio di rottura delle trattative ad opera di una delle parti in relazione alla vendita di un'attività fotografica.

Nello specifico, durante la negoziazione, una delle parti (il promittente venditore) si era impegnata a contrattare in via esclusiva con l'altra (il promissario acquirente), in cambio della presentazione da parte di quest'ultima di una lettera attestante la disponibilità della banca a concederle un mutuo per agevolare l'operazione commerciale nella quale era impegnata. Nonostante la presenza di quest'accordo, il promittente venditore entra in trattative con una terza parte e stipula con questa un contratto per la cessione della propria attività. Alla luce di ciò, il promissario acquirente decide di agire in giudizio, facendo leva, in particolare, sull'accordo collaterale stipulato nell'ambito della negoziazione in relazione all'esclusività delle trattative, e chiede di essere risarcito per il guadagno che avrebbe ottenuto in caso di conclusione del contratto.

La *House of Lords* respinge, in modo deciso, la richiesta, affermando che in mancanza di un generale dovere di buona fede precontrattuale, le parti fino al momento della conclusione del contratto sono libere di recedere dalle trattative in qualsiasi momento e per qualsiasi ragione (*at any time and for any reason*)⁷⁶.

Più di recente, però, al fine di salvaguardare le esigenze di tutela sottese alla fase della negoziazione, nonché al fine di attribuire un qualche rimedio alla parte danneggiata dal fallimento della trattativa, è stata elaborata la dottrina dell'*equitable estoppel*⁷⁷.

⁷⁴ Cfr. K. STEENSGAARD, C. TWIGG-FLESNER, *Pre-Contractual Duties in The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, a cura di G. DANNEMANN e S. VOGENAUER, Cambridge, 2001, affermano che «the English law treats the parties to any contract negotiation as being in an adversarial position; consequently, a principle such as "good faith", which might entail at least a basic level of cooperation, cannot be accepted».

⁷⁵ [1992] 2 AC 128, HL.

⁷⁶ Nelle parole della Corte: «The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations (...). A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. (...) In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason».

⁷⁷ La dottrina dell'*equitable estoppel* ricomprende al suo interno le due varianti del *promissory estoppel* e del *proprietary estoppel*. Alcuni Autori ritengono che le due varianti siano in realtà espressione di un unico principio,

«Quando tra due parti legate da una qualche relazione, avente rilevanza giuridica, una, anche implicitamente, rappresenta all'altra un certo stato di fatto o le fa intendere che si comporterà in un certo modo e l'altra, facendo affidamento su tale rappresentazione, agisce modificando la propria posizione, la prima non può successivamente rinnegare (*is estopped from denying*) la propria rappresentazione (di fatti o di intenzioni) ed è tenuta a fare quanto l'*equity* richiede per non deludere l'affidamento suscitato»⁷⁸.

Nel diritto inglese questa regola trova applicazione, in particolare, nel campo dei diritti immobiliari attraverso l'istituto del *proprietary estoppel*.

In pratica, se le parti raggiungono un accordo verbale circa il trasferimento di proprietà di un bene immobile e, alla luce di questo accordo, la parte che dovrebbe ottenere la proprietà dell'immobile, facendo affidamento sull'accordo verbale raggiunto, inizia a sostenere delle spese ingenti ed irreversibili, allora, qualora il proprietario (promittente venditore) successivamente si rifiuti di formalizzare l'accordo e di dare ad esso esecuzione, la parte lesa può ricorrere in giudizio ed ottenere, sulla base dell'istituto del *proprietary estoppel*, una sentenza nella quale il giudice ordina l'esecuzione dell'accordo verbale, sebbene esso non sia stato mai formalizzato.

La parte lesa può dunque agire in giudizio per ottenere il pieno soddisfacimento del suo interesse positivo (*expectation interest*): l'interesse all'esecuzione del contratto⁷⁹.

La dottrina del *proprietary estoppel* attribuisce rilevanza all'affidamento precontrattuale, a prescindere dall'esistenza di un contratto già concluso⁸⁰, e ad esso ricollega direttamente

definito come istanza di tutela di "aspettative non contrattuali". In questo senso M. P. THOMPSON, *From representation to expectation: estoppel as a cause of action*, in *The Cambridge Law Journal*, 1983, 42(2), p. 257; Altri, G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, London, 2004, p. 114 ss. e 146 ss. ritengono che esse si riferiscano a fattispecie diverse, costituendo, perciò, istituti distinti.

Così A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con "immunità precontrattuale"*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, p. 4 ss. Sul punto torneremo nel paragrafo che segue.

⁷⁸ Cfr. A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con "immunità precontrattuale"*, *op. ult. cit.*, il quale, in questi termini, descrive il principio che ispira la dottrina dell'*equitable estoppel*.

⁷⁹ Nel caso *Crabb v. Arun District Council* (1975 3 All ER 865, CA) una parte aveva rappresentato all'altra in modo compiuto e definitivo il prossimo trasferimento di un diritto immobiliare, che tuttavia non era stato ancora perfezionato secondo le richieste formalità. La parte venditrice aveva anche eseguito atti che inequivocabilmente confermavano tale intenzione, poiché costituivano inizio dell'esecuzione delle operazioni materiali necessarie per modificare lo stato dei luoghi in modo tale da poter effettivamente attribuire il diritto alla controparte. Il futuro destinatario del diritto, dal canto suo, agiva come se il trasferimento fosse certo, compiendo atti di anticipata utilizzazione del bene in questione. Successivamente, la parte che aveva già rappresentato come prossima e certa l'attribuzione del diritto, recede da tale proposito, rifiutandosi di dare seguito alla vendita. La corte, facendo leva sulla dottrina del *proprietary estoppel*, riconosce all'attore il diritto immobiliare oggetto della contrattazione.

⁸⁰ Nei casi in cui fanno ricorso all'istituto del *proprietary estoppel*, le corti espressamente negano l'avvenuta conclusione del contratto, dando rilievo al solo affidamento avente ad oggetto la futura (ma data per certa) esecuzione

il risultato finale dell'attribuzione patrimoniale, il c.d. interesse positivo, che, invece, nei sistemi di *civil law*, resta indissolubilmente legato alla figura del contratto.

Tuttavia, questa forte tutela garantita alla parte che ha fatto ragionevolmente affidamento sulla conclusione del contratto non si estende al di fuori del campo dei diritti immobiliari (in ossequio all'importanza riconosciuta a questa tipologia di posizioni giuridiche).

Di conseguenza, non risulta possibile far ricorso ad essa quale strumento generale per risolvere i problemi legati all'affidamento precontrattuale⁸¹.

Parte della dottrina⁸², però, ipotizza una sorta di fusione fra *promissory estoppel* e *proprietary estoppel* in un unico istituto, da utilizzare quale mezzo generale di tutela dell'affidamento e delle aspettative non contrattuali.

Da quanto sopra esposto, deriva che, al di là delle statuizioni iniziali, anche il diritto inglese, sebbene limitatamente ad uno specifico ambito, inizia a riflettere sul tema della tutela degli affidamenti precontrattuali.

6.1. Segue. *L'esperienza statunitense*

Anche nel contesto normativo dell'ordinamento statunitense manca una disposizione di carattere generale che regoli la fase delle trattative e la responsabilità precontrattuale⁸³.

L'affermazione di carattere generale per cui «la fase pre-negoziale resta confinata nel non giuridico, in omaggio al dogma dell'autonomia negoziale»⁸⁴ può, in linea di principio, essere estesa anche a questo sistema.

Ciò in quanto è sostanzialmente identica nei due ordinamenti la concezione di contratto, inteso quale scambio cui una parte può validamente vincolarsi solo se a tale impegno corrisponde un reciproco sacrificio compiuto dall'altra parte.

In assenza di una *consideration*, non si può dar vita al vincolo contrattuale.

di un trasferimento o di uno scambio che si traduce in attività materiali, aventi rilievo dal punto di vista economico, le quali acquistano senso solo in funzione dell'esecuzione dello scambio programmato.

⁸¹ Cfr. P. GILIKER, *Precontractual liability in English and French law*, The Hague, 2002, cap. I, p. 137 ss.; M. SPENCE, *Protecting reliance: The Emergent Doctrine of Equitable Estoppel*, Oxford 1999, p. 87 ss.

⁸² In questo senso, M. P. THOMPSON, *From representation to expectation: estoppel as a cause of action*, cit., p. 257.

⁸³ Per un raffronto fra l'esperienza statunitense e quella italiana, vedi L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, Milano, 2009; D. CARUSO, *La culpa in contrahendo, l'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993. Con riferimento alla letteratura straniera, vedi E. A. FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 *Colum. L. Rev.* 217 (1987).

⁸⁴ C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 138.

Tuttavia, anche nel diritto americano, trova applicazione la dottrina del *promissory estoppel*, richiamata nella *section 90* del *Restatement (second) of Contracts*⁸⁵, che consente di considerare vincolante una promessa, anche in assenza di *consideration* (contropartita), quando questa determina il sorgere di un ragionevole affidamento in capo al destinatario, dando vita ad un obbligo di risarcimento in caso di sua violazione.

Di regola, la *section 90* trova applicazione quando, a fronte di una rappresentazione anticipata di un trasferimento patrimoniale futuro, che definisce in modo completo l'oggetto della futura attribuzione, il destinatario della rappresentazione agisce in modo per sé oneroso, a causa dell'affidamento riposto nella promessa.

Questo rende la promessa vincolante ed obbliga il promittente ad eseguire in modo completo ed esatto il trasferimento. In sostanza, può dirsi che l'elemento affidamento "surroga"⁸⁶ la *consideration* al fine di conferire carattere vincolante alla promessa.

Il *leading case* in materia è il noto caso *Hoffman v. Red Owl Stores*⁸⁷, deciso dalla Corte Suprema del Wisconsin nel 1965.

In questa controversia, la catena di supermercati *Red Owl*, per il tramite del proprio rappresentante, aveva promesso al signor Hoffman, titolare di una panetteria, la stipula di un contratto di *franchising* per l'apertura di un negozio appartenente alla catena se questi avesse rispettato determinate richieste (guadagnare esperienza nel settore, investire dei soldi nell'attività, e così via).

Dopo circa due anni, durante i quali il signor Hoffman si era impegnato a svolgere una serie di attività per acquisire l'esperienza richiesta in virtù dell'affidamento riposto sulla conclusione del contratto di *franchising*, le trattative vengono interrotte, in quanto la *Red Owl* inaspettatamente aumenta quasi del doppio il finanziamento richiesto al signor Hoffman per potersi aggiudicare il contratto.

⁸⁵ *Section 90* nel *Restatement (Second) on Contracts* 1981:

§ 90 *Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance*

1) *A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise.*

The remedy may be limited as justice requires.

2) *A charitable subscription or a marriage settlement is binding under subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance.*

⁸⁶ Cfr. S. D. HENDERSON, *Promissory Estoppel and traditional Contract Doctrine*, in *78 Yale Law Journal* 343 (1969), p. 359.

⁸⁷ *26 Wis. 2d 683 (1965)*.

Quest'ultimo decide quindi di agire in giudizio, fondando la propria domanda sul *promissory estoppel* e allegando l'esistenza di una promessa da parte della *Red Owl* concernente la stipulazione del contratto alle condizioni originariamente stabilite, per vedersi risarcite le spese che aveva sostenuto "*in reliance on the assurance of a franchise*". Il problema che si poneva era relativo al fatto che non si era ancora pervenuti alla stipula di alcun contratto, quindi, secondo le regole generali, ciascuna parte restava libera di recedere dalle trattative in qualsiasi momento e per qualsiasi ragione (*at any time and for any reason*). Tuttavia, la Suprema Corte del Wisconsin ritenne, in questa ipotesi, integrati tutti i requisiti previsti dalla *section 90*, attribuendo rilevanza alla promessa fatta dal rappresentante della *Red Owl* e venne, di conseguenza, concesso il risarcimento dei danni esattamente corrispondenti alla misura delle spese sostenute a causa dell'affidamento. Venne quindi risarcito l'interesse negativo: le perdite ingiustificatamente subite a causa della trattativa.

Questa decisione assume particolare importanza, in quanto riconosce l'operatività del *promissory estoppel* anche in presenza di dichiarazioni, comportamenti, manifestazioni di intenzione che non presentano un contenuto sufficientemente definito da poter essere equiparate ad un' "offerta" contrattuale, in quanto risulta mancante la compiuta definizione dell'attribuzione patrimoniale futura.

La sentenza in esame non è stata da tutti accolta con favore in ragione del "modello culturale" esistente nel sistema giuridico americano, fondato sulla massima autonomia e libertà negoziale delle parti. Ciò è ben spiegato dai primi autori che si sono specificatamente occupati del tema della *culpa in contrahendo*⁸⁸ nell'ordinamento statunitense, i quali mettono in luce l'assenza di un interesse generale della società nei confronti del risultato delle singole transazioni, che restano, invece, di esclusivo interesse dei privati che vi sono coinvolti.

Di conseguenza, si teme che l'imposizione di un obbligo legislativo di *good faith and fair dealing* possa limitare la libertà negoziale delle parti che proprio nell'ambito della

⁸⁸ F. KESSLER, E. FINE, *Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study*, in *Harvard Law Review*, volume 77, January 1964, n. 3, p. 401 ss.

contrattazione si comportano come soggetti antagonisti, cercando (ciascuna) di massimizzare il proprio esclusivo interesse⁸⁹.

Dalla breve disamina dei modelli (inglese ed americano) di disciplina della fase pre-negoziabile emerge un dato comune: in entrambi i casi, a fronte delle tradizionali affermazioni volte a proclamare la c.d. *freedom to contract*, si riscontra la comune tendenza all'individuazione di rimedi posti a tutela dell'affidamento (*reliance*) della parte danneggiata.

In alcuni casi, l'interesse del danneggiato viene tutelato obbligando la sua controparte ad eseguire in forma specifica o per equivalente l'operazione economica rappresentata nella trattativa. Dunque, in tali casi, la tutela si estende sino a ricomprendere l'interesse positivo, ossia l'interesse al conseguimento del risultato economico dello scambio.

In altri casi, invece, l'interesse del danneggiato viene tutelato attraverso rimedi contenuti entro il limite delle spese e delle perdite ingiustificatamente subite a causa della trattativa, il c.d. interesse negativo⁹⁰.

In conclusione, l'assenza nei sistemi di *common law* del principio di buona fede quale regola dei congegni precontrattuali non può condurre ad affermare che vi sia una totale insensibilità da parte di tali sistemi rispetto alla tutela degli affidamenti precontrattuali.

7. Modelli a confronto

Dall'analisi effettuata emerge, con particolare nitidezza, come le problematiche dell'obbligazione e della sua struttura più o meno complessa, per essere correttamente comprese, vadano esaminate attraverso un'indagine di tipo comparatistico.

Essa, infatti, consente di mettere in luce le peculiarità che caratterizzano ciascun sistema giuridico, considerato che la fisionomia del rapporto obbligatorio è stata diversamente

⁸⁹ E. A. FARNSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations*, 87, *Columbia Law Review* (1987), 217, osserva che «parties are not greatly dissatisfied with the common law's aleatory view of negotiations and feel that claims are fairly treated under the existing grounds of liability».

⁹⁰ Effettua un'attenta e completa analisi dei differenti rimedi previsti nei sistemi di *common law* a fronte del fallimento della trattativa A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con "immunità precontrattuale"*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, p. 30 ss. il quale, in particolare, ritiene giustificata la distinzione del trattamento giuridico fra interesse positivo e interesse negativo in relazione alla distinzione fra investimento informativo e performativo.

modellata, in ciascun diritto, tenendo conto del complessivo sistema delle tutele⁹¹ e quindi dei differenti modelli e criteri di imputazione delle due forme di responsabilità.

In Germania, l'indagine sugli obblighi di protezione nasce e si sviluppa per porre rimedio a specifiche lacune del BGB in tema di inesatto adempimento (successivamente colmate con la riforma del 2002), nonché per risolvere alcune problematiche che non possono trovare soluzione nel sistema della responsabilità aquiliana⁹².

In Francia, la figura delle *obligations de sécurité* nasce per rafforzare il contenuto del contratto, ogniqualvolta la sua esecuzione si riveli potenzialmente idonea ad esporre a pregiudizio la persona e i beni del creditore, in ragione dello stretto legame esistente tra l'esecuzione della prestazione e la sicurezza del contraente.

La successiva espansione di tali obblighi è dovuta all'operatività del principio del *non-cumul*, che rafforza la scelta già effettuata, spingendo la giurisprudenza (ogniqualvolta preesista un qualche contratto tra le parti) ad applicare il più favorevole regime della responsabilità oggettiva contrattuale rispetto a quello della responsabilità aquiliana per colpa.

In Italia, la situazione è diversa.

A differenza della Germania, esiste una clausola generale che disciplina la responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) e una responsabilità aquiliana dei padroni e committenti (art. 2049 c.c.) intesa come responsabilità oggettiva, che prescinde del tutto dalla *culpa in eligendo* o *in vigilando*.

A differenza della Francia, «è ammissibile il concorso tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale di fronte ad un medesimo fatto che violi contemporaneamente non solo i diritti derivanti da contratto, ma anche i diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto stesso»⁹³.

E allora come si giustifica in Italia la nascita e il rafforzamento della c.d. responsabilità da “contatto sociale qualificato”?

⁹¹ Per un approccio in tal senso, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

⁹² Ricordiamo, infatti, che il legislatore del BGB ha realizzato un sistema di *Deliktsrecht* (norme relative all'illecito civile) tipico, fondato sull'*Enumerationsprinzip* (elencazione tassativa dei beni tutelati). Solo chi ha subito un danno ai beni enumerati dal § 823 può vantare la pretesa al risarcimento dei danni. Inoltre, la disciplina della responsabilità aquiliana dei padroni e committenti è imperniata sul criterio della colpa, dunque, ai sensi del § 831 BGB, il preponente può liberarsi da ogni responsabilità se prova di non essere incorso in *culpa in eligendo* o *in vigilando*.

⁹³ Questa è la massima che di solito si trova nelle sentenze per indicare l'ammissibilità nel nostro ordinamento del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

In teoria, infatti, il soggetto danneggiato potrebbe trovare ristoro per il pregiudizio patito in base alle norme sull'illecito aquiliano⁹⁴.

La risposta, a ben vedere, trova fondamento in un mutamento di prospettiva.

Il ricorso alla categoria del “contatto sociale qualificato”, in altre parole, si giustifica sulla base di un diverso approccio al tema: dalla ricerca di un inquadramento nella categoria più corretta (responsabilità contrattuale o aquiliana) alla ricerca della tutela più efficace per il danneggiato.

Questo cambio di prospettiva è particolarmente evidente nell'approccio giurisprudenziale, ove si valorizzano i “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente qualificati quando questi, in relazione allo status professionale (talvolta pubblicistico) rivestito da una delle parti, siano tali da generare ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva.

In questa prospettiva, ciò che conta è garantire una tutela effettiva al danneggiato⁹⁵.

Lo conferma ulteriormente il fatto che la teoria del contatto sociale, quale fonte di obblighi di protezione, è generalmente impiegata per definire il regime di responsabilità nei rapporti “asimmetrici”, nei quali una parte ha maggiore capacità di incidere sulla sfera giuridica dell'altra (medico - paziente, banca - cliente, intermediario finanziario – cliente, p.a.-privato)⁹⁶.

Con riferimento, invece, al tema delle trattative tra privati e al dibattito circa la natura della responsabilità precontrattuale, sorgono problemi – in parte – diversi.

⁹⁴ Proprio per tale ragione, coloro che ritengono superfluo attribuire al principio di correttezza e buona fede una funzione integrativa del rapporto obbligatorio affermano che un generale dovere di protezione ex art. 1175 c.c. rappresenta un'inutile duplicazione di quanto già disposto dalla normativa in tema di responsabilità extracontrattuale, in quanto tale disciplina garantisce comunque tutela a tutte le ipotesi che normalmente vengono ricondotte alla lesione del dovere di protezione. Per tutti, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1984, p. 18 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 159 ss.

⁹⁵ Sul ricorso alla categoria del contatto sociale al fine di garantire una tutela sostanziale effettiva al danneggiato, e, più in generale, sull'approccio funzionale al diritto in ambito giurisprudenziale, si veda E. VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. e previdenza*, fasc. 6, 2016, p. 2065 ss.

Scritto che riproduce il testo della Relazione tenuta dal Consigliere della Corte di Cassazione al Convegno organizzato a Roma, il 13 ottobre 2016, dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema: *Responsabilità da contatto sociale: analisi del diritto vivente e profili organizzativi*. In esso, l'Autore sottolinea come «La responsabilità da contatto sociale, nei termini in cui la giurisprudenza della Cassazione l'ha intesa ed applicata, è stata una di quelle risposte adeguate, in cui sono state intercettate determinate istanze ed esigenze della collettività, taluni mutamenti del sentire comune, e si è rimesso in discussione (...) un assetto dato, e ricostruito un diverso “diritto vivente”».

⁹⁶ In questi termini, D. DISABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contr. impr.*, fasc. 1, 2018, p. 81 ss.

In estrema sintesi, in quest'ambito, risulta fondamentale l'individuazione di un punto di equilibrio tra valori diversi (ma entrambi) meritevoli di tutela: da un lato, la libertà contrattuale, dall'altro, la tutela dell'affidamento.

Anche da questo punto di vista, l'indagine comparatistica si rivela molto utile.

Da essa emergono una serie di dati.

In primo luogo, la forte contrapposizione tra il modello tedesco e quello francese.

Nel sistema tedesco, un rapporto obbligatorio (sebbene avente ad oggetto solo obblighi di protezione) nasce già con l'inizio di una trattativa ovvero in una fase ancora precedente di "avviamento" del contratto. Tale rapporto obbligatorio ha fonte legale ed è assoggettato alle regole della responsabilità contrattuale.

Nel sistema francese, viceversa, si valorizza la tutela della libertà negoziale, in ossequio alla tradizione legata al "dogma del consenso", quale unica fonte di un vincolo avente rilevanza giuridica, e la responsabilità che sorge nella fase delle trattative viene tradizionalmente ricondotta nella più generale figura dell'illecito aquiliano.

In secondo luogo, viene in rilievo, nei sistemi di *common law*, la tendenza ad individuare dei rimedi a tutela dell'affidamento (in presenza di particolari circostanze), nonostante l'assenza del principio di buona fede quale regola dei congegni precontrattuali.

L'ordinamento italiano, in questo contesto, si colloca, in un certo senso, in una posizione mediana. Il codice civile del 1942 è stato il primo (rispetto ai modelli analizzati) ad introdurre un'apposita regola in materia di *culpa in contrahendo*. E anche se il dibattito sulla natura di tale responsabilità sembra ancora lontano dal trovare una soluzione definitiva, si scorge una propensione, in parte della dottrina⁹⁷ e in alcune pronunce giurisprudenziali⁹⁸, a riconoscere una rilevanza sempre maggiore all'affidamento.

In giurisprudenza, la spinta verso la giuridicizzazione della fase pre-negoziale risente di una visione del rapporto obbligatorio improntata sul principio costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), che obbliga le parti ad osservare standard di correttezza reciproci, in quanto in esso non verrebbero in considerazione esclusivamente gli interessi dedotti

⁹⁷ Per tutti, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, op. cit. p. 278 ss; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 474 ss.

⁹⁸ Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 11, p. 1647; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 12, p. 1795; e, da ultimo, Cass., n. 14188 del 2016, in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, p. 1451 ss., tutte aventi ad oggetto negoziati tra privato e p.a.

dalle parti in relazione alla singola operazione economica, ma anche interessi di portata generale al corretto svolgimento delle relazioni socialmente rilevanti.

Tale impostazione, certamente condivisibile in contesti caratterizzati da asimmetria tra le parti della contrattazione, potrebbe, però, evidenziare delle criticità dinanzi a negoziazioni intercorrenti tra soggetti privati non aventi diversa forza contrattuale.

Ciò si evince facilmente, ove si consideri che, ricostruendo la responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento, per far scattare l'obbligo risarcitorio, non occorrerebbe alcuna valutazione del comportamento dal punto di vista soggettivo, in termini di dolo o colpa, risultando, viceversa, sufficiente valutare la difformità della condotta dall'obbligo di buona fede.

Da qui, la possibilità di “aggravare” eccessivamente la posizione delle parti in una fase che, invece, si gioca tutta sull'interesse di ciascuna a massimizzare il proprio (esclusivo) profitto.

Capitolo IV

Tra contratto e illecito: la rilettura delle fattispecie alla luce dell'ordinamento complesso

SOMMARIO: 1. La «zona grigia» tra contratto e illecito. – 2. Il diritto interno di derivazione europea. L'approccio rimediale e il principio di effettività. – 3. *Segue.* L'emergere del terzo paradigma in materia di appalti pubblici. – 4. *Segue.* La possibile estensione del modello di responsabilità vigente in materia di appalti al più generale ambito dei rapporti privato-pubblica amministrazione. – 5. Il diritto interno puro. Sulla sostenibilità dogmatica della categoria del contatto sociale. – 6. *Segue.* La presa di posizione del legislatore sul caso pilota (responsabilità medica). – 6.1. Possibile estensione del modello di responsabilità sanitaria ad altra fattispecie. – 7. *Segue.* Le ipotesi residuali.

1. La «zona grigia» tra contratto e illecito

Tra la responsabilità nascente da fatto illecito e quella da contratto (*rectius* da inadempimento di precedente obbligazione) esistono delle «zone grigie», ossia fattispecie non agevolmente ascrivibili all'una o all'altra area di responsabilità (contrattuale o extracontrattuale).

Tale affermazione è condivisa da parte della dottrina, che parla di “turbolenza”¹ o di “tensione”² tra contratto e illecito dai confini mobili e non ben definiti.

La mobilità dei confini (e delle relative discipline) affonda certamente le sue radici nella mutazione genetica che ha colpito l'oggetto del rapporto obbligatorio e la linea distintiva tra le due forme di responsabilità.

Sul versante della responsabilità contrattuale, infatti, si è accertata l'esistenza di ipotesi in cui siffatta responsabilità è affermata indipendentemente dall'esistenza di un contratto (o, più in generale, di un rapporto obbligatorio) tra le parti. In questi casi, per il configurarsi di tale responsabilità, è stata ritenuta sufficiente la presenza di un affidamento, fondato su una specifica relazione o addirittura su un semplice contatto. Quanto alla nozione di rapporto obbligatorio, essa è stata ricostruita prescindendo dalla necessaria presenza di un obbligo primario di prestazione e facendo (esclusivamente) leva sul requisito della relazionalità. A tale esito si è pervenuti valorizzando gli obblighi di protezione, prima considerati solo accessori all'obbligo primario di prestazione e, successivamente, rivestiti di una funzione autonoma, tesa a garantire l'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose dalla specifica possibilità di danno derivante dalla particolare relazione costituitasi³.

Anche l'atteggiamento della giurisprudenza in ordine a tali questioni è mutato.

¹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 443

² C. VON BAR, *Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980; ID., *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten*, in *JuS*, 1988, p. 169 ss.

³ Sulla trasformazione del rapporto obbligatorio, si veda anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 198, il quale sottolinea come - anche in questo caso - si realizzi «una rottura del meccanismo tradizionale di riferimento alla categoria, la quale viene costruita *a posteriori* in funzione degli interessi da proteggere».

La tradizionale operazione sussuntiva della fattispecie concreta nello schema generale ed astratto della norma entra in crisi⁴, portando, progressivamente, all'abbandono di un approccio squisitamente dogmatico e al prevalere di un atteggiamento ermeneutico nuovo, che volge lo sguardo verso il risultato da raggiungere.

Le soluzioni cui è pervenuta la giurisprudenza in materia, infatti, vanno essenzialmente individuate nell'esigenza di assicurare a coloro che instaurano con soggetti altri «relazioni significative e rilevanti», poiché involgenti i loro beni ed interessi, una tutela più incisiva ed efficace rispetto a quella garantita dalla responsabilità extracontrattuale. Si realizza, in altri termini, un cambio di prospettiva mosso dall'esigenza di garantire una tutela effettiva al danneggiato.

⁴ Sul tema della c.d. crisi della fattispecie, si vedano le riflessioni di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Dir. proc. civ.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss. Entrambi i contributi si trovano oggi raccolti in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, il quale analizza, dettagliatamente, le cause di questa crisi, riconducendole, in particolare, a due fattori. In primo luogo, nello spostamento dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge. Fenomeno che si coglie, non tanto a causa dell'interpretazione delle leggi ordinarie alla luce delle norme costituzionali, che, come è noto, sono norme senza fattispecie, quanto (e in maniera più significativa) per il passaggio dal diritto ai valori, i quali – si dice – valgono in sé e per sé e non hanno bisogno di altre norme o di tramiti, ma poggiano soltanto su stessi. In secondo luogo, in ragione del fenomeno in base al quale le parti non espongono più al giudice eventi riconducibili a casi, stati di fatto contrari al diritto, ma “situazioni di vita”, contenuti di esperienza e domande e risposte nel segno dei valori. Da quest'ultimo punto di vista, si mette in evidenza il rischio che il pensare (e decidere) per valori non possa che tradursi in altezioso soggettivismo concreto, e viene, dunque, suggerito il ricorso ad altra soluzione, individuata nel c.d. “salvagente della forma”. In tal senso, le indicazioni fornite sono essenzialmente due: allargare la mediazione delle leggi ordinarie, ossia calare norme e principi, generali o universali, in leggi ordinarie dotate di fattispecie, da un lato, e restituire la sentenza ad applicazione di norme positive e fondare la decisione giudiziaria sull'antico e saldo terreno della fattispecie, dall'altro.

Per un approccio antitetico a quello appena descritto, si veda, invece, N. LIPARI, *Le categorie giuridiche*, Milano, 2013, p. 7 ss.; ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 3 ss. della Presentazione, il quale mette in evidenza come la “crisi” non si fermi alla struttura della fattispecie, ma investa, più in generale, la stessa configurazione delle categorie giuridiche intese in modo classico. Quest'Autore ritiene che la necessità di ripensare le tradizionali categorie ordinanti implichi una ricostruzione del sistema attraverso un lenta, ma ineluttabile transizione dalla centralità delle fonti alla centralità dell'interpretazione. In altri termini, a differenza di quanto sostenuto da Irti, si ritiene necessario liberarsi dalla falsa convinzione che la decisione in base alla razionalità sussuntiva offra maggiori certezze di quella radicata su valori, realizzando, in tal modo, uno spostamento “dalla legge al giudizio”, che pone l'interprete al centro del sistema, in quanto soggetto cui spetta il compito di collegare la trama delle regole dettate con l'ordito delle situazioni concrete.

Infine, questa rivisitazione di categorie e di ruoli trova riscontro (anche) nelle posizioni di altro Autorevole giurista, Paolo Grossi, già Presidente della Corte costituzionale, il quale, da ultimo, in *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, definisce l'interprete come “colui che scopre il diritto” e l'interpretazione come “invenzione” (dal latino *invenire, inventio*), attività che non corrisponde alla creazione del diritto, ma alla sua ricerca e rinvenimento. Grossi sottolinea come, in ragione di due eventi verificatisi nella seconda metà del Novecento, ossia l'adozione della Carta costituzionale e la creazione dell'Unione europea, la realtà odierna sia profondamente mutata. E in questa nuova realtà, spiccatamente pluralista, la “fattualità imperversa”, ossia il diritto riacquista il suo carattere ordinamentale che lo rende aperto e disponibile verso il basso della società e, in questo modo, riesce a soddisfare quell'esigenza di duttilità che oggi (forse come mai prima) si avverte in maniera tanto stringente.

Per un'ordinata esposizione delle possibili soluzioni ai suesposti problemi, occorre, preliminarmente, effettuare una distinzione tra due aree normative di riferimento.

La prima area che verrà esaminata è quella del c.d. diritto interno di derivazione europea, ove regna sovrana la prospettiva rimediale, la quale collega in via immediata e diretta il dispositivo di tutela al bisogno espresso dall'interesse sostanziale, prescindendo dall'individuazione di regole formali che segnano il perimetro della fattispecie⁵.

In quest'area, in cui trova applicazione il principio di effettività, sembra emergere l'esistenza di un terzo paradigma di responsabilità, che, a partire dalla materia degli appalti pubblici (ove è venuto formandosi), potrebbe estendere la sua portata sino a costituire la regola del modello di responsabilità vigente nei rapporti privato-pubblica amministrazione.

All'esame di questa prospettiva sono dedicati i primi paragrafi di questo capitolo.

La seconda area di riferimento attiene, invece, al diritto interno c.d. puro, ossia di esclusiva formazione nazionale. In quest'area permane il contrasto dottrinale analizzato nel secondo capitolo tra chi ribadisce la necessità della prestazione quale (imprescindibile) oggetto del rapporto obbligatorio e chi, invece, ricostruisce la nozione di obbligazione in chiave di relazionalità.

In questo contesto, si procederà, preliminarmente, sottoponendo a verifica la sostenibilità dogmatica della figura del contatto sociale.

Effettuata tale verifica, si analizzerà la novella legislativa, intervenuta di recente in materia di responsabilità sanitaria, per indagarne le ragioni e per verificare se essa possa costituire un modello la cui applicazione trascende i limiti tracciati dalla fattispecie, venendo in rilievo in altre ipotesi (come ad esempio nel caso della responsabilità dell'insegnante).

Occorrerà, infine, chiedersi se, per la riconducibilità alla responsabilità contrattuale delle ipotesi residuali (responsabilità della banca e del mediatore) sia (veramente) necessario ricorrere alla controversa figura del contatto sociale, o se, viceversa, l'applicazione di tale disciplina non possa già desumersi da precisi obblighi di legge. All'esame di questa seconda area sono dedicati gli ultimi paragrafi di questo capitolo.

⁵ Cfr. A DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2015, spec. p. 704.

2. Il diritto interno di derivazione europea. La prospettiva rimediale e il principio di effettività

Nell'approccio allo studio del modello di responsabilità formatosi nell'area del diritto interno di derivazione "comunitaria" (a partire dalla materia degli appalti), occorre, preliminarmente, svolgere alcune riflessioni sul ricorso, da parte del diritto europeo, alla prospettiva rimediale nonché al principio di effettività della tutela ad essa strettamente connesso.

La categoria del rimedio è pervenuta al nostro ordinamento dal diritto europeo che, a sua volta, l'ha mutuata dagli ordinamenti di *common law*⁶.

Come è noto, infatti, tutto il diritto di *common law* si sviluppa a partire dall'individuazione del rimedio processuale atto a risolvere il caso concreto, non esistendo, per converso, l'idea di un diritto soggettivo preesistente al rimedio⁷. Le celebri espressioni "*remedies precede rights*" e "*where there is no remedy there is no wrong*" sono paradigmatiche di un sistema di natura rimediale governato da un insieme di procedure che assicurano la risoluzione pratica della singola controversia⁸.

Quanto al diritto europeo, invece, la sua inclinazione a considerare la tutela in termini prettamente rimediali deriva da due fattori: l'assenza di un ordinamento statale

⁶ Il rimedio è definito nel linguaggio dei giuristi anglosassoni *cure for wrongs*, ossia strumento di soddisfazione di un bisogno di tutela in occasione di un torto ricevuto.

⁷ Cfr. U. MATTEI, *Common law, Il diritto angloamericano*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. SACCO, Torino, 1992, p. 27, analizza dettagliatamente l'evoluzione che ha portato alla creazione di un sistema per il quale pochi *writs* precedono e determinano i diritti. Sono dunque da attribuire a questo momento storico le radici del cosiddetto approccio rimediale, ancor oggi patrimonio metodologico del *common lawyer*.

R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004, p. 280, evidenzia che la procedura, almeno inizialmente, è un elemento ancora più importante della decisione stessa. Infatti, l'attore ha a disposizione un certo numero di *forms of actions* per ottenere una decisione in suo favore. L'elemento centrale è quello di far riconoscere alle Corti regie la loro competenza e, una volta ammessa questa, di condurre sino in fondo una procedura ingombra di formalismo. Agli albori è impossibile prevedere quale sia la decisione finale, essendosi il *common law* creato progressivamente.

⁸ Come è noto, in Inghilterra, l'attivazione del giudizio nasceva, in linea con la tradizione medievale, attraverso l'esperimento di una determinata azione (*action on the case*, *action of trespass*, etc.).

Nonostante l'abolizione, nel Diciannovesimo secolo, delle c.d. *forms of action*, il sistema di tutela anglosassone non ha mai recepito il modello continentale dei diritti soggettivi, ma si è sviluppato nella diversa direzione della prospettazione di concreti rimedi di tutela da far valere davanti agli organi giudiziari.

sotteso a quello “comunitario” e la flessibilità della norma europea, obbligata a tener conto della diversità dei diritti nazionali su cui va incidere⁹.

Almeno *prima facie*, la vocazione rimediale appare dunque più conforme a sistemi non codificati, diversi dal nostro (o dal modello francese e tedesco).

Tuttavia, tale lettura risulta oggi mitigata dal fatto che il codice italiano, ancorché tradizionalmente caratterizzato dal binomio diritto-azione, si apre, in una prospettiva costituzionalmente orientata, al principio di generale tutelabilità del diritto e quindi ad una tutela modellata semplicemente sulla “natura” dell’interesse sotteso al diritto medesimo¹⁰.

Anche nella riflessione di parte della civilistica italiana¹¹, a partire dagli anni Settanta, si è progressivamente fatta strada l’idea che i rimedi costituiscano un “piano mobile” di strumenti preposti al soddisfacimento di un bisogno di tutela del singolo conseguente all’inattuazione di quell’interesse o alla sua violazione. Seguendo questa prospettazione, risulta possibile offrire risposte ai bisogni di tutela che vanno affiorando nella prassi e che non rientrano nello schema ordinante del diritto soggettivo. In tal senso, basti richiamare, emblematicamente, il superamento del «dogma» dell’irrisarcibilità dell’interesse legittimo, operato dalla Suprema Corte nel 1999, che non guarda più alla qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, effettuando, invece, una ricostruzione sostanzialistica delle posizioni giuridiche soggettive, in linea col diritto comunitario, che non conosce la distinzione diritto soggettivo-interesse legittimo, ma che si concentra esclusivamente sull’interesse materiale sotteso alla qualificazione formale.

⁹ In questi termini, S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 5 e spec. p. 12 «il diritto privato europeo si discosta dalla dogmatica dei diritti soggettivi concentrandosi piuttosto sul soddisfacimento dell’interesse. Le pretese del consumatore – ad es. alla riparazione e/o sostituzione del bene difforme – non sembrano poggiare su diritti soggettivi rigidamente attribuiti dalla norma (...). Sembra piuttosto che il momento del soddisfacimento dell’interesse venga condizionato dalla sussistenza di concrete circostanze cui la norma rinvia attraverso clausole elastiche, come quella della ragionevolezza o della proporzionalità».

¹⁰ Cfr. S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo, op. ult. cit.*, che riprende A. PROTO PISANI, *L’attuazione dei provvedimenti di condanna, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, p. 160 ss.

¹¹ In particolare, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003; AA. VV., *Forme e tecniche di tutela, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss; D. MESSINETTI, *La sistemica rimediale, Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Napoli, 2012, p. 103 ss. Più in generale, si veda il volume collettaneo: *Remedies in contract*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008.

Il discorso sui rimedi assume precipua importanza ai fini della presente trattazione, in quanto diventa sinonimo di un nuovo metodo (“metodo rimediale”), caratterizzato da un elevato grado di concretezza, in cui l’accento è posto sulla «soluzione che concretamente l’ordinamento offre ad un individuo di fronte alla violazione del suo interesse»¹².

Per verificare l’utilità di questo tipo di approccio alla risoluzione dell’ordine di questioni poste dalla figura oggetto di ricerca, pare opportuno (e metodologicamente più corretto) aver riguardo ad una delle c.d. «figure sintomatiche»¹³ che danno corpo alla prospettiva rimediale, ossia l’istituto della responsabilità civile¹⁴.

Nell’ottica della prospettiva rimediale, infatti, la giurisprudenza ha (talvolta) realizzato una “torsione” interpretativa dei presupposti necessari per l’esperibilità del rimedio risarcitorio.

Per chiarire meglio quanto appena detto, basta ricorrere ad una esemplificazione.

L’esempio riguarda l’ipotesi di danno da attività provvedimento illegittima della pubblica amministrazione – oggetto di analisi nel primo capitolo – di cui la giurisprudenza prevalente, pur mantenendo ferma la riconduzione in ambito extracontrattuale, “rilegge” gli elementi costitutivi.

Viene, infatti, “oggettivato” il requisito della colpa e modificato il riparto dell’onere della prova, consentendo al privato di limitarsi ad allegare l’illegittimità dell’atto amministrativo, che, nella normalità dei casi, costituirà (già) indice (grave, preciso e concordante) della colpa dell’amministrazione. Quest’ultima, invece, per andare esente da responsabilità, dovrà provare di essere incorsa in una delle circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile.

¹² Cfr. U. MATTEI, *I rimedi*, in *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001, p. 105 ss.

¹³ A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., pp. 703-704.

¹⁴ Definisce l’istituto della responsabilità civile (assieme al principio di effettività della tutela giurisdizionale) vero e proprio «incubatore» del discorso rimediale L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2015, p. 583 ss., spec. p. 604 ss., il quale, però, in via generale, dà una risposta negativa circa l’apporto costruttivo della prospettiva rimediale, ritenendo che, almeno allo stato attuale, «quella dei rimedi, più che una prospettiva, sia una suggestione ancora troppo poco elaborata e messa in forma per poter reggere il peso di un discorso sistematico». Secondo l’Autore in questione «l’enfasi sui rimedi (altro non è che) una delle forme che assume la percezione di un ruolo crescente della giurisprudenza nella produzione del diritto il quale, in effetti, si alimenta della diffusione di costrutti normativi (le clausole generali) o dottrinali (l’abuso del diritto) che sollecitano al massimo la discrezionalità dell’interprete».

Effettuando tale operazione interpretativa, si realizza il seguente risultato: pur prestando formale adesione al modello di responsabilità aquiliana, si interviene sui singoli elementi della fattispecie, al fine di costruire un sistema di regole applicative che consentano al danneggiato di ottenere una tutela effettiva (e non solo formale) della posizione vantata in giudizio.

Il discorso – per come sin qui condotto – ci mostra come lo studio della prospettiva rimediale debba essere (necessariamente) condotto in connessione con lo studio di un principio, anch'esso avente matrice europea, quale è il principio di effettività¹⁵.

Come è noto, tale principio nasce in ambito processuale, come principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Esso trova i suoi riferimenti normativi, a livello sovranazionale, negli articoli 19 del Trattato sull'Unione europea¹⁶ e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali¹⁷ e, a livello nazionale, negli articoli 111 e 24 della Costituzione¹⁸.

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, il principio di effettività può essere osservato da due diverse prospettive: dal punto di vista oggettivo, esso è funzionale a garantire il raggiungimento degli scopi perseguiti dall'Unione europea nel singolo

¹⁵ Con riferimento al principio di effettività, si veda, in generale, S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, p. 7: «Il principio di effettività, come è noto, rappresenta una nozione imprescindibile per comprendere e giustificare ogni ordinamento giuridico». Con particolare riguardo all'ordinamento dell'Unione, poi, p. 10: «Tale effettività diviene, così, al tempo stesso, parametro identificativo del sistema normativo comunitario e criterio interpretativo per garantirne una corretta attuazione»; N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2009, p. 635 ss.; G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali X*, 2017, ove si trova un'ampia panoramica delle voci favorevoli e contrarie allo sviluppo del principio di effettività.

¹⁶ Art. 19 TUE: «Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Su tale disposizione, si veda, G. TESAURO, *Art. 19 TUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2014, p. 196 ss.

¹⁷ Art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice».

Sulla dimensione oggettiva dell'art. 47, G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 5, 2018, p. 12 precisa che «l'art. 47 riguarda solo la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche attribuite ai singoli da disposizioni dell'ordinamento dell'Unione, e non anche del diritto interno. (...) «Il suo obiettivo è di munire di specifiche garanzie processuali la tutela delle situazioni giuridiche europee, vale a dire, delle situazioni soggettive attribuite ai singoli da norme giuridiche europee».

¹⁸ Sul collegamento tra principio di effettività della tutela e artt. 24 e 111 Cost., si veda: A. DI MAJO, voce: *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 372.

settore di intervento; dal punto di vista soggettivo, rafforza i diritti riconosciuti nelle direttive ai singoli cittadini dell'Unione sul piano del diritto sostanziale¹⁹.

In via generale, può inoltre dirsi che tale principio ha ricevuto, grazie alle numerose pronunce della Corte di giustizia che lo hanno richiamato, una (particolare) estensione della sua portata applicativa. Così, ad esempio, in materia di danno antitrust²⁰, nell'ambito delle vendite di beni di consumo²¹, in tema di poteri officiosi del giudice²², in materia di clausole abusive²³, nonché in materia di appalti pubblici.

3. Segue. *L'emergere del terzo paradigma in materia di appalti pubblici*

La materia degli appalti pubblici è quella in cui si realizza la maggiore integrazione col diritto europeo, posto che la disciplina interna è, per lo più, di derivazione comunitaria²⁴.

Proprio in questo settore, con riferimento alle azioni di responsabilità esperite dai privati concorrenti in gare pubbliche, la Corte di giustizia si è espressa, a più riprese, ritenendo sufficiente, per l'esperimento dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, la mera violazione del diritto europeo, senza dare alcun rilievo all'elemento soggettivo della colpa in capo al danneggiante.

Di tale indirizzo sono espressione due sentenze, rispettivamente del 2004²⁵ e del 2008²⁶, che hanno visto come parte in causa lo Stato portoghese, condannato per gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea (in particolare, per la violazione della direttiva 89/665/CEE in materia di pubblici appalti), data la presenza

¹⁹ Così, G. ARMONE, *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2, 2019, p. 2.

²⁰ CGUE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04.

²¹ CGUE, 4 giugno 2015, C-497/13.

²² CGUE, 14 aprile 2016, cause riunite C-381/14 e C-385/14.

²³ CGUE, 20 settembre 2018, C-448/17.

²⁴ Il quadro giuridico europeo per gli appalti pubblici è oggi costituito da tre direttive: la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

²⁵ CGUE, 14 ottobre 2004, *Commissione v. Repubblica Portoghese*, C-275/03.

²⁶ CGUE, 10 gennaio 2008, *Commissione v. Repubblica Portoghese*, C-70/06.

nell'ordinamento interno di una norma che subordinava il risarcimento del danno alla dimostrazione da parte del privato del dolo o della colpa della stazione appaltante.

Più di recente, il medesimo orientamento è stato ribadito nel caso austriaco Stadt Graz²⁷, ove la Corte – in termini ancor più chiari – ha affermato che la direttiva 89/665/CEE in materia di pubblici appalti osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento conseguente alla violazione della disciplina di aggiudicazione all'esistenza della colpa in capo all'amministrazione aggiudicatrice.

Non solo.

La Corte ha espressamente precisato che non possono farsi valere né presunzioni di colpevolezza in capo all'amministrazione danneggiante, consentendole di vincere la presunzione invocando l'errore scusabile; né l'amministrazione potrà far valere il difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata per mancanza di capacità individuali, essendo la p.a. e i suoi funzionari esperti nel settore in cui operano.

Nel risolvere la questione, la Corte argomenta (proprio) a partire dal principio di effettività.

L'intenzione è quella di «garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibili contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici»²⁸.

In tal senso, la Corte osserva che il rimedio risarcitorio può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale al rimedio dell'inefficacia, compatibile con il principio di effettività, «soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata – così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso – alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice»²⁹.

²⁷ CGUE, 30 settembre 2010, *Stadt Graz v. Strabag*, C-314/09.

Sulla sentenza, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 313 ss., nota di L. GUFFANTI PESENTI; in www.giustamm.it, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentoale della p.a.?*, nota di S.CIMINI; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, p. 664 ss., nota di E. M. BARBIERI; in *Foro amm. CdS*, 2011, p. 3015 ss., nota di C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia*.

²⁸ CGUE, 30 settembre 2010, *Stadt Graz v. Strabag*, C-314/09.

²⁹ Art. 124 c.p.a. (Tutela in forma specifica e per equivalente): «L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato».

La soluzione raggiunta, dunque, è quella di uno scivolamento verso una responsabilità di stampo oggettivo, che prescinde dall'accertamento del dolo o della colpa in capo al soggetto danneggiante, richiedendo solo la presenza di un'illegittimità nella procedura di aggiudicazione³⁰.

La Corte persegue un preciso obiettivo di politica del diritto: garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese a protezione della concorrenza, e lo fa, scegliendo la via che reputa più congrua, ossia quella della responsabilità oggettiva che, in quanto priva di un criterio di imputazione del quale occorra dare la prova in giudizio, risulta la più adatta ad allargare lo spazio di responsabilità³¹.

Dall'analisi di questa pronuncia emerge un dato rilevante: che nella prospettiva del diritto dell'Unione, l'istituto della responsabilità civile (contrattuale o extracontrattuale) si spoglia di ogni orpello dogmatico e appare come pura effettività. In altri termini, il rimedio risarcitorio è inteso come una delle sanzioni – efficaci, proporzionate e dissuasive – che gli ordinamenti nazionali possono/devono prevedere a presidio dei diritti riconosciuti da uno strumento europeo³².

In pratica, gli strumenti di tutela messi a disposizione dell'impresa pretermessa dalla gara d'appalto sono la tutela in forma specifica, ossia il subentro nell'aggiudicazione e quindi nel rapporto contrattuale, previa dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con il vincitore (illegittimo), ovvero la tutela per equivalente, ossia il diritto ad ottenere l'equivalente monetario del contratto.

Secondo la Corte di giustizia, la tutela per equivalente deve costituire un'alternativa valida rispetto a quella in forma specifica e tale non sarebbe ove fosse sottoposta a condizioni più stringenti.

Da ciò discende l'irrelevanza attribuita al requisito della colpa per l'esperimento del rimedio risarcitorio.

³⁰ Ciò risulta in termini chiari da Cons. Stato, V sez., 8 novembre 2012 n. 5686: «La regola comunitaria vigente in materia di risarcimento del danno per illecittà accertate in materia di appalti pubblici per avere assunto provvedimenti illecitti lesivi di interessi legittimi configurerebbe una responsabilità non avente natura né contrattuale, né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da un principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici».

³¹ In senso fortemente critico rispetto all'uso fatto dalla Corte di giustizia del principio di effettività nel caso Stadt Graz, si pone C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile, cit.*, p. 235 ss., il quale sottolinea come il principio in esame venga invocato dalla Corte «per intervenire pesantemente sul terreno della responsabilità in materia di criterio di imputazione». Egli infatti precisa che dalla normativa europea (la direttiva in materia di appalti) non si ricava alcuna indicazione in tal senso, posto che l'unica disposizione ivi prevista concerne l'obbligo per gli Stati membri di adottare regole atte ad «accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione», spettando poi allo Stato l'obbligo di prevedere una apposita regola di responsabilità.

³² In questi termini, G. ARMONE, *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2, 2019.

Di regola, infatti, sono gli Stati membri a predisporre gli strumenti di tutela delle situazioni giuridiche dei singoli che trovano riconoscimento nel diritto europeo, in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Più nel dettaglio, questo significa che, se per un verso, gli Stati membri mantengono la loro autonomia nella scelta del rimedio giurisdizionale, per altro verso, tale scelta deve garantire una tutela non meno favorevole di quella prevista per situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o

L'impostazione adottata dalla Corte di giustizia in materia di appalti pubblici è stata seguita dal Consiglio di Stato, il quale, richiamando il principio di effettività della tutela, ha affermato che «la regola comunitaria (di responsabilità oggettiva) non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari, ma deve estendersi a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel Codice degli appalti»³³.

4. Segue. La possibile estensione del modello di responsabilità vigente in materia di appalti al più generale ambito dei rapporti privato-pubblica amministrazione

Una volta preso atto del modello di responsabilità formatosi in materia di pubblici appalti, resta da chiedersi se tale modello resti confinato a questo (specifico) settore o se, viceversa, ad esso possa riconoscersi portata più generale (nel senso della sua estensibilità agli altri settori dell'agire pubblico).

La giurisprudenza amministrativa³⁴ sembra essersi orientata nel senso della riferibilità della soluzione prospettata al solo settore degli appalti pubblici³⁵.

eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività).

³³ Cons. Stato, V sez., 8 novembre 2012 n. 5686. B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. e app.*, 2, 2013, p. 162 ss.; G.D. COMPORI, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, in *Giur. it.*, 5, 2013, p. 1207 ss.; A. DOMINICI, *La responsabilità oggettiva in materia di appalti: il Consiglio di Stato si allinea alle pronunce del giudice comunitario*, in *Riv. amm. app.*, 2013.

³⁴ Oltre alla già citata Cons. Stato, V sez., 8 novembre 2012 n. 5686, si vedano, anche, Cons. Stato, IV sez., 31 gennaio 2012, n. 482, Cons. Stato, V sez., 18 febbraio 2013, n. 966 e Cons. Stato V sez., 27 marzo 2013, n. 1833. Osserva G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 5, 2018, p. 23, che: «Il Consiglio di Stato ha espressamente circoscritto la riferibilità della soluzione prospettata al solo caso degli appalti pubblici, argomentando sia sulla base del fatto che gli arresti della Corte di Lussemburgo richiamati nella motivazione avevano riguardo di vicende in tema di appalti, sia soprattutto sulla base di una pretesa diversità strutturale tra il modello di azione risarcitoria dettato dall'art. 30 c.p.a. e quello descritto dall'art. 124 c.p.a con specifico riguardo alla materia degli appalti».

³⁵ Nello specifico, la già citata Cons. Stato, IV sez., 31 gennaio 2012, n. 482 afferma che «il principio enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Graz deve restare circoscritto al settore degli appalti pubblici, perché la Corte ha richiamato la disciplina europea specifica sui ricorsi in tale materia nonché l'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza».

Tale soluzione, di recente, ha trovato conferma in una pronuncia della Corte di cassazione³⁶, la quale ha escluso che ciò determini una disparità di trattamento rispetto alle altre situazioni di diritto interno, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 2043 c.c. per (possibile) contrasto con gli artt. 24, 111 e 3 Cost..

Parte della dottrina, però, non è dello stesso avviso.

Per un verso, infatti, vi è chi sostiene che, così facendo, si realizzi una trasformazione del rito speciale sugli appalti in un vero e proprio giudizio speciale³⁷.

Per altro verso, si mette in evidenza un possibile rischio derivante da questa soluzione, ossia quello di alimentare una “disgregazione”³⁸ o “frammentazione dei modelli normativi di responsabilità pubblica per danni”³⁹, nonostante la difficoltà di individuare una diversità ontologica tra l'aspettativa vantata dal cittadino nei confronti dell'amministrazione in materia di appalti e l'aspettativa che lo stesso cittadino nutre quando si confronta con la pubblica amministrazione in altri ambiti dell'agire pubblico⁴⁰. A fronte di questi timori, più di una voce in dottrina auspica un intervento chiarificatore del legislatore, nel senso di effettuare una scelta univoca per un ben preciso modello di responsabilità⁴¹.

³⁶ Cass. 28 ottobre 2015, n. 21931 afferma che: «non appare ipotizzabile la violazione degli articoli 24 e 111 Cost., giacché la tutela giurisdizionale non risulta impedita o limitata in ragione dei criteri in concreto adottati per l'affermazione della responsabilità. Neppure appare configurabile la violazione dell'articolo 3 Cost. poiché i principi affermati dalla Corte di giustizia nel settore degli appalti tengono conto della specificità del settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie in ragione della sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza».

³⁷ M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di pubblici appalti da rito speciale a giudizio speciale*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2010, p. 127 ss.

³⁸ V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, p. 4 ss.

³⁹ In tal senso, B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, cit., p. 174 e G.D. COMPORTI, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, cit., p. 1207 ss.

⁴⁰ Così, A. DOMINICI, *La responsabilità oggettiva in materia di appalti: il Consiglio di Stato si allinea alle pronunce del giudice comunitario*, cit.

⁴¹ Auspicano un intervento del legislatore, tra gli altri, P. CHIRULLI, *Il giudice amministrativo alla prova delle riforme: l'azione risarcitoria autonoma e la difficile costruzione di una responsabilità civile “di diritto pubblico” in una prospettiva di diritto comparato*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Napoli, 2010, p. 1021 ss.; E. FOLLIERI, *Pluralità di modelli di responsabilità amministrativa e possibile unificazione sotto il modello comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2008, p. 703 ss.

Si orienta verso un modello di responsabilità (preferibilmente) oggettiva, C. FELIZIANI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in *federalismi.it*, 6/2018, p. 27, mentre parla, quantomeno, di epurazione del requisito della colpa da ogni connotazione soggettiva

La questione – ad avviso di chi scrive – non può dirsi definitivamente risolta e l'approccio adottato dal Consiglio di Stato non appare condivisibile.

In primo luogo, perché i principi di diritto europeo permeano oggi tutta l'attività amministrativa.

Ciò risulta dalle disposizioni di apertura sia della legge sul procedimento amministrativo che del codice del processo amministrativo.

L'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990 prevede che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

L'art. 1 del decreto legislativo n. 104/2010 afferma che «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

Questo significa che, per un verso, per espressa previsione di legge, tutta l'attività amministrativa è assoggettata ai principi propri del diritto dell'Unione e, per altro verso, che la giurisdizione amministrativa, quale garante dell'attuazione del diritto, è tenuta ad assicurare una tutela piena ed effettiva (anche) secondo i principi del diritto europeo.

Tra l'altro, il principio di effettività è richiamato anche all'art. 7, comma 7, del codice del processo amministrativo, il quale prevede che tale principio si realizzi attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi. Queste disposizioni recepiscono le conclusioni cui era giunta la Corte costituzionale nel 2006, con la storica sentenza n. 191⁴², la quale, oltre ad affermare la sostanziale equiparazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nella tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive, sancisce formalmente l'ulteriore principio della concentrazione delle tutele, espressione dell'idea di un processo

E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 3, 2009, p. 521 ss.

⁴² Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, con nota di F. GALLUZZO, *La Corte costituzionale conferma la sua posizione sui comportamenti e rivaluta il risarcimento del danno. Evoluzione e nuovi contrasti tra Cassazione e Consiglio di Stato*, in *Giust. civ.*, 9, 2007, p. 1832 ss.

amministrativo dalla struttura snella e dai tempi concisi, in cui tutte le forme di garanzia dell'interesse legittimo sono racchiuse in un unico contenitore processuale.

Ma vi è di più.

Recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴³ ha riconosciuto l'esistenza di un generale principio di atipicità in materia di azioni, in forza del quale, oltre alle azioni previste dal codice del processo amministrativo, il privato può intentare ogni altra azione necessaria al fine di garantire il bisogno di tutela della situazione giuridica fatta valere in giudizio.

In via generale, può certamente dirsi che, a partire dagli anni novanta (con la legge fondamentale 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche), si è registrato un profondo mutamento nell'ordinamento amministrativo che ha ridisegnato i rapporti tra cittadino e pubblici poteri.

In altri termini, «il diritto amministrativo e la giustizia amministrativa sono divenuti strumenti importanti, e armi potenti nelle mani del cittadino, per reagire all'illegittimità dell'azione amministrativa nell'ottica di una tutela non più formale – legata alla coincidenza tra l'interesse privato e quello pubblico o alla “pretesa di legittimità” – ma sostanziale, attenta all'effettiva consistenza del rapporto giuridico amministrativo»⁴⁴.

Questi brevi cenni sui cambiamenti avvenuti in relazione al procedimento amministrativo, dunque, mettono in evidenza l'emergere di un nuovo (e diverso) modo di intendere il rapporto pubblica amministrazione-privato.

Rapporto in cui il livello di tutela goduto dal cittadino viene innalzato, non essendo più ammissibili situazioni in cui il destinatario di un atto illegittimo resti sfornito di adeguata protezione.

⁴³ Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, con nota di M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *federalismi.it*, 7, 2011.

⁴⁴ Così, V. NERI, *Il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?*, in *Urb. e appalti*, 6, 2018, p. 747 ss., il quale sottolinea l'avvenuta trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata. In tal senso, quali segnali dell'avvenuta trasformazione, vengono richiamati la possibilità di valutare la fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio, la possibilità di impugnare gli atti connessi con motivi aggiunti, nonché la sanatoria dei vizi formali di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, che impedisce l'annullamento del provvedimento amministrativo se il suo contenuto, nonostante l'illegittimità, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Ciò è il risultato di un processo – graduale – che vede l'amministrazione scendere dal suo "pedistallo di intangibilità", per diventare soggetto di un diritto amministrativo sempre più paritario⁴⁵.

Seguendo quest'impostazione, oggi il potere pubblico trova la sua giustificazione, non più nella sua posizione di supremazia e privilegio, ma «nel collegamento con il circuito democratico, nel rispetto delle regole di diritto, nella partecipazione degli interessati alle decisioni, nell'*accountability*, nel sindacato giurisdizionale»⁴⁶.

Di conseguenza, a fronte di un'attività provvedimento illegittima realizzata dalla p.a., quale che sia l'ambito dell'agire pubblico che viene in rilievo, risulta oggi difficile ammettere spazi di irresponsabilità, ovvero modelli di imputazione della stessa che non consentono al privato-danneggiato di ottenere ristoro per i danni subiti (ad esempio per la difficoltà di provare l'elemento soggettivo).

5. Il diritto interno puro. Sulla sostenibilità dogmatica della categoria del contatto sociale

Con riferimento all'area del diritto interno c.d. puro, ossia di esclusiva formazione nazionale, ove si collocano le restanti fattispecie oggetto di analisi nel presente lavoro di ricerca, viene in rilievo il problema della verifica della sostenibilità dogmatica della figura del contatto sociale qualificato.

Dal punto di vista dottrinale, punto di partenza per la costruzione della categoria è il prototipo della relazione precontrattuale. Il ragionamento, infatti, affonda le sue radici nel modello normativo di cui all'art. 1337 che si ritiene dia vita, nonostante la mancanza di un obbligo di prestazione, ad un rapporto obbligatorio vero e proprio e di tale norma si fa applicazione analogica nei rapporti (altri) che presentino le stesse caratteristiche e che, per tale ragione, vengono assoggettati alla stessa disciplina.

Altro presupposto di tale elaborazione è l'accoglimento del modello di matrice tedesca della «responsabilità per violazione dell'affidamento» come categoria generale, cui vengono ricondotte le fattispecie in cui può fondatamente ritenersi che dal «contatto»

⁴⁵ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 201.

⁴⁶ E. MORLINO, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo*, in L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, p. 170.

tra soggetti sorga, pur in assenza di un contratto e in virtù delle particolari professionalità di uno di essi, un affidamento che, in questa prospettiva, diviene fonte di obbligazioni.

Nasce in questo modo la figura dell'obbligazione senza prestazione, che, in sostanza, è il risultato di una combinazione ove vengono in rilievo un contatto sociale qualificato dallo *status* professionale di uno dei soggetti, un affidamento (che sorge da esso) e la buona fede (che rende giuridicamente rilevante il contatto).

La ricostruzione di questo schema teorico, a suo volta, genera un vero e proprio cambio di paradigma: l'essenza del rapporto obbligatorio non viene più individuata nella prestazione, bensì nella «relazionalità», che diventa l'aspetto costante, la cornice entro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile⁴⁷.

Da qui, il sorgere di una responsabilità di tipo contrattuale ogni qual volta vi sia la violazione di un obbligo preesistente (sia esso di prestazione ovvero di sola protezione).

A parere di chi scrive, questo impianto, dal punto di vista dogmatico, non risulta (del tutto) condivisibile.

Quanto al prototipo della relazione precontrattuale, è da condividere l'idea per cui, già prima del momento della stipula del contratto, si instaura un contatto, prodromico a quello finale, che assume le sembianze di un rapporto ad esito già pre-determinato (e tale è per definizione il rapporto obbligatorio)⁴⁸.

Si ritiene, però, che solo questo particolare tipo di relazione (che mira alla stipulazione di un contratto) possa dar vita ad un rapporto obbligatorio⁴⁹.

⁴⁷ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 66.

⁴⁸ In questi termini, A. DI MAJO, *Il contatto sociale. La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., p. 2566.

⁴⁹ L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 385 ss critica l'estensione in via analogica della regola di buona fede oggettiva prevista dall'art. 1337 c.c. e lo status come criterio generale per selezionare le ipotesi che assumono la veste dogmatica di obbligazione senza prestazione, individuando il vizio di fondo della tesi in esame nell'assenza di un valido fondamento giuridico per ipotizzare obblighi di protezione quando si è fuori dall'ambito dell'attività finalizzata alla conclusione di un contratto o all'attuazione di un obbligo di prestazione. In altri termini, l'Autore afferma come non possa attribuirsi all'art. 1337 c.c. un ruolo più ampio di quello che le è proprio (regola di buona fede oggettiva nell'ambito delle trattative), in quanto con essa «il legislatore non ha inteso disciplinare un'ipotesi di contatto qualificato dall'affidamento, ma la particolare relazione che si trova a ridosso del contratto e, intrinsecamente, affine al rapporto che sorge da contratto».

Ciò in quanto, andando oltre, ossia “azzerando” ogni connessione con la prestazione, verrebbe meno «ogni parametro che consenta di definire la situazione di responsabilità in base a comportamenti promessi, pattuiti o comunque dovuti»⁵⁰.

Il rischio che ne deriverebbe è quello di rendere «il confine tra le due forme di responsabilità vago e indistinto», nonché quello di creare «un’area di responsabilità contrattuale dilatata oltre misura, ove soggetti di torti aquiliani figurerebbero solo quelli il cui comportamento fosse contrassegnato da un incontro “casuale”»⁵¹.

Quanto al riferimento alla dottrina tedesca, come si è avuto modo di spiegare dettagliatamente nel terzo capitolo, l’elaborazione teorica degli obblighi di protezione nasce e si sviluppa (in quell’ordinamento) per porre rimedio a specifiche lacune del BGB in tema di inesatto adempimento, nonché per risolvere alcune problematiche che non possono trovare soluzione nel sistema della responsabilità aquiliana (ove manca una clausola generale che disciplini l’illecito).

Ciò posto, con la riforma del codice tedesco, intervenuta nel 2002, sono stati codificati gli obblighi di protezione, i quali trovano la loro fonte nell’apertura della “trattativa contrattuale”, nel più semplice “avviamento al contratto”, o, più in generale, nell’esistenza di “analoghi contatti negoziali” (par. 311 BGB).

Di conseguenza, l’apertura al (generico) contatto sociale, non meglio differenziato, non sembra più venire in discussione, giacché la norma (sopra citata) limita la rilevanza del “contatto” e/o dei “contatti” nella direzione esclusiva della conclusione di un futuro contratto⁵².

È infine da negare l’ammissibilità, in via generale, di un’obbligazione senza obbligo primario di prestazione, cui si è pervenuti attribuendo funzione autonoma agli obblighi di protezione. Questo non significa, però, rifiutare la teoria degli obblighi di protezione, ma semplicemente tracciarne (rigorosamente) i confini.

Il concetto di protezione regge ed è compatibile con il concetto di obbligazione, quale obbligo di prestazione, finché «la protezione resta funzionale e comunque connessa

⁵⁰ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

⁵¹ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 66.

⁵² Cfr., A. DI MAJO, *Il contatto sociale. La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., p. 2566

alla prestazione e, in ogni caso, (anche) dovuta in previsione di essa (ove si tratti di danni cagionati da contratto poi non concluso e/o invalido)»⁵³.

In altri termini, secondo questa impostazione, la previsione *ex ante* di un comportamento virtuoso in ordine alla finalità che il soggetto destinatario non abbia a subire un pregiudizio a seguito del rapporto intervenuto con altri non è sufficiente a definire la situazione come di rapporto obbligatorio. Ciò in quanto il modello codicistico eleva la “prestazione” ad elemento (necessario) della fattispecie-obbligazione (art. 1174 c.c.), mentre “comportamenti” (come quello di correttezza) appaiono (solo) strumentali rispetto ad essa (art. 1175 c.c.).

La protezione, dunque, assume rilievo quando si incardina e si qualifica in un rapporto tra le parti ad esito programmato.

Da quanto sinora detto, discende che, con riferimento all’area di situazioni prese in considerazione dalla teoria in esame, ossia quelle in cui operano soggetti professionalmente caratterizzati, è vero che il soggetto “da tutelare” viene a trovarsi non già davanti al *quisque de populo* della responsabilità aquiliana, ma dinanzi ad un soggetto ben contraddistinto dalla veste o dal ruolo svolti, e dunque avrebbe tutte le ragioni per fare “affidamento” sulla professionalità del soggetto con il quale si interfaccia, tuttavia, tale concetto di “affidamento”, disancorato dalla buona fede innestata in uno specifico e determinato rapporto, come quello instaurato dalla trattativa, perde di attualità⁵⁴.

Quello che si vuole dire, in altri termini, è che l’attribuzione (forzata) a detti rapporti del carattere contrattuale è motivata esclusivamente dall’esigenza di attribuire ad essi la tutela (forte) spettante alle fattispecie contrattuali. Ma tale risultato non può essere raggiunto “costringendo” detti rapporti entro fattispecie contrattuali o atti ad esse assimilabili⁵⁵ di cui non presentano i necessari requisiti.

⁵³ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

⁵⁴ A. DI MAJO, *Il contatto sociale. La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, op. ult. cit.

⁵⁵ Ricordiamo, in un’ottica comparatistica, che la dottrina tedesca, in questi casi, richiama l’autonoma categoria degli obblighi del traffico (*Verkehrspflichten*), i quali, però, vengono ricondotti nell’area dell’illecito aquiliano. Tale tesi figura compiutamente elaborata in Germania dallo studioso VON BAHR, *Verkehrspflichten*, Köln, 1980, *passim* e, più di recente, è stata ulteriormente sviluppata da C. W. CANARIS, *Norme di protezione. Obblighi del traffico, doveri di protezione*, cit., p. 567 ss e p. 793 ss.

6. Segue. *La presa di posizione del legislatore sul caso pilota (responsabilità medica)*

Sempre nell'area del diritto interno puro si colloca la recente riforma intervenuta in materia sanitaria. Con la legge n. 24/2017 (c.d. legge Gelli-Bianco), il legislatore prende posizione, in maniera chiara, sulla (differente) natura della responsabilità della struttura e del medico da essa dipendente.

La disposizione di riferimento è l'art. 7 della legge in questione (rubricato "Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria"), il quale, rispettivamente al 1° e al 3° comma, disciplina la responsabilità della struttura ospedaliera (ricondata alle disposizioni degli artt. 1218 e 1228 c.c.) e la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria (ricondata all'art. 2043 c.c.).

Nel dettaglio, l'art. 7, comma 1, dispone che gli enti ospedalieri rispondono, ex art. 1218 c.c., dell'adempimento delle obbligazioni di carattere gestionale/organizzativo, nonché, ex art. 1228 c.c., dei danni derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione medica principale. Invece, l'art. 7, comma 3, riconduce la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria nell'alveo dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c., salvo il caso in cui questi agiscano nell'adempimento di un'obbligazione di fonte contrattuale assunta verso il paziente.

Questa disposizione assume particolare rilievo ai fini della presente indagine, giacché inibisce l'applicabilità della teoria del contatto sociale alla sua prima (e forse più rilevante) fattispecie.

Appare allora opportuno, in primo luogo, individuare le ragioni (condivisibili o meno) che hanno condotto il legislatore a compiere questa scelta e, in secondo luogo, chiedersi quali conseguenze tale scelta possa produrre sulle altre fattispecie (aventi la medesima *ratio*).

Dall'impianto di responsabilità così costruito emergono gli obiettivi della riforma, la quale, in maniera evidente, si propone di indirizzare il contenzioso sanitario nei confronti della struttura sanitaria⁵⁶, che (accogliendo una definizione utilizzata in

⁵⁶ Parla di un nuovo modello di responsabilità imperniato sull'ente, M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 75 ss., il quale sottolinea come (solo) la struttura disponga di un pieno governo sugli elementi che hanno agevolato o reso possibile il danno, nella convinzione che quest'ultimo sia spesso il prodotto di difetti dell'intero

analisi economica del diritto⁵⁷) assurge a *deep pocket* del sistema, in quanto soggetto che dispone delle risorse economiche e strutturali idonee a prevenire e gestire i rischi connaturati all'esercizio dell'attività sanitaria⁵⁸.

Quello che viene a configurarsi, in altri termini, è un sistema in cui le responsabilità dei medici e delle strutture si profilano come autonome e distinte: autonome per titolo, in quanto fondate l'una sull'art. 2043 c.c. e l'altra sull'art. 1218 c.c. (o sull'art. 1228 c.c.) e distinte per criterio di imputazione, in quanto la responsabilità del medico è da ricondurre alla colpa professionale, mentre la responsabilità della struttura al paradigma della responsabilità dell'impresa.⁵⁹

sistema e che, dunque, sia preferibile sposare una logica di prevenzione, ossia di intervento a monte per cercare di neutralizzare i fattori scatenanti.

⁵⁷ L'EAL (*Economic Analysis of Law* o *Law and Economics*) nasce all'inizio degli anni '60 negli Stati Uniti.

In particolare, si deve alla riflessione di uno dei maggiori esponenti dell'approccio economico-giuridico, Guido Calabresi, lo studio, in materia di responsabilità civile, sui costi imposti ai terzi dagli attori del mercato (*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 Yale, L.J. 499 (1961) e *The Costs of Accidents*, New Haven, 1970, trad. it. *Il costo degli incidenti*, Milano, 1975). Calabresi, partendo dal presupposto dell'inefficienza del sistema della responsabilità per colpa, la quale lascia privi di rimedi quei soggetti che subiscono un danno non ascrivibile ad un comportamento negligente del danneggiante, conclude in favore di una regola di responsabilità oggettiva, sostenendo la necessità di allocare in capo ai potenziali danneggianti l'obbligo di risarcire tutti i danni cui la loro attività può dar luogo.

⁵⁸ Nella legge 24/2017 sembra trovare riscontro la "teoria del rischio di impresa" elaborata da P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, *passim*; ID., da ultimo, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, p. 275 ss., cui si riconduce non solo l'art. 2049 c.c., ma anche l'art. 1228 c.c. D'altronde, l'attività sanitaria rientra certamente nell'ambito applicativo delle attività prese in considerazione dall'Autore, trattandosi di un'attività organizzata che implica un rischio, ma il cui svolgimento risulta giustificato dall'utilità sociale che la stessa attività comporta per la collettività. Tale impostazione trova conferma (anche) nell'introduzione di precisi obblighi assicurativi, previsti dall'art. 10 l. 24/2017, tanto a carico della struttura, quanto del singolo operatore. Come osserva Trimarchi, il meccanismo assicurativo, volto a garantire una ragionevole stabilità alle posizioni di chi è esposto ai pericoli, si coordina perfettamente con la funzione della responsabilità oggettiva, che è quella di esercitare una pressione economica costante ed efficace sull'organizzazione dell'attività. Sull'obbligo di assicurazione sussistente in capo alle strutture e agli esercenti la professione sanitaria, nonché, sull'intento, in tal modo, di rilanciare il mercato assicurativo di settore, si vedano, A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, coll. 197; nonché M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., p. 75; ID., *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 317.

⁵⁹ In questi termini, R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e impr.*, fasc. 1, 2014, p. 123 ss. Il contributo si riferisce alle novità introdotte dal decreto Balduzzi, ma le considerazioni possono essere estese anche alla legge Gelli. L'Autrice sottolinea come le regole di disciplina della responsabilità delle strutture si ispirino a modelli di responsabilità (semi)oggettiva. Si canalizza dunque la responsabilità sulla struttura, che diventa la protagonista del giudizio civile di responsabilità, mentre la responsabilità del medico resta una responsabilità professionale, e dunque, per colpa. Infine, si precisa che questo sistema non comporta effetti negativi (di mancanza di tutela) per il paziente danneggiato, in quanto quest'ultimo, quand'anche non potesse rivalersi sul medico (per accertata assenza di colpa nella sua condotta), potrà comunque ottenere il risarcimento che gli spetta dalla struttura, la quale, per andare esente da responsabilità, dovrà provare quell'evento straordinario ed eccezionale che è stato causa del danno alla salute del paziente o dell'insuccesso del trattamento chirurgico o terapeutico.

Dal punto di vista processuale, dunque, il paziente si trova di fronte ad una duplice possibilità: potrà agire esclusivamente nei confronti della struttura (per beneficiare del regime processuale agevolato), salva poi la possibilità di rivalsa (sussistente in capo a quest'ultima ex art. 9) nei confronti del singolo operatore in ipotesi di dolo o colpa grave, ovvero, seguendo il regime del doppio binario, il paziente potrà citare, a diverso titolo, tanto la struttura (chiamata a rispondere ex art. 1228 c.c. per le condotte dolose o colpose dei sanitari ivi operanti), quanto il singolo professionista (chiamato a rispondere, seppure in via aquiliana ex art. 2043 c.c.)⁶⁰.

6.1. *Possibile estensione del modello di responsabilità sanitaria ad altra fattispecie*

Considerata la (chiara) presa di posizione del legislatore in materia⁶¹, risulta opportuno chiedersi se l'espressa qualificazione della responsabilità del sanitario in termini aquiliani debba ritenersi confinata all'interno di questa fattispecie o se, viceversa, sia dotata di una capacità espansiva, tramite l'applicazione analogica, verso fattispecie che presentano una *eadem ratio*⁶².

La prima fattispecie a venire in rilievo è quella dell'insegnante dipendente da istituto scolastico per non aver vigilato sulla sicurezza e sull'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica. In quest'ambito, la Corte di cassazione⁶³ afferma che «la relazione qualificata derivante dal contatto sociale tra allievo e insegnante fa sorgere in capo a quest'ultimo, accanto all'obbligo di istruire ed educare, anche un obbligo di protezione, onde evitare che l'allievo procuri a se stesso lesioni, la cui violazione determina il sorgere di una responsabilità di natura contrattuale ex

⁶⁰ Difatti, il sistema articolato dalla riforma non esclude l'ipotesi di un concorso tra le due forme di responsabilità, sul quale, si vedano, A. DI MAJO, *Il cumulo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in www.personaedanno.it, *Atti del Convegno "Incontri C.S.M"*, Università degli Studi Roma Tre, Roma, 13 novembre 2007 e G.E. NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 65 che critica, a livello sistematico, l'ascrivibilità dei medesimi fatti a titoli diversi di responsabilità (dell'ente e del medico).

⁶¹ Rafforzata dall'ultimo comma dell'art. 7, che dispone l'imperatività di questo regime c.d. a doppio binario, rendendolo così inderogabile e (altresi) insuperabile in via interpretativa.

⁶² In tema di analogia, si vedano le fondamentali pagine di N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, *passim* e M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, pp. 516-549.

⁶³ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346. Per l'esame della giurisprudenza, si rinvia a cap. I, § 3.

art. 1218 c.c.». A ben vedere, però, la professionalità del “precettore” si manifesta nell’insegnamento, più che nella tutela della salute e sicurezza degli allievi⁶⁴. L’incarico di sorvegliare l’allievo, infatti, discende direttamente dal rapporto di lavoro instaurato tra l’insegnante e la scuola.

In ogni caso, l’elemento sul quale – in questa sede – si vuole porre l’attenzione è la possibilità di ricostruire tale sistema di responsabilità secondo l’impianto dettato in materia sanitaria. Dunque, per un verso, responsabilità della struttura scolastica ex art. 1228 c.c. per i danni occorsi agli allievi nell’esercizio della vigilanza sugli stessi da parte degli insegnanti e, per altro verso, responsabilità extracontrattuale dei precettori. Ciò in quanto tra le due fattispecie una *identitas rationis (ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio)* sembra ravvisabile⁶⁵ e inoltre tale soluzione (l’estensione in via analogica del modello di responsabilità adottato in materia sanitaria) risulterebbe in linea anche con (alcune) indicazioni provenienti dalla teoria generale dell’interpretazione, secondo la quale, «il sopraggiungere di nuove leggi impone all’interprete, per evitare incongruenze e disarmonie, di provvedere ad un adeguamento e ad un adattamento delle norme antiche e nuove, ad una messa in accordo per via interpretativa»⁶⁶.

A supporto di questa lettura, dal punto di vista processuale, può citarsi l’art. 61 della legge n. 312/1980 (ora sostituito dall’art. 54 d. lgs. n. 297/1994), in materia di responsabilità civile del personale scolastico statale, che prevede la sola legittimazione (passiva) in giudizio dell’Amministrazione (Ministero della pubblica istruzione), la quale, salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, si surroga al personale medesimo nelle azioni di responsabilità civile promosse da terzi⁶⁷.

Anche in questo caso, dunque, potrebbero valere le stesse considerazioni svolte in merito al sanitario: il precettore opera come ausiliario della struttura scolastica, la quale è un’organizzazione complessa e, come tale, meglio in grado di gestire il contenzioso relativo ai fatti commessi dai suoi ausiliari.

⁶⁴ Così, S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., p. 166.

⁶⁵ Anche l’attività scolastica è un’attività organizzata che implica un rischio, ma il cui svolgimento risulta giustificato dall’utilità sociale che la stessa attività comporta per la collettività.

⁶⁶ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990, (edizione corretta e ampliata a cura di G. CRIFO’), p. 816 ss.

⁶⁷ Diversamente da quanto accade in materia sanitaria, ove il paziente, se lo desidera, può intentare la causa direttamente nei confronti del medico responsabile.

7. Segue. *Le ipotesi residuali*

Quanto alle altre ipotesi (responsabilità del banca, responsabilità del mediatore), sembra, invece, che il discorso vada strutturato in termini diversi.

In questi casi, infatti, non si può ragionare in termini di ripartizione della responsabilità tra struttura e singolo. L'azione è direttamente rivolta dal danneggiato al mediatore o all'intermediario bancario e manca (a monte) un impianto organizzativo, preposto a compiti di prevenzione e gestione del rischio.

L'applicazione, in via analogica, del modello di responsabilità adottato in materia sanitaria sembra da escludere e la scelta del regime di responsabilità da applicare si sposta su un diverso piano.

Con riferimento ad entrambe le ipotesi, infatti, è stato sostenuto che all'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale potrebbe comunque giungersi facendo riferimento (non al contatto sociale, ma) direttamente alla legge.

Detto altrimenti, tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, si potrebbe parlare di violazione di obbligazioni *ex lege*, esistendo precise norme (rispettivamente l'art. 43, comma 2, legge assegni e l'art. 1759 c.c.) che prevedono obblighi protettivi e informativi in capo ai professionisti in questione, di conseguenza, dal loro inadempimento scaturirebbe automaticamente il sorgere di una responsabilità da inadempimento di precedente obbligazione, senza la necessità di «andare alla ricerca di una (ulteriore) base contrattuale»⁶⁸.

⁶⁸ Così, con riferimento all'ipotesi del mediatore, A. ZACCARIA, *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, cit., pp. 256-257, il quale sostiene che «per quanto riguarda l'ipotesi del mediatore non sembra doversi scomodare la teoria del contatto sociale per stabilire una responsabilità da inadempimento di obblighi, in quanto gli obblighi di informazione sono già stabiliti dalla norma codicistica (art. 1759 c.c.), letta in coordinazione con gli artt. 1175 e 1176 c.c., nonché con la disciplina dettata dalla l. n. 39 del 1989». Per ulteriori approfondimenti sull'evoluzione interpretativa dell'art. 1759c.c., si rinvia a A. ZACCARIA, *Della mediazione*, in *Comm. Cian e Trabucchi*, nona edizione, Padova, 2009, sub. art. 1759, I, p. 1884 ss.

Quanto, invece, alla responsabilità della banca, si veda, A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, cit., pp. 101-103.

Considerazioni conclusive

Al centro dell'analisi condotta si pone lo studio della disciplina applicabile al verificarsi di un danno nell'ambito di relazioni intersoggettive nelle quali maturano interessi di tutela, indipendentemente dalla stipula di un precedente contratto (*rectius*: dalla nascita di un precedente rapporto obbligatorio).

Si tratta di ipotesi, in astratto, riconducibili al regime della responsabilità aquiliana. E tuttavia, per il tipo di relazioni di cui trattasi e per lo *status* professionale (talvolta pubblicistico) rivestito da uno dei soggetti ivi coinvolti, la creazione della figura del contatto sociale qualificato è apparsa la risposta più adatta alla soluzione dei problemi che queste situazioni pongono. In queste ipotesi, infatti, la dottrina e la giurisprudenza, pur seguendo percorsi (in parte) diversi, hanno messo in evidenza l'esigenza di garantire alla vittima del danno le condizioni per ottenere - quanto più facilmente possibile - un risarcimento del danno. E tali condizioni risultano essere maggiormente presenti nell'area della responsabilità contrattuale piuttosto che in quella della responsabilità aquiliana.

Il ricorso alla categoria unitaria del contatto sociale, giustificata, in dottrina, dall'individuazione dell'essenza del rapporto obbligatorio (non più nella prestazione, bensì) nella "relazionalità" e, in giurisprudenza, dalla necessità di garantire una tutela effettiva al danneggiato non è apparso pienamente convincente.

Rispetto a questo quadro unitario, il lavoro di decostruzione della categoria, operato in questa ricerca, ha condotto ad individuare due distinte aree di riferimento entro cui (ri)collocare le diverse fattispecie oggetto di analisi.

La prima area comprende le fattispecie, di derivazione europea, concernenti la responsabilità della pubblica amministrazione nel caso di violazione della disciplina prevista in materia di pubblici appalti nonché, più in generale, la responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentoale illegittima.

In questi settori, è emerso un dato rilevante.

Quando a venire in rilievo sono situazioni giuridiche dei singoli che trovano riconoscimento nel diritto europeo, il rimedio risarcitorio è inteso come una sanzione – efficace, proporzionata e dissuasiva – che gli ordinamenti nazionali devono prevedere a presidio di tali diritti, al fine di garantire una tutela che renda possibile e non eccessivamente difficile l’esperienza del rimedio risarcitorio.

In altri termini, nella prospettiva del diritto dell’Unione, l’istituto della responsabilità civile presenta connotati diversi (e autonomi) dalla disciplina (contrattuale o extracontrattuale) italiana ed è, evidentemente, finalizzato a garantire l’effettività della tutela al soggetto interessato-danneggiato.

Questa è la ragione per cui in materia di pubblici appalti, la Corte di giustizia ha elaborato un modello di responsabilità oggettiva, che consente al privato concorrente nella gara di ottenere il risarcimento del danno solo provando la violazione del diritto europeo, senza dare alcun rilievo alla dimostrazione della colpa in capo al soggetto danneggiante.

Questa soluzione è stata condivisa (anche) dal Consiglio di Stato, con esclusivo riferimento al settore degli appalti.

A parere di chi scrive, invece, tale soluzione andrebbe estesa a tutti gli ambiti dell’agire amministrativo. Ciò in quanto – oggi – i principi di diritto europeo hanno diretta rilevanza ed incidenza su tutta l’attività amministrativa.

Lo dimostrano, a livello normativo, sia l’articolo 1 della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), che l’articolo 1 del codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104/2010), i quali prevedono, rispettivamente, l’assoggettamento di tutta l’attività amministrativa ai principi del diritto dell’Unione e l’obbligo in capo alla giurisdizione amministrativa di assicurare una tutela piena ed effettiva (anche) secondo i principi del diritto europeo.

Più in generale, sono profondamente mutati i rapporti tra cittadino e pubblici poteri, nell’ottica di una loro progressiva “equiparazione”. Di conseguenza, risulta oggi difficile immaginare, a favore della pubblica amministrazione, spazi di irresponsabilità, ovvero modelli di imputazione della stessa che non consentono al privato-danneggiato di ottenere (effettivo) ristoro per i danni subiti.

La seconda area di riferimento riguarda, invece, il diritto interno c.d. “puro”, ossia quello in cui non si ravvisa una influenza, diretta o indiretta, dell’ordinamento dell’Unione europea, ove si collocano le restanti fattispecie oggetto di analisi nel presente lavoro di ricerca.

In quest’area, sotto il profilo dogmatico, l’analisi della figura del contatto sociale qualificato ha condotto a osservare quanto segue.

Da un lato, appare condivisibile la configurabilità di un rapporto obbligatorio (avente ad oggetto solo obblighi di protezione) già prima della stipula del contratto, venendosi a creare una particolare relazione che mira alla stipulazione del futuro negozio, e che, dunque, assume le sembianze di un rapporto ad esito già pre-determinato.

Dall’altro lato, la figura non è suscettibile di ulteriore estensione.

Si rifiuta, in sostanza, la generale ammissibilità di un’obbligazione senza obbligo primario di prestazione come categoria autonoma.

Ciò – essenzialmente – in ragione dell’impossibilità di attribuire autonomo rilievo alla protezione ove essa non si incardini in una relazione tra le parti ad esito già programmato. Da ciò discende che, con riferimento alle situazioni prese in considerazione dalla teoria in esame, ossia quelle in cui sorgono contatti con soggetti professionalmente caratterizzati, non risulta condivisibile l’operazione compiuta in dottrina, di “costrizione” di detti rapporti entro fattispecie contrattuali o atti ad esse assimilabili (di cui non presentano i necessari requisiti), al solo fine di attribuire a detti rapporti la tutela (forte) prevista per le fattispecie contrattuali.

Sempre nell’area del diritto interno puro, si colloca, inoltre, il caso che ha dato vita, sul piano giurisprudenziale, alla vicenda della responsabilità da contatto sociale: la responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria.

Tale fattispecie trova oggi apposita disciplina nella legislazione di settore (l. n. 24/2017, c.d. legge Gelli-Bianco), che riconduce la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria nell’alveo dell’illecito aquiliano ex art. 2043 c.c., salvo il caso in cui questi agiscano nell’adempimento di un’obbligazione di fonte contrattuale assunta direttamente verso il paziente. Di qui, l’inapplicabilità della teoria del contatto sociale alla sua prima (e forse più rilevante) fattispecie.

Analizzate le ragioni che hanno spinto il legislatore a costruire questo modello di responsabilità, che indirizza il contenzioso nei confronti della struttura sanitaria, in quanto soggetto dotato delle risorse economiche e strutturali idonee a prevenire e gestire i rischi connaturati all'esercizio dell'attività in questione, ci si è chiesti se tale modello risulti estensibile anche ad altre ipotesi.

A parere di chi scrive, l'estensione in via analogica del modello di responsabilità adottato in materia sanitaria risulta possibile nel caso della responsabilità dell'insegnante dipendente da istituto scolastico per non aver vigilato sulla sicurezza e sull'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica.

Il precettore, infatti, opera come ausiliario della struttura scolastica, la quale è un'organizzazione complessa e, come tale, meglio in grado di gestire il contenzioso relativo ai fatti commessi dai suoi ausiliari.

Di conseguenza, può ipotizzarsi, per un verso, una responsabilità della struttura scolastica ex art. 1228 c.c. per i danni occorsi agli allievi nell'esercizio della vigilanza sugli stessi da parte degli insegnanti e, per altro verso, una responsabilità extracontrattuale dei precettori.

Con riferimento alle ipotesi residuali (responsabilità del banca, responsabilità del mediatore), il discorso è stato strutturato in termini diversi.

All'applicazione del regime contrattuale (più favorevole per il danneggiato), si può giungere facendo ricorso (non al contatto sociale, ma) direttamente alla legge.

Sia nell'uno che nell'altro caso, infatti, esistono disposizioni che prevedono obblighi protettivi e informativi in capo ai professionisti, la cui violazione, qualora siano integrati gli ulteriori presupposti della fattispecie risarcitoria, determina il sorgere di una responsabilità da inadempimento di obbligazione *ex lege*.

In definitiva, l'analisi effettuata nel presente lavoro porta a dimostrare come le fattispecie tradizionalmente ricondotte all'interno della categoria del contatto sociale qualificato trovino già, nell'attuale contesto ordinamentale multilivello, gli strumenti – normativi e interpretativi – che ne consentono l'adeguata risoluzione.

Bibliografia

AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT, Milano, 2017.

AA. VV., *Responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, Torino, 2017.

AA.VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004.

AA.VV., *Trattato delle obbligazioni, La struttura e l'adempimento. Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, a cura di L. GAROFALO, Vol. I, Tomo III, 2010.

ALPA G., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.

ALPA G., *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *giustiziacivile.com*, 2016.

AMATO C., *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012.

ARMONE G., *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2/2019.

ASTONE A., *Profili civilistici della responsabilità sanitaria. (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8/2017, 1115.

BACACHE-GIBEILI M., *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité de Droit Civil sous la direction de Ch. Larroumet*, Paris, II éd., 2012.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1963.

BARBIERI E. M., *Provvedimenti illegittimi. Risarcimento del danno ed onere della prova della colpa della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. app.*, 1/2012, 17.

BARCELLONA M., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle «rationes» dei rispettivi regimi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 335.

BARCELLONA M., *Strutture della responsabilità e “ingiustizia del danno”*, in *EDP*, 2000, 483.

BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.

BARTOLINI A., *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005.

- BAZZO E., *La figura e le responsabilità del mediatore ordinario e del mediatore mandatario*, nota a Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Giur. it.*, 2010, 61.
- BEATSON J., BURROWS A., CARTWRIGHT J., *Anson's Law of Contract*, ed. Oxford University Press, 2016.
- BENATTI F., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342.
- BENATTI F., Voce: *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991.
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006.
- BERTI G., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *sub. art. 113 e 103, c. 1 e 2*, Bologna-Roma, 1987, 112.
- BETTI E., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353.
- BETTI E., *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1953 e 1990, (edizione corretta e ampliata a cura di G. CRIFO').
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I-III, Milano, 1953-1955.
- BIANCA C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979.
- BIANCA C. M., *Diritto civile, L'obbligazione*, IV, Milano, 1990.
- BIANCA C. M., *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 2012.
- BIANCA C. M., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993.
- BOBBIO N., *Analogia*, in *Novissimo Digesto italiano*, I, Torino, 1957, 695.
- BOBBIO N., *L'alogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.
- BORK R., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, 2016.
- BOSCHETTI B., *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. e app.*, 2/2013, 162.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991.
- BROX H., WALKER W. D., *Allgemeines Schuldrecht*, München, 2003.

- BUFFONI L., *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, nota a Cass., sez. un., n. 14712/2007, in *Giur. it.*, 2008, 864.
- BUSNELLI F. D., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, nota a Cass., sez. un., n. 500/1999, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 335.
- BUSNELLI F. D., in *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539.
- BUSNELLI F. D., *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 97.
- BUSNELLI F.D., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 335.
- BUSNELLI F.D., *Idee forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2014, 9.
- BUSNELLI F.D., *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2006, 440.
- BUSNELLI F.D., *L'onere della prova nella responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Danno e resp. civ.*, Torino, 2013, 208.
- BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643.
- BUSNELLI F.D., *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2015, 1.
- BUSNELLI F.D., *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 784.
- CAIANI L., *Analogia*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, 354.
- CALABRESI G., *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *Yale L.J.* 499 (1961).
- CALZOLAIO E., *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4/2017, 1301.
- CAMARDI C., *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017.
- CANARIS C. W., *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2017, 1.

- CANARIS C. W., *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle LEISTUNGSSTORUNGEN*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, 19.
- CANARIS C. W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, trad. it. a cura di G. DE CRISTOFARO, in *Quaderni della rivista di diritto civile*, Padova, 2003.
- CANARIS C. W., *Täterschaft und Teilnehme bei culpa in contrahendo*, in *Festschr. Hans Giger*, Bem, 1989, 85.
- CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, nota a Cass., sez. un., n. 500/1999, in *Foro it.*, 1999, I, 2487.
- CARANTA R., *Le controversie risarcitorie*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 596.
- CARASSALE I., *Danno cagionato dall'incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 49.
- CARBONE S. M., *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.
- CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, nota a Cass., n. 589/1999, in *Danno e resp.*, 1999, 294.
- CARBONE V., *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, nota a Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, 1051.
- CARINGELLA F., *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2002.
- CARNELUTTI F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744.
- CARNEVALI U., *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, 120.
- CARRARO L., *Mediazione e mediatori*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1964, 476.
- CARRATO A., *Responsabilità della banca per il pagamento di assegno "non trasferibile" a soggetto non legittimato: le Sezioni Unite risolvono il contrasto*, nota a Cass., sez. un., n. 12478/2018, in *Corr. giur.*, 7/2018, 895.
- CARUSO D., *La culpa in contrahendo, l'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993.
- CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

- CASTRONOVO C., *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, 319.
- CASTRONOVO C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, nota a Cass., sez. un., n. 500/1999, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 1270.
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147.
- CASTRONOVO C., *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2013, 637.
- CASTRONOVO C., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 4/2012, 1227.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2011, 55.
- CASTRONOVO C., *La responsabilità precontrattuale*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 334.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 143.
- CASTRONOVO C., *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della p.a.*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 691.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 654.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema: "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno", Roma, 29 – 30 maggio 2008, su www.csm.it.
- CASTRONOVO C., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2009, 679.
- CASTRONOVO C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 11.
- CASTRONOVO C., Voce: *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990.
- CHIARINI G., *La natura della mediazione tra attività giuridica in senso stretto e mandato*, nota a Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Giur. it.*, 2010, 818.

CHIRULLI P., *Il giudice amministrativo alla prova delle riforme: l'azione risarcitoria autonoma e la difficile costruzione di una responsabilità civile "di diritto pubblico" in una prospettiva di diritto comparato*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Napoli, 2010, 1021.

CIAN G., *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 197.

CILIBERTI O., *L'elemento soggettivo nella responsabilità civile della pubblica amministrazione conseguente a provvedimenti illegittimi*, in E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, 251.

CIMINI S., *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008.

COHEN N., *Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, in J. BREATSON e D. FRIEDMANN (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, 25.

COLOMIBINI G., *Prescrizione del diritto al risarcimento del danno*, in *Arch. Civ.*, 1995, 641.

COMPORITI G. D., *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, in *Dir. pubbl.*, 2/2013, 521.

COMPORITI G. D., *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, in *Giur. it.*, 5/2013, 1207.

COMPORITI G. D., *La tutela risarcitoria "oltre" il Codice*, in *Foro amm.*, 10/2010, 67.

CORTESE F., *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 968.

COTTINO G., *Dalle Sezioni unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato a esigerlo*, in *Giur. it.*, 2008, 1152.

COTTINO G., *Dalle Sezioni unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato a esigerlo*, nota a Cass., sez. un., n. 14712/2007, in *Giur. it.*, 2008, 1152.

CREA C., *Riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto privato francese*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, 229.

CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, 236.

CUOCCI V. V., *Danno autoprocuratosi dall'allievo e responsabilità dell'istituto scolastico*, in *Danno e resp.*, 2006, 1081.

D. CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*, in *Giur. it.*, I, 91.

D'AMICO G., *La natura della responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, ROPPO V. (a cura di), *Rimedi-2*, V, Milano, 2006.

DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004.

DE CRISTOFARO G., *Responsabilità extracontrattuale del mediatore per comportamento illecito nei confronti di terzi*, nota a Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Studium iuris*, 2009, 1380.

DE CUPIS A., *Il danno*, Milano, 1979.

DE LORENZI V., *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, XII, 397.

DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, 777.

DE MATTEIS R., *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e impr.*, 1/2014, 123.

DEGL'INNOCENTI F., *Responsabilità della banca girataria per l'incasso dell'assegno non trasferibile*, nota a Cass., sez. un., n. 12478/2018, in *Corr. giur.* 2018, 895.

DELLA NEGRA F., *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?* in *Danno e resp.*, 2013, 754.

DI BIASE A., *Il pagamento dell'assegno non trasferibile a persona non legittimata alla luce delle Sezioni Unite*, nota a Cass., sez. un., n. 12478/2018, in *Riv. dir. civ.*, 3/2019, 3, 775.

DI CIOMMO F., *La responsabilità contrattuale della scuola pubblica per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Foro it.*, 2002, I, 2640.

DI CIOMMO F., *La responsabilità contrattuale della scuola pubblica per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, nota a Cass., sez. un., n. 9346/2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2635.

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 561.

DI MAJO A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, nota a Cass., sez. un., n. 14712/2007, in *Corr. giur.*, 12/2007, 1706.

DI MAJO A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 12/2007, 1706.

DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corriere giur.*, 2009, 410.

DI MAJO A., *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, nota a Cass., sez. un., n. 500/1999, in *Corr. giur.*, 2000, 395.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.

DI MAJO A., *Il cumulo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in www.personaedanno.it.

DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341.

DI MAJO A., *L'obbligazione protettiva*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 11.

DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 4/1999, 450.

DI MAJO A., *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, nota a Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 12/2016, 2565.

DI MAJO A., *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 353.

DI MAJO A., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 20.

DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.

- DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.
- DI MAJO A., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010.
- DI MAJO A., *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 4/2015, 704.
- DI MAJO A., Voce: *Obbligazione (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.
- DI MAJO A., Voce: *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992.
- DISABATO D., *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contr. impr.*, 1/2018, 81.
- DIURNI A., KINDLER P., *Il codice civile tedesco «modernizzato»*, Torino, 2004.
- DOLLE H., *Außergesetzliche Schutzpflichten*, in *Zeitschr. F. d. gesam. Staatswissen*, 1943, 67.
- ELEFANTE F., *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentoale*, Padova, 2002.
- EMMERICH V., sub § 311, in *Münchener Kommentar*, München, 2019.
- FACCI G., *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*, nota a Cass., sez. un., n. 9346/2002, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1012.
- FAILLACE S., *La responsabilità da contatto sociale*, Bologna, 2004.
- FALCON G., *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2009, 241.
- FANTI V., *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006.
- FARNSWORTH E. A., *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, in *87 Col. Law Rev.* 217, 1987.
- FELIZIANI C., *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in *federalismi.it*, 6/2018.
- FELIZIANI C., *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Giurisprudenza europea e nazionale a confronto*, in M. ANDREIS - R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016, 169.
- FEOLA M., *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012.

- FERRANTE E., *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr./Europa*, 2001, 761.
- FERRIG. B., *Une cause qui ne dit pas son nome. Il problema della causa del contratto e la riforma del III libro del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 1.
- FOLLIERI E., *Pluralità di modelli di responsabilità amministrativa e possibile unificazione sotto il modello comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2008, 703.
- FRACCHIA F., *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Atti del Convegno di Varenna 2008*, Milano, 2009, 211.
- FRACCHIA F., *Risarcimento di danni da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a "risultato garantito"?*, in *Foro it.*, 2000, III, 481.
- FRANCIOSI L. M., *Trattative e due diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, Milano, 2009.
- FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corriere giur.*, 2009, 5.
- FRANZONI M., *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, in *Danno e resp.*, 4/1997, 454.
- GALLUZZO F., *La Corte costituzionale conferma la sua posizione sui comportamenti e rivaluta il risarcimento del danno. Evoluzione e nuovi contrasti tra Cassazione e Consiglio di Stato*, in *Giust. civ.*, 9/2007, 1832.
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018.
- GAMBINO F., *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, Torino, 2015.
- GARRI F., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino, 2000.
- GIACCHETTI S., *La risarcibilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in *Rass. Cons. Stato*, 1999, II, 1599.
- GIANNINI M. S., *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, 528.
- GIANNINI M., *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, 519.
- GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993.
- GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 79.

- GIARDINA F., *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del contratto*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, 15.
- GILIKER P., *Precontractual liability in English and French law*, The Hague, 2002.
- GIORGIANNI M., *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 71.
- GIORGIANNI M., Voce: *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965.
- GIORGIANNI M., Voce: *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965.
- GORGONI M., *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 996.
- GRANDE E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.
- GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.
- GUASTINI R., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985.
- HARTMANN G., *Die Obligation*, Erlangen, 1875.
- HASSAN T., *The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts*, in *Suffolk Transnational L. J.*, 1980, vol. 5, 1.
- HAUPT G., *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. G. VARANESE, Torino, 2012.
- HAZAN M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, 75.
- HAZAN M., *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e resp.*, 2017, 317.
- HENDERSON S.D., *Promissory Estoppel and traditional Contract Doctrine*, in *78 Yale Law Journal* 343 (1969), 359.
- IRTI N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987.
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Dir. proc. civ.*, 2014, 36.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
- IULIANI A., *Assegno non trasferibile. Responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al prenditore abusivamente legittimato*, nota a Cass., sez. un., n. 12478/2018, in *Giur. it.*, 6/2019, 1328.

IULIANI A., *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *NGCC*, 2016, I, 1451.

JUEN E., *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Parigi, 2016.

KESSLER F., FINE E., *Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study*, in *Harvard Law Review*, volume 77, January 1964, n. 3, 401.

KINDLER P., *La responsabilità dei revisori legali e delle società di revisione legale: un confronto tra la disciplina italiana e tedesca*, in *Rivista delle società*, 6/2016, 1124.

KINDLER P., *La responsabilità di amministratori di s.r.l. in Germania e in Italia*, in *Rivista delle società*, 2-3/2016, 427.

KLEISTA L., *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, II, 1543.

KOLLER I., *Recht der Leistungsstörungen*, in I. KOLLER, H. ROTH, R. ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München, 2002, 64.

KRAMER E.A., *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, in *Münchener Kommentar*, München, 2007.

LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987.

LAS CASAS A., *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con "immunità precontrattuale"*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, 4.

LASSALLE B., *Les pourparlers*, in *Rev. rech. juridique*, 1994, 825.

LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

LIPARI N., *Il problema dell'effettività del diritto comunitario, in Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2009, 635.

LIPARI N., *Le categorie giuridiche*, Milano, 2013.

LUCIANIM., Voce: *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016.

MAGGIOLO M., *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv., dir. civ.*, 2001, 41.

MAGGIOLO M., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.

MAGGIOLO M., *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *Jus civile*, 1/2015, 21.

MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.

MANNA L., *Le obbligazioni senza prestazione. Applicazioni pratiche*, in *Tratt. obbl.*, GAROFALO e TALAMANCA (a cura di), vol. I, Tomo III, Padova, 2010, 3.

MARICONDA V., *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, nota a Cass., sez. un., n. 13533/2001, in *Corr. Giur.*, 2001, 1571.

MARUOTTI L., *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 37.

MASERA S. R., *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006.

MASTRORILLI A., *Mediazione e responsabilità da contatto sociale*, nota a Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Danno e resp.*, 2010, 264.

MATTEI U., *Common law, Il diritto angloamericano*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. SACCO, Torino, 1992.

MATTEI U., *I rimedi*, in *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001.

MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 432.

MAZZAMUTO S., PLAIA A., *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

MAZZAMUTO S., *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 393.

MEDICUS D., *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, 2003.

MEMMO D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, 797.

MENGONI L., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali di diritto*, Atti del Convegno linceo, Roma 27 – 29 maggio, 1992, 319.

MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, 158, ora in *Obbligazioni e negozio. Scritti*, vol. II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, 53.

- MENGONI L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 509.
- MENGONI L., *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185, ora in *Obbligazioni e negozio. Scritti*, vol. II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, 197.
- MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 361.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1972.
- MESSINETTI D., *La sistematica rimediale, Le tutela contrattuali e il diritto europeo*, Napoli, 2012.
- MEZZANOTTE S., *Attività giuridica in senso stretto e responsabilità da contatto sociale nella mediazione*, nota a Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Obbl. e contr.*, 2010, 755.
- MOLASCHI V., *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, 4.
- MONATERIP. G., *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale: (analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989.
- MORLINO E., *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo*, in L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, 162.
- MORLINO E., *La via semplificata verso il risarcimento: i confini di una conquista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 173.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*, nota a Cass., sez. un., n. 9346/2002, in *Corr. giur.*, 2002, 1293.
- NAPOLI G. E., *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 65.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1984.
- NAVARRETTA E., *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Corriere giur.*, 2009, II, 81.
- NAVARRETTA E., *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, nota a Cass., sez. un., n. 500/1999, in *Danno e resp.*, 1999, 949.

NAVARRETTA E., *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. IV, t. III, Milano, 2009.

NAVARRETTA E., Δίκαιον come νόμιμον e δίκαιον come ἴσον: *riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum per Francesco Busnelli*, I, Milano, 2008.

NERI V., *Il "bene della vita" è tutto nel diritto amministrativo?*, in *Urb. e appalti*, 6/2018, 747.

NICOLUSSI A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, nota a Cass., sez. un., n. 577/2008, in *Danno e resp.*, 2008, 871.

NICOLUSSI A., *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 4/2014, 1191.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.

NIVARRA L., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2014, 45.

NIVARRA L., *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2015, 583.

OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 595.

PALMIERI A. e PARDOLESI R., *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, 197.

PALMIERI A., *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, nota a Cass., sez. un., n. 26972/2008, in *Foro it.*, 2009, I, 120.

PARADISO M., *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove prospettive*, in *Danno e resp.*, 7/2009, 703.

PARDOLESI R. e SIMONE R., *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, V, 4/2017, 167.

PATTI S., *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corriere giur.*, 2009, 415.

PATTI S., *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di) A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1987, 118.

PATTIS., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, 76.

PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

PIRAINO F., *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, 35.

PONZANELLI G., *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 1984, 36.

PONZANELLI G., *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *Corriere giur.*, 2009, II, 90.

Pothier, in *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for exéteur*, Paris, 1764.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., FEOLA M., *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014.

PROTO PISANI A., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003.

RACCA M. G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

RACCA M.G., *La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni nella stipulazione dei contratti pubblici*, in *Atti dell'incontro di studio Conclusione del contratto preliminare e responsabilità precontrattuale*, Roma 19 – 21 gennaio 2009.

RAMAJOLI M., *Il processo in materia di pubblici appalti da rito speciale a giudizio speciale*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2010, 127.

RAMAJOLI M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 596.

RESCIGNO P., Voce: *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano 1979.

RICCA L., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011.

- ROSELLI F. e VITUCCI P., *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. XX, *Tutela dei diritti*, tomo 2°, Torino, 1998, 559.
- ROSSELLO C., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, in *Giur. sistematica di dir. civ. e comm.*, vol. I, Torino, 1987, 296.
- ROSSI S., *Spigolature sulla legge "Gelli" tra testo e contesto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2/2017, 165.
- ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato Bessone*, XII, 2, Il contratto in generale, Torino, 2000, 347.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975.
- SALVI C., Voce: *Risarcimento*, in *Enciclopedia dei diritto*, XI, 1989.
- SANDULLI M. A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *federalismi.it*, 7/2011.
- SASSANI B., *Le azioni*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 356.
- SAVIGNY F. C., *Sistema di diritto romano attuale*, I, trad. it. V. SCIALOJA, Torino, 1886.
- SAVIGNY F.C., *Le obbligazioni*, I, trad. it. G. PACCHIONI, Torino, 1912.
- SCHINAIA M. E., *Lo stato attuale dell'ordinamento italiano in relazione al processo di armonizzazione europea in materia di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Rass. Cons. Stato*, 2002, II, 297.
- SCHLECHTRIEM P., *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2003.
- SCHMIDT J., *La sanction de la faute précontractuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, 46.
- SCOCA F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4045.
- SCOCA F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 17.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 261.

SCOGNAMIGLIO C., *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. Giur.*, 6/2017, 748.

SCOGNAMIGLIO C., *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 6/2012, 1949.

SCOGNAMIGLIO C., *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, II, 1515.

SCOGNAMIGLIO R., Voce: *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968.

SCOTTI E., *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 3/2009, 521.

SESTI A., *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato: inoperatività dell'art. 2048, comma 2, c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2089.

SESTI A., *Responsabilità aquiliana del mediatore mandatario nei confronti del soggetto promissario acquirente del bene*, nota a Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2281.

SORACE D., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. amm.*, 3/2009, 521.

SPENCE M., *Protecting reliance: The Emergent Doctrine of Equitable Estoppel*, Oxford, 1999.

STAUB H., *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902, trad. it. G. VARANESE, con il titolo *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001.

STEENSGAARD K., TWIGG-FLESNER C., *Pre-Contractual Duties in The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, a cura di G. DANNEMANN e S. VOGENAUER, Cambridge, 2001.

STELLA RICHTER P., *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, nota a Cass., sez. un., n. 500/1999, in *Giust. civ.*, 1999, 10.

STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 166.

STOLL H., *Abschied von der Lehre von dei positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. pr.*, 1932, p. 288, trad. it. ANGELA LINDA LETTIERI con il titolo *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della*

- teoria*, in H. Stoll, R. Favale, M. Feola. A. Procida Mirabelli di Lauro (a cura di), *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016.
- STOLL H., FAVALE R., FEOLA M., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016.
- TAGLIASACCHI E., *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contr. e impr.*, 1/2017, 233.
- TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974.
- TERLIZZI G., *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 695.
- TESAURO G., *Art. 19 TUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2014, 196.
- THOMPSON M.P., *From representation to expectation: estoppel as a cause of action*, in *The Cambridge Law Journal*, 1983, 42(2), 257.
- TORCHIA L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, nota a Cass., sez. un., n. 500/1999, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832.
- TREITEL G. H., *The Law of Contract*, London, 2004.
- TRIMARCHI BANFI F., *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- TUCCARI F., *Annullamento dell'atto e processo risarcitorio*, Napoli, 2004.
- TURCO C., *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 93.
- VALAGUZZA S., *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2009, 49.
- VARANESE G., *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.
- VENOSTA F., *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2014, 1, 131.

- VETTORI G., *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali X*, 2017.
- VILLATA R., *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. IV, Padova, 2008, 469.
- VINCENTI E., *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. e previdenza*, 6/2016, 6, 2065.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, Milano, 1999.
- VISINTINI G., *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, 13.
- VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile*, Milano, 2009.
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1212 – 1222*, in *Commentario al codice civile*, (diretto da) P. SCHLESINGER, Milano, 1987, 33.
- VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1081.
- VISINTINI G., *Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti (L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza nel rapporto obbligatorio)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 222.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 2005.
- VISINTINI G., *Voce: Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, Roma, 1990.
- VITALE G., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 5/2018.
- VITELLI F., *Brevi cenni circa la natura della responsabilità del mediatore ex art. 1759 c.c.*, nota a Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Giur. it.*, 2010, 1065.
- VON BAHR C., *Verkehrspflichten*, Köln, 1980.
- VON BAR C., *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten*, in *JuS*, 1988, 169.
- VON BAR C., *Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980.

ZACCARIA A., “Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *Jus civile*, 3/2017, 3, 185.

ZACCARIA A., *Della mediazione*, in *Comm. Cian e Trabucchi*, nona edizione, Padova, 2009, sub. art. 1759, I, 1884.

ZACCARIA A., *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 77.

ZACCARIA A., *La mediazione è un «contatto sociale» mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbl. e contr.*, 11/2011, 727.

ZACCARIA A., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 344.

ZACCARIA A., *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, in *Resp. civile*, 4/2010, 245.

ZACCARIA A., *Rappresentanza apparente e “contatto sociale”: considerazioni circa il ruolo dell’affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium iuris*, 10/2016, 1161.

ZAMBOTTO I., *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»?*, nota a Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Dir. civ. cont.*, 15 luglio 2016.

ZENO-ZENCOVICH V., *Il danno al nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 690.

ZOPPINI A., *Fonti del diritto privato, concorrenza tra ordinamenti giuridici e riforma del diritto delle obbligazioni (note minime)*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2006, 123.

Abstract

Oggetto del lavoro di ricerca è la figura della responsabilità da contatto sociale qualificato. Questa responsabilità sorge nelle ipotesi in cui si ravvisa l'esistenza di una particolare "relazione" tra le parti, creatasi prima del verificarsi del danno e connotata dall'affidamento riposto dall'una nei confronti dell'altra, in ragione del suo status.

Si fanno rientrare nella responsabilità da contatto sociale qualificato, ad esempio, la responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria, la responsabilità dell'insegnante per le lesioni che l'alunno cagiona a se stesso, la responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile, la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e così via.

In tutte queste ipotesi, sebbene manchi una specifica obbligazione scaturente da un contratto precedentemente stipulato, si ritiene che si venga comunque ad instaurare un rapporto obbligatorio (sebbene connotato da soli obblighi di protezione), cui applicare la disciplina della responsabilità contrattuale.

Questo lavoro di ricerca si propone di verificare se il ricorso alla categoria del contatto sociale risulti necessario (o quantomeno opportuno), ovvero se le ipotesi in essa contemplate non possano trovare (nel sistema) una risposta diversa.

The thesis deals with the figure of liability deriving from qualified social contact. Such a category has been created in order to cover those hypotheses in which the damaged party is related to the damaging one by a particular "relationship", created before the occurrence of the damage, which is characterized by the reliance placed by the former on the latter, by reason of its status.

Indeed, this category is applied to the liability of the doctor who is employed in a hospital, that of the teacher for the injuries that a pupil may cause to himself, the liability of the bank for the payment of non-transferable checks, the pre-contractual liability of the public administration and so on.

In all these cases, although there is no specific obligation arising from a previously stipulated contract, it is considered that – due to the particular relationship which has arisen between the subjects involved in the damaging fact – an obligation between the parties is nevertheless established (even though only in the form of "protection obligations").

This research aims at verifying whether the use of the category of social contact is necessary (or at least appropriate) or the hypotheses there included can find a different answer within the legal system.

